

A “Doce Ilusão” da Tributação, *dos Outros*

Roberto Ferraz

Advogado e Consultor em Curitiba. Mestre em Direito Público pela UFPR. Doutor em Direito Econômico e Financeiro pela USP. Professor Titular da Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

Resumo

Neste momento em que se busca vivamente a sustentabilidade de todas as atividades humanas a tributação não haverá de ser exceção. Para alcançá-la é preciso atentar especialmente para sua transparência, o que vale dizer, para sua finalidade. Abandonar a maquiagem da tributação, que leva muitos a pensar que são os outros os tributados, é fase obrigatória nessa busca.

Abstract

The current moment is facing sustainability as a target in all fields of human knowledge or activity and taxation is no exception. To reach it, it is imperative looking forward for tax system transparency, what means, for its finality. Abandoning outwits of the tax payer, who leads many people to think *others* are paying taxes, is an unavoidable step in this search.

1. A “Maquiagem” da Tributação

Observava Friedrich Hayek que:

“... se só um acordo acerca do volume total dos serviços governamentais, isto é, um acordo acerca do total dos recursos a serem confiados ao governo permite chegar a uma decisão racional com relação aos serviços que este deve prestar, isso pressupõe que cada cidadão que vota a favor de determinado gasto deveria saber que terá de arcar com uma parcela determinada do mesmo. *Não obstante, toda a prática das finanças públicas foi desenvolvida numa tentativa de ludibriar o contribuinte, induzindo-o a pagar mais do que supõe e fazendo-o concordar com uma despesa na crença de que outrem será obrigada a pagar por ela.*”¹

Essa observação corresponde a uma prática generalizada, ainda que contrária à própria ideia de democracia e ainda corrente, em maior ou menor grau, segundo os países e a cultura das populações contribuintes.

¹ “O Setor Público e Setor Privado”, *Princípios e Limites da Tributação* - 2, coordenação de Roberto Ferraz, Quartier Latin, São Paulo, 2009, pp. 772/3, reedição de capítulo publicado em *Direito, Legislação e Liberdade*, vol. 3, “A Ordem Política de um Povo Livre”, Visão, 1985, p. 56, versão brasileira de *Law, Legislation and Liberty*, vol. 3, “The Political Order of a Free People”, 1979, The University of Chicago Press, p. 51, onde se lê: “But if it is only through agreement on the total volume of government services, that is, agreement on the total of resources to be entrusted to government, that a rational decision regarding the services which government is to render can be achieved, this presupposes that every citizen voting for a particular expenditure should know that he will have to bear his predetermined share in the cost. *Yet the whole practice of public finance has been developed in an endeavour to outwit the taxpayer and to induce him to pay more than he is aware of, and to make him agree to expenditure in the belief that somebody else will be made to pay for it.*”

Provavelmente tem razão Milton Friedman ao afirmar que “todos gostam de gastar o dinheiro *dos outros*” e que, portanto, não apenas os governos gostam de fazer “cumprimento com o chapéu alheio”, como contribuintes chegam até mesmo a apreciar os aumentos de tributação que pensam recair sobre os demais.

Porém, como segue Hayek no raciocínio acima referido,

“... um sistema tributário que estimula a crença de que ‘outro pagará por isso’, combinado à aceitação do princípio de que uma maioria tem o direito de impor tributos à minoria segundo normas que não se aplicam à primeira (como em qualquer progressão geral da carga tributária), produzirá uma contínua elevação dos gastos públicos acima do nível desejado pelo indivíduo”.²

E - talvez até pior que a elevação das despesas públicas em nível demasiadamente elevado - acompanha essa “maquiagem” da tributação a impossibilidade de que o indivíduo proteste contra os gastos mal feitos. Como não sabe que pagou os tributos, não se sente em condições de questionar as despesas.

Efetivamente, especialmente o cidadão mais pobre, aquele que não chega a pagar imposto sobre a renda, *pensa que não paga tributos* (sempre que esses não sejam transparentes). Consequentemente, nunca chega a reclamar do uso do dinheiro pelo Estado.

Por esse motivo Alcides Jorge Costa não tem se cansado de alertar para a hipocrisia de - no Brasil - se discutir a capacidade contributiva academicamente enquanto a FIPE indica que em nossa realidade os que têm renda de até 2 salários mínimos pagam 48% de seus rendimentos em impostos sobre o consumo ao passo que aqueles que ganham acima de 30 salários veem a incidência real de impostos, ditos diretos ou indiretos, cair a 26% sobre a renda total.

Assim, tanto no panorama global como, especialmente, no de países como o Brasil, que têm tributação fortemente regressiva e não transparente, é preciso tratar da explicitação não apenas do “quando” (hipóteses em que) se devem pagar tributos, mas também do “quem” paga e “para quê” paga.

2. A Revolução a ser Promovida quando Esclarecidos os Contribuintes

As palavras de Henry David Thoreau em *A Desobediência Civil* já inspiraram algumas revoluções, como as lideradas pelo Mahatma Ghandi e por Martin Luther King, e bem poderiam inspirar mais uma.

“Qual a atitude diante do atual governo norte-americano que melhor quadrará a um homem? Minha resposta é a de que não poderá, sem desonra, aliar-se a ele. Nem por um instante posso considerar meu governo uma organização política que é também governo de *escravos*.

Todos os homens reconhecem o direito de revolução, isso é, de recusar obediência ao governo, e resistir-lhe, quando ele se revele despótico ou sua ineficiência seja grande e intolerável. (*omissis*) Por outras palavras, quando um sexto da população de uma nação que se comprometeu a ser o refúgio da liberdade seja composto de escravos, e um país inteiro seja injustamente

² “O Setor Público...”, ob. cit., p. 773.

invadido e conquistado por um exército estrangeiro e sujeitado à lei militar, acho que não é cedo demais para os homens honestos se rebelarem e promoverem uma revolução. O que torna esse dever ainda mais urgente é o fato de que o país assim invadido não é o nosso: é nosso, porém, o exército invasor.”³

É certo que as revoluções iniciadas por Ghandi e por King ainda não se concluíram, pois a intolerância religiosa continua a fazer vítimas na Índia e no Paquistão, como testemunha Amartya Sen, e a intolerância racial é ainda muito presente nos EUA como ficou evidenciado na eleição de Barack Obama.

Mas as revoluções devem começar, ainda que apenas com um homem, como acentuou o mesmo Thoreau:

“Eu estou certo de que, se mil, se cem, se dez homens aos quais eu pudesse nomear - se dez homens *honestos* apenas - ai, se um homem *honesto*, neste Estado de Massachusetts, *deixando de manter escravos*, resolvesse retirar-se de fato dessa sociedade e fosse encarcerado na cadeia do condado por tal razão, isso seria a abolição da escravatura nos Estados Unidos. Pois não importa quão modesto possa ser o começo: o que for bem feito uma vez, sê-lo-á sempre.”⁴

Como se sabe, esse primeiro homem foi o próprio Thoreau que se deixou encarcerar por não pagar impostos comunitários, exercendo a por ele batizada “Desobediência Civil”.

Pois bem, um país que cobra cerca de 50% de tributos aos cidadãos que demonstram pouca ou nenhuma capacidade econômica para contribuir com as despesas públicas e que, a par disso, não lhe apresenta senão péssimas escolas e deficiente serviço de saúde, e que, ainda mais, lhe oferece uma “bolsa família” de apenas R\$ 75,00 mensais como se fosse um grande favor feito pelo “Grande Irmão” que tudo controla, é um moderno governo escravagista. Pior ainda fica o quadro quando se verificam as despesas feitas pelo Estado brasileiro: vão de mordomias para a cúpula dos Poderes à compra de aviões de combate contrariamente a todo o aconselhamento técnico.

A população escrava, que paga ao governo metade do que ganha com suor e recebe serviços de muito má qualidade, é levada a agradecer-los como se fossem benesses do político então no poder, mas muito teria a dizer se ao menos soubesse que paga tributos.

