

FERNANDO FACURY SCAFF

CONTRIBUIÇÕES DE INTERVENÇÃO E DIREITOS HUMANOS DE SEGUNDA DIMENSÃO

“A única finalidade da Ciência é aliviar a miséria da condição humana.”

Bertold Brecht¹

1. AS DIFERENTES DIMENSÕES DOS DIREITOS HUMANOS E OS INSTRUMENTOS DE FINANCIAMENTO PÚBLICO

1. Durante muito tempo, nas diversas formações históricas por que passou o Estado², não havia separação entre os recursos do Rei e aqueles destinados a suprir as necessidades públicas. E tampouco havia qualquer limitação ao poder real de tributar, que era exercido pelos governantes de conformidade com seus interesses e necessidades pessoais.

Uma tentativa de limitar esse poder foi estabelecida pela Magna Carta, de 1215, na Inglaterra, quando a nobreza impôs ao Rei que os tributos só poderiam ser cobrados com seu consentimento, sendo então esse preceito considerado como um embrião do Princípio da Legalidade. Vários outros Princípios foram afirmados nesse documento, com relevância para o estudo da tributação, como o Princípio da Anterioridade e mesmo um embrionário Princípio da Proporcionalidade³. Todavia, embora a Carta de 1215 seja um documento relevante e importantíssimo para a afirmação dos direitos humanos, bem como no estudo da tributação, deve-se notar que se constituiu em uma composição do estamento superior da sociedade inglesa, nobreza e realeza, deixando o *povo* completamente de fora desse pacto. Logo, a despeito de sua relevância, não foi uma construção do povo, de toda a sociedade, impondo limites ao poder de tributar e criando direitos fundamentais para todos, mas um relevantíssimo acerto de cúpula, embrionário para uma

X. Apud Rubem Alves. *Estórias de quem gosta de ensinar*, p. 23.

2. Sobre a evolução do Estado, dentre outros, ver meu *Responsabilidade do Estado intervencionista*. Rio de Janeiro: Renovar, 2. ed., 2001, especialmente o 1º capítulo.

3. Ver meu texto denominado “O estatuto mínimo do contribuinte”. In: SILVA, Ives Gandra da (Coord.). *Direitos fundamentais do contribuinte*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 451-SI.

posterior etapa de verdadeira afirmação de direitos humanos e de limitação ao poder de tributar.⁴

2. A verdadeira idéia da existência de direitos humanos surgiu no seio das revoluções liberais, com as declarações do século XVIII, que trouxeram em seu bojo uma gama de princípios limitadores do poder estatal e ensejou uma nova forma de organização social, diferente da que antes era conhecida em sociedade.

Dos regimes absolutistas de antanho, surgiram várias Declarações de Direitos que buscaram afirmar a independência do povo frente a seus governantes, consagrando o que se convencionou chamar de direitos humanos de I^a geração, quais sejam aqueles que estabeleceram os direitos dos indivíduos contra o poder opressor do Estado Absolutista. Daí decorreram os direitos à liberdade religiosa e de expressão, à igualdade formal, à intimidade, à legalidade, entre vários outros. Neste sentido, verificam-se as seguintes: Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, de 04 de julho de 1776; a Declaração de Direitos da Virgínia, de 1787; o *Bill of Rights* norte-americano⁵, de 25-09-1789, ratificado em 15-12-1791; a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 14 de julho de 1789; a Declaração de Direitos da Constituição francesa de 1791; a da Constituição francesa de 1793; a da Constituição francesa de 1795; dentre várias outras Declarações que as seguiram em vários lugares do mundo⁶.

Embora tenham surgido naquele momento histórico, permanecem no ordenamento jurídico⁷ dos países ocidentais como um instrumento de limite do poder do Estado, mesmo em sua versão contemporânea, que se pretende Democrática de Direito. Daí a crítica à idéia de *gerações de*

4. Neste sentido, ver Fábio Konder Comparato, *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*, p. 57 e ss, e Ingo Sarlet, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 43 e ss.

5. Que se configura nas 10 primeiras emendas à Constituição daquele país.

6. Para maiores detalhes ver Fábio Konder Comparato, *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*, e Ingo Sarlet, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. O texto de vários desses documentos também pode ser encontrado em Jorge Miranda, *Textos Históricos do Direito Constitucional*, Lisboa, Imprensa Nacional, 1980. Comentários sobre esses documentos também podem ser encontrados em José Carlos Castro, *A Utopia Política Positivista*, p. 575-90.

7. Neste sentido é importante fazer a distinção entre *direitos humanos* e *direitos fundamentais*. Fábio Konder Comparato (*A afirmação histórica dos direitos humanos* p. 185-6) e Ingo Sarlet (*A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 31-7) destacam a diferença entre as concepções de *direitos humanos*, que possui caráter universal, e a de *direitos fundamentais*, que se situariam no ordenamento jurídico positivo de um determinado Estado. Podem ser *direitos humanos* positivados, que ser tomariam fundamentais, mas nem todo direito fundamental de um determinado ordenamento jurídico possui caráter de universalidade.

*direitos**, pois parte do pressuposto de que algumas foram suplantadas por outras, quando, na realidade se trata de diferentes *dimensões de direitos*, pois são os mesmos princípios que têm seu alcance ampliado. Um bom exemplo dessa afirmativa pode ser visto quanto ao Princípio da Isonomia, que inicialmente tinha caráter eminentemente *formal*, proclamando que todos eram iguais perante a lei (leitura do princípio da isonomia formal, conquista da 1ª dimensão de direitos humanos), e, passo a passo tornou-se referência como uma garantia *material*, visando desigular os desiguais na medida de suas diferenças, na busca de sua isonomia em contraposição a outrem (leitura deste mesmo princípio em sua 2ª dimensão de direitos humanos). Duas outras dimensões desse Princípio podem ser ainda verificadas, o que será feito adiante, no decorrer deste texto.

O que importa registrar é que a primeira geração de direitos humanos tinha por escopo a limitação do poder do Estado, visando conter seus abusos e impor-lhe limites.

3. Com a evolução da sociedade e o esgotamento do modelo de Estado Liberal, a sociedade passou a exigir que o Estado interviesse na atividade econômica, garantindo direitos e atuando de maneira a implementar uma igualdade material, e não apenas formal, como acima mencionado.

Vários foram os motivos que levaram ao esgotamento daquele modelo. Vital Moreira dá como causa da transformação do Estado Liberal em Intervencionista o fato de ter sido considerada a venda de força de trabalho como a venda de uma qualquer mercadoria. O trabalhador não vende sua força de trabalho porque quer, mas por ter de utilizá-la para sua sobrevivência. “A liberdade do contrato transmuda-se na necessidade de aceitar as condições de um poder econômico mais forte”.^{8 9} Ademais, como a quantidade de mão-de-obra é mais numerosa e pulverizada no mercado do que o capital, esse levava vantagem no ato de contratar.

Marx expunha essa tese atacando o sistema capitalista e, de certa forma, desonerando os capitalistas: “O capital não tem, por isso, a menor consideração pela saúde e duração da vida do trabalhador, a não ser quando é coagido pela sociedade a ter consideração. (...) De modo geral, porém, iwo

8. Admito como pertinentes as críticas efetuadas à expressão “geração” de direitos, uma vez que seu possibilita a ocorrência de enganos como nos aponta Ingo Sarlet, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 48 e ss. Também nesse sentido, José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, e Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*.

