

**PROTEÇÃO DA CONFIANÇA E INCENTIVOS FISCAIS
PARA O DESENVOLVIMENTO. (OS PROBLEMAS
CENTRAIS QUE OS PROJETOS DE REFORMA
TRIBUTÁRIA PROPOSTOS NÃO RESOLVEM)**

Misabel Abreu Machado Derzi¹

1. Pressupostos normativos.

Existem problemas cruciais na prática jurídica nacional que os mais relevantes projetos de reforma tributária constitucional² não resolvem. Para falarmos de tais problemas, relembremos, introdutoriamente, os pressupostos normativos do sistema jurídico nacional, que se encontram na raiz da Constituição, a saber, a Democracia, o Estado de direito e o Federalismo. E, entre eles, inexistente solução de continuidade.

Acho inexplicável que, em nosso País, economistas, sociólogos, especialistas em direitos humanos e mesmo juristas não façam conexão necessária entre Estado Democrático de Direito e Federalismo. Entre nós, como alhures, um depende do outro.

1. Profa. Titular de Direito Financeiro e Tributário da UFMG

2. Cf. PEC 45, na Câmara; PEC 110, no Senado e suas alterações posteriores...

Ninguém deixa de reconhecer que é possível haver Estado na forma unitária como na França ou na Itália, que seja também uma democracia.

Mas em países de democracia intermitente, como é o caso do Brasil, e da Alemanha, por ex, a federação é um modo de organizar o Estado (que é essencialmente poder), distribuindo o poder pelo território nacional, para garantir a liberdade, para dificultar o retorno do autoritarismo. Como dizia MADISON³, há tantos anos, em os Federalistas, “o federalismo é uma forma de distribuição do poder, para garantir a liberdade.” E como disseram os alemães, logo depois da II grande Guerra, ao optarem pela forma federativa de Estado, “para garantir a liberdade, já não basta a clássica divisão de poderes entre o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Além dessa divisão, é necessário ainda distribuir o poder, diluí-lo em todo o território nacional”.⁴

Mas não apenas isso, não apenas a visão tradicional de liberdade e de divisão de poder ou de autonomias/soberanias convivendo e se opondo no federalismo. A nova corrente inovadora nos EUA, liderada por HEATHER GERKEN, diretora da Fac. de YALE, explica a relação entre a Federação e os Estados como **negociada, iterativa, interativa, não cooperativa, complicada, difícil de categorizar, e mais ainda de prever**.⁵ Os limites entre os dois campos de luta estão agora confusos e fluidos. Registrando o conteúdo de trabalhos ainda não publicados de CRISTINA RODRIGUEZ que afirma que o Federalismo amplia a capacidade da política para fazer políticas, e de BULMAN-POZEN⁶, que enxerga o poder dos Estados como um andaime de suporte necessário para fazer florescer

3. Cf. JAMES MADISON, ALEXANDER HAMILTON, JOHN JAY. Ed. Nova Fronteira, 1993.

4. Cf. RICHTER e SCHUPPERT. Casebook Verfassungsrecht, München, Verlag C. H. Beck, 1987, p. 358.

5. Cf. Heather Gerken. Federalism and Nationalism: Time for a Détente? Saint Louis University Law School. Vol. 59:997, 2014.

6. Cf. Jessica Bulman-Pozen. Partisan Federalism, 127, Harvard L.Rev., 1077, 1081 (2014).

CONSTRUCTIVISMO LÓGICO-SEMÂNTICO
E OS DIÁLOGOS ENTRE TEORIA E PRÁTICA

a política nacional, GERKEN destaca o importante papel da dissensão e da não cooperação, possível no Federalismo como ingrediente essencial ao amadurecimento da democracia e do aperfeiçoamento dos programas de fins nacionais⁷.

GERKEN lembra que, em campos relevantes como meio ambiente, direito criminal, educação e saúde, assim como no direito de família, os Estados desempenham um papel robusto e crucial no processo regulatório a despeito da ubiquidade da regulação nacional. Os Estados e o governo federal são poderes reguladores em conjunto, em que o governo federal sempre depende severamente dos Estados para implementar a política federal.⁸

É claro que existem áreas, tanto nos EUA como no Brasil, onde o governo federal governa sozinho (defesa externa, por ex.). Mas mesmo nelas, em que se supõe um exclusivo controle federal, Estados e localidades são reguladores ativos, como ocorre na imigração.⁹

Os novos federalistas vêm fins nacionalistas nas funções dos Entes federados como os Estados e as Municipalidades e pintam um quadro diferente daquilo que chamam de desenvolvimento de uma democracia nacional. Assim é que não se alcança uma democracia nacional sem a atuação forte dos Estados. O sucesso do governo federal, que pode estar reinando, depende do navio regulatório ser tocado pelos ventos políticos. Quando o governo nacional falha em alcançar uniformidade, raramente se dá porque lhe falta autoridade jurídica, mas pode ser simplesmente - ao contrário da visão dos nacionalistas tradicionais - porque os líderes nacionais (influenciados pelas raízes estaduais) acreditam que a desuniformidade tem seu papel a exercer em um sistema pluralista como o nosso.¹⁰

7. Cf. *Gerken*, *Federalism and Nationalism. Time for a détente.*, op. cit. loc. cit.

8. Cf. *Gerken*, *Federalism and Nationalism. Time for a Détente?*, op. cit. p. 1011.

9. Cf. *Cristina M. Rodriguez*. *The Significance or the Local in Immigration Regulation*. *Mich.L.Rev.*, 106, 2008, p. 567.

10. *Gerken*, *Federalism and Nationalism. Time for a Détente?*, op. cit. p.1021.

