

# A extrafiscalidade tributária como incentivo ao desenvolvimento econômico sustentável

Luis Fernando Lima de Oliveira\*

---

**Resumo:** Direito, economia e política são ciências que se completam. As normas jurídicas são formuladas por opções políticas da sociedade e a teoria econômica pode fornecer um manancial teórico que permite analisar a eficiência destas normas. O presente trabalho cerca-se destes fundamentos teóricos e vai procurar analisar a influência das políticas de extrafiscalidade tributária no estímulo ao crescimento econômico, pela promoção de demanda agregada. Em especial, analisam-se os Decretos editados entre os anos de 2008 e 2010, que reduziram as alíquotas de Imposto sobre Produtos Industrializados, como forma de estimular o consumo interno num momento de crise econômica. É fato que estas medidas promoveram desenvolvimento econômico. No entanto, não foi o desenvolvimento desejado pela sociedade e previsto na Constituição, pois a variável ambiental foi quase que completamente ignorada. Houve estímulos a setores que geram maior poluição, como a produção de automóveis de passeio, bem como foram ignorados os padrões de eficiência energética e certificação ambiental para estipular as alíquotas, com redução linear. A pergunta final, a que se pretende responder, consiste em saber se o Poder Judiciário teria competência de rever os atos administrativos, em exame de constitucionalidade, sobretudo em face da instituição da proteção ambiental, com tratamento fiscal diferenciado, conforme o nível de agressão ao meio-ambiente, como princípio da ordem econômica.

**Palavras-chave:** Tributação. Extrafiscalidade. IPI. Desenvolvimento sustentável. Constitucionalidade.

---

## Introdução

Direito, economia e política não são água e óleo. Eles não apenas se misturam, como também mutuamente se influenciam e se condicionam. O reconhecimento desta premissa multidisciplinar deve nortear o trabalho do pesquisador realmente preocupado em responder aos porquês, às causas e consequências das atividades humanas.

---

\* Procurador da Fazenda Nacional e Mestrando em Direito.

O Direito, como conjunto de regras e princípios, compõe uma estrutura criada politicamente para promover o bem comum. A presença da norma jurídica provoca estímulos e condicionantes no âmbito econômico. Contudo, juristas ainda carecem de uma maior sustentação teórica da ciência econômica; ao passo que economistas mantêm desconfiança em relação ao emaranhado de regras que não promovam eficiência.

O objetivo do presente artigo é analisar o mesmo fenômeno sob os pontos de vista do jurista e do economista. Sendo a economia a ciência da escassez, a sociedade deve buscar se ordenar por regras que propiciem o aproveitamento mais eficiente possível dos bens finitos, proporcionando desenvolvimento econômico e melhoria das taxas de emprego e renda. Contudo, o *homo economicus* do século XXI não pode se dar ao luxo de ignorar o fator qualidade de vida do seu cálculo. Deveras, o desenvolvimento econômico desejável é aquele que se mostre sustentável ambientalmente, ou seja, que promova condições de produção e consumo de bens para as gerações atuais e possibilite o acesso a estes bens para as gerações futuras.

Sendo assim, cumpre apreciar os mecanismos tributários à disposição da Administração Fazendária que possam servir para estimular o desenvolvimento sustentável. Para tanto, dividimos o trabalho em quatro partes. Na primeira parte, busca-se apreciar a evolução da influência do Estado na economia. Estuda-se a teoria keynesiana, que incorporou a necessidade da presença estatal para gerar demanda agregada e promover desenvolvimento durante as crises cíclicas do capitalismo.

Em seguida, pretende-se analisar a função extrafiscal da política tributária e sua relação com o desenvolvimento econômico e a preservação do meio ambiente.

A terceira parte foi reservada para investigar de forma mais precisa um destes mecanismos tributários de relevante apelo extrafiscal, o Imposto sobre Produtos Industrializados, cujas alíquotas podem ser alteradas por Decreto do Presidente da República, para fins de atender a objetivos da política fiscal. Como forma de estimular o consumo de bens duráveis, garantindo assim o crescimento econômico em uma temporada de crise financeira global, foram editados diversos decretos reduzindo as alíquotas do IPI para diversos produtos, em especial automóveis e eletrodomésticos. Aqui, analisam-se quais os itens que foram beneficiados com este favor fiscal, à luz de uma ótica ambientalmente desejável.

E se essas reduções de alíquotas não cumpriram a função de proporcionar um crescimento econômico com equilíbrio ambiental, conforme preceitua um dos princípios da ordem econômica constitucional? Poderia o Judiciário, interpretando o ordenamento de acordo com o princípio da proporcionalidade e o postulado da coerência, invalidar a norma por considerar que não atendeu aos fins almejados? Estas perguntas serão objeto de análise na quarta e última parte do trabalho, que investigará ainda a função do Supremo Tribunal Federal como Corte Constitucional.

# 1 Direito, economia e política

## 1.1 Evolução histórica: do Estado liberal ao Estado interventor

### 1.1.1 O Estado liberal

A concepção liberal de Estado surge como contraponto ao absolutismo monárquico vencido pelas revoluções burguesas, cruentas ou não. Para seus seguidores, o fim do Estado se encerra ao permitir e oferecer garantias para existência da liberdade do indivíduo. “Dizer que o Estado tem como fim o desenvolvimento da liberdade individual significa também dizer que não tem um fim próprio, coincidindo o seu fim com os fins múltiplos dos indivíduos”.<sup>1</sup>

O fundamento político-teórico desta concepção encontra-se nos filósofos contratualistas, segundo os quais os membros da sociedade livremente abriam mão de parcela da vida em natureza em nome de uma ordem superior, o Estado, que poderia lhe garantir que sua liberdade não sofreria interferência dos demais. Por isso, diz-se que seria uma visão negativa de Estado, na medida em que não teria por objetivo a promoção de qualquer atividade visando ao bem-estar dos particulares, mas tão-só impedir que estes fossem impedidos de buscar seu próprio bem-estar por suas próprias forças. É uma visão descentralizadora, que compreende a sociedade civil como capaz de eleger as opções que lhes sejam mais proveitosas, sem interferência estatal.

Saliente-se que o Estado liberal configura-se como um Estado de Direito, na medida em que é por meio de regras jurídicas que organizava o quadro geral que proibia a intervenção no exercício da liberdade pelos indivíduos.

Do ponto de vista econômico, a base do liberalismo foi sistematizada por Adam Smith, em *A riqueza das nações* (1776). Segundo sua concepção, os agentes, ao atuarem em um ambiente de livre concorrência, possuem a tendência de maximizar seus próprios interesses. Agindo assim, as melhoras individuais propiciam uma melhora para a coletividade, como uma *mão invisível* que regula a eficiência do mercado. Deste modo, caberia ao Estado somente proteger a sociedade contra os ataques às instituições e ao patrimônio, sem intervir nas leis de mercado e nas práticas econômicas.

### 1.1.2 O Estado social interventor

A concepção idealizada do Estado liberal nunca conseguiu se firmar em sua inteireza. A apregoada liberdade era formal. Os indivíduos, divididos em classes sociais, mostravam-se desiguais. Rapidamente a questão social insurgiu-se pelos levantes da classe operária, incluindo desde greves até quebra do maquinário das fábricas.

---

<sup>1</sup> MONCADA, Luis S. Cabral de. *Direito económico*. 4. ed. rev. atual. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 23.