9. *A ordem jurídica do capitalismo*, cit., p. 80.

também não depende da boa ou má vontade do capitalista individual. A livre concorrência impõe a cada capitalista individualmente, como leis externas inexoráveis, as leis imanentes da produção capitalista".¹⁰ (grifos apostos)

E, em nota de rodapé, recheada de dados históricos, como era bem de seu gosto, Marx dispôs sobre o pedido que os capitalistas faziam para que o Estado interviesse a fim de regular a concorrência predatória que havia se formado sobre a miséria humana: "Assim, verificamos, por exemplo, que no começo de 1863, vinte e seis firmas proprietárias de grandes cerâmicas em Staffordshire, entre elas, J. Wedgog e Filhos, num memorial pedem 'a enérgica intervenção do Estado'. A 'concorrência com outros capitalistas' não lhes permite nenhuma limitação 'voluntária' do tempo de trabalho das crianças, etc. 'Por mais que lamentemos os males acima mencionados, seria impossível impedi-los por meio de qualquer espécie de acordo entre os fabricantes (...) Considerando todos esses pontos, chegamos à convicção de que é necessária uma lei coativa'".¹¹

Tal tipo de argumentação, oriunda do próprio Karl Marx, demonstra que a intervenção do Estado no domínio econômico decorreu de um imperativo do próprio sistema liberal então existente, que dela necessitou a fim de regular as relações privadas concorrenciais e predatórias que surgiam. Foi como uma imposição do sistema para sua manutenção, e não uma forma de seu ultrapassamento. Sua mitigação favoreceu a sua permanência.

Logo, a intervenção estatal no domínio econômico nunca cumpriu papel socializante; muito pelo contrário, cumpriu, dentre outros, o papel de mitigar os conflitos então existentes no Estado Liberal, através da atenuação de suas características - a plena liberdade contratual e a propriedade privada dos meios de produção -, a fim de que fosse possível sua manutenção de forma um pouco alterada pela imposição de uma "função social" a esses institutos.

4. Dentro dessa perspectiva é que surgiu uma segunda dimensão de direitos, vinculados à necessidade de atuação do Estado *no* e *sobre* a economia¹², regulando as relações contratuais e o direito de plena propriedade então existente. Esses direitos de segunda dimensão permitem que as pessoas exijam prestações positivas do Estado, e não apenas impõem limites à sua

10. *O Capital*, v. I, p. 215.

11. *Iciem*, v. I, p. 215, nota de rodapé n. 114, 1ª parte.

12. Ver Eros Roberto Grau, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)*, p. 135 e ss.

atuação. A atuação do Estado torna-se um imperativo para seu desenvolvimento e para o exercício de vários dos novos direitos consagrados.

Tais novas funções podem ser vislumbradas a partir do capítulo dos direitos sociais inscritos na Constituição Mexicana de 1917 (arts. 123 e ss, sob o título “Do trabalho e da previdência social”), que foi um marco internacional na afirmação desses direitos e na modificação de paradigmas do constitucionalismo liberal, antes vinculado apenas à 1ª dimensão.

Outro marco foi a Constituição Alemã de 1919, discutida e votada na cidade de Weimar, onde, entre outros artigos, encontra-se que “a força de trabalho é posta sob proteção do Governo Central” (art. 157) e que “a propriedade obriga. Seu uso deve, ademais, servir ao bem comum” (art. 153)¹³, que bem demonstram essa mudança de discurso constitucional para abranger prestações positivas do Estado, atuando na economia para conceder às pessoas uma isonomia de 2ª dimensão.

Essas novas funções do Estado exigiram um aumento de arrecadação para fazer frente a todas suas novas funções, pois, se era necessário que o Estado agisse, seria imprescindível o fornecimento dos meios financeiros adequados para permitir sua atuação. Daí surge o marco do aumento de despesas públicas, muito bem registrado por Aliomar Baleeiro¹⁴, que se tornou uma das principais características do chamado *Welfare State*, e que, segundo vários autores, foi a causa fundamental da falência do modelo, seguido por um retorno ao neoliberalismo em meados dos anos de 1980, de conformidade com as políticas econômicas adotadas na Inglaterra e nos USA, nos governos de Margareth Thatcher e Ronald Reagan, respectivamente.

Esse necessário aumento da arrecadação estatal, decorrente do acréscimo de suas tarefas, passou a ser efetuado de várias formas. Alguns países decidiram manter a estrutura dos impostos como instrumento principal de sua arrecadação e, no âmbito das despesas, passou a atuar na economia através de um sistema orçamentário, destinando valores para o custeio das despesas sociais acrescidas. Desta maneira, o custeio do sistema seria de toda a sociedade mesmo quando apenas uns poucos, ou certa categoria, viessem a ser beneficiados por aquela despesa. Ao longo do tempo esse procedimento gerou para tais Estados déficits consideráveis em seu balanço.

13. Ver Fábio Konder Comparato, *A afirmação histórica dos Direitos Humanos*, p. 189.

14. Uma Introdução à Ciência das Finanças, p. 79 e ss.

Outros países adotaram a prática de vincular algumas destas despesas, usualmente as destinadas ao custeio do sistema de previdência pública, a uma arrecadação específica, não ligada diretamente ao orçamento do Estado, porém vinculando-o ao de uma entidade estatal, criada especialmente para essa finalidade. Daí surgiu o conceito de contribuição, como instrumento do Estado destinado a fazer frente às despesas públicas no interesse de certas e determinadas finalidades estatais, como instrumento de sua intervenção no domínio econômico¹⁵.

5. Neste sentido, como instrumento da atuação estatal na economia, surgiram as contribuições, cujo escopo básico era obter recursos daquelas pessoas interessadas em uma determinada prestação positiva do Estado em determinada área econômica e social. Seu primeiro uso foi no âmbito previdenciário, fazendo com que trabalhadores e patrões pagassem um tributo, correspondente a uma parcela do salário do empregado, a fim de que, sob a tutela do Estado, pudessem formar um fundo para fazer frente aos infortúnios decorrentes da atividade laborai (atividade de assistência social), bem como para estabelecer uma renda aos trabalhadores quando sua força de trabalho não mais lhes permitisse produzir tanto quanto antes (atividade de previdência social). Daí surgiu a figura das aposentadorias, pensões e demais benefícios previdenciários, custeados pelos próprios beneficiários daquela arrecadação. Haveria uma identidade entre o grupo dos contribuintes e o dos beneficiários, o que caracterizaria esse tipo de tributo. O Estado seria o grande gerenciador do sistema e, em nome do interesse público, poderia também contribuir para a manutenção desses fundos vinculados a esse tipo de destinação específica.

Mas não foram apenas as contribuições sociais que surgiram naquele período. Como instrumento da atuação do Estado na economia também surgiram outras contribuições, que na linguagem de nossa atual Constituição,

15. Registro a respeitável opinião de Ricardo Lobo Torres sobre a impossibilidade de vir a ser considerada como tributo essas contribuições, pois, segundo o notável mestre carioca, “O tributo surge no espaço aberto pelas liberdades fundamentais, o que significa que é totalmente limitado por essas liberdades. O aspecto principal da liberdade - o de ser negativa ou de erigir o *'s tatus negativus'* - é que marca verdadeiramente o tributo; a expansão do conceito de liberdade, para abranger a liberdade ‘para’, ou positiva, ou para transformá-la em dever, elimina o próprio conceito de tributo. Conclui-se daí, que não é tributo o que se não limita pela liberdade, como sejam as prestações contratuais e as contribuições parafiscais e extrafiscais.” (*Tratado de direito constitucional, financeiro e tributário*, v. III, Os Direitos Humanos e a Tributação - Imunidades e Isonomia. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 4). Como pode ser visto no transcurso do texto, discordo da posição do ilustre mestre, pois entendo que as contribuições são uma outra forma de financiamento do Estado, dirigindo recursos diretamente para as finalidades estabelecidas no ordenamento jurídico. Neste sentido, podem ser caracterizadas como tributos vinculados a tais finalidades.

são denominadas de contribuições no interesse de categorias profissionais ou econômicas e contribuições de intervenção no domínio econômico (art. 149, CF).