Finalmente, a nova corrente acadêmica norte-americana demonstra a importância de um **Federalismo não cooperativo**. Os novos nacionalistas deixam claro que os Estados “*são a linha de frente para debates nacionais, os lugares-chave onde trabalham nossas desavenças antes de falar delas no plano nacional. Os Estados não são postos de lado pela política nacional; ao contrário, eles a alimentam.... Nossas políticas podem assumir maior complexidade, mas elas também não são tocadas pela uniformidade.*”¹¹

Em resumo, o Federalismo nacionalista realça, sobretudo, que Estados e Municípios trabalham a democracia nacional e os fins nacionais, que lhe são inerentes. O sucesso, pois da implementação dos direitos fundamentais (saúde, educação, segurança, meio ambiente) depende da atuação efetiva de Estados e Municípios, sendo o governo federal impotente, do ponto de vista funcional e político, para alcançá-lo, ainda que formalmente faça uma intervenção legislativa. Longe de reforçar, com tal constatação, apenas o Federalismo cooperativo e financeiro, assim como a padronização de regras, conclui a nova corrente federativa norte-americana em favor do benéfico papel do Federalismo não cooperativo e da desuniformização própria da democracia pluralista.

Em nosso País, em que adotamos também a forma federal de Estado, de modo tradicionalmente mais fechado do que aquele vigente na República do Norte, os Estados e Municípios têm igualmente forte participação no Federalismo de fins nacionais e na construção dos grandes direitos e garantias fundamentais. Quem lê a Constituição de 1988 se surpreende com o extenso rol da competência legislativa privativa outorgada à União (art. 22), mas encontrará matéria de competência comum, listada no art. 23, e, finalmente, ainda, uma rica enumeração de matérias de competência legislativa concorrente (art. 24). Compõem a competência legislativa concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal, o Direito Tributário, Financeiro, Penitenciário, Econômico e urbanístico, além do orçamento, meio ambiente, saúde e educação, dentre outros temas.

11. Gerken, Federalism and Nationalism. Time for a Détente?, op. cit. p.1026/1027.

CONSTRUCTIVISMO LÓGICO-SEMÂNTICO
E OS DIÁLOGOS ENTRE TEORIA E PRÁTICA

Nesse campo, de competência concorrente, a União limitar-se-á a estabelecer normas gerais, dispõe o §1º do art. 24 e os Municípios suplementarão as leis federais e estaduais, no que couber (art. 30).

Ora, as mesmas observações feitas pela corrente Federalista nacionalista norte-americana podem ser tecidas para tratar do Federalismo brasileiro, pois no que tange a tributos e orçamento, à segurança pública, ao regime penitenciário, à saúde, à educação, ao meio ambiente e urbanístico além de outras matérias. A União faz as suas intervenções legislativas por meio de normas e diretrizes gerais, mas há espaço, ainda, para a atuação legislativa dos Estados e Municípios. Em relação à implementação e execução, a administração federal é absolutamente impotente para alcançar algum sucesso, sem a atuação efetiva dos demais Entes estatais. Podemos concluir, igualmente, que, no modelo brasileiro, Estados e Municípios trabalham ativamente a democracia nacional e cumprem fins nacionais. Deles depende a concreção dos direitos fundamentais como o direito à vida, à segurança pública, à saúde, à educação e ao meio ambiente.

Lutemos, entre nós, também não apenas por um federalismo cooperativo mas ainda por um federalismo não cooperativo, capaz de aperfeiçoar os programas nacionais e de garantir uma desuniformidade própria da democracia pluralista.

Democracia, Estado de Direito e Federalismo são princípios integradores de nosso sistema.

A Constituição da República talvez seja a mais forte em segurança jurídica nos países de cultura ocidental: legalidade, previsibilidade, independência do Poder Judiciário, devido processo legal, presunção de inocência e ampla defesa. Não há projeto algum, econômico, tributário ou financeiro, capaz de estimular o desenvolvimento e os investimentos sem que se cumpram tais regras e princípios jurídicos. É estranho encontrar economistas, que se dizem bons economistas, que pensam estar falando de confiança econômica desatrelada da jurídica. Os sistemas, embora independentes do ponto de vista funcional, o econômico, o social, o jurídico têm um fundo ético comum, sem o

qual não vicejam: **a confiança (como tão bem ensinou NIKLAS LUHMANN em sua obra clássica, Confiança¹², ou SHAPIRO, em Legality¹³).** Esses são nossos pressupostos normativos.

Não nos esqueçamos, porém, de que estamos falando de Democracia e de Liberdade, o que nos arrasta para uma existência digna para todos, para um mínimo de igualdade.

Sou fervorosa admiradora da obra de JOSEPH RAZ: *The Morality of Freedom*.¹⁴ Falamos em liberdade, isso é fundamental, mas de uma liberdade moral, ética e jurídica porque adotada pela Constituição da República. Segundo RAZ, filósofo norte-americano liberal e positivista, a liberdade moralmente adequada advém da autonomia da pessoa, da possibilidade de opções de vida e incumbe ao Estado garanti-las. Naquela sociedade em que a grande maioria, como é o caso do Brasil, não tem meios nem condições de escolha, pois está apenas empenhada na sobrevivência com um mínimo insuficiente para garantir uma vida digna, não há liberdade. Não se trata de uma sociedade livre. **LIBERDADE E IGUALDADE ELEMENTAR NÃO SE OPÕEM, ao contrário, uma pressupõe a outra.**

Ora, os projetos mais importantes de reforma tributária constitucional ora apresentados em 2019, quer na Câmara, quer no Senado, cerceiam a liberdade política dos Estados e Municípios. Federalismo não é distribuição de recursos, não é singela questão de receita e arrecadação. Nos países unitários, as descentralizações territoriais, como províncias, departamentos ou regiões, configuram serviços administrativos desconcentrados, além de serem dotados de recursos próprios, muitas vezes arrecadando tributos criados pelo poder central em seu benefício. É o que ocorre com as municipalidades francesas e as italianas. Acresce ainda que não são raras as hipóteses em que as alíquotas de certos tributos, que as províncias italianas devam

12. NIKLAS LUHMANN. Confianza. Trad. Amada Flores. Anthropos. Universidad IberoAmericano. Santiago. 1996.

13. Cf. SCOTT SCHAPIRO. 1ª. Harvard University Press, Cambridge, London, 2011.

14. Cf. JOSEPH RAZ. The Morality of Freedom. Oxford University Press. 1986.

CONSTRUCTIVISMO LÓGICO-SEMÂNTICO
E OS DIÁLOGOS ENTRE TEORIA E PRÁTICA

arrecadar ou os impostos que as municipalidades francesas administram, sejam definidas pelos eleitos locais...

