



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADA - CCSA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - PPGDIR**

**AS SANÇÕES POLÍTICAS, MECANISMO DE INTERVENÇÃO DO ESTADO NA
ORDEM ECONÔMICA E TRIBUTÁRIA.**

MARLUSA FERREIRA DIAS XAVIER

**Natal-RN
2013**

MARLUSA FERREIRA DIAS XAVIER

**AS SANÇÕES POLÍTICAS, MECANISMO DE INTERVENÇÃO DO ESTADO NA
ORDEM ECONÔMICA E TRIBUTÁRIA.**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte - PPGDIR/UFRN - como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Professor Doutor André de Souza Dantas Elali.

**NATAL-RN
2013**

Catálogo de Publicação na Fonte
UFRN/Biblioteca Setorial do CCSA

Xavier, Marlusa Ferreira Dias.

As sanções políticas, mecanismo de intervenção do estado na ordem econômica e tributária / Marlusa Ferreira Dias Xavier. – Natal, RN, 2013.
142f. : Il.

Orientador: Prof. Dr. André de Souza Dantas Elali.

Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Centro de Ciências Sociais Aplicadas. Programa de Pós-graduação em Direito.

1. Direito - Dissertação. 2. Direito econômico - Dissertação. 3. Ordem econômica - Dissertação. 4. Direito tributário - Dissertação. I. Elali, André de Souza Dantas. II. Universidade Federal do Rio Grande do Norte. III. Título.

RN/BS/CCSA

CDU 346.16

MARLUSA FERREIRA DIAS XAVIER

**AS SANÇÕES POLÍTICAS, MECANISMO DE INTERVENÇÃO DO ESTADO NA
ORDEM ECONÔMICA E TRIBUTÁRIA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte - PPGDIR/UFRN - como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Professor Doutor André de Souza Dantas Elali.

Aprovada em: __/__/__

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. André de Souza Dantas Elali (UFRN)
(Orientador)

Prof. Doutor Cristiano Rosa de Carvalho
(Examinador)

Prof. Doutor Artur Cortez Bonifácio
(Examinador)

Natal-RN
2013

Dedicado ao meu companheiro Flávio José Dias Xavier e aos meus filhos Juliana Ferreira Dias Xavier, Beatriz Ferreira Dias Xavier, Laura Ferreira Dias Xavier e Heitor Ferreira Dias Xavier, por serem motivos de luz e vida.

AGRADECIMENTOS

Agradecer é, antes de tudo, demonstrar o sentimento que invade aquele que é agraciado com a compreensão, incentivo e reconhecimento do outro por ter alcançado o fim almejado. Assim, agradeço:

A Deus, por me encher de forças para chegar ao fim desta caminhada.

Ao meu marido Flavio Dias, sempre ao meu lado de forma compreensiva, companheiro, amigo e um grande incentivador;

Aos meus filhos amados Juliana, Beatriz, Laura e Heitor que sempre estiveram do meu lado, dando-me àquela força: "você vai conseguir";

Ao meu sobrinho do coração Janssen Klauss que muito me ajudou, assumindo alguns compromissos que eram de minha responsabilidade, para que eu pudesse concluir meu curso de mestrado.

Ao meu pai *in memória*, por sempre ter compreendido que é pelo esforço contínuo que se realizam os sonhos.

Ao meu orientador, prof. Dr. André de Souza Dantas Elali, que se mostrou muito mais que um orientador, tornando-se um amigo.

Agradeço, ainda, a todos os que me oportunizaram a participação no Programa de Pós-graduação em Direito da UFRN, dos quais deixamos de citar os nomes para não esbarrar nos esquecimentos próprios da mente atordoada com o acúmulo de responsabilidades exigidas pela conclusão do curso de mestrado.

Sendo o fim doce, que importa que o começo amargo fosse? Bem está o que acaba.
(WILLIAM SHAKESPEARE).

RESUMO

Este texto visa analisar as sanções de natureza restritiva, que se caracterizam por impedir a continuidade dos negócios do contribuinte em débito. Tais sanções, conhecidas como sanções políticas, traduzem-se numa forma indireta de execução fiscal, capazes de causar danos ao ente privado, ao cercear a liberdade de iniciativa, ferindo o Art. 5º, inciso XIII e Art. 170, parágrafo único da CF/88. Como o Estado utiliza-se de meios diversos para assegurar o efetivo desempenho da ordem econômica, cabe-lhe reprimir “o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros” (CF Art. 173, § 4ª). Porém, ao Estado cabe, além de manter a ordem econômica, garantir uma distribuição justa da carga fiscal e agir sob o comando dos princípios do Estado Democrático de Direito. Ocorre que para efetivar a arrecadação dos tributos, em alguns casos específicos, o agente fiscal administrativo utiliza-se de meios coercitivos, excessivos e inconstitucionais, ao impor sanções que causam constrangimentos, maculando os direitos fundamentais do contribuinte, sob o argumento da necessidade de forçar a liquidação do crédito tributário. O princípio da livre iniciativa e livre concorrência, que se pretende analisar neste trabalho de pesquisa, nasce de um contexto constitucional e será analisado em suas relações sistemáticas e em sua relação com outras normas, para se demonstrar, ao final, a ocorrência de intervenção à ordem econômica, no momento em que o Estado utiliza-se de sanções políticas como instrumento de efetivação do crédito tributário, violando princípios Constitucionais e Tributários.