O Estado amplia seu escopo. Adquire um objetivo próprio, de proporcionar bem-estar à sua população. A concepção negativista, que outorgava meramente direitos políticos e civis, abre espaço para uma segunda geração de direitos, em que se sobressaem as garantias trabalhistas e previdenciárias, com oferecimento de serviços públicos, como saúde e educação, com vistas a igualar as oportunidades. Numa terceira fase, observada na segunda metade do século XX, o Estado passa a incorporar em seus objetivos a proteção a direitos difusos, como o meio ambiente equilibrado.

A par dos problemas sociais, a própria dinâmica capitalista vivenciava crises sistêmicas cada vez mais fortes e frequentes. Os primados da economia neoclássica não foram suficientes para superar estas crises, em especial a mais grave delas, a depressão da década de 1930. Os níveis de desemprego não conseguiam recuperar-se, contrariando as teses então em vigor. Foi sob essas circunstâncias que John Maynard Keynes publica sua *Teoria geral do emprego, dos juros e da moeda* (1936), no qual explica que o nível de emprego é fruto do nível de produção, que, por seu turno, é determinado pela demanda agregada, ou seja, é o consumo que determina a oferta e não o contrário.

Keynes entendia que o mercado não iria se autorregular de forma suficiente para superar a crise e que caberia ao Estado retomar o giro da economia, por meio de políticas públicas que estimulassem o consumo e com isso promovessem o crescimento dos níveis de emprego e renda. Estas ideias influenciaram muitas das políticas públicas das economias de mercado, notadamente a partir da Segunda Guerra Mundial.

Assim, o Estado incorpora um novo modelo jurídico. No dizer de Moncada:

O Estado actual surge-nos como um agente de realizações que se reportam principalmente ao domínio da economia, na qualidade de responsável principal pela condução e operatividade das forças económicas, enquanto verdadeira alavanca da sociedade actual. Assume com frequência formas de actividade organizadas em ordem à produção e distribuição de bens e serviços para o mercado e submetidas muitas vezes à concorrência das empresas privadas.<sup>2</sup>

## 1.2 Direito e desenvolvimento econômico

### 1.2.1 Relação Direito & Economia

O Estado interventor requer a adoção de um modelo de política econômica, isto é, um conjunto de regras e princípios definidos pelas instituições para propiciar o bem-estar comum. Ou seja, por meio de instrumentos jurídicos, o Poder Público se organiza para poder proporcionar crescimento da economia com melhor distribuição de renda e, conseqüentemente, melhora do bem-estar geral.

A análise econômica do direito, também denominada de movimento de Direito & Economia, busca aliar o instrumental teórico econômico à interpretação jurídica,

---

<sup>2</sup> MONCADA, op. cit., p. 29

atuando de forma propositiva (analisando a probabilidade de eficácia social de uma proposta legislativa) e retrospectiva (investigando os efeitos de uma decisão jurídica).

É inegável o papel que o sistema jurídico exerce na organização dos mercados. Por meio da teia institucional, os agentes econômicos interagem e estruturam suas transações. É também pelo uso de instâncias públicas, como o Judiciário, que os atores vão buscar sanções ou reparações contra os agentes infratores das regras. As diferenças entre direito e economia tornam-se cada vez menos relevantes, tendo em vista que quanto mais eficiente for uma ordem jurídica, o que pode ser obtido pela adoção de incentivos (positivos e negativos) econômicos, maior será o crescimento econômico:

Num sentido estrito, há três tipos de regra: as de conduta, as de organização e as que induzem os agentes a um dado programa (conhecidas como 'regras programáticas'). Para Norberto Bobbio, são três as funções fundamentais da linguagem do Direito (que, por sua vez, expressam regras de conduta, de organização e programáticas): descritiva, expressiva e prescritiva. Toda lei contém em si um elemento de prescrição; um conjunto de normas que visa determinar a conduta, a organização ou o programa de um grupo de agentes econômicos e que deve estar sustentada pela sanção do Estado, ou que se conhece como eficácia da norma. Tais noções de teoria geral do direito são importantes para compreender por que é preciso migrar mais efetivamente para o sentido mais econômico do direito; as leis são comandos de autoridade que impõem e que sofrem incentivos (positivos ou negativos) no processo de seu cumprimento. Nesse sentido, *law matters*.<sup>3</sup>

A Economia revela-se uma aliada do Direito, ao dispor de um instrumental teórico útil para a formulação de políticas públicas, de normas jurídicas de maior eficácia. O movimento de Direito & Economia firma-se, portanto, "por enunciados que olham o direito como um sistema que aloca incentivos e responsabilidades dentro do sistema econômico, e que pode, e deve, ser analisado à luz de critérios econômicos".<sup>4</sup>

As premissas para análise econômica do direito partem dos seguintes fundamentos: (a) as pessoas tendem a procurar maximizar seus interesses, agindo racionalmente para encontrar maior satisfação em suas relações sociais; (b) nesse processo, reagem a incentivos do ambiente em que operam; (c) as instituições, por meio de normas jurídicas, estabelecem incentivos e responsabilidades, influenciando o processo de tomada de decisão.

A forma mais comum de que o Estado dispõe para condicionar a conduta humana é a imposição de regras de responsabilização, isto é, fiscalização e sanções pelo descumprimento da norma jurídica. Estas regras trabalham com o fato posto e demandam uma complexa estrutura estatal, que vai desde o estabelecimento de um quadro de fiscalização até um forte aparato judicial. Uma segunda maneira de

---

<sup>3</sup> PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. p. 13.

<sup>4</sup> Idem, *ibidem*, p. 84.

influenciar o comportamento é o estabelecimento de um sistema de incentivos, ao reduzir o custo de transação no tocante à medida almejada, tornando, doutro lado, as demais opções mais custosas.

## 1.2.2 Desenvolvimento econômico como política de Estado

A partir de Keynes, firmou-se o primado de que a participação mais ativa do Estado seria necessária para garantir o funcionamento do mercado, seja pela regulação ou intervenção direta na qualidade de agente, possibilitando o desenvolvimento econômico. A economia incorporou elementos da política.

Ocorre, porém, que a expressão desenvolvimento econômico não é uníssona:

A ideia corrente de desenvolvimento refere-se a um processo de transformação – no sentido morfogênico: adoção de formas que não são um simples desdobramento das preexistentes – que engloba o conjunto de uma sociedade. Essa transformação está ligada à introdução de métodos produtivos mais eficazes e se manifesta sob a forma de aumento do fluxo de bens e serviços finais à disposição da coletividade. Assim, a ideia de desenvolvimento articula-se, numa direção, com o conceito de eficiência, e noutra com o de riqueza. A formas mais racionais de comportamento corresponde uma satisfação mais plena das necessidades humanas.<sup>5</sup>

Deveras, o desenvolvimento econômico apresenta-se como uma face do progresso cultural humano, que consegue extrair da natureza, da forma mais eficiente possível, os bens de consumo de que sente necessidade e com isso acumular riqueza.

Um outro autor traz um novo ponto ao debate. Amartya Sen, em seu *Desenvolvimento como liberdade*, identifica o conceito de desenvolvimento com a noção de liberdade, como fim e como instrumento.<sup>6</sup> Para ele, desenvolvimento é um processo de expansão das liberdades reais. Sen aponta três liberdades fundamentais: a econômica, ou seja, de acesso ao mercado, também como forma de se garantir a própria existência de um sistema de negociação; a política, que se expressa pelas garantias democráticas; e a social, pelo respeito às diferenças e às minorias.<sup>7</sup>

Essas ideias têm o mérito de trazer para o palco econômico um dado político, isto é, a liberdade. Para Sen, a prioridade é o ser humano. A crítica, em forma de pergunta, é: Como implementar este discurso?<sup>8</sup> Sem embargo, em um país subdesenvolvido como o Brasil, em que a administração pública observa uma escassez mais acentuada, torna-se dura a tarefa de escolher corretamente as prioridades.