Escolher alíquotas, na forma gravemente limitada, como se propõe nos aludidos projetos, não corresponde àquilo que se espera da federação, como se sabe, possibilidade de escolha das políticas tributárias, quanto à incidência, base de cálculo, regimes de tributação, alíquotas, incentivos, etc. Uma reforma tributária, de simplificação radical, somente seria aceitável se viesse acompanhada de soluções próprias como aquelas existentes no modelo alemão, cujo federalismo é integrado e a política tributária é modelada de forma conjunta entre Estados e União por meio de um Conselho Federal. Ou então, na forma das Províncias canadenses, cujo federalismo impõe a livre adesão, de cada uma delas, à proposta da União.

Há, portanto, diversas soluções pelo mundo, já testadas e experimentadas – mas em culturas e países diferentes – em que uma solução simplificadora conciliou-se perfeitamente com o federalismo.

E mais, o que queremos demonstrar é que os problemas mais importantes do Brasil, ligados à questão tributária, não são resolvidos nas aludidas propostas. Tais problemas, entretanto, poderiam, se quiséssemos, estar solucionados dentro do sistema jurídico em vigor.

2. O Contexto social, fático, de que partimos: uma profunda desigualdade entre grupos e regiões; um sistema tributário regressivo; e um financiamento de projetos estatais sociais e de desenvolvimento por meio de endividamento.

2.1 A Profunda desigualdade entre grupos, classes e regiões:

Os Institutos de Pesquisa mais notáveis do País denunciam uma grande desigualdade entre grupos, regiões e faixas

populacionais ou classes. Assim, em torno de 48% da riqueza nacional está concentrada em 0,1% da população. Do ponto de vista regional, aponta-se que o Índice de Desenvolvimento Humano registra a média nacional na posição 80, em uma classificação crescente da desigualdade.

E, enquanto o Distrito Federal, São Paulo e outros Estados do Sul situam-se na posição 40, ao lado ou acima de Portugal, por exemplo, o Estado de Alagoas, ao contrário, ocupa a posição mais baixa do IDH do Brasil, comparado ao Vietnã e Iraque, ou mesmo abaixo, ou seja, posição 120.¹⁵

Será dentro desse contexto que devemos examinar a questão, pois os projetos de reforma tributária, até o momento propostos, não resolvem nenhum deles.

2.2 Adotamos um sistema tributário regressivo, forte em tributos incidentes sobre o consumo.

Em todo país em desenvolvimento, com forte concentração de renda, como é o caso do Brasil, em que não há poupança interna suficiente, sendo importador de capital, o sistema tributário alimenta-se fortemente de tributos incidentes sobre o consumo, a base tributável mais sólida. A isso se deve acrescentar a volatilidade contemporânea do capital, em uma economia mundializada, que acirra a atração dos impostos sobre o consumo até mesmo nos países mais desenvolvidos.

15. Um dos indicadores da profunda desigualdade regional no Brasil é o IDH-M (índice de desenvolvimento humano médio), que sofre severa variação entre os Estados Federados. O Distrito Federal, por exemplo, possui o IDH-M mais alto do Brasil, no montante de 0,824, enquanto o Estado de Alagoas, que aparece em último lugar, tem IDH-M de 0,631. Para se ter uma noção, o IDH-M do Distrito Federal está acima do de países como Portugal (0,822 – 41ª posição), Chile (0,822 – 41ª posição) e Emirados Árabes Unidos (0,827 – 40ª posição), enquanto o de Alagoas está abaixo do de países como Iraque (0,642 – 120ª posição), Vietnã (0,642 – 120ª posição) e Guiana (0,638 – 121ª posição). Fonte para o IDH-M nos Estados Brasileiros: <http://www.pnud.org.br/atlas/ranking/Ranking-IDHM-UF-2010.aspx>; para o ranking global: <http://noticias.uol.com.br/infograficos/2014/07/22/brasil-fica-em-79-no-ranking-mundial-de-idh-veja-resultado-de-todos-os-paises.htm>. Acesso em: 10 de setembro de 2014.

Há, então, uma tendência à adoção de sistemas fortes sobre o consumo e a um tratamento tributário mais benéfico para a renda proveniente do capital em relação à renda proveniente do trabalho. Exatamente o que se passa entre nós.

2.3 Financiamento de investimentos nacionais – com a importação insuficiente de capital – por meio de endividamento do Estado, em um quadro de juros muito elevados.

O estímulo e a força do mercado financeiro são notáveis no contexto, com a União estimulando investimento e execução de programas sociais com endividamento, ou seja, subsídios pagos pelo Estado aos bancos. A diferença entre os juros de mercado – altíssimos – e os juros cobrados das empresas investidoras é subsidiada pela União, com endividamento.

Para adotar soluções que atenuem o quadro traçado, poupança escassa e importação de capital; excessiva concentração da renda e profunda desigualdade regional dentro do território nacional; portanto grandes desigualdades sociais, recrudescidas por um sistema tributário regressivo; o País trabalhou com duas frentes em programas sociais compensatórios e/ou investimentos:

(a) a União, além de ter prosseguido com os projetos SUDAM e SUDENE, praticou diversos programas sociais, como bolsa família; Minha Casa, Minha Vida; Fies, etc.; ou Programa SAFRA para o agronegócio, todos eles com endividamento da União (ou seja, para nós), por meio do pagamento de subsídios aos juros cobrados pelo BNDS, Banco do Brasil ou Caixa Econômica...;

Com isso, apesar dos excelentes efeitos humanos – como redução da miséria e da pobreza – deu-se endividamento, que reclamou mais emissão de títulos do Tesouro, descumprimento de metas fiscais. Tudo para preservar os lucros dos bancos,

que são protegidos desde sempre, em todos os governos de todas as colorações e ideologias;

(b) Finalmente, os Estados, impactados pela desigualdade social e regional, premidos pela necessidade de atrair investimentos e empregos para seu território, travaram uma luta fratricida, que reduziu drasticamente a sua base tributária, mas automaticamente a base tributária do Imposto sobre a Renda, pois tal tributo federal não pode incidir sobre as subvenções para investimentos ou a renúncia tributária dos Estados.