As contribuições no interesse de categorias profissionais ou econômicas servem para que órgãos específicos atrelados à estrutura do Estado, mas que com ele não se confundem, regulem a atividade de certas categorias profissionais, como a dos advogados, economistas ou médicos, em seu próprio interesse, de conformidade com as normas atinentes à cada qual daquelas profissões.

As contribuições de intervenção no domínio econômico também cumprem função semelhante, pois visam a atuação do Estado em certa área da economia, permitindo que sua arrecadação seja estabelecida em favor de certo órgão, para desenvolvimento de finalidades específicas, vinculadas ao motivo ensejador daquela fonte de arrecadação, como adiante será melhor explicitado.

6. E bem verdade que houve uma expansão de direitos para além das duas dimensões acima referidas, fazendo com que eles passassem do âmbito individual ampliado, por muitos chamado de social¹⁶, para alcançar direitos difusos, que pertenceriam à toda uma sociedade ou grupo social. Neste aspecto, denominado de *terceira dimensão de direitos humanos*, também a tributação cumpre papel relevante, pois pode ser usada como instrumento de políticas públicas, seja na área de preservação do meio ambiente natural¹⁷, artístico¹⁸, histórico¹⁹, ou visando a redução dos encargos tributários sobre os hipossuficientes. Neste âmbito, vale referir que não foram criados novos *tipos* tributários, mas apenas vêm sendo utilizados os *tipos* tributários já existentes, com mais acentuada extrafiscalidade. A terceira dimensão de direitos humanos convive no âmbito tributário na linha da extrafiscalidade, como instrumento de uso dos recursos públicos na consecução dos objetivos fundamentais constitucionalmente estabelecidos.

16. “Saliente-se contudo, que, a exemplo dos direitos de primeira dimensão, também os direitos sociais (tomados no sentido amplo ora referido), se reportam à pessoa individual, não podendo ser confundidos com os direitos coletivos e/ou difusos da terceira dimensão.” Ingo Sarlet, *A Eficácia...*, p. 52.

17. Para conhecimento da temática, bem como do projeto de lei sobre ICMS ecológico do Estado do Pará, consulte www.belemdopara.com.br, site em que traço considerações sobre o tema.

18. Neste sentido, uma excelente visão do uso das isenções para o âmbito cultural pode ser visto em Fábio de Sá Cesnik, *Guia do Incentivo à Cultura*. São Paulo: Manole, 2002.

19. Um bom exemplo desta legislação é a Lei n. 7.933, de 29-12-1988, do município de Belém, que reduz o IPTU dos imóveis históricos, podendo chegar até mesmo à alíquota zero.

Poderia mesmo dizer que nessa terceira dimensão de direitos humanos a busca da igualdade se dá de maneira diferente da segunda dimensão, sem, contudo expurgá-la do sistema. Ela ocorre no âmbito da igualdade de todos os homens de um país, e não mais em relação de um homem para com outro. É um conceito de isonomia que busca combater um grau muito mais difuso de desigualdades existentes na sociedade, do que a dimensão anteriormente aplicada a esse princípio. Persegue-se fazer com que não haja diferença de tratamento entre as pessoas de um determinado país. Não é mais apenas a igualdade material aplicada socialmente entre duas ou mais pessoas, mas difusamente aplicada a todos os habitantes de um determinado país. Da igualdade formal, passamos à igualdade material entre uma ou mais pessoas, caracterizando um grupo, e, na terceira dimensão dos direitos humanos, chegamos a busca de uma igualdade material, aplicada a todos os habitantes de um país, de tal forma que todos possam se sentir como contribuintes da construção de um projeto nacional.

No âmbito tributário, essa construção da isonomia material e difusamente considerada passa necessariamente pelo controle na destinação das verbas orçamentárias, a fim de que seja cumprida a determinação da vontade popular quando do estabelecimento das prioridades orçamentárias, que necessariamente deverão ser elaboradas para a consecução dos objetivos constitucionais. Não basta o respeito à forma, ao trâmite das propostas, é necessário que exista o efetivo controle do poder através do controle na destinação das verbas públicas, estabelecidas no orçamento público. O controle do orçamento, seja no estabelecimento das prioridades, seja no da efetividade da destinação das verbas públicas, é uma imposição democrática, fruto, dentre outros preceitos, do Princípio Republicano.

Desta forma, o mesmo instrumental tributário disponível no direito brasileiro - impostos, taxas, contribuições de melhoria, contribuições sociais, contribuições no interesse de categorias profissionais e econômicas, contribuições de intervenção no domínio econômico e empréstimos compulsórios - devem vir a ser usados de maneira a cumprir as finalidades estabelecidas na Constituição Federal brasileira, e não serem considerados províncias estanques, afastadas dos objetivos e fundamentos da existência da República Federativa do Brasil. Sua finalidade não é a de tão-somente arrecadar, mas a de permitir que o Estado tenha recursos para fazer frente às necessidades públicas estabelecidas em nosso ordenamento jurídico.

Claro que esse tipo de conceituação traz um grande risco, que é o de servir de suporte para eventuais majorações de tributos de forma indiscriminada. Todavia, esse não é o escopo do discurso. A brutal majoração da carga tributária brasileira de 25% para 34% do PIB, no período entre 1991 e 2001, não vem sendo usada na mesma proporção para garantir melhor qualidade de vida para a população, mas para o custeio de uma política econômica cujo eixo não estava centrado nem nos *fundamentos* (art. 1º)²⁰, nem nos *objetivos* (art. 3º)²¹, nem pelos *princípios* (art. 4º)²² da República Federativa do Brasil. Quando se fala em vinculação à Constituição menciona-se que o aumento de arrecadação *somente será possível* se vinculado ao cumprimento daqueles objetivos. Não fazê-lo possibilitará imputar ao seu causador a realização de grave irregularidade. Nesse sentido, pode ser enquadrado como *desvio de poder* o uso indiscriminado de verbas públicas - leia-se: do que tiver sido arrecadado ou renunciado no âmbito fiscal - para manter uma política econômica diversa daquela estabelecida nos *fundamentos*, nos *objetivos* ou pelos *princípios* da República Federativa do Brasil.

Enfim, com a terceira dimensão dos direitos humanos, para além da análise meramente arrecadatória acima referida, busca-se também implementar formas de controle do uso das verbas públicas, permitindo que os interesses difusos sejam judicialmente protegidos, inclusive no âmbito fiscal.

7. Pode-se tratar de uma *quarta dimensão de direitos humanos*, mais abrangente que as anteriores, e que já é vislumbrada a partir do fenômeno da globalização²³. Tal dimensão de direitos estaria vinculada a uma quebra das fronteiras estatais, e à idéia de universalização de direitos. No âmbito

20. Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

21. Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

22. Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: I - independência nacional; II - prevalência dos direitos humanos; III - autodeterminação dos povos; IV - não-intervenção; V - igualdade entre os Estados; VI - defesa da paz; VII - solução pacífica dos conflitos; VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo; IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade; X - concessão de asilo político. Parágrafo único. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.

23. SARLET, Ingo. *op. cit.*, p. 54-5; BONAVIDES, Paulo, *op. cit.*, p. 524-6.

tributário sua aplicação hoje vem sendo discutida no plano de uma tributação internacional sobre o fluxo de capitais por meios eletrônicos, de forma a deter o capital especulativo - a taxa Tobin.

No que tange à isonomia poder-se-ia dizer que é a idéia de reconhecer uma igualdade para além das fronteiras nacionais, tornando-nos iguais apenas por sermos humanos. Trata-se de um ideal que vem sendo buscado, mas que, infelizmente, encontra-se muito longe de ser alcançado. Mundialmente ainda engatinhamos no trabalho de concretização desta quarta dimensão de direitos, sendo, contudo, necessário darmos os primeiros passos nesse sentido, como vem sendo feito. No Brasil, a luta ainda se trava para a concreção da segunda dimensão e o reconhecimento da terceira, como será visto adiante.

