

DA INCONSTITUCIONALIDADE *DINÂMICA* DO ATAERO

Luciano Gomes Filippo

1. A LEGISLAÇÃO DO ATAERO

A Lei nº 5.862, de 12.12.1972, autorizou o Poder Executivo a criar a INFRAERO, cuja finalidade é “implantar, administrar, operar e explorar industrial e comercialmente a infra-estrutura aeroportuária que lhe for atribuída pelo Ministério da Aeronáutica” (art. 2º).

A Lei estabeleceu que os recursos da INFRAERO, dentre outros, serão constituídos de “tarifas aeroportuárias arrecadadas nos aeroportos por ela diretamente administrados” (art. 6º, I).

Em seguida, a Lei nº 6.009, de 26.12.1973, com alterações introduzidas pelos Decretos-Leis nºs 1.896, de 17.12.1981, e 2.060, de 12.09.1983, autorizou a cobrança de 6 “tarifas aeroportuárias” devidas pelas companhias aéreas, quais sejam:

- (a) tarifa de pouso;
- (b) tarifa de permanência;
- (c) tarifa de armazenagem;
- (d) tarifa de capatazia;
- (e) tarifa de uso das comunicações e dos auxílios à navegação aérea;
- (f) tarifa de uso das comunicações e dos auxílios rádio e visuais em área terminal de tráfego aéreo.

A referida Lei determinou que os recursos provenientes das tarifas assinaladas, “inclusive as multas contratuais, correção monetária e juros de mora, constituirão *receita própria das entidades da administração indireta*, nos casos de aeroportos por estas administradas” (art. 6, II - grifou-se).

Pelo exposto nas indigitadas leis, tem-se claro que:

- (a) as tarifas aeroportuárias visam, exclusivamente, a remunerar os serviços aeroportuários cobrados pela INFRAERO nos aeroportos por ela administrados;

(b) as tarifas aeroportuárias têm como destinatário final o prestador do serviço, cuja receita correspondente incorpora-se ao seu patrimônio.

O Adicional de Tarifa Aeroportuária (ATAero), por seu turno, foi instituído pela Lei nº 7.920, de 12.12.1989, nos seguintes termos:

“Art. 1º *É criado o adicional no valor de 50% (cinquenta por cento) sobre as tarifas aeroportuárias* referidas no art. 3º da Lei nº 6.009, de 26 de dezembro de 1973, e sobre as tarifas relativas ao uso dos auxílios à navegação aérea e das telecomunicações referidas no art. 2º do Decreto-Lei nº 1.896, de 17 de dezembro de 1981.

§ 1º O adicional de que trata este artigo *destina-se à aplicação em melhoramentos, reaparelhamento, reforma expansão e depreciação de instalações aeroportuárias e da rede de telecomunicações e auxílio à navegação aérea.*” (grifou-se)

Posteriormente, a Lei nº 8.399, de 07.01.1992, estabeleceu:

“Art. 1º Os recursos originados pelo adicional tarifário criado pela Lei nº 7.920, de 12 de dezembro de 1989, e incidentes sobre as tarifas aeroportuárias referidas no art. 3º da Lei nº 6.009, de 26 de dezembro de 1973, serão destinadas especificamente da seguinte forma:

I – *oitenta por cento a serem utilizados diretamente pelo Governo Federal, no sistema aeroviário de interesse federal;*

II – *vinte por cento destinados à aplicação nos Estados, em aeroportos e aeródromos de interesse regional ou estadual, bem como na consecução de seus planos aeroviários.*

(...)

§ 2º A parcela de vinte por cento especificada neste artigo constituirá o suporte financeiro de um Programa Federal de Auxílio a Aeroportos a ser proposto e instituído de acordo com os Planos Aeroviários Estaduais e estabelecidos através de convênios celebrados entre os Governos Estaduais e o Departamento de Aviação Civil, do Ministério da Aeronáutica.” (grifou-se)

Pelo que se depreende das suas leis instituidoras, é lícito concluir que o ATAero:

(a) incide à alíquota de 50% (cinquenta por cento) sobre o valor de todas as tarifas aeroportuárias;

(b) segue a mesma sistemática de arrecadação das tarifas, ou seja, é cobrado pela INFRAERO e, com efeito, os seus devedores sujeitam-se às mesmas penas decorrentes do não pagamento das tarifas aeroportuárias;

(c) sua receita não constitui remuneração da INFRAERO, mas da União, para investimentos públicos em infra-estrutura aeroportuária.

As características elencadas aqui irão tornar mais clara, a seguir, a definição da natureza jurídica do adicional tarifário.

