

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PROGRAMA DE ESTUDOS DA PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

LEONARDO AUGUSTO ANDRADE

**A INCIDÊNCIA DO PIS E DA COFINS SOBRE AS RECEITAS DAS OPERAÇÕES
DE CRÉDITO**

São Paulo

2023

LEONARDO AUGUSTO ANDRADE

**A INCIDÊNCIA DO PIS E DA COFINS SOBRE AS RECEITAS DAS OPERAÇÕES
DE CRÉDITO**

Dissertação apresentada à Pontifícia Universidade
Católica de São Paulo como requisito para obtenção
do título de mestre em Direito.

Área de Concentração: Direito Constitucional e
Processual Tributário

Orientadora: Prof^a. Dr^a. Elizabeth Nazar Carrazza

São Paulo
2023

LEONARDO AUGUSTO ANDRADE

**A INCIDÊNCIA DO PIS E DA COFINS SOBRE AS RECEITAS DAS OPERAÇÕES
DE CRÉDITO**

Dissertação apresentada à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo como requisito para obtenção do título de mestre em Direito.

Aprovado em: ____/____/____

Banca Examinadora:

Profª. Drª. Elizabeth Nazar Carrazza (Orientadora)
Instituição: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP)

Profª. Drª. Luiza Nagib
Instituição: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP)

Prof. Dr. Carlos Augusto Daniel Neto
Instituição: Instituto Brasileiro de Direito Tributário (IBDT)

AGRADECIMENTOS

Cada etapa vencida na vida acadêmica tem o seu valor determinado pela renúncia e a entrega envolvidas. O despertar tardio para essa nova busca teve um sabor especial por ter envolvido o início remoto, por conta da pandemia da Covid-19, a retomada gradual do modo presencial, infelizmente já ao final do curso, e o desafio de conciliar os estudos com uma nova etapa da carreira profissional.

Nesse trajeto, eu não poderia deixar de reconhecer o apoio familiar, dos colegas de curso, dos professores e, em especial, dos meus sócios no escritório, que tiveram a paciência e a compreensão necessárias à realização deste projeto.

Agradeço à minha orientadora, Professora Elizabeth Carrazza, sobretudo pela oportunidade de aprender na prática a rotina de gestão de uma sala de aula no curso de graduação, o que para mim foi uma grata surpresa pelos desafios e a recompensa correspondente, especialmente quando ajudamos a despertar o interesse pelo estudo do Direito Tributário nos jovens estudantes.

À minha esposa e aos meus filhos, que me compreenderam ao longo de mais essa jornada.

ANDRADE, Leonardo Augusto. Limites Constitucionais à Tributação das Operações Financeiras. 2023, 98f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2023.

RESUMO

O Direito Tributário brasileiro possui raízes profundas na Constituição, de onde retira a sua legitimidade e organicidade. A realização dos objetivos fundamentais da República depende em grande medida da arrecadação tributária, especialmente considerando que a exploração das atividades econômicas se dá, em regra, pela iniciativa privada. Surge, nessa seara, o dever fundamental de pagar tributos, contendo o Estado no campo que lhe foi reservado pela própria Constituição. O exercício das competências tributárias, contudo, somente é legítimo quando respeitados os limites formais e materiais previstos no texto constitucional. Os limites ao exercício das competências tributária representam, portanto, direitos individuais que integram as cláusulas pétreas, não podendo ser abolidos por reformas constitucionais. Todavia, a própria Constituição previu que certos direitos fundamentais, como a legalidade e a anterioridade, precisavam ceder espaço para a execução de políticas relacionadas a setores específicos, estabelecendo mitigações e exceções em determinados casos. Isso porque, além de gerar receitas públicas, os tributos constituem ferramenta para a introdução de normas indutoras, como instrumento de intervenção da União no Domínio Econômico, dentro do campo reservado pelo texto constitucional. A Constituição colocou essa última função acima dos próprios direitos fundamentais protegidos pelas regras da legalidade e da anterioridade, pressupondo-se que as referidas exceções se encontram igualmente imobilizadas por cláusulas pétreas, impedindo a atuação do poder constituinte derivado. O presente trabalho tem por objetivo estudar a referida relação levando em conta a extensão da competência da União para instituir contribuições sociais voltadas à Seguridade Social, cuja ampliação pela Emenda Constitucional nº 20/98 propiciou a incidência sobre as operações de crédito praticadas pelas instituições financeiras, se sobrepondo à competência da mesma pessoa política para a instituição de imposto sobre essas mesmas operações, embora neste último caso com preponderante função extrafiscal. Espera-se analisar se, diante das mencionadas exceções e mitigações a direitos fundamentais relacionados à tributação quanto ao imposto federal, haveria alguma incompatibilidade de fazer incidir – ainda que indiretamente – sobre a mesma base material contribuições sociais de caráter eminentemente arrecadatório, cujo critério quantitativo somente pode ser alterado por lei em sentido estrito e deve respeitar a anterioridade de noventa dias em caso de aumento.

Palavras-chave: Direito Constitucional Tributário; Extrafiscalidade; Contribuições; Operações Financeiras.

ANDRADE, Leonardo Augusto. *Limites Constitucionais à Tributação das Operações Financeiras*. 2023, 98f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2023.

ABSTRACT

Brazilian Tax Law has deep roots in the Federal Constitution, from which it draws its legitimacy and organization. The achievement of the fundamental objectives of the Republic strongly depends on tax collection, especially considering that tax revenue generation is derived from the private sector's activities. In this scenario, the fundamental duty of paying taxes arises, eliminating the necessity for the State to generate income streams independently. The execution of taxation, however, is legitimate as far as both formal and material limits provisioned by the Constitution are respected. The limitations to the execution of Taxation represents, in that sense, individual rights that integrate the irrevocable part of the Constitution, that cannot be changed even by Constitutional Amendments. Notwithstanding, the Constitution predicted that certain fundamental rights, such as "Legality" and "Anteriority", need to make room for the execution of certain public policies related to specific economic sectors, establishing mitigations and exceptions to those rules. Therefore, besides generating public revenues, Taxes constitute tools for the establishment of inductive rules, as an instrument of Federal intervention in the Economic Domain, within the area reserved by the constitutional text. The Constitution placed this last function above the very fundamental rights of "Legality" and "Anteriority", which allows assuming that such exceptions are also irrevocable, preventing their modification by Constitutional Amendments. The objective of this work is studying that relationship, using as a background the Financial Activities and the augmentation of the Federal competency for creating social contributions levied on corporate revenues. It is expected that this research will demonstrate if there is any incompatibility with those exceptions and limitations to fundamental rights of Taxpayers and the possibility of social contributions be levied – at least indirectly – on the same material tax basis, notwithstanding these types of taxes are subordinated to legal reserve in terms of determining its amount and its augmentation is only applied after ninety days after Congress approval.

Keywords: Constitutional Tax Law; Non-Fiscal Purpose Tax Laws, Inductive Rules, Irrevocable Constitutional Rules; Contributions; Financial Activities.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
1 TRIBUTAÇÃO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS	10
1.1 A Tributação como Limitação a Direitos Fundamentais	10
1.2 As cláusulas pétreas e o Poder Reformador.....	15
1.3 A Ordem Econômica e seus Objetivos	18
1.4 Tributação e Intervenção do Estado na Economia.....	21
2 FUNÇÃO REGULATÓRIA E LIMITAÇÕES ÀS COMPETÊNCIAS TRIBUTÁRIAS ...	26
2.1 Exceções e Mitigações a Determinadas Limitações ao Exercício de Competências Tributárias	26
2.1.1 O caso das importações e das exportações.....	28
2.1.2 O caso dos produtos industrializados	29
2.1.3 O caso das operações de crédito, câmbio, seguros e com títulos e valores mobiliários.....	31
3 CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS E AS OPERAÇÕES DE CRÉDITO	45
3.1 Contribuições como espécie de tributo	45
3.2 O Faturamento Como Fonte de Financiamento da Seguridade Social na Constituição .	52
3.3 A Importância da Base Econômica para Análise do Fenômeno da Incidência Tributária	61
3.4 Limites Indiretos à Reforma Constitucionais e Direitos Fundamentais	70
3.5 Princípio da Solidariedade: Escolha de Fontes	79
3.6 Princípio da Igualdade e da Capacidade Contributiva.....	82
CONCLUSÕES	89
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	92

INTRODUÇÃO

Como é sabido, a Constituição Federal de 1988 universalizou o acesso dos cidadãos brasileiros aos serviços sociais da saúde, assistência e previdência, que formam o plexo da Seguridade Social. A reboque dessa medida, ampliou-se o campo de tributos cuja arrecadação é voltada ao financiamento dos referidos direitos sociais, por meio da atribuição de competência para a criação das chamadas contribuições sociais.

Muito embora o financiamento da Seguridade Social seja de responsabilidade de toda a sociedade, a Constituição optou por um modelo pautado não apenas na contribuição dos próprios beneficiários do sistema, em vez disso repartindo o ônus com as empresas e entidades a elas legalmente equiparadas.

Em parte, as “novas” competências tributárias previstas no artigo 195 da Constituição Federal se sobrepõem a impostos discriminados pela Carta, como é o caso da contribuição social sobre o lucro das empresas, claramente uma redundância em relação ao imposto de renda, com destinação do produto da arrecadação a uma finalidade específica. Por outro lado, manteve-se uma parte relevante da arrecadação, especialmente relacionada ao financiamento de benefícios previdenciários, por meio da folha de salários e demais rendimentos do trabalho. Finalmente, buscou-se uma forma de complementar a arrecadação por meio da previsão do faturamento das empresas como fonte material para a criação das referidas contribuições sociais.

O uso do termo faturamento, porém, causou polêmica diante de sua indeterminação significativa, havendo aqueles que buscassem na sua origem etimológica a vinculação às *duplicatas mercantis*, instrumentos historicamente utilizados para controlar as vendas a prazo e que, ao longo dos tempos, passaram a ser utilizados também para documentar prestações de serviços e vendas em geral, inclusive como instrumento de fiscalização do pagamento de tributos incidentes sobre as referidas operações.

Por outro lado, havia quem defendesse que a Constituição Federal não teria adotado qualquer conceito de Direito Privado ao eleger o faturamento como fonte de competência tributária, em vez disso utilizando a expressão no sentido de abarcar toda a sorte de receitas obtidas a partir do exercício de atividades empresariais.

De um jeito ou de outro, porém, ao longo das últimas três décadas o Supremo Tribunal Federal analisou controvérsias surgidas em torno da tributação do faturamento, ora pendendo para uma significação mais restrita, vinculada a operações de venda de mercadorias e de prestação de serviços, ainda que não sujeitas à emissão formal de “faturas”, ora

ampliando o seu alcance a ponto de apreender outras receitas objeto de exploração empresarial.

Contudo, a Emenda Constitucional nº 20/98, entre outras medidas relacionadas especialmente ao sistema previdenciário, incluiu o termo receita ao lado do faturamento como fonte material de competência da União no campo das contribuições, aumentando assim o campo possível para a criação de contribuições sociais de financiamento da Seguridade Social.

Em face dessa nova realidade, o que antes era restrito, segundo determinadas leis e interpretações jurisprudenciais, a atividades comerciais e de prestação de serviços, passou a abranger um espectro mais amplo de atividades, como é o caso das operações de crédito praticadas pelas instituições financeiras.

A peculiaridade dessa novas competência, porém, é o fato de, ainda que indiretamente, resvalar na competência da União para a criação de imposto sobre operações de crédito, a qual é marcada por forte objetivo regulatório, nessa hipótese estando isenta de cumprir a anterioridade e autorizado o aumento e diminuição de alíquotas por ato do Poder Executivo.

A questão que se pretende analisar, portanto, é relacionada justamente à exceção ao princípio da anterioridade e mitigação do princípio da legalidade estrita para a tributação das operações de crédito. Partindo da premissa de que os referidos princípios são considerados direitos fundamentais e, portanto, cláusulas pétreas, seria legítimo diminuir o alcance da função regulatória da União que permitiu a sua relativização para introduzir contribuição social que tome como ponto de partida as mesmas operações acima indicadas, embora com finalidade predominantemente arrecadatória e obedientes às referidas limitações constitucionais à tributação?

Embora a análise e as conclusões que serão obtidas no presente trabalho possam, em tese, ser aplicadas a outros contextos, por motivos metodológicos, se opta por analisar somente a incidência das contribuições sociais sobre o faturamento ou receita em relação às operações de crédito praticadas pelas instituições financeiras.

1 TRIBUTAÇÃO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

1.1 A Tributação como Limitação a Direitos Fundamentais

A tributação constitui limitação legítima a direitos fundamentais porque limita diretamente o direito de propriedade e, indiretamente, a liberdade. Além disso, a tributação é um meio para atingir finalidades predeterminadas, que a justificam e lhe atribuem validade.

Partindo das premissas acima, a tributação deve se dar de forma a interferir o mínimo possível na fruição dos direitos fundamentais, deixando de atender à sua função quando o seu exercício contraria valores expressamente consagrados pelo texto constitucional.

Nessa ordem de ideias, é sabido que, além de atribuir competências tributárias às pessoas políticas, o texto constitucional estabeleceu limitações ao exercício dessas mesmas competências, criando aquilo que ficou conhecido como o estatuto dos contribuintes.

Em verdade, a Seção II do Capítulo da Constituição relacionado ao Sistema Tributário Nacional foi integralmente dedicada ao estabelecimento desses limites, como o princípio da legalidade, da anterioridade, da irretroatividade, do não-confisco, da não obstância ao tráfego de pessoas ou bens, as imunidades, entre outras hipóteses.

Nesse sentido, a Constituição foi extremamente analítica ao prever a proteção de determinados direitos individuais – como legalidade, igualdade e anterioridade – de forma especial para o sistema tributário, fazendo nascer verdadeiro muro de contenção contra o uso desmedido do Poder Tributário.

Comprova-se: a Constituição prevê que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei, o que dispensaria de prever no artigo 150, inciso I, que nenhum tributo será exigido ou aumentado sem previsão em lei. Porém, o constituinte andou bem ao reforçar esse último aspecto, dando à proteção geral um caráter especial para os cidadãos em relação à tributação.

Da mesma forma, podemos extrair do contexto da Constituição que a criação ou aumento de tributos deve respeitar um prazo mínimo para que os seus pagadores planejem suas atividades antes da incidência efetiva. A interferência direta da tributação na propriedade e na liberdade, já mencionada, aliada à segurança como objetivo da ordem constitucional, justificariam essa compreensão. Novamente, porém, a Constituição foi pródiga ao estabelecer não apenas a anterioridade, como especificando em que medida ocorreria: anual, nonagesimal etc. Essa proteção novamente tem efeito simbólico e reforça o caráter subsidiário da tributação em relação aos direitos individuais.

Os limites da tributação, porém, não estão circunscritos à seção expressamente a eles dedicados, em vez disso se espalhando por todo o texto constitucional. É que, sendo a tributação um meio para alcançar determinadas finalidades, o seu exercício não pode obstar outras normas e princípios consagrados pela Constituição. Na verdade, considerando a matriz normativa da competência tributária na própria Constituição, tem-se aquilo que Alexy (2008) denomina de limitações diretamente constitucionais aos direitos fundamentais dos cidadãos. Essas limitações, porém, podem entrar em confronto com outras normas contidas no próprio texto constitucional e, nesse caso, exigir uma ponderação do intérprete por meio da máxima da proporcionalidade (necessidade e proporcionalidade em sentido estrito).

Entendemos que o homem nasce livre, independentemente da existência do Estado e de garantias por este estabelecidas. Na verdade, ao invés de buscar no Estado a fonte de garantia da liberdade humana, é necessário impedir que o Estado avance de forma indevida sobre esse direito individual.

Sabemos, por outro lado, que muitos interpretam a teoria indispensável de Thomas Hobbes no sentido de afirmar que, sem o Estado, inexiste a liberdade humana, inferindo a partir daí que estaria ausente o referido direito fora do Estado e de suas normas informadoras. Diz-se que concepção diversa faria emergir a “guerra de todos contra todos”¹, que aboliria a liberdade e outros direitos fundamentais².

Embora respeitando a referida posição, ousamos dela divergir, a partir da compreensão de que a legitimidade do Estado decorre de autorização dos cidadãos, especialmente para aquilo que Max Weber (1967)³ denomina “monopólio legítimo do uso da violência”.

¹ “Se agora, a essa propensão natural dos homens a se ferirem uns aos outros, que eles derivam de suas paixões mas, acima de tudo, de uma vã estima de si mesmos, somarmos o direito de todos a tudo, graças ao qual um com todo o direito invade, outro, com todo o direito, resiste, e portanto surgem infinitos zelos e suspeitas de toda a parte; se considerarmos que tarefa árdua é nos resguardarmos de um inimigo que nos ataca com a intenção de nos oprimir e arruinar, ainda que ele venha com pequena tropa e escasso abastecimento; não haverá como negar que o estado natural dos homens, antes de ingressarem na vida social, não passava de guerra, e esta não ser uma guerra qualquer, mas uma guerra de todos contra todos. Pois o que é a guerra, senão aquele tempo em que a vontade de contestar o outro pela força está plenamente declarada, seja por palavras, seja por atos? O tempo restante é denominado paz.” (HOBBS, 2002, p. 38)

² “The no-government world is Hobbes’s state of nature, which he aptly described as a way of all against all. And in such a state of affairs, there is little doubt that everyone’s welfare would be very low and – importantly – roughly equal.” (MURPHY; NAGEL, 2002, posição 203-24, Kindle)

³ ‘Todo Estado se fundamenta na força’, disse Trotski em Brest-Litovsk. Isso é realmente certo. se não existissem instituições sociais que conhecessem o uso da violência, então o conceito de ‘Estado’ seria eliminado, e surgiria uma situação que poderíamos designar como ‘anarquia’, no sentido específico da palavra. É claro que a força não é, certamente, o meio normal, nem o único, do Estado – ninguém o afirma – mas um meio específico ao Estado. Hoje, as relações entre o Estado e a violência são especialmente íntimas. No passado, as instituições mais variadas – a partir do clã – conheceram o uso da força física como perfeitamente normal. Hoje, porém,

Em períodos do Estado patrimonial⁴, por exemplo, a estrutura do Estado era utilizada em favor do soberano e de sua corte contra o cidadão comum. No Estado Democrático de Direito, por sua vez, a estrutura do Estado somente pode ser legitimamente utilizada **em favor** do cidadão comum, e o poder do Estado é limitado por esse objetivo, sendo ilegítima a sua manipulação para objetivos privados. Com isso podemos afirmar que, sem o “monopólio do uso legítimo da violência” pelo Estado, os cidadãos poderiam organizar estruturas próprias de proteção de sua liberdade e de outras esferas que lhe são caras (propriedade, vida etc.)

Após asseverar que a manutenção do “domínio pela força” depende da propriedade de “meios administrativos” – que podem ser formados por dinheiro, edifícios, material bélico, veículos, cavalos e muitas outras coisas – Weber (1967) explica como eram formadas as organizações políticas do passado:

Essas associações políticas nas quais os meios materiais de administração são controlados autonomamente, no todo ou em parte, pelo quadro administrativo dependente, podem ser chamadas associações organizadas em "estamentos". O vassalo na associação feudal, por exemplo, pagava do seu próprio bolso a administração e judicatura do distrito que lhe era entregue como feudo. Ele próprio fornecia seu equipamento e provisões de guerras, e o mesmo faziam seus subvassalos. É claro que isto tinha consequências para o poderio do senhor, que só se baseava numa relação de fé pessoal e no fato de que a legitimidade de sua possessão elo feudo e a honra social do vassalo eram derivadas do senhor geral (WEBER, 1967, p. 101)

Em outras palavras, aqueles que possuem recursos para custear atividades como segurança, educação e saúde nunca precisaram do Estado para fruir desses direitos fundamentais. Porém, podemos apenas falar em Estado Democrático de Direito se compreendermos que o poder econômico não coloca determinados cidadãos em condição superior aos demais. Formalmente, a Constituição afirma corretamente que todos os cidadãos são iguais perante a lei, ou seja, dotados dos mesmos direitos e obrigações.

Assim, muito embora existam cidadãos com poder aquisitivo suficiente para custear serviços essenciais como segurança, educação e saúde, ou até mesmo (caso legítimo fosse) para a criação de exércitos particulares para a defesa de seu território, a adoção desse modelo

temos de dizer que o Estado é uma comunidade humana que pretende, com êxito, *o monopólio do uso legítimo da força física* dentro de um determinado território. Note-se que “território” é das características do Estado. Especificamente, no momento presente, o direito de usar a força física é atribuído a outras instituições ou pessoas apenas na medida em que o Estado o permite. O Estado é considerado como a única fonte do ‘direito’ de usar a violência, daí a ‘política’, há anos, significar a participação no poder ou a luta para influir na distribuição de poder, seja entre Estados ou entre grupos dentro de um Estado.” (WEBER, 1967, p. 55-89)

⁴ SCHOUERI; PIRES; TÔRRES, 2006
TÔRRES, 2009

levaria ao retorno da era feudal, em que senhores dominam determinados territórios e usam esse domínio para subjugar os cidadãos que neles residam.

Pensamos ser esse o principal motivo pelo qual as sociedades ocidentais se organizam modernamente para atribuir ao Estado, em maior ou menor extensão, o monopólio de determinadas funções, como a defesa, segurança pública e jurisdição. Isso iguala os cidadãos relativamente a esses níveis de proteção.

Por outro lado, é consenso de que a transição entre o Estado patrimonial e o Estado de Direito exigiu que a atividade econômica fosse em regra conduzida pelos particulares, com interferência mínima do Estado. O preço dessa não intervenção é os cidadãos contribuírem financeiramente para o custeio das atividades estatais por receitas derivadas, ou seja, a entrega de parcela da riqueza produzida pela sociedade ao Estado por meio do pagamento de tributos⁵.

Trata-se, portanto, de um arranjo social que garante a liberdade de exercer atividades econômicas e receber a proteção devida contra ameaças a direitos dos particulares pela estrutura do Estado, o que não é, porém, uma condição natural, mas um contrato que certamente contribui muito para paz social, embora não constituindo-se elemento a ela indispensável.

Concordamos nesse sentido, com José Casalta Nabais (2021, p. 09-37) que afirma que o Estado é suportado pelos cidadãos em suas dimensões existencial, política e econômica, correspondendo ao segundo “o dever fundamental de voto ou sufrágio, denotando que o funcionamento democrático e o dever fundamental de pagar impostos” são complementares e interdependentes.

Ou seja, a máxima do “no taxation without representation”, que em boa hora inspirou a independência dos Estados Unidos da América, pressupõe que a participação popular é condição indispensável à atribuição de competência tributária ao Estado. O outro lado da moeda, portanto, é que a ausência de tributação implica inexistência de participação da população no processo de decisão política de uma determinada nação.

O Brasil escolheu o caminho do Estado Democrático de Direito, com ampla participação da população no processo de decisão política por meio de representantes eleitos. Adotou, além disso, a livre iniciativa, proibindo que o Estado exerça atividades econômicas diretamente, ressalvados casos excepcionais previstos na própria Constituição.

⁵ Segundo Schoueri, os tributos seriam uma conquista que abole a vassalagem, pela qual o domínio dos reis e senhores eram exercidos sobre a liberdade daqueles que habitavam as suas terras, prestando-lhes serviços civis e militares, paulatinamente substituídos pela garantia à propriedade privada e liberdade do trabalho em proveito dos próprios trabalhadores. Essa mudança levou o Estado a precisar se financiar por meio do estabelecimento de obrigações pecuniárias, apropriando-se de parte do resultado das atividades privadas (Kirchhof).

Por outro lado, a Constituição elevou à condição de direitos dos cidadãos, e dever de prestação do Estado, diversas situações como saúde, previdência, assistência, saúde, lazer, educação etc. Corolário dessa escolha é o dever de pagar tributos pela sociedade de modo a garantir as referidas prestações, mantendo o Estado dentro dos limites constitucionais, sem interferência indevida nos assuntos privados.

É nesse sentido que a Constituição, em primeiro lugar, reconhece determinados direitos *a priori* como a liberdade e a propriedade privada para, a seguir, limitar esses mesmos direitos ao prever a tributação. Além disso, a Constituição optou por ela própria atribuir competências tributárias às pessoas políticas competentes, discriminando as espécies tributárias, as condições para o exercício da competência tributária e limitações constitucionais inerentes a esse exercício - essa opção protege o cidadão contra o uso desmedido das competências tributárias, limitando até mesmo a atividade do legislador infraconstitucional para criar tributos, ao mesmo tempo em que vincula as atividades administrativas de fiscalização e controle da tributação⁶.

Ainda que se adote a chamada teoria interna dos direitos fundamentais, não se olvida essa condição imposta pela tributação, ou seja, os direitos fundamentais teriam nascidos já contidos no próprio contexto normativo da Constituição pela previsão de obrigação de pagar tributos, porém dentro dos limites estabelecidos⁷ por ela.

Em suma, entendemos que a opção feita pela Constituição foi de limitação dos referidos direitos fundamentais por meio da tributação⁸, o que garante a interferência estatal mínima na esfera particular ao mesmo tempo em que transfere o monopólio do uso legítimo da violência ao Estado, e assegura que todos tenham acesso, em tese, aos mesmos direitos fundamentais, independentemente de poder político e econômico.

⁶ “É preciso dizer: todas as limitações ao poder de tributar especificamente delimitadas pelo Capítulo de “Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar” previsto pela Constituição *brasileira* são, de maneira expressa ou implícita, *subprodutos* ou *especificações* do reconhecimento de que o âmbito de liberdade e propriedade dos contribuintes é efetivamente restringido pela existência de uma imposição tributária. Negá-lo significa negar próprio conteúdo da Constituição, que foi além da mera proteção genérica da legalidade, da igualdade e da segurança jurídica para prescrever limitações específicas e setoriais desses direitos no âmbito tributário por conta do reconhecimento de que o exercício desse poder *restringe* os direitos fundamentais e, por essa razão, demanda um espectro preventivo mais enfático e delimitado.” (LEÃO, 2022, p. 508)

⁷ “(...) o fato de a própria Constituição estabelecer restrições não altera sua natureza enquanto restrição, simplesmente a torna uma restrição autorizada constitucionalmente. A análise das teorias internas e externa dos direitos fundamentais, por conseguinte, é incapaz de afastar a natureza dos tributos como restrições aos direitos dos contribuintes.” (LEÃO, 2022, p. 514-515)

⁸ “O Tributo retira propriedade (dinheiro) do contribuinte, restringe seus direitos fundamentais, devendo, por essa razão, ser moderado, comedido. Conforme a jurisprudência consolidada do Tribunal Constitucional Federal, os tributos não podem alterar de forma substancial a situação patrimonial e de renda do contribuinte. O tributo restringe fundamentalmente a propriedade, com a qual o titular pode participar no mercado econômico (auferindo rendam aumentando seu faturamento, consumindo)”. (KIRCHHOF, 2016, p. 121)

1.2 As Cláusulas Pétreas e o Poder Reformador

A primeira afirmação importante a ser feita é aquela magistralmente defendida por Roque Carrazza (2010), segundo a qual as pessoas políticas não receberam da Constituição Federal o “poder tributário”, este exercido somente pela Assembleia Nacional em caráter transitório e ilimitado⁹, mas apenas a “competência tributária”, segundo o jurista “regrada, disciplinada pelo Direito”.

Portanto, as pessoas políticas detêm a prerrogativa de criar, dentro das regras prescritas pela própria Constituição Federal, os tributos a cada uma delas atribuídos. Ao fazerem uso de suas competências tributárias, as pessoas políticas devem “observar os limites que a ordem constitucional lhe impôs, inclusive no que atina com os direitos subjetivos públicos das pessoas.”

Considerando que a tributação implica limitação legítima a direitos fundamentais, os princípios e normas constitucionais que condicionam o seu exercício representam direitos fundamentais de aplicabilidade imediata à promulgação da Carta (art. 5º, § 1º) elevados à condição de cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, IV), impassíveis de alteração pelo Poder Constituinte Derivado.

Ainda que criticando previsão de cláusulas pétreas na Constituição, segundo ele atentatório ao “princípio democrático”, Luciano Amaro (2016)¹⁰ não chega a negar a intangibilidade dos direitos fundamentais que integram o Estatuto dos Contribuintes por meio de emendas constitucionais.

Vale mencionar também Hugo de Brito Machado (2003a), para quem a preservação do sistema constitucional tributário – formado a partir dos tributos previstos, dos princípios básicos a eles aplicáveis e por limitações ao exercício das competências correspondentes – representa direito fundamental dos cidadãos.