8. Essa questão das diferentes *dimensões de direitos humanos* não escapa ao nosso Supremo Tribunal Federal. Em excepcional acórdão da lavra do Ministro Celso de Mello²⁴, aquela Corte decidiu que: “Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) - que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais - realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) - que se identificam com as liberdades positivas, reais e concretas - acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagraram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade.”

E bem verdade que este tipo de análise do STF ainda não passa pelo âmbito tributário, conforme descrito acima, mas realça que a Corte brasileira reconhece a existência de diferentes dimensões de direitos e com ela trabalha em várias situações concretas.

2. CARACTERÍSTICAS DAS CONTRIBUIÇÕES:

9. Esse tipo de tributo, denominado *contribuição*, já teve sua natureza jurídica vastamente debatida pela doutrina e pela jurisprudência no âmbito da Constituição de 1967. Discutia-se então se as contribuições estariam ou não inseridas no conceito de tributo, e se elas se constituiriam em imposto, taxas

24. MS 22.164 - SP, RTJ 164/158-174, Tribunal Pleno, j. 30-10-95, un.

ou em uma espécie tributária específica. Tal debate trouxe inclusive fortes repercussões jurisprudenciais, no que tange a lei aplicável à prescrição das contribuições previdenciárias. Mencionei em texto da época²⁵ existirem várias correntes doutrinárias possíveis para o enquadramento das contribuições previdenciárias, sendo as mais destacadas as seguintes: a) Teoria do Prêmio de Seguro, que enquadra tais contribuições tal como um prêmio que se paga a quem é segurado do sistema previdenciário, e que se configura com um nítido caráter contratualista. b) Teoria do Salário Diferido, pois, para seus defensores, o valor pago pelos empregadores em razão do vínculo contratual seria um salário que o trabalhador gozaria ao final de sua relação de emprego, a ser pago de maneira postergada no tempo; c) Teoria Fiscal, que subsume as contribuições sociais ao Direito Tributário, enquadrando-as no conceito estabelecido pelo CTN. Neste sentido, existia quem entendesse que seriam impostos ou taxas, dependendo da relação em que se encontrasse com vistas à contraprestação: a parcela do empregado seria taxa, e a do empregador, imposto. E várias outras teses surgiram e se estabeleceram dentro dessa teoria, enquadrando as contribuições sociais no âmbito tributário, d) Teoria Parafiscal, capitaneada por Aliomar Baleeiro, para quem tais contribuições se enquadram nos 04 requisitos da parafiscalidade: (1) delegação do poder fiscal a um órgão autônomo, (2) afetação dessas receitas a um fim específico desse órgão, (3) exclusão dessas receitas do orçamento geral, e (4) subtração dessas receitas ao Tribunal de Contas²⁶; e) Teoria da Exação *sui generis*, que se contrapunha integralmente à tese fiscalista, mencionando que não se deveria adotar critérios tributários para a análise das contribuições.

Entendo que a análise do fenômeno contributivo deve partir de dois distintos aspectos; o primeiro, do âmbito da arrecadação; e o segundo, do âmbito da destinação. Se os impostos servem para as despesas gerais estabelecidas no orçamento de um país, as contribuições servem para arrecadar valores com destinação específica. Logo, impostos não são.

Também não se pode enquadrá-las como taxas, porque essas são vinculadas a uma contraprestação estatal específica, seja pela prestação ou disponibilização de serviços públicos, seja pelo efetivo exercício do poder de polícia. Desta maneira, deve haver sempre uma correlação entre o serviço disponibilizado e/ou prestado, ou o poder de polícia exercido, e a pessoa que

25. Nesse sentido, ver meu "A lei aplicável à prescrição das contribuições previdenciárias". In: Revista de direito civil, v. 38. São Paulo: Revista dos Tribunais, out/dez-86, p. 158-78.

26. BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à ciência das finanças*. Rio de Janeiro: Forense, 1955, p. 387-8.

está pagando a taxa correspondente, sendo que seu valor deve, no máximo possível, corresponder ao custo daquela atividade.

Do mesmo modo, não se pode tentar equiparar as contribuições com as contribuições de melhoria, por vários motivos, sendo o primeiro deles o de que não se trata de obra pública.

Dessa maneira, as contribuições podem ser consideradas uma outra *espécie* dentro do *gênero* tributo. Contudo, essa é uma verdade no âmbito da *arrecadação*, porém não se esgota aí sua fenomenologia, que deverá estar necessariamente ligada à figura da *destinação*. Se a arrecadação não estiver necessariamente vinculada à sua destinação teremos um imposto (tributo utilizado para fazer frente às despesas gerais do país).

Dessa forma, a teoria parafiscal, adotada dentre outros por Aliomar Baleeiro, é a que se encontra mais próxima da realidade como um todo, englobando *arrecadação e destinação*. Contudo, os aspectos da parafiscalidade mencionados por Baleeiro não mais podem ser adotados *in totum* no Brasil atual, em face das modificações constitucionais efetuadas pela Carta de 1988. Propunha aquele autor 04 requisitos para a ocorrência da parafiscalidade: 1) delegação do poder fiscal a um órgão autônomo; 2) afetação destas receitas a um fim específico deste órgão; 3) exclusão destas receitas do orçamento geral; 4) e subtração destas receitas ao Tribunal de Contas.

Verifica-se que os dois últimos requisitos encontram-se derogados pela Carta de 1988. A “exclusão dessas receitas do orçamento geral” foi expressamente afastada pelo art. 165, § 5º, que veicula o Princípio da Unidade Orçamentária²⁷, que engloba, necessariamente, todas as receitas a serem arrecadadas pelo ente público, no caso, a União. Tal fato, inclusive, determinou a impossibilidade de manter a expressão “parafiscal” para determinação desse tipo de exação, pois inclusa no orçamento, e não mais paralela a ele.

E a determinação de seu afastamento do controle do Tribunal de Contas, também foi rechaçada pelo art. 70 da Carta de 1988²⁸, que estabelece o

27. Art. 165. § 5º - A lei orçamentária anual compreenderá: I - o orçamento fiscal referente aos Poderes da União, seus fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público; II - o orçamento de investimento das empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto; III - o orçamento da seguridade social, abrangendo todas as entidades e órgãos a ela vinculados, da administração direta ou indireta, bem como os fundos e fundações instituídos e mantidos pelo Poder Público.

28. Na redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 04/06/98: Art. 70. Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumo obrigações de natureza pecuniária.

Princípio da Universalidade do Controle das Verbas Públicas, o que engloba as verbas decorrentes da arrecadação de contribuições.

Esses dois itens que a Constituição afastou expressamente não se constituem em aspectos fundamentais que distingam as contribuições das demais exações fiscais. O aspecto fundamental é o da *destinação*, que as faz poder ser enquadradas como **instrumentos de arrecadação de valores para cumprir as finalidades estatais no domínio econômico, dentre elas as sociais, de intervenção no domínio econômico e no interesse de categorias profissionais e econômicas. Ou seja, tais contribuições se caracterizam como um instrumento de arrecadação tributária com a finalidade específica de implementar os direitos humanos de segunda geração, quais sejam, aqueles que estabelecem prestações positivas a serem desenvolvidas pelo Estado, que se configuram como implementação do princípio da isonomia entre os homens, tratando-os de maneira desigual, na medida de suas desigualdades.** Cumprem as contribuições, portanto, essa função específica no âmbito da arrecadação tributária. Desta forma, **não podem ser completamente entendidas de maneira apartada da destinação de sua arrecadação.**

Digo isto porque o fenômeno contributivo não se encerra apenas com a arrecadação. É necessário que também seja considerada a *destinação* do que tiver sido arrecadado, o que refoge ao âmbito estrito da maior parte dos estudos tributários atuais, que se limitam ao fenômeno da arrecadação, elevando como dogma o preceito do art. 4º, II, do Código Tributário Nacional o qual estabelece que a natureza jurídica específica do tributo é determinada pelo fato gerador da respectiva obrigação, sendo irrelevante para qualificá-la a destinação legal do produto da sua arrecadação.