Isso prova o que a Escola norte-americana proclama. Não adianta uma lei federal uniformizadora se as raízes locais e regionais não suportam. A desigualdade gerou uma profunda desuniformidade no ICMS. Em consequência, para manter a arrecadação em bases mínimas de modo a sustentar os serviços públicos de sua responsabilidade, os Estados elevaram o ônus do ICMS sobre os bens essenciais da vida como alimentos; medicamentos; energia elétrica; combustíveis e comunicação.

Mais regressividade, então, em um sistema tributário já tão regressivo.

Em conclusão: INSTALOU-SE UM CÍRCULO VICIOSO. Um sistema tributário regressivo, assentado em impostos sobre o consumo, a demandar a execução paralela e compensatória de programas sociais, programas que provocam o endividamento público, por meio de pagamento de subsídios aos juros e, no âmbito estadual, para atrair empregos e investimentos a seu território, cada Estado participa de uma guerra fiscal que reduz a base tributária do ICMS (e do Imposto sobre a Renda) e provoca a sobretaxação de bens essenciais à vida. Com isso se anulam os efeitos que a renúncia fiscal queria provocar, criando-se mais regressividade do sistema tributário, em especial do ICMS, em um sistema já TÃO regressivo.

3. As soluções possíveis, já existentes no sistema tributário. Quais seriam os respiradouros para saída desse dilema e desses vícios, que, não obstante, se frustraram?

Várias soluções sempre estiveram disponíveis no sistema jurídico, porque autorizadas pela Constituição e pelas leis, soluções que poderiam ter capitalizado nossas empresas para o investimento, sem alterar ou interferir no ciclo financeiro dos bancos e seguradoras. Deixemos o circuito dos juros altos com que nenhum governo ousa interferir correndo à parte. São elas: um IVA, eficiente e estimulador dos investimentos; incentivos fiscais e subvenções para investimentos para o desenvolvimento, obrigatoriamente mantidos em território nacional; e, finalmente, dedutibilidade de todos os prejuízos acumulados na base do Imposto sobre a Renda. Examinemos tais pontos.

3.1 O IVA - Uma saída pensada pelos legisladores e governantes, quase universal.¹⁶

Por meio do princípio da não cumulatividade, de longa data posto em nossas Constituições, adotamos tributos da família do IVA.

O princípio da não-cumulatividade revela-se como o mais importante no que se refere à tributação sobre o consumo no Brasil, visto que, por meio dele, resguarda-se a neutralidade fiscal, que garante a incidência sobre a manifestação de capacidade contributiva do consumidor final. A neutralidade não protege apenas o consumidor final, mas, também, a concorrência e a competição, já que todas as operações que impliquem circulação de mercadoria e prestação de serviços serão tributadas indistintamente, através de alíquotas uniformes, em termos ideais.¹⁷

16. Hoje adotado em 160 países.

17. Já realçamos os princípios do economista JOHN DUE, nos tópicos anteriores, além do Relatório NEUMARK, todos realçando a neutralidade fiscal, possível a partir de uma tributação não cumulativa. Entre nós confira-se BONILHA, Paulo

Assim, a constitucionalização da não-cumulatividade representa uma busca de solução jurídica que vise minimizar os efeitos nocivos da tributação sobre o consumo no processo de produção. Então, o princípio em questão deve ser sempre interpretado nesse sentido. Quando uma norma jurídica infraconstitucional contiver dispositivos que onerem o setor produtivo, ela deve ser interpretada como contrária ao princípio da não-cumulatividade e, conseqüentemente ofensiva à neutralidade, à produtividade e à eficiência na arrecadação.¹⁸

O princípio da não-cumulatividade (aqui e alhures) que informa a tributação sobre o consumo ou sobre as vendas, no Brasil, sobre as operações de circulação de mercadorias e produtos industrializados, representa este anseio de uma tributação eficiente. O princípio em questão nasce dessa circunstância de se cumprir os objetivos arrecadatários, sem, contudo, implicar uma distorção no custo operacional do setor produtivo. Além disso, há quem lhe atribua a significação de garantia do cidadão consumidor (não apenas do contribuinte).¹⁹

Como já referimos, o princípio da não-cumulatividade foi introduzido no ordenamento constitucional brasileiro com a Emenda Constitucional nº 18/65, que representou uma profunda reforma do sistema constitucional tributário vigente.

Desde então, sobrevivendo a várias alterações constitucionais, o princípio foi mantido e se expandiu. A Constituição de 1988 consagrou o princípio em relação ao IPI, ao ICMS, às contribuições PIS/COFINS – no que tange aos setores cabíveis – e proibiu à União, no exercício de sua competência residual, a criação de novos tributos **cumulativos**.

Celso B. Alguns aspectos do imposto de circulação de mercadorias. *Direito Tributário – estudos de problemas e casos tributários*, Coordenação: Ruy Barbosa Nogueira, 1ª Coletânea, São Paulo: José Bushatsky, 1973, p. 296.

18. Confira-se o entendimento do economista, MANKIW, N. Gregory. *Introdução à economia. Princípios de micro e macroeconomia*. Tradução: Maria José Cyhlar Monteiro. Rio de Janeiro: Campus, 1999, p. 248.

19. MELO, José Eduardo Soares de e LIPPO, Luiz Francisco. *A não-cumulatividade tributária*. São Paulo: Dialética, 1998, p. 92/93.