Palavras-chave: Ordem Econômica, Livre Concorrência, Intervenção, Sanções Políticas.

ABSTRACT

This work pursues to analyze the sanctions of restrictive nature, which are characterized by impeding the business of the contributor in debt. Such sanctions known as political sanctions, are truly understood as an indirect way of tax enforcement, liable to cause problems to the private entity in curtailing, the initiative freedom, opposing the Article 5°, item XIII and Article 170, single paragraph of CF/88. As the State gets the several means to assure the economic order effective performance, it is up to the State to restrain " the economic power abuse that objects to the marketing domination, to the ending of competition, and arbitrary increasing of profits" (CF Article 173, § 4^a.) Therefore, it depends on the state, besides maintaining the economic order, to ensure a fair distribution of tax burden and act under the command of the Democratic State of Law principles. In order to make the tax collection effective, specific in some cases, the administrative fiscal agent uses coercive, excessive, and institutional, in imposing sanctions which causes constraint, maculating the contributor's essential rights, that matters of the necessity to force the tax credit ending. The principle of the free initiative and free competition, which are intended to be analyzed in this study, comes from a constitutional context and it will be reviewed in its systematic relations and with another rules, in order to evidence, at the end, the occurrence of an intervention towards the economic order when the State makes do of political sanctions as a tool for the tax credit effectiveness, infringing the Tax and Constitutional principles.

Key words: Economic order, Free Competition, Intervention, Political Sanction.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CADE	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CF	Constituição Federal
CONFAZ	Conselho Nacional de Política Fazendária
CTN	Código Tributário Nacional
CADIN	Cadastro de Inadimplentes
ICMS	Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços
PASEP	Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público
PIS	Programa de Integração Social
RE	Recurso Extraordinário
RESP	Recurso Especial
RIPI	Regulamento do Imposto sobre Produtos Industrializados
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TRF	Tribunal Regional Federal

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	11
2 ESTADO FISCAL E A ORDEM ECONÔMICA.....	14
2.1 ESTADO FISCAL E ESTADO DE DIREITO.....	14
2.2 ORDEM ECONÔMICA CONSTITUCIONAL E TRIBUTAÇÃO.....	17
2.3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ORDEM ECONÔMICA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988 E INTERVENÇÃO DO ESTADO POR MEIO DE SANÇÕES POLÍTICAS.....	26
2.3.1 Princípio da Propriedade Privada.....	27
2.3.2 Princípio da Livre Concorrência.....	30
2.3.3 Princípio da Livre Iniciativa.....	35
2.3.4 Defesa do Consumidor.....	37
2.3.5 Defesa do Meio Ambiente.....	40
3 A CONCORRÊNCIA COMO ELEMENTO FUNDAMENTAL DA ORDEM CONSTITUCIONAL ECONÔMICA.....	43
3.1 AS INTERVENÇÕES ESTATAIS NA ORDEM ECONÔMICA.....	43
3.2 OS FUNDAMENTOS LEGAIS E LIMITES DA INTERVENÇÃO ESTATAL NA ORDEM ECONÔMICA.....	53
3.3 INTERVENÇÃO E LIVRE CONCORRÊNCIA.....	60
3.4 LIMITES CONSTITUCIONAIS AO PODER DE TRIBUTAR DO ESTADO.....	63
4 TRIBUTAÇÃO E SANÇÕES POLÍTICAS.....	66
4.1 VIOLAÇÕES AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E TRIBUTÁRIOS.....	66
4.1.1 Princípio da legalidade ou Princípio da Reserva Legal.....	66
4.1.2 Princípio da Isonomia ou Princípio da Igualdade Tributária.....	73
4.1.3 Princípio da Proporcionalidade.....	82
4.1.4 Princípio da Razoabilidade.....	88
4.1.5 Princípio da Liberdade de Tráfego.....	91
4.1.6 Princípio da Vedação do Confisco.....	93
4.1.7 Princípio da Capacidade Contributiva.....	96
4.1.8 O Devido Processo Legal.....	102
4.2 SANÇÕES POLÍTICAS.....	105
4.2.1 Sanções Administrativas Fiscais e execução fiscal.....	109
4.2.2 Natureza Jurídica das sanções e a especificidade das sanções políticas.....	113
4.2.3 Conceito de Sanção Política.....	116
4.2.4 Elementos das sanções políticas.....	118
4.2.5 Espécies de sanções políticas.....	120
4.2.6 Sanções políticas e as violações aos princípios constitucionais e tributários.....	127
5 CONCLUSÃO.....	132
REFERÊNCIAS.....	136

1 INTRODUÇÃO

As sanções no âmbito tributário, segundo Paciello¹, é a consequência jurídica que a lei liga à inobservância de um preceito legal. No caso do tributo, refere-se à inobservância por parte do contribuinte das normas legais que regulam as obrigações tributárias, porém tal conceito refere-se às sanções administrativas tributárias, divergindo do conceito de sanção ao qual se aborda nesta dissertação.