Portanto, para começar a revolução nessa área é preciso ao menos um homem que abrace essa causa: esclarecer a todos *quais* os tributos que pagam, *por que* os pagam e *para onde vão* os recursos.

3. A Necessária Transparência para uma Tributação Sustentável

Atualmente busca-se em todos os campos quais as soluções sustentáveis para as atividades humanas. A tributação não deve ser exceção, isto é, não há porque pensar-se que a tributação não haverá de ser sustentável. A tributação também

³ Versão brasileira de José Paulo Paes, Cultrix, São Paulo, 1968, pp. 21/2.

⁴ *Ibidem*, p. 30. Destaques do original.

haverá de trazer soluções que possam permanecer por muitas e muitas gerações, ajudando a humanidade a encontrar seus verdadeiros caminhos.

A sustentabilidade será tanto maior quanto mais apoiada em autênticos princípios⁵ e uma das características de um sistema sustentável de tributação haverá de ser a *Transparência*.

3.1. Neumark diz que:

“No plano ideal, as leis tributárias teriam de estar formuladas de maneira que fossem inteligíveis mesmo para o contribuinte dotado de uma inteligência marginal - exigência esta que, certamente, já foi postulada há mais de um século por James S. Buchanan em seu livro ‘National evils and practical remedies’ (1849).”⁶

A assertiva acima mostra clareza de propósitos desconhecida em nosso sistema tributário; uma busca de transparência rara em nossa legislação. No entanto, ela mesma já padece de vício que a torna pouco democrática: a visão impositiva própria dos séculos XIX e XX. Efetivamente, o elemento que se destaca na postura externada por Neumark nessa passagem - em que colhe elementos desenvolvidos por James Buchanan em meados do século XIX -, é o de simples exercício do poder impositivo, sem qualquer consideração relativamente ao cidadão.

3.2. Atualmente, a simples transparência do texto (que já seria um grande progresso para nós brasileiros e também para outros povos) não basta. É preciso que a transparência alcance todo o processo de cobrança de tributos e de sua destinação.

Efetivamente, como destaca Daniel Gutmann, discutindo a tributação em si:

“Valorar a justiça do imposto, não é valorar a justiça de uma regra de direito ordinário. *Está fora de questão, por exemplo, legitimar filosoficamente um imposto simplesmente por constatar que um processo democrático foi respeitado. A justiça procedimental não tem espaço em matéria de filosofia do imposto, porque o espírito está como que imantado pela justiça substancial.*”

Esta justiça substancial, em si mesma, é apreendida através de um duplo prisma: o dos fins (os objetivos perseguidos pela exação), o dos meios (as modalidades que definem a divisão e os lançamentos). O prisma é frágil, sem dúvida: por exemplo, o imposto limita a liberdade (é o sacrifício) para aumentar a liberdade (é uma aposta filosófica). Os meios de obtenção do imposto sustentam, portanto, uma relação complexa com seus fins. A complexidade, no entanto, não impede distingui-los.

*A justiça dos fins é a grande ausente da maior parte dos debates sobre o imposto. Portanto, a justiça dos meios absolutamente não garante a justiça dos fins.*⁷

⁵ Autênticos princípios são os “universalizáveis”, como quer Kant, ou as autênticas regras de conduta como querem Hayek e Popper. Sobre o tema, “Princípios da Ordem Econômica e o Conceito de *Sociedade Justa*”, Selma Ferraz, em *Princípios e Limites da Tributação* - 2, ob. cit., pp. 195 e ss.

⁶ “Princípios de la Imposición”, ob. cit., p. 409, onde se vê em nota de rodapé 479 citação feita pelo autor da seguinte passagem de Buchanan: “A natureza de todo imposto deve ser tão simples e compreensível que, até os indivíduos menos informados submetidos a ele, o entendam facilmente e possam ver com clareza seu alcance.”

⁷ “Du Droit à la Philosophie de l’Impôt”, em *L’impôt, Archives de Philosophie du Droit*, vol. 56, Dalloz, Paris, 2002, p. 9 - a primeira frase em destaque é “Pas question, par exemple, de légitimer philoso-

3.2.1. Assim, aquela que foi uma das principais conquistas do passado, a Legalidade, justamente festejada como avanço sobre a arbitrariedade dos regimes não democráticos, não satisfaz as atuais necessidades e exigências de informação e de discussão.

Em outras palavras, o fato de que alguns cidadãos, eleitos deputados e senadores, votem e aprovem determinados textos criando obrigações tributárias é apenas um começo de procedimento democrático, não podendo ser confundido com a democracia em si.⁸

Aquilo que no passado foi modelo de Democracia, a discussão de lei no parlamento, sua votação e sua publicação, já não é suficiente e nem é necessariamente democrático hoje. A publicação, por exemplo, que no passado era feita pela leitura do texto e sua fixação em praça pública, é hoje feita pelos jornais oficiais e pode ser questionada em face dos atuais meios de divulgação. Mas, o mais importante é o que vem destacado por Gutmann na passagem citada: não é o procedimento formal que legitima a exigência tributária, mas toda sua estrutura, inclusive e *especialmente* sua destinação. Por isso tem-se sustentado a necessidade de evoluir o modelo de estudo da tributação no Brasil, para ir além da análise formal da hipótese de incidência e buscar os “pressupostos de imposição tributária”,⁹ valorizando especialmente a *destinação* e a *motivação* dos tributos, como elementos essenciais na identificação de sua legitimidade.¹⁰

O voto universal e secreto não é uma fórmula mágica capaz de transformar um povo conduzido por “caudilhos” em povo livre; um povo manietado por “coronéis” em povo autodeterminado; um povo de analfabetos funcionais em povo instruído. A hipocrisia marca a vergonhosa farsa de nossas eleições. Dentre os mais fortes candidatos a serem “democraticamente” eleitos pela ignorância da maioria da população, estão os que exploram na mídia os aspectos mais tristes da vida cotidiana, como no caso do “Ratinho”, que promove a carreira política de seu filho que se elegeu sob o nome de “Ratinho Júnior”. Ao seu lado, cidadãos que se movem “com maestria” nos bastidores do poder, como José Sarney, para quem, segundo consta nos meios políticos, se cogitou até a possibilidade de criar um Estado, que seria formado no norte do Tocantins. Isto para que pudesse seguir elegendo-se senador, já que seu miserável Estado natal, o Maranhão, há tempos já não o elege, e no Pará, Estado que escolheu para explorar politicamente, também não parece ter mais perspectivas de eleger-se.

phiquement un impôt sur le simple constat qu'une procédure démocratique a été respectée”. Esse trabalho está traduzido e publicado, em *Princípios e Limites da Tributação*, Quartier Latin, São Paulo, 2005.

⁸ Nesse contexto cabe referir as ideias de Friedrich Hayek em *Law, Legislation and Liberty*, vol. 3, The University of Chicago Press, Chicago, 1981, especialmente o capítulo 12, “Majority Opinion and Contemporary Democracy”.

⁹ Roberto Ferraz, “Da Hipótese ao Pressuposto de Incidência”, *Estudos em Homenagem a Alcides Jorge Costa*, coordenação de Luís Eduardo Schoueri, Quartier Latin, São Paulo, 2003.

¹⁰ Sobre a motivação, veja-se ainda, Roberto Ferraz, “Intervenção do Estado na Economia - a Necessária Motivação do Textos Legais”, *Revista Direito Tributário Atual* vol. 20, coordenação de Alcides Jorge Costa, Luís Eduardo Schoueri e Paulo Celso Bergstrom Bonilha, pp. 238 e ss.

3.3. Portanto pode-se falar em transparência em matéria fiscal como exigência que vai além, e muito além, da simples situação em que “A natureza de todo imposto deve ser tão simples e compreensível que, até os indivíduos menos informados submetidos a ele, o entendam facilmente e possam ver com clareza seu alcance.”

É preciso que não apenas a exigência fiscal seja cristalina, mas também as razões que determinaram sua criação, e, ainda, a utilidade efetivamente alcançada com a arrecadação do tributo haverá de ser clara.

