

OS TRIBUTOS SÃO MEIOS CONSTITUCIONAIS VÁLIDOS DE INTERVENCIONISMO ECONÔMICO

Helena Taveira Torres – Professor Titular do Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da USP. Advogado.

A Constituição de 1988 acentua a força dirigente do Estado por meio de normas expressas e implícitas de intervencionismo estatal. Como diz Seabra Fagundes, este constitui “*uma inelutável realidade no mundo hodierno*”.¹ De fato, os ordenamentos não podem prescindir dessa força intervencionista do Estado na economia.

Demonstra-o, com rara convicção de dados rigorosos e apurados ao longo de décadas, Thomas Piketty, ao dizer que a segunda conclusão que representa o coração do livro “O Capital no Século XXI” é de que não existe qualquer processo natural e espontâneo nos mercados que visem a evitar as desigualdades ou tendências desestabilizadoras de um modo durável.² Desse modo, somente o Estado, segundo os valores constitucionais, tem os meios e as condições para realizar esta tarefa. Como se viu recentemente, na crise econômica internacional de 2008, somente os Estados com instituições fortes puderam suplantar rapidamente suas dificuldades, mediante regulação e instrumentos eficazes para recomposição dos próprios mercados. E os meios projetados por Thomas Piketty são todos de ordem tributária, com aumento de tributos.

O Brasil, neste particular, tem se mostrado pioneiro e eficiente na luta para reduzir desigualdades sociais e eliminar a pobreza, sem apelar para criação ou aumento de tributos sobre a renda, a sucessão e o capital, como sugere Thomas Piketty. Por meio do orçamento e medidas constitucionais, programas de intervencionismo, políticas públicas e gastos obrigatórios com saúde e educação têm sido importantes instrumentos para assegurar ao povo o acesso a direitos sociais, bem-estar e qualidade de vida.

Resta saber como os tributos podem cooperar com esta função e quais os seus limites constitucionais, na medida que a ação do Estado.

A constitucionalização de valores e princípios da ordem social e econômica elevou ao patamar da Constituição formal o poder-dever do Estado de realizar a tarefa de justiça econômica e social,³ mormente por meio de normas tributárias. A Constituição, ao atribuir a função intervencionista ao Estado, exige dos seus agentes o múnus de cumprir a tarefa de concretização da *justiça distributiva*, segundo os critérios e meios disponíveis, mas sempre em conformidade com os fins designados no texto constitucional.

A Constituição Financeira coloca à disposição da Constituição Econômica os mais variados meios de intervencionismo, como se pode verificar com o aumento de tributos, na criação de obrigações acessórias ou mesmo na exigência de regimes especiais.

¹ Cf. SEABRA FAGUNDES, Miguel. Da nova ordem econômica na nova Constituição. In: CAVALCANTI, Themístocles B. et al (Coord.). *Estudos sobre a Constituição de 1967 e sua Emenda n. 1*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1977. p. 168.

² PIKETTY, Thomas. *Le Capital au XXI^e siècle*. Paris: Seuil, 2013, p. 47.

³ (ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Trad. Marina Gascón. Madrid: Trotta, 1995. p. 99 e 101).

Cumpra assinalar que estas medidas podem ser perfeitamente empregadas, desde que observados os princípios da ordem econômica, no que representam verdadeiras limitações ao poder de tributar, o que somente se vê afastado quando a intervenção não represente uma injustificada afetação aos direitos e liberdades econômicos.

Daí a importância da política na realização da escolha pública e dos meios necessários para cumprir estas tarefas. Como observa Gustavo Zagrebelsky, ao lembrar que a Constituição “*es un orden objetivo previsto para limitar la inestabilidad de las voluntades*”;⁴ se assim o é, não pode ser a “burocracia” força suficiente para capturar a decisão de escolha pública sobre alocação e distribuição de rendas com fatores de justiça. Esta função é exclusiva da “política”, segundo as escolhas democráticas dos agentes políticos, eleitos pelo “*voto direto, secreto, universal e periódico*”, como representantes legisladores, chefes do executivo etc.