As sanções que iremos analisar, nasce de um contexto jurídico e doutrinário, no qual atribuiu-se o termo sanção política às ações do Estado que causassem constrangimento ao contribuinte, como no caso do cerceamento da liberdade de exercer atividades econômicas, como forma de impor ao contribuinte o adimplemento do tributo devido.

Assim, para se compreender o alcance das sanções políticas, é necessário percorrer a origem do Estado Tributante, em momento seguinte à ordem econômica constitucional, os seus princípios, seguindo os mecanismos de intervenção do Estado e as sanções políticas como mecanismo de intervenção do Estado na Ordem Econômica.

O texto constitucional enuncia como fundamento, em seu Art. 1º, IV² os *valores sociais do cidadão*, gerando como consequência, um limite à livre iniciativa, sem, com isso, excluir a atividade normativa e reguladora do Estado. A ordem econômica existente surge a partir das falhas na estrutura econômica que se revelavam problemáticas, quando caí a crença na harmonia preestabelecida do mercado, ansioso por uma nova ordem econômica, diferente da existente no Estado Liberal que se firmava no mito da autorregulação do mercado.

Ressalta-se aqui que o Estado Democrático de Direito é aquele Estado que, na busca da efetivação da justiça social, implementa a participação da sociedade através dos seus representantes, aproximando as concepções da atual democracia e do socialismo. Com essa nova concepção de Estado Democrático de Direito, viu-se surgir uma nova postura do Estado que passou a ter, assim como o Direito, um papel importante na regulação da economia.

No Brasil, o texto constitucional de 1988 veio concretizar os ditames legais desse processo, ao instituir em seu Artigo primeiro e incisos de I a V proteção à soberania, à

¹ (PACIELLO, 1990, 45).

² ACF/88 Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos: IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

cidadania, à dignidade da pessoa humana, aos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e ao pluralismo político³.

Com isso, percebe-se pela leitura da primeira parte do Artigo 170, o núcleo da ordem econômica brasileira: “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 [...]”⁴. Além disso, o dispositivo constitucional da ordem econômica trouxe no seu parágrafo único, o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previsto em lei.

Hoje, a intervenção do Estado na ordem econômica é capaz de distorcer todos os princípios que a própria Constituição reuniu no texto da ordem econômica. Nesse contexto, as intervenções surgem sobre diversas nomenclaturas tais como por regulação, intervenção concorrencial, por meio de monopólios e, por fim, através de sanções, capazes de provocar constrangimentos aos contribuintes e distorções na ordem econômica.

Atualmente, a intervenção do Estado nas empresas privadas através de sanções políticas tem se tornado constante e causado distorções no mercado concorrencial, violando a livre iniciativa como também a livre concorrência, ferindo direitos fundamentais assegurados no Artigo 5º. da CF/88.

Feita essa contextualização, esta dissertação deter-se-á sob o primeiro aspecto. Assim, Analisará como se dá a intervenção do Estado na ordem econômica, seguindo as classificações dadas por diversos autores, para identificar a que se enquadra no cerne da pesquisa. O foco central foi direcionado, em especial, para o estudo das sanções políticas sob a égide da noção de direitos fundamentais do contribuinte, com base em uma interpretação sistemática do Direito Tributário, seguindo a verificação dos resultados das aplicações de sanções políticas por parte do Estado, junto às empresas privadas, os aspectos normativos e jurisprudenciais das violações à ordem econômica.

O estudo também investigará se é possível, ao Poder Judiciário, reconhecer a inconstitucionalidade do uso de sanções políticas, baseado nos citados princípios, verificar o fundamento da vedação do uso de sanções políticas no Direito Tributário brasileiro, bem como seu conteúdo e alcance e, em particular, a sua ponderação.

³ (FONSECA, 2005, p. 124).

⁴ (TAVARES, 2003, p. 133).

Justifica-se a relevância da temática que se propôs pesquisar por compreender que as ações estatais que exorbitam os limites da razoabilidade e que são capazes de gerar constrangimentos ao contribuinte, denominadas de sanções políticas, devem ser identificadas e interpretadas em conjunto com os princípios da ordem econômica e tributária e, assim não ocorrendo, ocasionarão prejuízos ao mercado concorrencial e aos cidadãos por se tornarem vítimas do Estado predominantemente autoritário na seara tributária, herança da ditadura militar.

