

120/3337

Ives Gandra da Silva Martins

O EXTINTO FINSOCIAL

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS,
Professor Titular de Direito Econômico
da Faculdade de Direito da Universidade
Mackenzie e Presidente da Academia Internacional de
Direito e Economia.

O imposto criado pelo D.L. 1940/82, que se decidiu denominar de FINSOCIAL, não tem seu perfil hospedado pela nova Constituição.

A nova Constituição discriminou rigidamente quais são os impostos que competem a cada ente federativo criar, nenhum deles se assemelhando ao Finsocial, exceção feita ao imposto sobre a renda no concernente às empresas prestadoras de serviços, cuja base de cálculo permitiu sua identificação como adicional do referido tributo.

Desta forma, o Finsocial deixou de existir como imposição permanente, posto que não perfilhado pelo novo texto tributário.

Esta foi a razão que levou o constituinte a cuidar desse tributo em extinção, no seu bloco de Disposições Transitórias, ou seja, entre aquelas disposições que cuidam da transição constitucional e de relações jurídicas não albergadas pela nova ordem, senão de forma precária e provisória.

O artigo 56 das Disposições Transitórias, em face desta concepção do constituinte, passou a ter a seguinte dicção:

"Art. 56. Até que a lei disponha sobre o art. 195, I, a arrecadação decorrente de, no mínimo, cinco dos seis décimos percentuais correspondentes à alíquota da contribuição de que trata o D.L. 1940, de 25 de maio de 1982, alterada pelo D.L. 2049, de 1º de agosto de 1983, pelo Decreto nº 91.236, de 8 de maio de 1985, e pela Lei nº 7611, de 8 de julho de 1987, passa a integrar a receita da seguridade social, ressalvados, exclusivamente no exercício de 1988, os compromissos assumidos

2

com programas e projetos em andamento".

O primeiro aspecto a destacar no referido dispositivo é que ele cuida de diplomas imodificáveis, isto é de diplomas legislativos não recepcionados pela nova ordem e mantidos apenas para permitir a transição.

Desta forma, tanto a M.P. nº 22/88, transformada em lei nº 7.689 de 15/12/88, quanto a M.P. 38/89 transformada na lei nº 7.738 de 9/3/89 ou ainda recentemente a M.P. 63/89, que modificaram-no, são inconstitucionais. Sua inconstitucionalidade reside em ter acrescentado a um imposto em extinção, perfil novo não admitido pela nova Carta.

Com efeito, qualquer tributo novo, pela Constituição, deve ter sua definição exposta por lei complementar, por força do seu artigo 146 inciso III assim redigido:

"Art. 146. Cabe à lei complementar:

...

III. estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes;

...".

Não fosse por isto, qualquer novo imposto, além de sua definição em lei complementar necessária para todos os tributos (gênero), teria que não possuir base de cálculo e fato gerador próprios de outro imposto, sobre não ser cumulativo como determina o artigo 154 inciso I.

Ora, as duas leis, anteriormente citadas, sobre modificarem o perfil do Finsocial (adoção da técnica do faturamento para as empresas de prestação de serviços e aumento da base de cálculo), feriram simultaneamente os artigos 146 inciso III letra "a" (falta de definição em lei complementar) e 154 inciso I (base de cálculo igual ao ICM e IPI e cumulatividade quanto a estes tributos), com o que sua inconstitucionalidade resta evidente.

Em outras palavras, por não ser o Finsocial imposto conformado pelo novo sistema e por não poderem ser modificadas as leis que o criaram,

recebidas a título precário e provisório pela nova ordem, os diplomas legais que o alteraram representam a criação de uma nova imposição e não a continuação da antiga, o que provoca, necessariamente, sua não recepção pela nova ordem, no que foi acrescido (nova alíquota e nova base de cálculo para as empresas prestadoras de serviços).

O segundo aspecto a ser examinado no dispositivo diz respeito ao prazo para sua extinção. Cinco dos seis décimos percentuais teriam desaparecido, quando da criação da M.P. nº 22/88, posto que o comando supremo declarava que tal imposição cessaria, quando fosse instituída a contribuição social determinada pelo artigo 195 inciso I.

Tenho para mim que a M.P. nº 22 e a lei nº 7.689/88 são inconstitucionais, visto que faltou lei complementar para sua criação. O certo, todavia, é que, em exigindo o governo dos que não quiseram discutir a inconstitucionalidade em juízo de tal contribuição, DEIXOU de poder exigir cinco dos seis décimos do FINSOCIAL, posto que tal cobrança só era admitida enquanto não criada aquela contribuição.

A última evidente inconstitucionalidade -e há outras que o curto espaço de um artigo não me permitem analisar- é de que a natureza jurídica do FINSOCIAL não é aquela pretendida pelo Poder Executivo (contribuição social), mas, segundo entendimento fixado pelo STF, a de imposto inominado, vale dizer sem contorno na antiga Constituição e veiculado pela competência residual da União.

Ora, se sua natureza jurídica é de imposto e não de contribuição social, à evidência, o rótulo que se lhe deu na velha lei (1940/82) ou na nova (M.P. nº 22) é inútil, em face do que decidiu o STF e do que determina o artigo 4º do CTN assim redigido:

"Art. 4º. A natureza jurídica específica do tributo é determinada pelo fato gerador da respectiva obrigação, sendo irrelevantes para qualificá-las:

- I. a denominação e demais características formais adotadas pela lei;
- II. a destinação legal do produto da sua arrecadação".

Nem se confunda a destinação da receita do Finsocial, matéria de direito financeiro, com a imposição do Finsocial, matéria de direito tributário, posto que a destinação é cuidada a partir da entrada dos

Ives Gandra da Silva Martins

-4-

recursos nos cofres estatais e a imposição é que conforma a relação jurídica-tributária entre entes tributantes e contribuintes.

Em face de todo o exposto, parece-me necessário que o Poder Judiciário reponha a matéria nos seus devidos lugares, não permitindo malabarismos legislativos contra a Carta Magna, a título de simplesmente aumentar-se o valor da arrecadação, sem respeito à lei e à justiça. Para tanto, necessário é que seja o Poder Judiciário provocado por tantos quantos são afetados pela notória ilegalidade da imposição pretendida.

Que o mais ímpoluto dos Poderes interprete a Constituição e determine qual a correta exegese do artigo 56 das Disposições Transitórias, para que a segurança jurídica volte a ser um direito dos cidadãos.

