

16/06/2020

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.485 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : **MIN. LUIZ FUX**
REQTE.(S) : **CONFEDERACAO NACIONAL DAS EMPRESAS DE SEGUROS GERAIS, PREVIDENCIA PRIVADA E VIDA, SAUDE SUPLEMENTAR E CAPITALIZACAO - CNSEG**
ADV.(A/S) : **LUIZ GUSTAVO ANTÔNIO SILVA BICHARA E OUTRO(A/S)**
INTDO.(A/S) : **PRESIDENTE DA REPÚBLICA**
PROC.(A/S)(ES) : **ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO**
INTDO.(A/S) : **CONGRESSO NACIONAL**
PROC.(A/S)(ES) : **ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO**

EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE . ARTIGO 1º DA LEI 13.169/2015, FRUTO DA CONVERSÃO DA MPV 675/2015. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE LUCRO LÍQUIDO (CSLL). ALÍQUOTA ESPECÍFICA PARA EMPRESAS DE SEGUROS, RESSEGUROS VIDA E PREVIDÊNCIA E SAÚDE SUPLEMENTAR. CONSTITUCIONALIDADE FORMAL. COMPATIBILIDADE COM O ARTIGO 246 DA CONSTITUIÇÃO. CONSTITUCIONALIDADE MATERIAL. POSSIBILIDADE DE GRADUAÇÃO DA ALÍQUOTA CONFORME A ATIVIDADE ECONÔMICA. PECULIARIDADES SEGMENTO SECURITÁRIO E FINANCEIRO. ATIVIDADE PRODUTIVA. MÁXIMA EFICIÊNCIA ALOCATIVA DA TRIBUTAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO À ISONOMIA, CAPACIDADE CONTRIBUTIVA, LIVRE INICIATIVA E CONCORRÊNCIA E NÃO CONFISCO.

1. As alíquotas diferenciadas da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL – para empresas de seguros, resseguros, vida e previdência privada e saúde suplementar estabelecidas pela Medida Provisória 675/2015, convertida na Lei federal 13.169/2015 não ofendem o Texto Constitucional.

ADI 5485 / DF

2. A alteração da alíquota da CSLL por Medida Provisória não equivale à *regulamentação* do § 9º do artigo 195 da CRFB, incluído pela EC 20/1998, posteriormente modificado pelas EC 47/2005 e 103/2019, razão pela qual não há violação ao artigo 246 da Constituição. Precedentes desta Suprema Corte: RE 659.534-AgR, Rel. Min. Edson Fachin, Segunda Turma, *DJe* de 4/10/2017; ARE 1.175.895-AgR-Segundo, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, *DJe* de 6/8/2019; ARE 1.103.059-AgR, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Primeira Turma, *DJe* de 6/6/2018.

3. O critério utilizado pela Lei 13.169/2015 para elevar a contribuição de 15% para 17 e 20%, foi a atividade econômica dos contribuintes.

4. O art. 195, § 9º, da Constituição prevê que as contribuições sociais de seguridade social poderão ter alíquotas ou bases de cálculo diferenciadas, em razão da atividade econômica, da utilização intensiva de mão-de-obra, do porte da empresa ou da condição estrutural do mercado de trabalho.

5. A disposição constitucional não faz referência à referibilidade na implementação das alíquotas diferenciadas, o que legitima a incidência da maneira prevista na lei impugnada.

6. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em julgamento formado com Repercussão Geral, já reconheceu a legitimidade da legislação que equipara, para fins tributários, a sistemática de tributação das instituições financeiras e empresas de seguros em geral. RE 598572, Rel. Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 30/3/2016.

7. A consulta às informações divulgadas pela Superintendência de Seguros Privados – SUSEP – dá conta de que em alguns segmentos de seguros, como, por exemplo nos contratos de Plano Gerador de Benefícios Livres - PGBL e Vida Geradora de Benefícios Livres - VGBL, a concentração do mercado chega a 93% nas mãos das cinco maiores empresas do setor, todas instituições financeiras, o que só demonstra a simbiose entre as empresas de seguros e as instituições financeiras em geral no exercício das respectivas atividades econômicas.

8. *In casu*, uma análise mais densa da legitimidade da incidência estabelecida pelo legislador com base no Texto Constitucional a partir de

ADI 5485 / DF

preceitos econômicos não leva à imposição do controle da jurisdição constitucional.

9. “(...) a economia é a ciência da escolha racional em um mundo - nosso mundo - no qual os recursos são limitados em relação às necessidades humanas” (Richard Posner). O objetivo da aplicação das normas jurídicas deve ser a maximização do aproveitamento dos recursos.

10. A eficiência alocativa da tributação deve ser maximizada sem colidir com os objetivos distributivos da política tributária.

11. As seguradoras e instituições financeiras não exercem atividade produtiva posto que as atividades das seguradoras, bem como aquela de intermediação financeira do acesso ao capital, exercida por instituições financeiras, franqueiam a atividade econômica do país e permitem a produção de bens e serviços pelos segmentos responsáveis.

11. O Sistema Tributário Nacional considera natural que as seguradoras e instituições financeiras não se submetam às exigências tributárias do setor produtivo. O “produto”, por excelência, gerado pelas empresas do segmento securitário é o resultado obtido a partir dos prêmios auferidos em oposição às indenizações pagas.

12. O lucro dessas empresas, refletido nessa diferença, é o objeto natural de exigência tributária.

13. O preceito “atividade econômica” referido pela Constituição mostra-se corretamente interpretado na escolha realizada pelo legislador quando editou as normas impugnadas na presente demanda.

14. Tributar de maneira diferenciada o lucro do segmento financeiro e de seguros nada mais é do que escolher o signo representativo daquele segmento econômico para ser objeto de incidência da tributação.

15. A tributação como elemento indutor de comportamento é corolário natural das análises jurídicas baseadas em preceitos econômicos.

16. A eficiência alocativa da tributação do lucro de uma empresa de seguros deve ser calibrada de maneira a que não seja irrisória a ponto de manter estimulada a atividade securitária (ou seja, atingir o objetivo em certa medida), mas, em consequência, ocasionar baixíssima arrecadação

ADI 5485 / DF

para o potencial do mercado.

17. O mercado de seguros concentrado como o brasileiro, assegura que a demanda por seguro de automóveis, por exemplo, é inelástica no que resta imune à calibragem mais pesada na tributação que modifique o custo desse contrato.

18. Consectariamente, os aumentos na tributação promovidos tanto em 2008 quanto pela norma impugnada, de 2015, não afetaram a contratação de operações de seguro no país, conforme mostra o exame da tabela da evolução das receitas das companhias seguradoras, divulgada pela Superintendência de Seguros Privados – SUSEP (www.susep.gov.br).

19. A calibragem diferenciada das alíquotas, calcada em fundamentos razoáveis, representa a maximização da efetividade da tributação. Não há tributação desarrazoada ou violação aos princípios da isonomia e da capacidade contributiva.

20. O Supremo Tribunal Federal possui diversos julgados em que se declara a constitucionalidade de alíquotas diferenciadas para instituições financeiras e seguradoras. Confira-se os seguintes julgados: ARE 1.113.061-AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, *DJe* de 15/6/2018; ARE 949.005-AgR, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, *DJe* de 28/9/2016; ADI 2.898, Rel. Min. Dias Toffoli, *DJe* de 3/12/2018.

21. Os princípios da livre iniciativa e livre concorrência invocam a liberdade de empreender consagrada no Texto Constitucional. De um lado, o exercício da atividade econômica não deve ser obstado pelo Estado, de outro, compete ao ente estatal estabelecer os limites da atuação para que a concorrência justa aconteça.

22. O Supremo Tribunal Federal entende que as medidas tributárias que prejudicam a livre iniciativa e a livre concorrência são aquelas atitudes comissivas praticadas pelo Estado que se caracterizam como sanção política. Precedentes: RE 565048, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 29/5/2014; ADI 5135, Rel. Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 9/11/2016 .

23. A alegação de que a tributação acaba por afetar direta e negativamente as condições de competitividade no mesmo mercado e em

ADI 5485 / DF

relação os mesmos contribuintes, em vista do porte das empresas que compõem o setor, não procede.

24. A concentração do mercado de seguros nas mãos dos cinco maiores grupos vem paulatinamente sendo reduzida, mesmo com o aumento da contribuição à seguridade social de maneira indistinta a todas as empresas do ramo, conforme demonstram relatórios da SUSEP.

25. O efeito confiscatório da tributação deve levar em conta o limite da capacidade do cidadão de viver e se desenvolver, sempre observada a carga global a que o contribuinte está submetido.

26. *In casu*, a utilização do precedente formado nos auto da ADI-MC 2.010, Rel. Min. Celso de Mello, DJU 12/4/2002 não se mostra razoável para fins comparativos. No precedente julgava-se questão relativa a servidores públicos aposentados, pessoas físicas; nesta demanda julga-se o efeito confiscatório para empresas seguradoras. No julgado anterior há elementos vitais postos em consideração para a aferição do efeito confiscatório, tais como as despesas com saúde, alimentação, moradia, etc.; no caso, o que pode se encontrar em jogo para uma empresa seguradora é pura e simplesmente a sua capacidade de gerar lucro operacional.

27. A atividade exercida pelas seguradoras não é onerada por tributos incidentes sobre a atividade produtiva. O resultado de suas operações está todo ele materializado em seu lucro. As entidades de seguros, de maneira substancial, não comercializam bens ou serviços, tal qual outros segmentos econômicos que contam com alíquotas menores de incidência da CSLL, mas arcam com tributos sobre a produção. Neste particular, a tributação mais onerosa não se mostra confiscatória.

28. Ação Direita de Inconstitucionalidade julgada **IMPROCEDENTE**.

A C Ó R D Ã O

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, na conformidade da ata de julgamento virtual de 5 a 15/6/2020, por unanimidade, julgou improcedente o pedido formulado na ação direta, nos termos do voto do

ADI 5485 / DF

Relator. Falou, pela requerente, o Dr. Francisco Carlos Rosas Giardina.

Brasília, 16 de junho de 2020.