⁹ “Nos Estados modernos, o órgão não-jurídico (assembleia constituinte) costuma criar diversos órgãos jurídicos cujas distintas funções podem ser reunidas em três gêneros: legislativa, executiva e judiciária. É interessante notar que os órgãos jurídicos de função legislativa continuarão a ampliar e a desenvolver aquele sistema original de regras jurídicas (Constituição) pela criação de novas regras jurídicas, porém estas novas regras jurídicas têm a sua juridicidade *condicionada à competência* do órgão jurídico criador.

O primeiro órgão (a assembleia constituinte), como se viu, é não-jurídico e tem competência limitada. Este primeiro órgão cria outros órgãos; estes, porém de natureza jurídica e, portanto, com competência limitada pelas regras jurídicas que os criaram.” (BECKER, 2018, p. 227/228)

¹⁰ “O § 4º do citado art. 60 arrola matérias sobre as quais não admite modificação; trata-se do cerne fixo da Constituição, ou “cláusula pétrea”. O dispositivo afronta, a nosso ver, o princípio democrático, na medida em que pretende subtrair do povo o poder de mudar justamente a lei fundamental, como se a Assembleia Constituinte tivesse o dom não só de ditar as melhores regras para o presente, mas também de determinar a única disciplina adequada para o futuro.” (AMARO, 2016, p. 166)

O mesmo raciocínio doutrinário acima exposto é aplicado pela jurisprudência, com especial destaque ao Supremo Tribunal Federal. Isso porque, embora seja mais comum que o Supremo exerça a fiscalização de constitucionalidade de atos normativos infraconstitucionais, como leis e decretos, as emendas constitucionais estão igualmente sujeitas ao referido controle.

Deste modo, cabe ao Supremo, mediante provocação, avaliar se as emendas à Constituição seguiram o rito estabelecido pelo artigo 60 e seus parágrafos, bem como se foram observados os limites materiais ditados pelo § 4º do referido dispositivo – tentativa de abolição da forma federativa do Estado, do voto direto, secreto, universal e periódico, da separação dos Poderes e dos direitos e garantias individuais.

O Poder de reformar a Constituição é, portanto, formal e materialmente limitado pela própria Constituição, cabendo citar o escólio de Jorge Miranda (2011, p. 173-174), para quem “a revisão consiste em adotar preceitos sem bulir com os princípios”.

O ministro Néri da Silveira, relator da AD nº 1420-0, de 17 de maio de 1996¹¹, notou que grandes publicistas brasileiros historicamente se preocuparam com os limites do poder de reforma da Constituição, como é o caso de Pontes de Miranda, Pinto Ferreira, Nelson de Souza Sampaio, José Afonso da Silva e José Alfredo de Oliveira Baracho.

Sua Exa. foi feliz na ocasião ao citar a lição de Gilmar Ferreira Mendes que, inspirado em Bryde, afirmara que a imputabilidade da Constituição vai além da “proibição de revolução ou de destruição da própria Constituição”, atingindo aquelas emendas à Constituição que, “sem suprimir princípios fundamentais, acabam por lesá-los topicamente, deflagrando um processo de erosão da própria Constituição”¹².

Um marco decisivo para o debate sobre a classificação dos direitos individuais dos contribuintes como cláusulas pétreas (CF, art. 60, § 4º, inciso IV) e a impossibilidade de sua revogação pelo Poder Reformador foi o julgamento, pelo plenário do Supremo, da ADI nº 939-7, de 15 de dezembro de 1993.

Naquela oportunidade, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional defendeu que as cláusulas pétreas envolveriam somente aqueles direitos “acima de toda e qualquer norma”, como a liberdade e a dignidade da pessoa humana, não abarcando outros direitos individuais

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ministro Neri da Silveira. Brasília: 19/12/1997.

¹² MENDES, Gilmar Ferreira apud BRASIL. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1420-0. 1996. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347046>. Acesso em: 10 abril 2023.

protegidos pela Constituição, incluindo aqueles outorgados em favor dos contribuintes, como a anterioridade – o que estava em jogo naquela oportunidade.

O argumento foi reforçado ao afirmar que o próprio texto original da Constituição teria excepcionado quanto à anterioridade o exercício de determinadas competências tributárias – imposto de importação, exportação, de produtos industrializados e imposto sobre operações financeiras.

Posição semelhante ao órgão de representação federal foi manifestada pelo ministro Francisco Rezek quando da análise da medida cautelar na referida ADI, ocasião em que considerou que a anterioridade não constituía garantia individual, mas “mera regra de conveniência orçamentária, para que as empresas se organizem, para que o erário se organize em função do ano civil”.

Todavia, a ilustrada maioria que votou na ocasião do julgamento de mérito da ação direta partiu da previsão do artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal, que prevê que os direitos e garantias expressos na Constituição não exclui “outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados”.

Nesse sentido, consideraram que os direitos e garantias outorgados no Estatuto dos Contribuintes da Constituição representam direitos e garantias individuais inatingíveis pelo Poder Constituinte Derivado, pois, nas palavras do ministro Celso de Mello: “a anterioridade tributária, traduzindo limitação constitucional ao poder impositivo das pessoas políticas, constitui direito subjetivo oponível ao Estado pelos contribuintes que dela se beneficiam”. Segundo o ministro, o constituinte originário teria estabelecido diretamente as exceções ao referido direito individual no artigo 150, § 1º, não sendo permitido sob qualquer pretexto estender o referido rol a outras situações nele não especificadas.

Inclusive, o ministro Paulo Brossard alertou para o perigo de se proceder ao alargamento das exceções à anterioridade estabelecidas pelo texto constitucional, pois direta ou indiretamente “repercute no conjunto dos direitos e garantias e liberdades individuais.”

O Supremo voltaria à mesma questão quase duas décadas depois, quando do julgamento do RE nº 587.008, para reafirmar de forma unânime o referido posicionamento e impedir que emendas constitucionais previssem a cobrança retroativa da contribuição social sobre o lucro com alíquotas majoradas das instituições financeiras, em desrespeito aos princípios da irretroatividade e da anterioridade aplicável às contribuições sociais destinadas à Seguridade Social (CF, art. 195, § 6º).

Nos parece que caminhou bem a jurisprudência ao reconhecer a intangibilidade dos direitos e garantias individuais dos contribuintes em face da pretensão arrecadatória do

Estado. Isso porque, de fato, a opção de enumerar no próprio texto constitucional as referidas limitações às competências tributárias, cuidando de estabelecer exceções *numerus clausus*, confirma a assimilação dos referidos direitos e garantias à cláusula de imutabilidade imposta pelo artigo 60, § 4º, inciso IV.

Estabelecidas as premissas sobre a interferência da tributação nos direitos fundamentais e a respeito da assimilação das limitações constitucionais em matéria tributária à condição de cláusula pétrea, começaremos a estudar os motivos que levaram o legislador constituinte a colocar determinados impostos a salvo – total ou parcialmente – dessas limitações impostas com relação à generalidade de tributos. Considerando que parte relevante das funções do Estado moderno é reger a economia da nação como forma de possibilitar o cumprimento dos objetivos constitucionais, começaremos pela análise da correlação entre a ordem econômica e o sistema tributário.

1.3 A Ordem Econômica e seus Objetivos

Antes de investigar os aspectos motivadores às exceções aos limites do exercício das competências tributárias, é preciso dar um passo atrás para compreender o ordenamento jurídico em sua integralidade, pois a tributação, assim como outras matérias cobertas pelo texto constitucional, cumpre uma função que deve ser coordenada com outras a fim de atingir os objetivos da ordem constitucional¹³.

Nesse sentido, a Constituição de 1988 enuncia que os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil são: (i) construir uma sociedade livre, justa e solidária; (ii) garantir o desenvolvimento nacional; (iii) erradicar a pobreza e marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; e (iv) promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Dada a abstração da referida declaração de propósitos, é necessário se questionar de que maneira a sociedade brasileira promoverá os referidos objetivos.

Do ponto de vista econômico, a própria constituição anuncia que está fundamentada na valorização do trabalho e na livre iniciativa, visando fornecer a todos a oportunidade de uma vida digna, observados determinados princípios, dentre os quais se destacam a proteção à propriedade privada, a livre concorrência, a redução das desigualdades regionais e sociais, a

¹³ Roque Antonio Carrazza pontua, com razão, que “a ordem jurídico-tributária do Estado brasileiro constitui um sistema lógico, composto de elementos que se articula harmoniosamente. De modo algum aceita, nem mesmo em tese, a possibilidade de um mesmo evento estar sujeito à incidência de normas tributárias distintas, contrastantes entre si.” (CARRAZZA, 2010, p. 1152)

busca do pleno emprego e o tratamento favorecido para pequenas empresas com sede no país. Além disso, enquanto o artigo 172 prevê a possibilidade de lei regulando “com base no interesse nacional” os investimentos de capital estrangeiro, o seu reinvestimento e a remessa de lucros correspondentes, o dispositivo seguinte prevê a subsidiariedade da atuação direta do Estado na atividade econômica, justificada somente “quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei”.

Mais importantes ao objeto do presente estudo, porém, é o artigo 174 da Constituição, responsável pelo estabelecimento das formas de intervenção do Estado no domínio econômico como “agente normativo e regulador”, exercendo funções de fiscalização, incentivo e planejamento, este obrigatório para o setor privado e indicativo para o setor privado.

Luís Eduardo Schoueri (2005) destaca que a ideia romântica do Estado de bem-estar social predominante no início do século XX foi paulatinamente abandonada quando a sociedade percebeu que era a própria burocracia estatal e o clientelismo que dela se beneficiam, em detrimento do bem-comum. O autor destaca que o século XXI inaugurou uma tendência maior para o modelo denominado “liberdade coletiva”, se colocando entre o individualismo predominante no século XIX e o coletivismo que marcou o século XX. O interessante do pensamento do ilustre tributarista é a substituição do Estado como provedor das liberdades para um papel secundário àquele exercido pelo setor privado:

A sociedade do século XXI mantém a busca de uma liberdade coletivas, já que não se pode considerar uma sociedade livre quando elevada parcela de seus integrantes não tem condições de dela gozar. Entretanto, a busca da liberdade não mais é papel confiado exclusivamente ao Estado. Dada a incapacidade deste, passa a sociedade a clamar por seu afastamento, permitindo que aquela construa, por meios próprios (conquanto sob supervisão do último), a sociedade justa, objetivo prestigiado pelo artigo 3º do texto constitucional. (SCHOUERI, 2005, p. 147)

Estamos de acordo com as premissas do autor acima mencionado pois, se de um lado é necessário reconhecer a nobreza dos objetivos anunciados no artigo 3º da Constituição Federal, de outro é preciso reconhecer a falência do regime pautado na centralização Estatal em detrimento da descentralização dos agentes econômicos privados.

Não foi à toa que a Constituição prestigiou ao mesmo tempo a livre concorrência e a redução das desigualdades sociais, conceitos que aparentemente são contraditórios, porquanto na prática funcionam de forma complementar; eis que é justamente a busca de agentes independentes pela conquista de mercado por meio da livre competição que assegurou, ao longo da história, o desenvolvimento econômico das nações, promovendo ao mesmo tempo a

geração e distribuição de riqueza, valorizando o trabalho e a livre iniciativa, justamente os pilares da Ordem Econômica constitucional.

Isso não quer dizer que a sociedade brasileira deixará de ser solidária em relação à pobreza e suas mazelas, ao contrário, como defendia Ricardo Lobo Torres (2005, p. 435), “as garantias [constitucionais] não esgotam o sistema de proteção dos direitos da liberdade, pois estes exigem hodiernamente, como veremos em outras oportunidades, a proteção positiva e o financiamento estatal, máxima na questão do mínimo existencial, que exhibe o *status positivus libertatis*”. Com muita propriedade, porém, esse mesmo autor lembrou que na sociedade de riscos existe uma “cadeia de subsidiariedades”, segundo a qual o indivíduo é o principal responsável pela sua própria subsistência e, apenas na insuficiência deste, será socorrido primeiro pela comunidade à qual pertença e, em última instância, pelo Estado.

Calha oportuna, porém, a advertência de Schoueri (2005, p. 148) para a possível interferência do Estado na economia por meio da tributação, exercendo o seu papel legítimo de corrigir eventuais falhas de mercado, que acabe por ela mesma ocasionar novas distorções do ponto de vista econômico, especialmente por meio da criação de ônus desiguais entre os diversos agentes que coloquem em risco o princípio da livre concorrência, igualmente prestigiado constitucionalmente.

Como lembrado por Torres (2009)¹⁴, a preservação da igualdade de condições entre os agentes econômicos privados em relação ao ônus tributário por eles suportado é importante a ponto de o Supremo excepcionar à máxima da não aplicação de sanções políticas como forma de coibir a inadimplência, permitindo o cancelamento de registro de indústria recalcitrante quanto ao pagamento de imposto sobre as suas atividades, “com conseqüente redução do preço de venda da mercadoria e ofensa à livre concorrência” (TORRES, 2009, p. 495).

Pois bem, fixadas acima as premissas básicas sobre o contorno constitucional que legitima a intervenção do Estado na Ordem Econômica, nos valem da classificação clássica de Eros Roberto Grau, que divide essa intervenção em direta e indireta. A primeira, é aquela já referida que permite ao Estado atuar como agente econômico, em regime concorrencial ou monopolístico, dentro do campo autorizado pelo texto constitucional. A última, segundo o referido autor, se subdivide em intervenção por direção e intervenção por indução.

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar nº 1657/RJ, Rel. min. Cezar Peluso, DJ de 27.06/2007. apud TORRES, 2009, p. 495.

Na intervenção como agente diretor, segundo a referida doutrina, o Estado cria normas cogentes a serem seguidas pelos participantes do mercado submetido a regulação. É o que acontece, por exemplo, no mercado financeiro por meio da Lei nº 4.595/64, assim como nos normativos expedidos pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Banco Central do Brasil. De forma semelhante, ocorre com o mercado de capitais, por meio da Lei nº 6.385/76, e pelos atos expedidos pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM) e no mercado de seguros pela Lei Complementar, pelo Decreto-Lei nº 73/66 e pelos normativos do Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP) e pela Superintendência de Seguros Privados (SUSEP).

Prosseguindo, Eros Roberto Grau esclarece que a intervenção indireta do Estado na economia se caracteriza pela instituição de normas dispositivas, estabelecendo alternativas a serem seguidas pelos agentes privados, visando a incentivar ou desestimular determinados comportamentos. Entre as espécies dessa última modalidade de intervenção figuram as normas tributárias indutoras (SANTOS, 2013).

Pela temática desenvolvida no presente trabalho, somente a modalidade de intervenção indireta por indução será objeto de estudo, especialmente quanto à edição de normas tributárias indutoras, a partir da função extrafiscal dos tributos. Optou-se, portanto, na Constituição vigente pela interferência estatal mínima possível na economia, preferencialmente de forma indireta, na função de regulamentador e indutor de comportamentos pelos agentes econômicos privados, evitando-se distorções que possam implicar privilégios ou ônus desiguais entre os agentes econômicos privados¹⁵.

Nessa ordem de ideias, considerando que os tributos limitam a liberdade dos agentes econômicos, estes servem como poderoso instrumento de intervenção do Estado na economia, incentivando ou desestimulando determinados comportamentos a fim de realizar princípios integrantes da ordem econômica conforme estabelecido na Constituição Federal.

1.4 Tributação e Intervenção do Estado na Economia

Santos (2013) assinala que a tributação é instrumento de intervenção indireta do Estado na economia, na modalidade por indução, o que se verifica justamente por meio da extrafiscalidade.

¹⁵ “As limitações constitucionais ao poder de tributar compreendem: (...) as proibições de desigualdade, que abrangem as vedações de privilégios odiosos e de discriminações fiscais, algumas delas declaradas nos arts. 151 e 152 da CF. A Liberdade que se abre à tributação apenas tolera a incidência governada pelo princípio da igualdade (...)” (TORRES, 2005, p. 429).

Nesse passo, como já referido, o preço da liberdade em um Estado Democrático que o Brasil pretende construir é o financiamento da máquina pública por meio de receitas derivadas, ou seja, tributos, considerando que o Estado não será capaz de se autofinanciar em razão da subsidiariedade de sua atuação direta na economia. Calha citar, no ponto, a antiga lição de Hugo de Brito Machado (2003a, p. 42):

A tributação é, sem sombra de dúvida, o instrumento de que se tem valido a economia capitalista para sobreviver. Sem ele não poderia o Estado realizar os seus fins sociais, a não ser que monopolizasse toda a atividade econômica. O tributo é inegavelmente a grande e talvez única arma contra a estatização da economia.

Nesse primeiro ponto, temos a função precípua dos tributos, a fiscalidade, consistente na prática de retirar recursos da sociedade para custear as atividades públicas ou de interesse público. Contudo, como adverte Schoueri (2005, p. 142), “não basta que o sistema tributário seja instrumento adequado para a arrecadação; impõe-se que sua configuração se dê de forma que não ponha em risco sua base de sustentação, qual seja, a própria economia.”

Como sugere Costa (2023), a fiscalidade interfere diretamente no direito fundamental de propriedade. Todavia, ainda segundo a autora, a existência de um tributo sobre determinado evento atinge outro direito fundamental, a liberdade, pois é capaz de servir de incentivo e desestímulo a determinados comportamentos.

Por exemplo, a Constituição prevê (art. 184, § 4º, II) a possibilidade de lei municipal estabelecer imposto sobre a propriedade predial e territorial progressivo no tempo do proprietário de solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, em claro intento de estimular comportamentos destinados ao cumprimento da função social da propriedade. Em outras palavras, de um lado o proprietário do terreno possui a liberdade de construir ou não edificação, usá-lo ou deixar de fazê-lo; de outro lado, o Estado age de forma a limitar a referida liberdade, estabelecendo um ônus tributário maior caso o comportamento visado deixe de ser seguido.

Notem que a intervenção do Estado na esfera privada no exemplo acima não chega ao extremo, ao menos nesse primeiro momento, de expropriar o terreno urbano não edificado, em vez disso instituindo desestímulo à prática por meio da instituição de uma tributação mais gravosa caso o seu aproveitamento de forma a realizar a sua função social não ocorra.

A bem da verdade, todo ônus tributário produz um efeito econômico para além da geração de receitas públicas, porém nas normas tributárias indutoras, “os efeitos econômicos são efetivamente visados pelo legislador, porquanto projetados quando da elaboração das

referidas normas” (SANTOS, 2013, p. 231), como claramente se observa no exemplo do IPTU progressivo em função do tempo acima descrito.

Em resgate histórico, Pedro Adamy (2018, p. 352-360) atribui a Adolph Wagner a percepção e abordagem da função extrafiscal dos tributos, sem deixar de notar que, antes disso, a “autuação fiscal com finalidades não arrecadatórias” era presente nas questões aduaneiras e de comércio internacional. O autor alemão, porém, foi além para enxergar os tributos como instrumento eficiente para correção das chamadas “distorções existentes na sociedade de mercado”.

Schoueri (2005, p. 145) parece seguir a mesma trilha ao afirmar que ao legislador tributário é “facultado utilizar-se da norma tributária para a correção de falhas de mercado (intervenção negativa) ou para a busca de objetivos prestigiados pela Ordem Econômica (intervenção positiva)”, embora com a advertência de que a desatenção ao postulado da proporcionalidade tendo em vista a realização da igualdade poderá desencadear consequências indesejáveis do ponto de vista Constitucional.

O mesmo raciocínio é exposto, com outras palavras, por Ricardo Lobo Torres (2005, p. 429), quando aduz que a Constituição limita o poder de tributar por meio das “proibições de desigualdade, que abrangem as vedações de privilégios odiosos e de discriminações fiscais, algumas delas declaradas nos arts. 151 e 152 da CF a liberdade que se abre à tributação apenas tolera a incidência governada pelo princípio da igualdade.”

Temos, assim, de um lado o prestígio necessário aos limites materiais das competências tributárias estabelecidas no texto constitucionais, com suas limitações e princípios, e, de outro, a legitimidade da utilização intencional dessas competências com o objetivo de intervir indiretamente na economia por meio da indução, desde que não afetados outros direitos fundamentais protegidos, como a igualdade e a livre concorrência, por exemplo.

A bem da verdade, como Schoueri (2005, p. 150), a eficiência do ponto de vista arrecadatório dos tributos não se sobrepõe aos seus efeitos sobre a economia, cabendo sempre a escolha racional “entre dois tributos com igual efeito sobre a arrecadação...aquele que gere menor perda para a atividade econômica – ou, idealmente, que gere maior ganho para o mercado.”

Em suma, a ordem constitucional não deve ser interpretada de forma segmentada, sendo recomendada a integração dos mais variados princípios e regras estabelecidos no texto constitucional visando à realização dos objetivos nele manifestados sem descuidar dos limites à intervenção do Estado na esfera juridicamente protegida dos indivíduos.

De todo modo, inexistem tributos meramente arrecadatários ou simplesmente regulatórios, pois todos os tributos geram por definição arrecadação de receitas em favor do Estado e, ao mesmo tempo, interferem no comportamento dos agentes econômicos. Por que, então, a Constituição teria reservado apenas a um limitado grupo de impostos de competência da União a função primordial de servir de instrumento da intervenção na economia, mitigando a legalidade e excepcionando em relação à legalidade?

Conquanto a razão principal seja justamente um complemento à competência da União para regular as referidas atividades econômicas, existem funções diferentes quando cada um desses impostos é analisado, como veremos adiante.

A nós, parece claro que a competência para a edição de normas tributárias indutoras pressupõe a um só tempo a competência tributária para a sua instituição, competência formal para editar normas de regulamentação do setor e a competência material para intervir no domínio econômico correspondente.

Pensando da mesma maneira, Guilherme Adolpho Mendes (2010, p. 499) primeiro estabelece a premissa de que as imunidades e princípios tributários são voltados à realização de algum direito fundamental, à proteção da ordem econômica e/ou social, em simetria com a distribuição de competências tributárias cumuladas com competências regulatórias “sobre o setor que sofre o ônus tributário”.

É interessante a correlação que esse autor faz entre a competência da União para legislar sobre o comércio exterior (CF, art. 22, VIII), com aquela voltada à criação de impostos de importação de exportação (CF, art. 153, I e II), assim como a competência para legislar sobre direito agrário (CF, art. 22, I), desapropriar imóveis rurais para fins de reforma agrária (CF, art. 184) e para instituir imposto sobre a propriedade territorial rural (art. 153, VI). Mereceu destaque no referido levantamento, ainda, o fato de competir aos municípios promover o ordenamento do solo urbano e criar o imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana (art. 156, I).

Assim, da mesma forma que ocorreu nas situações acima enunciadas, a Constituição de um lado outorgou competência privativa da União para legislar sobre política de crédito, câmbio, seguros e transferência de valores (CF, art. 22, VII), ao mesmo tempo prevendo a sua competência para instituir imposto sobre as operações acima referidas (art. 153, V).

Como visto, as competências formais e materiais da União em relação à regulação e intervenção nos domínios econômicos estão intimamente ligadas à introdução de normas tributárias indutoras. Essa elevada função indutora, contudo, deve ser realizada conforme

idealizada no texto constitucional, visando à promoção do desenvolvimento econômico que possibilite realizar os objetivos fundamentais da nossa República Federativa.

Antecipamos, assim, a nossa interpretação de que as exceções previstas na Constituição em relação a determinados direitos fundamentais dos contribuintes, ou mesmo a sua relativização sob determinadas condições, é justificada pela realização dos objetivos fundamentais declarados em seu texto por meio da intervenção da União em determinadas áreas da economia por meio da extrafiscalidade, o que passaremos a estudar de forma mais detalhada no próximo capítulo.

2 FUNÇÃO REGULATÓRIA E LIMITAÇÕES ÀS COMPETÊNCIAS TRIBUTÁRIAS

2.1 Exceções e Mitigações a Determinadas Limitações ao Exercício de Competências Tributárias

Apesar da inegável importância dos princípios da legalidade e da anterioridade, e de sua elevação à condição de direitos fundamentais, o constituinte autorizou ao Poder Executivo federal, sob determinadas condições, a aumentar ou diminuir alguns tributos com vigência imediata.

Especificamente em relação à legalidade, o artigo 153, § 1º, da Constituição Federal estabelece a faculdade ao Poder Executivo de alterar a alíquotas dos impostos sobre a importação, a exportação, sobre produtos industrializados e sobre operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos e valores mobiliários.

Considerando que o Poder Executivo somente poderá manipular as alíquotas dos referidos impostos dentro dos “limites estabelecidos em lei”, parte da doutrina compreende que não se trata de exceção ao princípio da legalidade.

Regina Helena Costa (2023), por exemplo, afirma não se tratar de exceção, mas mitigação do princípio da legalidade tendo em vista o que chama de praticidade, ou seja, reconhecimento da maior aptidão do administrador para buscar a solução mais adequada à finalidade extrafiscal dos referidos impostos.

Leandro Paulsen (2022, P. 145), por sua vez, chama de “atenuações” as hipóteses do artigo 153, § 3º, da Constituição Federal, as quais, segundo ele, “reforçam o entendimento de que, em todos os demais casos, nem sequer atenuação seria possível, cabendo ao Executivo limitar-se ao seu papel de editar os regulamentos para a fiel execução da lei.”

Sacha Calmon Navarro Coelho (2022), de outra parte, embora considere se tratar de efetivas exceções à legalidade, compreende que a previsão constitucional é de eficácia limitada, demandando previa definição dos limites a serem observados pelo Poder Executivo na manipulação das alíquotas dos impostos envolvidos.

Luís Eduardo Schoueri (2022, p. 339-340) igualmente prefere o termo “mitigação” em lugar de “exceção”, justamente porque cabe à lei fixar “as condições e os limites dentro dos quais o Poder Executivo poderá fixar a alíquota dos impostos ali referidos”, o que joga luzes sobre um ponto interessante, porquanto o referido autor parece compreender que as hipóteses do artigo 153, § 1º, estariam ligadas à introdução de normas tributárias indutoras de comportamento dos contribuintes nas áreas afetadas pela incidência tributária, pressupondo a presença dessas como condição exclusiva de validade da atuação do Poder Executivo na fixação das alíquotas, ao passo que a situação específica do art. 177, § 4º, I, *b* (CIDE –

Combustíveis) fala-se em “redução ou restabelecimento”, pressupondo a fixação prévia de uma alíquota em lei para permitir a atuação do Poder Executivo nesse particular.

Dentro dos limites de intervenção da União no domínio econômico coberto pelos impostos descritos no artigo 153, § 1º, da Constituição, seria o Poder Executivo livre para a modificação das alíquotas, o que por óbvio pressupõe a prévia definição dos demais aspectos da hipótese de incidência em lei.

Seja como for, é consenso de que fora das restritas hipóteses previstas expressamente na Constituição Federal, não é possível ao Poder Executivo aumentar ou reduzir as alíquotas de impostos, o que coloca as situações em condição especial em relação a outras espécies tributárias.

Somos da opinião de que se trata de efetiva exceção à legalidade tributária, especialmente quando a ação do Poder Executivo implicar aumento de carga tributária. Isso porque, independentemente da existência de um limite legal, será o ato do Poder Executivo que em última análise obrigará o contribuinte ao pagamento dos impostos em determinado patamar, hipótese que ocorre somente quanto aos impostos discriminados expressamente na Constituição, e desde que atrelado às suas funções extrafiscais, como veremos mais à frente.

Não foi por outra razão, aliás, que somente a União pode exercer a referida faculdade, pois à referida pessoa política cabe intervir nas áreas relacionadas aos referidos impostos, servindo a tributação de instrumento adicional a essa gestão, justamente em razão do seu caráter extrafiscal¹⁶.

Quanto à anterioridade o artigo 150, § 1º, estabelece a não aplicação aos mesmos impostos acima referidos e acrescenta o imposto extraordinário de guerra e o empréstimo compulsório em caso de calamidade pública ou guerra externa.

Roque Carrazza (2010, p. 215) afirma com propriedade que as exceções à aplicação da anterioridade estatuídas no artigo 150, § 1º, da Constituição Federal:

(...) têm o louvável propósito de propiciar à Nação os indispensáveis meios de defesa contra situações extremas (guerra externa ou sua iminência, guerra de tarifas internacional, incontrolável evasão de divisas, necessidade de proteger a indústria nacional contra importações despropositadas etc).

¹⁶ Luís Eduardo Schoueri explica que essa mitigação da legalidade pela Constituição não foi aleatória, porém voltada a assegurar instrumento de atuação da União na economia, dando importância ao referido princípio ao mesmo tempo em que “o excepcionando na medida em que surgisse a necessidade de introdução de normas tributárias indutoras, para as quais os referidos impostos serviriam de veículos.” (2005, p. 262)

Portanto, podemos concluir que a Constituição mitiga a estrita legalidade e dispensa o cumprimento da anterioridade em relação à definição das alíquotas de determinados impostos de competência da União, o fazendo por colocar a intervenção no domínio econômico nas áreas cobertas pelos referidos impostos em patamar hierárquico superior às próprias proteções que os referidos princípios constitucionais representam.