2. SOBRE A NATUREZA JURÍDICA DO ATAERO

Segundo salienta respeitada doutrina:

“Cabe dizer, com certeza, que a tarifa é meio pelo qual se remunera a prestação de determinados serviços. A esta noção calha agregar, ainda no campo de aceitação pacífica, que a *tarifa assiste ao prestador do serviço*, posto que representa a *contrapartida de seu desempenho*.” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. “Tributo sob Designação de Tarifa”, *in* Revista de Direito Tributário 27-28, p. 41).

A tarifa representa contrapartida ou contraprestação, no sentido de que traduz valor devido à empresa concessionária pela prestação do serviço público. Isso significa que os recursos auferidos em razão da contraprestação do serviço, isto é, da tarifa, devem representar aporte de receita para a empresa prestadora do serviço.

Todavia, a criação de “adicionais de tarifas” ou “sobretarifas”, como é exemplo típico o ATAero, tem revelado uma distinção substancial: ao contrário das verdadeiras tarifas, são repassados (destinados) a terceiros, ainda que sejam arrecadados por aqueles que prestam o serviço.

Essa situação em que os adicionais são cobrados pelas mesmas empresas concessionárias que cobram tarifas pela prestação de serviços públicos cria uma ilusão de que também o adicional corresponderia aos serviços prestados, mas a destinação legal das suas receitas evidencia que tais empresas ou órgãos estatais são meros agentes arrecadadores de recursos para o Poder Público concedente, este sim titular, nos termos da lei, do direito sobre os adicionais tarifários.

Ainda que seja atribuição da INFRAERO cobrar o pagamento do referido adicional, que, nos termos da Lei nº 7.920/89, segue a mesma “sistemática” de recolhimento das tarifas aeroportuárias (art. 2º), o mesmo não se destina à referida empresa pública, como é o caso das tarifas decorrentes dos serviços por elas prestados (art. 6º da Lei nº 5.862/72, que autoriza a instituição da INFRAERO), mas sim a financiar a política governamental de investimentos no setor aeroportuário, o que vai além das atividades de prestação de serviços realizadas pela INFRAERO.

Nesse sentido, a receita decorrente da cobrança do ATAero não constitui recurso próprio da empresa pública INFRAERO; por força de lei, devem ser repassados à União Federal.

Tais recursos compõem assim receita vinculada da União para atender a investimentos públicos específicos, no caso, servir como instrumento do Governo Federal para o desenvolvimento da infra-estrutura aeroportuária do País (art. 1º, § 1º, da Lei nº 7.920/89), daí por que sua cobrança não visa a remunerar diretamente os serviços efetivamente prestados pela INFRAERO. Por compor o sistema aeroviário nacional, a INFRAERO poderá receber subvenções da União através de dotações orçamentárias a partir da previsão de arrecadação dos recursos do ATAero.

Pelo exposto até aqui, depreende-se as seguintes características na cobrança do ATAero:

- (a) destina-se, especificamente, a prover recursos para “aplicação em melhoramentos, reaparelhamento, reforma expansão e depreciação de instalações aeroportuárias e da rede de telecomunicações e auxílio à navegação aérea”;
- (b) o ente estatal que cobra o ATAero deve, por imposição legal, repassar o produto da sua arrecadação à União Federal;
- (c) a intervenção estatal provida pelos recursos do ATAero busca beneficiar os exploradores e os usuários dos serviços portuários, que passariam, em tese, a dispor de instalações e facilidades mais modernas e eficientes.

Nesse sentido, trata-se o ATAero de receita pública derivada, prestação pecuniária compulsória e que não constitui sanção de ato ilícito (art. 3º do CTN), ou, em outras palavras, tributo! Além disso, por se tratar de meio financeiro para investimento

estratégico em infra-estrutura aeroportuária, o ATAero enquadra-se com maior precisão na espécie tributária denominada Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico (CIDE).

As contribuições de intervenção no domínio econômico têm por finalidade financiar a intervenção ou ingerência da União no destino de determinado setor da economia nacional ou, em outras palavras, tornar possível a execução de uma certa política econômica governamental no campo próprio da iniciativa privada¹.

Com base nesse entendimento, coube ao Supremo Tribunal Federal elucidar a questão sobre a natureza jurídica dos adicionais tarifários em precedentes sobre o assunto à luz da atual Constituição, nos quais, após intensa análise de vários textos legais, ficou assentado serem os adicionais tarifários desprovidos de natureza jurídica de direito privado.

