

BANCO NACIONAL DA HABITAÇÃO — CONTRIBUIÇÃO DOS EMPREGADORES — NATUREZA JURÍDICA — FATO GERADOR

— A contribuição dos empregadores, destinadas à formação do capital do Banco Nacional da Habitação, é um imposto que não se enquadra no nosso sistema constitucional; é exação inconstitucional, porque não conformada às exigências severas dos artigos 15 ou 21 do texto fundamental.

— Interpretação do art. 22 da Lei n.º 4.380 de 21 de agosto de 1964.

PARECER*

1. A lei federal, que tomou o n.º 4.380 (de 21-8-64), e que, entre outras medidas, "cria o Banco Nacional da Habitação (B.N.H.)", veio dispor em seu art. 22:

"Todas as empresas do País, que mantenham empregados sujeitos a descontos para institutos de aposentadoria e pensões, são obrigadas a contribuir, com a percentagem de 1% mensal, sobre o montante de suas folhas de pagamento, para a constituição do capital do Banco Nacional da Habitação".

Da leitura dessa disposição, se verifica que esta lei pretende criar a obrigatoriedade do recolhimento compulsório de determinada importância, com a finalidade de constituir um capital que, conforme o disposto no art. 25 do mesmo diploma legal, "pertencerá integralmente à União Federal".

Qualquer exigência de dinheiro que faça o estado aos sujeitos à sua soberania, somente pode configurar tributo, requisição ou confisco. Examinemos a primeira hipótese, pois, entre nós, este último é vedado, salvo as hipóteses de contrabando e descaminho, na estrita forma da lei. Quanto à requisição, como excessão ao regime da propriedade constitucionalmente consagrada, se ratifica somente nos casos expressamente previstos.

2. A disciplina tributária pertence àquele campo do direito, denominado de direito

estrito, porque, envolvendo garantias individuais do cidadão — asseguradas pelo estado constitucional de direito — e dizendo imediatamente respeito ao patrimônio, não permite margem de discricção à ação do poder público. Na verdade, não é livre o legislador — em matéria tributária — como o é, com referência às demais matérias. Está ele, vinculado aos princípios constitucionais expressos ou implícitos, pertinentes,

Com efeito, o poder tributário só é legitimamente exercido, se obedecidos os rígidos cânones fixados pela Carta Magna. Só é juridicamente exigível o tributo previsto e permitido, expressa ou implicitamente, pelo texto constitucional. No direito constitucional brasileiro se encontra exaustiva disciplina de toda a matéria tributária. É o que ensina Rui Barbosa Nogueira, com clareza insofismável:

"Ao direito tributário constitucional cabe expor o conteúdo e alcance do próprio poder de tributar como dos fundamentos das demais instituições tributárias constitucionais (*Direito Financeiro*, pág. 11). Dai o despontar desse novo ramo do direito — entre nós defendido por Aliomar Baleeiro (*Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar*, pág. 16) — O Direito Tributário Constitucional, por Jarach definido como "a parte do direito constitucional — tributária pelo objeto — porém constitucional, porque tem por fim disciplinar a soberania do estado no que diz respeito à atividade tributária" (*El Derecho imponible*, Buenos Aires, 1943, pág. 22).

* Nota da Redação — Parecer elaborado antes da Emenda Constitucional n.º 18, de 1965.

Por se tratar de normas de grau superior à lei ordinária — num país de Constituição rígida e de contróle judicial de constitucionalidade — assumem excepcional relevo e funcionam como limites intransponíveis, hirtos e inflexíveis. Importa, pois, verificar o que diz a Constituição sobre o poder tributário. Quais os princípios que devem ser observados, para que o exercício da tributação seja rigorosamente constitucional?

Como se acentuou, o regime jurídico a que submetido o exercício do poder tributário é estrito. Nada há nessa matéria que não tenha sido previsto pela Constituição, explicita ou — pelo menos — implicitamente. Percorrendo-se a Constituição federal verifica-se existirem no Brasil impostos atribuídos à União (art. 15), aos estados (art. 19), aos municípios (art. 29), além de impostos chamados "novos" que — para serem válidos — haverão de obedecer rigorosamente ao delineamento traçado pelo art. 21 da Carta Magna. Prevê, também, a Constituição a cobrança de contribuição de melhoria e de taxas, além da chamada contribuição previdenciária, a que se refere o inciso XVI do art. 157.

Além desses tributos expressamente previstos, nenhum outro há, que possa aspirar à constitucionalidade, que possa ter a pretensão de ser reconhecido juridicamente válido, vinculante.

Verifiquemos, pois, qual a natureza do tributo destinado ao BNH, a fim de conhecermos seu regime jurídico, que é a questão que realmente importa ao jurista.

Na verdade, o grande problema prévio da discussão de todas as questões jurídicas é a determinação do regime jurídico dos institutos do mundo do direito. Conhecer o regime jurídico é determinar qual o conjunto de normas de direito positivo e de princípios jurídicos, que devem ser aplicados na exegese e atuação de determinado instituto. Assim, se verificarmos que estamos diante de um imposto, o regime jurídico a ser aplicado à exação em estudo será aquele próprio do imposto. Se, pelo contrário, tivermos a taxa, já estaremos

diante da imperiosa, inarredável e inescusável incidência das regras jurídicas referentes à taxa, e, assim por diante.

3. Preliminarmente, entretanto, é necessário fixar-se claramente qual seja a afetação do produto da cobrança dessa exação. Dispondo o art. 25 da Lei 4.380 que "o capital do Banco Nacional da Habitação pertencerá integralmente à União Federal" e destinando-se essa contribuição "à constituição do capital do Banco Nacional da Habitação" (art. 22), nenhuma dúvida pode restar de que se está diante de um tributo federal. Pois, se o capital do BNH pertence à União Federal, e, se a contribuição, a que se refere o art. 22, se destina à constituição desse capital, estamos diante de uma exigência tributária em benefícios dos próprios cofres da União. Nem mesmo haveria necessidade de vir expresso o dispositivo contido no art. 25, uma vez que resulta claro, inofismável e patente que o BNH é autarquia federal, criada pela mesma lei, e nessa qualidade, titular do domínio de bens que Rui Cirne Lima classificaria de "bens do patrimônio administrativo da União". Com efeito, dispõe o art. 16 do diploma legal em discussão:

"Fica criado, vinculado ao Ministério da Fazenda, o Banco Nacional da Habitação (BNH), que terá personalidade jurídica de direito público, patrimônio próprio e autonomia administrativa, gozando de imunidade tributária".

