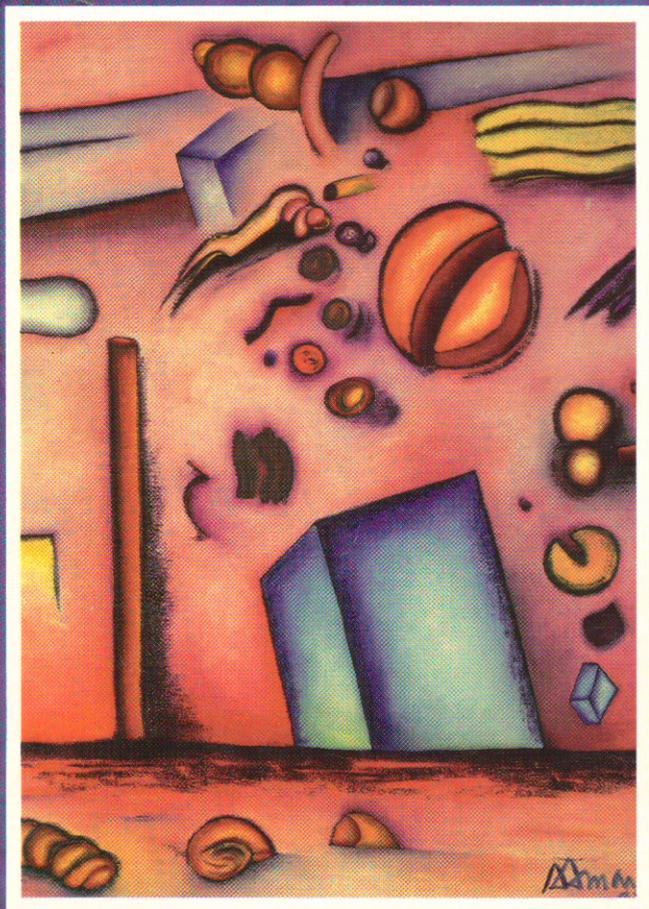


REVISTA DIALÉTICA DE DIREITO TRIBUTÁRIO



42

REVISTA DIALÉTICA DE DIREITO TRIBUTÁRIO

ISSN 1413-7097

42

Diretor da Revista
Valdir de Oliveira Rocha

Diretora Financeira
Lidia Lobello de Oliveira Rocha

Projeto Gráfico inicial de *Escrituras*
Editora, com alterações procedidas por
Phoenix e Dialética

Capa (fundo)
Detalhe da obra
"100% Azul ou Quase",
de Marola Omartem

Ilustrações de faces dos autores
Fátima Lodo Andrade da Silva

Fotolito da Capa
Binho's

Impressão
Gráfica Palas Athena

(MARÇO - 1999)



Antonio Henrique Amaral
é o autor da obra cujo detalhe
é reproduzido em destaque
na capa desta edição.

Os acórdãos estampados na íntegra
correspondem às cópias obtidas nas
Secretarias dos Tribunais ou se originam
de publicações oficiais de seus julgados.
Tiragem superior a 3.000 exemplares.
Distribuição em todo o País.



Uma publicação mensal de
Oliveira Rocha - Comércio e Serviços
Rua Sena Madureira, 34
CEP 04021-000 - São Paulo - SP
Fone/fax (011) 5084-4544

SUMÁRIO

Doutrina

- Da substituição, ampliação e remoção da penhora - *Carlos Henrique Abrão* 7
- Caução na seara tributária: bens móveis, imóveis, TDAs e apólices do Tesouro - *Eduardo Marcial Ferreira Jardim* 16
- A reforma da Previdência e o regime de contribuição das empresas - principais reflexos - *Eduardo Rocha Dias* 31
- A permanência da inconstitucionalidade do PIS exigido nos termos da Emenda Constitucional nº 17/97 - *Gabriel Lacerda Troianelli* 43
- A taxa processual do CADE - *Hugo de Brito Machado* 48
- Da não-inclusão dos reembolsos, pelos distribuidores, do ICMS retido pela indústria na base de cálculo do PIS e da Cofins - *José Alfredo Ferrari Sabino* 53
- Funções do Cadin e seus reflexos sobre a livre iniciativa - *José Cassiano Borges e Maria Lúcia Américo dos Reis* 62
- A Súmula nº 212 do STJ é perfeitamente harmônica com a de nº 213 daquele mesmo Tribunal, não impedindo a concessão de liminar em todos os processos versando a compensação de tributos, mas apenas na hipótese específica a que alude - *Leo Krakowiak* 80
- Acerca da limitação quantitativa à compensação de prejuízos fiscais em face da jurisprudência dos Tribunais - *Leonardo Mussi da Silva* 85
- Suspensão da exigibilidade de tributo através de tutela judicial cautelar - *Napoleão Nunes Maia Filho* 95
- Ainda sobre o fato gerador do crédito-prêmio do IPI - *Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho* 108
- A imunidade dos livros, jornais, periódicos e do papel destinado a sua impressão, prescrita no art. 150, VI, *d*, da Constituição Federal, aproveita aos softwares - *Rafhael Frattari Bonito* 113