O STF fincou posição pela primeira vez nesse sentido na ocasião do julgamento de constitucionalidade do Adicional ao Frete para Renovação da Marinha Mercante – AFRMM, em vigor até hoje e que na época possuía as seguintes características:

(a) destinado, especificamente, a prover recursos para a “renovação, ampliação e recuperação da frota mercante nacional, e para assegurar a continuidade e regularidade de produção à indústria de construção naval do país”, cujos recursos compunham o chamado Fundo da Marinha Mercante – FMM;

(b) o transportador, que cobrava a tarifa do frete e o AFRMM, era, nos termos da lei, “fiel depositário” do AFRMM, cujo produto da arrecadação era repassado ao FMM (receita pública).

(c) a referida intervenção estatal, provida pelos recursos da contribuição, buscava beneficiar a indústria naval, que teria acesso a crédito público farto que viabilizaria a renovação periódica da frota nacional, e, também, os prestadores e usuários dos serviços de navegação, que passariam, em tese, a dispor de meios de transporte mais modernos e confiáveis.

Sobre a natureza jurídica do referido adicional, assim definiu o STF:

¹ ALMEIDA JUNIOR, Fernando Osorio de. “Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico”. GRECO, Marco Aurélio (Coord.). *Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico e Figuras Afins*. São Paulo: Dialética, 2001, p. 154.

“ADICIONAL AO FRETE PARA RENOVAÇÃO DA MARINHA MERCANTE.

(...)

II – Não constitui taxa, nem imposto, com destinação especial. Ela é uma *contribuição para-fiscal, tendo em vista a intervenção no domínio econômico*, nos termos do art. 21, § 2º, I, c.c. o art. 163 e seu parágrafo único, da Constituição (Emenda nº 1/69) (...).” (STF – Pleno, RE nº 75.972/SP, Rel. Min. Thompson Flores, unânime, julg. em 10.10.1973, DJ de 15.05.1974; grifou-se)

As contribuições interventivas continuaram previstas de forma expressa no texto da CF/88; contudo, sucintamente definidas “como instrumento de sua atuação (União)” (art. 149).

O STF julgou a constitucionalidade do Adicional de Tarifa Portuária – ATP, instituído pela Lei nº 7.700, de 21.12.1988, já sob a égide do novo sistema tributário nacional criado pela CF/88².

Em síntese, o ATP, extinto em outubro de 1996, possuía as seguintes características:

(a) destinado, especificamente, a prover recursos para “aplicação em investimentos para melhoramento, reaparelhamento, reforma e expansão de instalações portuárias”;

(b) a empresa pública concessionária dos serviços portuários, que cobrava a tarifa do serviço e o ATP repassava o produto deste último, por força de lei, à União, como “receita vinculada” do orçamento a projetos de infra-estrutura portuária.

(c) a referida intervenção estatal, provida pelos recursos do ATP, buscava beneficiar os exploradores e os usuários dos serviços portuários, que passariam, em tese, a dispor de instalações mais modernas e eficientes.

² Segundo estabelece o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT: “Art. 34. O sistema tributário nacional entrará em vigor a partir do primeiro dia do quinto mês subsequente ao da promulgação da Constituição, mantido, até então, o da Constituição de 1967, com a redação dada pela Emenda nº 1, de 1969, e pelas posteriores. § 1º Entrarão em vigor com a promulgação da Constituição os arts. 148, 149, 150, 154, I, 156, III, e 159, I, c, revogadas as disposições em contrário da Constituição de 1967 e das Emendas que a modificaram, especialmente de seu art. 25, III”. Uma vez que o novo fundamento de validade constitucional para as contribuições de intervenção no domínio econômico é o art. 149, entendemos que os respectivos efeitos deste dispositivo, especialmente quanto à remissão que faz ao art. 146, III, se verificaram desde a promulgação da Constituição de 1988, isto é, 05.10.1988, o que significa dizer que a Lei 7.700, de 21.12.1988, instituidora do ATP surgiu já à luz dos preceitos contidos no aludido art. 149.

Sobre a natureza jurídica da referida exação, decidiu o STF, cuja ementa é a seguinte:

“CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. ADICIONAL DE TARIFA PORTUÁRIA – ATP. Lei 7.700, de 1988, art. 1º, § 1º.

I – Natureza Jurídica do ATP: *contribuição de intervenção no domínio econômico*, segundo o entendimento da maioria a partir dos votos dos Ministros Ilmar Galvão e Nelson Jobim.

II – Voto do Relator, vencido no fundamento: natureza jurídica do ATP: taxa: criado por lei, Lei 7.700/88, art. 1º, § 1º, remunera o serviço público (CF, art. 21, XII, d e f; art. 17 do Decreto 25.408/34).

III – Constitucionalidade do ATP: Lei nº 7.700/88, art. 1º, § 1º.” (RE nº 218.061-5-SP, maioria, rel. Carlos Velloso, julg. 04.03.1999, DJ de 08.09.2000; grifou-se)

Vale ressaltar, outrossim, o seguinte trecho do voto condutor do acórdão, onde asseverou o Ministro Nelson Jobim:

“O ATP, até a sua extinção, *manteve a destinação original*.