Na evolução do presente trabalho analisaremos os pressupostos da referida intervenção no domínio econômico antes de retornarmos às possíveis consequências em relação ao exercício de novas competências tributárias sobre os mesmos fatos. Porém, convém tratar separadamente os impostos sujeitos ao referido regime excepcional perante o ordenamento jurídico, pois os motivos que levaram à referida seleção por parte do legislador constitucional nem sempre serão os mesmos.

2.1.1 O caso das importações e das exportações

Aliomar Baleeiro, há muito, já expunha que a modificação de alíquotas de impostos por atos do Poder Executivo era tida por legítima apenas em relação aos “direitos alfandegários”, fato que, segundo o autor, era justificado pelo “caráter extrafiscal predominante nos tributos correspondentes, sendo certo que a prática universal a consagrava na luta contra o dumping, ou contra o açambamento pelo comércio interno, etc.” (BALEEIRO, 2008, p. 702)

Já foi referido também que a Constituição brasileira adota como regra a livre iniciativa, reservando a exploração de atividades econômicas pelo Estado apenas em situações de segurança nacional ou relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

Contudo, o Estado atua como agente normativo e regulador da atividade econômica, sendo marcantes as funções de incentivo e planejamento, este “determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”.

Por outro lado, é competência da União “administrar as reservas cambiais do País”, significando que, mesmo transações transnacionais entre particulares, ou entre particular e Estado estrangeiro, estão sujeitas à administração da União, a quem competirá com o auxílio de entidades privadas fornecer o montante em moeda estrangeira e em troca do equivalente em moeda nacional, e vice-versa.

O volume das referidas reservas é diretamente influenciado, portanto, pelo volume de importações e exportações em um determinado período, ou seja, pela balança comercial, sendo aumentado quando apurado superávit e diminuído em razão de déficits. Por outro lado, quanto maior for o imposto sobre importação ou exportação de um determinado produto,

menor será a sua competitividade com o seu equivalente no mercado interno ou no mercado externo.

A partir das referidas premissas, é fácil compreender que a manipulação das alíquotas dos impostos de importação e de exportação é potente instrumento para o cumprimento da competência da União de administrar as reservas cambiais do país, objetivo colocado pelo constituinte originário como superior à proteção dos contribuintes contra o aumento imediato dos referidos impostos por ato do Poder Executivo.

Mas essa é apenas uma razão mais evidente, sendo necessário observar por outro lado a previsão de uma política de prestígio constitucional ao fomento da competitividade do mercado brasileiro em face de seus concorrentes externos.

Esse ideal está espalhado no texto constitucional, mas encontra o seu terreno mais fértil justamente na tributação, existindo regras imunizantes ou determinantes do estabelecimento de isenções que desonerem produtos e serviços brasileiros destinados ao exterior. Por isso, por exemplo, o IPI e ICMS (incluindo o valor decorrente da apropriação de créditos correspondentes) não devem incidir sobre produtos industrializados e mercadorias destinados ao exterior; são imunes de contribuições sociais e interventivas as receitas decorrentes de exportação (incluindo a variação cambial) e da previsão de que a lei complementar deve disciplinar a isenção do ISS com relação à prestação de serviço cujo resultado ocorra no exterior.

2.1.2 O caso dos produtos industrializados

A razão inspiradora da exceção com relação ao IPI é parcialmente diferente daquela exposta quanto às importações e exportações. Se lá trata-se de atribuir ao tributo função de instrumentalizar a administração das reservas cambiais e realização da livre concorrência entre o mercado brasileiro e externo, aqui, a preocupação se situa na regulação da oferta e demanda por produtos industrializados, proteção do mercado interno contra concorrência externa e realização da seletividade em função da essencialidade, como corolário do princípio da capacidade contributiva e proteção do mínimo vital.

A função extrafiscal da seletividade, principal aspecto motivador da exceção aos princípios da legalidade e da anterioridade, não é pacífica na doutrina, havendo aqueles que defendam a referida característica e outros sustentando que na verdade tem-se justamente a fiscalidade, pois se atende ao princípio da capacidade contributiva que orienta essa última faceta do fenômeno tributário (GODOI, 2016).

Vemos mérito nas duas propostas, pois de um lado o IPI e o ICMS, ao incidirem sobre a circulação e o consumo de produtos industrializados, mercadorias e serviços especificados na Constituição, devem ser seletivos em função da essencialidade dos bens e serviços sobre os quais incidem.

Nessa medida, há evidente presunção de que bens e serviços essenciais são potencialmente consumidos por todos, incluindo os cidadãos de menor poder aquisitivo, razão pela qual é diretriz constitucional no sentido de que estes sejam menos onerados pelos referidos impostos do que aqueles supérfluos, presumivelmente consumidos em maior escala por indivíduos e empresas de maior capacidade econômica.

Na referida faceta, temos a realização da fiscalidade, em que a menor carga tributária dos produtos essenciais é compensada pela maior incidência tributária sobre os menos essenciais, o que, ainda na formulação hipotética, implica tributar com maior intensidade aqueles de maior capacidade contributiva em relação aos demais, atendendo ao quanto disposto no artigo 145, § 1º, da Constituição Federal.

Nada obstante, não se podem ignorar dois fatores: (i) a exceção ao princípio da anterioridade e mitigação da legalidade, presente apenas ao IPI, de competência da União, e ausente quanto ao ICMS, de competência dos Estados; e (ii) a gradação das alíquotas dos referidos impostos, que não leva em conta apenas a essencialidade, mas também as externalidades negativas de determinados bens em relação a outros¹⁷.

Portanto, nesse último aspecto temos de um lado a imbricação da competência tributária com aquela de regulação econômica da União, já referida, e ainda a possibilidade de utilização do IPI como política indutora de comportamentos de consumo de determinados bens em relação a outros.

Isso parece confirmar o que defendemos no presente estudo sobre a vinculação das liberalidades dos artigos 150 e 153, § 1º, da Constituição Federal à utilização extrafiscal de impostos da União, reservando essa atuação à referida pessoa política e a fatos determinados e prevenindo novas incidências com viés exclusivamente fiscal sobre esses mesmos fatos, conforme será demonstrado com maior rigor adiante.

Não estamos isolados nesse entendimento, valendo fazer uma citação mais longa de uma passagem bastante elucidativa de Mendes (2010), cuja pertinência com o objeto da presente exposição ensejará novas citações adiante:

¹⁷ Alguns autores, como Raquel Cavalcanti Ramos Machado chegam a citar o IPI como exemplo de tributo ambiental no direito brasileiro, pelo qual se realiza a proteção do meio ambiente por meio da seletividade entre produtos nocivos e amigáveis ao referido elemento. (MACHADO, 2010, p. 425)

Tal escolha constitucional não foi casuística. Optou-se por atribuir à União um imposto com regime jurídico que permitisse uma ação mais célere e flexível sobre a economia; para freá-la nos momentos de perigoso aquecimento, para impulsioná-la nos períodos de estagnação. Exceto em relação ao setor de produtivo industrial, em que também foi concedido à União um imposto de caráter extrafiscal (o IPI), que se sobrepõe ao estadual (o ICMS), a Carta estabelece uma nítida diretriz quanto aos mecanismos de atuação sobre a economia por meio de tributos (MENDES, 2010, p. 529)

A nota a respeito da exceção com relação ao IPI decorre do corte metodológico que o referido autor realiza entre atividades diretamente produtivas e indiretamente produtivas, ao qual voltaremos adiante, mas não infirma, ao nosso ver, a função híbrida do IPI de atendimento à fiscalidade e à extrafiscalidade, conforme o caso.

No que interessa ao presente trabalho, portanto, é possível concluir que as exceções/mitigações à legalidade e à anterioridade quanto ao IPI decorre da faceta extrafiscal do referido imposto e visa atribuir à União instrumento de atuação sobre a atividade econômica visando à realização de desígnios constitucionais relevantes, tal como ocorre quanto às importações, exportações e operações de crédito, câmbio, seguro e com títulos e valores mobiliários.

A propósito, portanto, não se trata de mera vinculação entre as referidas exceções/mitigações com a realização do princípio da seletividade, pois fosse o caso seriam estendidas ao ICMS, igualmente sujeito à referida sistemática. Na verdade, diferentemente da União, os Estados não receberam da Constituição competência de intervenção no domínio econômico, sendo certo que o ICMS cumpre função precipuamente arrecadatória, ainda que produza, como qualquer tributo, efeitos indutores acidentais.

Preferimos aderir aos autores, já referidos, que atrelam a realização da seletividade inerente ao IPI e ao ICMS à concretização do princípio da capacidade contributiva, ajustando as respectivas incidências à maior ou menor aptidão econômica manifestada pelo consumo de determinados bens e/ou serviços.

2.1.3 O caso das operações de crédito, câmbio, seguros e com títulos e valores mobiliários

Espinha dorsal de nosso sistema tributário, a Emenda Constitucional nº 18/65 foi responsável pela criação do chamado Imposto sobre Operações Financeiras (IOF), nome sob o qual estão quatro incidências distintas: (i) sobre operações de crédito; (ii) sobre operações de câmbio; (iii) sobre operações de seguros e; (iv) sobre operações com títulos e valores mobiliários.

Embora o § 5º do artigo 153 da Constituição Federal preveja a competência da União para instituir imposto sobre operações de utilização de ouro como ativo financeiro ou instrumento cambial¹⁸, não trataremos essa hipótese como uma quinta categoria, porquanto, a bem da verdade, tratou-se de reconhecer que as operações com ouro podem assumir a feição mercantil, situação em que se sujeitará ao ICMS, ou servirem de lastro para operações com títulos e valores mobiliários ou cambiais, sendo reconduzidas às hipóteses já contempladas no inciso V do referido dispositivo constitucional.

Feita a referida ressalva, por conveniência nos referiremos preferencialmente sobre o nome pelo qual o imposto é conhecido – IOF –, sabendo da imprecisão terminológica daí decorrente¹⁹, que não nos parece prejudicar o objetivo central do trabalho ora desenvolvido.

A verdade é que a criação do IOF fez parte de um esforço que abrangeu outros tributos, levada a cabo pela referida reforma constitucional, visando à apreensão de seus efeitos econômicos a despeito das figuras jurídicas que justificam o fenômeno da incidência. Tratou-se da substituição do imposto do selo, então cobrado sobre determinados atos e negócios jurídicos.

Em resgate histórico de fôlego, Schoueri e Galdino (2022) fizeram uma interessante divisão entre as três fases do tributo de competência da União. A primeira, tida entre a sua criação em 1965; a segunda, a partir da EC 1/1969 e 1969; e a última, a partir da Constituição de 1988. No referido trabalho, os autores demonstram que o IOF nasceu com vocação extrafiscal, ligado à competência regulatória da União com relação aos setores financeiros, de seguros e do mercado de capitais o que, nas duas primeiras fases, era demarcado pela vinculação, ainda que parcial, do produto de sua arrecadação à formação de reservas internacionais.

¹⁸ Lei nº 7.766/89: Art. 1º O ouro em qualquer estado de pureza, em bruto ou refinado, quando destinado ao mercado financeiro ou à execução da política cambial do País, em operações realizadas com a interveniência de instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional, na forma e condições autorizadas pelo Banco Central do Brasil, será desde a extração, inclusive, considerado ativo financeiro ou instrumento cambial.

§ 1º Enquadra-se na definição deste artigo:

I - o ouro envolvido em operações de tratamento, refino, transporte, depósito ou custódia, desde que formalizado compromisso de destiná-lo ao Banco Central do Brasil ou à instituição por ele autorizada.

II - as operações praticadas nas regiões de garimpo onde o ouro é extraído, desde que o ouro na saída do Município tenha o mesmo destino a que se refere o inciso I deste parágrafo.

§ 2º As negociações com o ouro, ativo financeiro, de que trata este artigo, efetuada nos pregões das bolsas de valores, de mercadorias, de futuros ou assemelhadas, ou no mercado de balcão com a interveniência de instituição financeira autorizada, serão consideradas operações financeiras.

¹⁹ Segundo Mosquera, Santi e Zilveti (2005, p. 119-120), “este costume teve início com a publicação da Lei nº 5.143/66, a qual, em seu artigo 1º, denominou o imposto incidente sobre operações de crédito e seguro de “imposto sobre operações financeiras.”

Ainda que a autorização de manipulação de elementos quantitativos da hipótese de incidência pelo Poder Executivo estivesse presente apenas na primeira e na última fase acima referidas – na primeira era possível alterar também a base de cálculo, diferentemente de hoje, em que apenas a alíquota é passível de alteração por decreto – os autores afirmam que o caráter extrafiscal e ligado à competência regulatória da União sempre esteve presente.

Vale frisar, a EC 1/1969, embora mantendo a competência da União para a criação do IOF, deixou de estabelecer a possibilidade de alteração de sua base e alíquota por ato do Poder Executivo, ao contrário do que fizeram a EC 18/65 e o próprio Código Tributário Nacional. Além disso, tampouco houve exceção ao cumprimento da anualidade, a exemplo do que ocorrera na primeira fase (1965/1969).

Autores daquela época, porém, não deixaram de enxergar no IOF um tributo de caráter eminentemente extrafiscal, como é o caso de Aliomar Baleeiro (2008). Essa compreensão decorreu da manutenção do poder fiscalizatório e regulatório dos setores atingidos pelo imposto, incluindo a competência legislativa. Além disso, a destinação do produto da arrecadação igualmente traía o referido desiderato de intervenção federal nas atividades econômicas correspondentes.

A terceira e última fase do IOF, segundo os preclaros autores mencionados, decorreu da promulgação da Constituição Federal de 1988, pela qual foi resgatada a possibilidade de o Poder Executivo manipular as alíquotas do imposto, embora vinculado nessa atividade aos limites legais, bem como afastada a necessidade de respeito à anterioridade, o que representou inovação em relação às fases anteriores. Por outro lado, vedou-se de forma ampla, a vinculação de receitas de impostos, incluindo o IOF, a fundos e despesas, o que aboliu a antiga destinação do produto da arrecadação à formação de reservas internacionais.

Feito o resgate histórico de criação desse imposto, é importante destacar a abrangência das atividades mencionadas no artigo 153, inciso V, da Constituição Federal.

Segundo Elidie Palma Bifano (2011, p. 468-500, grifo nosso), “ao determinar a Constituição que o IOF incida sobre operações, identifica-se que o tributo colhe atos, entendidos **conjunto de meios ou transações voltadas a (resultados buscados) crédito, câmbio, seguro ou títulos ou valores mobiliários, além do ouro, ativo financeiro**”. Portanto, qualquer meio transacional voltado a viabilizar operações de crédito, de câmbio, de seguros ou com títulos e valores mobiliários representa o critério material da hipótese de incidência possível do IOF.

Embora a lição acima pareça trivial, ela aborda um tema extremamente importante a respeito do núcleo da competência constitucional para a criação do IOF, que se volta para

toda e qualquer operação que viabilize a fruição de crédito, não se prendendo, portanto, a uma forma jurídica específica.

Discorrendo sobre o tema, Ramon Tomazela Santos (2014, p. 132-149) esclarece que “a natureza jurídica do negócio praticado pelo contribuinte não decorre exclusivamente do que está escrito nos instrumentos contratuais, mas também do comportamento adotado no plano das condutas, que reflete a realidade factual.”

Em abordagem interessante, Roberto Quiroga Mosquera afirma que o núcleo da hipótese de incidência do IOF são as “operações”, cujo significado coincide em relação aos artigos 153, V e 155, II, qual seja “negócio jurídico bilateral, no qual há manifestação inequívoca de vontade das partes”.

No caso das operações de crédito, o aspecto material da hipótese de incidência está relacionado a um negócio jurídico bilateral que permita a troca de um bem presente por um bem futuro²⁰. O mesmo raciocínio é aplicável às operações de câmbio, pela qual uma parte entrega uma determinada moeda a alguém em troca de outra. Operações de seguro, a seu turno, são contratos típicos celebrados à luz do disposto no artigo 757 do Código Civil Brasileiro, que o define como aquele negócio jurídico pelo qual “o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo à pessoa ou coisa, contra riscos predeterminados”. Por fim, operações com títulos e valores mobiliários envolvem todas aquelas que tenham por objeto instrumentos que consubstanciem direito de crédito, de forma ‘literal e autônoma’²¹, voltadas à captação pública de recursos, cujo objetivo do emissor é obter capital de risco a em empreendimento, e do investidor é auferir algum ganho ou benefício futuro²².

Com relação às operações de crédito, temos duas disciplinas normativas levando em conta o critério subjetivo de sua realização: aquelas envolvendo concessão de crédito por instituições financeiras, incluindo empréstimos de qualquer modalidade, abertura de crédito e desconto de títulos (Lei nº 5.143/66; Decretos-lei nºs 914/69, 1.783/80 e 2.219/97 e Leis nºs 8.088/90 e 8.894/94); e aquelas envolvendo pessoas não financeiras, disciplinada pela Lei nº 9.799/99.

No caso específico das operações envolvendo instituições financeiras, o critério espacial do imposto é o território nacional, ao passo que o critério temporal é a entrega do montante objeto da operação ou à sua colocação à disposição do tomador. Sobre o critério

²⁰ MENDONÇA, 1970, vol. V, 2ª parte, p. 50-51.

²¹ FRAN, 1998, p. 5.

²² CARVALHOSA; EIZIRIK, 2002.

pessoal, a lei elegeu o tomador como sujeito passivo, ao passo que as instituições financeiras figuram como responsáveis pelo pagamento do tributo. Sobre o critério quantitativo, tem-se por base de cálculo do valor da operação, entendido como o valor principal colocado à disposição do interessado. A alíquota máxima fixada em lei para esta modalidade é de 1,5% ao dia, sendo certo que, na função extrafiscal, poderá ser manipulada por ato do Poder Executivo, dentro do referido limite legal.

Os aspectos da hipótese de incidência do IOF envolvendo pessoas não financeiras são semelhantes aos descritos acima, embora a lei tenha restringido o critério material às operações de mútuo. Essa hipótese, porém, por fugir ao escopo do presente trabalho, não será analisada em detalhes.

Fixadas as premissas sobre os limites da competência constitucional da União para tributar as referidas operações de crédito, surge a questão sobre a mitigação das regras da legalidade e da anterioridade.

Considerando que o ordenamento jurídico deve ser interpretado de forma coerente, ou seja, conciliando as diferentes previsões para a formação de um sistema íntegro e capaz de proporcionar segurança aos seus jurisdicionados, cabe considerar que a função arrecadatória do IOF é colocada em segundo plano, preponderando a sua utilização como instrumento de intervenção da União nos setores econômicos envolvidos nas operações que constituem as suas hipóteses de incidência.

É a mesma conclusão a que chegaram Schoueri e Guimarães (1999, p. 217), quando afirmaram que “(...) o IOF manteve sua finalidade regulatória do mercado financeiro, servindo ao preceituado no artigo 22, VII, da Constituição Federal, o qual determina competir, privativamente, à União Federal legislar sobre política de crédito, câmbio, seguro e transferência de valores (precisamente os fatos geradores eleitos para fins de incidência do IOF)”.

Ao lado das razões acima indicadas, acrescentamos a condução da política monetária, conduzida pela União por meio do Conselho Monetário Nacional e do Banco Central. Sobre esse assunto, é oportuno citar trecho do voto do ministro Nelson Jobim no julgamento de ação direta de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal²³:

²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2591/DF. Relator: Min. Carlos Velloso. Redator do acórdão: Min. Eros Grau. Julgamento: 07/06/2006. Publicação: 29/09/2006.

A **POLÍTICA MONETÁRIA** e a **POLÍTICA FISCAL** formam a **POLÍTICA ECONÔMICA** do país.

É por meio da **POLÍTICA MONETÁRIA** que as Autoridades Monetárias controlam a liquidez total do sistema econômico.

Com uma **POLÍTICA MONETÁRIA RESTRITIVA**, a quantidade de moeda no mercado é reduzida, visando desaquecer a economia, *ceteris paribus*, levando a redução dos preços.

Utilizada dessa forma restritiva, a **POLÍTICA MONETÁRIA** serve como instrumento de combate às pressões inflacionárias.

Já uma **POLÍTICA MONETÁRIA EXPANSIONISTA** aumenta a quantidade de moeda no mercado com o objetivo de incrementar a demanda e incentivar o crescimento econômico.

Com os olhos voltados ao objeto de estudo do presente trabalho, é necessário investigar o porquê de o plexo das operações de crédito ter sido considerado relevante a ponto de justificar que a Constituição tenha colocado a sua regulação à frente dos direitos individuais dos contribuintes de não sofrerem aumento da carga tributária senão por meio de lei ou de terem um prazo mínimo para se organizarem diante desse mesmo evento.

A Constituição dedica pouca, quase nenhuma, atenção ao Sistema Financeiro Nacional, preferindo em vez disso delegar a lei complementar regular o seu funcionamento “de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade” (CF, art. 192).

A constatação desse fato, porém, não retira a importância das operações financeiras para o sistema jurídico brasileiro, pelo contrário, a sua regulação é extremamente importante para garantir o funcionamento saudável da economia, auxiliando no desenvolvimento e prevenindo crises sistêmicas.

Gustavo Mathias Alves Pinto (2015, p. 195-196) subdivide a regulação financeira em quatro modalidades, tendo por base as suas respectivas funções:

- a) Correção de falhas de mercado: característica não exclusiva dessas operações, atua para mitigar os efeitos negativos que uma atuação completamente livre dos agentes econômicos possa gerar para a coletividade;
- b) Regulação sistêmica: objetiva impedir que as externalidades negativas decorrentes do alto grau de integração entre os bancos permitam que a crise de um deles contamine os demais;
- c) Regulação prudencial: busca controlar o nível de risco assumido pelos bancos, sendo dotada de caráter preventivo e visa a preservar a higidez do sistema como um todo, atuando de forma complementar e sistêmica;
- d) Regulação de condutas: focada nas práticas dos agentes de mercado nas suas relações transacionais.

O mesmo autor chama atenção para a ausência de consenso em torno da subclassificação do gênero mercado financeiro entre seus ramos distintos em razão do objeto das atividades e da função dos agentes envolvidos em cada um deles.

De um lado, temos o mercado cujo objeto é o crédito, colocado à disposição do mercado por instituições autorizadas por lei a captar recursos junto àqueles que os tenham em excesso e disponibilizá-los aos que deles necessitam. Trata-se do conceito clássico de operações que caracterizam o conceito de instituição financeira, aquela cuja atividade precípua constitua “a coleta, intermediação e aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros” de forma profissional e com o objetivo de lucro.

Para não nos perder num debate que escape ao objeto do presente estudo, adotamos a concepção finalística de Eduardo Salomão Neto (2011), para quem os principais objetivos da regulação das instituições financeiras são a proteção da economia popular e a regulamentação do crédito e de seu efeito de multiplicador monetário.

Assim, não basta realização de apenas uma das atividades descritas no artigo 17 da Lei nº 4.595/64 para ser considerada uma instituição financeira sujeita a controles pelas autoridades constituídas pela União para regular e supervisionar o Sistema Financeiro, antes disso é pressuposta a prestação cumulativa e contínua das referidas atividades visando à obtenção de lucro, ou seja, a sua integração como objeto de uma atividade empresarial.

Por outro lado, a par da inegável importância do exercício das referidas atividades para o desenvolvimento econômico, objetivo anunciado no próprio texto constitucional, não é possível ignorar o risco decorrente do seu exercício, especialmente decorrente do aumento do meio circulante por meio da chamada emissão de moeda escritural.

Em outras palavras, ao se colocarem na posição de intermediária entre os poupadores e os tomadores de crédito, os bancos gozam de um privilégio em relação aos outros agentes privados – a criação de moeda (ainda que sob forma escritural) – sendo essa uma das razões mais importantes para que sofram regulação minuciosa por parte do Estado²⁴.

²⁴ No original: “The powerful position that the commercial banks and the special privileges that they possess make supervision and regulation necessary in the interest of general welfare...their capacity to influence the economic development of the country makes them even more important than public utilities as agencies for good or ill. Aside from the fact that commercial banking imposes upon almost every phase of economic activity, an outstanding reason for regulation is that the commercial banks (with central bank) enjoy an important privilege denied to all other members of society. This is the privilege of creating money.” (KENT, 1966, p. 191)

Essa característica foi o fio condutor da exclusão das atividades privativas das instituições financeiras do âmbito de proteção do Código de Defesa do Consumidor, conforme se extrai do voto-vencedor do ministro Eros Grau na ADIN nº 2591/DF²⁵.

Após explicar de forma didática que o volume de recursos depositados nos bancos circula na economia e origina novos depósitos bancários, o ministro expõe o porquê de a definição do custo das operações bancárias não poder ficar à mercê de tratamentos casuísticos, levando em conta apenas um fator isolado (proteção do consumidor), em vez disso demandando consideração holística, abrangendo especialmente a realização dos princípios citados pelo artigo 192 da Constituição Federal:

Na verdade, porém, o sistema bancário, no seu conjunto, recebe muito mais do que esses 56,85% ao ano pelo crédito de concede, visto que, mercê do expediente da criação de moeda escritural, empresta mais de uma vez o mesmo dinheiro que recebeu de seus depositantes. No exemplo de qual há pouco me vali, 100 recebidos em depósito a vista são transformados em 235, o que elevaria os juros percebidos pelo banco A de 56,85% a 133,59% ao ano. E, notem bem, meu exemplo é discreto, eis que em certos casos a quantidade de depósitos chega a ser multiplicada por três, o que elevaria a taxa de juros ao consumidor a mais de 170% ao ano.

Ora, essa poderosa capacidade de criação de riqueza abstrata não pode ficar sujeita a administração desde a perspectiva das relações microeconômicas, sob pena de comprometimento dos objetivos que o artigo 192 da Constituição visa a realizar, o desenvolvimento equilibrado do País e a satisfação do interesse da coletividade.

Contudo, as atividades financeiras não se resumem ao mercado de crédito acima referido, envolvendo também a conversão da poupança popular em investimento direto nas atividades econômicas. Caminha na mesma direção o raciocínio de Santos (2013, p. 28-29):

Tendo como finalidade precípua o desenvolvimento nacional e o atendimento dos interesses gerais da coletividade, o Sistema Financeiro Nacional possui como objeto a intermediação de moeda na sociedade, a qual pode ser direta – através do mercado de crédito propriamente dito (ou mercado financeiro) – ou indireta – mediante o mercado de valores mobiliários (também denominado mercado de capitais). As relações intersubjetivas que se instauram por meio da tomada ou concessão de crédito apenas efetivam-se por meio da moeda.

O referido autor se vale, mais à frente, do Fluxo Circular da Renda de Musgrave (1980) para confirmar a função primordialmente extrafiscal do IOF:

(...) mecanismo pelo qual o Estado, por meio do instrumento tributário, consegue intervir na Ordem Econômica de acordo com as demandas existentes na sociedade. Com a existência de grande facilidade relativa à introdução de novas alíquotas para quaisquer modalidades do IOF, o Estado consegue moldar tal instrumento tributário em função de suas necessidades em termos de política monetária, cambial, creditícia, securitária e financeira, entre outras (SANTOS, 2013, p. 51-52)

²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2591/DF. Relator: Min. Carlos Velloso. Redator do acórdão: Min. Eros Grau. Julgamento: 07/06/2006. Publicação: 29/09/2006.

Conforme já pudemos constatar, porém, a intervenção do Estado na economia é exceção, e não regra, motivo pelo qual ao nosso ver é necessário confirmar as hipóteses em que ela poderá validamente ocorrer. Como vimos, a competência privativa da União para legislar sobre o mercado financeiro, aliada à competência material para autorizar o funcionamento das instituições públicas e privadas que o integram, bem como para supervisionar o seu funcionamento, além de instrumentalização da política monetária e previsão de riscos sistêmicos, justificam a intervenção no referido segmento. O mesmo raciocínio não é verificado, todavia, no mercado de crédito privado, ou seja, aquele que não depende da mobilização de poupança popular para operar, pressupondo relações que envolvam somente as partes envolvidas no negócio jurídico (v.g. mútuo entre duas pessoas jurídicas).

Aderimos, nessa ordem de ideias, à conclusão de Schoueri (2005, p. 264), para quem são apenas as “áreas sensíveis que exigem a intervenção a qualquer momento por parte do Poder Público” que autorizam a mitigação da legalidade e a não sujeição à anterioridade em matéria tributária, desde que o tributo esteja sendo utilizado em sua função indutora, dentro dos parâmetros reservados pelo texto constitucional.