3.4. É uma grande hipocrisia sustentar que uma exigência fiscal seja democraticamente estabelecida pelo simples fato de ter sido aprovada no Congresso.

Tomando como exemplo o aumento de Cofins veiculado em 2004, sob a capa de “não cumulatividade”, ou o aumento de ICMS incidente sobre consumos essenciais como energia elétrica, telefonia e combustíveis, que chegaram a incríveis alíquotas como 33% ao longo dos últimos anos, pode-se verificar a impropriedade e a hipocrisia dos meios utilizados para que fossem “democraticamente” aprovados segundo os parâmetros de seletividade em função da essencialidade.

A hipocrisia da legalidade sustentou que as mudanças na Cofins não aumentariam a carga tributária, mas apenas tornariam sua exigência mais justa e adequada ao eliminar a incidência cumulativa.¹¹ A efetividade da cobrança aumentou expressivamente a carga tributária brasileira, atingindo diretamente o consumo, ao tornar a Cofins tributo puramente indireto, ao lado do ICMS e invadindo-lhe a área de competência.¹²

A hipocrisia da legalidade indica o aumento da Cofins como um ajuste na tributação das empresas, mas sua efetividade é um aumento no *superávit* primário ajustado com o FMI, para elevar a capacidade de pagamento de juros aos credores internos e externos.

A hipocrisia da legalidade que exige tributo “com a autorização do povo” e “para o povo”, não carregou um real (desse aumento na tributação) para o povo.

¹¹ Cfr. em inúmeras oportunidades, o então Ministro da Fazenda Antônio Palocci, disse que a carga tributária não aumentaria com a nova Cofins, pois esse seria um compromisso do atual governo (*Folha de S. Paulo*, 13/12/03). Dizia ele em setembro de 2003, “Não há hipótese de aumento da carga tributária. O que a reforma faz é acabar com a elisão fiscal e a sonegação. A reforma vai a favor da produção, com o fim da cumulatividade da Cofins e a desoneração das exportações”; e ainda “A reforma tributária que torna o imposto de melhor qualidade é a única garantia de que a seqüência de ajustes que o Brasil precisa fazer não será feita com aumento de impostos.” (*Folha de S. Paulo*, 06/09/03) O então Ministro da Casa Civil, José Dirceu, seguindo a demagogia desse discurso afirmou: “É uma ilusão dizer que nós vamos aumentar a carga tributária. Pelo contrário, vai diminuir a sonegação”; e, ao responder às críticas do então presidente do PFL, Jorge Bornhausen, disse que este havia encontrado um “moinho de vento” no aumento da carga tributária (*Folha de S. Paulo*, 13/05/03). O próprio presidente Lula, em defesa às críticas, enfaticamente disse que seria uma “insanidade” aumentar a carga tributária (*Folha de S. Paulo*, 09/12/03).

Todavia, o que se seguiu após a alteração na Cofins foi um sensível aumento na carga tributária, e as previsões, que só não eram aceitas pelo Governo Federal, confirmaram-se. A arrecadação da Cofins foi a que mais cresceu em 2004 (logo após a mudança de sua legislação, e também nos anos seguintes), cerca de 20,6% em relação a 2003, ou seja, aumento de R\$ 13,527 bilhões (*Folha de S. Paulo*, 20/01/05). E, na comparação com janeiro de 2004, a arrecadação da Cofins experimentou um aumento de 22,67% (*Folha de S. Paulo*, 22/02/05).

¹² Roberto Ferraz, “Da Ausência dos Pressupostos de Imposição da Cofins não Cumulativa Criada na Lei 10.833/2003”, *Revista Dialética de Direito Tributário* nº 105, Dialética, São Paulo, 2004, p. 139.

3.5. Dizer que os meios de discussão das exigências fiscais estão à disposição da população e que os canais de comunicação para um governo participativo estão disponíveis a toda a população é igualmente uma hipocrisia.

Pesquisa realizada pelo IBGE dá conta de uma espantosa realidade que todos podemos verificar cotidianamente: *77% da população brasileira é composta de analfabetos funcionais*, sendo assim considerados aqueles que não são capazes de ler textos com alguma complexidade, fazer contas mais difíceis que as do dia a dia, ou, ainda, compreender gráficos e tabelas.¹³⁻¹⁴

Assim, a esmagadora maioria da população brasileira não tem condições de acessar as discussões das exigências fiscais, direta ou indiretamente.

Voltando ao citado texto de Daniel Gutmann, pode-se verificar que é particularmente verdadeiro na realidade brasileira quando afirma que “a finalidade (...) é a grande ausente das discussões (...)” pois quem não é capaz de entender as exigências fiscais menos ainda estará habilitado a discutir suas finalidades.

3.6. Pretender que um grupo de “iluminados”, “autênticos representantes do povo”, eleitos pela grande maioria da população, instituídos em “Governo”, sejam os responsáveis pela promoção dessa mesma população de necessitados é igualmente parte da hipocrisia da legalidade.

Como se disse, caso a população do Brasil, aí compreendidos os 77% de analfabetos funcionais, conhecesse os tributos que lhes são exigidos e as destinações que

¹³ A pesquisa foi realizada pelo Ibope, Instituto Paulo Montenegro, e constitui o 4º Inaf - Indicador Nacional de Analfabetismo Funcional e indica que “apenas 23% da população jovem e adulta brasileira é capaz de adotar e controlar uma estratégia na resolução de um problema que envolva a execução de uma série de operações. Só essa parcela é capaz de resolver problemas que envolvam cálculo proporcional. É mais ainda preocupante a revelação de que apenas nesse grupo encontram-se os sujeitos que demonstram certa familiaridade com representações gráficas como mapas, tabelas e gráficos.” O 4º Inaf refere-se à Matemática; já o 3º Inaf, relativo à Língua, concluiu que “apenas 25% dos brasileiros com mais de 15 anos têm pleno domínio das habilidades de leitura e escrita” (os dados podem ser encontrados no site www.ibope.com.br ou www.ipm.org.br).

¹⁴ Durante entrevista para a Rádio da Universidade Federal de São Carlos (Ufscar), Ana Lúcia Lima, diretora executiva do Instituto Paulo Montenegro, falou sobre o Indicador de Alfabetismo Funcional (Inaf) de 2007, que considera alfabetizada funcional toda pessoa capaz de decodificar letras e números e de efetuar operações matemáticas em seu contexto social.

Durante a programação foi ressaltada a importância do Inaf como fonte de informação para identificar as limitações de interpretação de textos e raciocínio lógico do indivíduo. Além disso, dados do estudo foram apresentados, destacando os níveis de habilidades de alfabetismo funcional no Brasil.

No nível analfabeto está 7% da população, que não reconhece letras e números. Já no nível analfabetismo rudimentar estão 25% que conhecem leitura e escrita, mas têm limitações para reconhecer e interpretar textos simples.

No nível básico, 40% têm capacidade de localizar informações em textos e fazer cálculos matemáticos médios. E por fim, 28% enquadram-se no nível de alfabetização plena por possuírem domínio completo das habilidades de leitura, escrita e raciocínio lógico.

O objetivo do estudo é proporcionar e fomentar o debate público sobre a educação no País.

Sobre o Indicador: criado em 2001, o Inaf pesquisa a capacidade de leitura, escrita e cálculo da população brasileira. Entre 2001 e 2005, o Inaf foi divulgado anualmente, alternando as habilidades pesquisadas. Assim, em 2001, 2003 e 2005 foram medidas as habilidades de leitura e escrita (letramento) e em 2002 e 2004, as habilidades matemáticas (numeramento). A partir de 2007, a pesquisa passou a ser bianual, trazendo simultaneamente as habilidades de letramento e numeramento e mantendo a análise da evolução dos índices a cada dois anos (matéria publicada em 21/05/09 no site do Ibope, www.ibope.com.br).

lhes são dadas, aí sim as efetivas reformas democráticas estruturais aconteceriam inexoravelmente. A população mais carente do Brasil pensa que não paga imposto algum e que, por isso, nada tem a reclamar do Estado. A classe média-baixa pensa quase da mesma forma.