Da leitura desse dispositivo, nenhuma dúvida pode ficar no espírito do intérprete, quanto à adequação da instituição criada ao conceito jurídico de autarquia. Com efeito, órgão criado por lei, dotado de personalidade jurídica, patrimônio próprio e autonomia administrativa, não pode ser outra coisa senão autarquia.

Por outro lado, a referência expressa ao gozo da imunidade tributária, por parte da instituição criada, também somente poderia conduzir à conclusão de que se trata inequivocamente de autarquia. Com efeito, a imunidade tributária recíproca, a que se refere o art. 31, V, letra a, da Constitui-

ção federal, sòmente tem o alcance de compreender as pessoas jurídicas de direito público necessárias (ou políticas) como a União, Estados, Distrito Federal e municípios, e as autarquias criadas por êles. Fora destas pessoas, nenhuma outra é coberta pela imunidade tributária recíproca. Se a lei cria determinado órgão e lhe atribui personalidade jurídica e, ainda, o põe expressamente a coberto de tributação, mediante a invocação da imunidade tributária, é porque quis criar verdadeira autarquia. E, o intento foi perfeitamente alcançado, pelo que se verifica do exame da disposição do art. 16 da lei em discussão.

4. Recomendação de economia lógica nos conduz a examinarmos inicialmente a hipótese consistente em entender a exação tributária em estudo como espécie da contribuição previdenciária, na qualidade de adicional daquela, em virtude da redação dos parágrafos 1º e 2º do art. 22, os quais rezam:

“A cobrança desta percentagem obedecerá aos dispositivos da legislação vigente, sòbre as contribuições previdenciárias”.

“Os institutos de aposentadoria e pensões recolherão, mensalmente, ao Banco Nacional da Habitação, o produto da arrecadação prevista neste artigo...”.

Realmente, se o processo de arrecadação e a forma de recolhimento da exação são os mesmos que os da contribuição previdenciária, seria perfeitamente possível reconhecer como configuradora dessa espécie tributária a contribuição para o BNH. Para que se constituísse em adicional — em virtude da inexcusável regra lógica, segundo a qual *accessorium sequitur principale* — seria necessário que esta obrigação participasse integralmente da natureza da própria contribuição previdenciária. A propósito, o projeto do código tributário nacional reza:

“Art. 24. São adicionais os impostos cujo fato gerador seja o pagamento, pelo mesmo contribuinte, de outro impòsto de competência da mesma pessoa jurídica de

direito público interno ou que tenham fato gerador e base de cálculo idêntico ao de outro impòsto, nas mesmas condições”.

“Parágrafo único — Apica-se ao adicional a legislação tributária relativa ao impòsto cujo pagamento constitua o respectivo fato gerador, ou que tenha fato gerador e base de cálculo idênticos ao daquele”.

Examinaremos, em tópico ulterior, rigorosamente, o fato gerador da exação a que se refere o artigo 22, para cortejá-lo com o da contribuição previdenciária. Por ora, basta assinalar a concordância entre nosso entendimento e aquêle esposado por Rubens Gomes de Sousa, autor do anteprojeto.

5. É muito controvertida a natureza jurídica da contribuição previdenciária. Embora reúna todos os traços caracterizadores e tipificadores do tributo, sua natureza íntima e particular é objeto das mais acesas disputas doutrinárias, o que faz difícil o concêrto de opiniões sòbre sua exata classificação e determinação de sua posição relativa, no quadro geral dos tributos. No direito positivo brasileiro, em face da estreita disciplina constitucional — expressa a respeito — não se confunde a contribuição previdenciária com os demais tributos que são, como já se assinalou, o impòsto, a taxa e a contribuição de melhoria.

Não nos deteremos aqui, por inoportuno, em detido exame da natureza jurídica dessa contribuição. Basta ressaltar que — não podendo ser confundido com qualquer das demais exações tributárias previstas e permitidas pela Constituição federal, — apresentará algumas notas comuns com quase todas elas. Na verdade, tem alguns aspectos que a levam a aproximar-se da taxa, enquanto, de certa forma, representa alguma contraprestação de serviços prestados pelas autarquias previdenciárias.

Por outro lado, seu caráter de generalidade e desvinculação — pelo menos no que diz respeito à parte de empregador — à atividade do Estado, a faz mais assimi-

lada ao impôsto. As doutrinas alemã e italiana incluem na classificação dos tributos a figura da "contribuição especial", consistente em um tipo de tributo no qual a característica essencial consiste exatamente na circunstância de as pessoas — que, de determinado serviço público, receberam especial benefício — deverem contribuir financeiramente para a produção do mesmo serviço. Estas características, de certa forma, podem justificar, parcialmente, a contribuição previdenciária.

6. Como foi dito, entretanto, é irrelevante, para as conclusões dêste trabalho, a discussão da exata natureza jurídica — em plano teórico — de tal exação. É suficiente assinalar que consiste ela, essencialmente, em um ônus financeiro, exigido de empregados e empregadores, em aliquota fixada peremptoriamente em lei em determinada percentagem sobre o salário-mínimo vigente.

Expressamente prevista na Constituição federal e objeto de disciplina legal rigorosamente adequada aos cânones consagrados pelo direito positivo brasileiro — tais como: autorização orçamentária e previsão legal específica para cobrança — é a contribuição previdenciária inequivocamente constitucional, no Brasil. Para que a contribuição em causa revista, ou possa revestir, a qualidade de adicional àquela exação, seria necessário que, como já se acentou, exhibisse notas características idênticas à mesma. Entretanto, não é o que ocorre.

