

JUSTIÇA CIDADANIA

CONSTITUIÇÃO

REPÚBLICA FEDERAL DO BRASIL



MINISTRA
ELLEN GRACIE NORTHFLEET:

**PRESIDENTE DO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL**

Editorial: A CHEFIA DO PODER JUDICIÁRIO

TRIBUTAR AS EMPRESAS É UMA “VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA LIBERDADE DE INICIATIVA ECONÔMICA” ?

Saete Maccalóz

Juíza Federal e Professora



Foto: Marco Rodrigues

A matéria tributária na Justiça Federal, atualmente, quase se resume a pedidos de certidão positiva com efeitos de negativa, esdrúxula ficção que até sigla possui: CPEN (lê-se “cepem”). Como o sistema de arrecadação está todo no computador, as certidões negativas “saem” automaticamente, mas quando o débito (obrigação principal) ou algum problema de cadastro, documentos, declarações etc. (obrigação acessória), o contribuinte não obtém a pretendida certidão e ingressa em juízo, amparado no artigo 206, do Código Tributário Nacional. Por esse novel artigo a certidão positiva tem efeitos de negativa se existir uma garantia para os créditos vencidos ou esteja suspensa a sua exigibilidade.

É um direito do contribuinte que vem sendo exercido através da melhor advocacia escrita e falada. Para tanto, usam muitos argumentos. No primeiro, negam sempre a existência da obrigação, contrariando o texto legal (artigo 206) e depois passeiam por todos os princípios constitucionais, adequados ou não, talvez, por estarem as teses prontas no computador, pouco tempo para reler sessenta páginas, entregar a tarefa aos

ele impõe comportamentos, obviamente é um limitador. Para responder a este argumento é preciso retomar as lições elementares do Direito.

O princípio constitucional da liberdade ganha efetividade no ordenamento jurídico com um outro princípio, dada a sua amplitude: “só somos obrigados a fazer ou deixar de fazer em virtude de lei”, resumido na expressão princípio da legalidade, também conhecido como princípio da anterioridade da lei.

Para compreender o princípio deve-se lembrar sempre do famoso Contrato Social, de Rousseau, segundo o qual a vida em sociedade obriga o cidadão a “aceitar” regras de conduta, mesmo que não sejam as suas preferidas, como forma de manter as relações sociais em razão dos interesses coletivos. Quando o indivíduo nasce, esse pacto já está em vigor e a sua adesão será ao longo de sua existência pela adaptação, convívio e interação (possibilidade de interferir politicamente no contexto e nas suas regras, com vistas a sua evolução e aperfeiçoamento).

É dessa época (período pré-Revolução Francesa), o ensinamento político-filosófico de que as leis, modalidade

“NA PRÁTICA POUCOS REGIMES RESPEITARAM A PROPOSTA ORIGINAL DA DEMOCRACIA, PRINCIPALMENTE O BRASILEIRO COM OS DECRETOS E AGORA COM AS MEDIDAS PROVISÓRIAS.”

estagiários, acreditar que os juízes não lêem as petições iniciais e, assim por diante.

De todos os princípios constitucionais invocados, o escolhido para este artigo está no argumento: “negar a certidão ... é uma violação à liberdade de iniciativa econômica ...” previsto no artigo 170, parágrafo único, da CRFB/88. A princípio, parece risível ou um princípio em uso deslocado. Nos tempos em que a cidadania perde espaço e consideração para o econômico, pode parecer “justo” as empresas não recolherem os impostos indiretos (porque elas pagam apenas o imposto de renda), pois isso cercearia as suas iniciativas econômicas. Então o assunto é sério...