Pareceres

- Distribuição disfarçada de lucros - não-caracterização na assunção imperfeita de dívida de controlada com o BNDES para viabilizar operação - encargos definidos pela instituição oficial superiores a 12% - legalidade da operação sem reflexos tributários - *Ives Gandra da Silva Martins* 125
- Intributabilidade pelo IPTU e pelo ITR das vias férreas cedidas a empresas delegatárias de serviços públicos - *Misabel Abreu Machado Derzi e Sacha Calmon Navarro Coêlho* 139
- Contribuições previdenciárias - isenção de cota patronal e de terceiros - entidade criada por lei - *Advocacia-Geral da União* 163

A Taxa Processual do CADE

Hugo de Brito Machado

1. Introdução

Entre as medidas destinadas a superar a crise das contas públicas, com um crescente e persistente déficit, encontra-se a instituição da taxa processual do CADE, que se deu pela Medida Provisória nº 1.793, de 30 de dezembro de 1998¹, convertida na Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999.²

A instituição dessa taxa suscita uma questão jurídica das mais relevantes, não apenas em relação a ela própria, mas no que pertine à possibilidade jurídica mesma da instituição de taxas quaisquer, que tenham como fato gerador manifestações do poder público em atendimento a pedido de particulares.

É que nossa Constituição Federal garante o direito de petição aos poderes públicos, e assegura que o seu exercício *independe do pagamento de taxas*.

Vejamos os principais aspectos da questão.

2. O Âmbito Constitucional das Taxas

Como acontece com os tributos em geral, também as taxas têm definido na Constituição o seu âmbito de incidência, vale dizer, a matéria fática com a qual pode o legislador trabalhar no estabelecimento de suas hipóteses de incidência.

Realmente, diz a Constituição que a União, os Estados e os Municípios poderão instituir taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição.³

Tem-se, pois, que o âmbito constitucional das taxas está consubstanciado nas atividades estatais definidas como poder de polícia e serviço público específico e divisível.

O Código Tributário Nacional, em dispositivo plenamente recepcionado pela vigente Constituição, definiu essas atividades estatais.⁴ Resulta daí que existem, no Direito Tributário brasileiro, duas espécies de taxas, a saber, as de polícia e as de serviço.



Hugo de Brito Machado

é Professor Titular de Direito Tributário da Universidade Federal do Ceará, Presidente do Instituto Cearense de Estudos Tributários e Juiz aposentado do Tribunal Regional Federal da 5ª Região.

¹ Diário Oficial da União, I, de 31.12.98.

² Diário Oficial da União, I, de 20.01.99.

³ CF art. 145, inciso II.

⁴ CTN, artigos 78 (poder de polícia), e 79 (serviços específicos e divisíveis).

O legislador ordinário, de cada uma das pessoas jurídicas de Direito Público interno, a União, os Estados e os Municípios, pode instituir taxas, mas está limitado pelas regras da Constituição e do Código.

3. A Taxa como Tributo Vinculado

A taxa é um tributo vinculado, exatamente porque o fato, cujo acontecimento faz nascer o dever jurídico a ela correspondente, é sempre um agir do Estado. É sempre o exercício do poder de polícia, ou um serviço público.

Ocorre que existem serviços públicos necessariamente gratuitos, entre estes o de atendimento às petições do cidadão, porque a Constituição garante que são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas, o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidades ou abuso de poder.⁵

4. O Direito de Petição

4.1. Em que consiste

Petição é palavra derivada “do latim, *petitio*, do verbo *petere* (dirigir-se, reclamar, solicitar), no sentido geral quer exprimir reclamação, pedido ou requerimento, formulado perante autoridades administrativas ou perante o poder público, a fim de que se exponha alguma pretensão, de que se faça algum pedido ou para que se dê alguma sugestão.”⁶

Em que consiste, porém, a garantia constitucional do direito de petição?

Obviamente não se restringe esta a assegurar a simples entrega, no protocolo das repartições públicas, de um requerimento. Seria ridículo dizer-se que o cidadão tem o direito de fazer um requere-

mento, que este independe do pagamento de taxas, mas o seu atendimento, a sua resposta, fica na dependência do pagamento do tributo.