Por outro lado, o ATP, desde a sua criação, *é devido por uma categoria específica de usuários e objetiva financiar obras de infra-estrutura portuária*.

O porto interessa, de forma direta, àqueles que neles operam e deles tiram a sua remuneração.

Daí a origem da obrigação.

(...)

É assim o ATP, como diz GALVÃO, uma contribuição de intervenção no domínio econômico, devida por uma categoria especial de usuários de serviços que a eles dizem respeito de forma direta.” (grifou-se)

Pelo exposto, em razão da sua inequívoca natureza tributária, o ATAero insere-se no Sistema Tributário Nacional como contribuição de intervenção no domínio econômico, devendo observar diversas normas e princípios constitucionais.

3. DA REAL DESTINAÇÃO DO PRODUTO DA ARRECADAÇÃO DO ATAERO

Da simples leitura da norma que cria o ATAero percebe-se claramente qual a destinação em que deve ser aplicado o produto de sua arrecadação. Entretanto, no plano dos

fatos tal destinação não ocorre, em grave ofensa à lei. É que a INFRAERO vem aplicando a receita obtida com a arrecadação do ATAero em outras finalidades totalmente diversas da legalmente estabelecidas. Nesse sentido, o Tribunal de Contas da União, constatando tal irregularidade, vem recomendando *reiteradamente* a utilização das receitas obtidas com tal contribuição na finalidade para a qual foi criada, recomendação essa que até os dias atuais não foi cumprida.

As constatações feitas pelo Tribunal de Contas da União podem ser encontradas em inúmeros acórdãos, proferidos nas Sessões Ordinárias de Plenário, dentre as quais se destaca, pelos termos utilizados, o de nº 1.255/2004, referente ao Processo TC-015.227/2001-0, conforme se observa da Ata nº 31, de 25.08.2004, publicada em 03.01.2004, onde se encontra esclarecedora declaração:

“2.14.8. Considerando que os recursos do ATAERO, vinculados por lei, em última análise, são financiados pelos usuários do sistema aeroviário nacional, trata-se de obrigação do Estado a conversão dos recursos arrecadados em benefícios a esses usuários, na forma determinada pela Lei nº 7.920/1989 (fl. 103, v. p.), que especifica a finalidade de tais recursos.

2.14.9. No intuito de comparar a arrecadação e a aplicação dos recursos do ATAERO, foi realizada diligência ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (fl. 396, v. 1), o qual, por meio do Ofício nº 019/MP-GM, de 4.2.2004, encaminhou a Nota Técnica nº 03/DEPES/SOF/MP, de 2.2.2004, da SOF (fls. 397/400, v. 1). Analisando os dados apresentados por essa nota técnica, constata-se que, no exercício de 2003, a disponibilidade orçamentária para aplicação dos recursos do ATAERO correspondeu a R\$ 165.168.093,00, enquanto a arrecadação superou esse valor em cerca de 22%, atingindo o montante de R\$ 201.475.308,00 (fl. 400, v. 1). Concentrando a análise nos recursos destinados a ações integrantes do Programa EMAER-32, verifica-se que do total de créditos disponibilizados a essas ações, R\$ 74.906.941, foram empenhados e liquidados somente 55,07%, perfazendo a execução de R\$ 41.257.554,00. Segundo o Comando da Aeronáutica, a baixa execução orçamentária deveu-se aos contingenciamentos ocorridos em 2003. (...)

2.14.10. *Em 2002, o superávit do Fundo Aeronáutico atingiu o montante de R\$ 565,6 milhões (fl. 399, v. 1). Compõem esse superávit, entre outros, os recursos do ATAERO arrecadados e não utilizados em cada exercício. O aumento do superávit do Fundo Aeronáutico por meio da subutilização da receita proveniente do ATAERO, se constituído em prática habitual, poderá ser entendido como um resultado do excesso de tarifação. Nesse caso, por se tratar de recursos vinculados, torna-se questão de justiça a redução do ATAERO de forma que se restabeleça a compatibilização entre a arrecadação e a aplicação dos recursos. (...)*” (grifou-se)

Como se vê, o próprio Tribunal de Contas da União percebeu tratar-se de uma “questão de justiça” a tredestinação da receita obtida com o ATAero, utilizada pela União ora para fazer caixa, ora para amortização da dívida mobiliária do país.