Ora, sendo a destinação uma característica fundamental deste *tipo* de exação, afastá-la de sua conceituação significa castrá-la, impedir seu conhecimento integral. Se as taxas são tributos vinculados a uma contraprestação estatal de serviços ou de efetivo exercício de poder de polícia relativamente ao contribuinte; se as contribuições de melhoria também são tributos vinculados a uma contraprestação estatal de obra pública, de que decorra valorização imobiliária relativamente ao contribuinte; por qual motivo as demais contribuições (sociais, de intervenção no domínio econômico e no interesse de categorias profissionais ou econômicas) também não podem ser considerados tributos vinculados a uma destinação específica estabelecida em lei?

A norma do art. 4º, II, do CTN serve para a teoria dos impostos, mas não para a das contribuições. Até mesmo para as demais espécies

tributárias - taxas e contribuições de melhoria essa norma não pode ser aplicada em sua inteireza, pois tais espécies se caracterizam por serem tributos vinculados, o que implica em dizer que sua arrecadação deverá ser integralmente destinada a uma contraprestação estatal específica relativamente ao contribuinte. Qualquer arrecadação de valores superior ao efetivamente gasto naquela atividade acarretará uma desvirtuação do valor da taxa ou da contribuição. Logo, a expressão "*vinculada a uma contraprestação estatal específica relativa ao contribuinte*" pode muito bem ser equiparada a "*sua arrecadação deverá ser integralmente destinada ao custeio daquela atividade*".

Assim, entendo que é sumamente importante para se compreender com integralidade a natureza jurídica das contribuições analisar sua destinação, uma vez que sua arrecadação encontra-se vinculada às normas tributárias.

10. No sentido acima exposto, um caso emblemático ocorreu com a CPMF. É conhecido de todos que tal tributo decorreu do IPMF - Imposto Provisório sobre Movimentação Financeira, criado através da EC n. 03, de 17/03/93. O caldo de cultura que gerou aquela exação foi o estudo sobre a integral tributação das atividades econômicas através de um imposto único, que substituiria a todos os demais, e que teve como principal teórico o economista paulista Marcos Cintra Cavalcanti de Albuquerque. Tomando de empréstimo aquela base teórica, e acochado por grave crise fiscal que refletia no sistema de saúde pública, o Governo Federal instado pelo Ministro da Saúde Adib Jatene propôs a criação do IPMF como mais um tributo em nosso ordenamento, em vez de estabelecê-lo como um substitutivo dos demais, como proposto pelos teóricos. Sua alíquota era de 0,25% e sua base de cálculo se constituía na movimentação ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira. A provisoriidade do tributo se limitava a dezembro de 1994. Houve até mesmo a tentativa de incluir no âmbito de sua incidência os Estados e Municípios, afastando o Princípio da Imunidade Recíproca e de não levar em consideração o Princípio da Anterioridade (art. 2º, § 2º, EC 03/93). Essa tentativa rendeu um dos melhores momentos recentes do Supremo Tribunal Federal que no julgamento da ADIn 939-DF²⁹ estabeleceu no direito brasileiro a possibilidade de se declarar inconstitucional uma Emenda Constitucional, recepcionando parcialmente uma tese do direito alemão sobre a inconstitucionalidade de norma constitucional. Naquele julgamento, foram

29. RTJ 151/755.

considerados como cláusulas pétreas os Princípios da Anterioridade e o da Imunidade Recíproca, afastando a incidência do tributo no próprio ano de sua instituição, bem como sobre as movimentações financeiras de Estados e Municípios. Contudo, para os demais efeitos, o IPMF foi mantido, e o equivalente a vários bilhões de dólares foi carreado para os cofres públicos.

Contudo, a crise fiscal existente não foi arrefecida, e a saúde pública permaneceu sucateada, muito em função da obrigatória desvinculação dos impostos a uma destinação específica (art. 167, IV, CF), que impediu que todo esse esforço fiscal fosse dirigido integral e diretamente para a área de saúde pública. Assim, através de manipulações orçamentárias denunciadas pela imprensa na época, ficou demonstrado que foi retirado do orçamento geral da saúde o equivalente ao que estava sendo arrecadado com o IPMF, gerando um jogo de empate orçamentário: tirava-se das provisões ordinárias o que se ia crescer com a arrecadação extraordinária.

Após o encerramento de vigência do IPMF, foi criada a CPMF - Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira, através da EC n. 12/96, na qual alguns “erros” do passado foram corrigidos: a) batizada como “contribuição” e não como “imposto”, a CPMF afastava qualquer discussão sobre imunidade recíproca, uma vez que essa se refere apenas aos impostos (art. 150, VI, CF); b) também em razão deste novo “batismo”, não se lhe aplicava o Princípio da Anterioridade Plena (art. 150, III, b), mas o da Anterioridade Mitigada (art. 195, §6º), o que implica em apenas 90 dias de interregno entre a data da vigência da norma e o início de sua exigibilidade fiscal; c) ainda pela mesma razão, foi afastada a necessidade de rateio do montante de sua arrecadação com os Estados, fruto do sistema de Federalismo Participativo, vigente em nossa Carta (art. 157, II; muito embora o IPMF também tivesse esse escopo - ver art. 2º, §3º, EC n. 03/93); d) por fim, e ainda sob o influxo do “batismo” como contribuição, a arrecadação poderia ser integralmente destinada aos fins pretendidos, afastando a exigência de desvinculação de órgão ou fundo, que só se refere a impostos (art. 167, IV, na redação anterior à EC n. 29).³⁰ A permanência desta contribuição, cujo “novo limite final de

30. Ainda carece de maior estudo a real natureza jurídica desta exação, e da pertinência deste “rebatismo” de imposto para contribuição, com seus reflexos jurídico-econômicos em nossa sociedade. Será que é realmente uma contribuição? Caso desclassificada, surgiria para os Estados e o Distrito Federal o direito a receber uma grande parte do valor arrecadado em todos esses anos, por força do art. 157, II, da CF/88. De outra banda, incontáveis valores arrecadados sob a égide da Anterioridade Mitigada deveriam ser devolvidos. Contudo, tais repercussões só poderiam acontecer no plano teórico, pois dificilmente a *jurisprudência* permitiria a reversão de situações consolidadas há tão longo tempo.

provisoriedade” será 17 de junho de 2002 foge ao escopo deste trabalho³¹, contudo, devemos analisar o que foi efetuado com a questão da “destinação” de sua arrecadação.

Partidos políticos ingressaram com uma ADIn, de nº 1.640 - UF³², na qual se propunha ser inconstitucional a utilização de recursos da CPMF em finalidade distinta da que ensejou sua criação. No caso, foi alegado que do total arrecadado com a CPMF 27,24% estavam “sendo desviados para o pagamento de dívidas e encargos, contrariando a previsão constitucional de aplicação dos recursos exclusivamente nas ações de saúde”, o que está expresso na CF/88, art. 74, §3º, do ADCT. O Relator, Ministro Sydney Sanches, propôs a seguinte *questão de ordem*, que foi acatada pelo Plenário da Corte, ficando assim ementado o acórdão: “Não se pretende a suspensão cautelar nem a declaração final de inconstitucionalidade de uma norma, e sim de uma destinação de recursos, prevista em lei formal, mas de natureza e efeitos político-administrativos concretos, hipótese em que, na conformidade dos precedentes da Corte, descabe o controle concentrado de constitucionalidade como previsto no art. 102,1, a, da Constituição Federal, pois ali se exige que se trate de ato normativo. Isso não impede que eventuais prejudicados se valham das vias adequadas ao controle difuso de constitucionalidade, sustentando a inconstitucionalidade da destinação de recursos, como prevista na Lei em questão.”