Para materialização dos objetivos propostos, considerando as escolhas de técnicas e procedimentos capazes de concretizá-los, de modo a garantir rigor à investigação e uma melhor compreensão do fenômeno a ser estudado, não foi utilizado um único método científico de pesquisa, mas primordialmente, a dedução. Para tanto, partiu-se da compreensão de algumas proposições teóricas dos Princípios Constitucionais e do Direito Tributário, tais como propriedade privada, livre concorrência, livre iniciativa, defesa do consumidor, defesa do meio ambiente, capacidade contributiva, igualdade, legalidade, proporcionalidade, razoabilidade e devido processo legal. Por sua vez, o estudo valeu-se, também, do método indutivo para, partindo de análise de casos concretos que foram levados ao Poder Judiciário, no sentido de ser declarado inconstitucional o uso de sanções políticas, demonstrar se o uso de sanções políticas por parte do Estado interviu na ordem econômica e tributária, ou não.

2 ESTADO FISCAL E A ORDEM ECONÔMICA

2.1 ESTADO FISCAL E ESTADO DE DIREITO

O Estado, na acepção dos que se dedicam a elucidar sua definição e estrutura jurídica, apresenta-se como uma evolução da sociedade, tendo como fins específicos ordenar o convívio humano na busca pelo desenvolvimento.⁵ Concebe-se o Estado como uma organização, formada por pessoas que, seguindo diretrizes constitucionais, buscam o pleno desenvolvimento econômico.

Na busca pela consecução dos seus fins, o Estado buscará cumprir os fins propostos na Carta Magna, sem transferir para terceiros (contribuinte) a responsabilidade de manutenção desses fins.⁶ Com efeito, há registros que remontam ao século XIII a.C da presença de cobrança de valores para assegurar os gastos de uma sociedade, como também, registros de que os tributos não eram cobrados de todos os homens da sociedade, pois existiam aqueles que, sendo livres, não se sujeitavam à cobrança de impostos.

No processo de evolução da sociedade, em meados do século IX ao século XIII. viu-se surgir a figura do Estado Patrimonial que consistia na condição do rei, da Igreja e do senhorio auferirem receitas por meio do uso da propriedade. Esse Estado Patrimonial era reconhecido pela ação do ente público na busca da obtenção de recursos para subsistência, utilizando-se dos recursos ao alcance do próprio Estado.

Com a mudança de Estado Patrimonial para Estado Polícia, surgiu para o Estado a característica de intervencionista⁷, não mais na condição de agente econômico, mas na condição de autoridade responsável pela direção e busca de recursos para dirigir a economia. O Estado de Policia deu espaço ao surgimento do Estado Fiscal que tinha como característica principal o financiamento das atividades, através da arrecadação de tributos⁸. Tem-se, com isso, o surgimento do Estado Fiscal, com função de agente regulador das relações econômicas e sociais necessárias à promoção do desenvolvimento econômico, as quais se dão através de políticas capazes de manter um consenso entre as forças de produção com a

⁵ (ELALI, 2007, p. 31) Compreende o Estado como sendo uma evolução da sociedade, constituindo uma estrutura desenvolvida para ordenar o convívio humano.

⁶ (SCHOUERI, 2011, p. 11) No mesmo sentido, o Estado Fiscal implica na busca de recursos financeiros para sua manutenção.

⁷ (TORRES, 2009, p. 521).

⁸ (SCHOUERI, 2011, p. 21) Não é o Estado que gera sua riqueza, mas o particular é a fonte originária de riquezas, cabendo-lhe transferir uma parcela (por derivação) ao Estado.

proteção das necessidades de toda estrutura social, sempre em consonância com o papel do Estado que é determinado pela própria Constituição⁹. Percebe-se o empenho do Estado em garantir uma harmonia entre fiscalidade e sociedade, colocando cada elemento em seu devido espaço no quadro que se desenhou no Estado arrecadador de tributos.

A existência de interrelação do Estado Fiscal com o Estado de Direito pode-se observar pela relação existente entre o tributo e o Estado, que torna a utilização de nomenclaturas distintas para definir Estado Fiscal como causa de redundância¹⁰.

No Estado de Direito¹¹, enquanto Estado Fiscal, já pode ser visto uma norma escrita, ou seja, a Carta Magna, na qual esta inserida a própria Constituição Econômica, regulando os limites da tributação como também, do desenvolvimento econômico.

O Estado Fiscal se traduz em um Estado de Direito, sendo este capaz de fundir em uma simbiose perfeita entre o Estado Social e o Estado Fiscal¹². O modelo de Estado que ideologicamente busca a integração do social com o fiscal, já se mostra dotado de limites de atuação pela própria condição de liberdade individual que lhe garante exercer o seu poder nos limites impostos pela Constituição que autorizava ao Estado regular o social, promover a justiça, intervir na economia e redistribuir rendas.

Torres considera que no Estado Fiscal a existência do tributo como expressão da liberdade da Nação, apresenta-se no pagar tributo que é participar da riqueza do Estado. Nesse contexto, só quem frui da liberdade paga tributos¹³ e só quem é livre paga impostos. O tributo, pois, é consequência do exercício da liberdade.