CONSTRUCTIVISMO LÓGICO-SEMÂNTICO
E OS DIÁLOGOS ENTRE TEORIA E PRÁTICA

Eis o QUADRO DE CONFORMAÇÃO CONSTITUCIONAL:

1. IPI: Art. 153, §3º, II: “*será não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação com o montante cobrado nas anteriores.*”

2. ICMS: Art. 155, §2º, I: “*será não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal;*”

“II- nas hipóteses de isenção ou não-incidência, salvo determinação em contrário da legislação:

não implicará crédito para compensação com o montante devido nas operações ou prestações seguintes;

acarretará a anulação do crédito relativo às operações anteriores;”

3. Contribuições Sociais, PIS/COFINS: “*Art. 195, §12: A lei definirá os setores de atividade econômica para os quais as contribuições incidentes na forma dos incisos I, “b”, e IV do caput, serão não-cumulativas.*”

4. Competência Residual da União. A Não-Cumulatividade é diretriz a ser observada em todos os tributos sobre o consumo, a serem criados no futuro, no exercício da competência residual da União: Art. 154, I; Art. 195, §4º.

5. Princípio da Seletividade. IPI (art. 153, §3º, I); **ICMS** (art. 155, §2º, III); os impostos não-cumulativos são impostos que incidem sobre o consumo; dá-se a inexistência de capacidade econômica do contribuinte; em relação ao consumidor, impõe-se a redução (ou exoneração) do imposto sobre as operações com mercadorias e serviços, essenciais a uma vida digna.

6. O princípio da neutralidade na concorrência: art. 146-A: “*Lei Complementar poderá estabelecer critérios especiais de tributação com o objetivo de prevenir desequilíbrios da concorrência, sem prejuízo da competência de a União, por lei, estabelecer normas de igual objetivo*”;

6.1. *os tributos não-cumulativos devem incidir sobre o consumo; repercussão obrigatória e demonstrável;*

6.2. *dá-se a ausência de capacidade econômica do contribuinte para suportar tais tributos. Se não for possível a transferência do ônus do tributo para o consumidor, será necessária a isenção.*

7. O princípio da desoneração dos investimentos (IPI): art. 153, §3º, IV: “*terá reduzido seu impacto sobre a aquisição de bens de capital pelo contribuinte do imposto, na forma da lei*”;

Analisando o texto da Constituição Federal de 1988, pode-se constatar que o princípio da não-cumulatividade confere ao IPI e ao ICMS neutralidade, no sentido de que estes impostos não firam as leis da livre concorrência e da competitividade, como também garantam a formação de um preço justo, princípios esses que disciplinam os mercados. Por meio deles, garante-se que somente serão onerados pelos referidos impostos os consumidores finais, desonerando-se, pois, o setor produtivo.

Então, o princípio da não-cumulatividade garante que o contribuinte do imposto seja o consumidor final, e que os efeitos econômicos da tributação na produção e circulação sejam nulos.²⁰

Pelas diversas razões expostas anteriormente, a não-cumulatividade foi adotada no Brasil como uma forma de se instrumentalizar a neutralidade dos impostos incidentes sobre a produção, a distribuição e sobre a comercialização. A neutralidade é inerente a essas espécies impositivas. Sem ela não há como se garantir um desenvolvimento econômico, combinado com uma tributação justa.²¹

Apesar da neutralidade almejada, temos que ter em mente que não existe imposto totalmente neutro. Neste sentido, a lição de Rubens Gomes de Souza:²²

Considerando o conteúdo jurídico do princípio da não-cumulatividade, pode-se concluir que se trata de uma norma de aplicação, eventualmente regulamentável, mas que possui

20. Cf. DERZI, Misabel. In Atualizações de BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro*. 11ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 419.

21. Esse o sentido sustentado pela Dogmática Nacional. Entre outros, SOUZA, Hamilton Dias de. ICMS – Não-cumulatividade – aspectos relevantes. In Rezende Concorcet (Org.) *Estudos Tributários*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 254; CANTO, Gilberto de Ulhôa. ICM – não-cumulatividade – abatimento constitucional. *Revista de Direito Tributário*, nº 29-30, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, julho/dezembro 1984, p. 203; SOUZA, Rubens Gomes de. Os impostos sobre o valor acrescido no sistema tributário. *Revista de Direito Administrativo*, nº 110, out/dez. 1972, Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, p. 20.

22. SOUZA, Rubens Gomes de. Os impostos sobre o valor acrescido no sistema tributário. *Revista de Direito Administrativo*, nº 110, out/dez. 1972, Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, p. 20.

CONSTRUCTIVISMO LÓGICO-SEMÂNTICO
E OS DIÁLOGOS ENTRE TEORIA E PRÁTICA

eficácia plena, porquanto não depende de qualquer outro comando de hierarquia inferior para que possa produzir os seus efeitos, ao contrário do que ocorria na vigência da Constituição de 1967. Cabe à lei complementar disciplinar o *regime de compensação* do imposto,²³ contido na expressão “*compensando-se o que for devido em cada operação com o montante cobrado nas anteriores.*”²⁴

Quanto ao alcance do princípio da não-cumulatividade, que pode ser entendido, também, como regra de tributação, sem que esta condição retire seu caráter constitucional, de eficácia e aplicabilidade imediata, cumpre ressaltar que para que o contribuinte exerça seu direito de compensação não se faz necessário que, na etapa anterior, o imposto tenha sido pago ou cobrado efetivamente. Melhor explicando, não se faz necessário que o sujeito passivo-fornecedor tenha recolhido o imposto aos cofres públicos, para que nasça o direito ao crédito do contribuinte-adquirente.²⁵

A regulamentação, advinda por meio da Lei Complementar 87/96, claramente optou pelo crédito financeiro. Mas a legislação infraconstitucional tem estabelecido restrições ao aproveitamento amplo de tais créditos. Estas restrições têm gerado profundas indagações por parte da doutrina e da jurisprudência a respeito de quais bens e serviços concedem o direito ao crédito. Tendo em vista a importância dessa questão para a tributação sobre o consumo, este aspecto deve ser devidamente compreendido, principalmente em razão da

23. Nesse sentido, José Eduardo Soares de e LIPPO, Luiz Francisco. *A não-cumulatividade tributária*. São Paulo: Dialética, 1998, p. 99. Ainda CARRAZZA, Roque Antônio. *ICMS*, 5ª ed., revista e ampliada, de acordo com a Lei Complementar 87/96, São Paulo: Malheiros. 1999, p. 217.