A neutralidade tributária é uma quimera. A atividade financeira do Estado nunca foi neutra, nem aqui nem alhures. Todo e qualquer gasto público relevante ou ato de criação ou aumento de tributo é intervenção direta e indireta sobre a macro e a microeconomia de uma nação, a modificar o volume da renda total disponível ou a distribuição de rendas. A simples instituição ou cobrança de qualquer tributo, por si só, já projeta consequências na ordem econômica. Os fenômenos de percussão, repercussão econômica, incidência econômica e difusão, tão bem examinados por Paul Hugon, na sua obra *O imposto*,⁵ dão mostras desses efeitos.

Na atualidade, está consolidado na Teoria da Constituição Econômica que a estrutura econômica da sociedade capitalista, sob o pressuposto da propriedade privada, não pode funcionar sem o intervencionismo do Estado. Por isso, feneceram, uma a uma, as teorias liberais que apregoavam a eliminação (neutralidade) ou redução ao mínimo da atuação do Estado na economia, como se o Estado Social fosse determinado pela economia, e não pela Constituição. A economia de mercado reclama segurança jurídica para seus agentes, mas esta pode ser ineficaz se o Estado não assegura a permanente “proteção” e controle do “mercado nacional”, inclusive com aplicação de regras de acordos internacionais.

Assim, qualquer modelo de justiça distributiva, na atualidade, reclama a presença do Estado, com seus múltiplos meios, inclusive da atividade financeira do Estado, a qual traz consigo a função de “planejamento” mediante as leis de orçamentos. É por esse motivo que, em múltiplas ocasiões, a Constituição Econômica é considerada, por alguns, pela ação de intervenção do Estado, exclusivamente, segundo certas funções nela estabelecidas. Uma restrição material já superada no constitucionalismo brasileiro, como bem demonstrado nos estudos fundamentais do Professor Gilberto Bercovici.

É fundamental recuperar a percepção de Fábio Konder Comparato, para quem o Direito Econômico “surge como o conjunto de técnicas de que lança mão o Estado contemporâneo na realização da sua política econômica” (exemplos: os planos ou planejamentos), a compor uma ordenação jurídica sobre as estruturas do sistema econômico, mediante a atuação do Estado.⁶ E sua unidade estaria exatamente em

⁴ *Ibidem*, p. 94.

⁵ HUGON, Paul. *O imposto*. Teoria moderna e principais sistemas. São Paulo: Renascença, 1945. p. 74.

⁶ COMPARATO, Fábio Konder. O indispensável direito econômico. In: *Ensaio e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 465 e 471.

“traduzir normativamente os instrumentos da política econômica do Estado”, ao que a Constituição Econômica presta-se como fundamental.

A Constituição Econômica, ao conferir a instrumentalidade aos particulares para agirem na economia segundo as regras preestabelecidas, assim como ao Estado, tem à disposição todo o aparato da Constituição Tributária e da Constituição Financeira para realização da Constituição dirigente, na direção do processo econômico geral.

Poderíamos utilizar uma miríade de exemplos para representar os meios à disposição da Constituição Econômica para o intervencionismo. Contudo, vejamos dois meios financeiros com essas finalidades interventivas ou dirigentes.

Decisão política muito criticada na oportunidade do seu lançamento, mas cujo êxito, após oportunos ajustes, é inegável nos dias atuais, pela atração efetiva de montadoras de veículos, melhoria da concorrência e expansão de postos de trabalho, foi a tributação diferenciada do IPI para carros importados por montadoras que não possuíssem unidade fabril no País, com o objetivo de estimular a competitividade, a agregação de conteúdo nacional, o investimento, a inovação tecnológica e a produção local.⁷

⁷ Falamos da Lei 12.546/2011, que previu a redução de alíquotas do IPI para veículos fabricados no País, mediante as seguintes condições:

Art. 5.º As empresas fabricantes, no País, de produtos classificados nas posições 87.01 a 87.06 da Tipi, aprovada pelo Decreto n. 6.006, de 2006, observados os limites previstos nos incisos I e II do art. 4.º do Decreto-Lei 1.199, de 27 de dezembro de 1971, poderão usufruir da redução das alíquotas do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), mediante ato do Poder Executivo, com o objetivo de estimular a competitividade, a agregação de conteúdo nacional, o investimento, a inovação tecnológica e a produção local.