Ministro **LUIZ FUX - RELATOR**

Documento assinado digitalmente

16/06/2020

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.485 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : **MIN. LUIZ FUX**
REQTE.(S) : **CONFEDERACAO NACIONAL DAS EMPRESAS DE SEGUROS GERAIS, PREVIDENCIA PRIVADA E VIDA, SAUDE SUPLEMENTAR E CAPITALIZACAO - CNSEG**
ADV.(A/S) : **LUIZ GUSTAVO ANTÔNIO SILVA BICHARA E OUTRO(A/S)**
INTDO.(A/S) : **PRESIDENTE DA REPÚBLICA**
PROC.(A/S)(ES) : **ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO**
INTDO.(A/S) : **CONGRESSO NACIONAL**
PROC.(A/S)(ES) : **ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO**

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR): Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, ajuizada pela Confederação Nacional das Empresas de Seguros Gerais, Previdência Privada e Vida, Saúde Suplementar e Capitalização - CNSEG, tendo por objeto o artigo 1º da Lei federal 13.169/2015, de seguinte teor:

“Art. 1º A Lei nº 7.689, de 15 de dezembro de 1988, passa a vigorar com as seguintes alterações:

‘Art. 3º (...)

I - 20% (vinte por cento), no período compreendido entre 1º de setembro de 2015 e 31 de dezembro de 2018, e 15% (quinze por cento) a partir de 1º de janeiro de 2019, no caso das pessoas jurídicas de seguros privados, das de capitalização e das referidas nos incisos I a VII e X do § 1º do art. 1º da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001;

II - 17% (dezessete por cento), no período compreendido entre 1º de outubro de 2015 e 31 de dezembro de 2018, e 15%

ADI 5485 / DF

(quinze por cento) a partir de 1º de janeiro de 2019, no caso das pessoas jurídicas referidas no inciso IX do § 1º do art. 1º da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001;

III - 9% (nove por cento), no caso das demais pessoas jurídicas.”

Como parâmetro de controle, a requerente indicou os artigos 1º, IV; 5º, *caput*; 145, § 1º; 150, II e IV; 170, *caput* e V; e 246 da Constituição Federal, que dispõem, *in verbis*:

“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:

(...)

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)

Art. 145. (...)

§ 1º Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

II - instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida,

ADI 5485 / DF

independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos;

(...)

IV - utilizar tributo com efeito de confisco;

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

V - defesa do consumidor;

Art. 246. É vedada a adoção de medida provisória na regulamentação de artigo da Constituição cuja redação tenha sido alterada por meio de emenda promulgada entre 1º de janeiro de 1995 até a promulgação desta emenda, inclusive.”

Em sede preliminar, a requerente afirmou ser entidade nacional representativa das empresas de seguros privados, previdência privada e vida e saúde complementar. No mérito, em síntese, alegou

“(...) destaca-se a total inconstitucionalidade da Lei nº 13.169/15, decorrente da aplicação de critério equivocado de equiparação entre desiguais e de diferenciação entre iguais, visto que, a despeito da Medida Provisória nº 675/15 prever o aumento de alíquota para ‘estabelecer incidência tributária compatível com a capacidade contributiva dos setores econômicos abrangidos’, acabou atingindo setores diferenciados com base na presunção de geração de lucro dessas atividades, sem verificar a validade da presunção, destoando da realidade destes setores e, fundamentalmente, das empresas de seguro, resultando nos vícios formais e materiais, abaixo listados:

(i) Violação ao art. 246, da Constituição Federal, uma vez que a aplicação de alíquotas diferenciadas aos diversos setores da atividade econômica sustenta-se no seu art. 195, §9º, com a

ADI 5485 / DF

redação da Emenda Constitucional nº 20/1998, que não pode ser regulado por medida provisória, mas somente por lei;

(ii) Violação ao princípio da isonomia (arts. 5º, caput, e 150, II, da CF/88);

(iii) Violação aos princípios da vedação ao confisco (art. 150, IV, CF/88), da capacidade contributiva (art. 145, §1º, CF/88); e

(iv) Violação aos princípios da livre iniciativa e concorrência (art. 1º, IV, CF/88 e art. 170, caput e V, CF/88).

Neste contexto, é contra esta inconstitucional exigência da CSLL à alíquota de 20%, nos termos da MP nº 675/15, convertida na Lei nº 13.169/15, que se insurge a Requerente na presente ação direta de inconstitucionalidade, ajuizada exclusivamente em nome das empresas integrantes dos segmentos de SEGUROS, RESSEGUROS, PREVIDÊNCIA PRIVADA E VIDA E SAÚDE SUPLEMENTAR (...).

Formalmente, cumpre destacar que a Medida Provisória nº 675/15 não tem respaldo legal para regulamentar a distinção inserta no § 9º, do art. 195, da Constituição Federal, que supostamente teria o condão de afastar a garantia constitucional da isonomia ao prever a diferenciação de alíquotas e bases de cálculo das contribuições destinadas à seguridade social, reguladas pelo inciso I, desse mesmo dispositivo legal.

O referido art. 246 da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 32, de 11 de setembro de 2001, veda a 'adoção de medida provisória na regulamentação de artigo da Constituição cuja redação tenha sido alterada por meio de emenda promulgada entre 1º de janeiro de 1995 até a promulgação desta emenda, inclusive'. Ou seja, nenhuma medida provisória poderá regulamentar artigo constitucional cuja redação resulte de alteração promovida por emenda constitucional promulgada no período compreendido entre 1º de janeiro de 1995 e 11 de setembro de 2001.

Considerando que a CSLL tem como fundamento o art. 195 da Constituição Federal, o qual, no passado, foi modificado pela Emenda

ADI 5485 / DF

Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, tanto em relação ao seu inciso I, alínea 'c', como também ao § 9º (inexistente à época da promulgação do texto constitucional, tendo sido incluído pela EC 20/98), o que se tem é que este não pode ser regulamentado por meio de Medida Provisória.

(...)

Ao sentir da Requerente, e à vista do ordenamento constitucional, a Medida Provisória nº 675/15 viola frontalmente, dentre outros, o princípio da isonomia, pois a autorização estabelecida pelo § 9º, art. 195, da Constituição Federal, para distinções de base de cálculo e alíquotas em razão do segmento econômico adotado, deve ser feita por critérios quantitativos aplicáveis a todos os segmentos, sendo certo que a capacidade contributiva não pode ser apreciada pelo setor econômico em que o contribuinte se insere.

Além disso, as seguradoras não auferem lucros similares aos bancos, nem a outros setores que oneram mais pesadamente a seguridade social e que auferem lucros muito maiores que os das seguradoras, como é o caso das indústrias de bebida e tabaco, alvo do PL 3.023/15, cuja justificativa para majoração da CSLL em igual patamar dos bancos tem base no art. 195, § 9º da CF/88.

(...)

Além da indiscutível violação ao princípio da isonomia a majoração da CSLL de 15% para 20% para as empresas de seguros, contraria, igualmente, o princípio da capacidade contributiva, expresso no art. 145, §1º, da Constituição Federal, e o princípio do não confisco, previsto no art. 150, IV, da Carta Magna.

(...)

Nesse contexto, como amplamente exposto nesta ação, não há qualquer equivalência entre a capacidade contributiva de bancos e empresas de seguros a justificar a incidência da mesma alíquota majorada de CSLL no percentual de 20% (vinte por cento), visto que a capacidade contributiva das seguradoras é consideravelmente inferior que a dos bancos. Mais grave ainda será o impacto da alíquota majorada em relação às demais empresas lucrativas que, pelo contrário, não serão obrigadas a suportar o esforço fiscal na justa medida do seu lucro apurado.

ADI 5485 / DF

(...)

Além da violação dos princípios anteriormente discorridos, a majoração da CSLL às empresas de seguros, por força do dispositivo aqui combatido, resultou na violação ao princípio da livre iniciativa e concorrência, previstos nos arts. 1º, IV, e 170, caput e V, da Constituição Federal.

(...) a majoração de alíquota da CSLL, trazida pela Medida Provisória nº 675/15, convertida na Lei nº 13.169/15, é, igualmente, inconstitucional pela violação ao princípio da livre iniciativa e concorrência, insculpidos nos arts. 1º, IV e 170, caput e V, da Constituição Federal, pois a majoração promovida afetará de maneiras distintas e opostas os diversos players do ramo de seguros, podendo inviabilizar operações cujas margens já estejam estranguladas, pois, como já visto, o setor de seguros possui proporcionalmente um menor número de empresas lucrativas do que os bancos e empresas em geral."

Considerando o objeto da presente ação direta e a relevância da matéria versada, determinei fosse aplicado o rito veiculado pelo artigo 12 da Lei federal 9.868/1999 (doc. 12).

O Congresso Nacional afirmou que *"causa espécie que se suponha que o ex-ministro Joaquim Levy, oriundo do mercado financeiro, desconheça a capacidade contributiva dos setores bancário e securitário cuja atividade pretendia regular no plano tributário"* (doc. 17).

A Presidente da República também defendeu a constitucionalidade da norma atacada, aduzindo, em síntese, (i) que a alteração de alíquota de contribuição para a seguridade social não está abarcada pela vedação do artigo 246 da Constituição Federal; (ii) que a Constituição Federal sempre permitiu a adoção de alíquotas diferenciadas de contribuição social sobre o lucro segundo a lucratividade de cada setor econômico; e (iii) que a aferição da capacidade contributiva das empresas pode levar em consideração *"fatos signos presuntivos de renda ou lucratividade de todo um setor da economia"* (doc. 19).