Em verdade, não vem a contribuição para o BNH prevista na Constituição federal, Não foi, ao que sabemos, objeto de previsão orçamentária. Por outro lado, não se enquadra, por sua estrutura, feição, função e finalidade, como passível de configurar — ainda que remotamente — a mesma natureza. Com efeito, o art. 157 da Constituição federal reza:

"A legislação... da previdência social obedecerá aos seguintes preceitos":

"...XVI — previdência, mediante contribuição da União, do empregador e do empregado em favor da maternidade e contra as conseqüências da doença, da velhice, da invalidez e da morte".

A primeira característica da contribuição previdenciária, no Brasil, é, pois, constituir-se em gravame financeiro, que onera, em igualdade de condições, empregadores e empregados.

7. Não é suficiente, entretanto, que — para rigorosa caracterização da contribuição previdenciária, tal como disciplinada pelo direito positivo constitucional brasileiro — provenha ela da tríplice fonte a que se aludiu; com efeito, para que se possa reconhecer numa exigência tributária o caráter de "contribuição previdenciária", mister se faz se conforme ela integralmente às exigências postas pela Constituição federal, devendo, pois, destinar-se necessariamente "a favorecer a maternidade, ou a remediar as conseqüências da doença, da velhice, da invalidez e da morte".

Ora, a exação de que trata o art. 22 da lei do BNH se destina à *constituição do capital* dessa autarquia, o qual "pertencerá integralmente à União Federal". (art. 25); aquela, por sua vez, tem a finalidade de "orientar, disciplinar e controlar o sistema financeiro da habilitação" (I), "incentivar a formação da poupança..." (II), "disciplinar o acesso das sociedades de crédito imobiliário ao mercado nacional de capitais..." (III); "manter serviços de redescontos...". Donde se vê que a destinação do produto dessa exação é bem outra, que não qualquer das taxativamente previstas pelo inciso XVI, do art. 157 da Carta Magna. Fica, desta forma, afastada a hipótese preliminarmente colocada da possibilidade de configurar essa exação o caráter de contribuição previdenciária.

Por outro lado, como já se viu, não tendo fato gerador idêntico ao dêste encargo, não pode se constituir, também, em adicional dêle. Sua configuração discrepa totalmente da contribuição previdenciária de todas as formas. Vejamos:

<i>tributo</i>	<i>origem</i>	<i>fim</i>	<i>fato gerador</i>	<i>teto da alíquota</i>
contribuição previdenciária	União empregador empregado	Velhice invalidez doença morte	receber ou pagar salário	5 vezes o salário mínimo
contribuição para o BNH	só empregador	capital do BNH programa de habitação	manter empregado sujeito a desconto para IAP	ilimitado

8. Afastada, de plano, a primeira hipótese, resta averiguar a possibilidade de a contribuição destinada ao BNH configurar a taxa. Embora ainda controverso e não definitivamente assentado na doutrina esse conceito, é de há muito, possível, diante do caso concreto, reconhecer-se a determinada exação esse caráter, ou rejeitar tal possibilidade. O clássico Giannini, descrevendo os fenômenos objeto da ciência das finanças, ensina:

“Muitas vezes, o estado provê à organização de determinado serviço, destinado à satisfação de certo interesse público, quando tal escopo não pode ser atingido de outra forma, se não pelo desempenho de várias prestações, que digam respeito a usuários singularmente considerados, a cargo dos quais, portanto, é justo que recaia — se não toda —, pelo menos a maior parte da despesa necessária para a gestão desse serviço. Esta espécie se denomina taxa. (*Instituzione di Diritto Tributario*, 3ª ed., Milão, 1945, pág. 35).

Mais adiante, conceituando em termos rigorosamente jurídicos, esse tributo, escreve:

“É taxa o tributo exigido com base em lei, por atividade desenvolvida pelo poder público e que diz respeito ao obrigado” (pág. 42), no que se cinge rigorosamente à consagração doutrinária, desse conceito, tal como formulada originalmente por Otto

Mayer (*Droit Administratif Allemand*, vol. I, pág. 315), Blumenstein (*Sistema del Diritto delle Imposte*, pág. 5, nota II) e outros.

Mais adiante, explicando melhor as distinções entre taxa e imposto — as quais considera sutis e de difícil identificação e exposição — tem oportunidade de escrever:

“O pressuposto da taxa consiste em situação de fato que necessariamente se reporta à atuação de certa atividade do poder público, com respeito ao obrigado”. (pág. 42).

10. Não é outro o entendimento doutrinário firmado entre nós, o qual vem exposto com segurança e felicidade pelo mestre Rubens Gomes de Sousa, no seu já clássico *Compêndio*. Crítica, com muito acerto, a definição contida no Decreto-Lei 2.416 de 17-7-40, em cujo parágrafo 2º do artigo 1º se conceitua esse tributo, como aquêle “exigido como remuneração de serviços específicos, prestados ao contribuinte, ou postos à sua disposição”, ou, ainda, “a contribuição destinada ao custeio de atividades especiais, provocadas por conveniências de caráter geral, ou de determinados grupos de pessoas”.

Salienta, entretanto, que “pelo menos teoricamente, a recuperação do custo de serviço é idéia predominante, na taxa” (pág. 141); salienta ser “caráter distintivo da

taxa" a circunstância de "ser um tributo ligado a uma atividade pública determinada, em relação com um determinado contribuinte". Logo adiante afirma:

"A taxa pode ser cobrada sempre que o serviço ou atividade tenha sido prestado, ou exercido, ou esteja à disposição do contribuinte, mas, também só pode ser cobrada nesses casos, não sendo a cobrança legítima, quando não existe o serviço, ou não tenha sido exercida a atividade" (pág. 142).

Com argúcia de mestre, no mesmo trabalho, denuncia expediente — com frequência usado pelos Estados e Municípios — consistente em se outorgar o *nomem juris* de taxa a determinados impostos com destinação certa, incidindo em insanável inconstitucionalidade. Escreve:

"A hipótese mais comum é a da instituição de tributos chamados de taxa e destinados a remunerar um determinado serviço ou atividade, mas cobrados indistintamente a todos os contribuintes e não apenas àqueles contribuintes que, de fato, se utilizem do serviço, ou atividade, ou os tenham sua disposição". (pág. 142).