24. A afirmação é controvertida do ponto de vista do crédito financeiro. No entanto, no que tange ao núcleo mínimo da regra – crédito físico – a jurisprudência de nossas Cortes Superiores é farta no sentido de dar plena eficácia à regra constitucional, afastando, por inconstitucionalidade, a norma inferior que a contrariar.

25. COELHO, Sacha Calmon Navarro. ICM – Competência Exonerativa. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: 1981, p. 86. No mesmo sentido lecionam os Professores Souto Maior Borges, Geraldo Ataliba e Cléber Giardino, Roque Carrazza, Alcides Jorge Costa e a Professora Misabel Derzi.

constatação inicial de que um imposto sobre consumo deve incidir somente sobre o valor relativo à despesa de consumo²⁶ e, para tanto, deve-se admitir o crédito amplo, sob pena de se tributar a renda ou o faturamento (produto bruto), adotando o nome de imposto sobre consumo.

No caso da Lei Complementar nº 102/2000, por ex., embora não se esteja vedando o aproveitamento do crédito relativo aos bens destinados ao ativo fixo, houve, não obstante, simplesmente um fracionamento da compensação em 48 parcelas, sob a justificativa de que o custo dos bens relativos ao ativo fixo não se agrega ao preço de forma integral, devendo o aproveitamento do crédito se dar na medida em que o contribuinte estiver tendo o retorno do investimento feito.

Como se sabe, as controvérsias a respeito da extensão do princípio da não-cumulatividade decorrem do fato de que a Constituição Federal outorgou competência à lei complementar para disciplinar o regime de compensação do imposto (art. 155, § 2º, XII, c da CF/88). Apenas isso. Mas as leis complementares editadas para esse fim terminaram por adotar, sob pressão dos Estados, apenas parcialmente, o sistema do crédito financeiro, recomendado no Relatório NEUMARK e seguido pela União Europeia. Em termos ideais, pela via dos impostos incidentes sobre as vendas de produtos industrializados ou destinados à comercialização, dever-se-ia adotar o sistema do crédito financeiro pleno, tendo em vista a necessidade de que os impostos

26. De acordo com as proposições formuladas pela Professora Misabel Derzi (*in* Aliomar Baleeiro, *Limitações constitucionais ao poder de tributar*. 7ª ed. revista e complementada à luz da Constituição de 1988 até a Emenda Constitucional nº 10/96, por MISABEL ABREU MACHADO DERZI, Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 451), o doutrinador alemão Heinrich Rauser havia afirmado que um imposto sobre o valor adicionado deveria alcançar apenas a circulação mercantil líquida de cada empresa, ou seja, deveria tributar apenas o valor realizado por ela. Este entendimento também é adotado pelo Prof. Alcides Jorge Costa, com relação à circunstância por ele mencionada, de que um IVA tipo consumo deve incidir apenas sobre a despesa de consumo, ou seja, aquele valor que excede ao custo do produto. E, para conseguir atingir somente essa parcela, faz-se necessário que seja reconhecido o direito ao crédito de todos os bens e serviços empregados no processo produtivo, ainda que os produtos não sejam empregados diretamente na produção.

CONSTRUCTIVISMO LÓGICO-SEMÂNTICO
E OS DIÁLOGOS ENTRE TEORIA E PRÁTICA

dessa natureza sejam neutros, portanto, não cumulativos. A tributação cumulativa sobre as vendas gera efeitos economicamente indesejáveis porque há uma oneração do setor produtivo, gerando um aumento de preços de forma injusta, tanto do ponto de vista do contribuinte de direito, quanto do contribuinte de fato, que estará pagando um preço maior, em razão de uma tributação distorcida e obscura sobre as vendas.

Melhor sorte não levaram os IVAS brasileiros na jurisprudência de nossos tribunais superiores. Com o advento da LC 87/96, esperou-se que a compreensão do princípio da não cumulatividade sofresse uma sensível alteração, uma vez que a Lei Complementar 87/96 foi editada visando a desoneração tributária do setor produtivo, considerando, principalmente, as exportações brasileiras. A proposta da LC 87/96 era modernizar a incidência do ICMS, visando o crescimento econômico.

Infelizmente, a jurisprudência vem se firmando no sentido de se ratificar o disposto na LC 87/96, restringindo o direito de crédito no que tange às aquisições de bens destinados ao uso e consumo do estabelecimento, energia elétrica e serviços de comunicação. O direito ao crédito relativo à entrada de bens para o ativo permanente está condicionado à apropriação fracionada em 48 prestações.

Pensamos que o SENTIDO CORRETO DA Constituição não seria apenas a adoção do crédito físico. Dá-se então que os IVAs brasileiros são muito mal administrados.

É que, quando bem conduzidos, os IVAS equivalem a investimentos incentivados, que teriam a força de capitalizar as empresas, providenciar expansão de negócios e desenvolvimento, sem, não obstante, provocar endividamento e empréstimos a juros altos.

Mas, triste realidade. A não cumulatividade do IVA dos Estados Federados (ICMS) e da União (IPI e PIS/COFINS) onera ainda fortemente a produção e guarda uma cumulatividade residual expressiva.

Posta de forma aberta na Constituição, a não-cumulatividade foi sempre interpretada restritivamente pelos fiscos em geral e hoje até pelo STF. Pode-se mesmo dizer que o DEc-Lei 406, revogado pela Lei Kandir, foi reprimado ou reinstituído no Brasil. Hoje discutimos, insumos diretos e indiretos, produtos intermediários, expressões daquele antigo Decreto-lei, abolidas pela Lei Kandir, a Complementar 87/96.