ADI 5485 / DF

O Advogado-Geral da União exarou manifestação pelo não conhecimento da ação e, sucessivamente, pela improcedência do pedido de mérito, nos termos da seguinte ementa, *in verbis*:

“Tributário. Artigo 1º da Lei nº 13.169/15, que determina a elevação da alíquota da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL incidente sobre instituições financeiras e pessoas jurídicas de seguro privado. Preliminares. Falta de procuração com poderes específicos. Ausência de impugnação a todo o complexo normativo em que se insere o artigo impugnado. Mérito. A mera elevação de alíquota não constitui regulamentação ao disposto no artigo 195 da Constituição e, desse modo, não afronta a vedação constante do artigo 246 da Lei Maior. Não cabe ao Poder Judiciário, com suposto respaldo no princípio da isonomia, alterar a alíquota aplicável a determinada categoria de contribuintes, o que caracterizaria atuação como legislador positivo. O Texto Constitucional autoriza, expressamente, a definição de alíquotas diferenciadas da CSLL em razão da atividade econômica exercida pelos contribuintes. Ausência de comprovação de que a majoração isolada de alíquota determinada pelo artigo questionado resultaria em efeito confiscatório. Inocorrência de vulneração aos postulados da livre concorrência e da livre iniciativa. Manifestação pelo não conhecimento da ação direta e, no mérito, pela improcedência do pedido.” (doc. 21)

O Procurador-Geral da República também se manifestou no sentido da improcedência do pedido de mérito, em parecer assim ementado, *in verbis*:

“CONSTITUCIONAL TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE LUCRO LÍQUIDO (CSLL). ALÍQUOTA ESPECÍFICA PARA EMPRESAS FINANCEIRAS E EQUIPARADAS. AUSÊNCIA DE PROCURAÇÃO COM PODERES ESPECÍFICOS. IMPUGNAÇÃO DO COMPLEXO NORMATIVO. CONSTITUCIONALIDADE FORMAL. COMPATIBILIDADE COM O ART. 246 DA CONSTITUIÇÃO. CONSTITUCIONALIDADE MATERIAL. IMPOSSIBILIDADE

ADI 5485 / DF

DE ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO COMO LEGISLADOR POSITIVO. INVIABILIDADE DE ALTERAÇÃO DE ALÍQUOTA COM FUNDAMENTO NO PRINCÍPIO DA ISONOMIA. POSSIBILIDADE DE GRADUAÇÃO DA ALÍQUOTA CONFORME A ATIVIDADE ECONÔMICA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE EFEITO CONFISCATÓRIO. NÃO CONFIGURAÇÃO DE AFRONTA À LIVRE CONCORRÊNCIA E À LIVRE INICIATIVA.

1. Deve facultar-se prazo para regularizar procuração que não contemple poderes específicos para ajuizar ação direta de inconstitucionalidade.

2. Deve ser conhecida ação direta de inconstitucionalidade que impugne dispositivo cuja redação anterior é objeto de outra ação direta, em análise no Supremo Tribunal Federal. Nesse caso, a falta de impugnação de todo o complexo normativo não gera inutilidade da demanda.

3. Não viola o art. 246 da Constituição da República dispositivo de lei decorrente de medida provisória que apenas fixe alíquota da contribuição social sobre o lucro líquido (CSLL), porquanto não regulamenta o art. 195, § 9º, da CR.

4. Não cabe ao Poder Judiciário, que não dispõe de função legislativa, alterar alíquota de tributo aplicável a determinada categoria econômica. Precedentes.

5. É compatível com o princípio da isonomia fixação de alíquota da CSLL específica para empresas financeiras e equiparadas. O art. 195, § 9º, da CR autoriza considerar atividade econômica como fator de *discrimen* para definir alíquota de contribuições sociais.

6. Verificar violação ao princípio da vedação de tributo com efeito confiscatório depende de análise do contribuinte em relação à carga tributária. Ausência de demonstração concreta pela requerente do caráter confiscatório da alíquota de 20% da CSLL impede declará-lo inconstitucionalidade.

7. Improcede alegação genérica de afronta aos princípios da livre concorrência e da livre iniciativa por aumento provisório de alíquota de contribuição social. Configuração de ofensa aos parâmetros constitucionais deve demonstrar inviabilização concreta de atividades

ADI 5485 / DF

empresárias em decorrência de aumento da carga tributária.

8. *Parecer por conhecimento e improcedência do pedido.*" (doc. 26)

Por fim, determinei que a requerente regularizasse sua representação processual, juntando procuração com outorga de poderes específicos para a impugnação da norma objeto da presente ação direta de inconstitucionalidade (doc. 27). A providência restou cumprida (doc. 29).

É o relatório.

16/06/2020

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.485 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR): Cinge-se a controvérsia à constitucionalidade do artigo 1º da Lei federal 13.169/2015, decorrente da conversão da MP 675/2015, que majorou provisoriamente a alíquota da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) de 15% para 20% para certas pessoas jurídicas e de 15% para 17% para outras instituições em razão da atividade econômica.

I - LEGITIMIDADE ATIVA DA CONFEDERAÇÃO NACIONAL DAS EMPRESAS DE SEGUROS GERAIS, PREVIDÊNCIA PRIVADA E VIDA, SAÚDE SUPLEMENTAR E CAPITALIZAÇÃO – CNSEG

Ab initio, reconheço a legitimidade ativa do requerente, nos termos do artigo 103, IX, da Constituição.

Esta Corte já assentou que a Confederação Nacional das Empresas de Seguros Gerais, Previdência Privada e Vida, Saúde Suplementar e Capitalização – CNSEG satisfaz os requisitos para ser qualificada como confederação sindical, de forma que possui legitimidade para provocar o controle abstrato de constitucionalidade perante esta Corte. Nesse sentido: ADI 5984, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 20/12/2019.

Ademais, o conteúdo da lei impugnada – aumento da alíquota da CSLL para instituições financeiras e assemelhadas – possui pertinência temática com a finalidade institucional da CNSeg – defesa dos interesses das **empresas de seguros, resseguros, previdência privada e vida e saúde suplementar**.

ADI 5485 / DF

II – IMPUGNAÇÃO DE TODO O COMPLEXO NORMATIVO

Alega a Advocacia-Geral da União (AGU) que a demanda não poderia ter seguimento na medida em que a entidade autora não teria impugnado todo o complexo normativo relativo à tributação das entidades seguradoras e assemelhadas de maneira diferenciada pela CSLL.

Diz que a norma impugnada é precedida de outra Medida Provisória – 413/2008 -, convertida na Lei 11.727/2008, que também criou diferenciação entre as entidades do sistema financeiro e as demais pessoas jurídicas no que se refere à tributação sobre o lucro.

Assim, a declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos apontados na inicial ensejaria a repriminção de dispositivos legais de mesma natureza que aqueles ora atacados.

É certo que a jurisprudência desta Suprema Corte adota a necessidade de impugnação de todo o complexo normativo como elemento de procedibilidade das ações de controle concentrado de constitucionalidade. Cite-se os seguintes arestos: ADI 4342-AgR, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em 18/12/2017; ADI 5922-AgR, Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 14/2/2020.

Todavia, no caso concreto, não vislumbro o prejuízo ao curso da demanda aventado nas informações da AGU. É que o fundamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal para exigir a impugnação ao complexo normativo nas ações de controle concentrado é a insindicabilidade do sistema jurídico. Em precedente lapidar, as palavras do atual decano da Corte, Min. Celso de Melo, são irreprocháveis:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE –

ADI 5485 / DF

DEFESA DE INTERESSES INDIVIDUAIS E CONCRETOS EM SEDE DE CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE – INADMISSIBILIDADE – NATUREZA OBJETIVA DO PROCESSO DE FISCALIZAÇÃO CONCENTRADA DE CONSTITUCIONALIDADE – IMPUGNAÇÃO TÓPICA OU FRAGMENTÁRIA DE DIPLOMAS LEGISLATIVOS CONEXOS QUE INTEGRAM COMPLEXO NORMATIVO INCINDÍVEL – INVIABILIDADE – RECURSOS DE AGRAVO IMPROVIDOS. INADEQUAÇÃO DO CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO PARA A DEFESA DE INTERESSES INDIVIDUAIS E CONCRETOS – CONSEQUENTE INADMISSIBILIDADE DA AÇÃO DIRETA. – O controle normativo de constitucionalidade qualifica-se como típico processo de caráter objetivo, vocacionado, exclusivamente, à defesa, em tese, da harmonia do sistema constitucional. A instauração desse processo objetivo tem por função instrumental viabilizar o julgamento da validade abstrata do ato estatal em face da Constituição da República. O exame de relações jurídicas concretas e individuais constitui matéria juridicamente estranha ao domínio do processo de controle concentrado de constitucionalidade. – A tutela jurisdicional de situações individuais, uma vez suscitada a controvérsia de índole constitucional, há de ser obtida na via do controle difuso de constitucionalidade, que, supondo a existência de um caso concreto, revela-se acessível a qualquer pessoa que disponha de interesse e legitimidade (CPC, art. 3º). Doutrina. Precedentes. DIPLOMAS NORMATIVOS QUE INTEGRAM COMPLEXO NORMATIVO INCINDÍVEL – NECESSIDADE DE IMPUGNAÇÃO ABRANGENTE DE TODAS AS NORMAS UNIDAS PELO VÍNCULO DE CONEXÃO – INOCORRÊNCIA – INVIABILIDADE DA AÇÃO DIRETA. – Tratando-se de normas legais e de diplomas legislativos que se interconexionam ou que mantêm, entre si, vínculo de dependência jurídica, cabe ao autor da ação direta, ao postular a declaração de inconstitucionalidade, abranger, no alcance desse “judicium”, todas as regras unidas pelo vínculo de conexão, sob pena de, em não o fazendo, tornar inviável a própria instauração do

ADI 5485 / DF

controle concentrado de constitucionalidade. – Em situação de mútua dependência normativa, em que as regras estatais interagem umas com as outras, condicionando-se, reciprocamente, em sua aplicabilidade e eficácia, revela-se incabível a impugnação tópica ou fragmentária de apenas algumas dessas normas, considerada a circunstância de o complexo normativo que elas integram qualificar-se como unidade estrutural incidível, a inviabilizar questionamentos seletivos e isolados de determinadas prescrições normativas. – Em tal contexto, e pelo fato de referidas normas integrarem a totalidade do sistema, não se admitem, em sede de controle normativo abstrato, impugnações isoladas ou tópicas, sob pena de completa desarticulação e desagregação do próprio sistema normativo a que se acham incorporadas. Precedentes.

(ADI 2422-AgR, Relator Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 10/5/2012, DJe 30/10/2014)

No caso, a exordial aponta para a necessidade de julgamento desta demanda em conjunto com a ADI 4.101, também de minha relatoria, em que o ordenamento jurídico anterior é expressamente impugnado. A distribuição operou-se por prevenção.

Neste contexto, examinando a preliminar sob as lentes dos fundamentos para se exigir a condição de procedibilidade da ação, não vislumbro elementos que possam obstar o trâmite da demanda. Isso porque o julgamento conjunto desta ação com aquela outra que aborda o tema aqui não impugnado compõe a impugnação do complexo normativo.

Seria contraproducente e mesmo um prejuízo à economia processual exigir que nesta ação se repetissem os termos já postos a julgamento pelo Tribunal Constitucional.

Desse modo, rejeito a preliminar aduzida.