3.6.1. É inacreditável como a população brasileira foi conscientizada e até mesmo incitada a defender seu “direito do consumidor”, gerando uma infinidade de demandas. Os chamados Juizados Especiais assistem uma progressão geométrica das demandas nessa área.¹⁵ Os departamentos jurídicos das empresas têm seus orçamentos crescentemente comprometidos com discussões dessa natureza.¹⁶ Há casos concretos de cidadãos que tomam empréstimos bancários para aquisições, por exemplo, de automóveis mediante *leasing*, e que, antes mesmo de pagar qualquer parcela acionam judicialmente a arrendadora requerendo a inexigibilidade das parcelas, por abuso na relação de consumo, pleiteando indenização por dano moral.¹⁷ Há casos de consumidores que acionaram judicialmente fabricantes de automóveis, sem que nunca os tivessem procurado anteriormente para resolver seus problemas, seja através de suas redes de concessionárias, seja pelo serviço de atendimento ao consumidor.¹⁸

Não bastassem os consumidores investindo diretamente contra seus fornecedores, o Ministério Público, seja o Federal, seja o Estadual, também ataca, algumas vezes de maneira impensada e seguramente irresponsável para defender centavos à custa de milhões. São exemplos dessa situação as ações civis públicas propostas com a finalidade de impedir a decadência de créditos na telefonia móvel “pré-paga”, após seis meses sem uso, o que representaria a poupança de centavos para uns poucos consumidores, à custa de muitos milhões para a “eternização” de linhas ociosas.¹⁹ Isso sem falar do próprio custo do Ministério Público, que alcança orçamento multimilionário, e termina por ser *em parte* justificado pela independente (por vezes irresponsável, ignorante, autista) defesa (de migalhas) em favor dos desvalidos.

No entanto, contrastando com o rigor com que se exigem os “direitos do consumidor” às entidades privadas, *a população brasileira nada exige ao Poder Público*, a começar pelo ensino básico.

Efetivamente, não obstante a absoluta pobreza de meios carreados para a Educação, que resulta naqueles 77% de analfabetos funcionais, a população não

¹⁵ A expectativa dos Tribunais era de que a criação dos “Pequenas Causas” desafogasse a justiça comum. No entanto, o que se verificou foi o enorme crescimento do número de litígios classificados de acordo com os parâmetros próprios daqueles juízos. Esse crescimento pode ser visto como “demanda reprimida” ou como “demanda provocada”.

¹⁶ Especialmente grandes empresas de atuação nacional têm sido obrigadas a contratar serviços ou estruturar departamentos internos visando a atender tais demandas, comprometendo elevados orçamentos nessa atenção.

¹⁷ A prática não chega a ser de grande frequência, mas não é desconhecida de nenhum dos grandes bancos brasileiros.

¹⁸ O que chama a atenção nesses casos é a extraordinária *vis atrativa* das demandas nos Pequenas Causas, a ponto de o interessado sequer tentar obter a satisfação de seu interesse pela via ordinária do contato com a concessionária autorizada, ou pelo SAC, Serviço de Atendimento ao Consumidor, estruturado com essa finalidade específica.

¹⁹ Por exemplo, na Ação Civil Pública 2002.72.00.007170-8 da Justiça Federal de Florianópolis, ou no Agravo de Instrumento 2003.04.01.012496-3/RS.

exige melhores professores, melhores programas de aprendizagem, melhores condições de lazer nas escolas para seus filhos. Porém, apesar de pagarem parcelas expressivas de seus ganhos em impostos, especialmente os sobre o consumo,²⁰ os cidadãos não cogitam pleitear da escola pública a décima parte do que exigem da escola privada.

Essa desproporção, essa iniquidade, é consequência direta da absoluta falta de transparência do sistema tributário brasileiro.

3.6.2. Não obstante a Constituição de 1988 previsse a democratização da informação da incidência tributária sobre o consumo (art. 150, parágrafo 5º), o Poder Público foi hábil o suficiente para evitar que a população conheça o impacto dos tributos sobre seu consumo.

Os chamados impostos indiretos constituem a maior parte da arrecadação tributária brasileira (algo na casa dos 75%). No entanto, pouca ou nenhuma informação da incidência tributária nos produtos de consumo chega ao cidadão comum. Nos Estados Unidos, os preços são divulgados líquidos de impostos, ficando sua incidência evidente em cada aquisição, pois no momento da compra é que se acrescentam os impostos sobre vendas, de maneira destacada. Naquele país, tais impostos não chegam a 15%, variando a depender do Estado. Na Europa a incidência do imposto sobre vendas é uniforme e generalizada, variando, porém, a alíquota conforme o país. Na União Europeia chegam a um máximo de 19,6%, e vêm destacados em qualquer operação comercial.

No Brasil, sob o escudo de uma (falsa) exigência por aplicação do princípio de capacidade contributiva, as alíquotas dos tributos incidentes sobre vendas, o IPI, o ICMS, o ISS, o PIS e a Cofins, são enormemente variáveis e têm sua incidência não uniforme e não generalizada, tornando impossível sua visualização. Os preços divulgados ao público incluem os tributos devidos em sua comercialização, ficando também por esse motivo ocultos ao público. Não é difícil que cheguem à casa dos 50% do preço do bem ou serviço, especialmente naqueles mais essenciais, a energia elétrica, os combustíveis e a telefonia.

Desde 1988 nada foi feito para cumprir o ditame constitucional de informação dos tributos incidentes no consumo (parágrafo 5º do art. 150 da CF).

3.6.3. O Direito do consumidor no Brasil insere-se mais no campo do populismo que propriamente no Jurídico. O Direito do trabalho é visto até hoje como o direito dos pobres trabalhadores *contra* os patrões exploradores. A legislação e o processo trabalhistas favorecem sempre e necessariamente (preconceituosamente, pode-se dizer) o empregado. Foi “dado” pelo “Pai dos Pobres”, Getúlio Vargas. O Direito do consumidor é a versão atualizada daquele Direito do trabalho viciado que temos no Brasil: o consumidor é “hipossuficiente” e precisa ser protegido pelo Poder Público (José Sarney, Fernando Collor, o Ministério Público...) *contra* os fornecedores. Isso é o que pensa a população, aí incluída a grande maioria dos estu-

²⁰ A já citada pesquisa da Fipe demonstra a incidência de impostos na ordem de 48% sobre os ganhos até dois salários mínimos mensais, de 38% das receitas dos que ganham até três salários mínimos e que a tributação cai para a casa dos 26% para rendimentos acima de 30 salários mínimos mensais.

dantes de Direito, advogados, juízes etc. No passado criaram-se as “juntas de conciliação e julgamento” para atender os milhares de trabalhadores. Agora, para atender os milhões de consumidores, criaram-se os “juizados de pequenas causas”, em que, muito provavelmente, o custo da estrutura é maior que o valor das questões em si. Uma vez mais o brasileiro é chamado pela lei, e pela parcela da elite que vive da lei, a litigar.

Ora, nenhum Direito é *contra* ninguém. Apresentar o Direito assim é uma perversão, uma mentira. O fundamental direito de nos relacionarmos livremente com Deus não é *contra* ninguém, a par de ser o mais básico para que possamos nos desenvolver minimamente. O fato de esse direito ser oponível a todos os que eventualmente se postem contra ele, não o transforma num direito *contra* os demais.

O Direito não tem por função “ajudar os hipossuficientes *contra* os empregadores, os fornecedores...”, mas a afirmação do homem enquanto homem (ou o desenvolvimento integral da personalidade humana). Ver o Direito (e o Estado) como uma espécie de “Pai dos Pobres” é tão hipócrita quanto todos os caudilhos que usaram dessa fórmula para se sustentar no poder.

3.6.4. É claro que a melhor e a única forma de ajudar os ditos “hipossuficientes” é atuar dando condições para que não sejam hipossuficientes.