E que tipo de desenvolvimento se deve buscar? Quando se fala em liberdade social, não se pode olvidar o respeito a questões difusas, como a qualidade de vida. O próprio Sen dá a senha, ao enxergar a questão social como essencial.

<sup>5</sup> FURTADO, Celso. *Pequena introdução ao desenvolvimento: enfoque interdisciplinar*. p. 41.

<sup>6</sup> SEM, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. p. 25.

<sup>7</sup> Idem, *ibidem*. p. 54-57.

<sup>8</sup> BARRAL, Welber; FERREIRA, Gustavo Assed. Direito ambiental e desenvolvimento. In: BARRAL, Welber; PIMENTEL, Luiz Otávio (Org.). *Direito ambiental e desenvolvimento*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006. p. 40-41.

## 2 Tributação e desenvolvimento econômico sustentável

### 2.1 A função extrafiscal da política tributária

A principal função dos tributos é a de promover a arrecadação de fundos para os cofres públicos. Porém, não é a única. A tributação também gera um efeito sobre a distribuição de capital e renda dos indivíduos e sobre a formação de classes sociais. Embora mantenha o caráter arrecadatório, este pode ser até secundário. Alguns tributos, notadamente da classe dos impostos, podem ser manipulados como instrumentos de ordem econômica, para fins de regular a disponibilidade monetária, distribuir renda, ajustar o câmbio, regular a oferta de bens, dentre outras consequências.

Esse mecanismo é a extrafiscalidade.

A visão econômica compreende o tributo como um componente do sistema de preços. Na medida em que se amplia a incidência tributária, por meio de alíquotas mais elevadas, na mesma base de cálculo, o bem ou serviço torna-se necessariamente mais oneroso. Essa majoração no custo é embutido pelo produtor no preço final oferecido ao consumidor. Na medida em que se eleva, cada vez menos consumidores podem adquirir o bem onerado, diminuindo a demanda. A rota funciona no sentido inverso. Se um item sofre desoneração tributária, consumidores de menor renda poderão adquiri-lo com maior facilidade, ampliando a demanda sobre ele.

Estudos demonstram que esta prática pode interferir mesmo em produtos que sequer sofrem alterações nas alíquotas. Assim, a majoração dos tributos incidentes sobre itens de consumo obrigatório, como produtos da cesta básica, até certo ponto faz com que os produtos considerados supérfluos deixem de ser gradativamente adquiridos.<sup>9</sup> E, também, na medida em que os produtos básicos são desonerados, os consumidores tendem a adquirir outros itens fora da pauta obrigatória.

No plano político, este fenômeno representa uma forma de redistribuir renda, por meio de uma tributação progressiva de alíquotas em relação a bens e serviços seletivos, a ponto de Becker afirmar que se trata de uma “revolução social pelo impacto dos tributos, em lugar da força das armas”.<sup>10</sup> Em sua obra clássica, já nos apontava que

A principal finalidade de muitos tributos (que continuarão a surgir em volume e variedade sempre maiores pela progressiva transfiguração dos tributos de finalismo clássico ou tradicional) não será a de um instrumento de arrecadação de recursos para o custeio das despesas públicas, mas a de um instrumento de intervenção estatal no meio social e na economia privada. Na construção de cada

---

<sup>9</sup> Fala-se até certo ponto por ser possível observar que, se a tributação for elevada de forma significativa, mesmo em itens de consumo obrigatório, chega-se a um grau na escala em que os consumidores terão de abdicar até mesmo destes itens.

<sup>10</sup> BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do Direito Tributário*. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2007. p. 622.

tributo, não mais será ignorado o finalismo extrafiscal, nem será esquecido o fiscal. Ambos coexistirão, agora de um modo consciente e desejado; apenas haverá maior ou menor prevalência deste ou daquele finalismo.<sup>11</sup>

De fato, na medida em que crescia a participação do Estado na economia, os economistas puderam apurar que a extrafiscalidade poderia contribuir para atingir objetivos sociais. Por meio da seletividade, o Fisco poderia taxar com maior gravidade produtos supérfluos e desonerar outros direcionados ao consumo das massas. Por um instrumento jurídico, seria possível intervir na economia, delineando estímulos e desestímulos ao consumo, modelando a sociedade considerada politicamente ideal.

## 2.2 Conciliando políticas de desenvolvimento econômico e preservação do meio ambiente

### 2.2.1 O desenvolvimento sustentável como objetivo social

Atualmente, a análise econômica encontra-se presente nos mais variados campos da ação humana, auxiliando o controle e o planejamento de políticas que propiciem aumento do bem-estar da sociedade e melhoria do padrão de vida. Deste modo, oferece um embasamento teórico para a construção de políticas públicas de intervenção na economia, como seria o caso das relações jurídico-tributárias.

Dentre os fatores mais relevantes para garantia de um padrão adequado de qualidade de vida está a questão ambiental. De fato, os modelos tradicionais de crescimento econômico, baseados na produção industrial em larga escala, uso intensivo de energia derivada de combustíveis fósseis e não renováveis e elevada concentração urbana provocaram um quadro grave de problemas relacionados ao meio ambiente.

Este sistema peca ao cogitar que os recursos naturais seriam infinitos. A poluição e contaminação dos recursos naturais renováveis e esgotamento dos não renováveis contrariam essa visão:

Portanto, a demanda pelos recursos naturais está aumentando exponencialmente, por conta do aumento populacional e das atividades econômicas a ele relacionadas. Ao mesmo tempo em que a demanda está aumentando, a oferta está se reduzindo também exponencialmente, por conta da degradação ambiental sobre três recursos sem os quais não haveria vida alguma na Terra: a água, o ar e o solo.<sup>12</sup>

Ou seja, “o sistema econômico esbarra no ambiente porque utiliza recursos naturais para sua produção e como depósito de seus resíduos, sem contabilizar esses custos”.<sup>13</sup> Introduce-se, assim, o conceito de escassez dos recursos naturais,<sup>14</sup>

---

<sup>11</sup> Idem, *ibidem*. p. 623-624.

<sup>12</sup> PENTEADO, Hugo. *Ecoeconomia: uma nova abordagem*. p. 73.

<sup>13</sup> GERENT, Juliana. Internalização das externalidades negativas ambientais – uma breve análise das relações jurídico-econômicas. *Revista de Direito Ambiental*, ano 11, n. 44, p. 41.

finitos frente às necessidades da população. O aumento da produtividade constitui medida meramente paliativa, que adia, sem impedir, o colapso do sistema.