ADI 5485 / DF

III. MÉRITO

III.1. ALEGADA OFENSA AO ARTIGO 246 DA CRFB

O requerente suscita, também, violação ao artigo 246 da Carta Maior, cujo teor dispõe:

“Art. 246. É vedada a adoção de medida provisória na regulamentação de artigo da Constituição cuja redação tenha sido alterada por meio de emenda promulgada entre 1º de janeiro de 1995 até a promulgação desta emenda, inclusive.” (Redação conferida pela EC 32/2001)

Sustenta, no ponto, que:

30. Formalmente, cumpre destacar que a Medida Provisória nº 675/15 não tem respaldo legal para regulamentar a distinção inserta no §9º, do art. 195, da Constituição Federal, que supostamente teria o condão de afastar a garantia constitucional da isonomia ao prever a diferenciação de alíquotas e bases de cálculo das contribuições destinadas à seguridade social, reguladas pelo inciso I, desse mesmo dispositivo legal. ”

E acrescenta:

37. Certo é que, até a Emenda Constitucional nº 20/98, não existia previsão na Carta Magna quanto à possibilidade de instituição de alíquotas ou bases de cálculo diferenciadas em função da atividade econômica, tratando-se, portanto, de alteração substancial na sistemática de tributação, novidade esta inconstitucionalmente regulamentada no bojo da Medida Provisória nº 675/15, quanto ao aumento da alíquota da CSLL, o que representa verdadeira norma regulamentadora da cobrança da dita contribuição, já que altera um dos elementos quantitativos (alíquota) da obrigação tributária.

ADI 5485 / DF

A impugnação, entretanto, não convence.

Evidentemente, não se pode dizer que a alteração de alíquota equivale à *regulamentação* do § 9º, do artigo 195 da CRFB, incluído pela EC 20/1998), que, em sua redação original à data da propositura desta ADI, versava que “*as contribuições sociais previstas no inciso I do caput deste artigo poderão ter alíquotas ou bases de cálculo diferenciadas, em razão da atividade econômica, da utilização intensiva de mão-de-obra, do porte da empresa ou da condição estrutural do mercado de trabalho*”.

A legislação impugnada não visou a pormenorizar, densificar o conteúdo do texto constitucional nesses pontos, mas sim a dar cumprimento à previsão constitucional, aplicando, dessa forma, alíquotas diferenciadas em razão da atividade econômica. Além disso, tendo em vista que a EC 20/1998 não instituiu ou alterou alíquotas, observa-se que as medidas provisórias não regulamentaram o artigo 195, § 9º, não afrontando o disposto no artigo 246, da Constituição Federal.

Nesse sentido, colaciono julgados que corroboram com o entendimento ora exposto:

“AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE LUCRO LÍQUIDO. MP 413/2008 E REEDIÇÕES. ANTERIORIDADE NONAGESIMAL. JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE. ISONOMIA TRIBUTÁRIA.

1. A existência de ação de controle objetivo pendente de julgamento não infirma a formação de jurisprudência dominante para os fins do art. 21, § 1º, do RISTF, com esteio tão somente na expectativa de mudança jurisprudencial. Embora seja possível em posterior julgamento a alteração da compreensão jurisprudencial, vige no direito brasileiro o postulado de que lei formal goza de presunção de constitucionalidade até declaração em sentido contrário. Art. 525, §§ 12, 14 e 15 do CPC/15.

2. A atribuição de alíquota diferenciada a determinada atividade

ADI 5485 / DF

econômica (instituições financeiras) não viola o princípio da igualdade, assim como não é dado o Poder Judiciário, por não dispor de função legislativa, equiparar cargas tributárias entre contribuintes distintos, com base no referido princípio. Precedentes.

3. A reedição da MP 413/2008 e posterior conversão em lei não violou o princípio da anterioridade nonagesimal, por expressa dicção legal e como atesta o Tribunal de origem. Precedente: RE-AgR 528.160, de relatoria da Ministra Cármen Lúcia, Segunda Turma, DJe 12.06.2013.

4. A majoração de alíquota de CSLL por medida provisória não atrai a aplicação obstativa do art. 246 da Constituição da República. Precedentes.

4. Agravo regimental a que se nega provimento, com aplicação de multa, nos termos do art. 1.021, § 4º, do CPC.” (RE 659.534-AgR, Rel. Min. Edson Fachin, Segunda Turma, DJe de 4/10/2017, grifei)

“Agravos regimentais em recurso extraordinário com agravo. 2. Direito Processual Civil e Tributário. 3. Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL). MP 413/2008, convertida na Lei 11.727/2008. Validade formal. Alíquota diferenciada para instituições financeiras e equiparadas. Inexistência de afronta aos princípios da isonomia e da anterioridade. Precedentes. 4. Desnecessidade de sobrestamento do feito até o julgamento do mérito da ADI 4.101. Precedentes atuais de ambas as Turmas. 5. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. 6. Agravo regimental a que se nega provimento.” (ARE 1.175.895-AgR-Segundo, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe de 6/8/2019, grifei)

“AGRAVO INTERNO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. ALÍQUOTA DIFERENCIADA DA CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO. MP 413/2008. LEI 11.727/2008. AFRONTA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA TRIBUTÁRIA. INEXISTÊNCIA. ALEGADA VIOLAÇÃO AO ART. 246 DA CONSTITUIÇÃO

ADI 5485 / DF

FEDERAL. INOCORRÊNCIA. PRECEDENTES.

1. *Decisão agravada em consonância com a jurisprudência consolidada da CORTE.*

2. *Agravo interno a que se nega provimento. Não se aplica o art. 85, § 11, do Código de Processo Civil de 2015, tendo em vista que não houve fixação de honorários advocatícios nas instâncias de origem.” (ARE 1.103.059-AgR, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Primeira Turma, DJe de 6/6/2018, grifei)*

Diante do exposto, rejeito a alegação de violação ao artigo 246 da Constituição da República.

III.2. DA ALEGADA VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA (ARTS. 5º, CAPUT, E 150, II, DA CF/88) E DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA (ART. 145, §1º, CF/88) – O DISCRIMEN RELATIVO AOS LUCROS COMPARADOS POR ATIVIDADE ECONÔMICA – ART. 195, § 9º DA CF/88

A requerente suscita, em suas razões, que a escolha da atividade econômica exercida pelas empresas de seguros, resseguros, previdência privada e vida e saúde suplementar como critério para tributação diferenciada sobre o lucro não se sustentaria em vista dos princípios da isonomia e da capacidade contributiva.

Alega, sem síntese:

“56. Ao sentir da Requerente, e à vista do ordenamento constitucional, a Medida Provisória nº 675/15 viola frontalmente, dentre outros, o princípio da isonomia, pois a autorização estabelecida pelo §9º, art. 195, da Constituição Federal, para distinções de base de cálculo e alíquotas em razão do segmento econômico adotado, deve ser feita por critérios quantitativos aplicáveis a todos os segmentos, sendo certo que a capacidade contributiva não pode ser apreciada pelo setor econômico em que o contribuinte se insere.

57. Além disso, as seguradoras não auferem lucros similares aos bancos, nem a outros setores que oneram mais pesadamente a

ADI 5485 / DF

seguridade social e que auferem lucros muito maiores que os das seguradoras, como é o caso das indústrias de bebida e tabaco, alvo do PL 3.023/15, cuja justificativa para majoração da CSLL em igual patamar dos bancos tem base no art. 195, § 9º da CF/88.

Ocorre que a redação dos dispositivos impugnados é clara no que se refere à **atividade econômica** - critério previsto de forma taxativa na Constituição - cujas pessoas jurídicas sofreram majoração da alíquota, como se extrai do art. 1º da Lei 13.169/2015:

“Art. 1º A Lei nº 7.689, de 15 de dezembro de 1988, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 3º

I - 20% (vinte por cento), no período compreendido entre 1º de setembro de 2015 e 31 de dezembro de 2018, e 15% (quinze por cento) a partir de 1º de janeiro de 2019, no caso das pessoas jurídicas de seguros privados, das de capitalização e das referidas nos incisos I a VII e X do § 1º do art. 1º da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001;

II - 17% (dezesete por cento), no período compreendido entre 1º de outubro de 2015 e 31 de dezembro de 2018, e 15% (quinze por cento) a partir de 1º de janeiro de 2019, no caso das pessoas jurídicas referidas no inciso IX do § 1º do art. 1º da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001;

III - 9% (nove por cento), no caso das demais pessoas jurídicas.”

Confira-se o artigo 195 da Constituição em sua redação à época da proposição desta ADI, antes da Emenda Constitucional 103/2019:

“§ 9º As contribuições sociais previstas no inciso I do caput deste artigo poderão ter alíquotas ou bases de cálculo diferenciadas, em razão da atividade econômica, da utilização intensiva de mão-de-obra,

ADI 5485 / DF

do porte da empresa ou da condição estrutural do mercado de trabalho.” (Grifei)

Com efeito, a escolha feita pelo Constituinte, ao contrário do que afirma a requerente, possui o condão de materializar o princípio da isonomia tratando de maneira desigual contribuintes que se encontram em situação diversa.

E veja-se que a opção constitucional não exige que o ordenamento que lhe dá suporte agregue elementos, por exemplo, de referibilidade em relação a contribuições sociais, para justificar a tributação diferenciada por atividade econômica, tal qual afirma a requerente ao exigir que “(...) *quem deve contribuir de maneira mais ativa para o financiamento da seguridade social são as empresas que mais a utilizam, seja pelo alto índice de rotatividade ou pelo elevado índice de acidentes que necessitem de serviços médicos de previdência, levando em conta que se dois contribuintes oneram de forma equânime a seguridade social, é óbvio que devem contribuir para o seu custeio de modo também igualitário.*”

Em verdade, a tributação diferenciada pode ser implementada simplesmente pela edição de lei que dê suporte à diferenciação já estabelecida pelo Constituinte, *in casu*, a partir da atividade econômica desempenhada.

Nessa lógica, cito a manifestação da Advocacia-Geral da União que corrobora com este entendimento:

“30. O princípio da isonomia tributária determina que a norma infraconstitucional deverá tratar igualmente pessoas que estejam nas mesmas condições e que, em face dessas condições, não seria justificável ou razoável tratá-las desigualmente. Da mesma forma, a norma infraconstitucional deverá tratar desigualmente pessoas que estejam em situações diferentes e que, em face de particularidades relevantes de ordem econômica ou social, mereçam não ser tratadas

ADI 5485 / DF

igualmente, ou seja, o tratamento diferenciado poderá acontecer por motivo extrafiscal, sempre a lei tributária poder discriminar por motivo extrafiscal entre ramos de atividade econômica, desde que a distinção seja razoável, derivada de uma finalidade objetiva, e se aplique a todas as pessoas da mesma classe ou categoria; ou por motivo fiscal, que neste caso o princípio da igualdade é informado pelo princípio da capacidade contributiva.