Todo o “Direito do consumidor” aplicado não bastará efetivamente para ajudar alguém que seja realmente hipossuficiente. Por exemplo, a apresentação de remédios com informação clara e correta, graficamente bem apresentada, com todas as contra-indicações cristalinamente indicadas, não basta para 77% da população brasileira, que não é capaz de compreender textos um pouco mais complexos, nem gráficos ou tabelas.

Para o consumidor analfabeto funcional, que diferença fazem os dizeres “beber em excesso causa dependência”, ainda que escritos em letras grandes, vermelhas, fluorescentes...? Faltam-lhe condições de real compreensão do que seja “excesso” e do que seja “dependência”.

A única forma de ajudar o “hipossuficiente” é esclarecendo sua mente, dando-lhe condições de pensar, de desenvolver-se, propiciando-lhe os meios para estudar, para adquirir cultura.

Quem estudou e adquiriu cultura, não se deixa enganar, não toma remédio errado..., simplesmente porque conhece. Não é propriamente a lei que o protege, é o conhecimento. A lei apenas propicia uma condição para que use seu conhecimento: a informação.

Naturalmente a lei pode, e deve, coibir a informação falsa, a propaganda enganosa, mas não é a lei que vai “ajudar os hipossuficientes” *contra* os fornecedores.

3.7. Tanto a eleição de representantes, como a elaboração de leis, isto é, toda a prática democrática, tem necessidade urgente de que *seja erradicado o analfabetismo funcional do Brasil*.

Otto von Bismarck viu celebrizada sua afirmação de que “se o povo conhecesse como são feitas as salsichas e as leis não consumiria nem uma nem outra”.

Ocorre que essa frase foi formulada na Alemanha de antes da Primeira Grande Guerra, num ambiente de absoluta sujeição do povo a uma elite nobre, em que apenas ascendia a burguesia, em que o voto não era universal e o analfabetismo ainda alcançava índices na casa dos 50%.

Pela prática do Direito do consumidor, no Brasil, exige-se completa informação ao possível adquirente de salsichas para que saiba a composição do produto. De memória, pode-se indicar a exigência de informação de sua origem, seu conteúdo calórico e nutritivo, o uso de conservantes ou acidulantes, a fiscalização e aprovação pelo Ministério da Agricultura, o peso líquido sem a embalagem, a data da fabricação, o prazo de validade, eventuais importadores e respectivos endereços, CNPJ, inscrição estadual, telefones e SAC. Tudo visando informação do consumidor e paralela responsabilização dos produtores e comerciantes. Aliás, exige-se cada vez mais que o conteúdo calórico dos alimentos, especialmente do *fast-food*, seja divulgado de maneira facilmente compreensível.

Seria de exigir da Lei menos do que se exige da salsicha?

3.8. Victor Hugo foi considerado subversivo e deportado por defender o ensino público, universal e gratuito, em meados do século XIX, numa França que já havia passado pela Revolução cujo principal mote era a *égalité*.

Foi somente ao longo do século XX que a Europa dedicou-se sistemática e incansavelmente a eliminar o analfabetismo. Nos Estados Unidos, que encontrava bolsões de subdesenvolvimento muito semelhantes aos do Brasil da mesma época, foi também somente no século XX que ocorreu um esforço concentrado para alfabetização de todos os cidadãos.

Posteriormente a esses esforços é que foi possível observar naqueles países o efetivo progresso e a democratização real, não antes.

3.9. Em conclusão, é uma completa hipocrisia pretender que estejam cumpridas as exigências da democracia pelo simples fato de que o procedimento legislativo tenha sido observado na aprovação da lei, particularmente a lei fiscal.

Especialmente num País em que mais de três quartos da população é funcionalmente analfabeta, não é possível falar de legalidade, sem hipocrisia, quando não existam meios efetivos de informação direta e fácil aos consumidores, relativas à incidência tributária e sua destinação.

Não há legalidade, mas simples hipocrisia, num sistema que arrecada pesadamente de todos, mas privilegia a poucos, que muito recebem do Estado. Vale lembrar que a arrecadação brasileira já chega a 40% do PIB, e que a estrutura pública de ensino é “suficiente” para manter 77% da população em estado de analfabetismo funcional.

Não é despropositado lembrar que os vencimentos iniciais de juiz federal são da ordem de R\$ 20.000 mensais, ou mais de US\$ 10.000,00 ao mês,²¹ ao passo que os vencimentos dos professores da rede pública de ensino ganham salários iniciais da ordem de R\$ 800,00, se tanto. Vale aqui a crítica não ao salário dos juízes em si mesmo considerado, mas à violenta desproporção existente entre esses vencimentos e o das demais funções públicas, especialmente as de magistério. Isso induz negativamente a orientação da carreira das pessoas, especialmente dos jovens. É o que se nota pela extraordinária procura dos cursos de Direito e pela baixíssima

²¹ Em pesquisa realizada pela Secretaria de Reforma do Judiciário, comandada pelo Dr. Sergio Renault, verificou-se que os salários dos juízes federais brasileiros somente perdiam para os dos canadenses. Hoje, com o aumento desses salários e a valorização do real frente às demais moedas, talvez já tenhamos ultrapassado os canadenses nesse item.

procura dos cursos que habilitam professores. Essa inversão de valores provocada pelo Estado é simplesmente triste.

O que chama a atenção no atual sistema brasileiro, no tocante ao funcionalismo público, é que somente as funções ligadas ao exercício ou à manutenção do poder são bem remuneradas. Os professores, os pesquisadores, os médicos, os sanitaristas etc. não ganham o que os juízes, os promotores, os advogados, os auditores da receita federal, os delegados e os agentes da polícia federal ganham.

Num sistema como esse não é difícil perguntar se a finalidade do Estado não é a de manter-se como está, mesmo à custa da inércia da população na ignorância.

4. As Ações Cíveis Públicas visando impedir a Informação da Tributação ao Contribuinte Consumidor

Fenômeno estranhíssimo é a atuação do Ministério Público Federal que terminou por ser contrária a aplicação do parágrafo 5º do art. 150 da CF, que prevê: “A lei determinará medidas para que os consumidores sejam esclarecidos acerca dos impostos que incidam sobre mercadorias e serviços.”

4.1. A ação civil pública, que daria ao Ministério Público meios para defender o direito difuso dos consumidores, contribuintes de impostos sobre o consumo, foi afastada do âmbito tributário pelos Tribunais Superiores, ao fundamento de que não se prestaria aquela forma para atender matéria tributária, mas apenas a do consumidor. Tais decisões parecem totalmente equivocadas, traindo a vocação própria da ação civil pública, mas firmou-se o entendimento.

4.2. Porém, em matéria de Ação Civil Pública ligada à matéria tributária o que mais chama atenção foi que, incrivelmente, o Ministério Público Federal, não satisfeito com o completo desamparo e desinformação do contribuinte, quando interferiu nesse tema, o fez de maneira completamente equivocada, ignorante e preconceituosa: *atacou* em ação civil pública *as empresas de telefonia que divulgavam a seus clientes os montantes de tributos exigidos* relativamente às faturas mensais de serviços.²² Ora, a divulgação é que estava bem em consonância com o previsto no parágrafo 5º do art. 150 da CF.

Já há duas decisões no âmbito da 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, ambas acolhendo os argumentos de particulares que, na mesma linha do Ministério Público argumenta que as empresas de telefonia não poderiam indicar nas faturas de serviços os valores devidos de PIS e Cofins relativamente aos valores faturados. Vejam-se as seguintes passagens da ementa:

²² Veja-se o Agravo de Instrumento em Ação Civil Pública 2001.04.01.057949-0, do TRF da 4ª Região, em que o Relator, Juiz Ricardo Teixeira do Valle Pereira, Relator, acolheu os argumentos do Ministério Público Federal para o fim de impedir a apresentação da incidência da Cofins e do PIS no consumo de serviços de telefonia, com o seguinte fundamento, que consta da Ementa: “O destaque de PIS e Cofins nas faturas de serviços de telecomunicações, e a divulgação aos usuários, por parte da Anatel e das concessionárias, de valores ‘líquidos de impostos e contribuições’, todavia, são condutas que atentam, em princípio, contra normas da Lei 9.472/97 (que dispõe sobre o serviço de telecomunicações) e da Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), porque dão aparência de lícita repercussão jurídica ao repasse e permitem a divulgação de tarifas irreais. Provimento parcial do agravo, autorizando-se o repasse que foi proibido pela antecipação deferida pelo juízo *a quo*, mas vedando-se o destaque de PIS e Cofins nas faturas, bem como qualquer divulgação de ‘tarifas líquidas’ por parte da Anatel ou das concessionárias.”