O Estado de Direito, que para Torres seria o Estado Legislativo, é aquele que tem na Constituição o corpo de normas de maior importância hierárquica dentro do ordenamento

⁹ (TORRES, 2009, p. 521). Nesse contexto, a ideia de Estado Fiscal coincide com a Liberdade. Só o Estado que cultiva a igualdade e a legalidade, no qual o poder tributário já nasce limitado pela liberdade, e que, ao mesmo tempo, necessita de recursos provenientes da economia privada, é que se pode classificar como Estado Fiscal.

¹⁰ (TORRES, 2009, p. 522) Para Torres, o tributo tem uma relação tão profunda com Estado, que a expressão Estado Fiscal poderia ser considerada como pleonasma.

¹¹ (TORRES 2009, p. 430) O autor refuta a ideia de Estado de Direito ser confundido com o Estado Constitucional, alegando que nos Estados simplesmente de Direito, os atos do Executivo e do Judiciário estão submetidos ao princípio da legalidade e, nesta medida, não se encontram à mercê do soberano. O absolutismo do Príncipe é substituído pelo absolutismo Legislativo. Nos Estados Constitucionais, a Constituição é o fundamento de validade de toda ordem jurídica nacional.

¹² Na concepção de Torres (2009, p. 537), o Estado Social Fiscal é um Estado de Direito. É o mesmo Estado Fiscal do liberalismo acrescido da abertura para o político, o social e o econômico.

¹³ Para melhor compreensão da evolução da ideia de tributo como preço da liberdade, confira a obra de Ricardo Lobo Torres (2009) “A ideia de liberdade no estado patrimonial e no estado fiscal”.

jurídico, capaz de ordenar e conduzir as ações sociais, econômicas e da propriedade, o que o torna um Estado de Direito organizado politicamente¹⁴.

Dentro dos limites de atuação do Estado, a Constituição Financeira, em seus aspectos formais e materiais, constitui o próprio Estado Fiscal, tendo sido a partir desta que as duas funções de Estado Social Fiscal se constituíram¹⁵, o que faz da Constituição Financeira o instrumento capaz de diferenciar um Estado de Direito do Estado Fiscal, enquanto Estado de Direito.

Os problemas enfrentados pelos Estados na busca do desenvolvimento econômico, na proteção das liberdades, na efetivação da justiça tributária, assim como na manutenção da segurança jurídica, compõem o retrato do Estado Social Fiscal, estando presente a exigência de tratamento constitucional.

No Estado Liberal, caracterizado pela busca de garantias e da liberdade formal, mesmo com os aspectos materiais, já se evidenciava a interrelação da Constituição com o Estado Fiscal, fato que se observa na atual conjuntura político-econômica do Estado Democrático Fiscal que se ampara na Constituição.

Percebe-se que o Estado Fiscal surge da própria normatização da Constituição Financeira dentro do Estado Constitucional, aparecendo como apêndice da Constituição desse Estado que representa a união dos homens sob o império das leis do Direito. Com isso, tem-se que o Estado Fiscal, representa as normas tributárias, orçamentárias e financeiras constantes na Constituição.

No Brasil, o fenômeno da fiscalidade aparece no ano de 1824, quando se deu a separação da Fazenda Pública e a do Imperador que resultaram na extinção dos privilégios que eram concedidos à nobreza e, com o fim da utilização dos ingressos financeiros do patrimônio do príncipe como base de arrecadação, passou a ser utilizado como base de arrecadação receitas de impostos e empréstimos¹⁶.

O Brasil, apesar das mudanças em busca da adequação ao novo Estado de Direito, não conseguiu, em sua plenitude, introduzir a ideologia de um Estado Fiscal, que ficou

¹⁴ (BERCOVICCI, 2005, p. 56).

¹⁵ (TORRES, 2009, p. 519), assevera ser na Constituição que se encontra a supremacia das normas que conduz o Estado.

¹⁶ (TORRES, 2009, p. 525) A Constituição brasileira de 1824 estabeleceu a competência do Legislativo para “fixar anualmente as despesas públicas, e repartir a contribuição direta (Art. 15, item 10) e separar a fazenda do imperador (Art. 115) da fazenda nacional (Art. 170)”.

marcado pelas formas de governo patrimonialista, cuja característica é de um Estado Corporativo.

A construção teórica do processo de intervenção na ordem econômica, passa pela análise do Estado Fiscal, enquanto organização da tributação como meio de arrecadação para execução dos fins sociais contidos na constituição, adentrando a análise da evolução dos textos constitucionais.

Dentro do escopo no qual um Estado tributante, que tem nos impostos o seu principal suporte financeiro, evidencia-se a necessidade de se analisar o desenvolvimento econômico, oriundos da correta política fiscal implementada pelos Estados, em busca da plenitude dos fins constitucionais e desenvolvimento econômico, para que passemos a analisar as Constituições Econômicas dentro de um Estado Fiscal.

2.2 ORDEM ECONÔMICA CONSTITUCIONAL E TRIBUTAÇÃO

Para se compreender as Constituições Econômicas é necessário entender as Cartas Constitucionais do Estado, suas origens e conseqüentes evoluções, uma vez que elas formam o ordenamento do Estado e elevam esse à categoria de Estado de Direito.