Surge a Escola da Ecoeconomia, que inclui a natureza no fluxo circular de consumo e produção.<sup>15</sup> Utiliza-se da termodinâmica para explicar o processo econômico. Pela segunda Lei da Termodinâmica, a Lei da Entropia, a energia disponível tende continuamente a diminuir. Ou seja, a entropia é crescente, tendendo a um máximo (a posição de equilíbrio dinâmico).<sup>16</sup> Os insumos são finitos e seu uso desmedido tende a levá-los ao fim, conclusão ignorada pelos mecanicistas, para quem a natureza constituía um ambiente fechado e de fluxo renovável.<sup>17</sup>

Neste sentido, “a Ecoeconomia procura evitar o esgotamento dos recursos naturais, respeitando os limites físicos e ecológicos da matéria e da energia, submetidas à ação contínua da lei da Entropia”.<sup>18</sup> No radicalismo, surgem posições como a do Clube de Roma, de crescimento nulo ou negativo<sup>19</sup> “até sabermos qual é a nossa posição relativa em relação aos limites ecológicos do planeta”.<sup>20</sup> Uma posição temperada defende “processos ecoeficientes, substituindo a mineração pela reciclagem, reduzindo o esbanjamento e fazendo uso dos processos naturais de regeneração, mimetizando para o nosso sistema produtivo a mesma circularidade da natureza”.<sup>21</sup>

Sob quaisquer dos ângulos acima, é ponto pacífico que a questão ambiental tornou-se tema fundamental a ser considerado na formação de políticas de desenvolvimento econômico que apresentem sustentabilidade.

---

<sup>14</sup> “Só existe economia porque a ecologia lhe dá suporte. A ecologia permite o desenvolvimento da economia. A exaustão da primeira reverterá em desaparecimento da segunda.” (SOARES, Remi Aparecida de Araújo. *Proteção ambiental e desenvolvimento econômico: conciliação*. Curitiba: Juruá, 2005. p. 204).

<sup>15</sup> SOARES, R. A. de Araújo, p. 200-201, informa que o cientista precursor da noção de ecodesenvolvimento, uma das matrizes da Ecoeconomia, foi o socioeconomista Ignacy Sachs, que propõe a utilização de cinco dimensões de sustentabilidade no planejamento econômico: social; econômica; ecológica; espacial e cultural.

<sup>16</sup> FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. *A propriedade no direito ambiental*. 3. ed. rev., atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 25.

<sup>17</sup> “A demonstração da Segunda Lei da Termodinâmica poderia ter uma importância de caráter transcendental para a orientação correta dos rumos da economia, inclusive como justificação para o planejamento, pelo Estado, das atividades econômicas em geral e teria condições de derruir virtualmente os alicerces das teorias econômicas que tentavam até o final do século XIX equacionar os fatores terra/capital/trabalho dentro do paradigma adotado por nossa sociedade industrial.”

“Todavia, ao longo do século XX, esse conhecimento científico adquirido permaneceu relegado a um conveniente esquecimento por parte dos defensores de um modelo econômico imediatista e sem compromisso com as gerações futuras, não tendo sido alardeada a sua gravidade para os destinos da própria economia capitalista” (FIGUEIREDO, op. cit., p. 26).

<sup>18</sup> PENTEADO, op. cit., p. 224.

<sup>19</sup> A ideia de crescimento zero ou negativo funda-se no fato de que o desenvolvimento pressupõe produção e esta, por sua vez, pressupõe uso de recursos naturais. Um mundo sem desenvolvimento significaria um mundo sem produção e sem uso de recursos naturais. Todavia, é sabido que mesmo em sociedades de baixo desenvolvimento econômico, os índices de degradação ambiental podem ser elevados, em face da baixa tecnologia empregada, sem propiciar, por outro lado, índices de desenvolvimento humano e bem-estar geral.

<sup>20</sup> PENTEADO, op. cit., p. 224.

<sup>21</sup> Idem, ibidem, p. 224.

## 2.2.2 Tributação e desenvolvimento econômico sustentável: os tributos verdes

Como forma de garantir a preservação ambiental, o Estado brasileiro dispõe de uma série de medidas de fiscalização e controle, que inclui punições de ordem administrativa e também criminal, até de responsabilidade penal da pessoa jurídica. Estas medidas são ainda as preferidas na gestão ambiental brasileira. No entanto, sua baixa eficiência para coibir as infrações ambientais tem motivado fortes críticas:

Analisando a evolução da gestão ambiental no Brasil, o poder público vem conduzindo a política ambiental exclusivamente por meio de instrumentos de controle e comando, seja na administração dos recursos naturais, ou mesmo no controle da poluição ambiental e no planejamento territorial. Trata-se de uma intervenção centralizada, regulamentadora e fiscalizadora.

Todavia, estas políticas não têm-se mostrado eficientes, notadamente porque o estado costuma atuar de maneira seccionada e sem integração entre seus principais órgãos. Tanto na esfera da administração pública direta quanto na indireta, a tomada de decisões ocorre de forma pouco fragmentada da questão ambiental pelo poder público, o que torna o gerenciamento inócuo e até mesmo prejudicial, tanto para a questão ambiental quanto para a premência pelo desenvolvimento.<sup>22</sup>

Deveras, nessa forma são observadas graves falhas estatais, pois demanda um custoso aparato fiscalizador. Por outro lado, há uma dificuldade de ordem política, ao lidar com a impopularidade de medidas coercitivas, como o fechamento de uma fábrica poluidora, mas que propicia oferta de empregos. A jurista portuguesa Claudia Dias Soares acrescenta a estes pontos:

A principal crítica que é feita ao emprego de medidas de imposição, a ineficiência resultante de um incremento desnecessário de custos associados à defesa da qualidade ambiental, constituiu exactamente um dos principais objectivos perseguidos pela burocracia, que mede o seu prestígio e a sua eficácia pela dimensão do seu orçamento, e pela indústria, que vê aí uma possibilidade de alargar o seu mercado.<sup>23</sup>

Seguindo este raciocínio, pode-se concluir, previamente, que as normas que geram incentivos, como as de política fiscal, são preferíveis às normas de comandos e controles. Com efeito, os *tributos verdes* já são adotados em diversos países industrializados, como França e Espanha, e buscam dotar de tratamento tributário diferenciado os bens e serviços de acordo com o impacto ambiental que provoquem. No Brasil, a possibilidade desta modulação extrafiscal encontra-se na Constituição Federal a partir da edição da Emenda n. 42/2003, que modificou a redação do art. 170:

---

<sup>22</sup> BARRAL, op. cit., p. 41-42.

<sup>23</sup> SOARES, Claudia Dias. Como agem os grupos de interesse e as comunidades epistemológicas sobre a configuração da política ambiental. *Revista de Direito Ambiental*, ano 09, n. 36, p. 69.

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:

VI – defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; [...].

### **3 A questão ambiental e o uso extrafiscal do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI)**

#### **3.1 Os decretos que reduziram alíquotas do IPI nos exercícios de 2008, 2009 e 2010**

O IPI é um imposto de acentuada característica extrafiscal, tanto que cabe ao Chefe do Poder Executivo Federal reduzir ou majorar suas alíquotas, nos limites estipulados por lei, de acordo com as necessidades não apenas de caixa, mas também como espécie de motor para alavancar o funcionamento da economia. A partir da segunda metade de 2008, este segundo aspecto foi acentuado, em virtude da crise econômica mundial, que trouxe o fantasma da depressão econômica, com queda na produtividade da indústria e dos níveis de emprego e renda.

Para atenuar os efeitos da crise, estimulou-se o consumo, reduzindo alíquotas. Uma série de decretos foi publicada com este intuito, atuando em ramos específicos do mercado que pudessem de fato repercutir de forma positiva no ciclo econômico.

O primeiro desta série foi o Decreto 6.687, de 11 de dezembro de 2008, que reduziu a alíquota de IPI (em alguns casos até a zero) incidente sobre veículos automotores, até 31 de março de 2009. Em seguida foi publicado o Decreto 6.696, de 17 de dezembro de 2008, que ampliou os benefícios da alíquota reduzida a outras modalidades de veículos, no mesmo lapso. O Decreto 6.743, de 15 de janeiro de 2009, modificou a tabela em relação aos bicomcombustíveis (de motor *flex*) ou que funcionassem somente movidos a álcool combustível, porém sem prever alíquota zero.