“Processual Civil. Administrativo e Tributário. Violação do art. 535 do CPC. Deficiência na Fundamentação. Cobrança do PIS e da Cofins na Fatura Telefônica. Ilegitimidade da Anatel Acréscimo na Tarifa. Ausência de Previsão Legal. Prática Abusiva Configurada. CDC. Ofensa. Juros de Mora. Inaplicabilidade do art. 167 do CTN. Natureza Não-tributária.

1. (*omissis*)

3. É indevido o repasse do PIS e da Cofins na fatura telefônica, por ausência de expressa e inequívoca previsão da lei.

4. *Tarifa líquida* é aquela que exclui os impostos e contribuições incidentes na operação individualmente considerada.

5. O PIS e a Cofins, nos termos da legislação tributária em vigor, não incidem sobre a operação individualizada de cada consumidor, mas sobre o *faturamento global* da empresa.

6. O fato de as receitas obtidas com a prestação do serviço integrarem a base de cálculo dessas contribuições - faturamento mensal - não pode ser confundido com a incidência desses tributos sobre cada uma das operações realizadas pela empresa.

7. Essas receitas também compõem a base de cálculo do Imposto de Renda e da Contribuição Social sobre o Lucro, já que, após as deduções legais, constituirão o lucro da empresa. Nem por isso se defende que a parcela do IRPJ e da CSLL relativa a uma determinada prestação de serviço seja adicionada ao valor da tarifa.

8. Somente o ICMS, por expressa disposição legal, deve ser objeto de destaque e cobrança da fatura, repassando-se diretamente o ônus ao assinante.

9. O repasse indevido do PIS e da Cofins na fatura telefônica configura prática abusiva das concessionárias, nos termos do Código de Defesa do Consumidor, pois viola os princípios da boa-fé objetiva e da transparência, valendo-se da ‘fraqueza ou ignorância do consumidor’ (art. 39, IV, do CDC).

10. O acréscimo indevido de tarifa não tem natureza tributária, ainda que a concessionária afirme que se trata de mero repasse de tributos. Inaplicabilidade do art. 167 do CTN.

11. Recurso Especial não provido.” (REsp 1.053.778-RS, Rel. Min. Herman Benjamin)

As referidas decisões partem de um dado que tira a discussão de seu real foco: há empresas que vinham divulgando suas tarifas “Líquidas de impostos e contribuições”, naturalmente acrescentando tais valores tributários no momento da cobrança, o que teria a tendência de induzir o consumidor em erro.

4.3. Ora, o fato de que há agentes de mercado que abusam do consumidor dando-lhe informação incompleta e enganosa não pode ter por consequência que o mesmo consumidor e contribuinte de fato dos tributos seja mantido na ignorância.

Assim, é preciso distinguir:

- a) a situação em que o consumidor é *ludibriado* quanto ao preço do serviço; e
- b) a situação em que o contribuinte de fato e consumidor de serviço de telefonia é *esclarecido* da incidência de impostos e contribuições em mercadorias e serviços que consome.

Nos casos específicos julgados pelo STJ, o Tribunal concluiu que ocorreu a primeira situação, e nada há a reparar quanto às partes dos acórdãos em que afastam abusos praticados contra os consumidores mediante propaganda enganosa. É que o consumidor brasileiro não está nada acostumado a conhecer os preços líquidos de impostos e contribuições, pois esses vêm habitualmente agregados aos preços. Assim, divulgadas certas tarifas parece perfeitamente justo que se exija de quem as divulgou que as cumpra, impedindo que aos valores propagandeados sejam acrescidos tributos ou quaisquer outros acréscimos; não por razões de natureza tributária, mas típicas de Direito Civil e do capítulo consumidor.

O problema das decisões e das referidas ações civis públicas está em que confundem a matéria civil com a tributária, chegando a conclusões absolutamente falsas nesta última área.

Nas discussões apontadas, o foco foi deslocado para a matéria tributária, questionando-se a possibilidade de a concessionária de telefonia “repassar” PIS e Cofins aos preços cobrados do consumidor.

No corpo do acórdão no REsp 1.053.778-RS se lê:

“A recorrente argumenta que ‘a Anatel homologa as tarifas líquidas a serem praticadas pelas empresas de telefonia, ou seja, antes da inclusão dos tributos’ e que ‘não há outra forma de calcular os tributos incidentes na operação senão através da recomposição da recita bruta advinda das prestações de serviços de comunicações’ (fl. 729).

Abstraindo-se por um momento os óbices tributários intransponíveis, acima indicados, a prática comercial em questão enfrenta, por igual, problemas no campo da legalidade: as razões do Recurso Especial não apontam nenhuma norma jurídica - legal ou infralegal - que autorize, *expressa e inequivocamente*, a cobrança adicional do PIS/Cofins, no período tarifário em questão.

Não pode prosperar o argumento de que a tarifa homologada pela Anatel é ‘líquida’, pelo que excluiria os impostos e contribuições sociais ‘incidentes na operação’. A uma porque, repise-se, a recorrente não apontou norma legal capaz de fundamentar sua pretensão. A duas porque, ainda que houvesse autorização da Anatel nesse sentido, o PIS e a Cofins não incidem sobre cada operação individualizada!

Assim, a agência reguladora não poderia, por simples ato administrativo, alterar a sistemática de cálculo e cobrança desses tributos, fixada por lei. (*omissis*)

Com a devida vênia, os argumentos são equivocados, confundem matérias totalmente distintas, e alternam pontos de vista diferentes conforme o desejo de justificar uma tese, que termina por ser, mais que sustentada, simplesmente advogada.”

4.4. Em primeiro lugar, há uma grande diferença entre informar os tributos incidentes numa operação e fazer o “repasso do encargo financeiro” do tributo.

É conhecido o fato de que as operadoras de serviços de telefonia, logo que privatizadas, passaram a divulgar com bom destaque em suas faturas os valores incidentes de ICMS, PIS e Cofins. Essa prática corresponde a claro intuito de *merchandising*, pois dada a antipatia natural que temos a preços e a tributos (todos

gostaríamos que fossem menores), buscaram as operadoras dividir a antipatia provocada por ocasião da apresentação de suas faturas aos consumidores com o Estado, mostrando ao consumidor a parcela do preço que corresponde aos tributos exigidos diretamente (conforme se verá adiante) em função da ocorrência daquela operação de venda de serviços.

Assim, a apresentação dos valores dos tributos incidentes em função dos serviços prestados, pela empresa de telefonia, não tem a pretensão de justificar qualquer adição ao valor das tarifas. Não há qualquer relação entre a informação constante na fatura e o direito à cobrança do valor.

O direito a cobrar determinados valores aos usuários de serviços de telefonia advém dos contratos com eles celebrados em conformidade com as disposições legais e regulamentares aplicáveis. Nos autos não foi admitida a participação da Anatel e o preço em si não era diretamente discutido em sua conformidade com as disposições regulamentares, mas apenas em função do anúncio de tarifa “líquida de impostos e contribuições”.

Assim, a inclusão dos dados referentes ao PIS e à Cofins que correspondem à parcela de faturamento expressa na fatura do cliente em nada interfere com a possibilidade de cobrança do preço, com ou sem o efetivo repasse de encargo financeiro de tais tributos; essa possibilidade depende de variantes que nada têm a ver com o destaque em nota ou fatura.