(...)

32. Não resta dúvida, então, que a Constituição da República de 1988, mesmo antes da Emenda Constitucional nº 20/1998 e da Emenda Constitucional nº 47/2005, que reforçam a autorização constitucional de tributação diferenciada de contribuições das empresas para a seguridade social em razão de atividade econômica, de utilização intensiva de mão de obra, do porte da empresa ou da condição estrutural do mercado de trabalho (art. 195, § 9º), sempre permitiu que a União, por meio de lei ordinária, estabelecesse alíquotas diferenciadas em relação a essas contribuições com supedâneo em critérios como o da igualdade (art. 150, II), o da capacidade contributiva (art. 195, § 1º), como a discriminação em face de setores de atividades econômicas mais ou menos lucrativos (art. 195, § 1º, in fine), o da solidariedade na manutenção da seguridade social (art. 195, caput), o da equidade na forma de participação no custeio (art. 194, parágrafo único, V) e o da busca do equilíbrio financeiro e atuarial da previdência social (art. 201, caput).

33. Desse modo, cabe ser realçado que sempre foi possível, desde o Texto original da Constituição da República, portanto, desde antes da EC nº 20/1998, utilizar o legislador infraconstitucional critério de graduar, por lei, a alíquota da contribuição social incidente sobre o lucro das pessoas jurídicas, segundo a maior lucratividade de determinados setores da economia ou a utilização da capacidade contributiva na CSLL.” (Doc. 61, p. 15-16)

Com o mesmo entendimento, a Procuradoria-Geral da República opinou pela constitucionalidade dos dispositivos impugnados, em parecer cujo trecho transcrevo, *in verbis*:

ADI 5485 / DF

“É notório que o lucro auferido por empresas financeiras e equiparadas destaca-se das demais atividades econômicas e empresariais, ainda que, nesse grupo, possa haver distinção de renda entre diferentes empresas. Os princípios da capacidade contributiva e da isonomia, bem como o caráter solidário do sistema previdenciário, autorizam o legislador a graduar as contribuições previdenciárias, conforme reconhecem Paulsen e Velloso:

Nas contribuições de seguridade social, por exemplo, devem ser considerados aspectos do sistema que elas almejam financiar. Dentre tais aspectos, sobressai a responsabilidade do sujeito passivo pelo plexo de benefícios que é chamado a custear.

Para elucidar esse fato, é válido trazer à baila o caso das contribuições dos segurados. Elas devem apresentar traços sinalagmáticos, sendo graduadas em função do valor das prestações securitárias que ensejarão. Porém, o princípio da capacidade contributiva e o caráter solidário do sistema adotado no Brasil permitem que o legislador se afaste razoavelmente de tal norte, de modo a também considerar a aptidão econômica do segurado para financiar o sistema.

É o próprio princípio da isonomia, na sua acepção da igualdade vertical, que exige disparidades de trato em função da capacidade contributiva dos segurados e das prestações a que fazem ou podem fazer jus. Em contrapartida, ele também requer, agora na sua acepção de igualdade horizontal, que os segurados em condições análogas sejam tratados de modo paritário.

*O art. 195, § 9º, da CR permite instituir contribuições sociais com alíquotas e bases de cálculo distintas, em razão da atividade econômica, da utilização intensiva de mão de obra, do porte da empresa e de condição estrutural do mercado de trabalho. **O preceito constitui expressão dos princípios da isonomia tributária e da capacidade contributiva, que permitem tratamento específico de contribuintes com maior capacidade econômica.**” (Doc. 65, p. 7, grifei)*

O Plenário desta Suprema Corte, em julgamento formado com Repercussão Geral, já reconheceu a legitimidade da legislação que

ADI 5485 / DF

equipara, para fins tributários, a sistemática de tributação das instituições financeiras e empresas de seguros em geral. Transcrevo as palavras do Relator, Min. Edson Fachin, nos autos do RE 598572, Tribunal Pleno, julgado em 30/3/2016:

(...) Em que pesem as razões indicadas pelo laudo técnico relativamente à lucratividade das empresas de seguro, a equiparação dessas empresas às demais instituições financeiras decorre de opção legislativa exercida, como expandido ao longo fundamentação, dentro de parâmetros constitucionais. Concluir-se de forma diversa, exigiria que o Poder Judiciário substituísse os critérios adotados pelo único órgão legitimado a estabelecer critérios diferenciadores entre os contribuintes.

Justamente neste aspecto que se insere o limite da intervenção judicial sobre os atos legislativos, especialmente de cunho tributário, com base nos princípios da isonomia e da capacidade contributiva.

Mesmo uma análise mais densa da legitimidade da incidência estabelecida pelo legislador com base no Texto Constitucional a partir de preceitos econômicos não leva à imposição do controle da jurisdição constitucional para o caso.

Ícone na efetivação de uma análise econômica dos comandos jurídicos, Richard Posner, em seu clássico *“Economic Analysis of Law”*, estabelece como fundamento para a interseção entre Direito e Economia o pressuposto de que a ciência econômica é, por excelência, aquela que consagra os métodos para a escolha racional. Esta, partindo do comportamento humano, tende sempre a maximizar os recursos a partir dos desejos humanos. Nas palavras do professor da Universidade de Chicago:

Conforme concebido neste livro, a economia é a ciência da escolha racional em um mundo - nosso mundo - no qual os recursos

ADI 5485 / DF

são limitados em relação às necessidades humanas. A tarefa da economia, assim definida, é explorar as implicações de assumir que o homem é um maximizador racional de seus fins na vida, de suas satisfações - o que chamaremos de "self interest"¹.

A obra de Posner consagra três fundamentos econômicos a serem absorvidos pelo Direito: (a) a lei da demanda; (b) a maximização das utilidades e (c) a alocação dos recursos em seus usos mais eficientes. Nesta visão, o objetivo da aplicação das normas jurídicas deve ser a maximização do aproveitamento dos recursos, obtida, em regra, em um livre mercado.

Em matéria de tributação, as premissas são igualmente válidas. Em especial, o autor faz questão de destacar o fundamento da eficiência. Veja-se:

A forte ênfase colocada em considerações distributivas nas discussões faz parte do livro. Mas considerações de eficiência também pesam bastante. A tributação de uma atividade cria um incentivo para que as pessoas envolvidas nela substituam outra atividade que é tributada com menos força. Presumivelmente, no entanto, eles foram empregados de maneira mais produtiva na primeira atividade; caso contrário, a imposição de um imposto não seria necessária para induzi-los a mudar para o segundo. Portanto, o imposto reduziu a eficiência com a qual os recursos estão sendo empregados. A ineficiência poderia ter sido evitada ou pelo menos reduzida, sem perda de receita, se o imposto tivesse sido projetado para minimizar os efeitos da substituição; a eficiência alocativa da tributação é maximizada, fazendo com que a alíquota varie inversamente com a elasticidade da demanda pelo bem ou atividade tributada. Infelizmente, as tentativas de minimizar a

1 As conceived in this book, economics is the science of rational choice in a world — our world — in which resources are limited in relation to human wants. The task of economics, so defined, is to explore the implications of assuming that man is a rational maximizer of his ends in life, his satisfactions — what we shall call his “self-interest.”

ADI 5485 / DF

*ineficiência alocativa podem colidir com os objetivos distributivos da política tributária.*² (destacamos)

Exemplo bastante interessante é trazido na obra:

*Um imposto federal fixo sobre adultos [“head tax”], por exemplo, teria efeitos mínimos de eficiência (mínimo, mas não zero, porque induziria algumas pessoas a emigrar), mas seria altamente opressivo e geraria pouca receita.*³

Para o caso em exame, as lições de Posner mostram-se extremamente úteis.

Como já fartamente exposto, a Autora da demanda impugna a tributação diferenciada sobre o lucro exigida de seguradoras, resseguradoras, empresas de previdência privada e vida e saúde suplementar, pechando-a de inconstitucional.

A par das considerações já tecidas sobre a redação do Texto Constitucional albergar a possibilidade, a questão pode ser vista sob lentes ainda mais abrangentes.

2 The heavy emphasis placed on distributive considerations in discussions part of the book. But efficiency considerations also weigh heavily. Taxing an activity creates an incentive for people engaged in it to substitute another activity that is taxed less heavily. Presumably, however, they were more productively employed in the first activity; otherwise the imposition of a tax would not have been necessary to induce them to switch to the second. Hence the tax has reduced the efficiency with which resources are being employed. The inefficiency might have been avoided or at least reduced, without revenue loss, had the tax been designed to minimize substitution effects; allocative efficiency in taxation is maximized by making the tax rate vary inversely with the elasticity of demand for the good or activity that is taxed. Unfortunately, attempts to minimize allocative inefficiency may clash with the distributive goals of tax policy.

3 A flat federal head tax on adults, for example, would have minimum efficiency effects (minimum, but not zero, because it would induce some people to emigrate), but it would be highly oppressive generate little revenue.

ADI 5485 / DF

É que em uma visão sistêmica do segmento econômico explorado por aquelas sociedades não se pode olvidar do fato de que tais empresas não exercem atividade produtiva. É certo que a atividade das seguradoras, bem como aquela de intermediação financeira do acesso ao capital, exercida por instituições financeiras, franqueiam a atividade econômica do país e permitem a produção de bens e serviços pelos segmentos responsáveis. Todavia, ditos estratos da economia, em si, nada produzem.

Aliás, contradizendo a entidade autora, que busca diferenciar a atividade das seguradoras e das instituições financeiras, uma breve consulta às informações divulgadas pela Superintendência de Seguros Privados – SUSEP – dá conta de que em alguns segmentos de seguros, como, por exemplo nos contratos de Plano Gerador de Benefícios Livres - PGBL e Vida Geradora de Benefícios Livres - VGBL, a concentração do mercado chega a **93%** nas mãos das cinco maiores empresas do setor, todas instituições financeiras. A menção só demonstra a simbiose entre as empresas de seguros e as instituições financeiras em geral no exercício das respectivas atividades econômicas. Transcrevemos a análise:

5.2 Concentração do Mercado

Os gráficos de concentração por empresa no mercado de acumulação mostram a participação das 5 maiores companhias, em relação ao volume total de prêmios/contribuições, apurada em quatro períodos distintos. A análise desses gráficos indica uma crescente (e elevadíssima) concentração no mercado de produtos de acumulação. A participação no mercado das 5 maiores companhias representava 77% em 2003 (ano de introdução do VGBL), e atingiu o percentual de 93% em 2018.