Vemos ter razão o referido autor quando afirma que a expressão crédito constante do artigo 153, V, da Constituição Federal, que autoriza o exercício da competência para a criação do IOF, se limita àquele concedido por instituições financeiras pois “inexiste razão para se incluir o mercado de crédito privado entre as áreas que receberam tratamento diferenciado pelo Constituinte, [pois] não está aquele mercado compreendido no campo de competência da União.”

A nós, parece claro que a competência para a edição de normas tributárias indutoras pressupõe a um só tempo a competência tributária para a sua instituição, competência formal para editar normas de regulamentação do setor e a competência material para intervir no domínio econômico correspondente.

Pensando da mesma maneira, Mendes (2010, p. 499) primeiro estabelece a premissa de que as imunidades e princípios tributários são voltados à realização de algum direito fundamental, à proteção da ordem econômica e/ou social, em simetria com a distribuição de competências tributárias cumuladas com competências regulatórias “sobre o setor que sofre o ônus tributário”.

É interessante a correlação que esse autor faz entre a competência da União para legislar sobre o comércio exterior (CF, art. 22, VIII), com aquela voltada à criação de impostos de importação de exportação (CF, art. 153, I e II), assim como a competência para

legislar sobre direito agrário (CF, art. 22, I), desapropriar imóveis rurais para fins de reforma agrária (CF, art. 184) e para instituir imposto sobre a propriedade territorial rural (art. 153, VI). Mereceu destaque no referido levantamento, ainda, o fato de competir aos municípios promover o ordenamento do solo urbano e criar o imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana (art. 156, I).

Assim, da mesma forma que ocorreu nas situações acima enunciadas, a Constituição de um lado outorgou competência privativa da União para legislar sobre política de crédito, câmbio, seguros e transferência de valores (CF, art. 22, VII), ao mesmo tempo prevendo a sua competência para instituir imposto sobre as operações acima referidas (art. 153, V).

Como visto, as competências formais e materiais da União em relação às atividades que compõem o sistema financeiro nacional estão intimamente ligadas à introdução de normas tributárias indutoras. Essa elevada função indutora, contudo, deve ser realizada conforme idealizada no texto constitucional, visando à promoção do desenvolvimento econômico que possibilite realizar os objetivos fundamentais da nossa República Federativa.

Essa conformação levou a Constituição a relativizar direitos fundamentais como a legalidade e a anterioridade, corolários respectivamente dos princípios da representatividade e da segurança jurídica, pilares indispensáveis do Estado Democrático de Direito anunciado pelo primeiro artigo da Constituição.

O que é mais importante para a presente pesquisa, porém, é a recepção do IOF pela Constituição Federal de 1988, com o restabelecimento da exceção parcial ou mitigação da legalidade estrita, pois cabe ao Poder Executivo fixar as alíquotas, ainda que nos limites da lei, e ainda se dispensou o cumprimento da anterioridade para aumentos de carga tributária.

As referidas características não são casuais, ao invés disso investindo contra dois pilares do ordenamento jurídico: a segurança e a legalidade. Em verdade, a imbricação entre os referidos alicerces é tamanha que podemos dizer que sem eles perde sentido a própria existência de uma Constituição escrita que pretenda instituir um Estado Democrático de Direito.

Essa constatação é importante a fim de compreendermos que as previsões contidas nos artigos 150, § 1º e 153, § 1º, da Constituição colocam a função indutora das normas tributárias em questão acima dos direitos individuais dos contribuintes, elevados à condição de cláusula pétrea pelo mesmo texto.

Uma interessante hipótese para essa escolha do legislador constituinte foi fornecida por Ives Gandra da Silva Martins (1991) não muito tempo depois da promulgação da Constituição de 1988. Segundo o autor, o sistema brasileiro prevê quatro “grandes complexos

de fatos geradores” para os impostos: o patrimônio, a renda, circulação de bens e serviços e títulos e comércio exterior. Segundo ele, enquanto os dois primeiros “sejam fundamentalmente impostos de natureza arrecadatória”, os últimos teriam natureza “regulatória”.

Similar posição foi esposada por Claudio Santos (1991), ao sustentar que o IOF extrapola a função meramente arrecadatória e visa aos objetivos extrafiscais, notoriamente como instrumento de política monetária mais eficiente do que aquelas mais tradicionais como o redesconto²⁶.

Referindo-se especificamente à aplicação da anterioridade, Cecilia Marcondes (1991) argumenta que a necessidade de adequação entre a política econômica e as circunstâncias de mercado exige uma atuação imediata que não se coaduna com a espera do exercício seguintes, como ocorre quanto aos impostos arrecadatórios.

No mesmo sentido, Diogo Ferraz Lemos Tavares (2014, p. 80) defende que a “necessidade de intervenção do Governo nos setores regulados (...) tem que ser o mais imediata possível, para que surta um efeito concreto e longe de evitar que perturbações econômicas ou sociais, nacionais ou estrangeiras, ameacem o funcionamento dos setores regulados”, justificando a partir daí o que chama de “temperamentos” da legalidade e da anterioridade.

De forma mais direta e contundente, por sua vez, Schoueri e Guimarães (1999, p. 217), apregoam que o Sistema Constitucional deve ser interpretado de forma coerente, razão pela qual as exceções à legalidade e anterioridade nele previstas tem em vista “outros objetivos que não os estritamente contidos no Título VI (Da Tributação e do Orçamento)”. O IOF, assim, não estaria sujeito a aumento exclusivo por lei nem a respeitar o prazo de anterioridade como forma de “dotar o *Estado-agente* de instrumentos de intervenção em mercados estratégicos para o desenvolvimento da nação.”

²⁶ “Tradicionalmente, o termo redesconto se refere a um tipo de operação que ocorria em dois momentos distintos. No primeiro momento, uma empresa tomava títulos que representavam promessas de pagamento em seu favor por parte de clientes e as descontava num banco comercial. Ou seja, ela os entregava como garantia, antecipando, assim, o recebimento do seu valor original, descontado pelo banco a uma dada taxa de juros. No momento seguinte, caso precisasse de recursos, o banco apresentava ao Banco Central um novo título que representava o valor antecipado à empresa com base nos títulos que já haviam sido descontados. Então o Banco Central emprestava ao banco os recursos financeiros correspondentes ao valor do novo título, descontado a uma taxa de juros. Assim, considerando que o lastro original deste último empréstimo eram os títulos apresentados pela empresa ao banco comercial, entendeu-se que tais, de fato, haviam sofrido duas operações de desconto ou, por assim dizer, sido ‘redescontados’.” (BANCO CENTRAL DO BRASIL). Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/linhasfinanceirasdeliquidez>.

Derzi, a seu, turno, atualizando a clássica obra de Baleeiro (2008, p. 462-464), afirma que a mitigação da legalidade e exceção à anterioridade “se destina[m] a fornecer ao Executivo, de forma ágil, os instrumentos necessários à realização da política monetária e fiscal”. Segundo a autora, o tributo persegue fins extrafiscais de competência privativa da União segundo a própria Constituição.

Portanto, aparentemente não há dissenso sobre a razão pela qual o aumento do IOF não se sujeita à reserva legal nem à anterioridade: a realização de objetivos extrafiscais do imposto atrelados à competência da União para legislar e supervisionar o mercado de crédito, câmbio, seguros e de títulos e valores mobiliários.

A despeito do que foi exposto a respeito da elevação das limitações constitucionais ao exercício das competências tributárias à condição de direito fundamental protegido por cláusulas pétreas, temos um IOF que pode ser aumentado por ato do Poder Executivo, por meio da manipulação de alíquotas, e ainda não respeita a anterioridade para ser cobrado. Seria o ordenamento incoerente a esse ponto? Mas, conforme já indagamos, se as limitações constitucionais às competências tributárias possuem *status* de direito fundamental que não permite alteração/revogação nem mesmo por emenda constitucional, o que justifica a referida exceção/mitigação em relação ao IOF?

A resposta nos parece óbvia: o tributo que nasceu extrafiscal com a Emenda Constitucional 18/65 e manteve essa característica até ser incorporado à Constituição de 1988 visa à realização de objetivos mais importantes, na hierarquia constitucional, do que as próprias proteções outorgadas em favor dos cidadãos.

Essa conclusão traz implicações sérias com relação à possibilidade de eleição de novas incidências tributárias por meio da ampliação de competências pré-existentes por reformas constitucionais. Isso porque, a despeito de ser lícito, a princípio, ampliar as bases possíveis para a criação de tributos em relação àqueles originalmente discriminados pela Constituição de 1988, é preciso respeitar os limites impostos a esse poder reformador, notoriamente à impossibilidade de abolição dos direitos e garantias individuais.

Nessa senda, conforme já introduzido, há um consenso doutrinário e jurisprudencial no sentido de elevar os direitos e garantias constantes do chamado Estatuto dos Contribuintes, ou seja, as limitações constitucionais ao poder de tributar, à condição de direito individual protegido pela referida disposição como cláusula pétrea, impassível de alteração por emenda constitucional.

Com maior razão, portanto, as exceções à aplicação das referidas proteções previstas no artigo 150, § 1º, da Constituição Federal, tidas por mais elevadas do que as próprias

proteções em si, não podem ser alteradas livremente pelo poder reformador. Dito de outra forma, para o caso específico do IOF a Constituição considera mais importante permitir a utilização do imposto como instrumento de atuação regulatória da União sobre os mercados financeiro, de câmbio, de seguros e de capitais do que a garantia dos contribuintes de não sofrer aumento de carga tributária sem previsão legal nem respeito à anterioridade de exercício e nonagesimal.

Se o Supremo considera as referidas regras da legalidade e anterioridade incontornáveis mesmo diante de emenda constitucional, conforme decidido na já mencionada ADI nº 939-7, com muito mais razão haverá de reconhecer que o prestígio à função regulatória da tributação das materialidades cobertas pelo IOF não autoriza a criação de outras competências sobre os mesmos eventos despidas da referida característica. Pela importância que possui para o presente tópico, pede-se licença para uma transcrição mais longa do voto-condutor proferido naquela ocasião:

11. Agora, já ao ensejo do julgamento do mérito, não estou convencido do contrário, sobretudo depois da leitura dos votos dos eminentes Ministros ILMAR GALVÃO, MARCO AURÉLIO, CARLOS VELOSO, CELSO DE MELLO, PAULO BROSSARD E NÉRI DA SILVEIRA, que, mesmo para efeito de medida cautelar de suspensão da cobrança do tributo, em 1993, não deixaram de vislumbrar, desde logo, a violação, quanto a esse ponto, ao princípio da garantia individual do contribuinte, que nem por Emenda Constitucional se pode afrontar, ainda que temporariamente, em face dos referidos § 2º do art. 5º, artigos 150, III, “b”, e 60, parágrafos 4º, inciso IV, da Constituição Federal.

12. Nem me parece que, além das exceções ao princípio da anterioridade, previstas expressamente no § 1º do art. 150, pela Constituição originária, outras pudessem ser estabelecidas por emenda constitucional, ou seja, pela Constituição derivada.

13. Se não se entender assim, o princípio e a garantia individual tributária, que ele encerra, ficariam esvaziados, mediante novas e sucessivas emendas constitucionais, alargando as exceções, seja para impostos previstos no texto originário, seja para os não previstos.

Fixadas, portanto, as premissas quanto: (i) ao objetivo das exceções/mitigações ao princípio da legalidade e da anterioridade previstas nos artigos 150, § 1º e 153, § 1º, da Constituição; (ii) no caso específico do IOF, à vinculação das prerrogativas em questão à competência constitucional da União para regular, fiscalizar e intervir nos mercados de crédito, câmbio, seguros e títulos e valores mobiliários; e (iii) à incolumidade da referida cláusula, no tocante ao estabelecimento de sua abolição ou ao estabelecimento de novas exceções/mitigações à legalidade e à anterioridade, mesmo por meio de emenda constitucional.

Ato contínuo, portanto, passaremos a expor a problemática central do presente trabalho, notoriamente decorrente da ampliação da competência da União para instituir

contribuições sociais destinadas ao financiamento da Seguridade Social, passando do faturamento – termo que, malgrado polêmico, remetia a princípio a atividades comerciais e de prestação de serviços, excluindo aquelas decorrente das operações cobertas pelo IOF – para a receita, termo mais abrangente e passível de enquadrar qualquer ingresso no patrimônio das pessoas jurídicas decorrente do exercício de suas atividades empresariais ou emprego de elementos patrimoniais.

3 CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS E AS OPERAÇÕES DE CRÉDITO

3.1 Contribuições como espécie de tributo

Antes de adentrarmos ao tratamento tributário da matéria, é importante situar as contribuições da União para a Seguridade Social entre as espécies de tributos descritas pelo texto constitucional, especialmente a fim de extrair as consequências jurídicas relevantes à presente pesquisa. Nesse sentido, devemos dizer que a Constituição Federal tomou partido quanto às espécies de tributos presentes no ordenamento jurídico brasileiro: impostos, taxas e contribuições de melhoria (CF, art. 145, I, II e III).

Pode-se afirmar que a referida literalidade não anula a presença de outras espécies de tributos identificáveis em outros artigos da mesma Constituição, como os empréstimos compulsórios e as contribuições, o que admitimos contar com certa plausibilidade.

Parafraseando Carrazza, não existem classificações corretas ou incorretas, apenas úteis e menos úteis (ou mesmo inúteis). Uma classificação útil é aquela, pensamos, que permite separar o objeto de estudo de outros que com ele não se identificam a fim de atingir uma determinada finalidade, como, por exemplo, no caso dos tributos, compreender o regime jurídico aplicável a esta ou àquela espécie tributária.

Por exemplo, sabemos que os impostos se diferenciam das taxas e das contribuições de melhoria porque aqueles podem ser criados segundo a distribuição de competências originalmente atribuída à União, Estados e Municípios levando em conta fatores relevantes de capacidade contributiva dos seus sujeitos passivos, como o auferimento de renda, a circulação de mercadorias e a prestação de serviços, por exemplo.

Em outras palavras, uma vez exercidas as respectivas competências constitucionais por meio de leis, União, Estados e Municípios poderão arrecadar impostos ao verificar a prática dos respectivos fatos geradores, independentemente de qualquer outra ação tomada por essas pessoas políticas, justamente porque os impostos não se vinculam a uma prestação estatal específica e, por esse motivo, são chamados por muitos autores de “tributo desvinculado”, destinado ao financiamento geral das atividades estatais.

A discriminação acima, nesse sentido, permite diferenciar os impostos das taxas e das contribuições de melhoria, porque essas não decorrem da prática de um ato pelos sujeitos passivos com presunção de capacidade econômica, mas da prestação de alguma atividade pelo Estado que implique: (a) exercício do poder de polícia; (b) a prestação ou colocação à disposição de serviços públicos específicos e divisíveis; (c) a execução de obras públicas que acarretem valorização imobiliária.

Esse mesmo critério autoriza, portanto, o intérprete a compreender que a discriminação rígida de competências baseada em fatores presuntivos de capacidade econômica é indispensável no caso dos impostos, prevenindo conflitos de competências entre as pessoas política e ao mesmo tempo protegendo os sujeitos passivos contra pretensões de instituição de mais de um imposto sobre o mesmo fator presuntivo de riqueza pelas diversas pessoas políticas presentes no ordenamento jurídico.

É o que permite compreender que, ao possuir um bem imóvel, se pagará imposto predial ou territorial somente ao município de sua localização, ou que o auferimento de renda cria liame obrigacional apenas com a União, ao passo que uma doação gera dever perante um dos Estados da Federação, que uma transmissão de propriedade imobiliária *inter vivos* ocasiona o dever de pagar imposto municipal, ao passo que a transmissão dessa mesma propriedade por conta de sucessão *causa mortis* faz eclodir obrigação tributária perante o Estado de localização do respectivo imóvel.

Com relação às taxas e contribuições de melhoria a discriminação de competências baseada na separação de fatos com conteúdo econômico é desnecessária. Isso porque, se a causa para a instituição desses tributos é um ato praticado pelo ente estatal, caberá àquele que o praticou a competência para a instituição e arrecadação do tributo respectivo. Em outras palavras, incumbindo aos Estados da Federação e ao Distrito Federal organizar as carreiras de bombeiro militar, por exemplo, a cada um deles caberá a instituição e arrecadação da taxa de prevenção e combate a incêndios, decorrentes da prestação do referido serviço público e divisível e pela fiscalização (poder de polícia) correspondente. Pelo mesmo motivo, falece competência da União e dos municípios para a instituição de arrecadação da referida taxa²⁷.

O mesmo critério é aplicável às contribuições de melhoria, pois o pressuposto para a sua instituição é a realização de obra pública que ocasione valorização de propriedades imobiliárias privadas. Cabe àquele ente direta ou indiretamente responsável pela realização da obra instituir e arrecadar o tributo, afastando pretensões no mesmo sentido de outras pessoas políticas.

²⁷ “[...] penso que a Constituição é clara ao estabelecer no art. 144, inciso V, §§§ 5º, 6º e 7º da CF/88 a competência Estadual para organizar as carreiras de Bombeiro Militar, a quem compete o serviço de combate a incêndios e o poder polícia a ele correlato nas edificações em geral. E é fato notório que os Estados instituem tal cobrança, que é devida apenas ao ente que de fato tem competência constitucional prestar o serviço. [...] [...] 4. Por todo o exposto, em vista da inconstitucionalidade formal da lei municipal em questão, voto no sentido de conhecer e negar provimento ao recurso extraordinário, sugerindo a fixação da seguinte tese de repercussão geral: “é inconstitucional a cobrança de taxa municipal para remunerar os serviços de combate e prevenção a incêndios, tendo em vista que a Constituição atribuiu aos Estados tal competência.”

A construção de uma linha do metrô do Estado de São Paulo que valorize imóveis em seu entorno, por exemplo, legitimará somente o referido ente federativo instituir e arrecadar a contribuição de melhoria correspondente, afastando a pretensão de outros Estados da federação e do Distrito Federal, assim como dos municípios e da União.

A separação classificatória entre as taxas e as contribuições de melhoria se mostra útil, a seu turno, porque as primeiras somente podem ter por causa a prestação ou colocação à disposição de serviço público específico e divisível ou o exercício do poder de polícia, ao passo que as últimas somente se justificam perante a realização de obras públicas geradoras de valorização imobiliária. Ausentes esses fatores, a tributação será ilegítima, pois contrária ao figurino constitucional das taxas ou das contribuições de melhoria.

Aliás, as taxas não podem ter base de cálculo própria de impostos, justamente porque o seu valor deve ser compatível com o serviço público por ela custeado, independentemente de características específicas como a capacidade contributiva do sujeito passivo²⁸. O mesmo não ocorre com as contribuições de melhoria que, ao aprenderem a valorização imobiliária como critério material, terão por base potencialmente em parte o próprio valor do patrimônio do sujeito passivo, o mesmo que poderá ser parte da base de cálculo de impostos municipais (IPTU) ou federal (ITR), a depender do caso, muito embora a contribuição de melhoria terá por limite máximo a própria valorização gerada pela obra pública, amarra não presente aos referidos impostos, que poderão tomar por base o valor integral da propriedade rural ou urbana.

Em outras palavras, a classificação das espécies de tributos entre impostos, taxas e contribuições de melhoria é útil para o fim de demarcação de limites ao exercício das competências tributárias previstas no texto constitucional, conforme demonstrado pelos exemplos acima. Porém, o fato de a Constituição prever outras modalidades de tributos de forma nominal: empréstimos compulsórios (CF, art. 148), contribuições sociais, de interesse de categorias profissionais e de intervenção no domínio econômico (CF, art. 149), não obrigaria o intérprete a assumir a discriminação dessas espécies tributárias daquelas descritas pelos incisos do artigo 145 da Constituição Federal? Não seria também útil separar as contribuições sociais gerais a que alude o artigo 149 daquelas voltadas ao financiamento da Seguridade Social (CF, art. 195)²⁹?

²⁸ Isso não quer dizer que a lei não possa estabelecer isenções voltadas a franquear o acesso da população de baixa renda a serviços essenciais, como a justiça, por exemplo (justiça gratuita).

²⁹ Em seu voto no RE nº 138.284-8, o ministro Carlos Velloso entende que existe um gênero “contribuições”, do qual são espécies as contribuições de melhoria e parafiscais. Desta, constituiriam subespécies: (i) contribuições

Conquanto não negando a utilidade teórica da referida classificação mais analítica das espécies de tributos, se nos ativermos à sua separação segundo a conjugação de suas possíveis hipóteses de incidência e bases de cálculo e ao regime constitucional a elas aplicáveis veremos que as fronteiras entre uma proposta e outra são menos visíveis do que se imagina de início.

Cabe, em primeiro lugar, vislumbrar as seguintes hipóteses: iminência ou ocorrência de guerra externa, a presença de calamidade pública ou a necessidade de realização de investimento público de caráter urgente e relevante interesse nacional. As situações excepcionais em questão farão surgir, ao lado das competências tributárias, as seguintes competências extraordinárias da União: (i) criação de novos impostos dentro ou fora da competência a ela demarcada (um novo imposto de renda, um novo imposto sobre circulação de mercadorias e/ou prestação de serviços etc.); (ii) a instituição de empréstimos compulsórios.

No primeiro caso, como a própria norma constitucional determina, estaremos diante da criação de novos impostos, sujeitos ao regime correspondente, inclusive observadas as exceções ao princípio da anterioridade (CF, art. 150, § 1º).

No caso dos empréstimos compulsórios, porém, uma investigação mais profunda é necessária, levando em conta: (i) a causa de sua criação; (ii) a vinculação da arrecadação a finalidades específicas; e (iii) a possibilidade de devolução ou “resgate” do valor arrecadado nas condições da lei (CTN, art. 15, parágrafo único).

Quanto ao primeiro ponto, quer nos parecer que as competências materiais da União para “promover a defesa permanente contra as calamidades públicas” (art. 21, inciso XVIII), bem como para “declarar guerra”, assim como a possibilidade de abertura de crédito extraordinário como forma de atender despesas imprevisíveis e urgentes, incluindo aquelas decorrentes de guerra ou calamidade pública, explicam a atribuição das referidas competências tributárias extraordinárias, incluindo os empréstimos compulsórios.

Trata-se, portanto, de questões mais relacionadas ao exercício do orçamento fiscal e à obrigação de defesa contra guerras externas e calamidades públicas ou investimentos de relevante interesse nacional que justificam a referida discriminação de competência adicional para a criação de empréstimos compulsórios.

sociais; (ii) de intervenção; e (iii) corporativas. As contribuições sociais, além disso, se desdobrariam em: (a) de seguridade social; (b) outras de seguridade social; e (c) contribuições sociais gerais. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 138.284-a, julgado em: 01/07/1992)

Os referidos empréstimos compulsórios, porém, poderão assumir hipótese de incidência e base de cálculo próprios de impostos – caso vinculados a fatores presuntivos de capacidade contributiva praticados ou detidos por particulares – ou de taxas e até de contribuições de melhoria.

O que os diferencia das referidas espécies tributárias é a possibilidade de sua restituição ou resgate pelo sujeito passivo na forma estabelecida em lei, questão que ao nosso ver não interfere no fenômeno jurídico-tributário, sendo mais afeita ao direito financeiro, dado que relacionada ao destino do produto da arrecadação e não ao surgimento da obrigação tributária e seus contornos constitucionais e legais.

O mesmo raciocínio se aplica à destinação do produto de arrecadação, que a própria Constituição estabelece, sendo uma exceção à impossibilidade de vinculação da receita de impostos ao órgão, fundo ou despesa, sendo certo que eventual descumprimento dessa determinação ensejará responsabilização no âmbito orçamentário, não interferindo na validade da obrigação tributária que lhe é anterior.

Conquanto ausente a característica contingencial que está na causa legitimadora da criação de impostos extraordinários de guerra e empréstimos compulsórios, as contribuições igualmente possuem uma causa pré-tributária que legitima a sua criação pela União. Porém, é necessário separar a competência da União para promover ações na área social, econômica ou no interesse de categorias profissionais da forma de custeio dessas mesmas atividades.

A rigor, todas as despesas públicas poderiam ser custeadas pela arrecadação de impostos, sem a necessidade de discriminação de outras espécies tributárias. Assim, os agentes privados que demonstrassem capacidade contributiva seriam compelidos a carrear recursos financeiros ao Estado, que os aplicaria na execução das políticas públicas a ela confiadas, incluindo a atuação específica na execução do sistema de seguridade social, de indução e regulação da ordem econômica e no interesse de categorias profissionais.

Os tributos, porém, ao implicarem restrição, conforme já demonstrado, a direitos fundamentais como a liberdade e a propriedade são dotados de carga valorativa altamente negativa. Na verdade, os impostos ditos “sem causa”, ou seja, destinados ao custeio de despesas gerais do Estado, geram certa insatisfação na sociedade em geral, pois estão apenas indiretamente vinculados ao auferimento de algum benefício por seus pagadores.

Numa sinalização política, portanto, a Constituição cuida de dividir as exações entre impostos, taxas, contribuições de melhoria, empréstimos compulsórios e contribuições em geral. Diferentemente das taxas e contribuições de melhoria, porém, cuja utilidade da

classificação apartada já foi demonstrada, a consideração das demais contribuições como espécie tributária autônoma, com o devido respeito aos que pensam diferente, não se justifica.

Aliás, a própria escolha do nome “contribuição” a uma prestação compulsória é sinal de um eufemismo que visa, de certa forma, ludibriar o cidadão, pois este é levado a pensar em “duplipensamento” Orweliano que, embora seja obrigado a uma prestação pecuniária, o faz de forma “voluntária”, adjetivo que melhor se adequa à etimologia do termo “contribuição”.

Em termos mais amenos, podemos dizer que o constituinte pretendeu atribuir maior legitimidade ao despojamento legítimo de parte da riqueza privada atrelando a sua arrecadação a finalidades sociais prementes (saúde, assistência social e seguridade) ou à promoção dos princípios da ordem econômica como soberania nacional, função social da propriedade, livre concorrência, defesa do consumidor e do meio ambiente etc.

Do ponto de vista puramente tributário, porém, abstraindo-se a análise política ou orçamentária, vislumbra-se mais utilidade na classificação que leva em conta a definição da espécie de tributo por meio da análise conjunta de sua hipótese de incidência e base de cálculo. Isso porque, seria incoerente assumir que, ao auferir lucro, uma pessoa jurídica seja compelida a pagar duas espécies tributárias distintas sobre o mesmo fato dotado de idênticos efeitos econômicos. Trata-se de divisão que pouco ou nada interessa ao fenômeno tributário, pois na prática trata-se de idêntico tributo, ainda que dotados de regimes jurídicos específicos.

Por exemplo, o fato de a anterioridade do imposto de renda ser de exercício, ao passo que para a contribuição social sobre o lucro é nonagesimal, permitindo-se a cobrança, em tese, dentro do mesmo exercício de sua instituição ou majoração, em nada altera a assimilação dos dois tributos a uma mesma espécie tributária: a dos impostos.

Ora, o regime de anterioridade não determina a espécie tributária, pois conforme já pudemos constatar existem impostos que nem sequer estão submetidos à referida regra constitucional (importação, exportação, sobre produtos industrializados, sobre operações de crédito, câmbio, seguro e títulos e valores mobiliários) e, nada obstante, são classificados como espécies de impostos. As razões que motivam as referidas exceções e mitigações no caso desses impostos extrapolam a sua função fiscal, assim como parece ser o caso da anterioridade mitigada das contribuições destinadas a financiar a Seguridade Social.

Tudo isso para justificar a nossa adesão ao posicionamento de Roque Carrazza (2010, p. 557), para quem “(...) os empréstimos compulsórios (tributos cuja receita há de ser devolvida ao contribuinte) e as “contribuições” (tributos com destinação especificada nos arts. 149 e 195 da CF) podem ser reconduzidos às modalidades de imposto, taxa ou, no caso daqueles, até contribuição de melhoria.” O referido autor cunhou ainda a expressão ‘impostos

(ou taxas) qualificados pela finalidade’, ao compreender que a vinculação da receita por determinação constitucional acaba por se incorporar ao regime jurídico das contribuições a que alude o artigo 149 da Constituição.

O pensamento de Heleno Torres (2005, p. 600) parece seguir a mesma trilha ao afirmar que “em se tratando de matéria tributária, a correlação lógica entre o fundamento constitucionalmente prescrito e o exercício da atividade legislativa presta-se como *conditio sine qua non* para a validade do ato normativo de criação de tributos ou modificação do regime impositivo de tributo já instituído.”

Assim, podemos encerrar esse subtópico resumindo a nossa compreensão de que as contribuições representam espécie tributária, que, muito embora possa assumir a condição de imposto ou taxa, se vincula a uma finalidade pré-determinada pelo texto constitucional, sem a qual não se legitima o exercício da competência tributária da União para a sua criação³⁰.