Estes atos foram prorrogados pelo Decreto 6.809, de 30 de março de 2009, que estendeu o favor fiscal até 30 de junho de 2009. A indústria automobilística ainda teve outras benesses, como o Decreto 6.890, de 29 de junho de 2009, que reduziu alíquotas de tratores, reboques e outros automotores, prorrogado pelo Decreto 7.017, de 26 de novembro de 2009. Os veículos de transporte de mercadorias foram agraciados com o Decreto 7.060, de 30 de dezembro de 2009, com tabela reduzida, a ser aumentada gradativamente, só voltando aos valores originais em 1º de julho de 2010.

Outras indústrias também foram beneficiadas. Aproveitando o *boom* imobiliário, os setores ligados à construção civil obtiveram vantagens, como o estabelecimento de alíquota zero para ladrilhos, lajes, pisos, inclusive de cerâmica, telhas, cadeados, entre outros, com validade até 16 de julho de 2009. Posteriormente, o Decreto n. 7.032, de 14 de dezembro de 2009, estipulou novas reduções de alíquotas

para produtos como cimento branco, coque, betume, tintas, vernizes, mástique de vidraceiro, cimento de resina, argamassa, concreto, banheiros, banheiras para duchas, pia e lavatórios, assentos sanitários, e novamente ladrilhos, lajes e pastilhas. Estes benefícios obtiveram validade até 31 de junho de 2010.

E como uma casa só fica habitável se guarnecida com eletrodomésticos básicos e móveis, os eletrodomésticos da chamada linha branca – composta por geladeira, freezer, fogão, ar condicionado e máquina de lavar – conquistaram sua cota de redução de alíquotas. Primeiro, pelo Decreto 6.825, de 17 de abril de 2009, que concedia o favor por três meses, o que foi prorrogado pelo Decreto 6.890, de 29 de junho de 2009, com validade até 31 de dezembro de 2009. Outrossim, no Decreto 6.996, de 30 de outubro de 2009, ofereceu-se um desconto maior para geladeiras, freezers, fogões e máquinas de lavar com maior eficiência energética.

Os móveis obtiveram benesses por meio do Decreto 7.016, de 26 de novembro de 2009, dentro da mesma política de redução genérica de alíquotas.

### **3.2 A questão do desenvolvimento econômico sustentável: um ponto esquecido**

As medidas acima apontadas, de desoneração tributária por meio de redução de alíquotas do IPI, foram proveitosas, pois conseguiram girar o moinho econômico, que voltou a moer de forma produtiva. Os índices de confiança dos investidores e dos consumidores subiram no final de 2009 e o crescimento econômico brasileiro, mesmo baixo, ganhou nota por não ter apresentado um resultado negativo.

As vendas de veículos automotores foram um dos itens responsáveis por este resultado. De fato, sobre elas já se observava uma curva descendente no fim de 2008, e a partir destas medidas, voltaram a subir, propiciando um ano lucrativo para um setor estratégico para a economia, pelos empregos diretos e indiretos que gera. Trata-se de um segmento com dificuldades de capital em outros países, mas que no Brasil vem colhendo resultados positivos durante os últimos exercícios.

Contudo, do ponto de vista ambiental, a medida é desvantajosa. Já é de se criticar um estímulo ofertado à compra de um produto poluidor, que provoca inchaço na estrutura viária urbana, com inviabilidade do ir e vir nas urbes, quando se deveria incentivar o uso do transporte coletivo, mais adequado e menos poluidor.

Por outro lado, o ato poderia ter sido editado com maior consideração à questão ecológica. Sem embargo, o Decreto outorgou um desconto genérico na tabela do IPI, sem levar em conta o potencial de impacto ao meio ambiente de cada veículo. O ideal seria conceder um desconto apenas para aquelas linhas mais econômicas, de menor consumo de combustíveis, majorando, como compensação, os que fossem mais poluidores, o que serviria, no longo prazo, para qualificar a frota nacional. No médio ou longo prazo, estimularia as montadoras a equiparem seus veículos com maior eficiência no consumo de combustível e menor dispêndio de monóxido de carbono.

O máximo que se pode falar em benefício ecológico foi a maior redução para veículos movidos a álcool combustível ou com motor bicombustível. No caso dos

veículos com motor 1.4 a 2.0 *flex*, ou seja, que utilizam álcool e gasolina, estes tiveram uma redução de alíquota de 11% para 5,5%, o que não chega a ser um estímulo à sua compra, haja vista que esta redução foi linear com os carros de motor 1.4 a 2.0 a gasolina, que passaram de 13% para 6,5%. Mesmo assim, a diferença foi irrelevante e um carro movido tanto a gasolina como a álcool não garante que o usuário irá preferir o combustível menos poluente, sobretudo se a equação financeira não lhe for favorável. Economicamente esta não seria uma atitude racional.

Igual raciocínio se aplica às disposições do Decreto 6.825, de 17 de abril de 2009, que reduziu as alíquotas, para cálculo do IPI, das geladeiras de 15% para 5%, o de fogões, de 5% para zero, o de máquinas de lavar, de 20% para 10%, e o de tanquinhos, de 10% para zero. Estes produtos apresentam um elevado consumo de energia elétrica, já existindo selos que permitem ao consumidor optar pelos modelos mais econômicos.

Neste caso, a preocupação ambiental também foi atendida em parte, quando da prorrogação deste Decreto. Conforme já exposto, em relação aos produtos da chamada linha branca, o Decreto 6.996, de 30 de outubro de 2009, ao manter os benefícios fiscais, estabeleceu alíquotas mais favoráveis para o contribuinte, de acordo com os índices de eficiência energética.

Estas alterações, apesar de bem-vindas, são insuficientes para retirar as críticas, haja vista que sua implementação operou-se a destempo, após o *boom* do consumo destes bens duráveis, e de forma pontual, sem indicar uma preocupação ambiental no planejamento de uma política fiscal que favoreça a produção e o consumo.

Uma demonstração disso é que a diferença entre as alíquotas é insuficiente para incidir de forma considerável no preço final do produto, de modo a influenciar a decisão de consumo para os bens mais ambientalmente desejáveis. E esta negligência com a questão ambiental pode ser observada no favorecimento de outros segmentos, como a não incidência de IPI para móveis, prevista pelo Decreto 7.016, de 26 de novembro de 2009, em que não se especificou uma alíquota menor para produtos elaborados com madeira certificada ou maior para os elaborados com materiais como plástico.

Releva destacar que muito do sucesso do plano de ampliação de consumo se deu não somente pela diminuição das alíquotas tributárias, mas também pelo acréscimo do poder geral de renda das classes C e D. Por meio de políticas efetivas de redistribuição de renda, com aumento real do salário mínimo, majoração da faixa de isenção de imposto de renda pessoa física e revisão da tabela de sua incidência, além de adoção de instrumentos como bolsa-família e o programa Minha Casa, Minha Vida, ampliou-se a classe média, incorporando a este segmento parcela significativa da população antes excluída do alvo de boa parte das indústrias beneficiadas com favores fiscais.