O IVA, quando bem compreendido e aplicado, como ocorre na Europa, é, em si mesmo, promotor de capitalização das empresas porque autoriza o crédito relativamente à aquisição de bens do ativo permanente e de bens de uso e consumo. Por influência da fazenda federal, que sempre praticou uma não cumulatividade de crédito físico restritivo, como no IPI, todos os Estados acabaram por conquistar a simpatia de alguns ministros da Corte Suprema que defendem o crédito físico. O mesmo contaminou o PIS/COFINS. Nem é necessário referir o rápido pagamento dos créditos havidos na exportação, que são honrados, na Europa, no espaço de 30 dias da data da apresentação.

Temos como resultado que a renovação de maquinários, e da estrutura produtiva das indústrias e das empresas é muito lenta em nosso País, pois os créditos relativos ao ICMS ou ao PIS/COFINS são lentamente dedutíveis no tempo no Brasil, enquanto na Europa, por exemplo, tudo é imediato. Uma empresa em expansão pode ficar mais de ano ou dois sem pagar o IVA europeu simplesmente porque tem muitos créditos a compensar, exatamente por ter feito muitas compras, enquanto aqui, para atenuar tais males, os Estados concedem e concederam (muitas vezes ilicitamente), incentivos com regime especial para compensação acelerada de tais créditos. **Com tal mentalidade, não há a menor chance de o Brasil concorrer em igualdade de condições tributárias com empresas estrangeiras no mercado internacional...** Enquanto elas, pela própria natureza do IVA, sem dever nenhum favor ao governante, se capitalizam e se expandem, aqui, ou elas obtêm favores junto aos governadores (lícitos ou ilícitos) ou se endividam pagando juros elevadíssimos, ou então, entram em

algum programa bancado pelo governo federal, endividam a nós brasileiros por meio de subsídios aos juros, pagos pela União. E o círculo vicioso continua.

3.2. Outra solução benéfica, que capitalizaria as empresas e evitaria o seu endividamento, uma vez corretamente conduzida, são os incentivos para investimentos, como a renúncia fiscal, a outorga de créditos presumidos, a parcela estatal na parceria público-privada, incentivos quer federais, quer estaduais ou mesmo municipais, etc. Tais benefícios são autorizados na Constituição e nas leis, mas tudo é muito mal administrado, desencadeando alguns desvios quer por parte das empresas, quer por parte de eventual exagero da Administração fiscalizadora.

A ZONA FRANCA de Manaus é um exemplo, em que, como decorrência da proteção constitucional, os lucros da exploração da empresa, nela localizada, são tributáveis pelo IR, com dedução de até 75%, fora os créditos presumidos de IPI e os incentivos de ICMS. Mas a contrapartida sempre foi: os lucros da exploração incentivada (mesmo no ICMS) não podem ser distribuídos aos sócios, devem ser contabilizados em separado, na conta de reserva de incentivos ou de lucros. Essa é uma forma de capitalizar as empresas e de obriga-las, enquanto dura o incentivo, a conservar o capital no país, para investimento.

Advogamos para empresas estrangeiras que lá, na ZONA FRANCA DE MANAUS, se situaram e que têm um *compliance* perfeito. Não distribuem lucro incentivado, não remetem lucro incentivado aos sócios estrangeiros, nem tampouco – o que não lhes seria proibido – não se valem de benefícios e lucros nacionais incentivados para montar outras subsidiárias no exterior. Nossas empresas da Zona Franca não são controladoras, nem sócias de outras subsidiárias no exterior, mas elas mantêm os lucros aqui. Para que? Em vez de se pendurarem no BNDS e endividarem o país com subsídios federais, **o que poderiam fazer**, pois não há empecilho legal, fazem empréstimos *Intercompany* para expansão dos negócios, já que têm muito dinheiro. Explique-se: impedidas por lei de

distribuírem aos sócios os lucros incentivados, fazem contratos de abertura de crédito entre si, entre *holding* e *subsidiárias do Brasil, tudo aqui, em nosso território*, cobrando juros civilizados entre as partes (6% a/a). Com isso as empresas do grupo têm recursos para expansão e investimentos no Brasil, sem se pendurarem no BNDS em algum programa, evitando-se que a União pague subsídios e se endivide (ou seja, nós brasileiros paguemos). Tais empresas, que têm um *compliance* rigoroso, fogem aos juros altos e se capitalizam.

No entanto, por essas e outras questões, são autuadas em bilhões pela receita federal... O Ministro da Fazenda disse que iria erradicar todos os incentivos do Norte. Impossibilitado de extinguir a ZONA FRANCA DE MANAUS, por força da Constituição, há uma investida fiscalizatória sem precedentes. Há muitas formas de se extinguir aquela ZONA. Seria isso uma estratégia, fica a pergunta?

Igualmente, a mesma lógica se dá no País para todo lucro incentivado, ou seja, para todo investimento incentivado. A lei dá sempre o mesmo tratamento aos demais incentivos federais, estaduais ou municipais pelo País afora.

A questão da incidência ou não do IR e da Contribuição Social sobre as subvenções para investimento já foi muito discutida entre nós. E sempre prevaleceu, quer na doutrina, quer na jurisprudência, a intributabilidade pelo Imposto sobre a Renda das subvenções para investimento. Hoje, a Lei federal 12.973/2016, em seu artigo 30, disciplina a matéria. Todo o lucro incentivado, advindo de incentivos fiscais federais ou estaduais, não importa (ainda que relativo à renúncia de ICMS) é intributável pelo IR, **se e somente se** não forem distribuídos aos sócios. Devem ser contabilizados a parte, como **reserva de lucros**.

Uma boa fiscalização pelos Estados e pela União para investigar os benefícios concedidos em todo o País, deveria ter como alvo apenas isso: as regras locais do incentivo foram cumpridas? As regras do art. 30 da Lei federal 12.973 foram cumpridas? Sem nenhum preconceito.