Conclui s. ex. por conceituar, com termos próprios a taxa, escrevendo ser ela o tributo "*cobrado somente dos contribuintes que, de fato, se utilizem do serviço ou atividade, ou que os tenham à sua disposição*" (pág. 143).

Com efeito, é hoje universal e indiscrepante o entendimento no sentido de que a taxa "tem caráter remuneratório; é uma contraprestação. Por isso mesmo, a taxa deve ser cobrada em função do custo do serviço prestado, ou da atividade posta à disposição do indivíduo" (Rui Barbosa Nogueira, *Direito Financeiro*, pág. 64).

10. Afirma categórica e peremptoriamente o prof. Rui Barbosa Nogueira, de maneira a não dar margem a dúvidas, ou ensejar tergiversação de qualquer ordem, que:

"De tudo isso resulta que o *sujeito passivo*, o *contribuinte*, ou o *devedor da taxa deve ser a pessoa* (ou *pessoas*) *que se uti-*

lize do serviço, tem-no à sua disposição, ou provoca a atividade do Estado" (op. cit. pág. 65).

Por isso, nós, em outra oportunidade — depois de estudo científico e criterioso — fomos levados a conceituar a taxa como "a prestação pecuniária devida ao ente público, em virtude da lei e na medida desta, pela atuação de atividade pública, *concernente, em particular, ao obrigado*, a qual (atividade) é por ela (taxa) remunerada". (Geraldo Ataliba, *Natureza Jurídica da Contribuição de Melhoria*, pág. 32).

Salientamos também, ao estudar as principais características dessa exação e procurar delinear-lhe rigorosamente a feição que:

"a taxa constitui prestação devida pela atuação de atividade do poder público, *diretamente relacionada com o obrigado*.

.....

Encontra seu pressuposto necessário no desempenho de uma atividade do poder público, *que lhe concerne pessoalmente*. Este é requisito constante e essencial, que a distingue do instituto do impôsto (op. cit. pág. 33).

Daí definir o projeto de Código Tributário nacional a taxa como "o tributo destinado a remunerar serviços públicos específicos *prestados ao contribuinte*, ou posto à disposição, *cobrados exclusivamente das pessoas que se utilizem* ou se beneficiem, efetiva ou potencialmente do serviço que constitui o fundamento de sua instituição" (art. 47).

É esta, talvez, a mais lapidar conceituação jamais formulada, dêsse instituto jurídico tão universalmente usado, quão controvertido em seus contornos.

Isto verificado, e definida a taxa, pelo seu fato gerador, como recomenda a boa técnica do direito tributário, procuremos saber qual seja o fato gerador dêsse tributo destinado à constituição do capital do BNH e criado pelo art. 22 da Lei 4.380. O único meio tecnicamente idôneo, com efeito, para se conhecer a individualidade de cada tributo está em conhecer-lhe rigorosamente o fato gera-

dor. É lúcido o ensinamento contido na diretriz normativa do projeto de Código Tributário: "A natureza jurídica específica de cada tributo determina-se pelo respectivo fato gerador, sendo irrelevantes para sua qualificação a denominação e demais características formais adotadas pela lei que o tenha instituído" (art. 18).

11. Fato gerador é "o complexo dos pressupostos abstratos contidos nas normas do direito tributário material, de cuja existência derivam determinadas conseqüências jurídicas (Hensel, *Diritto Tributario*, tradução italiana, ed. Giuffrè, pág. 72) é a lição de um dos mais autorizados mestres alemães do direito tributário. Não discrepa a melhor doutrina nacional dessa rigorosa conceituação, ao proclamar que:

"As fontes reais se constituem em suportes físicos das imposições tributárias; é a subjacência sobre que incide a tributação; afinal, a própria riqueza ou o complexo dos bens, enquanto relacionados com as pessoas e que, depois de serem discriminados na lei tributária (patrimônio, renda, transferência) passam a ser os fatos geradores dos tributos, também denominados em doutrinas *pressupostos de fato* da incidência, ou ainda *fatos imponíveis*" (Rui B. Nogueira, *op. cit.* pág. 67).

No nosso conceito, é fato gerador o conjunto das circunstâncias de fato que, previamente descritos em lei, uma vez verificados, fazem nascer para a pessoa que com esse conjunto tenha relações diretas, a obrigação de pagar determinado tributo.

Já sabemos que são sujeitos passivos da relação jurídica tributária em exame "tôdas emprêsas do País que mantenham empregados sujeitos a descontos para institutos de aposentadoria e pensões" (art. 22).

Resta indagar, portanto, que fato ou conjunto de circunstâncias de fato precisam ser praticados pelo sujeito passivo, para que surja a obrigação tributária, para que se constituam em devedores da contribuição para o BNH, a que se refere o art. 22 da lei supracitada.

12. Decorre da leitura do mesmo artigo 22 a rigorosa caracterização do fato gerador

dêsse tributo. Com efeito, assim reza o referido dispositivo:

"Tôdas as emprêsas do País, que mantenham empregados sujeitos a descontos para institutos de aposentadoria e pensões, são obrigadas a contribuir com percentagem de 1% mensal, sobre o montante de suas folhas de pagamento, para a constituição do capital do BNH".

Ai estão perfeitamente desenhados os contornos do fato que se erige em hipótese de incidência do tributo em estudo. É ele, rigorosamente, "manter empregados sujeitos a desconto para institutos de aposentadoria e pensões".

Voltaremos, ainda, neste estudo, outras vezes, a examinar tôdas as conseqüências decorrentes da caracterização do fato gerador dêste tributo.

No presente instante, importa examinar se se configura como fato gerador típico de taxa.