Invocando pronunciamento do Presidente da República no escândalo da privatização das bandas de telefonia, onde lembrou que palavras e frases destacadas de seu contexto podem significar o que se deseja, aqui a liberdade de iniciativa econômica pode ser tudo e também a imunidade tributária plena. Não é preciso ir muito longe, o ordenamento jurídico como um todo é um obstáculo à liberdade de iniciativa econômica, e não apenas a ela é um obstáculo à liberdade de todos, inclusive dos cidadãos, visto pelo ângulo de que

exclusiva de regulamentação social, serão elaboradas através de uma sistemática com ampla participação popular, pois todo o poder emana do povo e em seu nome será exercido; donde a lei não é mais a expressão subjetiva da vontade do soberano, mas o consenso da representatividade, surgida do debate, da análise técnica e constitucional, da necessidade coletiva, dos diferentes interesses políticos. A grande lição dos “enciclopedistas” estava na mudança significativa de que nenhuma lei surgiria da noite para o dia, o processo legiferante deve ser transparente, os projetos devem ser conhecidos a priori, o povo participa de sua finalização através de seus representantes eleitos. Na prática poucos regimes respeitaram a proposta original da democracia, principalmente o brasileiro com os decretos e agora com as medidas provisórias.

Como a lei deve ser feita antes para condicionar um comportamento posterior, as mais conhecidas, porque estão em permanente incidência e materializando o princípio da liberdade, são as leis penais e as leis tributárias. As leis penais obrigam a permanente abstenção, o “não fazer” (“só somos obrigados a fazer ou não fazer em virtude de lei”). O constante “não fazer” diz respeito a situações de agressão

“(...) O TRIBUTO É A IMPOSIÇÃO LEGAL MAIS ANTI-POPULAR, AGRAVADO PELO FATO EVIDENTE DE AQUELE QUE MAIS TEM, MENOS QUER PAGAR; APROXIMA-SE DO GOVERNO PARA CONSEGUIR ESSA BENESSE, FINANCIANDO A ELEIÇÃO DE SEUS REPRESENTANTES PARA IMPEDIR O IMPOSTO SOBRE FORTUNAS.”

ao próprio sujeito, às outras pessoas e ao patrimônio alheio.

A legislação tributária é o exemplo lídimo de “obrigado a fazer”; ninguém gosta de pagar imposto, ninguém o faz espontaneamente, o tributo é a imposição legal mais anti-popular, agravado pelo fato evidente de aquele que mais tem, menos quer pagar; aproxima-se do governo para conseguir essa benesse, financia a eleição de seus representantes para impedir o imposto sobre fortunas. O comportamento dos ricos, difundido através dos meios de comunicação faz com o pobre, que só paga o imposto indireto, isento nos gêneros de primeira necessidade, também tenha a sua aversão ao imposto.

Os outros ramos do Direito também obrigam a fazer ou não fazer, mas existe um momento anterior onde a pessoa pode decidir se assume ou não aquela responsabilidade, por exemplo: o imenso universo da contratualidade; já nos casos dos Direitos Penal e Tributário não se cogita de uma escolha prévia, o primeiro obriga a permanente consciência de abstenção e, quanto ao segundo, o contribuinte paga, quase sempre sem saber, no que diz respeito aos impostos indiretos, e a dedução prévia no caso do imposto de renda (único imposto direto, sob a responsabilidade quase unânime do trabalho assalariado ou da prestação de serviços).

Porque a legislação tributária obriga o cidadão e as empresas a um pagamento, independente de sua vontade e querer; porque é o ato de tributar que dá ao Estado todo o poder, faculta-lhe toda a instrumentalidade para subjugar os inimigos, adversários e os próprios correligionários, a Constituição expressa, como vontade da soberania popular, um dos capítulos mais democráticos e pedagógicos de todo o seu conteúdo: Limitações ao Poder de Tributar (princípios limitadores do poder de tributar).