Conforme José Afonso da Silva¹⁷ preconiza, a ordem econômica alcançou dimensão jurídica desde que “as constituições dos Estados passaram a discipliná-la sistematicamente”, configurando a Constituição do México de 1917, a primeira na qual se verifica tal ocorrência. Destaca-se também, nesse contexto histórico, a Constituição alemã de Weimar de 1919¹⁸, tendo esta, inclusive, influenciado a Constituição brasileira de 1934 que foi a primeira constituição a consignar princípios e normas sobre a ordem econômica no Brasil.

Tal acontecimento, a assimilação nos textos constitucionais de normas que versam sobre a ordem econômica, assinala o rompimento, a mitigação dos ideais do liberalismo econômico, no qual o Estado deveria abster-se de concretizar qualquer tipo de regulamentação em relação à economia, deixando a cargo da “mão invisível¹⁹” a regência dos interesses individuais, os quais gerariam benefícios à coletividade e equilibrariam o mercado.

¹⁷ (SILVA, 2003, p. 786).

¹⁸ Segundo Eros Roberto Grau (2012, p. 64), a Constituição de Weimar, 1919, contribuiu com enorme eficácia para que a ordem econômica (mundo do ser) do capitalismo fosse rompida.

¹⁹ Adam Smith (1988), em sua clássica obra “A Riqueza das Nações”, trouxe o conceito de mão invisível para definir a autorregulação dos mercados sem, contudo, haver qualquer intervenção do Estado.

Nesse sentido, tornou-se pertinente às constituições formuladas, a partir de então, a assimilação do compromisso do Estado soberano de atuar no campo econômico, intervindo de modo a estabelecer limites e garantias às instituições básicas da ordem econômica. Isso contribuiu com a evolução do Estado Liberal para o Estado do bem-estar-social que, tem como um dos seus objetivos, tornar as relações jurídicas de consumo, inseridas no mercado, mais equilibradas e eficientes, garantindo, assim, o respeito à dignidade da pessoa humana. Visualiza-se, dessa forma, o desenvolvimento das chamadas Constituições Econômicas²⁰.

A expressão “ordem econômica”, como observado, é incorporada às constituições e conseqüentemente à linguagem dos juristas, configurando a “ordem econômica constitucional” que, por definição, é o conjunto de regras e princípios que define, institucional e fundamentalmente, um determinado modo de produção econômica²¹.

Nesse contexto, vislumbra-se a atuação do Estado como nada menos do que uma tentativa de pôr ordem na vida econômica e social, de arrumar a desordem que provinha do liberalismo, como externalidades e como o poder de mercado que não podem ser reparadas por ele mesmo²².

Dessa forma, diante dos novos paradigmas sociais, com o aumento da complexidade das organizações sociais, das relações econômicas e com a conscientização da inclusão nessas relações do comprometimento com a justiça social, fez-se necessário a participação do Estado na busca por suprir tais anseios sociais e proporcionar, de forma adequada e consistente, a tutela desses interesses.

A constitucionalização da ordem econômica através da positivação de princípios e procedimentos é, pois, o meio apropriado de proporcionar a orientação dessa proteção, estabelecendo parâmetros com o objetivo de instruir e corrigir alguns pontos da estrutura econômica da sociedade.

Pode-se afirmar que o alicerce das normas econômicas é o binômio constituído pela valorização do trabalho humano e pela livre iniciativa, tendo por finalidade assegurar a todos

²⁰ Vital Moreira define como sendo: “[...] o conjunto de preceitos e instituições jurídicas que garantindo os elementos definidores de um determinado sistema econômico, instituem uma determinada forma de organização e funcionamento da economia e constitui, por isso mesmo, uma determinada ordem econômica; ou, de outro modo, aquelas normas ou instituições jurídicas que, dentro de um determinado sistema e forma econômicos, que garantem e (ou) instauram, realizam uma determinada ordem econômica concreta” (MOREIRA, 1987, p. 103).

²¹ Conforme o entendimento de Tavares (2003, p. 83), a Constituição Econômica é “o conjunto de normas que realizam uma determinada ordem econômica no sentido concreto, dispendo a cerca da forma econômica adotada”.

²² (SILVA, 2003, p. 786).

uma existência digna, sob o manto da justiça social, norteadas pelos princípios da soberania nacional, propriedade privada, função social da propriedade, livre concorrência, defesa do consumidor, defesa do meio ambiente, redução das desigualdades, busca pelo emprego e tratamento favorecido às empresas de pequeno porte constantes no Art.170 da CF/88.²³

As constituições econômicas do século XX buscam a configuração política do econômico pelo Estado. Deste modo, a característica essencial da atual Constituição Econômica, uma vez que as disposições econômicas sempre existiram nos textos, é a previsão de uma ordem econômica programática, estabelecendo uma Constituição Econômica diretiva.