Nessa ordem de ideias, muito embora o artigo 149 não tenha fixado as materialidades possíveis para as contribuições em geral, no tocante às contribuições destinadas à Seguridade Social, o artigo 195 o fez de forma similar à discriminação dos impostos, autorizando a União a criar contribuições destinadas à Seguridade Social, a cargo do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada sobre: a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos a pessoas físicas que lhe prestem serviços, com ou sem vínculo empregatício; a receita ou o faturamento; e o lucro.

Podemos afirmar, aplicando o nosso entendimento às referidas hipóteses, tratar-se de espécies de impostos com destinação qualificada, ou seja, decorrem do exercício de atividades particulares (pagar remuneração e auferir receita ou lucro) dotadas de conteúdo econômico revelador de capacidade contributiva, e não do exercício de atividade estatal com impacto sobre os sujeitos passivos, como é o caso das taxas e contribuições de melhoria. Em socorro a essa conclusão, citamos novamente Carrazza (2010, p. 631-632):

Em abono ao que escrevemos, as contribuições patronais para a Seguridade Social são impostas (embora qualificados pela finalidade do custeio da Seguridade Social). Com efeito, o art. 195, I, da Lei Maior aponta suas *bases de cálculo possíveis*: o lucro, a folha de salários, o faturamento etc.

Ora como vimos, a base de cálculo *mede* a hipótese de incidência do tributo, estando com ela intimamente relacionada. Assim, sendo estes indicativos constitucionais *próprios de impostos*, está sinalizada, no Texto Supremo, a natureza específica das exações em foco.

Tomemos como exemplo a *contribuição social sobre o lucro* (CSLL). Examinando a materialidade de sua hipótese de incidência, concluimos, sem

³⁰ Cf. ZILVETI, 2004, p. 280; BARRETO, 2006, p. 71; GRECO, 2000, p. 238-239; MACHADO, 2003, p. 7-25; ÁVILA, 2003, p. 322-326.

maior esforço, que se está diante de mero adicional do imposto sobre a renda, com a só diferença de sua arrecadação é vinculado ao custeio da Seguridade Social. Também a contribuição previdenciária para o empregador (enquanto representante da empresa) é um imposto, cuja hipótese de incidência assim pode ser sintetizada: remunerar pessoa ligada à Previdência Social (na verdade, qualquer pessoa, já eu a proteção da Seguridade Social é – tornamos a dizer – universal).

A argumentação vale, *mutatis mutandis*, para as demais contribuições patronais.

Em suma, nas contribuições patronais para a Seguridade Social a *hipótese de incidência* é sempre um fato qualquer, não consistente numa atuação estatal – o que nos reconduz à ideia de que revestem a natureza jurídica de imposto.

Diante do corte metodológico que orienta o presente trabalho, passaremos a focar a nossa análise ao Sistema de Financiamento da Seguridade Social previsto na Constituição com especial atenção à participação das empresas por meio das contribuições por elas suportadas especialmente tendo em conta “o faturamento” ou a “receita”.

3.2 O Faturamento Como Fonte de Financiamento da Seguridade Social na Constituição

Conforme é possível verificar dos Anais da Constituinte, disponível nos sites da Câmara Federal³¹ e do Senado³², a introdução de um sistema universal e solidário de Seguridade Social, envolvendo ações do Governo Federal nas áreas da saúde, previdência e assistência social foi um dos mais importantes avanços da Constituição de 1988.

Como não poderia ser diferente, a Constituição não se limitou a universalizar o acesso de todos os cidadãos brasileiros a tão importantes serviços sociais, prevendo a reboque novas fontes de financiamento dessas ações, formadas principalmente por tributos pagos pelas empresas e por indivíduos além, é claro, do setor público, majoritariamente constituído a partir de recursos próprios.

Nesse sentido, é notório o abandono dos sistemas próprios no regime geral dos trabalhadores privados e, ainda, da folha de salários como carro chefe do financiamento, especialmente da previdência social. Ao lado dessa fonte, foram incluídas contribuições empresariais sobre o faturamento e sobre o lucro.

A redação original do artigo 195 da Constituição Federal previa que as empresas contribuiriam para o financiamento da Seguridade Social com base a folha de salários, no faturamento e no lucro.

³¹ DIÁRIOS DA ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE DE 1987/88. Disponível em https://imagem.camara.leg.br/constituente_principal.asp. Acesso em: 04 maio 2021

³² ANAIS DA ASSEMBLEIA CONSTITUINTE. Disponível em: https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/asp/CT_Abertura.asp. Acesso em: 04 maio 2021

Segundo estudo realizado por Ricardo Varsano (1996), ao contrário da reforma tributária empreendida nos anos 1960, sob coordenação de um grupo de técnicos reunidos em gabinetes, privilegiou-se no desenho do sistema tributário pela Constituição de 1988 um processo eminentemente político, malgrado com assessoria técnica e sob influência de constituintes com experiências prévias em cargos executivos e legislativos.

De acordo com o referido autor, os trabalhos foram divididos em oito comissões temáticas que, por sua vez, três a três, se subordinavam às oito comissões que atuavam de forma independente para avaliar e aprovar os textos advindos das subcomissões a elas vinculadas. Ultimado o trabalho das comissões, os textos resultantes foram submetidos à comissão de sistematização, “cuja atribuição era, em princípio, apenas integrar as diversas partes, eliminando duplicidades e conflitos, preparando assim o projeto de Constituição a ser encaminhado à cotação em plenário.” (VARSANO, 1996, p. 12).

Cláudio Hamilton dos Santos e Denise Lobato Gentil (2009) destacam que de um lado reservou-se a discussão sobre os “impostos tradicionais” à Comissão do Sistema Tributário, Orçamento e Finanças, enquanto coube à Comissão da Ordem Social elaborar a proposta de tributos voltados ao financiamento da Seguridade Social.

Portanto, não se pode perder de vista que a redação do artigo 195 da Constituição Federal, que inaugurou a competência da União para a instituição de contribuições sociais destinadas a financiar a Seguridade Social adveio de proposta da Comissão da Ordem Social, mais precisamente da Subcomissão de Saúde, Seguridade e do Meio Ambiente.

Nesse âmbito, o relator do anteprojeto, Constituinte Carlos Mosconi, enfatizou que a inclusão da possibilidade de uma nova contribuição social sobre o faturamento das empresas visava corrigir uma *injustiça*, porque haveria empresas de elevado faturamento e, contudo, folhas de salário modestas, *que não têm contribuição quase nenhuma à Previdência* no sistema então vigente que privilegiava a tributação da folha de salários como fonte de financiamento da previdência social.

Ao contrário do que alguns possam imaginar, porém, a questão relacionada à não inclusão das instituições financeiras como destinatárias da nova competência constitucional para a criação de contribuição social sobre o faturamento não passou despercebida durante os debates travados quando da Assembleia Nacional Constituinte.

Ao invés disso, o Constituinte Gastone Righi compartilhou a seguinte preocupação na sessão da Subcomissão de 07 de abril de 1987 (destaques nossos): “Lamento, Sr. Relator, que os bancos e as instituições financeiras vão ficar excluídos, porque eles não têm faturamento. Eles cobram os serviços. Não emitem nota de serviço. Não há fatura de serviço.”

Seguiu-se a essa advertência um debate entre os membros da subcomissão sobre a conveniência da utilização do termo “faturamento” e as possíveis implicações que isso teria quanto à possibilidade de tributação das operações bancárias, sobretudo diante da advertência de Gastone Righi de que faturamento *é expressão legal ligada ao volume de faturas emitidas*, ao que seguiu a sugestão do Relator do anteprojeto, Carlos Mosconi, de vincular a competência tributária também ao termo receita, fugindo da referida polêmica, o que foi acatado na ocasião.

Nota-se, portanto, que os responsáveis pela elaboração da proposta de financiamento da Seguridade Social constataram a insuficiência do faturamento para capturar toda a massa de receitas produzidas pela atividade empresarial, especialmente tendo em conta o caso dos bancos que, nas palavras do Constituinte Gastone Righi, *não têm faturamento* pois, conforme bem pontuado por S. Exa., *faturamento é expressão legal. Significa o volume de faturas emitidas pelas empresas*, com o que anuiu o eminente Constituinte relator no sentido de vincular a nova competência ao termo “receita”, passando o dispositivo a prever a possibilidade de criação de tributo sobre “faturamento ou receita”.

Aprovada a emenda, constou do anteprojeto³³ elaborado pela subcomissão, encaminhado para a Comissão de Ordem Social previsão da competência da União para criar contribuição sobre o ‘faturamento ou receita’ das empresas.

Se a referida redação que constou do Anteprojeto da Subcomissão seria suficiente para resolver o impasse com o qual nos deparamos, por que não constou da redação final aprovada pelo Plenário?

A resposta a essa questão passa pela constatação de que a supressão do termo “ou receita” ocorreu dentro da Comissão de Ordem Social, ou seja, nem sequer foi encaminhada para a Comissão de Sistematização para posterior envio ao Plenário³⁴. Na verdade, a despeito das várias emendas apresentadas pelos Constituintes ao Anteprojeto da Subcomissão, a

³³ “Art. 22 – A lei disporá sobre o financiamento do sistema de seguridade social, estabelecendo, entre outras, as seguintes fontes de custeio:

I – contribuição dos empregadores calculada com base em percentuais incidentes sobre a folha de salários e sobre o faturamento ou receita;

II – contribuição direta ou indireta dos trabalhadores;

III – recursos provenientes de dotações específicas do orçamento da União, Estados e Município.

Parágrafo Único – O seguro facultativo previsto no artigo 21 será custeado exclusivamente por contribuições adicionais dos segurados a ele filiados.”

³⁴ “Art. 40 – A Seguridade Social será financiada compulsoriamente por toda a sociedade, de forma direta e indireta, mediante as contribuições sociais, bem como recursos provenientes da receita tributária da União, na forma da lei.

§ 1º - As contribuições sociais a que se refere o caput deste artigo são as seguintes:

I – contribuição dos empregadores, incidente sobre a folha de salários, faturamento e sobre o lucro;”

redação acima deve ser creditada ao Substitutivo do Relator, o Constituinte Almir Gabriel, de junho de 1987, apesar das tentativas de restabelecer a redação do Anteprojeto da Subcomissão, como a emenda proposta pelo Constituinte Floriceno Paixão, que assim a justificou:

A emenda visa a reincorporar esse dispositivo no anteprojeto do Relator da Comissão, por ele não considerado, embora aprovado na subcomissão após longos debates. No encaminhamento da votação se terá nova oportunidade de justificar a necessidade da inclusão da medida futura Carta Maior.

Mantido somente o faturamento no Anteprojeto, tampouco ocorreu a reinclusão da “receita” na tramitação do texto em Plenário, muito embora tenham sido apresentadas emendas nesse sentido, como foi aquela apresentada pelo Constituinte Fernando Cunha em 03 de setembro de 1987, que pretendia instituir a competência para a criação de uma contribuição *incidente sobre a receita bruta operacional e sobre o lucro, nos termos estabelecidos em lei*.

De forma enfática, aliás, justificou o Senador José Fogaça ao oferecer emenda ao Projeto de Constituição (A) em Plenário, no dia 13 de janeiro de 1988, pugnando pela substituição da expressão “faturamento” por “receita operacional bruta”, mais adequada para *atender a diretriz de “diversidade da base de financiamento”*, pois, segundo defendia, *Faturamento é uma expressão muito genérica, nem sempre aplicável a todos os setores da atividade econômica*.

A suscitada emenda contou com parecer pela aprovação por parte do relator do Projeto de Constituição para a votação em primeiro turno, o Constituinte Bernardo Cabral:

Pretende o nobre Constituinte JOSÉ FOGAÇA, com a apresentação da presente emenda, substituir o item I do art. 231 do Projeto de Constituição a palavra “faturamento” pela expressão “receita operacional bruta”.

A terminologia sugerida pelo autor da emenda é, sem dúvida, mais adequada, eis que a palavra “faturamento” possui, de fato, um sentido muito genérico, que poderia dificultar o sistema de arrecadação previdenciário. Além do mais, como bem salientou o autor, ‘taxações sobre esta base configuram taxações cumulativas, em cascata, que podem induzir a uma verticalização da economia, o que não seria desejável’.

Pela aprovação da emenda.

Porém, a referida emenda acabou não sendo oferecida aos Projetos (B) e (C), entregues respectivamente em 05/07/88 e 08/09/88, nem do Projeto (D) que, aprovado no dia 22/09/88, promulgado em 05/10/1988 e que voltou a prever apenas o faturamento, sem o acréscimo da expressão “receita”³⁵.

³⁵ “Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

Portanto, conclui-se que a adoção do “faturamento” em lugar da “receita” ou “receita operacional bruta” se traduziu em opção política dos Constituintes na tramitação dos Anteprojetos e dos Projetos que culminaram com a promulgação da Constituição de 1988, vindo a ser alterada apenas dez anos depois de sua promulgação.

Já pudemos ver, ainda, que a Constituição estabelece limites à sua própria alteração por emendas aprovadas no Congresso Nacional, notadamente ao estabelecer matérias sobre as quais essa revisão é vedada, destacando-se a tentativa de abolição dos direitos e garantias individuais, entre os quais estão aqueles inseridos no capítulo da Carta que estabelece limitações ao exercício da competência tributária, o Estatuto dos Contribuintes.

Tendo esses fatores em mente, cabe voltar as atenções para a inclusão do termo “receita” no artigo 195, inciso I, da Constituição Federal, o que se deu pela Emenda Constitucional nº 20/98. A referida reforma teve o claro propósito de eliminar as controvérsias que àquela altura completavam dez anos, desde a promulgação da Constituição, sobre os limites e ambiguidades da expressão faturamento, polêmica desde a concepção do próprio artigo 195 ao longo da Constituinte de 1987/1988.

A origem dessa reforma foi a Proposta de Emenda à Constituição nº 33/1995, desmembramento da Proposta de Emenda à Constituição 21/1995, de autoria do Poder Executivo, que foi submetida ao Congresso Nacional por meio da Mensagem Presidencial nº 306, de 17 de março de 1995, tinha o propósito abrangente de *“modificar o sistema de previdência social, estabelecer normas de transição e dar outras providências”* e que, posteriormente, viria a ser transformada na Emenda Constitucional nº 20/98.

Segundo as justificativas do então Presidente da República, Fernando Henrique Cardoso, as alterações constitucionais propostas na referida Mensagem, para o que interessa ao presente estudo, teriam o propósito de garantir equilíbrio financeiro por meio da flexibilização do sistema de financiamento da seguridade social entre os setores da economia e ampliação da base de incidência das contribuições sociais, incluindo as receitas financeiras.

Ao longo do seu processamento, uma das emendas à PEC nº 33/95 (Emenda Adotada nº 3 da Comissão de Constituição e Justiça) dizia respeito, justamente, à manutenção das formas de custeio da seguridade social até que as leis supervenientes à futura promulgação da emenda constitucional passassem a produzir efeitos.

Nesse contexto, portanto, é que a PEC 33/95, apresentada em 28 de março de 1995, foi transformada, em 15 de dezembro de 1998, na Emenda Constitucional nº 20, a qual, entre

I – dos empregadores, incidentes sobre a folha de salários, o faturamento e o lucro;”

outras providências, alterou a redação do artigo 195 da Constituição Federal, passando a prever a possibilidade de incidência de contribuições sociais sobre a receita ou o faturamento das empresas³⁶.

Em 16 de dezembro de 1998 houve a promulgação da referida Emenda Constitucional nº 20/98, a qual, contudo, não teve o condão de convalidar o alargamento da base de cálculo das contribuições ao PIS e à COFINS promovido anteriormente pela Lei nº 9.718/98, o que seria reconhecido pelo STF anos depois, conforme já demonstramos.

Porém, uma lei aprovada meses antes tentava se antecipar à mutação constitucional e instituir a contribuição social das empresas sobre as receitas auferidas, tentativa que seria anos depois considerada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, considerando que a lei, ao entrar em vigor, deve ser harmonizar com o texto constitucional vigente, sendo inviável a sua convalidação por emenda constitucional promulgada posteriormente.

A Lei nº 9.718/98 foi fruto da conversão da Medida Provisória nº 1.724, de 29 de outubro de 1998³⁷, e pretendeu instituir, com vigência a partir de fevereiro de 1999, das contribuições ao PIS e à COFINS sob um único regime jurídico, passando a definir como base de cálculo dos referidos tributos a totalidade das receitas das pessoas jurídicas, e não mais o faturamento tal como definido pela Lei Complementar nº 70/91.

Essa ampliação da base de cálculo das contribuições sociais era tida por fundamental pelos seus preponentes com o objetivo de eliminar *o tratamento diferenciado conferido às empresas integrantes do sistema financeiro nacional, relativamente à COFINS*³⁸.

Tanto é verdade que, conforme trataremos no tópico seguinte, a submissão das instituições financeiras ao pagamento da COFINS trouxe como efeito a equiparação das alíquotas da CSLL dessas entidades, tributo que desde a criação era cobrado com alíquotas maiores em relação a elas.

Contudo, a referida extensão da base de cálculo pretendida pelo legislador não se ajustava à competência extraída do artigo 195, inciso I, da Constituição Federal, antes da

³⁶ “Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:
I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre:
a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício;
b) a receita ou o faturamento;
c) o lucro; (...)” (destacamos)

³⁷ BRASIL. Lei 9.718, de 27 de novembro de 1998.

³⁸ BRASIL. EM nº 671-A/MF, de 29 de outubro de 1999.

Emenda Constitucional nº 20/98 que, tendo entrado em vigor em 16/12/1998, incluiu a “receita” como elemento de criação de contribuição das empresas à Seguridade Social.

A controvérsia chegou ao Supremo Tribunal Federal³⁹ que, no dia 09/11/2005, concluiu pela inconstitucionalidade do § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98, justamente aquele que definira a base de cálculo das contribuições sociais com elastério não permitido pelo texto constitucional, pacificando o entendimento sobre a acepção de faturamento (venda de mercadorias e/ou prestação de serviços), limitador constitucional da competência da União para a criação de uma das fontes de custeio da Seguridade Social até a inserção do termo “receita” pela Emenda Constitucional nº 20/98 que, reitera-se, por ter entrado em vigor após a Lei nº 9.718/1998, não tornou válida a base de cálculo descrita nesta última, até porque não há que se falar, no ordenamento jurídico pátrio, sobre o fenômeno da *constitucionalidade superveniente*.

Ruiu, portanto, num primeiro momento, a tentativa de submeter as operações financeiras à COFINS, bem como de, pelo mesmo regime jurídico, passar a cobrar das referidas entidades financeiras a contribuição ao PIS da mesma forma que era exigida das outras pessoas jurídicas, abolindo-se o regime de exceção da Emenda Constitucional de Revisão nº 1/94, assim como as Emendas Constitucionais nºs 10/96 e 17/97, que transitoriamente previram a cobrança do PIS sobre a receita bruta operacional das instituições financeiras.

Vale lembrar que, àquela altura, as empresas submetidas ao regime não-cumulativo das contribuições ao PIS e da COFINS já adotavam como base de cálculo das exações a receita total em consonância com a Emenda Constitucional nº 20/98. As receitas decorrentes do exercício das instituições financeiras ficaram de fora desse regime por conta de disposição expressa das Leis nºs 10.637/2002 e 10.833/2003, que mantinham as instituições financeiras e empresas a elas equiparadas no regime cumulativo regido pela Lei nº 9.718/98.

Embora a tentativa de inserir as instituições financeiras entre os contribuintes do PIS e da COFINS sobre as suas receitas principais tenha sido frustrada por seis anos⁴⁰, após a declaração de sua inconstitucionalidade pelo STF o Governo Federal resolveu dobrar a aposta e, em vez de simplesmente propor – por projeto de lei ou medida provisória – a criação de uma contribuição sobre a “receita bruta” das empresas, incluindo as financeiras, já sob os

³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recursos Extraordinários nos 357.950-9/RS, 390.840-5/MG, 358.273-9/RS e 346.084-6/PR.

⁴⁰ A Lei nº 9.718/98 entrou em vigor em fevereiro de 1999, e foi considerada inconstitucional pelo STF em novembro de 2005.

auspícios do texto constitucional emendado, preferiu “tentar” salvar os anos anteriores à decisão do STF, insistindo na tese de que a expressão “faturamento”, constante do texto original da Constituição, sempre significou as receitas das atividades principais das empresas, incluindo as financeiras.

O fato é que a tese ousada, que contrariava o próprio histórico de aprovação do texto constitucional, aumentou a possibilidade de perda de arrecadação por mais nove anos, quando finalmente em 2014 uma medida provisória, depois transformada na Lei nº 12.973/14, instituiu a contribuição sobre a “receita bruta” das empresas submetidas ao regime de apuração cumulativo, incluindo as receitas “da atividade ou objeto principal da pessoa jurídica”.

A referida controvérsia chegou ao Supremo Tribunal Federal, tendo sido solucionada em 13 de junho de 2023, por meio dos Recursos Extraordinários nºs 609.096, 1.250.200 e 880.143, submetidos à sistemática da repercussão geral. Prevaleceu, na ocasião, a divergência aberta pelo voto-vista do Ministro Dias Toffoli, para quem o conceito de “faturamento” jamais esteve limitado ao resultado das atividades de venda de mercadorias e da prestação de serviços realizadas pela pessoa jurídica, estando em vez disso atrelado às receitas operacionais das empresas, inclusive das instituições financeiras.

Por meio do referido voto o Ministro concluiu, portanto, que o fato de as instituições financeiras realizarem operações que não se identificam com a venda de mercadorias e com a prestação de serviços não afasta a necessidade de submeter as receitas correspondentes à incidência do PIS e da COFINS, pois o que importa para tanto é a ligação entre as receitas e as atividades empresariais típicas das empresas, sendo este o conceito de faturamento historicamente adotado pela Constituição Federal segundo a jurisprudência do próprio Supremo.

Assim, a interpretação que prevaleceu no julgamento da mais alta Corte do Brasil é que desde a promulgação da Constituição de 1988 haveria, do ponto de vista da competência material prevista no artigo 195, autorização para a instituição de contribuição sobre as receitas das atividades típicas das instituições financeiras, incluídas as decorrentes das operações de crédito.

Portanto, concluímos esse resgate histórico partindo da premissa de que, do ponto de vista puramente relacionado à extensão material da competência tributária presente no artigo 195 seja em sua redação original, ou daquele presente no inciso I, *b*, da Constituição após a Emenda Constitucional nº 20/98 e a entrada em vigor da Lei nº 12.973/14, permite a incidência de PIS e COFINS sobre as receitas financeiras das instituições financeiras.

Nos resta investigar, entretanto, se a Constituição não estabelece outros freios ao avanço da referida competência constitucional, ao que dedicaremos o próximo Título.

No primeiro tópico do presente título, pudemos, em primeiro lugar, posicionar as chamadas contribuições dos artigos 149 e 195 da Constituição Federal como espécie de tributo que pode ser reduzido à condição de imposto ou taxa, embora sejam qualificadas pelas finalidades que justificam a sua instituição e cobrança.

Mais à frente pudemos constatar que, no caso das contribuições das empresas para a Seguridade Social, o texto constitucional descreve elementos materiais das hipóteses de incidência possíveis típicos dos impostos, reconduzindo-as a essa espécie tributária, orientada pelo princípio da capacidade contributiva.

Finalmente, estudamos a gênese das contribuições à Seguridade Social desde a Constituinte de 1987/1988 até os dias atuais, demonstrando que paulatinamente se pretendeu ir além do “faturamento” das empresas, que teve a conotação atribuída pelo STF como receita das vendas de mercadorias e da prestação de serviços, a fim de atingir outras receitas das empresas, como as financeiras, por exemplo.

Superando a referida limitação material, a Emenda Constitucional nº 20/98 acresceu o termo “receita” ao lado de “faturamento” no artigo 195 da Constituição, o que permitiu a ampliação das bases de cálculo do PIS e da COFINS por meio das Leis nº 10.637/2002, 10.833/2003 e 12.973/2014 - essa última aplicável ao regime de apuração cumulativo, obrigatório para as instituições financeiras e empresas de seguros.

Aliás, o fato de o Supremo ter ratificado a possibilidade material de incidência das contribuições sociais sobre as receitas das atividades típicas das instituições financeiras fez desaparecer a fronteira existente entre essa competência e aquela prevista no artigo 153, V, da Constituição Federal, pois do ponto de vista econômico haverá bitributação autorizada constitucionalmente pela União sobre as operações referidas nesse último dispositivo.

Por esse motivo, passaremos por uma análise pontual sobre os pressupostos constitucionais do Imposto sobre as Operações de Crédito, Câmbio, Seguros e Valores Mobiliários, antes de adentrar ao tema central do presente trabalho: a possível existência de uma barreira material indireta para a instituição de novos tributos sobre as referidas bases materiais, especialmente as operações de crédito.

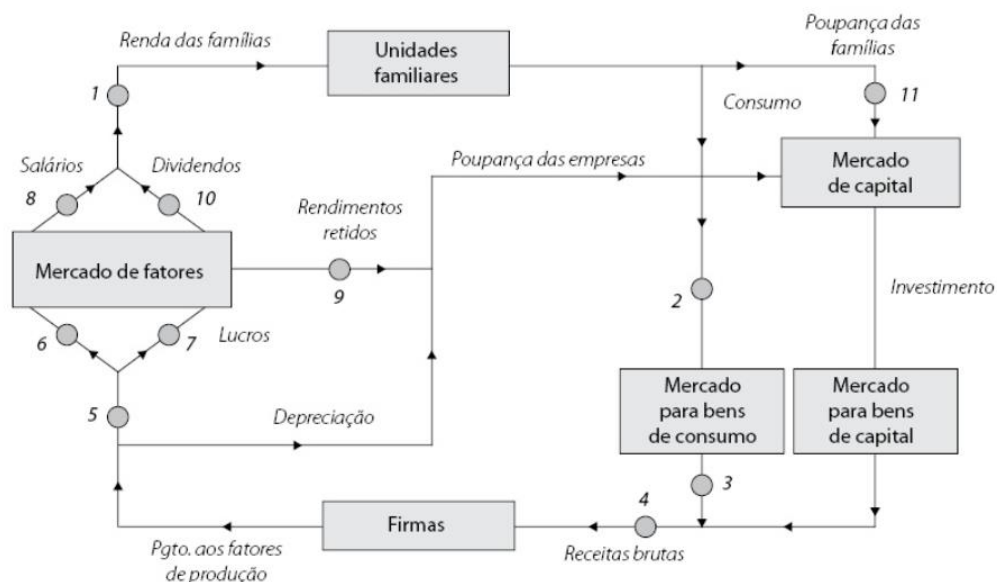
3.3 A Importância da Base Econômica para Análise do Fenômeno da Incidência Tributária

Partindo do pressuposto de que a tributação tem por base eventos dotados de conteúdo econômico, exigindo a partir daí uma prestação pecuniária compulsória não decorrente de atos ilícitos e voltada a finalidades públicas, é importante identificar as formas pela qual estes são apreendidos pelo ordenamento jurídico de forma a dar lugar à obrigação tributária.

Nesse particular, Schoueri, citando Rubens Gomes de Sousa, afirma que do ponto de vista econômico *as bases da tributação é (...) sempre a renda de um indivíduo*, captada em momentos distintos, se saber: a) renda produzida; b) renda distribuída; c) renda poupada ou reinvestida; e d) renda consumida.

Em outras palavras, o autor chama atenção para o fato de, conforme identificado por Peggy e Richard Musgrave (1980, p. 353), as riquezas girarem entre as famílias e as empresas (ou firmas), formando o chamado fluxo circular das rendas e dispêndios da economia:

Imagem 1 - Fluxo Circular das Rendas e Dispêndios da Economia



Fonte: Peggy e Richard Musgrave (1980)

De forma simplificada, podemos descrever que a renda das famílias é obtida a partir do “Mercado de Fatores” na forma de salários, dividendos, juros, aluguéis etc. após recebida, a renda das famílias é dividida entre dispêndios em consumo e poupança. Os primeiros ingressam no “Mercado para Bens de Consumo”, enquanto a poupança se destina aos

investimentos, subdividindo-se entre dispêndios no mercado de bens de capital e nas receitas das empresas produtoras de bens de capital, o chamado “Mercado de Capital”.

A partir da apreensão das rendas das famílias nas modalidades de consumo e investimento, as empresas do Mercado de Consumo do Mercado para Bens de Capital auferem as suas receitas brutas, utilizada, após prover fundos para depreciação, a remunerar os diversos fatores de produção (trabalho, capita, entre outros). Os lucros não distribuídos e os fundos de depreciação das empresas, a seu turno, configuram a poupança das empresas e, juntamente com a poupança das famílias, são utilizados para financiar o investimento, fechando o fluxo circular.