Desta forma, e de conformidade com vários precedentes mencionados naquela decisão, passou a ser descabido o uso do controle concentrado de constitucionalidade para a destinação dos recursos da CPMF, podendo o Governo Federal utilizar tais verbas a seu bel-prazer sem uma via expedita que permita evitar esse tipo de desvio.

Todavia, mesmo o controle difuso de constitucionalidade da destinação das contribuições é mal visto pela Suprema Corte brasileira. No REEDED 217.117, cujo relator foi o Ministro Maurício Corrêa, no qual se discutia a pertinência de 40% da arrecadação da contribuição para o PIS ser destinada ao financiamento de projetos econômicos pelo BNDES - Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social, a Segunda Turma daquela Corte foi clara em decidir que: “O preceito do art. 239 da Constituição Federal apenas condicionou que a arrecadação do PIS e do PASEP passa, a partir da

31. Porém, estudei-o em *Será Constitucional a Majoração da CPMF(EC31)?*, publicado na Revista Dialética de Direito Tributário nº 69, p. 69-76, jun/01.

32. RTJ 167/79-85.

sua promulgação, a financiar o programa do seguro desemprego e o abono previsto em seu parágrafo 3º, nos termos que a lei dispuser. *A destinação de parte dos recursos mencionados para o financiamento de programas de desenvolvimento econômico, através do BNDES, não desvirtua a finalidade precípua da contribuição, que é a de custear a seguridade social?*' (grifos apostos)

Desta forma, a vinculação entre arrecadação e destinação das contribuições não vem sendo implementada em nosso país, o que acarreta o desvirtuamento do conceito de contribuições, bem como impede que elas atinjam os fins para os quais foram criadas.

3. A INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO

11.0 fato é que, de conformidade com o que estabelece a atual Constituição brasileira, e amparado pela não-exigência do Supremo Tribunal Federal em vincular a arrecadação das contribuições à sua destinação, temos uma situação ímpar no Brasil: é o país mais injusto, do ponto de vista de distribuição de renda e de desigualdade social, porém é um dos que mais arrecada com contribuições, especialmente as batizadas como “sociais”.

Apenas para referir os últimos 10 anos, tivemos a majoração da Cofins - Contribuição para a Finalidade Social, de 2% sobre o faturamento para 3% sobre a receita (base de cálculo ampliada); o alargamento da base de cálculo da contribuição para o Programa de Integração Social - PIS; a majoração da Contribuição Social sobre o Lucro - CSL; o aumento da contribuição previdenciária sobre a folha de salários; dentre várias outras.

Ou seja, os sucessivos governos federais do período encontraram um esperto estrategema para não rater com Estados e Municípios a arrecadação efetuada, qual seja o de não criar ou majorar impostos, mas de fazê-lo através de contribuições. Uma vez que os Tribunais não adotam como requisito a destinação, e nem mesmo controlam eventuais desvios, a lei que institui as contribuições estabelece tão-somente uma finalidade a ser perseguida, e não uma vinculação da destinação com a efetiva arrecadação dos recursos. Essa distinção entre finalidade a ser perseguida e efetiva destinação dos recursos arrecadados é o grande problema do Brasil atual, uma vez que, desconsiderando o requisito fundamental da vinculação da destinação, estaremos presentes a uma arrecadação através de impostos, e não de contribuições.

Tudo indica que o governo federal encontrou na figura das contribuições de intervenção no domínio econômico nova fonte de recursos, tal qual fez com as contribuições sociais, e que serão criadas e expandidas sem nenhum limite, caso os Tribunais não venham a reconhecer a necessidade inadiável de vincular a arrecadação das contribuições com a efetividade de sua destinação, como instrumento de atuação do Estado no domínio econômico.

12. Expusemos que a finalidade desse tipo de contribuições é financiar a intervenção do Estado no domínio econômico. Contudo, o que seria “intervenção no domínio econômico”, aspecto fundamental para o deslinde desse tipo de contribuições? Nos deparamos com uma enormidade de classificações, desta feita acerca dos modos de intervenção do Estado³³.

E usual encontrar na doutrina portuguesa³⁴ a seguinte classificação: 1) *Intervenção direta* - o Estado exerce atividade econômica, assumindo a condição de parceiro dos agentes privados econômicos. Essa intervenção pode ocorrer para regulamentação do mercado, ou no capital das empresas. Tal forma de intervenção pode ocorrer por meio de assunção total ou parcial de atividades. E o Estado enquanto instituição que intervém. 2) *Intervenção indireta* - o Estado age dirigindo ou controlando as atividades econômicas privadas. Não como partícipe, mas como legislador. E o Estado enquanto ordenamento que atua, podendo fazê-lo no âmbito do fomento econômico, da polícia econômica ou através da criação de infra-estruturas.

Fábio Nusdeo³⁵ prefere enumerar as formas de intervenção consoante o *instrumento público econômico* utilizado. Assim, o Estado interviria através de: 1) instrumentos de finanças públicas; 2) instrumentos monetários e creditícios; 3) instrumentos cambiais; 4) instrumentos de controle direto; e 5) adaptação institucional. Sob esse prisma, os três primeiros instrumentos representariam uma ação direta do Estado, através de estímulos e punições de caráter fiscal, monetário e cambial. O quarto tipo denota uma intervenção direta do Estado visando determinar certas variáveis do sistema econômico. E o último tipo diria respeito à adequação ou criação de instituições e leis para a consecução dos fins de política econômica.

33. Uma exposição mais detalhada sobre este tema pode ser encontrada em meu *Responsabilidade do Estado Intervencionista*, 2º capítulo.

34. Ver Luis Cabral de Moncada, *Direito econômico*, p. 146 e s.; Augusto de Atayde, *Elementos para um curso de direito administrativo da economia*, p. 64 e s.; e também Simões Patrício, *Curso de direito econômico*, cit., p. 331-2.

35. *Da política econômica ao direito econômico*, cit., p. 89.

Affonso Insuela Pereira³⁶ classifica as formas de intervenção estatal de conformidade com o segmento econômico atingido. Dessa forma, o Estado pode agir no âmbito: 1) da despesa pública; 2) dos impostos; 3) da dívida pública; 4) da política orçamentária; 5) da estabilização dos preços; 6) da planificação econômica; e 7) das empresas públicas.

Há também quem distinga duas grandes vertentes da ação estatal para posteriormente setorizá-la, tal como faz Alberto Venâncio Filho³⁷, que assim procede: 1) *Intervenção regulamentar*, que se desdobra: a) na agricultura; b) nas indústrias extrativas; c/nas indústrias de transformação; d) no setor energético; e) no setor de transportes e comunicação;/) no comércio; g) no setor financeiro; h) no setor, do comércio exterior; i) no setor de seguros;/) na repressão dos abusos do poder econômico; e l) na instituição de uma política de desenvolvimento regional. 2) *Intervenção institucional*, que se desdobra em: a) administração direta do Estado; e b) formas descentralizadas.

Crê André de Laubadère³⁸ que a intervenção estatal também pode ser explicada levando-se em conta o *objeto econômico*, sendo: 1) *intervenção global*, quando atinge a economia como um todo; 2) *intervenção setorial*, quando abrange apenas determinado segmento econômico; e 3) *intervenção pontual*, quando se refere especificamente a uma empresa. Esse mesmo autor utiliza-se de outro critério para explicar as formas de intervenção; desta feita, consoante o *instrumental jurídico* utilizado, pode ser: 1) *unilateral*, quando for utilizada uma norma; e 2) *convencional*, quando for utilizado um contrato. Segue ainda Laubadère explicando que a intervenção pode ser efetuada consoante o *destinatário da intervenção*, podendo o Estado: 1) *regular* as atividades das empresas privadas; ou 2) *assumir* ele próprio o desenvolvimento dessas atividades.