Delineara-se, com isso, uma nova ordem econômica em um modelo de Estado Social Intervencionista, sem, no entanto, afasta-se do capitalismo, assentando-se no princípio da propriedade privada e nos bens de produção, na liberdade de contratar e na liberdade de iniciativa econômica²⁴. Bercovici²⁵ ao citar Keynes, faz referência a sua teoria que defendia a expansão da atuação do Estado na Economia, por entender ser a forma de proteger o Estado de um colapso, nas economias capitalistas, considerando que essa era a forma de proteção viável ao pleno desenvolvimento.

Com o surgimento de um Estado organizado, a Constituição aparece como o corpo de normas de hierarquia superior e relevante no seio do ordenamento jurídico, impondo-se ao poder e estabelecendo regras as quais deveriam ser seguidas e respeitadas.

Sendo o Estado, o organismo político que é, tem como primordial atividade a busca do bem comum. Como o Estado é uma organização fundada nos preceitos que emanam da sua Carta Política, conjunto de normas pertinentes à organização do poder, tudo quanto for conteúdo referente à composição e ao funcionamento da ordem política se resume no aspecto material da Constituição.

Não há Estado sem constituição, uma vez que a origem da constituição data de período anterior à própria formação do Estado. Nesse contexto, vê-se que o Estado nasce de

²³ 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: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; 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; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

²⁴ (BRUNA, 2001, p. 71).

²⁵ (BERCOVICI, 2005, p. 46) Keynes influenciou as mudanças na economia, a partir de suas críticas aos pressupostos teóricos e metodológicos dos neoclássicos, e da sua defesa da expansão da atuação do Estado na economia como meio de evitar o colapso da economia capitalista, no ano de 1926.

uma sociedade politicamente organizada que necessita de uma estrutura, mesmo que rudimentar, capaz de ordenar e estruturar as diretrizes a serem seguidas, na busca do desenvolvimento econômico.²⁶

Nessa construção da relevância de uma Constituição na formação do Estado, extrai-se a máxima de que não há Estado sem Constituição, Bonavides²⁷ considera a Constituição escrita a única correspondente a um conceito racional de Constituição. Outrossim, a constituição escrita, oferece a maior soma de garantias de racionalidade frente a irracionalidade do costume, permite a adoção de uma ordem objetiva e permanente e, justamente por ser direito escrito, assegura aos cidadãos uma segurança contra a arbitrariedade dos governantes.

Na história do desenvolvimento econômico, encontramos na Constituição mexicana de 1917 o marco inicial das discussões referentes à ordem econômica, considerando a existência de um texto normativo do Estado. O fenômeno do desenvolvimento econômico, surgido em meados do século XIX e adentrando o século XX, desencadeou uma modulação das Constituições Econômicas, para que se inserissem capítulos específicos referentes aos direitos sociais, à função social da propriedade, diretamente atrelados à preocupação com o desenvolvimento econômico e à intervenção do Estado na ordem econômica.

A Constituição do México, pioneira na regulação dos direitos sociais, trouxe, com relevante destaque, os direitos dos trabalhadores, fruto das lutas sociais naquele Estado, com maior projeção na América Latina²⁸.

Após 1919, coube a Constituição de Weimar inaugurar uma nova tendência na formulação dos textos constitucionais dos Estados, ao influenciar diversos países a seguirem os fundamentos da ordem econômica nas suas constituições. A Constituição Alemã exerceu forte influência nas constituições que surgiram após 1919. Essa Constituição era estruturada em níveis distintos que tratavam da ordem econômica, estando presentes os direitos fundamentais sociais e econômicos. Nela encontravam-se o direito ao trabalho, a proteção ao trabalho, o direito à assistência social e o direito à sindicalização. Em outro nível, trata do controle da ordem econômica capitalista por meio da função social da propriedade e da possibilidade de socialização. A partir desse contexto, percebe-se o propósito de mudança

²⁶ (BONAVIDES, 2011, p. 1) Assim, a Constituição é vista como a decisão global e fundamental acerca da espécie e da forma de unidade política.

²⁷ (BONAVIDES, 2011, 84-87).

²⁸ (BERCOVICI, 2005, p. 14).

social e desenvolvimento econômico do Estado, sem se descuidar dos direitos e garantias fundamentais do cidadão.

Utilizando como referência a Constituição de Weimar, viu-se paulatinamente o fenômeno de expansão das ideias alemãs estendido a outros textos constitucionais, alcançando o Brasil em 1934 e editando raízes mais profundas nos textos constitucionais subsequentes.

Em detrimento das mudanças ocorridas no Estado com as modulações constitucionais, deu-se início as discussões dos textos da ordem econômica. No entanto, era necessário compreender o alcance desse novo paradigma de Estado Democrático atrelado à busca do desenvolvimento econômico, que se encontrava sob a influência do modelo de Estado Liberal, que teve o auge da crise documentada pela Constituição de Weimar.