Nota-se, também, uma predominância de seguradoras vinculadas a grandes grupos econômicos (especialmente, do setor bancário). Os gráficos de concentração por grupo econômico mostram que a participação dos cinco principais grupos, em relação ao volume total de prêmios/contribuições

ADI 5485 / DF

do mercado, aumentou de 77% (em 2003) para 91% (em 2018).
(destacamos)⁴

Espelhando esse diagnóstico no Sistema Tributário Nacional, natural que as seguradoras em geral, assim como as instituições financeiras, não se submetam às exigências tributárias a que se submetem o setor produtivo. Em verdade, o “produto”, por excelência, gerado pelas empresas do segmento securitário é o resultado obtido a partir dos prêmios auferidos em oposição às indenizações pagas.

Mencione-se que não está em jogo, conforme discorre a requerente em sua inicial, o peso na balança representado pelo lucro das seguradoras e instituições financeiras, mas, muito mais o desenho do sistema a partir da atividade principal das sociedades atingidas pela tributação diferenciada.

Essa diferença, refletida no lucro dessas empresas, é o objeto natural de exigência tributária. O preceito “atividade econômica” referido pela Constituição mostra-se corretamente interpretado na escolha realizada pelo legislador quando editou as normas impugnadas na presente demanda. Tributar de maneira diferenciada o lucro dos segmentos financeiro e de seguros nada mais é do que escolher o signo representativo daquelas classes econômicas para ser objeto de incidência da tributação.

Aqui fica clara a necessidade de observarmos as lições de Posner, especialmente encetada no exemplo da tributação por meio de um imposto *per capita* (“head tax”) por adulto, que transcrevemos alhures: a tributação dos lucros de uma seguradora e de uma instituição financeira deve ser calibrada de maneira a que não seja irrisória a ponto de manter estimulada as atividades securitárias e de crédito (ou seja, atingir o objetivo em certa medida), mas, em consequência, ocasionar baixíssima arrecadação para o potencial do mercado.

⁴ http://www.susep.gov.br/menuestatistica/SES/Relat_Acomp_Mercado_2019.pdf

ADI 5485 / DF

A tributação como elemento indutor de comportamento é corolário natural das análises jurídicas baseadas em preceitos econômicos.

Esse diagnóstico é bem resumido em artigo de Fábio Severiano do Nascimento⁵, publicado na Revista de Direito da Cidade, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ):

As bases (renda ou transações de bens) adotadas para a tributação provocam alguma reação no comportamento dos agentes econômicos, ora se a tributação se vincula a um comportamento ou situação relativa a um contribuinte, basta que este comportamento não seja adotado, ou que esta situação seja afastada, para que não seja devido o tributo, logo, o contribuinte tem o estímulo, diante da norma tributária, para deixar de adotar um comportamento (desestímulo para adotar outro). (...)

Quando o Estado cria algum tributo incidente sobre as trocas econômicas, o sistema de preços do mercado altera-se, obrigando o produtor a repassar o custo da tributação para o preço do bem, o que causa uma diminuição na quantidade de bens demandada. (...)

In casu, as sociedades representadas pela entidade autora oferecem um leque de serviços de seguro que, regra geral, ostentam demandas inelásticas. Em se tratando de um mercado de seguros concentrado como o brasileiro, há estudos que asseguram que, por exemplo, a demanda por seguro de automóveis é inelástica⁶. Ou seja, falando sob o aspecto

5 NASCIMENTO, Fabiano Severiano do. “Algumas contribuições teóricas da Análise Econômica do Direito no estudo da tributação”. Revista de Direito da Cidade, vol.03, nº01. ISSN 2317-7721 p. 232-260

6 PERES, Vivileine Maria; MALDONADO, Wilfredo L. and CANDIDO, Osvaldo. Seguros de automóvel no Brasil: concentração e demanda de mercado. Rev. contab. finanç. [online]. 2019, vol.30, n.81 [cited 2020-05-14], pp.396-408. Available from: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1519-70772019000300396&lng=en&nrm=iso>. Epub May 06, 2019. ISSN 1519-7077.

ADI 5485 / DF

tributário, em geral, a demanda é imune a calibrações mais pesadas na tributação que modifiquem o custo desse crédito.

Table 1: Receitas Anuais (R\$ mil)

Ano	Acumulação	Seguros (excl.VGBL)	Capitalização	Total	% PIB
2.003	14.855.232	23.674.350	6.022.577	44.552.159	2,59
2.004	18.592.160	26.958.107	6.601.776	52.152.043	2,66
2.005	19.473.408	30.827.045	6.910.339	57.210.792	2,64
2.006	22.590.671	34.275.962	7.111.434	63.978.067	2,66
2.007	28.105.091	38.252.894	7.828.951	74.186.935	2,73
2.008	31.821.825	44.288.487	9.015.379	85.125.692	2,74
2.009	38.687.234	46.478.404	10.104.143	95.269.780	2,86
2.010	46.063.476	53.384.635	11.780.949	111.229.059	2,86
2.011	53.730.992	61.611.288	14.081.260	129.423.540	2,96
2.012	70.602.131	69.829.484	16.585.013	157.016.628	3,26
2.013	73.954.739	83.078.732	20.979.849	178.013.320	3,34
2.014	83.719.836	92.968.706	21.882.104	198.570.647	3,44
2.015	99.025.242	98.532.640	21.469.725	219.027.607	3,65
2.016	117.536.076	100.708.696	21.094.592	239.339.365	3,82
2.017	121.118.553	105.349.827	20.777.299	247.245.679	3,77
2.018	111.756.399	112.799.642	21.064.007	245.620.047	3,60

Esse indicador também pode ser evidenciado pelo fato de que os aumentos na tributação promovidos tanto em 2008 quanto pela norma impugnada, de 2015, não afetaram a contratação de operações de seguro no país. Nesse sentido, a tabela da evolução das receitas das companhias seguradoras, divulgada pela Superintendência de Seguros Privados – SUSEP (www.susep.gov.br), ilustra o fato de os aumentos na tributação não terem atingido em nenhum momento a situação das seguradoras:

Assim é que não se trata de tributação desarrazoada ou em oposição aos primados da isonomia e da capacidade contributiva, mas sim de fazer incidir a exigência sobre a grandeza econômica que representa a atividade do segmento de seguros. Ademais, a calibragem diferenciada das alíquotas apenas significa a maximização dos efeitos da participação do segmento no financiamento da coletividade sem desestimular o exercício da atividade. Não há inconstitucionalidade a ser reparada.

<https://doi.org/10.1590/1808-057x201808300>.

ADI 5485 / DF

Em arremate, verifica-se que esta Suprema Corte, em diversos julgados, já vem declarando a **constitucionalidade** de alíquotas diferenciadas para a tributação do lucro de instituições financeiras e entidades equiparadas, não se verificando a alegada discriminação. No mesmo sentido, confirmam-se os seguintes julgados:

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO – CSSL. POSSIBILIDADE DE MAJORAÇÃO DE ALÍQUOTA POR MEDIDA PROVISÓRIA. INEXISTÊNCIA DE AFRONTA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA TRIBUTÁRIA. NÃO COMPETE AO PODER JUDICIÁRIO EQUIPARAR TRIBUTOS. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.” (ARE 1.218.829-AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, DJe de 25/10/2019)

“Agravamento regimental no recurso extraordinário com agravo. Tributário. CSSL. MP nº 675/15. Lei nº 13.169/15. Artigo 246 da CF/88. Majoração de alíquota anteriormente fixada. Ausência de regulamentação. Artigo 195, § 9º, da CF/88. Diferenciação de alíquotas. Possibilidade.

1. A MP nº 675/15, convertida na Lei nº 13.169/15, não regulamentou emenda constitucional, mas apenas majorou a alíquota da CSSL já anteriormente exigida.

2. O art. 246 da Constituição Federal veda a edição de medida provisória que regulamente dispositivos da Carta Magna objetos de alteração por emendas constitucionais promulgadas de 1º de janeiro de 1995 até a data da promulgação da EC nº 32, de 2001.

3. É firme o entendimento do Supremo Tribunal Federal no sentido da possibilidade de se estabelecerem alíquotas diferenciadas de contribuição social em razão, dentre outros critérios, da atividade econômica desenvolvida pelo contribuinte.

4. Agravo regimental não provido.

ADI 5485 / DF

5. Não se aplica ao caso dos autos a majoração dos honorários prevista no art. 85, § 11, do novo Código de Processo Civil, uma vez que não houve o arbitramento de honorários sucumbenciais pela Corte de origem.” (ARE 1.113.061-AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, DJe de 15/6/2018, grifei)

“DIREITO TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE LUCRO. ALEGADA SEMELHANÇA COM A MATÉRIA A SER APRECIADA NO RE 599.309. INOCORRÊNCIA. PEDIDO DE SOBRESTAMENTO ATÉ JULGAMENTO DEFINITIVO DA ADI 4.101. IMPROCEDENTE. MAJORAÇÃO DE ALÍQUOTA POR MEIO DE MEDIDA PROVISÓRIA. CONSTITUCIONALIDADE. ALÍQUOTA DIFERENCIADA PARA INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA. PRECEDENTES.

1. Não se aplica ao caso a repercussão geral reconhecida nos autos do RE 599.309. Isso porque naquele feito é discutida a constitucionalidade da contribuição adicional de 2,5% sobre a folha de salários de instituições financeiras, fundamentado no art. 195, I, a, da Constituição Federal. Na hipótese dos autos, a Contribuição Social analisada refere-se ao lucro líquido das instituições financeiras, com embasamento no art. 195, I, c, da Carta.

2. O fato de o mérito da ADI 4.101 ainda não ter sido apreciado não impede o julgamento do presente recurso, consoante prevê a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Precedentes.