É uma lição de democracia porque ensina que o maior poder do soberano também, e principalmente, deve ter

limites. É pedagógico porque concretiza a idéia de que a cidadania só é possível quando existem limites ao poder, por isso a Constituição, mais do que a simples estruturação de poderes, é o escudo de defesa da pessoa contra os abusos e desmandos das autoridades públicas. Como instrumento de defesa do cidadão deve ser oposta a todo o ato de arbítrio, demonstrando claramente que o desrespeito à Constituição significa a ausência de democracia, a ausência de cidadania e o império do autoritarismo.

As limitações do artigo 150, da Constituição, consagram o princípio da anterioridade da lei em respeito ao princípio da liberdade e da soberania popular. Reafirmam o princípio da isonomia e da igualdade de tratamento, da liberdade de ir e vir, da anualidade e proíbem o bis in idem, entre outros que se dividem em princípios decorrentes.

Assim, se a ninguém é dado se defender invocando a ignorância da lei, em matéria tributária tal defesa é impossível, não só porque nenhum tributo pode ser exigido ou aumentado sem lei que o estabeleça (princípio da legalidade), mas principalmente porque ele não poderá ser cobrado no mesmo exercício “em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou” (princípio da anterioridade da lei). Respeitados, portanto, todos os princípios constitucionais, limitadores do poder de tributar, a legislação tributária é validamente constitucional, cogente e coercitiva, submetendo a ampla liberdade de iniciativa econômica aos seus comandos, sem que isso seja uma ofensa ou restrição.

A cogência da norma tributária é a impossibilidade das partes alterarem o seu conteúdo ou disporem diferentemente, como ocorre no direito privado; ela efetiva a indisponibilidade e a inalterabilidade da norma tributária, significando para o contribuinte a tranqüilidade e certeza que nada além, ou diferente, da matéria legal incidente lhe será cobrado. Para o Fisco significa o limite de sua atuação e o controle funcional, pois não poderá despender tratamento personalizado, por mais significativos que sejam os argumentos apresentados. Serve também para demonstrar que a manutenção de uma lista de maiores devedores, sem a correspondente execução, é um tratamento privilegiado de alta implicação política, criminal e funcional, revelando apenas os “parceiros” na espoliação do bem comum.

A aplicação do Direito Tributário obedece todas as regras da eficácia do Direito Público, com um adicional relativo ao fato de estabelecer um pagamento forçado, obrigação de dar parte da renda, dos ganhos de capital. Até aqui se tratou como obrigação de fazer em razão do princípio da anterioridade da lei, posto na expressão “obrigado a fazer ou deixar de fazer em virtude de lei”. Se o valor maior da sociedade, agasalhado pelo Direito, é a propriedade, o Direito Tributário precisa das regras específicas, podendo significar uma agressão ou contradição, motivo por que é visto, por muitos, como excepcional.

Por outro lado, o tributo é a forma mais antiga de remuneração do Estado, perdendo-se no passado as suas expressões mais remotas, e, ao longo da história da

humanidade, não foi concebida outra situação alternativa que o pudesse substituir. Ao contrário, foi melhorado o seu mecanismo de funcionamento, tanto na arrecadação, como na aplicação, mas longe ainda do razoável, porque os que mais ganham são, ainda, os que menos pagam, ofendendo uma de suas finalidades sociais: a redistribuição de rendas. Sem cumprir todos os seus objetivos, por simples vontade política dos governantes, ele é apenas a primeira das quatro formas de remuneração do Estado, justificado nas funções que este exerce nos campos da saúde, educação, segurança, transporte, administração etc.

Negar a existência do tributo é matar o Estado enquanto gestor da *res publicae*; é anular o seu papel no concerto das nações, bem como a instauração do trabalho escravo para todos quantos não possuem “capital próprio”. “Quem precisa do Estado é o pobre”, disse o cientista político Mangabeira Unger, em palestra da UERJ, assim todas as medidas que significam restrições na sua atuação rebatem como concreta diminuição de cidadania.

São as finalidades sociais e políticas do tributo que justificam não só a sua existência, mas principalmente, a eficácia de seu mecanismo de funcionamento, as regras e os princípios de aplicabilidade e interpretação.