4.5. Em segundo lugar é preciso ver que a repercussão econômica dos tributos incidentes na cadeia de vendas até o consumidor final é fenômeno fático, podendo ocorrer ou não conforme a realidade de cada operação ou, em outras palavras, de acordo com o mercado.

De regra, não existem situações em que a repercussão econômica é juridicamente permitida e outras em que é juridicamente proibida. Não no campo tributário. Poderá haver alguma disposição específica nesse sentido estabelecida em outro campo do Direito, notadamente o contratual ou administrativo.

Anteriormente já fiz consideração sobre o tema da repercussão, que peço licença ao leitor para citar:

“Antes de qualquer consideração de natureza jurídica, é preciso conhecer o fato ao qual se referem as normas sob comento: a chamada ‘repercussão’ econômica do tributo. Significa a situação em que exigido tributo em alguma operação econômica, essa exigência repercute (no sentido de se repetir ou de influenciar direta e proporcionalmente) em outra relação econômica.

Assim, a exigência de um imposto sobre o consumo, isto é, sobre bens de consumo, seja sobre a operação de produção (IPI) ou de comercialização (ICMS) repercutirá diretamente numa outra relação econômica, qual seja, a formação do preço daquele bem de consumo, atingindo, portanto o consumidor.

Por exemplo, a cobrança de IPI, ICMS, Cofins e PIS sobre a produção e comercialização de um bem de consumo, como um sapato, repercute aumentando-lhe o preço final, e, conseqüentemente, na relação de consumo desse mesmo bem. (Trata-se de um fato geralmente verificado, mas não necessário, como se verá).

É importante notar que, um fato tão simples tem sido freqüentemente desvirtuado por diversos autores, em prejuízo do entendimento dos institutos jurídicos a eles relacionados.

O grande erro está em confundir esse fato, que é contingente, com uma regra absoluta e preexistente às operações em si mesmas consideradas.

A repercussão é apenas um fato macroeconômico, isto é, um fato que se verifica considerada a economia como um todo, por agregados, abstraindo-se de casos e situações concretas.”²³

Efetivamente, de maneira global, os custos tributários devem necessariamente compor os preços finais das mercadorias, da mesma maneira que todos os demais custos. Isso ocorre por uma razão muito simples: não fosse assim, os agentes econômicos deixariam de existir, pois quem não inclui em seus preços ao menos todos os seus custos (e os tributários não são exceção e nem diferentes dos demais, nesse aspecto) realiza prejuízo e estará fadado a falir.²⁴ Mas isto é verdade relativa, pois se afirma de maneira generalizada apenas do ponto de vista macroeconômico, isto é, considerados os dados de maneira agregada, e não individualizada.

“Já do ponto de vista microeconômico, ou seja, do ponto de vista das relações examinadas singularmente em casos concretos, a venda a preço que não alcança repercutir integralmente os custos, isto é, com preços abaixo do custo, é muito freqüente e ocorre em variadas situações que são do dia-a-dia do mercado: incompetência,^[25] excesso de oferta,^[26] promoção,^[27] ‘queima’ de estoques,^[28] obsolescência.^[29]

²³ Cfr. Fábio Nusdeo, *Curso de Economia*, 3ª ed., RT, São Paulo, 2001, p. 90: “Já a macroeconomia enfoca diretamente os chamados *grandes agregados*... Nela, quando se fala em consumo, não está se particularizando com o consumo de sapatos ou de café, mas quer-se referir à parcela da renda global destinada ao consumo...”

²⁴ Cfr. José Morschbacher, “Repetição do Indébito...”, ob. cit., 1998, p. 37, que explica que “a *repercussão econômica*, que não representa conotação exclusiva dos impostos indiretos, sendo unânimes os mestres em economia-financeira em reconhecer a repercussão econômica de todos, senão praticamente todos os impostos; por outro lado, ocorrem muitíssimas hipóteses em que, embora indiretos os impostos correspondentes, deixa de se verificar a repercussão econômica pelas razões mais diversas; trata-se, todavia de um instrumento valioso de que se vale o Direito Tributário nos casos de repetição do indébito tributário indireto para aferir se ocorreu, *hic et nunc*, a transferência da parcela indevidamente paga a título de imposto, do transmitente ao adquirente, do segurador ao segurado, do mutuante ao mutuário, do cedente ao cessionário, do prestador ao usuário, etc.”

²⁵ O ditado diz que “quem não tem competência não se estabelece” e a realidade mostra que está certo, com milhares de atividades econômicas que abrem e fecham todos os anos, muitas vezes com comerciantes que sequer conseguem estabelecer seus preços numa realidade de mercado, freqüentemente ignorando custos.

²⁶ Por exemplo, o excesso causado pelas safras de produtos agrícolas que, com alguma freqüência fazem os preços caírem abaixo dos custos de produção, ou mesmo de produtos industriais quando a demanda é reprimida e a capacidade de produção industrial fica ociosa. Em tais momentos, a necessidade de escala leva com alguma freqüência a que se venda abaixo do custo industrial.

²⁷ É conhecida de todos a estratégia promocional de anunciar produtos com preços realmente baixos (até mesmo abaixo do custo) como forma para atrair a clientela a supermercados, grandes lojas etc., ficando o prejuízo realizado na venda de tais produtos compensado pelos lucros obtidos nas demais vendas, feitas aos mesmos clientes atraídos pela promoção. O fato de que a empresa obtenha lucro no movimento geral não desqualifica a venda operada com prejuízo, sem repasse dos custos ao preço.

²⁸ Cada vez mais, por eficiência, os estoques de baixo giro são objeto de autênticas “queimas”, ou vendas abaixo dos custos, visando evitar prejuízos maiores advindos dos custos de manutenção de estoques, custo do capital empatado em sua manutenção, risco de obsolescência etc.

²⁹ As mudanças impostas pela tecnologia e pelo “design” trouxeram consigo a dura realidade de produtos que imediatamente após seus lançamentos já são obsoletos.

Portanto, o ‘repasso’ de todos os custos, inclusive tributários, nos preços das mercadorias ao consumidor, ocorrerá ou não de acordo com os casos concretos. Não se trata de uma regra, mas de um fato, e relativo, pois ocorre de maneira generalizada apenas do ponto de vista macroeconômico, que abstrai dos casos concretos.

Não é verdadeira, portanto, a crença de que no preço *sempre* esteja ‘embutido’ o imposto.

E o mais importante: esse fato somente será relevante do ponto de vista jurídico na exata medida em que a lei lhe dê relevância, eis que, caso não exista lei que fixe regime jurídico específico, nenhuma importância jurídica tem o fato de um agente econômico computar ou não em seus custos os encargos tributários.^{[30]”31}

Assim, os tributos *podem estar ou não* “embutidos no preço” e esses fatos *podem ser ou não* juridicamente relevantes, tudo a depender das condições de mercado, da prática do comerciante e das disposições legais específicas.

Não é correto o pensamento subjacente à decisão ora comentada, do REsp 1.1053.778, de que os tributos somente podem compor o preço se e quando tal prática for autorizada por lei, como equivocadamente pensa acredita ocorrer no caso do ICMS e do IPI.

Tanto ICMS e IPI, como PIS e Cofins e até mesmo IRPJ e CSSL, comporão ou não os preços dos produtos conforme as condições de mercado e as práticas do agente econômico concreto. Não existe autorização legal de inclusão de ICMS e IPI e proibição de inclusão dos demais tributos, diretos ou indiretos, nos preços. O que existe com relação ao ICMS e ao IPI é *obrigação* legal específica de cálculo e destaque nas notas, por serem na legislação concreta elementos obrigatórios ligados à sistemática não cumulativa de tais tributos. Essa obrigação absolutamente não se confunde com autorização de inclusão em preços (como a inexistência dessa obrigação não se confunde com uma proibição).

Com relação aos preços o que vigora no País é a regra de *liberdade* para sua fixação, por força do regime de mercado adotado pela Constituição, com liberdade de iniciativa e de concorrência. Essa mesma liberdade opõe-se ao regime de autorização/proibição que a decisão ora comentada acredita existir.