3. A jurisprudência desta Suprema Corte assentou a legitimidade da alteração da alíquota da CSLL por meio de medida provisória, tendo em vista que a alteração do art. 195 da Carta pela Emenda Constitucional 20 não versou, especificamente, sobre a alíquota de contribuição destinada ao custeio da seguridade social. Dessa forma, a referida medida provisória não regulamentou o art. 195, § 9º, da Constituição Federal, o que afasta a alegada contrariedade ao art. 246 da Carta Magna.

4. Nos termos da jurisprudência pacífica da Corte, a exigência

ADI 5485 / DF

de alíquota diferenciada da CSLL das instituições financeiras não afronta o princípio da isonomia. Precedentes.

5. Inaplicável o art. 85, § 11, do CPC/2015, uma vez que não é cabível condenação em honorários advocatícios (art. 25, Lei nº 12.016/2009 e Súmula 512/STF).

6. Agravo interno a que se nega provimento, com aplicação da multa prevista no art. 1.021, § 4º, do CPC/2015.” (ARE 949.005-AgR, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, DJe de 28/9/2016)

Finalmente, em sentido análogo, cito ementa do julgamento da ADI 2.898, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 3/12/2018, na qual ficou assentado que *“a imposição de alíquotas diferenciadas em razão da atividade econômica pode estar fundada nas funções fiscais ou nas funções extrafiscais da exação. A priori, estando fundada na função fiscal, deve a distinção corresponder à capacidade contributiva; estando embasada nas funções extrafiscais, deve ela respeitar a proporcionalidade, a razoabilidade, bem como o postulado da vedação do excesso”*:

“Ação direta de inconstitucionalidade. Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL). Artigos 22 e 29, III, da Lei nº 10.684/03. Aumento da base de cálculo do tributo para as empresas prestadoras de serviço. Violação dos princípios da isonomia, da capacidade contributiva, da vedação do confisco ou da anterioridade. Não ocorrência. Improcedência da ação.

1. A alteração da redação do art. 20 da Lei nº 9.249/95 pela Medida Provisória nº 232/04 não é suficiente para gerar o prejuízo da ação, pois o dispositivo que modificava o art. 20 da Lei nº 9.249/95 não foi aprovado pelo Congresso Nacional, deixando de constar no texto final da lei de conversão (Lei nº 11.119/05). O efeito revogador somente se operaria quando da conversão em lei do texto provisório.

2. Descabimento da alegação de inconstitucionalidade do art. 29, inciso III, da Lei nº 10.684/03 por desrespeito ao princípio da anterioridade anual previsto no art. 150, inciso III, alínea b, da Lei Fundamental. A instituição ou a majoração de contribuições sociais submete-se a regramento específico, estampado no art. 195, § 6º, da Constituição Federal, fazendo o dispositivo remissão expressa à

ADI 5485 / DF

vigência do art. 22 da mesma lei após o interregno de noventa dias da publicação do ato normativo.

3. O aumento da base de cálculo da CSLL foi destinado às empresas prestadoras de serviços tributadas com base no lucro presumido ou por estimativa, com exclusão das prestadoras de serviços hospitalares e equiparadas. A norma questionada, sob o pálio da política fiscal, teve o objetivo de sanar discrepância antes estabelecida consistente em uma menor tributação da renda (lucro) das pessoas jurídicas prestadoras de serviço, em detrimento das pessoas físicas desempenhadoras da mesma atividade.

4. A conformação do princípio da isonomia na Constituição Federal, mais ainda na vertente tributária, autoriza a adoção de medidas discriminativas para a promoção da igualdade em sentido material. No caso da Contribuição Social de Lucro Líquido (CSLL), assim como de outras contribuições sociais, a Constituição Federal autoriza a adoção de alíquotas ou bases de cálculo diferenciadas, dentre outros critérios, em razão da atividade econômica desenvolvida pela empresa, notadamente após a Emenda Constitucional nº 20/98, que inseriu o § 9º no art. 195 da CF.

5. Arelado ao valor da isonomia, o princípio da capacidade contributiva busca, exatamente, justificar a adoção de critérios de diferenciação de incidência, conforme exija a multiplicidade de situações sociais, sempre visando a uma tributação mais justa e equânime.

6. Tendo em conta a totalidade da carga tributária suportada pelo contribuinte, o incremento isolado de uma contribuição não seria suficiente para atestar o efeito confiscatório propalado, porquanto, apesar do maior sacrifício da renda do sujeito passivo do tributo, não se impôs óbice irrazoável ao exercício de sua atividade.

7. Ação que se julga improcedente.” (Grifei)

III.3. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA LIVRE INICIATIVA E CONCORRÊNCIA (ART. 1º, IV, CF/88 E ART. 170, CAPUT E V, CF/88).

Ultrapassado o ponto principal arguido pela entidade autora em sua

ADI 5485 / DF

inicial, mister analisar a questão sob os outros enfoques trazidos na petição inicial.

O primeiro deles diz com eventual violação ao princípio da livre iniciativa e concorrência, entabulados nos arts. 1º, IV, e 170, *caput* e inciso V da Constituição. Nas palavras da autora:

112. É certo, deste modo, que a majoração de alíquota da CSLL, trazida pela Medida Provisória nº 675/15, convertida na Lei nº 13.169/15, é, igualmente, inconstitucional pela violação ao princípio da livre iniciativa e concorrência, insculpidos nos arts. 1º, IV e 170, caput e V, da Constituição Federal, pois a majoração promovida afetarà de maneiras distintas e opostas os diversos players do ramo de seguros, podendo inviabilizar operações cujas margens já estejam estranguladas, pois, como já visto, o setor de seguros possui proporcionalmente um menor numero de empresas lucrativas do que os bancos e empresas em geral.

A entidade busca corroborar suas assertivas a partir de parecer fornecido por *expert* acostado à inicial. Em específico, o perito afirma o seguinte (fls. 37 documento 4):

Por uma ou por outra forma, embora inicialmente o efeito direto do aumento da CSLL pudesse ser igual para todas as seguradoras, na prática, dadas as peculiaridades da estrutura de mercado e de produtos, os impactos devem ser diferenciados, podendo prejudicar relativamente mais as seguradoras de menor porte e menos rentáveis e as que vendem proporcionalmente mais seguros longos ou mesmo produtos permanentes (como VGBL, PBGL e Planos Tradicionais).

Assim sendo, a tributação acaba por afetar direta e negativamente as condições de competitividade, mesmo considerando o mesmo mercado e os mesmos contribuintes. Não poderia haver forma de intervenção estatal mais danosa para a economia do que aquela que se dá discriminando uns e outros, ou seja, impondo uma carga tributária diferenciada para contribuintes iguais, que exercem mesma

ADI 5485 / DF

atividade e que concorrem entre si. Quanto maior for a carga de tributo para um contribuinte e quanto maior for o preço que ele precisa cobrar de seu produto para cobrir tal custo adicional, tanto menor é sua condição para concorrer com contribuintes que disputam o mesmo mercado, porque a tributação e as obrigações estatais fazem a diferença – e para pior.

De se ver que a manifestação do perito não agrega fundamentos de fato extraídos do cenário econômico que subsidiem suas conclusões a respeito de eventual abalo à livre concorrência a partir da tributação.

Muito ao contrário, com olhos voltados para os estudos realizados pela Superintendência de Seguros Privados – SUSEP – sobre o mercado de seguros no Brasil, não se nos afigura que o diagnóstico possa ser efetivamente comprovado.

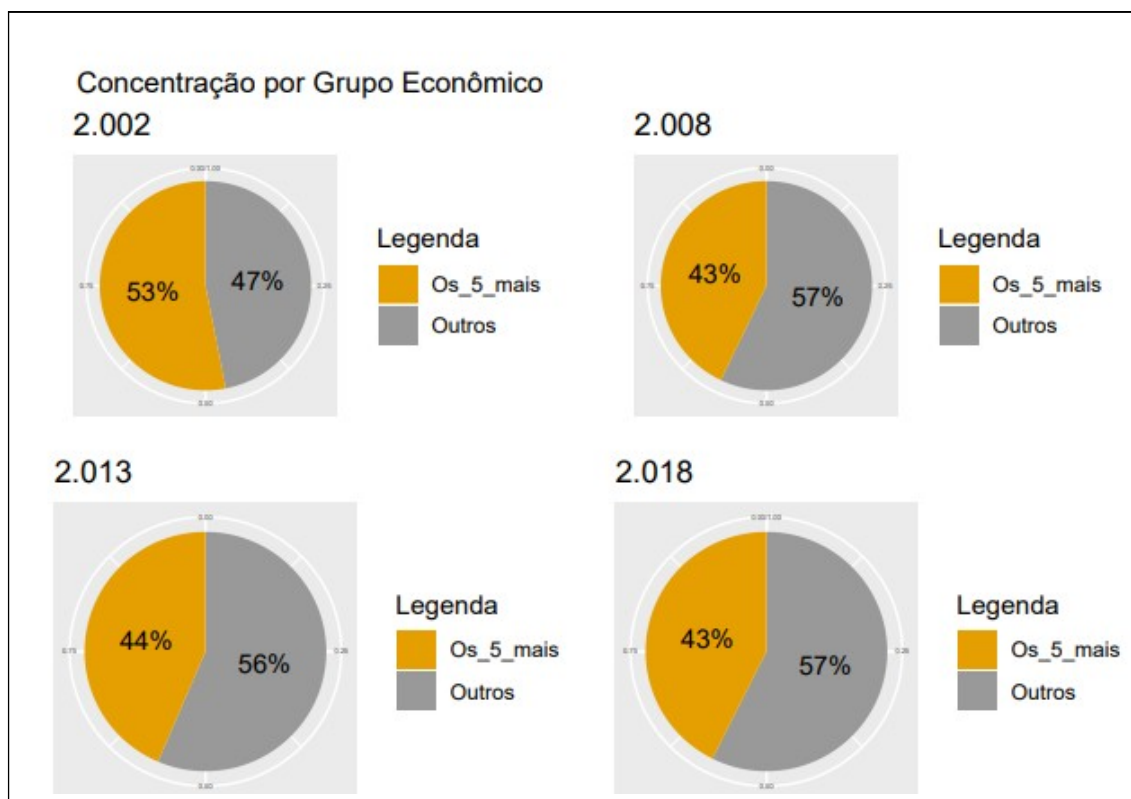
De saída, como já se asseverou linhas atrás, nos planos de seguro pessoais com contratos de longo prazo – PGBL e VGBL -, negócios em que o perito afirma haver maior parcela de prejuízo às pequenas seguradoras, temos que a concentração do mercado ultrapassa a fatia de 90% na mão dos cinco maiores grupos, diretamente vinculados a instituições financeiras. Ou seja, não é a tributação o elemento determinante na operação das médias e pequenas seguradoras.