Conforme dito anteriormente, tal irregularidade tem sido constatada de forma reiterada, o que se percebe das inúmeras manifestações do Plenário do Tribunal de Contas diversas considerações a respeito. No Acórdão de nº 36/2004, referente ao processo TC-015.227/2001-0, que pode ser observado na Ata nº 2 de 29.01.2003, publicado em 10.02.2003, por exemplo, observa-se o seguinte trecho:

“Por um lado, entendemos a necessidade do governo em realizar sua política fiscal, pois, conforme se depreende do relatório do PROFAA, *o fato de o Comando da Aeronáutica suborçar as receitas do ATAERO faz gerar uma sobra - superávit - do que foi arrecadado, sendo que essa sobra vem, nos últimos exercícios, alimentando o Tesouro Nacional.* Informaram-nos que o Comando da Aeronáutica vem tentando, nos últimos exercícios, suplementar seus créditos, por meio desses superávits, para aplicação consoante a finalidade disposta na Lei nº 7.920/89, mas vem esbarrando nas negativas do governo para essa liberação. Convém alvitrar que uma das formas previstas na Lei nº 4.320/64 para a solicitação de crédito suplementar é justamente o superávit financeiro.

Por outro lado, devemos lembrar que os recursos para o EMAER-32 são financiados por um adicional tarifário, instituído pela Lei nº 7.920/89, que ordena sua aplicação em melhoramentos, reaparelhamento, reforma, expansão e depreciação de instalações aeroportuárias e da rede de telecomunicações e auxílio à navegação aérea. (...)

Com relação à primeira situação, percebemos que o adicional tarifário pode gerar algumas implicações econômicas. *Entre elas, podemos citar o aumento das passagens aéreas e, por consequência, a diminuição da porcentagem de ocupação das aeronaves e dos lucros das companhias aéreas e a diminuição do movimento de turistas – devido a estes aumentos -, o que pode acarretar a perda de arrecadação, por parte dos municípios dependentes desta atividade.”* (grifou-se)

Não obstante a utilização dos recursos arrecadados destinarem-se para fazer superávit, a parte que efetivamente é utilizada não é adequadamente empregada nas finalidades elencadas na lei, conforme se observa desse outro trecho, do mesmo acórdão acima citado:

“De acordo com nosso entendimento, a aplicação dos recursos do Programa EMAER-32 no Hospital Central da Aeronáutica (RJ) de Recife não estão em conformidade com o disposto no parágrafo 1º da Lei nº 7.920/89, que estabelece que o Adicional de Tarifa Aeroportuária – ATAERO destina-se à aplicação em melhoramentos, reaparelhamento, reforma, expansão e depreciação de instalações aeroportuárias e da rede de telecomunicações e auxílio à navegação aérea.” (grifou-se)

A toda evidência, se está diante de um verdadeiro abuso, uma vez que, além de não ser utilizada a totalidade dos recursos que deveriam ser revertidos para fins específicos, parte desses recursos é utilizada para manutenção do Hospital Central da Aeronáutica, o que é evidente absurdo.

Não são poucas as considerações do Tribunal de Contas que revelam tal abuso. Nesse sentido, o trecho abaixo colacionado, constante na Sessão Extraordinária do Plenário de 01.06.2006, que analisou as contas do Governo da República (Ata nº 22, publicada em 02.06.2006):

“A exceção na aplicação dessa metodologia está nas Tarifas de Embarque Internacionais e no seu ATAERO, em que metade da arrecadação é direcionada ao Tesouro Nacional para fins de amortização da dívida mobiliária do país, conforme disposto na Lei nº 9.825/99.” (grifou-se)

Por fim, e ratificando o problema no qual incorrem várias contribuições de intervenção no domínio econômico, o recente Acórdão nº 1.661/2005, referente ao processo nº TC-017.119/2004-6, que pode ser encontrado na Ata nº 41 de 19.10.2005, publicada em 27.10.2005, onde se verifica o seguinte texto:

“Gostaria de destacar um aspecto que tem sido objeto de minha preocupação ao longo desse últimos anos, o qual foi abordado pelo Ministro-Relator, referente à Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico – Combustíveis (Cide-Combustíveis), item de um problema mais amplo e que envolve diversas tarifas, contribuições e fundos de responsabilidade do governo federal.

Várias leis criam receitas vinculadas à execução de determinadas atividades, com vistas a alcançar soluções para problemas específicos. Na execução o que se tem verificado são diversos contingenciamentos realizados pelo poder executivo federal inviabilizando a aplicação desses recursos. Em algumas situações, inclusive, sequer ocorre previsão orçamentária de modo a ensejar sua utilização.

Assim, o que se constata são contribuições criadas sem o retorno correspondente exigido nessas normas, na forma de prestação de serviços. Esses recursos acabam sendo utilizados simplesmente para o atingimento das metas de superávit fiscal.