Para Baena dei Alcázar³⁹ a intervenção estatal pode ser realizada pelos *três Poderes do Estado*. Assim, o autor admite: 1) intervenção do Estado no domínio econômico por ato do Poder Legislativo; 2) ou por ato do Poder Executivo; 3) ou por ato do Poder Judiciário.

Na linha da doutrina portuguesa acima mencionada, mas com características próprias, Eros Roberto Grau⁴⁰ define as formas de intervenção do Estado no domínio econômico da seguinte forma: 1) *No* domínio econômico,

36. O direito econômico na ordem jurídica, p. 167-8.

37. A intervenção do Estado no domínio econômico, p. 69.

38. Direito público econômico, cit., p. 28 e ss.

39. Régimen jurídico de la intervención administrativa en la economía, cit., p. 43.

40. Elementos de direito econômico, cit., p. 63 e ss. Esse mesmo autor voltou a tratar do tema em seu livro *Ordem Econômica na Constituição de 1988*, p. 156 e ss.

que admite duas subespécies: a) por *absorção*; ou b) por *participação*. 2) *Sobre o domínio econômico*, que igualmente admite duas subespécies: a) por *indução*; ou b) por *direção*. Debrucemo-nos um pouco mais sobre essa classificação.

A intervenção *no* domínio econômico ocorre quando o Estado atua como se fosse um agente econômico, assumindo ou participando da gestão ou do controle do capital de uma unidade econômica que detenha o controle patrimonial dos meios de produção e de troca. Pode vir a ocorrer sob dois aspectos: 1º) Intervenção por *absorção*!. Quando o Estado não permitir o desenvolvimento de idêntica atividade por outrem, estará absorvendo aquele segmento econômico, Haverá aí a monopolização da atividade. Como os monopólios são aspectos negativos em um regime de mercado, tais posições de *absorção* devem ser pautadas por uma legislação rígida que só as permita em casos extremos. 2º) Intervenção por *participação*: Ocorre quando o Estado decide manter outros agentes econômicos atuando no setor. Haverá então apenas uma *participação* do Estado, e não uma absorção de atividade. Neste caso a legislação deve ter em conta que o regime jurídico aplicável ao Estado deve mantê-lo em pé de igualdade com os demais concorrentes privados, pois, caso contrário, não haverá participação, mas concorrência desleal que fatalmente descambará para o monopólio.

Já a intervenção *sobre* o domínio econômico ocorre quando o Estado atua como emanador de normas com a função de ordenar o processo produtivo, e não de participar nele. Não se restringe a uma atividade legislativa, pois é mais abrangente. Engloba a atuação dos três Poderes em que o Estado é dividido, segundo a teoria da separação de Poderes. Neste aspecto, entendemos que o Estado pode agir através de leis, medidas provisórias, portarias, regulamentos, regimentos, etc., abrangendo essa concepção toda e qualquer forma de expressão do poder normativo.

Também nesse modo de intervenção, *sobre*, cabem dois tipos diversos de subespécies: 1) A intervenção *sobre* o domínio econômico pode se dar por *normas de direção*, ou seja, que não permitam outro comportamento que não o previsto na norma. Neste caso, seu descumprimento acarretará uma sanção jurídica. E o típico exemplo do tabelamento de preços. Estipulado pelo Estado determinado preço máximo para comercialização de certa mercadoria, o descumprimento do preceito acarretará uma sanção, usualmente multa; 2) A intervenção *sobre* o domínio econômico também pode se dar através de *normas de indução*, em que o Estado não determina procedimentos incisivos e

coativos a serem adotados pelos agentes econômicos. Simplesmente o Estado privilegia determinadas atividades em detrimento de outras, orientando os agentes econômicos no sentido de adotar aquelas opções que se tornarem economicamente mais vantajosas. Não há sanção jurídica pela não-adoção da opção privilegiada pelo Estado, mas o agente econômico não poderá usufruir das vantagens oferecidas, caso não as adote. É o típico caso da estipulação de menor taxa de juros para aquelas atividades que o Estado julgue de maior interesse para a coletividade. Por exemplo: o Estado pode determinar uma taxa de juros de 1% ao mês para aqueles agricultores que solicitarem empréstimos bancários para plantação de morangos, nada dispondo acerca da taxa de juros para o financiamento do plantio das demais culturas, para as quais vigoraria uma taxa de juros de 15% ao mês. Ora, aqueles agentes econômicos que plantassem morangos - adotando assim o comportamento desejado pelo Estado - se beneficiariam dos juros subsidiados, enquanto os demais agentes que não plantassem morangos - não adotando o comportamento desejado pelo Estado - nada sofreriam a título de sanção, apenas não se beneficiariam dos juros menores⁴¹.

A intervenção indutiva também pode existir no sentido de *desestimular* uma atividade econômica, e não de incentivá-la. Tal hipótese ocorre quando, por exemplo, o Estado determina altas alíquotas de imposto de importação na hipótese de entrada de automóveis estrangeiros no território nacional. Tal norma desincentivaria a importação de automóveis, porém não vedaria tal atividade.

As *normas de direção não vedam totalmente* a adoção de outro comportamento pelo agente econômico, apenas o fazem pertinentemente a certos aspectos. Já as *normas de indução incentivam ou desestimulam* comportamentos, não vedando nenhum deles.

E esse é outro aspecto relevante na determinação desses dois tipos de normas de intervenção sobre o domínio econômico. Algumas vezes pode ocorrer que normas de direção apareçam travestidas de normas de indução. E o próprio caso do imposto de importação retrocitado. Se a alíquota for proibitiva, ou seja, taxar a entrada do automóvel em nível vedativo para que se possa fazê-lo, não será uma norma indutiva, mas diretiva. A restrição à importação de um bem é diversa da proibição fática de importá-lo. Neste

41. Nesse sentido, ver meu "Ensaio sobre o conteúdo jurídico do princípio da lucratividade". *Revista de direito administrativo*. Rio de Janeiro, n. 224, p. 323-47, abr./jun. 2001,

caso a verdadeira natureza da norma somente poderá ser determinada em contraposição com a realidade.

Desta forma, temos que, para se perceber a real natureza da norma interventiva sobre o domínio econômico, ter atenção na determinação de comportamento que nela está contida. Se houver vedação real a qualquer comportamento, a norma será diretiva. Caso haja apenas o privilegiamento ou o desincentivo a certa atividade, a norma será indutiva.

Desta forma, caso o Estado aja no sentido de conformar o processo econômico, estará atuando sobre o domínio econômico; caso haja no sentido de participar do processo econômico, estará atuando no domínio econômico.

13. Seguindo o critério de Eros Roberto Grau para classificar os modos de intervenção do Estado, temos que o modo interventivo *sobre* o domínio econômico é determinante em face do modo interventivo *no* domínio econômico. E isto por uma razão lógica. A intervenção *no* domínio econômico se dá quando o Estado atua como agente econômico, sujeitando-se às mesmas regras de agir, não-agir e suportar que são determinadas para toda a coletividade. Isso independentemente de a intervenção ocorrer por participação ou por absorção.

Consequentemente, o modo de intervenção *sobre* o domínio econômico, que se consubstancia através de normas de direção e de indução, conformando as atividades de todos os agentes econômicos, abrange, obrigatoriamente, também o Estado. Segundo José Roberto Dromi⁴², “a segurança jurídica é o fundamento da vinculação dos entes públicos ao Direito, é a razão de ser do Poder de todo Estado. Essa segurança se frustraria se o próprio Estado pudesse liberar-se de suas vinculações às leis”.