4.6. Em terceiro lugar é preciso verificar que, sendo o repasse dos tributos matéria fática alheia a qualquer consequência jurídica no campo tributário, salvo os raros casos específicos em que a legislação a estabelece (como no caso do art. 166 do CTN), a fixação de preços de acordo com normas regulamentares é feita com liberdade pela agência dela encarregada.

De fato, a decisão ora criticada quer fazer crer que para que fosse possível às empresas de telefonia agregar às tarifas básicas autorizadas pela Anatel o valor dos tributos incidentes sobre as vendas, seria necessário que a legislação *tributária* o permitisse. Nada mais equivocado.

³⁰ Cfr. Alfredo Augusto Becker, *Teoria Geral do Direito Tributário*, Saraiva, São Paulo, 1963, itens 141-144, pp. 484 e ss.

³¹ “Repetição do Indébito Tributário e Legitimidade Ativa - Telecomunicações - Lei 9.472/97, art. 108”, *Revista Dialética do Direito Tributário* nº 100, pp. 107/8.

A quem compete analisar os preços fixados pelas empresas de telefonia e sua conformidade com as determinações da agência é à própria Anatel, e com exclusividade, fazer a análise da adequação dessas mesmas tarifas à realidade de mercado.

É, portanto, esdrúxulo o argumento esgrimido de que as agências não teriam o poder de alterar a legislação tributária para o fim de definir quais os tributos que podem ou não ser repassados no preço.

As agências têm a competência exclusiva para fixar as tarifas máximas que podem ser praticadas pelos agentes do mercado regulado que atendem.

A legislação tributária não define em nenhum momento quais os tributos que podem ou não podem ter seu custo repassado ao consumidor, e nem poderia, dado o regime de mercado em livre iniciativa e livre concorrência, consagrado constitucionalmente.

4.7. O que ocorre com relação ao PIS e à Cofins é que as empresas de telefonia pretenderam divulgar o montante tributário devido pelas empresas diretamente em função do faturamento que estão apresentando ao consumidor. A decisão ora comentada entende que isso não poderia ser feito porque tais tributos não incidem sobre as operações individualmente consideradas, mas apenas sobre o faturamento ou receita bruta das empresas, o que corresponde à soma de todas as operações individuais. No entanto, essa distinção é absolutamente irrelevante tanto do ponto de vista da repercussão efetiva dos tributos como de sua real vinculação ao faturamento individualmente considerado.

Explica-se. Como já se demonstrou acima, a efetiva repercussão nada tem a ver com o destaque em nota, seja ele obrigatório ou não, mas com os fatos efetivamente ocorridos (o destaque não significa que houve repercussão, como sua ausência não significa que não houve).

Além disso, o destaque, obrigatório ou não, não é o que define a vinculação da incidência à operação; isso é decorrência da escolha do fato gerador.

No caso do PIS e da Cofins ocorrerá sua incidência, sempre e necessariamente, quando houver faturamento. Portanto, cada cobrança que seja feita ao consumidor acarretará sempre e necessariamente a incidência do PIS e da Cofins, tanto quanto no caso do ICMS e do IPI. Serem ou não destacados, por força de legislação específica, é totalmente irrelevante para que se identifique a relação direta de sua incidência com o próprio faturamento apresentado ao consumidor.

Ser a incidência do PIS e da Cofins ocorrente na totalidade do faturamento, mensalmente apurado, ou em cada operação, é absolutamente irrelevante para que se verifique sua incidência indireta ou sobre o consumo. Esta ocorre pois o tributo incide de forma intrínseca e diretamente proporcional ao consumo: ocorrendo o consumo incidirá o tributo e sempre na mesma proporção (a da alíquota). Daí se afirmar que PIS e Cofins incidem sim sobre o consumo.

4.8. Em conclusão, pode-se dizer que os argumentos e as decisões que pretendem impedir as empresas telefônicas de divulgar a incidência de PIS e Cofins, diretamente ligadas ao faturamento dos serviços de telefonia, são totalmente equivocados tanto do ponto de vista administrativo e civil como especialmente do ponto de vista tributário.

5. A Exigência do parágrafo 5º do art. 150 da CF

O equívoco apontado no item anterior é tanto mais grave quando se verifica que tem sentido diametralmente oposto ao da exigência do parágrafo 5º do art. 150 da Constituição, que diz:

“A lei determinará medidas para que os consumidores sejam esclarecidos acerca dos impostos que incidam sobre mercadorias e serviços.”

Ainda que nunca se tenha editado lei específica tratando da matéria, não se pode negar ao referido dispositivo constitucional a máxima eficácia.

A lei haverá de definir a forma pela qual se fará o que a própria Constituição determina, isto é, que exista a informação acerca dos tributos incidentes no consumo de mercadorias e serviços. Mesmo que inexistente a definição da forma, permanece a obrigação de informação e o correspondente direito à informação.

É perfeitamente possível dizer (e isso pode bem fazer parte da revolução de que se falou antes neste mesmo trabalho) que *sem a informação ao consumidor/contribuinte de fato não pode o tributo ser exigido* (diretamente ao contribuinte de direito e indiretamente ao de fato).

Efetivamente, exigir tributos que incidem sobre a cadeia de consumo sem informação ao contribuinte de fato, que é o consumidor, constitui clara fraude que não pode ser impingida ao cidadão no dito Estado Democrático de Direito. Somente gosta dessa “doce ilusão” quem efetivamente ignora o que paga em tributos.

Cobrar, como o comprovam os *fatos*, tributos que alcançam nada menos que 48% da renda manifestada no consumo da camada mais pobre da população (a que ganha menos de dois salários mínimos mensais), *sem que se saiba* e prestando-lhe serviços de baixíssima qualidade, como se fossem grandes favores feitos pelos políticos do momento, é praticar autêntica *escravatura*. E, pior ainda que nos tempos de Thoreau - em que os particulares exploravam os escravos com a conivência do Estado -, *escravatura* praticada pelo próprio Estado brasileiro.

5.1. A Constituição de 1988 foi, nesse ponto particular, de grande qualidade, antecipando o clima de exigência de transparência e de profundo respeito ao consumidor que hoje se proclama de maneira generalizada. E mais, foi avançada em dar ao contribuinte de fato o direito que classicamente lhe foi negado: o de conhecer a tributação a que é submetido de maneira indireta.

É bom lembrar que esse direito à informação tem sido negado não apenas ao povo brasileiro, mas de maneira bastante estendida pelo mundo, como já se fez notar nas palavras de Hayek antes citadas (item 1).

Infelizmente o vanguardismo da Constituição não recebeu a devida acolhida seja na doutrina, na legislação ou mesmo na jurisprudência. A doutrina praticamente silencia a respeito do tema. A legislação foi omissa, havendo apenas projetos em andamento no Congresso visando dar integral expressão ao dispositivo constitucional. A jurisprudência apenas cuidou de decidir, por via reflexa, o contrário do que dispõe o artigo, como se indicou acima.

5.2. Resta-nos trabalhar insistentemente para que se aplique o determinada pelo parágrafo 5º do art. 150 da CF como autêntica limitação constitucional ao poder de tributar e como legítimo instrumento imprescindível para a democratização da tributação e de sua sustentabilidade.

6. Conclusão: Tributação e Finalidade

Como resumo conclusivo pode-se afirmar que o tema da *finalidade da tributação*, que vem intrinsecamente ligada ao tema da motivação da tributação, merece muito mais atenção neste ainda início de século XXI. Em particular a efetiva destinação do produto da arrecadação e a transparência da tributação são campos em que todos os esforços precisam ser feitos, inclusive como forma de revolução pacífica.

Caso faltemos com o dever de bem trabalhar a finalidade da tributação, restará a todos apenas a sensação que motivou o seguinte clássico:

“If you drive a car, I’ll tax the street
If you try to sit, I’ll tax your seat
If you get too cold, I’ll tax your heat
If you take a walk, I’ll tax your feet
(...)
Cause I’m the taxman,
And you’re working for no one but me.”
(*Taxman/The Beatles*)