Aliás, nos contratos de seguro em geral, ao longo do tempo a concentração do mercado nas mãos dos cinco maiores grupos vem paulatinamente sendo reduzida, mesmo com o aumento da contribuição à seguridade social de maneira indistinta a todas as empresas do ramo. Valemo-nos, mais uma vez, do relatório SUSEP⁷:

7

http://www.susep.gov.br/menuestatistica/SES/Relat_Acomp_Mercado_2019.pdf

ADI 5485 / DF



4.3 Concentração do Mercado

Os gráficos de concentração por empresa no mercado de seguros (excl. VGBL) mostram a participação das cinco maiores seguradoras, em relação ao volume total de prêmios diretos, apurada em quatro períodos distintos. A análise desses gráficos indica que a concentração nesse mercado vem reduzindo ao longo do tempo. A participação das 5 maiores companhias no mercado de seguros representava 38% em 2002, e atingiu o percentual de 31% em 2018.

Os gráficos de concentração por grupo econômico no mercado de seguros (excl. VGBL) mostram a participação dos cinco maiores grupos econômicos, em relação ao volume total de prêmios diretos, apurada em quatro períodos distintos. A análise desses gráficos mostra uma predominância de seguradoras vinculadas a grandes grupos. A participação dos cinco principais grupos econômicos no mercado de seguros representava 53% em 2002, e atingiu o percentual de 43% em 2018. (destacamos)

ADI 5485 / DF

Sob o prisma jurídico, não vislumbro, do mesmo modo, mácula aos dispositivos questionados em face dos princípios apontados.

A menção aos princípios da livre iniciativa e livre concorrência invoca a liberdade de empreender consagrada no Texto Constitucional. Se por um lado, em regra, o exercício da atividade econômica não deve ser obstado pelo Estado, de outro, compete ao ente estatal estabelecer os limites da atuação para que a concorrência justa aconteça. Fernando Herren Garcia⁸ resume bem o contexto da liberdade de iniciativa e da livre concorrência:

O agente econômico é livre para empreender o que bem entenda, desde que não prejudique a liberdade, de outros agentes econômicos, de concorrer. Em sentido inverso, para que haja liberdade de concorrer é preciso que não se utilize em termos absolutos a liberdade de empreender, o que somente pode ser obtido mediante restrições a esta última.

É certo que o Estado, por meio da tributação, tem o poder de intervir em determinado mercado relevante, reprimindo-o ou incentivando-o, inclusive com vistas à sua missão de resguardar a livre concorrência.

Em específico, a respeito da utilização da tributação de maneira a prejudicar a livre iniciativa e a livre concorrência, esta Suprema Corte já fixou paradigma no sentido de que as medidas tributárias aptas a vergastar ditos princípios são aquelas atitudes comissivas praticadas pelo Estado que se caracterizem como sanção política. Precedentes: RE 565048, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 29/5/2014; ADI 5135, Rel. Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 9/11/2016 .

Desse modo, para configurar a inconstitucionalidade a que alude a inicial, seria necessário atitude comissiva praticada pelo Estado com base

8 AGUILLAR, Fernando Herrera. *Direito Econômico – Do Direito Nacional ao Direito Supranacional*. 10ª Edição. Ed. Atlas. Página 228.

ADI 5485 / DF

em seu poder de tributar que atingisse a possibilidade de exercício das atividades securitárias, ou mesmo que, demonstradamente, implicassem em lesão à concorrência. Não é o que se vê no presente caso, conforme restou amplamente examinado.

III.4. DA VEDAÇÃO AO CONFISCO (ART. 150, IV, CF/88)

Em um último argumento, a entidade autora invoca o princípio da vedação ao confisco para afastar os termos da tributação questionada.

Diz a inicial:

62. E não é só isso. Ao se exigir a CSLL sem a observância do princípio da capacidade contributiva, o legislador acabou por conferir efeito confiscatório, o que é vedado pela Carta Magna em seu artigo 150, IV.

63. Tal ilação é simples: a partir do momento em que o legislador prevê a cobrança de exação sem que o contribuinte possua riqueza condizente com o que lhe é exigido (capacidade contributiva), acabará tendo que se desfazer de seu patrimônio ou ter sua existência ameaçada para honrá-la (confisco tributário). Observe-se que, no caso concreto, a atividade do setor de seguros em geral será indispensável para a concretização de garantias fundamentais à sociedade, justamente num período de maior instabilidade econômica e escassez de recursos públicos.

A construção formulada caminha sobre uma linha comparativa com precedentes da Corte que reconheceram a tributação inválida em virtude do efeito confiscatório sobre o patrimônio da pessoa física. Menciona-se o precedente da ADI-MC 2.010, Rel. Min. Celso de Mello, DJU 12/4/2002, que tratava da contribuição previdenciária dos servidores públicos aposentados.

Não nos parece, entretanto, seja essa uma comparação válida. Na

ADI 5485 / DF

clássica lição de Ives Gandra da Silva Martins⁹, o efeito confiscatório em matéria tributária pode ser assim explicado:

Reza o artigo 150, inc. IV, da Constituição que é vedado ao Poder Público, no campo tributário, provocar "IV. o efeito confisco".

O dispositivo está na seção de "Limitações ao poder de tributar", constituindo vedação absoluta ao poder de tributar.

Toda a imposição fiscal, que se torne confiscatória, é, pois, inconstitucional, razão pela qual não pode ser exigida.

Comentei o referido dispositivo, nos Comentários à Constituição Federal, v. 6, tomo I, Ed. Saraiva, escritos juntamente com Celso Bastos, dizendo o seguinte: "O quinto princípio a limitar o poder de tributar é o de vedação de confisco, a que me referi ao analisar o princípio da capacidade contributiva. Não é fácil definir o que seja confisco, entendendo eu que, sempre que a tributação agregada retire a capacidade de o contribuinte se sustentar e se desenvolver (ganhos para suas necessidades essenciais e ganhos superiores ao atendimento destas necessidades para reinvestimento ou desenvolvimento), estar-se-á perante o confisco.

Na minha especial maneira de ver o confisco, não posso examiná-lo a partir de cada tributo, mas da universalidade de toda a carga tributária incidente sobre um único contribuinte.

Se a soma dos diversos tributos incidentes representa carga que impeça o pagador de tributos de viver e se desenvolver, estar-se-á perante carga geral confiscatória, razão pela qual todo o sistema terá que ser revisto, mas principalmente aquele tributo que, quando criado, ultrapasse o limite da capacidade contributiva do cidadão.

Há, pois, um tributo confiscatório e um sistema confiscatório decorrencial. Ao meu ver, a Constituição proibiu a ocorrência dos dois, como proteção ao cidadão.

Do extrato da doutrina se extrai a premissa de que a avaliação do efeito confiscatório deve levar em conta o limite da capacidade do cidadão de viver e se desenvolver, sempre observada a carga global a que

9 MARTINS, Ives Gandra da Silva. *O efeito confiscatório no Direito Tributário*. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo | vol. 2/1998 | p. 93 - 96 | Jul - Dez / 1998

ADI 5485 / DF

o contribuinte está submetido.

Já de saída podemos dizer que a comparação feita pela Requerente entre servidores públicos aposentados pessoas físicas e empresas seguradoras não se mostra razoável para fins de avaliação do efeito confiscatório. Isso porque de um lado há elementos vitais postos em consideração para a aferição do efeito confiscatório, tais como as despesas com saúde, alimentação, moradia, etc. e, de outro, o que pode se encontrar em jogo para uma empresa seguradora é pura e simplesmente a sua capacidade de gerar lucro operacional.

Ademais, não se pode olvidar, tal como posto linhas atrás neste voto, que a atividade exercida pelas seguradoras não é onerada por tributos incidentes sobre a atividade produtiva. Ou seja, o resultado de suas operações está praticamente todo ele materializado em seu lucro. Não há, de maneira substancial, a comercialização de bens ou serviços pelas entidades de seguros, tal qual outros segmentos econômicos que contam com alíquotas menores de incidência da CSLL, mas arcam com tributos sobre a produção.

Aliado a esses elementos, podemos mencionar, uma vez mais, o precedente na ADI 2898, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 10/10/2018 a respeito da definição do efeito confiscatório da tributação. Pinçando algumas palavras do Relator:

Nesses termos, tendo em conta a totalidade da carga tributária suportada pelo contribuinte, o incremento isolado de uma contribuição, a meu ver, não seria suficiente para atestar o efeito confiscatório propalado pela autora, porquanto, apesar do maior sacrifício do lucro presumido do sujeito passivo do tributo, não se originou óbice irrazoável ao exercício de sua atividade.
(grifamos)

Dessa forma, o efeito confiscatório não restou demonstrado no caso.

ADI 5485 / DF

Aliás, pelo próprio caráter objetivo da demanda de controle concentrado, a apresentação de elementos que comprovem a exigência de tributo com efeito de confisco, a partir das balizas já postas por esta Suprema Corte, não se mostrou viável.

Neste contexto, sob todos os aspectos, a pretensão arguída não merece ser atendida.

Ex positis, **CONHEÇO** da ação e julgo **IMPROCEDENTES** os pedidos.

É como voto.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.485

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. LUIZ FUX

REQTE.(S) : CONFEDERACAO NACIONAL DAS EMPRESAS DE SEGUROS GERAIS,
PREVIDENCIA PRIVADA E VIDA, SAUDE SUPLEMENTAR E CAPITALIZACAO -
CNSEG

ADV.(A/S) : LUIZ GUSTAVO ANTÔNIO SILVA BICHARA (21445/DF,
10503/ES, 139419/MG, 112310/RJ, 303020/SP) E OUTRO(A/S)

INTDO.(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA

PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

INTDO.(A/S) : CONGRESSO NACIONAL

PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, julgou improcedente o pedido formulado na ação direta, nos termos do voto do Relator. Falou, pela requerente, o Dr. Francisco Carlos Rosas Giardina. Plenário, Sessão Virtual de 5.6.2020 a 15.6.2020.

Composição: Ministros Dias Toffoli (Presidente), Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Luiz Fux, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin e Alexandre de Moraes.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Assessora-Chefe do Plenário