Este contingente populacional pôde, enfim, incorporar a seu horizonte de desejo uma série de produtos considerados inalcançáveis, como a casa própria, equipada com modernos fogões, geladeiras, freezers, lavadora de roupas e carro

novo na garagem. São pessoas que estão tendo seus influxos de consumo estimulados pela primeira vez e poderiam ser levadas a adquirir produtos de menor agressão ao meio ambiente.

## 4 Controle jurisdicional das políticas de extrafiscalidade ambiental

A considerar, portanto, que um importante condicionante do desenvolvimento econômico foi, se não ignorado – o que seria um exagero retórico e sem fundamento –, mas decerto negligenciado pelo Poder Executivo, cumpre averiguar qual o posicionamento que o Poder Judiciário poderia adotar para corrigir esta conduta. Por que meio de controle poderia apreciar estes atos? Haveria fundamento constitucional para tanto? Poderia, enfim, declarar a inconstitucionalidade dos Decretos, que puseram na mesma vala produtos com diferentes potenciais ofensivos ao meio ambiente?

### 4.1 Controle de constitucionalidade dos decretos que reduziram alíquotas do IPI

O conceito de (in)constitucionalidade, conforme Jorge de Miranda, expressam uma ideia de relação<sup>24</sup> entre o que diz a Constituição e o comportamento estatal (pois só os atos do Poder Público podem ser considerados inconstitucionais e não os atos privados). Esta inconstitucionalidade tanto poderia ser positiva (por ação) ou negativa (por omissão), mas precisa ter um vínculo direto e imediato com a ordem constitucional, pois uma afronta indireta se resolveria pela ilegalidade.

No direito pátrio, uma relação de inconstitucionalidade, observada posteriormente à edição do ato normativo, resolve-se pelos controles difuso e concentrado. No primeiro, é possível que mesmo atos infralegais sofram uma arguição de inconstitucionalidade. No controle concentrado, o Supremo Tribunal Federal sempre manteve o entendimento que atos infralegais só poderiam ter sua constitucionalidade apreciada se se tratasse de um decreto autônomo ou se fosse indicada que o autor do ato teria extrapolado sua competência para regulamentar a lei, inovando na ordem jurídica. Ou seja, em sede de controle abstrato de constitucionalidade, cabe, incidentalmente, o controle da legalidade do decreto regulamentar.

Entretantes, a partir da edição da Lei 9.882/1999, que regulamentou a arguição de descumprimento de preceito fundamental, prevista no § 1º, do art. 102, da CF/88, previu-se a arguição de inconstitucionalidade contra atos normativos infralegais, mesmo de efeitos meramente concretos. Esta norma veio suprir uma lacuna na disciplina do controle de constitucionalidade, haja vista que o posicionamento do Pretório Excelso “continha o inconveniente de deixar de fora do eficiente controle abstrato de constitucionalidade a maioria dos atos normativos editados pelo Estado”.<sup>25</sup>

<sup>24</sup> MIRANDA, Jorge de. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. t. 2, p. 310-316.

<sup>25</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2008. p. 435.

O caso vertente trata de decretos da lavra do Chefe do Poder Executivo Federal, com objeto de instituir alíquotas de imposto, regulamentando os termos de lei. Sem embargo, o Presidente da República apenas dispôs sobre as alíquotas, dentro dos limites impostos pela legislação de regência. Portanto, não extrapolou o seu poder regulamentar, tampouco se trata de um decreto autônomo. Assim, descaberia outra ação constitucional para o caso, salvo a ADPF.

Mas, para tanto, a norma não poderia ter incorrido em qualquer inconstitucionalidade. A impetração da ADPF exige que o preceito constitucional descumprido seja de ordem *fundamental*. Este parâmetro suscita debates. Pode-se argumentar que todo e qualquer preceito presente na Constituição seria um preceito fundamental. Contudo, é seguro afirmar que o Supremo Tribunal Federal vem restringindo o entendimento a este respeito, somente admitindo o processamento de ADPF de forma subsidiária às demais ações constitucionais e quando invocar a agressão a preceitos da maior relevância do plano constitucional.

E esse nos parece ser o caso dos decretos abordados. De fato, esses atos não versam apenas sobre matéria tributária, o que por si só já suscitaria um nível de debate constitucional. Além disso, eles regulamentam um instrumento de grande repercussão social, de influência direta sobre a produção industrial, a geração de empregos, a mobilização para o consumo. Toda esta repercussão atingiu princípios fundamentais da ordem econômica da CF/88, em especial a função social da propriedade; a defesa do consumidor; e a defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; todos do art. 170 em concomitância ao art. 225.

#### 4.2 Fundamento constitucional para exame dos Decretos que reduziram alíquotas de IPI: o postulado da proporcionalidade

A Constituição da República apresenta como peculiaridade uma série de *princípios* que fundamentam os objetivos a serem alcançados pelo Estado brasileiro e também por sua sociedade.<sup>26</sup> Esses princípios servem de fundamento para a atuação estatal, condicionando e limitando seu agir também na seara tributária. Doutro giro, dada a profusão de finalidades eleitas pelo constituinte, os princípios podem colidir. Esta colisão, porém, é meramente aparente, pois ao intérprete cabe a tarefa de unificar o bloco de constitucionalidade, para que não apresente contradição interna. Atribuem-se, então, pesos diferentes a cada um dos princípios analisados e o confronto se resolve pela aplicação em maior grau do princípio a que foi atribuído maior peso.

---

<sup>26</sup> Por *princípio*, aqui, entenda-se o conceito brilhantemente desenvolvido por Humberto Ávila, em sua obra de referência, segundo o qual “Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção” (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 78-79).

Esse procedimento de *ponderação* é necessário, haja vista que, ao contrário das regras, os princípios não se resolvem hermeneuticamente por critérios como generalidade e anterioridade. Um princípio não revoga o outro. No entanto, mesmo sendo imprescindível para otimizar a solução constitucionalmente aceita, esta operação não se exime de críticas, pois a atribuição de pesos diferenciados encerra, em si mesmo, um processo com margem discricionária para o julgador e que não oferece a segurança jurídica necessária. Necessário, portanto, estabelecer critérios que permitam uma análise mais objetiva deste procedimento, ou seja, uma balança para os pesos.

A jurisprudência constitucional alemã encontrou esta balança no princípio da proporcionalidade, ao qual preferimos denominar de postulado, seguindo mais uma vez a nomenclatura do prof. Ávila.<sup>27</sup> Destarte, ao apreciar a colisão entre princípios constitucionais, no exercício do controle de constitucionalidade, deve-se apurar a proporcionalidade da conduta, apurada de forma trifásica:

- a) *Adequação*: a norma deve ser o meio adequado para promover o fim a que se destina;
- b) *Necessidade*: o meio empregado é o menos restritivo a direito fundamental, dentre todos os demais disponíveis e igualmente adequados para promover o fim a que se destina; e
- c) *Proporcionalidade em sentido estrito*: as vantagens trazidas pela promoção do fim compensam as desvantagens provocadas pela adoção do meio escolhido.

Malgrado a relevância, sua aplicação ainda suscita divergências na jurisprudência, que, em alguns julgados, parece ignorar as três fases acima explicitadas e recai em equívocos recorrentes, ao confundi-lo com o postulado da razoabilidade. Sua aplicação é, de fato, complexa. A proporcionalidade não se resume a uma ideia de proporção. Funda-se em uma relação de causalidade. Como postulado estruturador da aplicação de princípios, sua aplicação é restrita e depende de alguns elementos sem os quais não pode ser apreciada. Primeiramente, é preciso estipular um fim a ser atingido pela norma. E este fim deve ser concreto, um resultado que possa ser examinado segundo critérios extrajurídicos. Em seguida, analisa-se o meio escolhido, em oposição a todos os demais para só então averiguar se as vantagens trazidas pela promoção do fim foram conseguidas da melhor forma por este meio.