Ora, "manter empregados sujeitos a descontos para institutos de aposentadoria e pensões" não significa, em hipótese alguma — por maior esforço de boa vontade que se faça, no sentido de se aceitar esta exação como taxa — em provocar, requisitar, pedir, ter a disposição, ou ser obrigado a recorrer, a qualquer serviço ou atividade pública. Com efeito "manter empregados" não implica, nem remotamente, na necessidade direta de correlação entre a própria ação de manter e o exercício de qualquer atividade do poder público. Por essa razão, fica inofismavelmente demonstrada a absoluta improcedência de argumentação que pretendesse configurar esse tributo como taxa. Na verdade, não encontra êle a mais remota possibilidade de adequação àquele conceito.

Reforçando essa argumentação, lembraríamos que a obrigação tributária é a relação jurídica de direito público que se estabelece entre o Estado e contribuinte, tendo por objeto transferir determinada soma de dinheiro dêsse para aquele por força de mandamento legal. Por isso Hugh Dalton afirma que "o problema da incidência se resolve em saber *quem pagará o tributo*".

Ou, como a conceituou magistralmente Rubens Gomes de Sousa, "é o poder jurídico, por força do qual o estado (sujeito ativo) pode exigir de um particular (sujeito passivo) uma prestação positiva ou negativa (objeto da obrigação), nas condições definidas pela lei tributária (causa da obrigação)" (*op. cit.* pág. 63).

13. Não basta, porém, que se realizem os pressupostos (ou aquele conjunto de circunstâncias de fato, previstas na lei), para que, *ipso facto*, surja obrigação tributária vinculando determinada pessoa. Mister se faz — demonstrado que a obrigação tributária é relação jurídica — que, de qualquer forma, exista um vínculo — de fato ou de direito — entre o sujeito passivo e o fato gerador.

Aurindo o direito tributário na ciência das finanças seus princípios informadores, o tributo configurado pelos fatos geradores representa sempre — no Brasil, em virtude de imperativo constitucional inarredável — ou a capacidade contributiva do cidadão (no caso do imposto), ou a disponibilidade, ou gozo — ou contra outra *relação fática* qualquer — com certa atuação do estado (no caso da taxa e da contribuição de melhoria).

Pois bem, além de o fato gerador da contribuição destinada à constituição do capital do BNH não se constituir, nem remotamente, em taxa, por não caracterizar o fato gerador desta, não é possível estabelecer qualquer relação, nem mesmo remota, entre a atividade de "manter empregados" e a existência dessa nova autarquia federal ou mesmo suas atividades, diretamente voltadas para as finalidades de "orientar, disciplinar e controlar o sistema financeiro da habitação", "incentivar a formação de poupança e sua canalização para o sistema financeiro da habitação" (art. 17, inciso I e II) etc.

Foi visto, pelas diversas definições de taxa, que a realização do fato gerador — para que dê realmente nascimento a uma obrigação válida e perfeitamente configurável — exige, como pressuposto necessário, a existência de uma certa vinculação entre a atividade que justifica a exação e o sujeito passivo. Ora, da qualificação ju-

ridica dos contribuintes e da análise da natureza da atividade pública a ser custeada pelo produto da exação a que se refere o art. 22, resulta a impossibilidade ontológica absoluta da subsunção desta ao conceito de taxa. É que "as empresas do País" (que preenchem a hipótese legal), por nenhum artifício de raciocínio poderão gozar, ter à disposição ou usar, direta ou indiretamente, de qualquer resultado da ação do "programa nacional de habitação". Não há esforço — por prodigioso que seja — de deturpação de conceitos que possa conduzir a caminho diverso daquele aqui apontado.

Como conclusão desta meditação, temos que deve ser arredada categoricamente a possibilidade de configurar essa contribuição o instituto jurídico da taxa, pela absoluta inadequação daquele ao conceito desta e pela recíproca repugnância entre as exigências estruturais de um e outro.

Não se argumente, também, com a destinação determinada, pretendendo que essa circunstância implica na caracterização do tributo como taxa. É verdade que o mencionado Decreto-Lei federal nº 2.416 de 17 de julho de 1940, exige que o produto da taxa tenha destinação determinada. É sabido, porém, que tal elemento é encontrado nos impostos (*imposte di scopo*) o que — aliás — denuncia má técnica. A propósito, diz Amílcar Falcão:

"Sendo elemento comum à taxa e ao imposto, a destinação especial opera, apenas, como critério negativo, para negar a existência da taxa; nunca para afirmá-la".

.....

"A possibilidade de fazer-se tal destinação justifica a existência da taxa. Onde não existir, não há taxas. Mas, existindo, o tributo, poderá ser taxa ou imposto". (*op. cit.*, pág. 241).

14. Não se constituindo a contribuição para o capital do BNH, nem em contribuição previdenciária, nem em taxa, restam as hipóteses da contribuição de melhoria e do imposto. Nem é o caso de nos determos demoradamente no exame da primeira hipótese aventada, uma vez que salta aos olhos a impossibilidade da configuração dessa hipótese. É que a contribuição de

melhoria tem como fato gerador "a valorização imobiliária decorrente de obra pública". Ora, não cogitando direta ou indiretamente, a lei em estudo, da ereção de qualquer obra pública, não poderia caber, em hipótese alguma, cogitar dessa possibilidade.

15. Resta examinar a derradeira das hipóteses, propostas, rigorosamente integrada no quadro traçado pelo legislador constituinte. Trata-se do impôsto.

Impôsto é, por definição, "tributo exigido em caráter de generalidade, de quantos estejam sujeitos à soberania de um estado, na conformidade de sua capacidade contributiva". É classicamente conceituado por Giannini como "prestação pecuniária, que o poder público tem o direito de exigir, em virtude de seu poder de império — originário ou derivado — nos casos, na medida e pelos modos estabelecidos em lei, tendo por finalidade conseguir-lhe ingresso" (*op. cit.* pág. 39). Não é outra a definição contida no § I do Cód. Tributário Alemão (A. O). e, já, universal: "é prestação pecuniária, que não representa contraprestação de atuação especial, e que o poder público — para obter entrada — põe a cargo de todos aquêles com relação aos quais se verifique a situação de fato a que a lei vincula a obrigação de prestar o pagamento nela previsto".