Nessa ordem de ideias, podemos reconhecer que, do ponto de vista econômico, a incidência do imposto sobre operações de crédito grava a renda poupada das famílias e das empresas que ingressa no Mercado para Bens de Capital e é disponibilizado às empresas e famílias na forma de crédito, sujeito à remuneração desse fator de produção na forma de juros. A tributação da receita bruta das instituições financeiras, assim, atinge a mesma “renda” em momento distinto, qual seja, a remuneração do fator de produção na forma do pagamento de juros, que vem a formar a receita bruta dessas entidades.

Conquanto do ponto de vista jurídico e da própria distribuição de competências tributárias, as referidas relações jurídicas não se confundam, o critério de incidência econômica não é estranho à análise das consequências jurídicas da aplicação das normas tributárias.

Isso porque, como bem enfatiza Andrea Lemgruber (2005), embora as pessoas jurídicas sejam legalmente responsáveis pelo pagamento de tributos, em termos econômicos apenas as pessoas físicas podem, de fato, pagar impostos. Segundo essa teoria, também endossada por Peggy e Richard Musgrave (1980), o ônus efetivo dos tributos das pessoas jurídicas, embora a curto prazo seja de seus acionistas, tende a longo prazo ser transferido aos seus consumidores (repasse para frente), ora por seus empregados (repasse para trás).

É justamente do repasse adiante dos tributos das pessoas jurídicas aos consumidores de seus produtos e serviços que se ocupará o presente trabalho, especialmente considerando os seguintes fatores: (a) a Constituição elevou a proteção do consumidor ao patamar de direito fundamental (art. 5º, XXXII); (b) o consumo, ao lado da renda e do patrimônio, constitui uma das manifestações de capacidade contributiva que justifica a tributação⁴¹; e (c) a Constituição

⁴¹ COSTA, 2000, p. 279-284.

estabelece que a lei deve determinar medidas para que os consumidores sejam esclarecidos sobre os tributos incidentes sobre as mercadorias e serviços (art. 150, § 5º).

O caso das instituições financeiras e as contribuições de financiamento da Seguridade Social é peculiar, merecendo destaque a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADI nº 2591/DF⁴², que incluiu as atividades privativas das instituições financeiras entre aquelas cobertas pelo conceito de serviço para fins de aplicação das regras do Código de Defesa do Consumidor.

Muito embora naquela ocasião o STF tenha excluído da abrangência da disciplina das normas consumeristas “custo das operações ativas e a remuneração das operações passivas praticadas por instituições financeiras na exploração da intermediação de dinheiro na economia (...)”, a razão de decidir bem exposta no voto condutor do ministro Eros Grau se deu apenas em relação à regulação da atividade financeira pelo Poder Executivo Federal, especialmente no tocante à peculiar emissão de “moeda escritural” pelas instituições financeiras, em nada interferindo no direito dos consumidores à informação sobre a efetiva carga tributária incidente sobre os juros das operações de crédito por eles contratadas.

Nesse sentido, muito embora os efeitos da ilusão fiscal nas atividades privativas das instituições financeiras sejam, em certa medida, semelhantes àqueles verificados em outras operações com produtos e serviços praticadas por outras pessoas jurídicas, bem explorados em doutrina especializada, como em Roberto Dell’Anno e Paulo Mourão (2012), há uma sutileza nas operações de crédito que torna a referida distorção ainda mais preocupante e, conseqüentemente, ofensiva a direitos fundamentais.

Muito embora parte da doutrina sustente que o repasse do ônus econômico dos tributos é irrelevante para o Direito Tributário⁴³, adotamos a conclusão segundo a qual diversas normas constitucionais apontam no sentido oposto, como a previsão de seletividade aplicável ao IPI e ao ICMS, a aplicação do princípio da capacidade contributiva aos impostos indiretos e, com especial destaque, a extrafiscalidade.

Nesse particular, destacamos em primeiro lugar a lição de Ávila (2012) lembrando que as limitações ao poder de tributar não se encerram na seção especialmente dedicada ao tema pelo texto constitucional (arts. 150 a 152), se espalhando por diversos outros dispositivos da Constituição, inclusive sobre aqueles dedicados à ordem econômica e financeira.

⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.591 Distrito Federal.

⁴³ BECKER, 2018; ATALIBA, 2006; BOTTALLO; MELO, 2007.

Com efeito, ao exercer as competências a elas confiadas pelo texto constitucional, as pessoas políticas devem observar não apenas as limitações expressas ao poder de tributar, mas sobretudo avaliar a adequação do tributo a ser criado ou modificado com a integralidade do texto constitucional.

Inserido na Ordem Econômica e Financeira, o Capítulo IV impõe a estruturação do sistema financeiro nacional *de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem*.

Por outro lado, conforme já exposto, a Constituição estabelece como dever do Estado promover a defesa do consumidor, sendo certa nessa direção a inclusão das atividades *de natureza bancária* entre aquelas regidas pelo Código de Defesa do Consumidor, disposição considerada alinhada ao texto constitucional pelo STF.

Sem prejuízo do exposto acima, é importante demarcar que a própria distribuição de competências tributárias para a criação de impostos entre as pessoas políticas aponta para a direção de um tratamento especial às operações financeiras, marcadamente ao atribuir à União a referida prerrogativa e, ao mesmo tempo, dispensar o aumento de alíquotas realizado com função regulatória da atividade financeira do cumprimento das regras da legalidade e da anterioridade.

Trata-se de hipótese de limitação de direitos fundamentais realizada no plano constitucional, sopesando-se que a função de controle das atividades financeiras por parte da União prevalece sobre o direito fundamental dos contribuintes à observância da legalidade e da anterioridade em matéria tributária.

Nesse passo, conforme referido anteriormente, a introdução da incidência de PIS/COFINS sobre receitas das atividades privativas das instituições financeiras, ou seja, as operações de intermediação financeira (art. 17 da Lei 4.595/64), importa tributação inversamente proporcional à capacidade contributiva do consumidor.

Nessa ordem, ainda que a repercussão do PIS e COFINS ao consumidor seja meramente econômica, é inegável que o aumento da carga tributária está diretamente relacionado às condições deste, se desvincilhando completamente das características da instituição financeira, o contribuinte de direito.

Em outras palavras, considerando que o custo de uma operação de crédito leva em conta sobretudo o risco de inadimplência futura do tomador, aqueles que apresentem menor avaliação nesse critério serão justamente os consumidores com menor patrimônio e renda, ou

seja, aqueles que apresentam menor capacidade de pagamento da dívida contraída junto à instituição financeira.

É correto afirmar, assim, que a incidência de contribuições sociais diretamente sobre as operações financeiras das instituições financeiras contribui, na verdade, para a regressividade da incidência fiscal e marginalização do acesso da população mais vulnerável a fontes de crédito, além de encarecer a produção nacional, com efeitos semelhantes ao acesso a produtos e serviços, com efeitos desproporcionais aos cidadãos mais pobres.

Apenas para corroborar a afirmação acima, é relevante destacar que, desde 1999, o Banco Central do Brasil⁴⁴ publica anualmente um relatório contendo informações detalhadas sobre juros e o *spread* bancário, definido como a distância entre a taxa de empréstimo e a de captação do banco. No primeiro relatório, publicado em 01 de outubro de 1999, os autores explicam o fenômeno da tributação da intermediação financeira:

Do ponto de vista econômico, a incidência de impostos sobre as operações de recursos e concessão de empréstimos constitui uma distorção introduzida pelo governo na livre formação de um preço, a taxa de juros. Por representar um ônus para o tomador, mas não um bônus para o poupador, a tributação desestimula tanto o investimento quanto a poupança. Trata-se, portanto, de um entrave à boa alocação intertemporal de recursos na economia, com consequências de longo prazo sobre o crescimento econômico.

Mais à frente, porém, há uma advertência de que embora sejam um sinal do imbróglio em que se transformou a estrutura tributária brasileira, não significa que todos os tributos cobrados a partir da intermediação financeira sejam igualmente inibidores da boa alocação de recursos na economia, salientando que:

No grupo de impostos que tipicamente constituem uma distorção da atual estrutura tributária estão o PIS, COFINS e CPMF. Tratam-se (sic) de tributos que não têm uma relação direta com o valor adicionado das empresas, pois incidem (em cascata) sobre o faturamento das empresas. No caso da CPMF, a distorção é particularmente grave pois ela só se faz presente quando a troca entre empresas dá origem a saques de conta corrente.

Nas conclusões, o Banco Central faz a seguinte afirmação sobre o PIS a COFINS incidentes sobre as operações de intermediação financeira: o banco não pode deduzir da base de incidência do COFINS as despesas administrativas e as perdas por inadimplência incorridas na intermediação financeira, decorrendo desses fatos que a cobrança do PIS [e da COFINS] onera mais intensamente os devedores pessoa física e pequenas empresas, para os

⁴⁴ BANCO CENTRAL DO BRASIL. Relatório de Economia Bancária. Disponível em <https://www.bcb.gov.br/publicacoes/relatorioeconomiabancaria/01111999>. Acesso em: 08 abril 2023

quais o risco de inadimplência e os custos administrativos são maiores do que os observados para grandes pessoas jurídicas. Ou seja, para o Banco Central do Brasil, a tributação das operações de intermediação financeira pelo PIS e pela COFINS (a CPMF foi extinta em 2007), além de distorcer a livre formação das taxas de juros do crédito bancário, desestimula o investimento e a poupança, constituindo um obstáculo à boa alocação de recursos na economia, com consequências de longo prazo sobre o crescimento econômico.

Mais alarmante, porém, é a informação de que a referida distorção onera com maior intensidade os devedores pessoas físicas e as pequenas empresas, o que demole, de vez, os argumentos de que a incidência dos referidos tributos seria medida de justiça tributária. Ora, ao invés disso, trata-se de injustiça flagrante, pois justamente os que demonstram menor capacidade econômica são mais cruelmente castigados com um ônus fiscal que incidirá com mais força sobre a taxa adicional cobrada para fazer frente ao risco de inadimplência e custos administrativos, sobremaneira mais elevados do que aqueles que incidem sobre as operações realizadas com grandes empresas, de notória capacidade contributiva.

Portanto, a partir da compreensão desses aspectos de natureza econômica, extraídos de estudos técnicos do Banco Central, podemos avaliar se as escolhas passadas, presentes e até futuras do Constituinte ou mesmo do legislador ordinário correspondem aos anseios da população brasileira, ou, então, se traduzem em mero populismo fiscal disfarçado de política tributária justa.

Mais do que isso, porém, a referida tributação disfarçada dos tomadores de crédito e consumidores dos produtos e serviços financiados pelas operações financeiras atenta contra um postulado de transparência colocado entre as regras limitadoras do exercício das competências tributárias, segundo o qual os consumidores devem ser *esclarecidos acerca dos impostos que incidam sobre mercadorias e serviços*.

Cunhado pelo economista italiano Amilcare Puviani, o termo ilusão fiscal designa a falsa percepção que os cidadãos têm a respeito da carga tributária por eles efetivamente suportada e, conseqüentemente, um desalinhamento em relação ao destino que é dado a esses recursos pelo Estado (MARTINS, 2017).

A observação do referido fenômeno, no entanto, acontece pelo menos desde o século XIX, quando o filósofo e economista britânico John Stuart Mill (1848) sugeriu que a tributação indireta reduz a consciência social sobre o uso do dinheiro público pelo Estado, pois o cidadão normalmente entende que apenas o ônus dos tributos pagos diretamente recai sobre ele.

Roberto Ferraz (2009, p. 510) também contribui para o esclarecimento da questão quando afirma que “especialmente o cidadão mais pobre, aquele que não chega a pagar imposto sobre a renda, pensa que não paga tributos (sempre que esses não sejam transparentes).”

Enfatize-se, porém, que não apenas os tributos incidentes sobre a produção e consumo, economicamente denominados indiretos, têm o seu ônus transmitido para pessoa diversa daquela eleita em lei como contribuinte, mas também toda a carga tributária suportada pelas pessoas jurídicas.

Nesse cenário, grandes empresas ou pessoas naturais de elevado poder aquisitivo terão acesso a taxas substancialmente menores nas operações de crédito em comparação a pequenas e médias empresas e pessoas de menor poder aquisitivo. Considerando que a incidência das contribuições sociais será proporcional ao valor de cada operação, pois incidem sobre a receita total auferida e não é permitida a dedução das provisões para inadimplência e custos administrativos, o ônus tributário será maior para os consumidores com menos capacidade contributiva. Portanto, muito embora a regressividade seja característica comum da tributação do consumo, no caso das operações de crédito essa condição não é apenas proporcional, mas nominalmente verificada.

Assim, embora respeitando a posição de Andre Mendes Moreira (2019), invocamos a lição de Geraldo Ataliba e Cleber Giardino⁴⁵ para esclarecer que a expressão faturamento (ou receita) quer aludir na prática às operações econômicas que geram os referidos resultados:

Sempre, pois, que a linguagem da lei – frequentemente imprecisa, inadequada, superficial, reduzida – aludir a uma suposta incidência sobre essa medida econômica do fato gravado, não se iludirá nem se confundirá o intérprete: entenderá – isto sem dificuldade – que, aí, o que se tributa é o próprio fato, por cuja realização se manifesta essa grandeza numérica.

Quer dizer que, quando a receita é decorrente de negócios jurídicos bilaterais como as operações de crédito realizadas por instituições financeiras, a incidência de PIS e COFINS grava essas mesmas operações, independentemente de a Constituição e a lei aludirem à “receita”.

Fica evidente, portanto, que as operações de crédito dão origem tanto ao pagamento de IOF como, atualmente, de PIS e COFINS, sendo o ônus correspondente suportado pelo tomador, em que pese ao recolhimento ser feito pela própria instituição financeira (como responsável no primeiro caso e como sujeito passivo nos últimos).

⁴⁵ ATALIBA; GIARDINO, 1986, p. 155.

Surge, portanto, a problemática situação em que o consumidor tem uma percepção enganosa a respeito da efetiva carga tributária por ele suportada, especialmente sobre a nefasta e peculiar regressividade acima referida.

Deixa-se, dessa maneira, de se atender à regra programática do artigo 150, § 5º, da Constituição Federal, ou seja, de prover a informação efetiva sobre o ônus tributário embutido nas operações de crédito e como os consumidores de menor poder aquisitivo acabam sendo mais onerados pelo PIS/COFINS em comparação a grandes empresas e pessoas de alta renda/patrimônio.

Essa forma de incidência das contribuições sociais sobre as instituições financeiras, ao extrapolar a capacidade contributiva manifestada em concreto, acaba assumindo caráter nitidamente confiscatório, conforme doutrina de Costa (2012) e Estevão Horvath (2002).

A primeira autora citada compreende que a tributação será válida sempre que se posicionar entre o mínimo vital e a capacidade contributiva objetivamente manifestada pelo sujeito passivo. Para o segundo autor, o efeito confiscatório levará em conta a proporcionalidade, princípio implícito no ordenamento jurídico brasileiro, pela qual uma competência legalmente autorizada poderá ser considerada inválida por se desviar da finalidade pretendida ou implicar abuso de poder estatal, constringendo ou inviabilizando direitos e garantias fundamentais.

Observa-se, com efeito, que a incidência em análise se desvia do ordenamento jurídico, possuindo efeitos confiscatório, pois embora esteja arrimada à competência constitucional e à finalidade social a ser alcançada (financiamento da Seguridade Social), se descola da capacidade econômica manifestada, podendo atingir o mínimo vital.

É válido lembrar, nesse sentido, que a Lei nº 12.741/2012, que tem por fundamento informar o consumidor sobre a carga tributária incidente sobre a aquisição de mercadorias e serviços não abarca as operações de crédito realizadas pelas instituições financeiras.

Por outro lado, é válido salientar que malgrado a Resolução nº 3.517 do Conselho Monetário Nacional obrigue as instituições financeiras a informarem custo efetivo total correspondente a todos os encargos e despesas de operações de crédito e de arrendamento mercantil financeiro, contratadas ou ofertadas a pessoas físicas e a empresas de pequeno porte, se referindo inclusive à divulgação dos tributos, a informação se limita àquilo que é expressamente cobrado do cliente, ou seja, o IOF.

Nada obstante, grande parte do custo de crédito, segundo estudo divulgado pela FEBRABAN⁴⁶, decorre da alta carga tributária praticada no Brasil sobre a atividade bancária, substancialmente maior do que aquela observada em países desenvolvidos e emergentes. Outro fato ressaltado pela associação de bancos é que o Brasil é um dos poucos países do mundo que têm tributação indireta sobre a intermediação financeira, notadamente por meio do IOF, do PIS e COFINS. Segundo afirmam, o Banco Central teria constatado que os tributos e custos regulatórios adicionais são o segundo maior componente do *spread* bancário, representando quase 23%.

A corroborar o que expusemos acima, a FEBRABAN afirma que o PIS e a COFINS são considerados na precificação das operações de crédito “por se tratar de despesa certa e devida ao longo da geração de receitas das operações de crédito.”

Em outras palavras, fica evidente a ilusão fiscal do consumidor que acredita estar pagando apenas IOF sobre a operação quando, na verdade, paga o PIS e a COFINS, além de eventuais tributos diretos repassados como custo pela instituição financeira, inclusive CSLL com alíquota majorada.

Essa constatação é preocupante, especialmente levando em conta o apontado por Marcelo Guerra Martins (2017) sobre a relação inversamente proporcional entre o nível de desenvolvimento de um país e o nível de ilusão fiscal nele observado.

Essa lógica parece evidente se levarmos em conta que a cidadania fiscal compreende, na concepção de Ricardo Lobo Torres (2000), o *status positivus libertatis*, ou seja, o direito de exigir prestações positivas do Estado para a defesa do mínimo existencial.

Ora, em se tratando de tributos vinculados a prestações estatais nas áreas da previdência e assistência social e da saúde, todas elas voltadas ao atendimento do mínimo vital, é extremamente importante que os tomadores de crédito, especialmente as pessoas naturais de menor poder aquisitivo, tenham pleno conhecimento da carga tributária embutida na operação e, conseqüentemente, exijam com mais ênfase maior qualidade dos serviços custeados e/ou redução da carga tributária correspondente.

Demonstradas, portanto, a importância da consideração do fenômeno da incidência econômica da tributação e suas conseqüências, passa-se ao ponto central da tese segundo à qual falece competência da União para criar contribuições sociais sobre as operações de intermediação financeira praticadas pelas instituições financeiras.

⁴⁶ FEBRABAN. Como fazer os juros serem mais baixos no Brasil – Uma proposta dos bancos ao governo, Congresso, Judiciário e à sociedade. São Paulo, 2018. Disponível em: <https://portal.febraban.org.br/pagina/3257/52/pt-br/juros-baixos-brasil>. Acesso em: 01 set. 2022.

3.4 Limites Indiretos à Reforma Constitucionais e Direitos Fundamentais

Conforme demonstrado, a Constituição elevou os direitos e garantias dos cidadãos em face do exercício das competências tributárias pelas pessoas políticas à condição de cláusulas pétreas, impassíveis de serem abolidas por emendas constitucionais.

Nessa ordem de ideias, não apenas tentativas de abolição diretas e flagrantes são vedadas, mas também aquelas que indiretamente acabam por colocar em risco os direitos e garantias dos cidadãos em matéria tributária.

De um lado, portanto, temos os princípios da legalidade e da anterioridade como garantias perenes do ordenamento jurídico brasileiro. Ninguém será obrigado a pagar um novo tributo ou ser submetido a uma elevação da carga tributária existente sem previsão em lei, nem antes de decorrido o prazo de anterioridade aplicável à espécie tributária em questão.

As referidas regras, todavia, comportam exceções e mitigações, como já vimos, notadamente em face do atingimento de finalidades extrafiscais relacionadas a determinados tributos, ou, ainda a situações excepcionais, como guerras e calamidades, que reclamem a arrecadação imediata de recursos para a atuação da União de forma a proteger os interesses nacionais.

Tem-se, então, uma hierarquia constitucional, que coloca determinados objetivos acima dos direitos fundamentais dos contribuintes plasmados na legalidade e na anterioridade, permitindo que determinados tributos possam ser aumentados por ato do Poder Executivo com eficácia imediata.

Se as regras da legalidade e da anterioridade tributárias não podem ser abolidas por emendas constitucionais, com maior razão tampouco será possível abolir a referida prerrogativa constitucional da União para, em determinados casos, deixar de observar as referidas regras.

Conforme evidenciado anteriormente, desde a criação do IOF, em 1965, com algumas variações em pequenos intervalos, prevaleceu a competência regulatória da União sobre objetivos arrecadatórios do referido imposto. Isso porque, o impacto que as quatro materialidades contidas na referida competência tributária geram sobre a economia nacional como um todo justifica a sua função extrafiscal, como mais uma ferramenta colocada à disposição do Poder Executivo Central na promoção de ações que visem à preservação dos interesses nacionais.

A atuação da União nas referidas áreas, portanto, deve ser privilegiada, de modo que apenas o referido imposto de viés regulatório incida sobre elas, permitindo agilidade na intervenção estatal quando necessária.

Outra face dessa mesma moeda é a necessidade de que a Seguridade Social seja financiada por fontes estáveis e permanentes, ou seja, perfil mais alinhado aos impostos arrecadatários, tanto é que o artigo 195 elegeu como fontes materiais de sua realização signos presuntivos de capacidade contributiva como lucro, faturamento ou receita e remuneração de trabalhadores.

Essas condições não se compatibilizam com a volatilidade da arrecadação de tributos de feição extrafiscal que precisem ser subitamente reduzidos ou aumentados para realização de política econômica/monetária.

Outrossim, temos o fato de as contribuições não estarem entre as mitigações da legalidade a que alude o art. 153, § 1º, nem entre as exceções à anterioridade a que alude o art. 150, § 1º, na verdade se sujeitando à anterioridade nonagesimal do artigo 195, § 6º, todos da Constituição.

Trata-se, pela união das duas características acima, de tributos de viés arrecadatário, se distanciando do caráter predominantemente extrafiscal que justifica as exceções do IOF à legalidade e à capacidade contributiva, já pormenorizadamente justificadas.

Resta saber se essa sistemática sofre abalos pela modificação promovida pela Emenda Constitucional nº 20/98, quando permite que as mesmas operações taxadas pelo IOF com preponderante função regulatória passam a ser, em tese, atingidas pelo PIS e pela COFINS, de caráter arrecadatário e despidas das faculdades de mitigação da legalidade e não sujeição à anterioridade.

Conforme leciona com propriedade Fabiana Del Padre Tomé devemos compreender o ordenamento jurídico como um sistema, ou seja, “conjunto de elementos (2005), coordenados entre si, aglutinados perante uma referência determinada”. A autora prossegue afirmando com razão que o Direito constitui um “conjunto comunicacional peculiar e com função específica, sendo inadmissível transitar livremente entre o sistema jurídico e os demais sistemas verificados no macrossistema da sociedade, como o econômico, o político e o religioso”.

Apoiando-se na Teoria dos Sistemas, com seu caráter autopoietico, trazido das ciências naturais de Maturana e Varela por Niklas Luhmann, a referida doutrinadora prescreve que o sistema jurídico se destaca das demais comunicações sociais por seu código binário – lícito ou ilícito – pelo qual constrói seus próprios componentes para regular suas operações, estruturas e processos. Assim, conclui: “mesmo que o sistema econômico influencie o sistema jurídico, este não produzirá atos comunicativos econômicos, mas sim jurídicos, conforme seus próprios critérios de produção.”

Com isso não se nega a abertura *cognitiva* do sistema jurídico com as outras formas de comunicação social, como as ciências econômicas e contábeis, por exemplo, mas somente que essas informações somente ingressam no primeiro segundo suas próprias regras na forma por ele estabelecida.

A mesma trilha parece ser seguida por Ricardo Mariz de Oliveira (2020, p. 116) quando afirma que o necessário conteúdo econômico da incidência tributária “não transforma os fatos geradores – inclusive a receita – em meros fatos econômicos, eis que alguns deles – a maioria – são fatos vinculados a atos ou negócios jurídicos.”

Assim, sempre que confrontado com uma dificuldade interpretativa, o agente deve buscar no Direito a sua solução, independentemente de considerações de ordem econômica, social ou contábeis.

Em boa hora, portanto, o Supremo Tribunal Federal negou a equivalência entre os conceitos contábeis e jurídicos, ao decidir em favor da interpretação das competências tributárias estabelecidas na Constituição a partir dos princípios e regras do Direito Tributário, conquanto sem negar a utilidade da contabilidade como ferramenta de apoio para essa finalidade⁴⁷.

Feita essa pequena digressão, confirma-se que as operações de intermediação financeira produzem, do ponto de vista econômico e contábil, o ingresso de elementos no patrimônio da pessoa jurídica que as realiza equivalente ao auferimento de uma “receita”, do ponto de vista econômico e contábil.

No plano jurídico, porém, a questão não é singela, porquanto necessário interpretar a prescrição do artigo 195, I, *b*, da Constituição Federal, atribuída pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998, a partir de relações de coordenação e subordinação com as demais normas que compõem o ordenamento jurídico.

Sob o primeiro enfoque, observa-se o cumprimento da forma de alteração do texto constitucional prescrita pelo artigo 60 da Constituição Federal, o que afasta qualquer incompatibilidade do ponto de vista formal⁴⁸. Entretanto, a Constituição erige limites materiais à sua própria alteração, observados no § 4º do dispositivo acima mencionado.

⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 606107. Tribunal Pleno. Rel. Rosa Weber. Julgamento 22/05/2013. Publicação 25/11/2013.

⁴⁸ O mesmo não pode se dizer da tentativa de ampliação, anteriormente à Emenda Constitucional nº 20/98, da competência do mesmo artigo 195 da Constituição por lei ordinária, malgrado a partir de decisão do Supremo Tribunal Federal à qual nos referimos em passagem anterior.

Não pode ser objeto de deliberação, nessa ordem de ideias, proposta tendente a abolir: (I) a forma federativa do Estado; (II) o voto direto, secreto, universal e periódico; (III) a separação dos Poderes; e (IV) os direitos e garantias individuais.

Nessa senda, embora as três primeiras vedações não sejam atingidas pela inclusão do termo receita no artigo 195 da Constituição, há dúvidas relacionadas à sua vocação para abolir “os direitos e garantias individuais”.

De plano nos deparamos com a abalizada doutrina de Roque Carrazza (2010, p. 628), que considera que a *regra-matriz constitucional dos tributos* como limitações constitucionais à atuação do poder constituinte derivado, pois prescrevem direito subjetivo dos contribuintes de não serem tributados para além do campo reservado pelo texto constitucional original, o qual somente poderá ser ampliado pelo *poder constituinte originário*.

Concordamos com a posição do ilustre jurista, pois o próprio artigo 195, § 4º, da Constituição prescreve a possibilidade de instituição de novas contribuições sociais para financiar a Seguridade Social, por meio de lei complementar e desde que sejam não-cumulativas e não tenham hipótese de incidência ou base de cálculo próprios de impostos discriminados na Constituição.

Assim, uma leitura conjunta do *caput*, dos incisos e do referido parágrafo do artigo 195 da Constituição parece revelar um rol exaustivo de fatos econômicos que legitimam a criação das referidas contribuições sociais, integrando o âmbito de proteção dos direitos individuais dos contribuintes, tornados por cláusula pétrea pelo ordenamento jurídico.

Adentrando ao campo das atividades desempenhadas pelas instituições financeiras, é relevante citar Alberto Xavier⁴⁹, em parecer jurídico não publicado, no qual defende a inconstitucionalidade da extensão da competência da União para instituir contribuição sobre o faturamento para as referidas operações.

O autor português principia a sua análise a partir da abalizada doutrina dos fluxos financeiros de Bulhões Pedreira (1971), diferenciando “pagamentos de renda” dos “pagamentos de capital”. Enquanto estes decorrem de operações envolvendo a “troca de bens ou serviços entre dois patrimônios”, a última se relaciona à remuneração de fatores dos “fatores de produção” (capital, trabalho etc.).”

⁴⁹ XAVIER, Alberto. Natureza do PIS/COFINS (Lei nº 9.718/98, após a Declaração de inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º) como tributo sobre o consumo e suas implicações nos conceitos de faturamento e de serviços.

Assim, tem-se em uma transação de capital representada por um negócio de compra e venda a entrega de uma mercadoria ou bem pertencente ao patrimônio do vendedor em troca do pagamento, pelo comprador, de um **preço** convencionado entre ambos. Nessa hipótese, o vendedor substitui a mercadoria ou bem integrantes de seu patrimônio por um direito novo, correspondente ao preço, auferindo receita. O comprador, a seu turno, substitui um bem ou direito integrante do seu patrimônio pelo bem ou mercadoria adquiridos do vendedor.