Nesta perspectiva, a eficácia das normas tributárias também pode ser analisada à luz da proporcionalidade, sobretudo quando se abordam normas de natureza extrafiscal:

---

<sup>27</sup> Isto porque não se deve confundir os pesos com a balança. Por um primado de coerência, se um princípio é uma norma primariamente finalística, que oferece ao aplicador um estado ideal a que se almeja, a proporcionalidade certamente não se encaixa nesta definição. Trata-se, a seu turno, de um meio pelo qual se pretende analisar os princípios e não um fim em si mesmo. Por isso a natureza jurídica de postulado normativo aplicativo, pois “são normas imediatamente metódicas que instituem os critérios de aplicação de outras normas situadas no plano do objeto da aplicação. Assim, qualificam-se como normas sobre a aplicação de outras normas, isto é, como metanormas” (ÁVILA, *Teoria dos princípios...*, p. 122).

A eficácia tributária adquire, porém, significado jurídico quando finalidades jurídicas devem ser promovidas. Quando fins extrafiscais, isto é, fins externos puderem estruturar uma relação tributária, o postulado da proporcionalidade deve ser objeto de aplicação para controlar o poder de tributar (por exemplo, escolha dos sujeitos passivos, adoção de medidas tributárias de favorecimento ou de promoção, instituição de normas de simplificação por meio de presunções e ficções.<sup>28</sup>

No caso sob exame, os decretos que alteraram as alíquotas de IPI tinham um fim, que não versava sobre a arrecadação fiscal e sim de promover o crescimento econômico, seguindo a receita keynesiana. No entanto, para a ordem constitucional, não é qualquer desenvolvimento econômico a que se deve visar. Assim, o consumo de bens e serviços deve ser direcionado para uma pauta mais favorável ao desenvolvimento sustentável. Este é o fim almejado e que pode ser analisado por critérios objetivos, como padrão de eficiência energética, por exemplo, os quais foram posteriormente acrescentados no caso de eletrodomésticos da linha branca.

Percebe-se que o estado ideal almejado não foi atingido de forma adequada. Pode-se sustentar que o meio tenha sido o *necessário* para promover o desenvolvimento. Cabe ainda alegar que os custos sociais de uma situação de estagnação ou depressão econômica são por demais negativos e afetariam também o meio ambiente, o que atenderia ao critério da *proporcionalidade em sentido estrito*. Todavia, a falta de um dos itens da escala trifásica, a *adequação*, é suficiente para se considerar violada a proporcionalidade.

#### 4.3 O papel do Poder Judiciário: da situação atual à teoria do Tribunal Constitucional como Poder

Percorridos os três degraus do exame da proporcionalidade, o reconhecimento de sua inconstitucionalidade ainda remanesce num terreno pantanoso, sob vários aspectos.

O primeiro deles é um problema de linguagem. O que significaria a adequação? Pode-se afirmar que uma determinada norma concreta não foi adequada aos fins constitucionais? Por vezes, as respostas são vagas e impedem uma solução unívoca. Esta abstração é encontrada na própria definição dos fins. O que seria um desenvolvimento sustentável? Para alguns, o crescimento zero, para outros, até negativo. Diz-se que sustentável seria aquele que mantivesse os recursos naturais preservados para a presente e as futuras gerações, mas o crescente uso de insumos para a produção não permite afirmar que os níveis atuais de consumo atendem a estes aspectos, mesmo com critérios objetivos de standards de eficiência energética.

O segundo problema atinge a própria ordem jurídica constitucional. Um dos fundamentos da CF/88 é a separação dos Poderes, que reserva para cada um deles atividades preponderantes, que devem ser desempenhadas de forma independente

---

<sup>28</sup> ÁVILA, Humberto. *Sistema constitucional tributário*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 274.

entre si. Esta harmonia não significa que os Poderes atuam de forma isolada, mas, ao contrário, devem vigiar-se mutuamente, pelo sistema compensatório de freios e contrapesos. Nesta linha, é próprio do Judiciário promover o controle dos atos normativos em face da Constituição.

Sucede que, pelo desenvolvimento das atividades estatais, a Administração Pública já não comporta a mesma estrutura cogitada na época do triunfo liberal contra o absolutismo. Apenas um dos Poderes, o Executivo, agigantou-se a tal ponto que sua máquina burocrática se tornou imensamente superior à dos demais.

A tomada de decisões, dentro desta estrutura, tornou-se uma tarefa cada vez mais complexa, levada a cabo por um corpo funcional com expertise para regulamentar as leis de acordo com critérios de tecnicidade elevada. Esta burocracia é única do Poder Executivo e seria inviável conferir uma estrutura de porte idêntico aos demais Poderes. Por sua vez, nada garante que as decisões tomadas por técnicos do Executivo seriam as mesmas adotadas por técnicos do Judiciário, ainda com igual formação.

Estas circunstâncias revelam o inconveniente de se conceder a possibilidade de revisão judicial, por critérios de constitucionalidade, a qualquer membro do Judiciário. A história da constitucionalidade demonstra que as tarefas acrescentadas ao Estado exigem um maior grau de especialização, com novas funções que devem ser repartidas entre outros órgãos, além dos três tradicionalmente eleitos. Zafra Valverde já propunha uma nova divisão, que se exprimiria numa série de cinco Poderes: Poder de Autoridade, Poder de Direção, Poder Deliberante, Poder Judicial e Poder de Execução.<sup>29</sup>

No entanto, mesmo esta concepção ousada ainda não se mostra suficientemente adequada para o papel que a Constituição passou a receber, como essência dos fins almejados pela sociedade, a ser dotada de efetiva função normativa. Dentro desta perspectiva, o professor Cezar Saldanha Souza Júnior apresenta uma proposta inovadora. Adaptando os conceitos já explorados por Kelsen, o constitucionalista gaúcho alça o Tribunal Constitucional à condição de um sexto Poder.

Segundo sua doutrina, o Tribunal Constitucional seria o órgão com legitimidade por excelência para arbitrar os conflitos que possam conduzir a uma paralisia na governabilidade e ao mesmo tempo oferecer um contrapeso ao poder do governo.<sup>30</sup>

O chefe de Estado e o Tribunal Constitucional, claramente, atuam no domínio dos fins últimos do Estado, definidos exclusivamente em nível constitucional, por via de normas jurídicas que, se de um lado necessitam de concretização, de outra gozam de supremacia diante das demais normas do ordenamento.<sup>31</sup>

---

<sup>29</sup> Apud. SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. *O Tribunal Constitucional como poder: uma nova teoria da divisão dos poderes*. São Paulo: Memória Jurídica, 2002. p. 98-99.

<sup>30</sup> SOUZA JÚNIOR. Op. cit. p. 111-112.

<sup>31</sup> Idem, *ibidem*. p. 123.

Destarte, o Tribunal Constitucional atuaria num patamar superior de debates, oferecendo-se como contraponto às decisões do Chefe de Estado, sendo dotada da estrutura necessária para tanto, inclusive por meio de corpo funcional. Trata-se de uma concepção mais avançada que a observada atualmente e sua implementação poderia afastar uma série de entraves e paralisias que o modelo atual fornece.