A garantia do direito de petição, portanto, há de ser entendida como o direito de obter do poder público a manifestação deste sobre o que lhe for solicitado. “Não pode a autoridade a quem é dirigida escusar pronunciar-se sobre a petição, quer para acolhê-la quer para desacolhê-la com a devida motivação. Algumas constituições contemplam explicitamente o dever de responder (Colômbia, Venezuela, Equador). Bem o disse Bascuñan: “o direito de petição não pode separar-se da obrigação da autoridade de dar resposta e pronunciar-se sobre o que lhe foi apresentado, já que, separado de tal obrigação, carece de verdadeira utilidade e eficácia. A obrigação de responder é ainda mais precisa e grave se alguma autoridade a formula, em razão de que, por sua investidura mesmo, merece tal resposta, e a falta dela constitui um exemplo deplorável para a responsabilidade dos Poderes Públicos. (Tratado de Derecho constitucional, v. I/255 e 256).”⁷

O direito de petição não é, certamente, o direito de ter necessariamente a providência requerida ao poder público, mas compreende, sem dúvida, o direito à manifestação fundamentada deste a respeito da providência que lhe seja solicitada.

4.2. A gratuidade

Ressalte-se que o direito de petição é a todos assegurado independentemente do pagamento de taxas.

⁵ CF art. 5º, inciso XXXIV, alínea “a”.

⁶ De Plácido e Silva, Vocabulário Jurídico, Forense, Rio de Janeiro, vols. III e IV, p. 370.

⁷ José Afonso da Silva, Curso de Direito Constitucional, 15ª edição, Malheiros, São Paulo, 1998, p. 444.

Pode não abranger determinadas providências, mas abrange, indubitavelmente, a manifestação. Ainda que esta seja para negar a providência requerida. Não tem sentido assegurar-se a gratuidade apenas para a petição, e não para a apreciação do que nela se contém.

5. O Fato Gerador

5.1. *Apreciação de atos e exame de consulta*

Nos termos da lei que a instituiu, a Taxa Processual de que se cuida tem como fatos geradores a apresentação de atos e contratos prevista no art. 54 da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994; e a consulta ao CADE, nos termos do art. 7º, inciso XVII, da Lei nº 8.884, de 1994.

Esses dispositivos legais estabelecem:

“Art. 54 - Os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do CADE.”

E ainda,

“Art. 7º - Compete ao Plenário do CADE:

(...)

XVII - responder a consultas sobre matéria de sua competência;”.

Poderiam ser fatos geradores de taxa condutas do cidadão, consubstanciadas na apresentação de atos para apreciação do CADE, e na formulação de consulta a este?

A resposta evidentemente há de ser negativa. A taxa tem como fato gerador, sempre, um agir do Estado. Jamais um agir do cidadão. Logo, não obstante a má redação dos dispositivos legais em exame, tem-se que o fato gerador da

taxa em questão é na verdade o agir do Estado, especificamente a apreciação dos atos a ele submetidos, e a solução de consulta a ele formulada.

No primeiro caso pode-se entender que se trata do exercício regular do poder de polícia, que se manifesta no controle dos atos submetidos à apreciação do CADE. O fato gerador da taxa seria, portanto, neste caso, a apreciação do ato submetido pelo contribuinte ao poder de polícia exercido pelo CADE.

No segundo caso, pode-se entender que se trata de uma prestação de serviço, que seria a solução da dúvida suscitada pelo contribuinte.

5.2. *Formas de exercício do direito de petição*

Ocorre que tanto a apresentação de atos a serem apreciados pelo CADE, como a formulação de consulta a este, nada mais consubstanciam do que formas específicas do exercício do direito de petição, assegurado a todos, independentemente do pagamento de taxas.

Não se venha argumentar que a exclusão do pagamento de taxas diz respeito simplesmente ao ato de peticionar. Tal ato na verdade jamais poderia ser considerado gerador do dever de pagar taxa, simplesmente porque não constitui um serviço público, nem pode ser tido como exercício do poder de polícia. Em síntese, o ato de peticionar não é um agir do Estado.

Quando a Constituição assegura o direito de petição aos poderes públicos, e diz que este independe do pagamento de taxas, está a dizer, isto sim, que a atividade estatal, provocada pela petição, cujo direito está assegurado, embora sendo um serviço público, ou uma forma de exercício do poder de polícia,

está colocado fora do âmbito constitucional das taxas.