Examinando-se rigorosamente o fato gerador da contribuição para o BNH, vamos reconhecer-lhe a natureza jurídica de impôsto. Com efeito, já se viu que, por via negativa, por exclusão, só poderia ser reconhecível como tal — porque, sendo tributo, não configurou qualquer das outras espécies possíveis. Verificamos agora, por via positiva, que subsume essa contribuição rigorosamente o conceito de impôsto. Justifica-se somente pela sujeição do contribuinte ao poder tributário do estado.

"L'imposta non ha, giuridicamente, altro fondamento che la giustificchi, se non questo solo della soggezione alla potestà finanziaria dello stato" (Giannini, *op. cit.*, pág. 39). *"Il n'a d'autre contre-partie que la nécessité de pourvoir aux besoins publiques"*... *"il est procédé legal de reparation*

annuelle des charges publiques entre les individus, d'après leurs facultés contributives"... *"L'imperatif de rendement correspond aux prerogatives de l'Etat, au poids de ses prélèvements sur les biens privés..."* é a lição de Trotabas, dos mais conceituados triburistas franceses (*Science et Technique Fiscales*, 2^a ed., págs. 10 e 11).

É exigido com caráter de generalidade de todos aquêles que preenchem a hipótese legal (ser empresa do país, mantendo empregados sujeitos a descontos para os IAPs). Na verdade, a única justificativa para tal exigência é o poder tributário da União; não se justifica esta exação por qualquer outro título. Já se excluiu mesmo, a possibilidade de configurar a taxa, o que se daria se ensejasse o reconhecimento de contraprestação ou remuneração do serviço, utilidade, ou atuação do estado — no mínimo — à disposição dos contribuintes, os que estão sendo compelidos a pagar, as empresas do país.

16. Importantes conseqüências decorrem do que vem de ser afirmado. Na verdade, se é exato que a referida exação tributária é um impôsto; se o impôsto "*ha per unico fondamento giuridico il potere d'impero de lo stato*" (Giannini *op. cit.*, nota de rodapé, pág. cit. 39), o que é pacífico, desde a lição de Otto Mayer (*op. cit.*, vol. I, pág. 316), há que considerar que esta faceta do poder de *imperium*, êsse aspecto da soberania — denominado poder tributário — no estado de direito é constitucionalmente ordenado. No Brasil, especialmente, objeto de minuciosa, taxativa e estrita disciplina constitucional. É o que ensina Rui Barbosa Nogueira, com clareza insofismável:

"Ao direito tributário constitucional cabe expor o conteúdo e alcance do próprio poder de tributar... como dos fundamentos das demais instituições tributárias constitucionais" (*Direito Financeiro*, pág. 11).

E, o que diz a Constituição sobre o poder de decretar impostos? Quais os princípios a serem observados, para que a lei tributária seja constitucional? Como se acentuou, o regime jurídico a que submetido o exercício do poder tributário é estrito.

Nada há nessa matéria que não tenha sido previsto pela Constituição, explícita ou — pelo menos — implicitamente. Em se tratando de impostos, para que se preserve o contribuinte e a economia nacional contra a bi ou pluritributação e para assegurar-se recursos a todos os entes públicos, em recíproca harmonia — exatamente porque essa espécie tributária não se vincula (a expressão é de Cesarino Jr.) a qualquer atuação (atual ou potencial) concreta do poder público — só há competência impositiva juridicamente válida (constitucional) se o poder que a exercita a recebe direta ou expressamente da Constituição. A propósito do problema da convivência dos entes tributantes em harmonia recíproca, escreveu Hensel: “O direito tributário constitucional se ocupa, pois, menos do poder tributário em si, que de suas limitações, com a finalidade de constituir um sistema complexo, metódico e harmônico” (*Diritto Tributario*, trad. Dino Jarach, ed. Giuffrè, Milão, 1956, pág. 32).

Assim, na forma do disposto nos arts. 15, 19 e 29 do diploma constitucional, cabem à União, Estados e Municípios aqueles impostos explicitamente arrolados nos artigos mencionados, com exclusividade (e, portanto, privativamente) a cada entidade tributante. A competência dos poderes tributantes mencionados é privativa de cada qual e não pode ser invadida, pena de inconstitucionalidade.

17. Já se disse — e com acerto — que o conceito de fato gerador está para o direito tributário, como o conceito de crime para o direito penal. Tal insistência, Giannini, Jarach e outros mestres de reputação internacional puseram nessa afirmação, que Amílcar Falcão, à corrente por eles liderada, designa de “escola de glorificação do fato gerador”. A técnica adotada pelo constituinte de 46, ao discriminar as fontes de renda dos poderes federal, federado e municipal, no Brasil, foi atribuir a cada qual, não simples *nomines juris*, mas, fatos geradores perfeitamente caracterizáveis. Foi a fórmula que permitiu arredar-se a bitributação jurídica e afastar-se os conflitos de competência.

“É verdade que a Constituição deve conter apenas o genérico. Ela procede por síntese, mas, basta examinar o rol dos impostos partilhados, para se certificar de que ela não faz uma simples enumeração nominal, não arrola cada tributo pelo seu “*nomem juris*”, porém, muito mais cientificamente, sintetiza e caracteriza o elemento constitutivo de cada um, ou seja, o suporte fático ou fato gerador” (Rui Barbosa Nogueira, *op. cit.*, (pág. 183).

Existe uma razão vigorosa, para que assim se proceda. Como já se salientou, toda essa técnica tem em mira afastar a possibilidade de conflitos entre os poderes tributantes e arredar a bitributação jurídica.

“O poder público exige o imposto unilateralmente, apenas e tão-só em razão da soberania fiscal, por isso no Estado federativo, em que há triplice competência tributária, é preciso dividir as várias soberanias fiscais em relação aos impostos. Daí a razão da discriminação constitucional dos impostos”, é lição de Rui Barbosa Nogueira (*op. loc. cit.*).