De toda sorte, mesmo com a eventual introdução do modelo proposto, ainda assim o problema da separação dos Poderes não estaria resolvido. Sem embargo, a discricionariedade administrativa ainda se mantém como mecanismo para garantia da governabilidade. Mesmo que assuma a condição de um sexto Poder, o Tribunal Constitucional não poderia operacionalizar a atividade administrativa. Cuida-se de obrigação preponderante de outro Poder organizado.

Seria possível ao Judiciário, mesmo por seu órgão de cúpula, afastar a redução do IPI para produtos cuja aquisição não considerasse benéfica ao meio ambiente? Entendemos que não.

Inicialmente, a própria definição dos fins não seria unívoca. Não há um sentido seguro para se indicar que o benefício a uma categoria de produtos em detrimento de outra ofereceria mais ou menos vantagens ao meio ambiente. Imaginemos o segmento dos veículos automotores. Pode-se cogitar que diminuir a tributação dos carros de maior eficiência energética ou que sejam movidos a combustíveis renováveis seria a medida ambientalmente mais conveniente. Na outra ponta, porém, o transporte por automóveis é mais agravante ao meio ambiente que o transporte coletivo, de sorte que poderia ser argumentado que as alíquotas daquela modalidade deveriam ser sempre elevadas.

Em segundo lugar, a multiplicidade de entendimentos pode levar a uma paralisia da atividade estatal, quando a utilização deste instrumento de intervenção econômica requer celeridade. Atribuir ao magistrado a sindicabilidade total pode criar o efeito contrário, pelo grau de incerteza a recair sobre o ambiente econômico, afastando a confiança do consumidor, sobretudo na compra de itens que demandem uso de poupança ou pagamento parcelado, como a aquisição de automóveis ou reforma da casa.

Por outro lado, a discricionariedade administrativa não deve possuir um caráter absoluto. Pode ocorrer a edição de atos que sejam flagrantemente indevidos, apresentem erros a todas as vistas, contrariando de forma explícita os fins das normas jurídicas, e que devem ser revistos. É a aplicação da tese do *erro manifesto*, na doutrina francesa, ou *erro macroscópico*, na doutrina italiana.

Como hipótese, imagine-se que um dos decretos em questão tenha outorgado o benefício da alíquota zero para as geladeiras de pior eficiência energética e, na outra ponta, aplicado a alíquota mais elevada justamente para os aparelhos de maior eficiência. Este item segue um padrão, de fácil exame, que atribui os conceitos de A a E para as geladeiras, de acordo com o consumo energético. É ululante que um aparelho de menor consumo é mais favorável ao meio ambiente. No entanto, o Fisco claramente emitiu uma norma que estimula o consumo do produto ecologicamente mais prejudicial em detrimento do mais vantajoso. Neste caso, é certo que o objetivo extrafiscal de estimular o consumo deu-se de forma não sustentável e

caberia o pronunciamento do Judiciário, para ajustar a medida fiscal ao fim da norma, ao menos para conceder o mesmo benefício para os outros aparelhos, por um critério de igualdade tributária.

## Considerações finais

A mudança da realidade do Estado contemporâneo, que passou a intervir com maior vigor na economia, repercutiu em sua estrutura jurídico-constitucional. Este novo paradigma traz para a análise jurídica a necessidade de incorporar outras metodologias, como a da ciência econômica, para interpretar e aplicar a norma com maior eficiência.

A análise econômica permite enxergar no Direito um conjunto de regras e princípios que funcionam como estímulo para as condutas sociais. Para que os fins visados sejam atingidos da forma mais completa possível, faz-se necessário averiguar se estes estímulos são os adequados para o cidadão, como agente econômico racional.

Esta análise pode ser aplicada com grande vantagem no terreno do Direito Tributário, como é o caso da instituição de políticas extrafiscais, como a redução de alíquotas de IPI. Estas medidas atingiram em parte seu objetivo, ao reaquecer a economia e mover o ciclo de consumo e produção. Diz-se em parte, no entanto, pois um dos fatores fundamentais para o progresso econômico, com *status* de princípio constitucional, foi negligenciado neste processo: a sustentabilidade ambiental.

Com efeito, ao estimular o consumo, o Estado deveria priorizar com os benefícios fiscais aqueles produtos que agredissem em menor escala o meio ambiente. Seria o caso dos automóveis que consumissem menos combustível, os eletrodomésticos dotados de maior eficiência energética, os móveis com madeira de origem certificada, dentre outros. Esta observação não necessitaria de uma mudança legislativa e poderia ser instituída no próprio decreto.

O Poder Judiciário poderia intervir neste caso? É certo que os Decretos em análise, por se tratar de atos com conteúdo normativo, podem ser examinados à luz de sua constitucionalidade. Sucede que a revisão judicial pode gerar insegurança jurídica e interferir no plano de estímulo ao consumo, haja vista a multiplicidade de posições divergentes que podem ser adotadas. Neste sentido, é proveitosa a contribuição de Saldanha Souza Júnior, de adotar o Tribunal Constitucional como outro Poder, apto a dirimir com exclusividade conflitos de constitucionalidade.

De todo modo, mesmo que se adote este modelo, ainda assim não se encerraria o problema da sindicabilidade do ato discricionário da Administração Fazendária. O Judiciário, mesmo em seu órgão de cúpula, não detém a capacidade técnica do corpo burocrático presente no Executivo, de tal modo que suas decisões podem gerar não apenas insegurança jurídica, mas também efeitos negativos na economia, paralisando-a em uma hora de necessária celeridade na tomada de decisões.

O que não significa que as normas tributárias, que afetem a economia, devam ficar isentas de qualquer controle. Por vezes, podem ocorrer situações limites, de erro manifesto ou macroscópico em relação ao objetivo de sustentabilidade ambien-

tal. Nestas hipóteses, em que há padrões técnicos objetivos, faculta-se ao Poder Judiciário a possibilidade de rever o ato tributário, determinando a redução das alíquotas também para o outro produto, aplicando, em adição, a isonomia tributária.

## Referências

- ÁVILA, Humberto. *Sistema constitucional tributário*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- \_\_\_\_\_. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- BARRAL, Welber; FERREIRA, Gustavo Assed. Direito ambiental e desenvolvimento. In: BARRAL, Welber; PIMENTEL, Luiz Otávio (Org.). *Direito ambiental e desenvolvimento*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006. p. 13-45.
- BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do Direito Tributário*. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2007.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2008.
- FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. *A propriedade no direito ambiental*. 3. ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- FURTADO, Celso. *Pequena introdução ao desenvolvimento: enfoque interdisciplinar*. 2. ed. São Paulo: Nacional, 1981.
- GERENT, Juliana. Internalização das externalidades negativas ambientais – uma breve análise das relações jurídico-econômicas. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2006, ano 11, n. 44, p. 40-63.
- MIRANDA, Jorge de. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. t. 2.
- MONCADA, Luis S. Cabral de. *Direito econômico*. 4. ed. rev. atual. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.
- PENTEADO, Hugo. *Ecoeconomia: uma nova abordagem*. São Paulo: Lazulli Editora.
- PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.
- SOARES, Claudia Dias. Como agem os grupos de interesse e as comunidades epistemológicas sobre a configuração da política ambiental. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2004, ano 09, n. 36, p. 58-84.
- SOARES, Remi Aparecida de Araújo. *Proteção ambiental e desenvolvimento econômico: conciliação*. Curitiba: Juruá, 2005.
- SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. *O Tribunal Constitucional como poder: uma nova teoria da divisão dos poderes*. São Paulo: Memória Jurídica, 2002.