A interpretação da norma tributária, saindo daquela reservada às leis em geral, é equivalente ou semelhante, àquela do Direito Penal, onde é impossível o exercício de analogia, a leitura extensiva e/ou exemplificativa, posta na expressão pro lege. É pelo ângulo do Direito Tributário como excepcional que se retoma a sua interpretação literal ou estrita, como forma de salvaguardar os interesses dos contribuintes, pois o que não está previsto e regulamentado não obriga a ninguém.

Se a interpretação é assim tão restritiva, condicionando a aplicação aos estreitos limites de sua incidência, não deveria permitir dúvidas ou dupla interpretação, caso aconteça, adota-se o in dubio pro contribuinte, embora não seja a corrente de maior aceitação nos meios públicos.

A eficácia da legislação tributária repousa em coercibilidade comum, obrigação de dar (pagar o imposto) e de fazer (lançamentos, declarações, guias etc); e, especial: cadastro geral de contribuintes, credenciamento para atividades empresariais, atos da vida civil etc.

O regular pagamento do tributo não impede a pessoa de praticar todos os atos jurídicos possíveis, todavia o inadimplemento desencadeará a sanção, as penalidades, sendo essas de natureza econômica: multa, juros e correção monetária; de natureza restritiva: descredenciamento para os atos da vida civil.

O pagamento regular do tributo parte de um ato voluntário, isso significa o esforço de estar em dia com a obrigação, que nem sempre é realizado por todo o devedor, sujeitando-o às penalidades já elencadas. A trajetória da cobrança forçada, aquela fora do seu vencimento, pelas peculiaridades do lançamento, cobrança amigável, parcelamento, gigantismo da máquina administrativa, burocracia, registro na dívida ativa, ajuizamento (não

necessariamente nesta ordem), é bastante longa, motivo por que além da penalidade pecuniária existem as de natureza restritiva: momentos em que o interesse do contribuinte está voltado para certos atos civis, comerciais e financeiros, onde a presença do Estado se manifesta para exigir o pagamento do tributo como critério de validade desse ato.

Se toda a cobrança de tributos dependesse apenas da execução fiscal, grande parte dos impostos indiretos seriam apropriados indevidamente e os diretos não seriam pagos. É pela coercibilidade restritiva que a Fazenda Pública traz o devedor para a confissão de dívida, o parcelamento, a negociação, a compensação etc. A arrecadação tributária tem um custo grande, diminuindo o seu impacto econômico na remuneração do Estado, assim a existência de penalidades restritivas se justifica no próprio mecanismo do Direito Tributário, está regulamentada na legislação, segundo os princípios já expostos e não é original do sistema tributário brasileiro.

Entre as penalidades de natureza restritiva estão a certidão positiva de débitos fiscais, a não inscrição no Cadastro Nacional de Contribuintes e a impossibilidade de participar de concursos licitatórios. Todas estas situações previstas no ordenamento jurídico, cuja interpretação vista tão pacientemente, impedem o contribuinte de alegar “violação ao princípio constitucional da liberdade de iniciativa econômica”.

Ele, como todos os que se propõem às atividades econômicas, sabem aprioristicamente da existência desse mecanismo coercitivo, portanto a sua liberdade de negociar pode ser exercida nos limites da lei tributária, ela só existe no imenso espaço que esses limites resguardam, a sua reivindicação fora deste espaço é demagógica, porque sem base técnica e fora do contexto político-jurídico. Pode ser impactante, num primeiro momento, para os desavisados, e, serviu apenas para uma recapitulação elementar.

“SE TODA A COBRANÇA DE TRIBUTOS DEPENDESSE APENAS DA EXECUÇÃO FISCAL, GRANDE PARTE DOS IMPOSTOS INDIRETOS SERIAM APROPRIADOS INDEVIDAMENTE E OS DIRETOS NÃO SERIAM PAGOS.”