Tão perfeito foi o sistema criado, que Aliomar Baleeiro chegou a afirmar a impossibilidade absoluta de bitributação, na carta constitucional de 1946. Tal sistema mereceu do festejado tributarista argentino Giuliani Fonrouge, os maiores encômios. “*El mais perfecto, desde el punto de vista técnico, consiste en separar las fuentes productoras de riqueza gravable, pero, tiene el inconveniente de excesiva rigidez. Ha sido adaptado por Brasil*”. (*Derecho Financiero*, vol. I, pág. 291).

“Qual será a técnica da Constituição para distribuir os impostos? a distribuição implica em prévia distinção. Cientificamente, os impostos se caracterizam e, portanto, se diferenciam, pelo seu elemento constitutivo, isto é, o elemento fático, o *substratum* sobre que incide a lei tributária (*ex facto oritur jus*), pois a lei, para apreender o fato imponível, descreve ou caracteriza esse mesmo fato; só então é que ele passa a ser *fato gerador*, isto é, o fato que foi retratado e passou a constituir um tipo tributário. É a *fatti spécie* dos italianos, ou o *fait generateur*, dos franceses, ou o *tatbes-*

land dos alemães". Rui Barbosa Nogueira, *op. cit.*, pág.182).

Ora, "a razão de ser da importância da discriminação de rendas, na federação, é evidente e se consubstancia na circunstância mesma de constituir uma exaltação, um grau superlativo das autonomias, sobretudo as periféricas, cujo convívio equilibrado com a unidade central se quer assegurar" (Amílcar Falcão, *Impostos concorrentes na Constituição de 1946*, Rio, 1964, pág. 9).

18. Conseqüência dessa discriminação rígida de rendas — na qual cada esfera de poder somente dispõe de cédulas de competência estritamente fixadas, substancialmente fixadas, substancialmente correspondentes a fatos geradores bem caracterizados — é a excessiva rigidez, a que se refere Fonrouge. É, mesmo, ensinamento do professor Amílcar Falcão que "o que caracteriza a discriminação constitucional de rendas é a sua rigidez: a indicação dos impostos é feita de modo preciso, de tal forma que só se legitima a competência impositiva de cada uma das entidades federadas (União, Estados e Municípios), quando estiverem em presença os fatos geradores típicos, peculiares aos tributos a que a Constituição alude, como pressuposto para o seu exercício. Quer isto dizer o seguinte: a União tem competência privativa para tributar o consumo, ou para tributar a importação, ou atos e instrumentos regulados por lei federal, não poderá, sob tais *nomines juris*, criar impostos cujos fatos geradores hajam sido indicados como pressupostos para o exercício da competência impositiva dos Estados e Municípios, ou vice-versa" (*Direito Tributário Brasileiro*, págs. 35 e 36).

19. Reconhecendo o legislador constituinte a imperiosa necessidade de se promover a conciliação entre a rigidez do sistema e a história e inebatável evolução da vida social e, em conseqüência, do direito, decidiu abrir válvula de escape e emprestar flexibilidade ao sistema, mediante previsão de possibilidade de decretação de novos impostos — novos no sentido de que não se confundem com qualquer daqueles previstos nos artigos 15, 19 e 29 — o que fez, ditando a disposição do artigo 21, que será

adiante objeto de minucioso estudo. Logo; à União somente é lícito exigir (além das taxas remuneratórias de serviço e da contribuição de melhoria) os impostos taxativamente previstos no artigo 15, salvo a possibilidade de impôsto novo, de que cuida o artigo 21.

Vejamos, pois, que fatos geradores se constituem nos pressupostos que legitimam o exercício do poder tributário federal. Dispõe o art. 15 da Constituição:

"Compete à União decretar impostos sobre:

I. importação de mercadorias de procedência estrangeira;

II. consumo de mercadorias;

III. produção... de lubrificantes e combustíveis, etc.

IV. renda e proventos de qualquer natureza;

V. transferência de fundos para o exterior;

VI. negócios de sua economia, atos e instrumentos regulados por lei federal".

Percorrendo com os olhos essa exaustiva enumeração, pode-se, desde logo, — dada a evidência flagrante da inadequação da exação em estudo aos moldes rígidos dos respectivos pressupostos — arrear globalmente tôdas as hipóteses. Com efeito, como descrito pela lei, o fato gerador do tributo em discussão consiste essencialmente em "*manter empregados sujeitos a descontos para institutos de aposentadoria e pensões*".

Na verdade, "*manter empregados*" não se confunde, nem equivale, a importar, consumir, produzir lubrificantes, combustíveis e minerais, auferir rendas, transferir fundos, ou praticar negócios de economia federal, ou, ainda, praticar ato ou firmar instrumento regulado por lei federal.

Não cremos ser necessário digredir, mesmo rapidamente, pela doutrina nacional, particularmente pela abundante exegética existente sobre o art. 15 da Carta Magna.

· Precioso subsídio para sintética e objetiva visão do rico conteúdo de cada qual dos incisos que se contém naquele dispositivo, pode ser encontrado nos artigos 25 a 30 do projeto de código tributário nacional (projeto de lei nº 4.834-A de 1954, em tramitação na Câmara Federal).

Não nos parece em verdade, haver, necessidade de grande argúcia, para imediata percepção de que a ação de *manter empregados*" (a hipótese legal) não caracteriza qualquer das ações tributáveis, objeto da disciplina do referido artigo 15.

20. Diante da remota possibilidade de alegar-se a viabilidade da subsunção do fato gerador da contribuição para o Banco Nacional da Habitação ao conceito de renda, parece oportuno examinar-se tal hipótese mais detidamente.

Com efeito, poder-se-ia argumentar — em favor da caracterização da contribuição para o BNH como imposto de renda — dizendo que quem "mantém empregados" o faz com fito de obter lucro. Não fôsse a idéia de lucro, não haveria quem "mantivesse empregados".