§ 1.º A redução de que trata o caput:

I – deverá observar, atendidos os requisitos estabelecidos em ato do Poder Executivo, níveis de investimento, de inovação tecnológica e de agregação de conteúdo nacional;

II – poderá ser usufruída até 31 de julho de 2016; e

III – poderá ser usufruída até 31 de dezembro de 2017; e

IV – abrangerá os produtos indicados em ato do Poder Executivo.

§ 2.º Para fins deste artigo, o Poder Executivo definirá:

I – os percentuais da redução de que trata o caput, podendo diferenciá-los por tipo de produto, tendo em vista os critérios estabelecidos no § 1.º; e

II – a forma de habilitação da pessoa jurídica.

§ 3.º A redução de que trata o caput não exclui os benefícios previstos nos arts. 11-A e 11-B da Lei nº 9.440, de 14 de março de 1997, e no art. 1.º da Lei 9.826, de 23 de agosto de 1999, e o regime especial de tributação de que trata o art. 56 da Medida Provisória n. 2.158-35, de 24 de agosto de 2001, nos termos, limites e condições estabelecidos em ato do Poder Executivo.

Art. 6.º A redução de que trata o art. 5.º aplica-se aos produtos de procedência estrangeira classificados nas posições 87.01 a 87.06 da Tipi, observado o disposto no inciso III do § 1.º do art. 5.º, atendidos os limites e condições estabelecidos em ato do Poder Executivo.

§ 1.º Respeitados os acordos internacionais dos quais a República Federativa do Brasil seja signatária, o disposto no caput aplica-se somente no caso de saída dos produtos importados de estabelecimento importador pertencente a pessoa jurídica fabricante que

A Lei 12.546/2011 concedeu a redução da alíquota do IPI vinculada à qualificação da pessoa jurídica como industrial, o que ao mesmo tempo confere aumento do tributo a quem não tenha produção no País. A partir dessa lei, somente veículos importados por uma montadora com produção no País, estabelecimento industrial no Brasil, poderiam se beneficiar da redução de alíquotas, observados os requisitos de *níveis de investimento, de inovação tecnológica e de agregação de conteúdo nacional*.

Em relação ao ICMS e ao IPI, o princípio da seletividade tem como objetivo concretizar a capacidade contributiva, sendo o ônus tributário inversamente proporcional à essencialidade do produto, com franca possibilidade para a realização da extrafiscalidade. Quando os impostos perseguem uma função extrafiscal, o objetivo principal destes é atingir determinadas metas econômicas ou sociais. A proporcionalidade das alíquotas e a seletividade conformam as diferenças de tratamento ao longo das sucessivas operações das cadeias plurifásicas das mercadorias sujeitas à incidência do IPI.

Vejamos outro exemplo voltado a intervenções objetivas, por consenso, segundo medidas individualizadas.

As regras de defesa da concorrência contidas na Constituição Econômica têm como objetivo principal evitar abusos do poder econômico tendentes à dominação do mercado, à eliminação da concorrência ou que resultem no aumento arbitrário de lucros, em conformidade com os valores da proteção da *livre concorrência* e da *livre-iniciativa*.

No exercício de sua função, o CADE possui poderes regulatórios e sancionatórios. Desse modo, ele tem autorização para reprimir práticas que violam a ordem econômica, tais como formação de cartéis, preços predatórios, acordos de exclusividade etc. Assim, tanto a atividade regulatória quanto a sancionatória, exercidas pelo CADE, devem estimular e difundir as práticas de concorrência leais.