Exemplo marcante desse tipo de situação diz respeito ao Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicação – FUST (...).

Também podem ser mencionados diversas outras situações em que isso vem ocorrendo, como aquela relativa aos recursos do Adicional de Tarifa Aeroportuária (Ataero), arrecadado de todos os usuários dos serviços de transporte aéreo, que se apresenta com um baixo nível de aplicação.”³ (grifou-se)

4. DA DESTINAÇÃO DA RECEITA COMO FUNDAMENTO DE VALIDAÇÃO CONSTITUCIONAL DAS CONTRIBUIÇÕES DE INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO

A Constituição estabelece não apenas regras formais, de procedimento, mas define também parâmetros substanciais e até mesmo fáticos a serem observados na exigência de tributos, chamados pressupostos de imposição. Existe na Constituição todo um programa econômico e social a ser respeitado pela legislação, e que não pode ser violado sob a justificativa de observância formal.

A criação de uma contribuição de intervenção no domínio econômico, como o ATAERO, tem pressupostos específicos para sua validade, dentre as quais se destaca a destinação do produto de sua arrecadação. A necessária destinação fática da arrecadação dessa modalidade de tributo, como condição constitucionalmente estabelecida para sua validade, é sustentada por diversos autores, sendo de destacar-se MARCO AURÉLIO GRECO:

“Em suma, o destino do produto da arrecadação das contribuições é elemento essencial à sua constitucionalidade. *Não apenas a previsão abstrata, mas a sua*

³ Com relação à falta de previsão dos recursos obtidos com o ATAero no orçamento da INFRAERO, o que demonstra não ser sua a receita obtida com o tributo, é de se ressaltar o Acórdão nº 1.731/2006 (Proc. TC-005.275/2006-4), onde encontramos o seguinte trecho: “Importa aqui ressaltar que, do orçamento de investimento da INFRAERO, não vêm constando os recursos destinados a investimento na infra-estrutura aeroportuária da União, o que está a merecer a devida atenção e correção pelo Congresso Nacional com vistas à observância do princípio da universalidade, pelo qual todas as receitas devem constar no orçamento”.

aplicação efetiva.” {Contribuições (uma figura “Sui Generis”), São Paulo: Dialética, 2001, p. 241, grifou-se }.

Dessa forma, percebe-se que o exame da destinação do produto da arrecadação é da maior relevância e faz parte da própria natureza dos tributos com destinação específica constitucionalmente estabelecida, isto é, dos empréstimos compulsórios e das contribuições especiais. Nesse sentido, o autorizado magistério de MISABEL DERZI:

“A Constituição de 1988, pela primeira vez, cria tributos finalisticamente afetados, que são as contribuições e os empréstimos compulsórios, dando a destinação que lhe é própria relevância não apenas do ponto de vista do Direito Financeiro ou Administrativo, mas igualmente do Direito Tributário.” (Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar. 7. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 598, grifou-se).

Assim, a não-destinação do produto da arrecadação de tais contribuições à finalidade que legitimou sua instituição (como fundamento de validade expressamente exigido pela Constituição) acarreta a denominada inconstitucionalidade dinâmica da cobrança, uma vez que, apesar de prevista em lei, a finalidade para a qual a contribuição foi instituída não está sendo respeitada na prática.

5. DA INCONSTITUCIONALIDADE DINÂMICA DO ATAERO

Durante muito tempo entendeu-se satisfatória a condição da lei que estivesse em conformidade com sua matriz constitucional. No entanto, essa conformidade é sem dúvida um passo muito importante, mas é insuficiente para legitimar a lei. DANIEL GUTMANN, ao abordar filosoficamente a tributação, afirma que:

“Avaliar a justiça do imposto não é avaliar 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 de os distinguir.

A justiça dos fins é a grande ausente na maior parte dos debates sobre o imposto. Portanto, a justiça dos meios absolutamente não garante a justiça dos fins.” {Do Direito à Filosofia do Tributo, in Princípios e Limites da Tributação (Coord. Roberto Ferraz), São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 32, grifou-se }.

Do exposto, observa-se que não se pode pretender reduzir o Direito Tributário à simples apreciação da norma jurídica tributária configuradora da hipótese de incidência. Pelo contrário, no caso em tela é preciso avaliar a destinação do produto da arrecadação sob o aspecto propriamente jurídico tributário, identificando a relevância jurídica dessa destinação para a própria validade do ATAero.

Entretanto, como boa parte da evolução do direito ocidental está voltada à verificação da adequação da norma ao seu fundamento normativo constitucional, existe a tendência a considerar esse exame de conformidade como suficiente para a verificação da legitimidade da legislação. No entanto, essa simples adequação constitui somente o começo para se verificar a legitimidade de uma norma.