Ora, esta argumentação não prova nada e não tem a menor procedência. Primeiramente, porque o reconhecimento das espécies tributárias se faz pelo fato gerador e não por idéias aproximadas. Em segundo lugar, porque é estrita a interpretação das hipóteses de incidência e dos fatos imponíveis. "O imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador a *aquisição de riqueza nova* produzida pelo capital, pelo trabalho ou pela combinação de ambos" (art. 28 do projeto de Código Tributário Nacional). É esta a mais perfeita síntese do que de melhor produziu a doutrina, a respeito. Esse o conceito de renda no direito brasileiro. "Renda é resultado comparativo do confronto entre o capital e seu produto", como ensina Gomes de Sousa (*Compêndio, loc. cit.*). Esse conceito exige um *quid plus*, algo de novo, alguma coisa que se acrescenta ao que já existia. É um *aumento*, um

incremento de riqueza. É "algo mais" no patrimônio de alguém (vide Giannini, *Istituzioni*, pág. 322).

21. Pois bem, nada disso é necessário ou correlativo à ação de "manter empregados". Em verdade, esta ação não implica necessariamente em "auferir renda", não significa *ter lucro*.

E não se alegue que o vulto da fôlha de pagamento é indício indireto de recebimento de renda, porque êsse raciocínio prova demais. Nem a correlação é necessária, nem proporcional. Muitas vêzes, até, o vulto da fôlha de pagamento está na razão inversa da eventual renda.

Por outro lado — e êste parece argumento decisivo — o fundamento das decisões judiciais, principalmente do Supremo Tribunal Federal — pela constitucionalidade do imposto de indústrias e profissões, baseado no movimento bruto — de que seria índice o valor das despesas com empregados, entre outros fatores — foi exatamente a diferença entre os fatos geradores dos impostos de renda e indústrias e profissões, tal como fixados na Constituição.

Melhor explicando, admitiu-se como constitucional o imposto de indústrias e profissões, acolhendo-se a argumentação da Fazenda municipal, no sentido de que não se confundia com o de renda (era o argumento dos que ofereciam resistência à pretensão tributária da fazenda municipal) porque êste exigia a *prova do quid plus*, enquanto as indústrias e profissões se legitimava com o só exercício da atividade de natureza lucrativa, *independentemente do resultado econômico*.

Reforçada fica, assim, a refutação do entendimento que pretendesse ver na contribuição para o BNH as características do imposto de renda.

22. Passemos ao exame da derradeira hipótese que se nos oferece: a do artigo 21 da Constituição federal, que trata dos impostos assim chamados "novos". Contém êsse dispositivo o seguinte mandamento:

"A União e os Estados poderão decretar outros tributos, além dos que lhes são atribuídos por esta Constituição, mas, o imposto federal excluirá o estadual idêntico. Os Estados farão a arrecadação de tais impostos e, à medida que ela se afetar, entregarão 20% do produto à União e 40% ao município onde se tiver realizado a cobrança".

Consagrou a doutrina nacional, com a denominação de "imposto novo", àquele instituído segundo a forma prescrita pelo mandamento ora transcrito. Vê-se daí, que é lícito à União e Estados criarem impostos, além dos taxativamente previstos nos artigos 15 e 19.

Para que — entretanto — seja constitucional a exigência há que se observar fielmente o mandamento transcrito:

(a) será arrecadado pelo estado;

(b) partilhado o produto na proporção de 40%, para o estado e municípios e 20% para a União.

Só assim estaremos diante de imposto novo, constitucional e válido. Fora desse rigoroso quadro, o arbitrio, o confisco, a inconstitucionalidade. Esta conclusão é serenamente afirmada pela doutrina, que a reputa mais do que a pacífica. O eminente constitucionalista e tributarista Aliomar Baleeiro escreveu:

"Caracterizado um imposto, como alheio à discriminação dos artigos 15, 19 e 29, ele será válido, se exigido pelo estado, pois, só este se acha investido de competência para arrecadá-lo. A União pode instituí-lo, mas não arrecadá-lo, salvo convênio com os estados (arts. 21 e 18 § 3º) (*Limitações constitucionais ao poder de tributar*, pág. 41).

23. Diante de tão categórica manifestação, não vemos como fugir à conclusão que — do exame da lei criadora do Banco Nacional da Habitação — se impõe, no sentido da inconstitucionalidade da contribuição prevista pelo art. 22.

Na verdade, vê-se que corresponde ela à conceituação teórica do imposto. É um imposto, inequivocamente. Não se enquadra, porém, no nosso sistema constitucional. É exação inconstitucional, porque não conformada às exigências severas dos artigos 15 ou 21. Primeiras conclusões já podem ser extraídas do que se escreveu:

(a) o salário educação tem natureza de imposto;

(b) o sujeito ativo da relação tributária é o da União, qualificando-se tal imposto como federal;

(c) não está previsto no art. 15 da Constituição;

(d) não se cobre no art. 21 porque:

I. não é arrecadado pelos Estados;

II. não é partilhado na forma do disposto no mesmo artigo 21, inclusive com os municípios.

Contemplado esse singelo quadro, recorda-se que "é ilegítima a arrecadação desses impostos do art. 21, pela União ou pelo Município" (Baleeiro, *op. cit.* pág. 40). Do mesmo parecer é o prof. Amílcar Falcão, que escreveu: "A matéria, como se disse, é de direito estrito não podendo o estado... derogar o princípio da exclusividade da arrecadação estadual e da participação no produto, à medida que aquele se efetuar, relativamente aos impostos de competência concorrente" (*Direito Tributário Brasileiro*, cit. pág. 229).

Impõem-se, pois, reconhecer que juridicamente é nulo o dispositivo legal que criou o salário educação. É exação injurídica. Não existe como instituto jurídico por contrariar frontalmente a Constituição federal. É tão válido o dispositivo que pretende instituí-la, quanto o seria a organização de um exército ou força aérea, por um município. A compulsão, pois, ao pagamento dessa exação constitui-se, no nosso direito

constitucional, em confisco, o que é vedado expressamente.

24. Do exposto decorre não ser devida a contribuição destinada à formação do

capital do Banco Nacional da Habitação, a que se refere o art. 22 da lei 4.380. —

Geraldo Ataliba, Prof. na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.