O legislador, para que o CADE possa cumprir sua missão, colocou à sua disposição, entre outros instrumentos, o pagamento de *contribuição pecuniária* em favor do Fundo de Defesa dos Direitos Difusos – FDD, nos termos do art. 85, § 1.º, III, da Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. É parte deste processo de intervenção, a saber:

Art. 85. Nos procedimentos administrativos mencionados nos incisos I, II e III do art. 48 desta Lei, o Cade poderá tomar do representado compromisso de cessação da prática sob investigação ou dos seus efeitos lesivos, sempre que, em juízo de conveniência e oportunidade, devidamente fundamentado, entender que atende aos interesses protegidos por lei.

§ 1.º Do termo de compromisso deverão constar os seguintes elementos: (...)

III – a fixação do valor da contribuição pecuniária ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos quando cabível.

º.2 § Tratando-se da investigação da prática de infração relacionada ou decorrente das condutas previstas nos incisos I e II do § 3.º do art. 36 desta Lei, entre as obrigações a que se refere o inciso I do § 1.º deste artigo figurará, necessariamente, a obrigação de recolher ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos um valor pecuniário que não poderá ser inferior ao mínimo previsto no art. 37 desta Lei.

atenda aos requisitos mencionados nos §§ 1.º e 2.º do art. 5.º.

§ 2.º A exigência de que trata o § 1.º não se aplica às importações de veículos realizadas ao amparo de acordos internacionais que contemplem programas de integração específicos, nos termos estabelecidos em ato do Poder Executivo.

O FDD, regulamentado pelo Decreto 1.306/1994, foi instituído pelo art. 13 da Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/1985), que trata das ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados a interesses difusos e coletivos, entre os quais se encontram os danos causados por infração à ordem econômica, entre outros.

A intervenção do Estado na economia, por normas tributárias ou financeiras (receitas), atua neste caso sobre agentes econômicos determinados, em detrimento de outros que atuem no mesmo mercado relevante, sempre que identificada a possível responsabilidade por provocar distúrbios concorrenciais, o que se apresenta como elemento de *discrímen* legítimo.⁸ É nessa hipótese que o pagamento de *contribuição pecuniária* ao FDD encontra-se legitimamente justificado, como condição inafastável para a aprovação de Termo de Compromisso de Cessão – TCC pelo CADE, a revelar sua natureza de pagamento compulsório, obrigatório, mas em hipótese na qual o interessado pretenda pactuar um TCC, de modo espontâneo e consensual.

Diante disso, a contribuição pecuniária em tela não se confirma como sanção por ato ilícito, mas condição para o exercício de um direito, uma obrigação legal, verdadeiro pressuposto para a aprovação do TCC, mediante controle da atuação no mercado pelo CADE, em lícito exercício de poder de polícia. A presente matéria coincide com o teor do art. 78 do CTN, no que concerne aos requisitos de proteção das liberdades concorrenciais, além do mercado nacional, na forma de típico controle regulador.

Como se verifica, o exercício desse poder de polícia será tido como *regular* quando desempenhado nos limites legais, respeitados os direitos individuais, aplicado pelo órgão competente e com observância de devido procedimento legal.⁹

Pois bem, os pagamentos de contribuições pecuniárias são feitos em função do poder de polícia do CADE, exercido efetivamente. Traduzem-se em exercício de poder de polícia de forma preventiva. Como diz Maria Sylvia Zanella Di Pietro, entre os meios de que se utiliza o Estado para o exercício do poder de polícia estão “*medidas preventivas* (fiscalização, vistoria, ordem, notificação, autorização, licença), com o objetivo de adequar o comportamento individual à lei”.¹⁰ Não há dúvidas sobre a competência fiscalizatória da administração, no exercício de poder de polícia, diretamente pelo CADE, seguido de pagamento de “taxa”, na forma de contribuição pecuniária, e não como espécie de “multa” ou de “indenização”, porquanto ainda não se verifica caracterizada a existência de “ilícito” que assim a permita qualificar.