No caso do pagamento de capital essa “troca” não ocorre da mesma forma. Tomemos por exemplo um empréstimo bancário. O banco celebra um contrato pelo qual entrega determinada quantia integrante de seu patrimônio para fruição imediata do devedor, o qual, em troca, se compromete a restituir esse valor em data futura, acrescido de fator de remuneração, denominado juro. Cuida-se, em última análise, de negócio jurídico de mútuo oneroso, ainda que tipificado como operação *sui generis*, sujeita a regramento específico.

Nesse sentido, Ricardo Mariz de Oliveira (2020, p. 154) pontifica que “o mútuo não gera receita pelo direito à restituição de coisa cuja propriedade já integrava o ativo do mutuante, por se encontrar neste objeto do contrato a sua característica principal, que é a devolução do patrimônio do mutuante ao seu estado anterior ao da realização do mútuo.”

Como elemento de remuneração do capital, os juros são calculados levando em conta primordialmente dois fatores: o tempo e o risco. Isso porque, conceitualmente o crédito constitui a troca da fruição do dinheiro de hoje para a fruição dele amanhã, estando na base dessa renúncia ao consumo imediato a sua remuneração. Não se olvide, porém, a possibilidade de não recebimento do valor concedido em razão de diversos fatores, além da elasticidade da oferta e da demanda, e teremos o valor da remuneração de cada operação de crédito.

Nessa linha de raciocínio, para Alberto Xavier, juridicamente os juros não representam o “preço” da operação financeira, correspondendo, em vez disso, “a uma remuneração de fatores de produção...”. Portanto, apenas em negócios jurídicos sinalagmáticos, como a compra e venda e a prestação de serviços, o objeto de tributação é o consumo, sendo o preço o elemento pelo qual o ônus tributário é trasladado do vendedor/prestador para o tomador.

É evidente, que inserida como elemento empresarial, a venda e a prestação de serviços terão por objetivo a geração de renda ou lucro. Estes, porém, surgem como elemento secundário, dando origem a uma nova obrigação tributária.

No campo reservado aos impostos, considerando o arquétipo constitucional, temos que uma operação de compra e venda de uma mercadoria originará a incidência de imposto

estadual, ao passo que a renda eventualmente extraída a partir dessa mesma operação levará à obrigação de pagamento de um imposto federal.

Tem-se, do ponto de vista econômico, em primeiro lugar a celebração de um negócio jurídico sinalagmático que gera tanto para o vendedor como para o comprador o direito ao recebimento de um direito novo, operação que deflagra, do ponto de vista jurídico, o dever de pagar imposto ao Estado no qual realizada a transação. Ou seja, “a passagem de mercadorias de uma pessoa para outra, por força da prática de um negócio jurídico abre espaço à tributação por meio de ICMS” (CARRAZZA, 2020, p. 48).

Conforme tivemos oportunidade de demonstrar, contudo, o constituinte originário optou por estabelecer novas figuras tributárias voltadas ao financiamento da Seguridade Social, as quais se somaram à tradicional prestação previdenciária pautada na folha de salários, notadamente “o lucro” e o “faturamento”.

Se analisarmos o primeiro elemento acima citado, veremos se tratar de uma sobreposição à competência da União para tributar a renda das empresas, apenas com uma destinação específica prevista no próprio texto constitucional, com suas especificidades, como um prazo de anterioridade reduzida.

Na tributação baseada no faturamento, tendo em conta a própria interpretação do Supremo vinculando o termo às receitas derivadas da venda de mercadorias e da prestação de serviços, vemos um espelhamento dos impostos atribuídos respectivamente aos Estados e aos Municípios, igualmente pautados nas referidas operações.

Trata-se, sem a menor dúvida, de escolha sábia e condizente com os princípios da universalidade e equidade no custeio da Seguridade Social, sobre as quais falaremos mais à frente, porquanto ao mesmo tempo que o lucro empresarial é utilizado como signo presuntivo de capacidade contributiva, a sociedade como um todo é chamada a contribuir por meio da tributação sobre o consumo de bens e serviços, sob o “rótulo” unificador do faturamento.

A bem da verdade, concluímos que a razão está com Xavier quando observamos que a própria definição do conceito de renda presente no artigo 43 do Código Tributário Nacional engloba tanto a renda-produto quanto a renda-acrécimo⁵⁰, sendo certo que a primeira está descrita no inciso I, justamente como remuneração de fatores de produção (capital, trabalho ou a combinação de ambos).

⁵⁰ Conf. SCHOUERI, Luís Eduardo. O Mito do Lucro Real na Passagem Da Disponibilidade Jurídica para a Disponibilidade Exonômica. MOSQUERA, Roberto Quiroga; LOPES, Alexandro Broedel (coord.). *Controvérsias Jurídico-contábeis: Aproximações e Distanciamentos*. São Paulo: Dialética, 2015.

Em outras palavras, o fator de remuneração das operações financeiras se aproxima mais da tributação da renda/lucro e menos de um gravame sobre o consumo, este elemento escolhido para representar uma das fontes de financiamento da Seguridade Social pelo poder constituinte originário.

Considerando, entretanto, que a realização de operações financeiras não implica o estabelecimento de relação de consumo, mas geradora de rendimento de fatores de produção, a pretendida extensão da competência material do artigo 195 para as receitas dela derivadas representou, na verdade, sobreposição de fontes materiais de custeio da Seguridade Social, pois as instituições financeiras já recolhem contribuição social sobre os lucros. Essa sobreposição é agravada por dois fatores: (i) a alíquota da contribuição social sobre o lucro das instituições financeiras é maior em comparação àquela prevista para pessoas jurídicas dedicadas a outras atividades; e (ii) o fato de o PIS e a COFINS, embora permitindo a dedução de algumas despesas relacionadas à atividade financeira, não permitir a dedução de todas as despesas necessárias ao exercício da atividade empresarial torna a sua incidência ainda mais gravosa e divorciada dos cânones constitucionais.

Sobre o primeiro ponto, convém lembrar que, apesar de antiga, a controvérsia específica sobre a exigência de CSLL com alíquotas majoradas pelas instituições financeiras teve julgamento concluído pelo Plenário do Supremo apenas em 16/06/2020, por meio da ADI nº 4.101⁵¹. O tribunal concluiu pela adequação material dos dispositivos de lei questionados com a Constituição, especialmente com a possibilidade de estabelecimento de alíquotas diferenciadas da contribuição social em razão da atividade econômica exercida pelas instituições financeiras.

Houve apelo também à teoria da análise econômica do Direito, com menção a Richard Posner (2007), no sentido de justificar a tributação diferenciada do lucro das instituições financeiras porque essas entidades não exerceriam atividade diretamente produtiva, devendo a legislação dimensionar a tributação de maneira equilibrar o incentivo à atividade sem prejuízo da arrecadação de tributos sobre ela.

Isso porque, segundo o ministro relator do acórdão, o sistema bancário brasileiro é altamente concentrado, o que contribuiria para inelasticidade da demanda por crédito independentemente do grau de tributação incidente sobre a referida atividade econômica, conforme comprovariam os dados econômicos do período de 2008 a 2015, quando vigoraram aumentos das alíquotas da CSLL do setor financeiro.

⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.101 Distrito Federal.

Ora, o próprio Supremo reconhece por meio do referido julgado que uma espécie de compensação é necessária e condizente com os princípios constitucionais por conta da especificidade das atividades empresariais desempenhadas pelas instituições financeiras, classificadas como “indiretamente produtivas”.

Esse é o momento de perguntarmos: abstraindo-se o obstáculo ao poder reformador levantado por Roque Carrazza linhas acima, não poderia a Emenda Constitucional ter simplesmente aumentando a simetria existente entre a competência para a criação de contribuições sociais com aquelas relacionadas aos impostos de maneira a abranger não apenas a tributação da renda e do consumo, mas também operações de crédito, câmbio, seguro e títulos e relativas a títulos e valores mobiliários, campo reservado a outro tributo de competência da União, o IOF?

Em trabalho que serviu de inspiração para o presente estudo, Guilherme Adolpho Mendes (2010) parte da premissa de que o legislador constitucional originário intencionalmente separou a circulação de mercadorias, a prestação de serviços e as operações crédito, câmbio, seguro e títulos e relativas a títulos e valores mobiliários para o fim de demarcar as competências das diferentes pessoas políticas em relação aos impostos.

Segundo o referido autor, o ponto que une as operações reservadas à competência da União é justamente o fato de elas não criarem diretamente riquezas, embora estabelecendo “condições essenciais para tal”.

O economista e ex-ministro da Fazenda Delfim Neto⁵² expôs em artigo que a “missão fundamental [das instituições financeiras] é a de encontrar meios eficientes, seguros e estáveis de prover o sistema produtivo (agricultura, indústria e serviços) dos meios para executar sua tarefa e financiar as ‘inovações’ que elevam a sua produtividade: produzir mais e melhor com menos recursos. O mercado de capitais e os lucros retidos são complementos essenciais para a capitalização das empresas a longo prazo que aceleram o crescimento”.

Assim, em lugar de outorgar à União a competência para intervir nas atividades diretamente responsáveis pela geração de riquezas, a Constituição optou por permitir a sua manipulação indireta por meio de um imposto marcado por sua função regulatória, tanto assim que isento de cumprir anterioridade e sujeito a aumento de alíquotas por ato do Poder Executivo.

⁵² DELFIM NETO, Antônio. “Os Pigs e nós”. Folha de S. Paulo. 24 fev. 2010. Disponível em: <https://www.caieiraspress.com.br/economia.php?acao=ver&id=1855&filtro=nao>. Acesso em: 01 set. 2022

Conforme já mencionamos, não existem tributos exclusivamente fiscais nem extrafiscais, pois todo tributo traz por efeito interferir no comportamento daqueles por ele impactados ao mesmo tempo em que gera receitas públicas derivadas para o seu sujeito ativo. Todavia, existem tributos com ênfase fiscal e outros com predomínio extrafiscal.

Segundo Guilherme Adolpho Mendes, a Constituição teria segredado as competências em relação aos impostos levando em conta dois grandes grupos: (i) atividades diretamente produtivas; e (ii) atividades indiretamente produtivas.

Para as primeiras, a Constituição reservou a competência para a criação de impostos com predomínio fiscal, geradores de receitas para Estados da Federação e Municípios, por meio do gravame à circulação de mercadorias e à prestação de serviços. Para as últimas, por outro lado, considerando a sua imbricação às primeiras como forma de viabilizá-las, optou-se por um tributo com vocação regulatória, que possa ser manipulado em momentos de necessidade como poderoso instrumento que complementa a competência legislativa exclusiva da União sobre as matérias correspondentes e a competência material de regulação e fiscalização desses mesmos mercados.

Em vez de a União interferir diretamente nas atividades diretamente produtivas, optou-se por uma manipulação indireta daquelas atividades que servem de suporte à circulação de mercadorias e à prestação de serviços, o que ao mesmo tempo preserva a arrecadação das pessoas políticas subnacionais mesmo em momentos em que a União imponha estímulos por meio da redução de alíquotas do IOF.

O autor conclui a partir da análise acima que a mesma razão levou o constituinte originário a escolher o faturamento como fonte material para a criação de contribuição social de financiamento da Seguridade Social, atingindo apenas as atividades diretamente produtivas já tributadas pelos Estados e Municípios, o que qualifica como “uma bitributação necessária”⁵³. A sobreposição não se justifica, porém, se passar a alcançar “os mesmos fatos reservados a um imposto também federal e que possui amarras fiscais menos rigorosas”:

Alcançar por meio de contribuições à seguridade as receitas das instituições financeiras seria retirar da própria União, especificamente, do Executivo, um importante poder de desonerar totalmente tais operações, com o intento de estimular a economia nacional ou, se as condições econômicas do momento permitirem, aumentar até o patamar que julgar adequado sem as amarras destinadas aos tributos em geral.

⁵³ O que, aliás, já acontece com a renda/lucro em relação à própria competência da União quanto à instituição de impostos.

Portanto, a interpretação de que a Emenda Constitucional nº 20/98 teria ampliado a competência da União para criar contribuições sociais a ponto de atingir as operações de crédito, câmbio, seguros e relativas a títulos e valores mobiliários representa ofensa ao artigo 60, § 4º, inciso IV, porquanto abole direitos fundamentais dos sujeitos passivos relacionados à anterioridade e à legalidade.

Explica-se, a atuação da União por meio da edição de normas tributárias indutoras em relação às referidas operações foi de tal modo privilegiada pela Constituição, que o único imposto previsto originalmente sobre elas pode ter suas alíquotas manipuladas pelo Poder Executivo, sendo ele dispensado de respeitar a anterioridade.

Conforme já estudamos, há um consenso na doutrina e na jurisprudência no sentido de classificar os direitos previstos no Estatuto dos Contribuintes como cláusulas pétreas. Portanto, se o poder reformador não pode abolir a anterioridade nem a legalidade, muito menos poderá interferir na atividade regulatória que justificou a mitigação das referidas regras pelo próprio texto constitucional.

Pensar de forma diversa é fazer tábula rasa dos relevantes princípios que justificaram a inserção da legalidade e da anterioridade como direitos fundamentais dos contribuintes, permitindo que necessidades arrecadatórias se sobreponham a funções mais elevadas outorgadas pelo texto constitucional à União, na sua função de agente regulador e fiscalizador dos mercados de crédito, seguros, câmbio e de títulos e valores mobiliários.

Portanto, pensamos a partir da referida análise que, apesar da extensão da base material da competência da União para a criação de contribuição social sobre as receitas das empresas, continuamos pensando não ser válido o seu exercício de modo a atingir as receitas decorrentes das operações de crédito praticadas pelas instituições financeiras, pois imbricadas pelo texto constitucional ao seu aspecto regulatório do setor econômico, conforme previsto nos artigos 150, § 1º e 153, § 3º.

Nada obstante, passa-se a seguir a trabalhar com possíveis objeções à referida conclusão, pautadas na interpretação de outros princípios constitucionais.

3.5 Princípio da Solidariedade: Escolha de Fontes

Partindo da premissa segundo a qual não existem disposições constitucionais inúteis, é importante observar a opção da Constituição brasileira pelo estabelecimento preciso de competências constitucionais distribuídas entre as pessoas políticas. Ou seja, embora pautada em princípios e valores especificados em sua parte programática, bem como princípios orientadores, a tradição constitucional brasileira fixa as competências tributárias por meio de

regras, que limitam de forma decisiva o escopo material de seu exercício pelas pessoas legitimadas à criação de tributos.

Ávila (2012), nesse sentido, afirma com razão que mesmo princípios da estatura da dignidade humana e da solidariedade não autorizam às pessoas competentes ampliar suas respectivas competências tributárias, o que, segundo renomado jurista, equivaleria a “contrariar a dimensão normativa escolhida pela Constituição”.

Como anunciado desde o início, porém, não se propõe aqui a analisar os limites das competências tributárias materiais do ponto de vista dos limites semânticos dos termos a ela vinculados, mas uma nova perspectiva a partir de limites indiretos impostos a essa mesma competência por meio da análise das limitações constitucionais a ela impostas e à sobreposição de outros objetivos a essas limitações, notadamente no caso específico das operações financeiras.

Porém, o alerta feito pelo autor gaúcho relacionado à impossibilidade de invocação do princípio da solidariedade, que textualmente informa a Seguridade Social e o seu financiamento, para *justificar a ampliação de regras de competência*, servem ao escopo do presente estudo. Isso porque, já tivemos oportunidade de demonstrar que a mitigação da legalidade e a não aplicação da anterioridade para determinados tributos está intimamente relacionada ao exercício de competências materiais da União para atuação nas áreas de suas respectivas (pressupostas) hipóteses de incidência.

Essa advertência é conveniente porque estamos tratando de limites à criação e ampliação do escopo das contribuições destinadas ao financiamento da Seguridade Social, o que poderia, num primeiro momento, justificar a sobreposição, ainda que indireta, do IOF e de uma contribuição social sobre as receitas derivadas da prática das operações financeiras. Ocorre, todavia, que mesmo em se tratando de contribuições orientadas pelo princípio da solidariedade, o legislador permanece cativo, no exercício de sua competência, à observância de regras cogentes presentes no texto constitucional. Nesse sentido, Ávila (2003, p. 313):

Esta constatação é decisiva para o exame do regime jurídico das contribuições, na medida em que a instituição de regras vinculadas a fins estabelece limites muito diversos daqueles decorrentes da imediata instituição de fins sem vinculação a comportamentos: enquanto nessa hipótese o Poder Legislativo pode escolher os meios para promover os fins, naquela ele está previamente vinculado ao meio constitucionalmente escolhido. Isso significa, por exemplo, que a solidariedade social não poderá ser utilizada para justificar a instituição ilimitada de contribuições sociais — nem direta nem indiretamente.

Com essas afirmações não pretendemos negar, senão confirmar a incidência decisiva do princípio da Solidariedade na legitimidade da instituição de contribuições sociais das empresas com o objetivo de financiar ações da União na saúde, assistência e previdência. Essa é a forma pela qual se justifica que entes abstratos, que nada recebem em relação aos referidos serviços públicos sejam obrigados a financiá-los, em prol dos demais cidadãos que deles dependam, não necessariamente os mesmos que prestam serviços às referidas pessoas jurídicas⁵⁴.

Essa concepção de Estado fiscal pautado na capacidade contributiva e na solidariedade de custeio se aproxima da tese de Paul Kirchhof (2006), que enxerga uma falsa equivalência entre prestações tributárias e prestações estatais, pois a primeira decorre da aptidão para contribuir, enquanto a última se pauta na necessidade da prestação estatal.

Há ilustres autores que, a exemplo de Greco (2005) e Torres (2010), que chegam a creditar à solidariedade entre os indivíduos que formam a sociedade brasileira o fator determinante para classificar as contribuições como espécie tributária distinta dos impostos.

Ao nosso ver, existem duas vertentes no sentido da solidariedade: a universalidade e a equidade. De um lado, toda a sociedade é chamada a contribuir para a realização das importantes prestações estatais que formam a Seguridade Social. De outro, a forma de contribuição leva em conta a diversidade social presente no grupo “maior” chamado de “sociedade”, levando em conta, como não poderia deixar de ser, a capacidade contributiva, uma vez que se trata de prestações pecuniárias.

Ou seja, muito embora seja importante levar em conta o princípio da solidariedade como forma de realizar um sistema de Seguridade Social financiado por toda a sociedade pautado na universalidade da cobertura e do atendimento, equanimemente custeado, não é possível a partir disso justificar qualquer forma de tributação, desvinculada dos cânones da proteção aos direitos dos contribuintes. Calham as coerentes e ponderadas razões do Supremo em julgamento sobre a matéria⁵⁵: “Embora a adoção do modelo solidário de custeio da

⁵⁴ É comum modernamente que as empresas atribuam a seus empregados, além do salário, benefícios voltados à proteção da saúde, planos de previdência complementar e até mesmo verbas assistenciais para momentos de necessidade. Mesmo sem ter contribuído, porém, um cidadão pode ter acesso a prestações assistenciais e de saúde, embora o acesso a benefícios de previdência pressuponha contribuições (CF, art. 201), tendo em vista a opção pelo regime de partilha nesse particular. Mesmo no tocante à previdência, no entanto, há temperamentos entre a equivalência entre contribuições e benefícios. É nessa medida que se afirma a prevalência da solidariedade no custeio da Seguridade Social.

⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI 724.582/AgR/SP. Segunda Turma. Relator: Joaquim Barbosa. J. 22/03/2011. P. 06/04/2011.

previdência esteja longe de cancelar todo e qualquer tipo de aumento da base de tributação, a ‘referibilidade’ ou a retributividade linear postulada pela agravante também é inaplicável”.

Autores como Wagner Balera (2004) e Regina Helena Costa (2012) afirmam, com razão, que a Constituição elegeu como critério material para a fixação de competência das contribuições para o financiamento da seguridade social fatos particulares em lugar da atuação estatal (auferir lucro, receita ou remunerar o trabalho).

À relação entre o princípio da capacidade contributiva e as contribuições de financiamento da Seguridade Social dedicaremos o próximo tópico.

3.6 Princípio da Igualdade e da Capacidade Contributiva

A última objeção que poderia ser levantada contra a tese que se propõe é a presumível capacidade contributiva das instituições financeiras para arcar com os custos relacionados à Seguridade Social e a possível ofensa ao princípio Republicano ao afastar a tributação de suas atividades pelo PIS e pela COFINS.

Em primeiro lugar, é importante levar em conta que entre as atividades-fim das instituições financeiras não se encontram apenas as atividades de intermediação financeira, pois essas entidades promovem também a prestação de serviços de forma organizada, habitual e com finalidade lucrativa.

Não foi por outra razão que o Padrão Contábil das Instituições Reguladas pelo Banco Central do Brasil (COSIF)⁵⁶ estabeleceu entre as espécies de “Receitas operacionais (Grupo 7.1.0.00.00-8)” das instituições financeiras as “Rendas de Prestação de Serviços (7.1.7.00.00)”.

Em estudo voltado à análise do impacto financeiro da cobrança de tarifas bancárias na administração de uma empresa do ramo de laticínios, Juliana Travassos dos Reis (2018) citou um estudo técnico divulgado pelo Sindicato Nacional dos Funcionários do Banco Central (SINAL) que demonstrara a evolução do aumento da receita auferida pelas instituições financeiras com a cobrança de tarifas bancárias sobre serviços prestados entre 2000 e 2007, na ordem de 135%, contra uma inflação acumulada de 67% do INPC no mesmo intervalo.

No mesmo estudo acima citado, a autora cita dados que demonstram que o período de estabilização da inflação posterior à implantação do Plano Real foi marcado pela redução dos custos fixos dos bancos comerciais brasileiros somada à permissão concedida pelo Banco

⁵⁶ BRASIL. Conselho Monetário Nacional (CMN). Resolução CMN nº 4.858, de 23/10/2020, DOU 26/10/2020.

Central para a cobrança cada vez maior de tarifas por serviços, compensando-se de certa forma a perda de receitas com os “ganhos inflacionários”. Segundo menciona, a partir desse momento “os bancos passaram a obter lucros cada vez maiores com a cobrança das tarifas bancárias.”

Nessa ordem de ideias, é importante utilizarmos como premissa o fato de os bancos auferirem relevantes receitas de prestação de serviços em decorrência do exercício de suas atividades-fim, sendo nessa medida tributadas pelo PIS e pela COFINS igualmente a qualquer outra pessoa jurídica prestadora de serviços.

Portanto, é falsa a assertiva de que a não incidência das referidas contribuições sociais sobre as receitas de intermediação financeira representaria privilégio ou malferimento aos princípios da igualdade e da capacidade contributiva, pois as receitas inseridas no arquétipo dos referidos tributos, já detalhado, são normalmente sujeitas à sua incidência.

Por outro lado, conforme já demonstrado, as operações de intermediação financeira se adequam melhor à condição de rendimentos do capital, não se constituindo receitas de operações transacionais que justificam a tributação do faturamento/receita bruta. Trata-se, portanto, de quantias que são tributadas pelo imposto de renda e, do ponto de vista do financiamento da Seguridade Social, pela contribuição social sobre o lucro.

Nesse sentido, levantar-se-á objeção no sentido de que o setor de extração, produção, comércio e serviços estariam em posição desprivilegiada em relação às instituições financeiras ao pagarem tanto o PIS e a COFINS quanto a contribuição social sobre o lucro. Todavia, esse argumento olvida a diferença entre as alíquotas comumente praticadas em relação a este último tributo para as instituições financeiras em relação aos demais segmentos de atividade, além do fato de as instituições financeiras também contribuírem substancialmente em relação às receitas de prestação de serviços por elas auferidas pelo PIS e pela COFINS.

Desde a criação da contribuição social das empresas sobre o lucro (CSLL), em 06/12/88, por meio da Medida Provisória n. 22, convertida na Lei nº 7.689/88, se estabeleceram sucessivamente patamares de alíquota maiores para as instituições financeiras e empresas a elas equiparadas (seguradoras, corretoras de títulos, entre outras) com relação a outras pessoas jurídicas.

Por ocasião da própria criação da COFINS pela Lei Complementar nº 70/91⁵⁷, o legislador de um lado reconheceu a inexistência de competência material para tributar as receitas de intermediação financeira e, lado outro, optou por majorar a contribuição social sobre o lucro das instituições financeiras para 23% e, durante a existências dos Fundo Social de Emergência e Fundo de Estabilização Fiscal (até junho de 1997), disciplinado no artigo 72, inciso III, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, a alíquota da CSLL das instituições atingiu inacreditáveis 30%.

Não foi por acaso, portanto, que no início de 1999 o Governo Federal editou medida provisória⁵⁸ prevendo, para os fatos geradores ocorridos a partir de janeiro daquele ano, a alíquota de 8% da CSLL das instituições financeiras, a mesma aplicável às demais pessoas jurídicas, medida justificada pela inclusão das referidas entidades no rol de contribuintes da COFINS, estabelecendo, por conseguinte, tratamento uniforme a todas as pessoas jurídicas. Nesse sentido, observe-se a Exposição de Motivos nº 85/MF⁵⁹, que justificou a referida medida provisória quanto ao ponto mencionado:

O art. 7º altera, em relação aos fatos geradores ocorridos a partir de 1º de janeiro de 1999, para as instituições financeiras, empresas seguradoras e de capitalização e entidades de previdência privada, a alíquota da CSLL, reduzindo-a de dezoito por cento para oito por cento, em virtude da inclusão dessas entidades no rol de contribuintes da COFINS, estabelecendo, por conseguinte, tratamento uniforme em relação a todas as pessoas jurídicas.

Bastou, no entanto, que ao final de 2007, o Governo Federal fosse derrotado na tentativa de prorrogar a vigência da Contribuição Provisória sobre Movimentações Financeiras (CPMF), com impacto orçamentário estimado em R\$ 40 bilhões⁶⁰, para que a majoração da alíquota da CSLL das instituições financeiras fosse tirada novamente da cartola.

Não causou surpresa, portanto, que ao final de 2019, com a aprovação de mudanças de regras constitucionais previdenciárias pela Emenda Constitucional nº 103⁶¹, novamente a alíquota da CSLL das instituições financeiras voltasse ao patamar de 20%, de forma a

⁵⁷ Art. 11. Fica elevada em oito pontos percentuais a alíquota referida no § 1º do art. 23 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, relativa à contribuição social sobre o lucro das instituições a que se refere o § 1º do art. 22 da mesma lei, mantidas as demais normas da Lei nº 7.689, de 15 de dezembro de 1988, com as alterações posteriormente introduzidas.

Parágrafo único. As pessoas jurídicas sujeitas ao disposto neste artigo ficam excluídas do pagamento da contribuição social sobre o faturamento, instituída pelo art. 1º desta lei complementar.

⁵⁸ BRASIL. Medida Provisória nº 1.807, de 28/01/1999.

⁵⁹ BRASIL. E.M. nº 85/MF. 28/01/1999.

⁶⁰ G1. Relator anuncia terça-feira cortes no orçamento de 2008. Disponível em: <https://g1.globo.com/Noticias/Politica/0,,MUL216860-5601,00-RELATOR+ANUNCIA+TERCAFEIRA+CORTES+NO+ORCAMENTO+DE.html>. Acesso em: 04 abril 2023.

⁶¹ BRASIL. Emenda Constitucional nº 103, de 12/11/2019.

contrabalancear as possíveis perdas de arrecadação com as novas regras aprovadas. O mesmo pode-se dizer da recente Medida Provisória nº 1.034⁶², novamente aumentando a alíquota da CSLL até o patamar de 25% para os bancos até 31/12/2021, como forma de compensar o ambiente fiscal adverso decorrente da Covid-19.

Independentemente das razões políticas e orçamentárias que justificaram o referido tratamento diferenciado, do ponto de vista jurídico-constitucional, podemos aferir uma medida de compensação pelo fato de as referidas instituições financeiras estarem parcialmente desonerada do pagamento o PIS e da COFINS sobre parte relevante de suas atividades operacionais. Essa questão foi tratada no voto-condutor da ADI nº 4.101, da lavra do Ministro Luiz Fux:

É que em uma visão sistêmica do segmento econômico explorado pelas instituições financeiras não se pode olvidar do fato de que tais sociedades não exercem atividade produtiva. É incontestado que a intermediação financeira do acesso ao capital franqueia a atividade econômica do país e permite a produção de bens e serviços pelos segmentos responsáveis. Todavia, o segmento financeiro, em si, nada produz. Espelhando esse diagnóstico no Sistema Tributário Nacional, natural que as instituições financeiras não se submetam às exigências tributárias a que se submetem o setor produtivo. Em verdade, o “produto”, por excelência, gerado pelas empresas do segmento financeiro é o *spread*, assim entendido, como a diferença entre o custo de captação e o preço cobrado para a oferta de crédito. Essa diferença, refletida no lucro dessas empresas, é o objeto natural de exigência tributária. O preceito “atividade econômica” referido pela Constituição mostra-se corretamente interpretado na escolha realizada pelo legislador quando editou as normas impugnadas na presente demanda. Tributar de maneira diferenciada o lucro do segmento financeiro nada mais é do que escolher o signo representativo daquele segmento econômico para ser objeto de incidência da tributação.