Dessa maneira, o *Estado, quando atua como agente econômico, tem que se sujeitar às normas estabelecidas pelo próprio Estado enquanto ordenamento*. Por outras palavras: *quando o Estado atuar no domínio econômico terá que se sujeitar às normas estabelecidas pelo próprio Estado enquanto interveniente sobre a economia*.

Assim, qualquer que seja a forma que o Estado assuma para poder intervir *no* domínio econômico, por participação ou por absorção - forma essa que será dada pelo direito positivo de cada ordenamento jurídico estará sujeito às normas determinadas por si próprio enquanto legislador. A

42. *Derecho subjetivo y responsabilidad pública*, p. 13.

legislação, entendida aí no sentido lato, obriga a todos, inclusive ao próprio Estado, quer esteja agindo de maneira monopolizada, quer não, sob qualquer roupagem jurídica.

Ressalte-se que, em muitos casos, o agente econômico público, interveniente *no* domínio econômico, é possuidor de capacidade normativa, ou seja, pode expedir normas para regular determinados comportamentos econômicos. E o faz intervindo *sobre* a economia através de normas de direção e de indução. E o caso das agências reguladoras que vem sendo criadas pelo Estado brasileiro para intervir sobre determinadas áreas da economia.

14. Enfim, existe um sem-número de maneiras de demonstrar o modo através do qual o Estado intervém na economia. Razão possui Genaro Carrió⁴³ ao afirmar que “as classificações não são certas ou erradas, mas úteis ou inúteis”. Desta forma, todas elas nos permitem entender, de modos e a partir de pontos de vista distintos, o que seja a expressão *intervenção do Estado no domínio econômico*, e demonstrar que existem várias formas de fazê-lo. A importância efetiva é que o conteúdo dessa atuação esteja sempre voltado para alcançar os objetivos fundamentais estabelecidos por uma dada sociedade, que são periodicamente transformados de conformidade com as diferentes dimensões dos direitos humanos, conforme acima referido.

4. A TÍTULO DE CONCLUSÃO: CARACTERÍSTICAS DAS CONTRIBUIÇÕES DE INTERVENÇÃO:

15. Dentro deste prisma é que surgem as contribuições de intervenção como instrumento de atuação do Estado na economia, na consecução dos direitos humanos de segunda dimensão, sendo suas principais características as seguintes:

- a) São tributos, o que as submete aos preceitos de direito tributário;
- b) Se constituem como contribuições, espécie tributária distinta das taxas e dos impostos;
- c) São instrumentos criados pelo Estado⁴⁴ para financiar sua atuação na economia;
- d) Devem obrigatoriamente estar vinculadas à específica destinação estabelecida na lei que as criou, sob pena de não serem consideradas con-

43. *Notas sobre derechoy lenguaje*, p. 99.

44. Que atualmente no Brasil só pode ser usado pela União, conforme o *caput* do art. 149, da CF.

tribuições, mas impostos. O singelo *nomem juris* nada define. A diferença entre essas duas espécies, como anteriormente mencionado, fica por conta da destinação específica daquelas;

e) Devem ser arrecadadas daqueles que, direta ou indiretamente, venham a obter alguma vantagem econômica com a intervenção realizada. Apenas a título de exemplo, os valores arrecadados dos produtores de café, para custeio da autarquia IBC - Instituto Brasileiro do Café, servia para regular aquele mercado, estabelecendo, entre outros mecanismos econômicos, quotas de produção e de comercialização interna e de exportação, a fim de evitar excesso de oferta que faria cair o preço daquela *commoditie* no mercado internacional. Assim, ao analisar o conceito de *contribuinte* como quem obtiver uma *vantagem econômica* decorrente daquela intervenção estatal, deve-se utilizar esse conceito em sentido amplo, mas não de modo a inviabilizar o uso do instituto em razão de sua amplitude. Também aqui a utilização de instrumentos exegéticos razoáveis e proporcionais é fundamental.

f) Nada obsta que seja atribuída *capacidade* tributária a ente distinto da União, criado para atender às finalidades estabelecidas pela lei que as instituiu⁴⁵.

5. BIBLIOGRAFIA CITADA

ALCAZAR, Baena De. *Régimen jurídico de la intervención administrativa en la economía*. Madri: Technos, 1966.

ALVES, Rubem. *Estórias de quem gosta de ensinar*. São Paulo: Cortez, 4. ed., 1984.

ATH AYDE, Augusto de. *Estudos de direito econômico e de direito bancário*. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1983

BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à ciência das finanças*. Rio de Janeiro: Forense, 14. ed., 1986.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2002.

CAL, Arianne. *As agências reguladoras no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, no prelo.

45. Debrucei-me sobre este tema em artigo publicado na *Revista Interesse Público*, intitulado "Contrato de gestão, serviços sociais autônomos e intervenção do Estado".

- CASTRO, José Carlos. *A utopia política positivista*. Belém: Cejup, 1999.
- CARRIÓ, Genaro. *Notas sobre derechoylenguaje*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 3. ed., s/d.
- CESNIK, Fábio de Sá. *Guia do incentivo à cultura*. São Paulo: Manole, 2002.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- DROMI, José Roberto. *D erecho subjetivo y responsabilidad pública*. Bogotá: Temis, 1980.
- GRAU, Eros Roberto. *Elementos de direito econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.
- _____. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.
- LAUBADÈRE, André de. *Direito público económico*. Trad. Maria Teresa Costa. Coimbra: Almedina, 1985.
- MARX, Karl. *O Capital*. Trad. Régis Barbosa e Flávio Kothe. São Paulo: Nova Cultural, 2. ed., 1985.
- MONCADA, Luis Cabral de. *Direito Económico*. Coimbra: Coimbra Editorial, 1986.
- MOREIRA, Vital *A ordem jurídica do capitalismo*. Coimbra: Centelha, 1973.
- NUSDEO, FÁBIO. *Da política econômica ao direito econômico*. 1977. Tese (Livre-docência) em Direito Econômico, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo.
- PATRÍCIO, Simões. *Curso de direito econômico*. Lisboa: Associação dos Alunos da Faculdade de Direito de Lisboa, 2. ed., 1981.
- PEREIRA, Affonso Insuela. *O direito econômico na ordem jurídica*. São Paulo: Bushatsky, 2. ed., 1980.
- SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001
- SCAFF, Fernando Facury. *Responsabilidade do Estado intervencionista*. Rio de Janeiro: Renovar, 2. ed., 2001.
- _____. *A lei aplicável à prescrição das contribuições previdenciárias*. *Revista de direito civil*, v. 38. São Paulo: Revista dos Tribunais, out/dez-86, p. 158-78.

- . O direito adquirido e a contribuição previdenciária dos aposentados. *Revista de direito civil*, v. 39. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan/mar-87, p. 154-63.
 - . O estatuto mínimo do contribuinte. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *Direitos fundamentais do contribuinte*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 451-81.
 - . Será constitucional a majoração da CPMF (EC 31)? *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 69. São Paulo: Dialética, jun/01, p. 69-76.
 - . *ICMS ecológico*. Endereço: www.belemdopara.com.br.
 - Ensaio sobre o conteúdo jurídico do princípio da lucratividade. *Revista de direito administrativo*, n. 224. Rio de Janeiro: Renovar, abr./jun. 2001,-p. 323-47.
 - . Contrato de gestão, serviços sociais autônomos e intervenção do Estado. *Revista interesse público*, n. 12. Porto Alegre: Nota Dez, out-dez/2001.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- VENÂNCIO FILHO, Alberto. *A intervenção do Estado no domínio econômico: o direito público econômico no Brasil*. Rio de Janeiro, 1968.