A natureza jurídica desta contribuição pecuniária é tributária, pois atende à descrição do art. 3.º do CTN, como “tributo”. Trata-se de exigência com base legal previamente estabelecida (a), não se constitui em sanção a ato ilícito (b), reveste-se de prestação pecuniária compulsória, com limites mínimo e máximo definidos por lei (c), e como será devida ao FDD de forma compulsória, após a assinatura do TCC (d), será cobrada mediante atividade vinculada (e), até porque poderá ser exigida mediante típica “dívida

⁸. “A Constituição, que declara o mercado interno como patrimônio nacional (art. 219), exige do Estado, como agente normativo e regulador da atividade econômica (art. 174), o exercício da função de fiscalização” (FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Concorrência como tema constitucional: política de Estado e de governo e o Estado como agente normativo e regulador. Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional*, São Paulo: Ibrac, v. 19, 2009).

⁹. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 686.

¹⁰. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 113.

ativa” federal.

O fato da denominação não a qualificar como “taxa”, e considerar como “contribuição pecuniária”, além da destinação do produto de sua arrecadação dirigir-se para órgão diverso (o FDD), um e outro são irrelevantes para afastar sua natureza jurídica tributária, como prescreve o art. 4.º do CTN. É tributo, na forma de taxa pelo exercício do poder de polícia do CADE, nos termos do art. 145, II, da CF.¹¹ A imediata indeterminação do critério quantitativo ou a sujeição daqueles que estão submetidos a um processo administrativo tampouco pode criar resistências a tanto. Basta lembrar que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é pacífica ao admitir que as custas judiciais, pagas pelos interessados para o exercício do direito de ação, têm natureza jurídica tributária e se classificam como “taxas”.¹²

Aplicados esses pressupostos ao tema sob exame, confirma-se que a *contribuição pecuniária* é verdadeira *taxa*, decorrente do exercício do poder de polícia pelo CADE, órgão responsável pela aprovação do TCC, como forma de controle e não de atividade sancionatória, como pode ocorrer com a multa aplicada ao final do processo. A taxa decorre do ato administrativo da aprovação do TCC. E aqui está o seu fato jurídico tributário. Deste emanará a prestação pecuniária e *compulsória*: ou seja, do fato de o interessado obter TCC aprovado pelo CADE, em virtude do exercício de poder de polícia individualizado, este se vê obrigado ao pagamento da respectiva taxa.

Portanto, a contribuição pecuniária ao FDD é típico instrumento financeiro de intervencionismo, como condição para o exercício do direito ao TCC, na realização concreta de atuações diretas sobre a concorrência, que não se confunde com sanção a ato ilícito, por ser tributo, cobrada mediante atividade plenamente vinculada, logo, na forma de *verdadeira taxa*, decorrente do poder de polícia do CADE.

Nesses casos, prevalece a Constituição Econômica, no cumprimento dos fins constitucionais do Estado, ao que os sistemas da Constituição Financeira e da Constituição Tributária são empregados como instrumentos fundamentais para o seu atingimento. O resultado fático de “extrafiscalidade” é decorrência da interconstitucionalidade com a Constituição Econômica, cujo intervencionismo dirige-se ao cumprimento das competências constitucionais, com o objetivo de efetivar direitos fundamentais, promover o desenvolvimento ou proteger o mercado interno.

Nessas funções de dirigismo ou intervencionismo, o Estado tem ao seu dispor a atividade financeira para condicionar, modificar, fomentar ou desestimular as ações dos particulares. O intervencionismo jamais pode pretender dominar ou extinguir o mercado, mas acomodá-lo aos valores constitucionais, dentro dos seus limites e bases normativas. Como exemplo, não afeta o direito de propriedade, a igualdade ou a livre-iniciativa a criação de receita pública ou de fundo especial que tenha como uma das suas destinações a redução da pobreza, como se vê nos arts. 82 e 83 do ADCT.