6. O Aspecto Econômico

A taxa de que se cuida tem o valor fixo de R\$ 15.000,00 no caso de atos e contratos de que trata o art. 54, da Lei nº 8.884/94, e de R\$ 5.000,00 no caso de consulta ao CADE, nos termos do art. 7º, inciso XVII, da mesma lei.⁸

É certo que não há como exigir-se uma exata correspondência entre o valor da taxa e o custo da atividade estatal à qual diga respeito. Inegável, porém, é que o valor da taxa não pode ser evidentemente maior do que o custo daquela atividade, e no caso isto parece ocorrer. O montante da arrecadação das taxas em referência certamente será bem maior do que o custo da atividade estatal a que correspondem.

Tem-se de considerar, ainda, quanto ao valor cobrado a título de taxa processual, que os casos nos quais o interessado tenha dúvida sobre a necessidade de submeter o assunto ao CADE, tenderá a deixar de fazê-lo. E assim, a própria finalidade do CADE ficará de certa forma prejudicada. Em outras palavras, a cobrança da taxa, com valor elevado, prejudica a realização dos objetivos do CADE, na medida em que contribui para afastar daquele órgão os agentes da atividade econômica.

7. A Questão das Custas Judiciais

7.1. Natureza jurídica tributária

Já não há dúvida de que as custas judiciais configuram tributo, da espécie taxa. Assim, poder-se-ia argumentar, na defesa da constitucionalidade da taxa processual do CADE, que as custas ju-

diciais são cobradas há muito tempo e isto não tem sido considerado violação ao direito de petição.

Na verdade, porém, mesmo que se entenda que a prestação jurisdicional deveria ser gratuita, isto não pode significar que a sua cobrança viola o direito de petição, porque se trata de coisas distintas.

7.2. Atividade jurisdicional como elemento distintivo

Com efeito, as custas judiciais remuneram a atividade jurisdicional, em cujo desempenho o Estado não é parte, mas um terceiro imparcial. É o denominado Estado-Juiz. Mesmo nos casos em que o particular litiga com o Estado, entende-se que este, no desempenho da atividade jurisdicional, é sempre um terceiro.

O direito de petição, cujo exercício a Constituição assegura, independentemente do pagamento de taxa, não se confunde, portanto, com o direito de provocar a atividade jurisdicional do Estado. Diz respeito, muito mais, ao direito à certeza que o Poder Público deve oferecer aos particulares quanto aos atos da Administração, e à transparência da coisa pública. Aliás, relevante é observar que nos casos em que a atividade jurisdicional tem idêntica finalidade, como acontece com a ação popular, a Constituição eliminou a cobrança de custas.⁹

Por outro lado, no que concerne ao direito de provocar a atividade jurisdicional do Estado, de um modo geral, tem grande relevo a imposição de ônus da sucumbência, sendo recomendável, portanto, sob este aspecto, a cobrança de custas.

⁸ Lei nº 9.781, art. 5º.

⁹ Constituição Federal, art. 5º, inciso LXXIII.

7.3. O processo administrativo fiscal

Muito mais próximo da atividade jurisdicional é a atividade da Administração, desenvolvida no processo administrativo de constituição e exigência do crédito tributário. Mesmo neste, porém, o direito de petição do contribuinte há de ser assegurado independentemente do pagamento de taxas, porque diz respeito ao direito de se opor à pretensão da Administração Tributária e ter por esta examinadas as razões dessa oposição, como forma de preservar-se o princípio da legalidade.

O Estado, enquanto Administração Tributária, é parte interessada na relação jurídica de acertamento tributário. Distingue-se, portanto, nitidamente, a atividade neste âmbito desempenhada, daquela atividade desempenhada pelo Estado enquanto Juiz, não obstante a postura de alguns juristas que pretendem dar à atividade administrativa de acertamento verdadeira natureza jurisdicional, na qual se admitiria inclusive o exame

das questões de constitucionalidade das leis.

Melhor, sem dúvida, é entender-se que a atividade da Administração Tributária é atividade de parte, desempenhada simplesmente em nome da transparência do agir do Estado, e do aprimoramento do princípio da legalidade tributária.

8. Conclusões

Não temos dúvida, portanto, de que:

- a) A cobrança de taxas no ato de apresentação de documentos a serem apreciados pelo CADE, ou no ato de formulação de consulta a este, é flagrantemente inconstitucional, porque afronta a garantia de que trata o art. 5º, inciso XXXIV, da Constituição Federal.
- b) Além de inconstitucional, essa cobrança também é inconveniente, na medida em que tende a afastar do CADE os agentes econômicos.