Entretanto, autuações federais se sucederam, e o CAREF, tantas vezes correto, dessa vez criou novas regras para dificultar a não incidência do IR sobre o lucro incentivado e não distribuído, a ponto de a recente Lei Complementar 160/2017 ter proibido a invenção e a adoção de quaisquer outros requisitos ou condições pela Fazenda além daqueles estabelecidos na lei, quer na estadual, concessiva do benefício, quer na Lei federal 12.973/2016, que proíbe a incidência do IR sobre o lucro incentivado e não distribuído. Trata-se, pois, de um dispositivo legal que diz simplesmente: **cumpram a lei.**

Como se vê, as subvenções para investimento, por meio dos incentivos fiscais ou de outros aportes do Estado, como nas parcerias público-privadas, criam meios de capitalização das empresas, que podem afastá-las dos empréstimos bancários com juros altos ou dos empréstimos com juros subsidiados, que nos endividam, a todos nós brasileiros.

É necessário que deixemos sobreviver tais respiradouros do sistema jurídico: ou seja, as técnicas de possibilitarmos a capitalização e os investimentos empresariais, fora do circuito dos juros altos. Um IVA adequado que a Constituição prevê, mas que deturpamos, e os incentivos e as subvenções para investimentos que devem ser voltados ao desenvolvimento e à expansão, já que não podem ser distribuídos aos sócios... a não ser que se cancele o benefício e se paguem os impostos, como o IR e a CSLL...

3.3. Finalmente, a terceira solução possível mas frustrada na realidade nacional, por força de intervenção legislativa e, por enquanto, aceita pela Suprema Corte. Trata-se da limitação da dedução dos prejuízos acumulados em exercícios anteriores a 30% do lucro do exercício.

Nos EUA, no Reino Unido, na França, na Alemanha e em outros países, a dedução dos prejuízos se dá sem travas para a frente, mas é necessário, antes dessa dedução progressiva, levar os prejuízos para trás, ou seja, retroativamente. Trata-se da forma mais rápida e drástica de capitalização das empresas.

Levando-se os prejuízos para dedução em exercício anterior, onde se tinha registrado lucro e recolhido o IR ao Estado, refaz-se o balanço retroativamente e, agora, zerados os lucros, a empresa tem crédito contra o Estado. O Estado lhe devolve o imposto sobre a renda, pago anteriormente e ela se capitaliza imediatamente... Se ainda houver prejuízos a deduzir, procede-se à dedução para a frente para o infinito em alguns países como na Inglaterra, ou por dezenove anos nos EUA.

Como se vê, é impossível competir, com tais ordens jurídicas, muito mais protetoras do capital, do desenvolvimento e dos empregos do que a nossa. **E trabalhando com juros baixos...**

4. Conclusões.

Como se observa, temos e teríamos várias soluções para investimento e capitalização das empresas, **sem endividamento público, ou seja, sem os subsídios pagos aos bancos, por meio:**

a) **quer de um IVA correto, de crédito financeiro, como a Constituição autoriza;**

b) **quer ainda de subvenções para investimento, ou incentivos por meio de renúncia fiscal, benefícios em geral, federais, estaduais ou municipais, com lucros indisponíveis para a distribuição aos sócios, separados contabilmente na reserva de lucros e destinados tão somente à expansão dos negócios... e com observância irrestrita da Lei 12.973/17;**

c) **quer ainda, nas empresas, por meio da rápida absorção dos prejuízos acumulados retroativamente, com devolução do IR pago anteriormente e ainda compensação progressiva dos prejuízos restantes, se for o caso, para a frente, como praticam as economias mais desenvolvidas. Apenas essa última fórmula é que demandaria alteração legislativa (para mim, bastaria uma interpretação conforme a Constituição). Seja como for, uma alteração legislativa à vista da**

CONSTRUCTIVISMO LÓGICO-SEMÂNTICO
E OS DIÁLOGOS ENTRE TEORIA E PRÁTICA

ainda resistente decisão do STF, **que considera constitucional a trava de 30%.**

Finalmente, não estamos preconizando baixar juros por decreto. Deixemos esse pacto estranho e sinistro feito com juros altos há décadas e décadas em seu próprio circuito paralelo, por governos de todos os matizes e diferentes ideologias.

Somente estamos observando que nós, brasileiros, destruimos todas as saídas que, já postas em nossa ordem jurídica, nos permitiriam ter empresas capitalizadas, investimentos, sem pendurar todas as iniciativas de empreendimento em empréstimos impagáveis. Para muitas empresas e para o Estado. E sem projetar o empresariado brasileiro em uma economia globalizada para perder, e vão perder... não há como competir. Nossas empresas estão, na corrida da vida, competindo com carros danificados ou com freio puxado. Não há como chegar lá.

SOMENTE A ÚLTIMA PERGUNTA:

Para que investir, para que expandir... por que razão nossas empresas nacionais ou estrangeiras aqui instaladas investiriam?

No ambiente de negócios, duas outras condições são necessárias.

A primeira condição: O Estado de Direito, a segurança jurídica, a observância irrestrita das leis e do devido processo legal, a proteção da confiança e a presunção de inocência devem ser efetivos. **Sem restabelecermos a confiança, nada haverá de novo. Não adianta falarmos em reforma econômica, ou tributária.**

A segunda e última condição. Para investir, é necessário ter demanda, é necessário ter consumidores. Sem eles, quem compra? Nossa elite econômica não se preocupa em erradicar a miséria e em reduzir a pobreza, como determina a Constituição. Erro grave. Nossa desigualdade vergonhosa limita nossa riqueza.

Justiça tributária e distribuição ou redistribuição da renda são questões tão relevantes como segurança. **Por que razão alguém expandiria seus negócios e geraria empregos, se não há retorno, se os produtos sobrarão nas prateleiras?**

Federação, liberdade, segurança jurídica e redução da desigualdade são o mesmo lado da moeda. Do outro lado, da mesma moeda, o desenvolvimento e a riqueza.

Como escreveu RAZ, liberal e positivista, a liberdade, moralmente adequada somente se apresenta naquela sociedade em que as pessoas têm autonomia para escolher entre opções de vida digna, garantidas pelo Estado. Assim sendo, liberdade e vida digna para todos, com um mínimo de igualdade, não se opõem, estão necessariamente interligadas. Entre liberdade, igualdade e federalismo, não há solução de continuidade.

Misabel Derzi