Os tributos cooperam para o intervencionismo da Constituição Econômica e, por intermédio dos meios normativos e funcionais da Constituição Financeira, como fundos, orçamentos e outros, são os mais importantes meios de atuação do Estado Social. Registre-se, porém, que o intervencionismo fiscal pode ser obtido com toda a atuação dos tributos, inclusive com suas formalidades e meios burocráticos.

¹¹. “II – *taxas*, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição.”

¹². ADI 3.694/AP, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 10.09.2006, Tribunal Pleno, DJ 06.11.2006, p. 30.

Dentre outros, tem-se aquele empregado por obrigações acessórias, como exigência de controle sobre os sujeitos passivos. As “obrigações acessórias” são aquelas que, na forma do art. 113, § 2.º, do CTN, consistem em um “fazer” ou “não fazer” algo em favor da fiscalização ou da arrecadação de tributos. Entretanto, nos últimos tempos, até mesmo estas tem sido empregadas com propósitos intervencionistas. E não se pode esquecer dos meios assemelhados a isenções e incentivos fiscais, como também das garantias, como as certidões negativas, sanções administrativas e outros. Todo o sistema tributário está à disposição da Constituição Financeira e da Constituição Econômica para que, pela interconstitucionalidade, o Estado Democrático de Direito possa ser efetivado.

Um exemplo poderia ser o uso da cassação da inscrição estadual do ICMS nos casos de desrespeito ao valor social do trabalho, princípio fundamental da “ordem econômica”, nos casos de atividades análogas à escravidão, como pode ser visto na Lei paulista 14.946, de 28 de janeiro de 2013, cujo art. 1.º assim dispõe:

Art. 1.º Além das penas previstas na legislação própria, será cassada a eficácia da inscrição no cadastro de contribuintes do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação (ICMS) dos estabelecimentos que comercializarem produtos em cuja fabricação tenha havido, em qualquer de suas etapas de industrialização, condutas que configurem redução de pessoa a condição análoga à de escravo.

Art. 2.º O descumprimento do disposto no art. 1.º será apurado na forma estabelecida pela Secretaria da Fazenda, assegurado o regular procedimento administrativo ao interessado.

Esta cassação da eficácia da inscrição do cadastro de contribuintes do ICMS implicará aos sócios, pessoas físicas ou jurídicas, em conjunto ou separadamente, do estabelecimento penalizado o impedimento de exercerem o mesmo ramo de atividade, mesmo que em estabelecimento distinto daquele; e a proibição de entrarem com pedido de inscrição de nova empresa, no mesmo ramo de atividade, pelo prazo de 10 (dez) anos, contados da data de cassação.

No constitucionalismo do Estado Democrático de Direito, o sistema tributário coopera intensamente para a realização dos fins de valores constitucionais do Estado, mediante obrigações principais ou acessórias, na construção do Estado Social na sua totalidade, inclusive como meio de intervencionismo estatal. Para tanto, a exigência de tributos deverá observar as limitações ao poder de tributar e, quanto à redistribuição, os princípios de bem-estar, dignidade da pessoa humana e solidariedade, afora os valores das ordens social e econômica.

As normas reguladoras do mercado, mediante a intervenção estatal normativa ou de atuação direta, devem ser informadas pelo princípio do Estado Democrático de Direito, a coibir os abusos do poder econômico e mitigar as desigualdades sociais ou regionais.

Uma aplicação da Constituição Financeira conforme os princípios e fins constitucionais do Estado, portanto, tem como função promover todos os meios necessários à plena e inarredável missão de desenvolvimento econômico e de bem-estar coletivo no âmbito nacional, segundo aqueles objetivos designados pela Constituição, numa perspectiva transformadora da realidade social e econômica em favor das gerações futuras, pelo compromisso intergeracional que se impõe a realizar.