Portanto, a despeito de não estarem sujeitas às *exigências tributárias a que se submetem o setor produtivo*, as instituições financeiras contribuem para a Seguridade Social com porcentual mais elevado de seu lucro, o que, segundo o Supremo, representa realização do princípio da capacidade contributiva.

Sob o referido ponto de vista, portanto, não se verifica a atribuição de tratamento privilegiado às instituições financeiras, justamente pelo fato de as receitas de suas atividades de intermediação financeira – ainda que não integrantes das bases de incidência do PIS e da COFINS – serão tributadas com maior intensidade como lucro das atividades empresariais exercidas pelas referidas entidades.

Indo além, porém, é relevante destacar Desde a Lei nº 7.787/89, conversão da Medida Provisória nº 69, 1989, se instituiu um adicional de 2,5% sobre a folha de salários das

⁶² BRASIL. Medida Provisória nº 1.034, de 01/03/21.

instituições financeiras e equiparadas, opção repetida pela Lei nº 8.212/91, vigente até os dias de hoje.

A referida opção não deixa de ser curiosa, porque em mercados competitivos, um tributo sobre a renda do salário, independentemente da divisão estabelecida entre a parcela que cabe ao empregador daquela atribuída ao trabalhador, recairá sobre esse último, pois impactará sobre a taxa salarial bruta paga pelos primeiros.

Isso porque, conforme explicam Peggy e Musgrave (1980), a taxa salarial bruta é determinada pela intersecção entre a demanda por trabalho com a curva de oferta desse mesmo insumo. Como o aumento da tributação sobre a folha não implica aumento da produtividade marginal do trabalho para os diversos níveis de sua utilização, os empregadores continuarão a remunerar esse fator com a mesma intensidade de antes, mas deduzirão o tributo majorado a fim de obterem a taxa salarial líquida a ser recebida pelos trabalhadores.

A análise acima foi feita a partir de um hipotético aumento de alíquota da tributação dos empregadores em geral sobre a folha de salários, o que, se não é exatamente eficiente do ponto de vista da equidade no financiamento da previdência social, ao menos provocaria efeitos de maneira uniforme em relação a todas as empresas.

No caso brasileiro, a distorção introduzida ao eleger um único setor da economia, o financeiro, é flagrante, pois ao fim e ao cabo reduzirá a taxa salarial líquida recebida pelos trabalhadores desse segmento, sem qualquer fator que objetivamente os diferencie em relação aos demais trabalhadores sujeitos a um gravame menor, tanto do ponto de vista contributivo, quanto em relação aos encargos gerados ao Estado.

Nada obstante, novamente o Supremo ignorou a patente inconstitucionalidade do tratamento desigual aplicado ao setor financeiro, chancelando a medida como compatível com a ordem vigente.

As referidas matérias foram solucionadas pelo Supremo em duas oportunidades⁶³, levando em conta os períodos anteriores e posteriores à alteração promovida pela Emenda Constitucional nº 20/98, que acrescentou o § 9º ao artigo 195 da Constituição para permitir que as contribuições sociais tenham alíquotas diferenciadas em função de fatores como: atividade econômica, uso intensivo de mão de obra, porte da empresa ou condição estrutural do mercado de trabalho.

⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 598.572 E Recurso Extraordinário 599.309.

A referida alteração constitucional, embora referida nos votos proferidos nas ocasiões acima descritas, não parece ter exercido papel preponderante para as decisões que foram tomadas no mesmo sentido, de convalidar a cobrança do referido adicional de 2,5%.

Em primeiro lugar se afastou arguição de inconstitucionalidade formal do adicional, eis que tido por mera majoração de alíquota da contribuição do empregador, não correspondendo a nova fonte de financiamento da Seguridade Social.

Quanto à compatibilidade material do adicional com princípios como isonomia e capacidade contributiva, prevaleceu a visão pela intervenção judicial mínima nos critérios utilizados pelo legislador na conformação de sua competência tributária, não se antevendo ofensa ao texto constitucional pelo livre exercício de escolha de onerar o setor financeiro com alíquota diferenciada.

Em relação ao período anterior à vigência do § 9º do artigo 195 da Constituição, já referido, o Supremo entendeu que a exigência do adicional de 2,5% realizara os princípios da capacidade contributiva, da igualdade e isonomia, além de ser medida proporcional e razoável à finalidade a ser alcançada, qual seja, promover o financiamento equânime e solidário da Seguridade Social.

O § 9º do artigo 195 não teria introduzido nova possibilidade ao legislador no exercício de sua competência tributária, mas apenas explicitado preceitos gerais previstos pela Constituição, como aqueles referidos no parágrafo anterior.

Sobre critérios específicos a considerar a incidência das contribuições sobre a taxa salarial bruta, vale uma menção aos votos apresentados pelo ministro Roberto Barroso, aludindo a uma menor intensidade no uso de mão de obra aliada a uma notória capacidade contributiva das referidas entidades, sem explicitar porque os empregados do setor financeiro devem sofrer maior gravame para financiar a seguridade social.

Afinal, se a folha de salários é histórica e mundialmente o meio preferencial de financiamento das pensões dos trabalhadores, o uso menor de mão-de-obra pelas instituições financeiras deveria justificar o pagamento proporcionalmente menor, se fosse aplicada uma alíquota uniforme, pois gerará menor encargo futuro o sistema.

Sobre a notória capacidade contributiva, deve decorrer do fator material que justifique o gravame, no caso mais apropriado a tributos sobre a renda e não da folha de salários, cujo ônus econômico acaba sendo suportado pelos próprios trabalhadores, ainda que, por conveniência se partilhe uma parcela com as empresas.

Os fatores acima, embora relevantes, não parecem ter sido levados em conta pelo Supremo para ratificar o adicional de 2,5% sobre a folha de salários do setor financeiro, lamentavelmente abrindo espaço para a sua perpetuação e até mesmo agravamento no futuro.

De uma forma ou de outra, novamente o princípio da capacidade contributiva e da igualdade exerceram papel determinante para a confirmação da constitucionalidade de cobranças mais elevadas de contribuições sociais das instituições financeiras com relação a outros segmentos de atividade empresarial.

Essas razões seriam, por si sós, suficientes para afastar, ao nosso ver, qualquer pecha de inconstitucionalidade na proposta apresentada no presente estudo: de incompatibilidade material de extensão das contribuições criadas a partir do faturamento ou receita e as atividades de intermediação financeira das instituições financeiras, colocadas como elemento de atuação extrafiscal pelo texto constitucional, conforme se viu.

CONCLUSÕES

Ao longo desse trabalho, tivemos oportunidade de apreciar o ambiente político e econômico que justificaram, desde a Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988, a instituição de novas fontes de financiamento das importantes ações que formam a chamada Seguridade Social: saúde, assistência e previdência.

Verificamos, por outro lado, que a questão relacionada à tributação das receitas das instituições financeiras é polêmica desde a Assembleia Nacional Constituinte, tendo sido justificativa, uma década depois, para a ampliação da competência constitucional da União para a criação de contribuições sociais.

Contudo, o ordenamento jurídico constitui sistema autorreferencial, conquanto com abertura cognitiva para os fatos a ele externos, devendo ser interpretado com base em seus próprios elementos estruturantes, por meio do estabelecimento de relações de subordinação e coordenação.

Uma emenda constitucional aprovada pelo parlamento brasileiro seguindo os cânones constitucionais, portanto, embora tenha status de norma constitucional, não está isenta de respeitar os limites impostos para o exercício do poder reformador, dentre os quais se destaca o respeito aos direitos e garantias individuais.

A leitura da “nova” competência incluída no artigo 195, I, *b*, da Constituição, ainda que semanticamente mais abrangente do que aquela limitada ao “faturamento”, deve ser lida em conjunto com as demais disposições constitucionais que integram o chamado Estatuto dos Contribuintes, do qual se destacam o princípio da legalidade estrita e da anterioridade.

Esses limitadores ao exercício das competências tributárias possuem *status* de direito individual, impassível de revogação pelo poder reformador da Constituição, conforme já reconheceu o Supremo em mais de uma oportunidade. Contudo, não se trata de direitos absolutos, comportando mitigações e exceções voltadas à realização de objetivos tidos por mais relevantes pelo ordenamento jurídico, como é o caso da intervenção da União no mercado financeiro como agente regulador e indutor.

Entre os instrumentos colocados à disposição da União para a realização dessa importante tarefa, está o IOF, tributo marcadamente extrafiscal, tanto assim que isento do cumprimento da anterioridade e parcialmente isento da legalidade, pois suas alíquotas poderão ser manipuladas pelo Poder Executivo nos termos da lei.

Essas exceções foram colocadas acima dos direitos individuais à legalidade e à anterioridade e, logo, assim como esses, não podem sofrer alteração por meio de emenda à Constituição.

A pretensão de ampliar a competência da União para a instituição de contribuição sobre a receita das empresas a ponto de atingir as operações de crédito praticadas pelas instituições financeiras conflita com o artigo 60, § 4º, inciso IV, ao retirar, ainda que parcialmente, o poder de intervenção da União na referida seara por meio da extrafiscalidade.

Verificamos, ainda, que a referida ampliação de competência tributária, a par de não se justificar pelo princípio da solidariedade, importa ofensa ao princípio da igualdade e da capacidade contributiva, especialmente ao estabelecer ilusão fiscal dos contribuintes de fato do conseqüente aumento da carga tributária dela decorrente.

Quando afirmamos que a tributação, para atingir os seus ideais, precisa primeiro passar pelo teste de compatibilidade com os princípios e regras constitucionais que formam o sistema tributário, estamos somente confirmando a premissa com a qual iniciamos o presente trabalho: o direito à liberdade e à propriedade são indissociáveis da pessoa humana.

Todavia, os tributos não servem somente para gerar receitas ao Estado. Na verdade, a legítima limitação à propriedade privada (fiscalidade) é complementada pela interferência na livre escolha dos cidadãos (extrafiscalidade), que é inerente a todas as espécies tributárias. Algumas espécies de tributos, porém, são marcadamente mais afeitas à segunda situação do que à primeira.

No passado, essa característica era mais encontrada nos chamados tributos alfandegários, marcando a tentativa de proteção da economia nacional contra a concorrência externa. Todavia, existem outras áreas sensíveis que igualmente demandam a intervenção estatal na economia, como é o caso das operações de crédito, câmbio, de seguros e relativas a títulos e valores mobiliários.

Não foi à toa, que a União recebeu a competência de legislar sobre os referidos temas, além da incumbência de exercer a sua fiscalização e controle. A reboque disso, foi previsto um imposto específico, a cargo dessa mesma pessoa política, que pode ter suas alíquotas fixadas pelo Poder Executivo, nos termos da lei, e não se sujeita ao cumprimento da anterioridade.

Considerando que a legalidade e a anterioridade tributária integram o rol dos direitos individuais, a sua abolição não pode se dar nem mesmo por emenda constitucional. As mitigações e exceções aos referidos direitos, portanto, logicamente prestigiam valores

colocados um nível acima pelo texto constitucional e, com maior razão, não podem ser modificados pelo poder reformador.

Portanto, a tentativa de ampliação da competência da União para o estabelecimento de contribuição social sobre a receita das pessoas jurídicas não pode ser interpretada a ponto de permitir a inclusão das receitas das operações de crédito praticadas pelas instituições financeiras em seu escopo material.

Isso porque, essa contribuição social, orientada pelo princípio da capacidade contributiva, se amolda à preponderância da fiscalidade, sem permitir a flexibilidade que marca a utilização dos tributos em sua função indutora, tanto que sujeita à legalidade estrita e à anterioridade (ainda que mitigada).

A importância das atividades custeadas, além disso, exige fonte estável que não convive com a volatilidade característica da intervenção da União nos referidos mercados de crédito, câmbio, seguros e títulos e valores mobiliários, que exige soluções de efeito imediato e muitas vezes prolongados que podem impactar negativamente a arrecadação de receitas públicas em prol de um objetivo maior.

Com as bases estabelecidas ao longo do presente trabalho espera-se, portanto, ter demonstrado que existem limites materiais implícitos à extensão da competência da União para a criação de contribuições sociais, o que dispensa a discussão mais frequente sobre o significado dos termos “faturamento” e “receita”, embora atingindo o mesmo resultado.

Por fim, deixamos a mensagem de que a interpretação constitucional não pode ser um ato exclusivamente de vontade. A bem da verdade, a rigidez da Constituição, especialmente em seus aspectos permanentes, exige que muitas vezes o sacrifício das vontades individuais e a resistências a tentações do momento. Seria de pouca utilidade, se é que haveria alguma, uma Constituição interpretada em voluntarismos, ainda que populares.

Resistir a essa tendência é o que caracteriza sociedades que nutrem verdadeira devoção pela democracia e pelo Estado de Direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ADAMY, Pedro. Origens Teóricas da Extrafiscalidade. *Direito Tributário Atual*. São Paulo: **Resenha Tributária/IBDT**, v. 39, p. 352-360, 2018.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008
- AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 13^a ed. São Paulo: Saraiva, 2016
- ANAIS DA ASSEMBLEIA CONSTITUINTE. Disponível em https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/asp/CT_Abertura.asp. Acesso em: 04 maio 2021
- ATALIBA, Geraldo; GIARDINO, Cleber. PIS – Exclusão do ICM de sua Base de Cálculo. **Revista de Direito Tributário**, 1986, n. 35, p. 155.
- ÁVILA, Humberto. Contribuições na Constituição Federal de 1988. In: MACHADO, Hugo de Brito (org.). **As Contribuições no Sistema Tributário Nacional**. São Paulo: Dialética, 2003, p. 308-327.
- _____. **Sistema Constitucional Tributário**. 5^a ed. Editora Saraiva, 2012.
- BALEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro**. 11^a ed. atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro, Forense, 2008.
- BALERA, Wagner. **Noções Preliminares de Direito Previdenciário**. São Paulo: Quartier Latin, 2004.
- BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Linhas Financeiras de Liquidez do BCB**. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/linhasfinanceirasdeliquidez>. Acesso em: 08 abril 2023.
- _____. **Relatório de Economia Bancária**. Disponível em <https://www.bcb.gov.br/publicacoes/relatorioeconomiabancaria/01111999>. Acesso em: 08 abril 2023.
- BARRETO, Paulo Ayres. **Contribuições – regime jurídico, destinação e controle**. 1^a ed. São Paulo: Noeses, 2006.
- BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria Geral do Direito Tributário**. 7^a ed. São Paulo: Noeses, 2018.
- BIFANO, Elidie Palma. Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro, ou Relativas a Títulos ou Valores Mobiliários (IOF). In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; NASCIMENTO, Carlos Valder do; MARTINS, Rogério Gandra da Silva (Coord.). **Tratado de Direito Tributário - Volume 1**. São Paulo: Saraiva, 2011
- BOTTALLO, Eduardo Domingos; MELO, José Eduardo Soares de. **Comentários às Súmulas Tributárias do STF e do STJ**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.
- BRASIL. **E.M. nº 85/MF**, de 28 de janeiro de 1999.
- BRASIL. **EM nº 671-A/MF**, de 29 de outubro de 1999.

BRASIL. **Lei 9.718**, de 27 de novembro de 1998. Altera a Legislação Tributária Federal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19718.htm. Acesso em: 10 abril 2023.

BRASIL. Medida **Provisória nº 1.034**, de 01/03/2021. Disponível em: <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=MPV&numero=1034&ano=2021&ato=bd1MzY61UMZpWTae2>. Acesso em: 10 abril 2023.

BRASIL. Medida **Provisória nº 1.807**, de 28/01/1999. Disponível em: <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=MPV&numero=1807&ano=1999&ato=6c3oXQq1UeNpWT588>. Acesso em: 10 abril 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE nº 138.284-a**, jugado em 01/07/1992. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=208091>. Acesso em: 10 abril 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ministro Neri da Silveira. Brasília: 19/12/1997.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recursos Extraordinários nos 357.950-9/RS, 390.840-5/MG, 358.273-9/RS e 346.084-6/PR**.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 2591/DF**. Relator: Min. Carlos Velloso. Redator do acórdão: Min. Eros Grau. Julgamento: 07/06/2006. Publicação: 29/09/2006. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266855>. Acesso em: 10 abril 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar nº 1657/RJ**, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ de 27/06/2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AI 724.582/AgR/SP**. Segunda Turma. Relator: Joaquim Barbosa. J. 22/03/2011. p. 06/04/2011. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=621519>. Acesso em: 10 abril 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 606107**. Tribunal Pleno. Rel. Rosa Weber. Julgamento 22/05/2013. Publicação 25/11/2013. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4919271>. Acesso em: 10 abril 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 598.572 e Recurso Extraordinário 599.309**.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Diários da Assembleia Nacional Constituinte de 1987/88**. Disponível em: https://imagem.camara.leg.br/constituente_principal.asp. Acesso em: 04 maio 2021.

CANAZARO, Fábio. **Essencialidade Tributária: Igualdade, Capacidade Contributiva e Extrafiscalidade na Tributação sobre o Consumo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. Impossibilidade de Conflitos de Competência no Sistema Tributário Brasileiro. **VII Congresso Nacional de Estudos Tributários: Direito tributário e conceitos de direito privado**. 8-10 dez. 2010, São Paulo: Noeses/IBET, 2010.

_____. **ICMS**. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2020.

CARVALHOSA, Modesto Souza Barros; EIZIRIK, Nelson. **A nova Lei das S/A**. São Paulo: Saraiva, 2002.

COSTA, Regina Helena. A Tributação e as Relações de Consumo. **Revista de Direito Tributário**, n. 78, 2000, p. 279-284.

_____. **Princípio da Capacidade Contributiva**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

_____. **Tributação e Direitos Fundamentais**. São Paulo, 2013. Disponível em

<https://www.stj.jus.br/publicacaoainstitucional/index.php/Dout25anos/article/download/1127/1061>. Acesso em: 01 set. 2022

DELL'ANNO, Roberto; MOURÃO, Paulo. Fiscal Illusion Around the World. **Public Finance Review**, n. 40, p. 270-299, fev. 2012.

DELFIN NETO, Antônio. Os Pigs e nós. **Folha de S. Paulo**. 24 fev. 2010. Disponível em: <https://www.caieiraspress.com.br/economia.php?acao=ver&id=1855&filtro=nao>. Acesso em: 01 set. 2022.

REIS, Juliana Travassos dos. **Tarifas Bancárias e os Impactos Financeiros na Administração de uma Empresa do Ramo de Laticínios**. 2018. 20 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Ciências Contábeis) - Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Economia, Administração, Atuária e Contabilidade, Fortaleza, 2018.

FEBRABAN. **Como fazer os juros serem mais baixos no Brasil – Uma proposta dos bancos ao governo, Congresso, Judiciário e à sociedade**. São Paulo, 2018.

FERRAZ, Roberto. **A "doce Ilusão" da Tributação, dos Outros**. São Paulo: Dialética/IBDT, 2009 (Direito tributário atual).

FRAN, Martins. **Títulos de crédito**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998

G1. **Relator anuncia terça-feira cortes no orçamento de 2008**. 13 dez. 2007. Disponível em: <https://g1.globo.com/Noticias/Politica/0,,MUL216860-5601,00-RELATOR+ANUNCIA+TERCAFEIRA+CORTES+NO+ORCAMENTO+DE.html>. Acesso em: 04 abril 2023.

GODOI, Marciano Seabra de. Seletividade e ICMS: para Onde a Constituição de 1988 Apontou e para Onde a Política Fiscal dos Estados Realmente nos Conduziu. In: COELHO, Sacha Calmon Navarro (coord.). **Código Tributário Nacional 50 anos: Estudos em Homenagem à professora Misabel Abreu Machado Derzi**. Belo Horizonte: Fórum, 2016

GRECO, Marco Aurélio. **Contribuições** (uma figura “sui generis”). São Paulo: Dialética, 2000.

GRECO, Marco Aurélio. Solidariedade Social e Tributação. In: GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra de (coord.). **Solidariedade Social e Tributação**. São Paulo: Dialética, 2005.

HOBBS, Thomas. **Do Cidadão**. 3ª ed. Tradução de Janine Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

HORVATH, Estevão. **O Princípio do Não-Confisco no Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, 2002.

KENT, Raymond. **Money and Banking**. 5th edition. Halt, Rinehart, and Winston Inc, 1966

KIRCHHOF, Paul. **Tributação no Estado Constitucional**. Tradução de Pedro Adamy. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

_____. [Posfácio Para A Edição Brasileira Do Livro Besteuerung Im Verfassungsstaat. Tributação No Estado Constitucional]. Tradução de Pedro Adamy. São Paulo: Quartier Latin, 2016, p. 121.

LEÃO, Martha. Um Debate sobre Forma e Conteúdo: os Limites do Debate Científico e a Questão Específica da Relação entre o Direito Tributário e os Direitos Fundamentais. **Resenha Tributária/IBDT**, São Paulo, v. 51, 2022, p. 508.

LEMGRUBER, Andrea. A Tributação do Capital: o Imposto de Renda da Pessoa Jurídica e o Imposto Sobre Operações Financeiras. In: BIDERMAN, Ciro; ARVATE, Paulo (Org.). **Economia do Setor Público no Brasil**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

MACHADO, Hugo de Brito. Apresentação. In: MACHADO, Hugo de Brito (coord.). **As contribuições no sistema tributário brasileiro**. São Paulo/Fortaleza: Dialética/Icet, 2003a.

_____. **Curso de direito tributário**. 23ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003b.

MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. Tributação e Meio Ambiente. **Revista de Direito Tributário Atual**, São Paulo, n. 24, Dialética/IBDT, 2010, p. 425.

MARCONDES, Cecília. IOF. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). **Caderno de Pesquisas Tributárias: IOF**. São Paulo: Centro de Estudos de Extensão Universitária-Resenha Tributária, 1991.

MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). **Caderno de Pesquisas Tributárias: IOF**. São Paulo: Centro de Estudos de Extensão Universitária-Resenha Tributária, 1991.

MARTINS, Marcelo Guerra. Consciência Fiscal e Aperfeiçoamento da Cidadania: O Problema dos Tributos Indiretos. **Direito Público**, n. 73, jan/fev. 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira apud BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1420-0**, 1996. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347046>. Acesso em: 10 abril 2023.

MENDES, Guilherme Adolfo. Incidência de PIS/COFINS e as Receitas Auferidas pelas Seguradoras. **VII Congresso Nacional de Estudos Tributários: Direito tributário e conceitos de direito privado: 8, 9 e 10 de dezembro de 2010**, São Paulo, Noeses/IBET, 2010.

- MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. **Tratado de Direito Comercial Brasileiro**. Rio de Janeiro: Freitas Barros, 1970, vol. V, 2ª parte.
- MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 2ª ed. Coimbra: 2011. T. II, p. 173-174.
- MOREIRA, Andre Mendes. **Não-cumulatividade Tributária na Constituição e nas Leis (IPI, ICMS, PIS/COFINS, Impostos e Contribuições Residuais)**. São Paulo: Noeses, 2019.
- MOSQUERA, Roberto Quiroga (coord.); SANTI, Eurico Marcos Diniz de; ZILVETI, Fernando Aurelio. **Tributação Internacional e dos Mercados Financeiros e de Capitais**. São Paulo: Quartier Latin, 2005
- MURPHY, Liam; NAGEL, Thomas. **The Myth of Ownership: Taxes and Justice**. Oxford: 2002.
- MUSGRAVE, Richard A; MUSGRAVE, Peggy B. **Finanças públicas: Teoria e Prática**. São Paulo: EDUSP, 1980.
- NABAIS, José Casalta. Sobre a Educação e a Cidadania Fiscal. **Revista de Estudos Tributários**, Porto Alegre, n. 137, jan-fev 2021, pp. 09-37.
- PEDREIRA, José Luiz Bulhões. **Imposto de Renda**. Justec Editora Ltda., 1971.
- PINTO, Gustavo Mathias Alves. Limites da Função Supervisora das Autoridades do Sistema Financeiro Nacional. Reflexões em Um Contexto de Conglomeração Financeira. In: MORAES E CASTRO, Leonardo Freitas de (coord.). **Mercado Financeiro de Capitais: Regulação e Tributação**. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 195-196.
- POSNER, Richard A. **Economic Analysis Of Law**. 7ª ed. Aspen Pub, 2007.
- SALOMÃO NETO, Eduardo. **Direito Bancário**. São Paulo: Atlas, 2011.
- SANTOS, Claudio. IOF. **Caderno de Pesquisas Tributárias: IOF**. São Paulo: Centro de Estudos de Extensão Universitária-Resenha Tributária, 1991. 311 p. v. 16
- SANTOS, Cláudio Hamilton dos; GENTIL, Denise Lobato. et. al. **A Constituição Brasileira De 1988 Revista: Recuperação Histórica e Desafios Atuais das Políticas Públicas nas Áreas Econômica e Social**. Brasília: IPEA, 2009.
- SANTOS, João Vitor Guedes. **Teoria da Tributação e Tributação da Renda nos Mercados Financeiro e de Capitais**. São Paulo: Quartier Latin, 2013
- SANTOS, Ramon Tomazela. A autonomia do Direito Tributário e os Conceitos de Direito Privado: a incidência do IOF/Crédito sobre os contratos de mútuo de recursos financeiros. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo: Dialética, 2014, n. 224, p. 132-149. ISSN 1413-7097.
- SCHOUERI, Luís Eduardo; GUIMARÃES, Camilla Cavalcanti Varella. IOF e as Operações de Mútuo. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). **Grandes Questões Atuais do Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, 1999, p. 207-222

SCHOUERI, Luís Eduardo. Tributação e Indução Econômica: Os Efeitos Econômicos de um Tributo como Critério para sua Constitucionalidade. In: FERRAZ, Roberto Catalano Botelho (coord.) **Princípios e Limites da Tributação**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

SCHOUERI, Luís Eduardo; PIRES, Adilson Rodrigues; TÔRRES, Heleno Taveira (Orgs.). **Princípios de Direito Financeiro e Tributário**: Estudos em Homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SCHOUERI, Luís Eduardo. O Mito do Lucro Real na Passagem da Disponibilidade Jurídica para a Disponibilidade Exonômica. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga; LOPES, Alexsandro Broedel (coord.). **Controvérsias Jurídico-contábeis**: Aproximações e Distanciamentos. São Paulo: Dialética, 2015.

SCHOUERI, Luís Eduardo; GALDINO, Guilherme. Considerações sobre o Campo de Competências do IOF: Instrumento para Atuação Extrafiscal da União. **Revista de Direito Brasileira**, v. 32. Conpedi: 2022.

TAVARES, Diogo Ferraz Lemos. Fundamento e Limites Constitucionais da Extrafiscalidade do "IOF". **Revista Dialética do Direito Tributário**, abr. 2014, n. 223, p. 71–88,

TOMÉ, Fabiana Del Padre. **A Prova no Direito Tributário**. São Paulo: Noeses, 2005.

TÔRRES, Heleno Taveira. **Regime Constitucional das Contribuições Sobre Faturamento e o Princípio de Segurança Jurídica**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2005.

TORRES, Ricardo Lobo. A Segurança Jurídica e as Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar. In: FERRAZ, Roberto Catalano Botelho (coord.) **Princípios e Limites da Tributação**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

_____. **O Direito ao Mínimo Existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____. **Curso de Direito Financeiro e Tributário**. 17ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

_____. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

TROTABAS, Louis. **Précis de Science et Législation Financières**. 5ª ed. Paris: Librairie Dalloz, 1938, p. 261-264.

VARSANO, Ricardo. **A Evolução do Sistema Tributário Brasileiro ao Longo Do Século**: Anotações e Reflexões para Futuras Reformas. Rio de Janeiro: IPEA, jan. 1996. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/1839/1/td_0405.pdf. Acesso em: 14 jan. 2021

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremo Tribunal Federal**: jurisprudência política. São Paulo: Malheiros, 2002.

WEBER, Max (org.). **A política como vocação, em H. H. Gerth e C. Wright Mills**. Ensaios de Sociologia. Rio de Janeiro: Livros Técnicos e Científicos, 1967.

ZILVETI, Fernando. **Princípios de Direito Tributário e a Capacidade Contributiva**. São Paulo: Quartier Latin, 2004.