Hoje em dia, a simples verificação da adequação da norma ao seu fundamento constitucional não basta. Conforme a tendência relatada por DANIEL GUTMANN, exige-se que os atos sejam de fato e substancialmente conformes à norma de competência. Além disso, o desvio de finalidade é vício conhecido, invalidando a cobrança do tributo que, observado de maneira estritamente formal, seria válido.

ROBERTO FERRAZ, analisando o tema da inconstitucionalidade dinâmica, corrobora o entendimento ora defendido, ao asseverar que:

”O controle de constitucionalidade das leis haverá de abranger não apenas o exame formal, como o exame substancial da norma e, ainda, o *exame fático do cumprimento da Constituição cuja aplicação é a razão de seu existir.*” (*A Inconstitucionalidade Dinâmica da CIDE-combustíveis – a CIDE está inconstitucional?*, in *Grandes Questões Atuais do Direito Tributário*, São Paulo: Dialética, 2005, p. 449, grifou-se)

Em lição pioneira no Brasil, HUMBERTO ÁVILA⁴ afirma que “não se interpreta a norma e depois o fato, mas o fato de acordo com a norma e a norma de acordo com o fato, simultaneamente.”

Na mesma linha, GILMAR FERREIRA MENDES trata da prescindibilidade da análise do fato como condição na interpretação constitucional. Para o renomado autor, embora de modo ainda tímido, o STF tem considerado a análise dos fatos em sua atividade jurisdicional. Confira-se o que diz o Ministro, referindo-se ao precedente contido na RTJ nº 112, p. 34 (58-59):

“É bem verdade que, se analisarmos criteriosamente a nossa jurisprudência constitucional, verificaremos que, também entre nós, se procede ao exame ou à revisão dos fatos legislativos pressupostos ou adotados pelo legislador. É o que se verifica na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a aplicação do princípio da igualdade e do princípio da proporcionalidade.

Nos Estados Unidos, o chamado “*Brandeis-Brief*” – *memorial utilizado pelo advogado Louis D. Brandeis, no “case Müller versus Oregon” (1908), contendo duas páginas dedicadas às questões jurídicas e outras 110 voltadas para os efeitos da longa duração do trabalho sobre a situação da mulher* – permitiu que se desmistificasse a concepção dominante, *segundo a qual a questão constitucional configurava simples “questão jurídica” de aferição de legitimidade da lei em face da Constituição.*

Hoje, não há como negar a “comunicação entre norma e fato” (Kommunikation zwischen Norm und Sachverhalt), que, como ressaltado, constitui condição da própria interpretação constitucional. É que o processo de conhecimento aqui envolve a investigação integrada de elementos fáticos e jurídicos.

A constatação de que os elementos normativos e fáticos apresentam-se, muitas vezes, de forma não diferenciada ou de modo inseparável produziu, de certo modo, conseqüências no âmbito do processo constitucional. Inicialmente, afirmava-se que a competência da Corte Constitucional limitava-se à apreciação de questões jurídico-constitucionais, sendo estranha aos seus misteres a investigação de fatos ou de circunstâncias eminentemente fáticas.” (*Controle de Constitucionalidade: Hermenêutica Constitucional e Revisão de Fatos e Prognoses Legislativos pelo Órgão Judicial*. Revista Diálogo Jurídico, v. I, nº 3, Junho de 2001.)

Em outro trecho, o atual Ministro do Supremo Tribunal Federal consigna que:

⁴ *Sistema Constitucional Tributário*, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 48.

“Restou demonstrado então que até mesmo no chamado controle abstrato de normas não se procede a um simples contraste entre disposição do direito ordinário e os princípios constitucionais. Ao revés, também aqui fica evidente que se aprecia a relação entre a lei e o problema que se lhe apresenta em face do parâmetro constitucional.

Em outros termos, a aferição dos chamados fatos legislativos constitui parte essencial do chamado controle de constitucionalidade, de modo que a verificação desses fatos relaciona-se íntima e indissociavelmente com a própria competência do Tribunal.” (*Idem, Ibidem*)

É certo que em outros países a análise do fato integra de modo mais satisfatório a análise da validade da norma que institui tributos finalisticamente afetados. Analisando-se o Direito Comparado, cumpre ressaltar que foi proferida uma decisão importante pelo Tribunal Constitucional Alemão (*Bundesverfassungsgericht*) em matéria de contribuições de intervenção no domínio econômico, que revela a importância conferida à destinação do produto da arrecadação. Diz a decisão:

“No financiamento, a longo prazo, de uma tarefa de responsabilidade específica de um grupo, por meio da cobrança de contribuição especial, o legislador está, por força da Constituição, *obrigado a examinar sempre se sua decisão original para o emprego do instrumento legal da contribuição social deve ser mantida ou se, por causa de circunstâncias alteradas, especialmente por causa do desaparecimento da finalidade de financiamento ou alcance dos objetivos, deve ser mudada ou revogada.*” {Versão feita por Douglas Yamashita, Caderno de Pesquisas Tributárias – Nova Série 8, sobre *Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico* (Coord. Ives Gandra da Silva Martins), São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 337, grifou-se }

Ora, em primeira análise a passagem acima refere-se ao dever do Legislativo, e não do Judiciário, de verificar periodicamente a permanência ou não das razões fáticas que legitimaram a instituição da contribuição. Porém, se o Judiciário verifica que é dever do Legislativo revisar periodicamente a permanência ou não dos fatos que justificam a criação de certa figura tributária, seguramente é função do Judiciário verificar se esse dever foi cumprido. Não há como se identificar qualquer razão pela qual a atuação do Judiciário haveria de ser estática, restrita à simples análise literal da legislação e de sua pertinência à matriz constitucional.

Sendo perfeitamente identificável a vontade política da Constituição, de que os valores arrecadados com as contribuições especiais cheguem exclusivamente aos fins

constitucionalmente escolhidos justificadores da competência tributária para instituir tais tributos (no caso do ATAero, os fins determinados pela Lei nº 7.920, de 12.12.1989), não é razoável sustentar uma impossibilidade de o Judiciário exercer o controle de constitucionalidade da cobrança do tributo.

O que ora se defende é que a tredestinação da receita do ATAero gera uma *situação* de inconstitucionalidade, uma vez que retirado um dos seus fundamentos constitucionais, qual seja a vinculação da receita.

Não obstante, é de ressaltar que esse desvio de finalidade além de atentar diretamente contra a Constituição Federal, desrespeita, ainda, os princípios constitucionais da moralidade e eficiência, inseridos no art. 37 da Carta, particularmente importantes para o Direito tributário.

De todo modo, o que releva notar é que, seja pela imoralidade e a ineficiência da situação gerada, seja pela perda do fundamento constitucional do ATAero, a cobrança desse tributo perdeu sua legitimidade, não podendo o contribuinte quedar inerte diante de tal situação. A professora MISABEL DERZI, discorrendo sobre as conseqüências dessa perda de legitimidade, averba que:

“O contribuinte pode opor-se à cobrança de contribuição que não esteja afetada aos fins, constitucionalmente admitidos; *igualmente poderá reclamar a repetição do tributo pago, se, apesar da lei, houver desvio quanto à aplicação dos recursos arrecadados (...)* A *destinação constitucional que afeta as contribuições e os empréstimos compulsórios integra o estatuto do contribuinte*, cabendo-lhe a repetição diante da prova de comprovada predestinação nos tributos finalísticos.” (*Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar*. 7. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 598, grifou-se).

O professor RICARDO LOBO TORRES também é partidário da inconstitucionalidade em tais casos. Confira-se:

“O princípio da solidariedade, de dimensão constitucional, vincula a cobrança das contribuições sociais, que passam a exibir natureza causal. Se não houver os laços de solidariedade entre os que pagam o ingresso e os que recebem o benefício estatal e, conseqüentemente, *se inexistir a contraprestação estatal em favor do grupo, será inconstitucional a cobrança da contribuição social*, exceto naqueles casos previstos na própria Constituição, em que incide sobre o faturamento, o lucro e a movimentação financeira, adquirindo a natureza de

‘imposto com destinação especial’”. (*Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário. Valores e Princípios Constitucionais Tributários*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, v. II, p. 586, grifou-se).

Houve tempo em que se considerou fora do mundo jurídico tributário a destinação do produto da arrecadação. Trata-se agora de enxergar nesse elemento, a destinação do tributo, a chave da legitimação e de interpretação do sistema tributário.

Se a vigente Constituição brasileira insistiu em acolher a finalidade como fundamento da instituição de contribuições, não é mais razoável excluir esse aspecto do âmbito do Direito Tributário.

Vê-se, assim, que a destinação específica das contribuições parafiscais qualifica juridicamente esses tributos, integrando-se aos respectivos fatos geradores principais, como fato gerador acessório. A finalidade específica se afigura, assim, verdadeira condição de legitimidade concreta da cobrança do ATAero; ou seja, a finalidade específica é justificadora da instituição da mencionada contribuição.

Dessa forma, conclui-se que, se não há correta destinação da verba arrecadada conforme inúmeras manifestações do Tribunal de Contas da União, é imperioso o afastamento da cobrança dessa contribuição, diante da predestinação explícita da receita auferida.