Como as normas constitucionais se voltam basicamente para a Sociedade e não para o indivíduo, buscando a reconciliação do Estado com a Sociedade, numa batalha das teses constitucionais que de um lado evidenciava o Estado liberal em decadência e, de outro, o Estado Social em ascensão, no contexto sócio político e econômico do Estado, faz-se necessário compreender essa ordem econômica²⁹. Assim, define-se a ordem econômica como sendo o modo de ser empírico de uma determinada economia concreta e o que o caracteriza é a circunstância de referir-se a uma relação entre fenômenos econômicos e materiais, isto é, relação entre fatores econômicos concretos.

Para Moreira (1987), a ordem econômica refere-se à expressão que designa o conjunto de todas as normas ou regras de conduta, qualquer que seja a sua natureza jurídica, religiosa, moral que respeitam à regulação do comportamento dos sujeitos econômicos, sendo, portanto, o sistema normativo da ação econômica.

Como marco inicial referente às discussões sobre a “ordem econômica” no Brasil, pode-se mencionar as Constituições de 1934 até a de 1967³⁰. Mas, será na Constituição de 1988 que se evidenciará as duas ordens, uma econômica e uma social, refletindo a mudança política do Estado que assume ares de capitalismo, atrelado às ideias sociais.

No contexto evolutivo histórico, encontra-se a Constituição do Brasil de 1824, atrelada a uma ideologia liberal em termos de política econômica. Nesse sentido, essa Constituição permitia o trabalho escravo; atribuía deliberações econômicas para a Assembleia Geral e, em relação aos poderes políticos, estes eram cedidos de acordo com a renda líquida

²⁹ Para Moreira (1987, p. 67-71) a ordem econômica traduz-se na ordem jurídica da economia.

³⁰ (GRAU, 2012, p. 64).

anual do cidadão. Quanto à propriedade, o direito era pleno, não havendo desapropriação, pois ela garantia a propriedade dos inventores sobre suas descobertas ou produções e abolia as corporações de ofícios.³¹

Na Constituição de 1891, via-se a consagração do regime republicano federativo e o surgimento dos elementos tradicionais da ideologia liberal. Nesse contexto, houve ampliação dos poderes do Congresso em matéria de ordem econômica, a quem foi atribuído poderes de "animar, no país, o desenvolvimento das letras, artes e ciência, bem como a imigração, a agricultura, a indústria e o comércio (Art. 35, § 2º). Nessa Constituição, o direito de propriedade passava a poder ser objeto de desapropriação, por necessidade ou utilidade pública e a livre iniciativa era expressamente garantida no Art. 72, § 24 da CF.³²

A Constituição de 1934 influenciada pela Constituição de Weimar de 1919 e pela Constituição Republicana Espanhola de 1931, trouxe um capítulo referente à Ordem Econômica e Social. O texto da ordem econômica previa uma organização conforme os princípios da justiça e as necessidades da vida nacional. Nesse contexto, a União detinha o poder de monopolizar determinado setor ou atividade econômica desde que agisse segundo o interesse público e autorizada por lei.

O texto constitucional de 1934 mantinha uma preocupação com o fomento da economia popular, o que justificava a proteção da concorrência entre as empresas, como forma de se assegurar a prática de melhores preços, de desenvolvimento tecnológico e o abastecimento normalizado dos vários produtos. Esse texto constitucional foi considerado a primeira constituição econômica, tendo inclusive sido pioneira na fixação da repartição das competências concorrentes.

As mudanças que vieram no texto da Carta Magna de 1934 foram profundas, dentre as quais a garantia à liberdade econômica dentro dos limites do princípio da justiça e das necessidades da vida nacional, de modo a assegurar a todos existência digna. Poletti³³ relata a presença no texto de 1934, do poder atribuído à União para promover o monopólio das indústrias e atividades econômicas, sempre em razão do interesse público, demonstrando a presença do intervencionismo do Estado na busca do desenvolvimento econômico.

³¹ (NOGUEIRA, 1999).

³² (BALEEIRO, 1990). Dizia o artigo 72, § 24: "É garantido o livre; exercício de qualquer profissão moral, intelectual e industrial".

³³ (POLETTI, 1999).

Essa Constituição determinava que a lei promovesse o fomento da economia popular, reconhecia os sindicatos, atribuindo direitos sociais aos trabalhadores, autorizava o usucapião laboral, reduzia impostos sobre propriedade rural de pequeno porte, limitava a propriedade de empresas jornalísticas apenas para brasileiros, previa a fiscalização dos lucros dos concessionários de serviços públicos para que não excedessem a "justa retribuição do capital". Também atribuía as empresas industriais ou agrícolas à responsabilidade por proporcionar ensino primário gratuito a funcionários e filhos dos funcionários analfabetos e proibia a usura.³⁴

A Constituição de 1937 trouxe a determinação legal para que o Estado intervisse na economia, com a finalidade de cuidar dos interesses da nação. Com isso, inicia-se uma nova fase que previa a intervenção do Estado Democrático na sociedade que necessitava de recursos e de formas de obtenção desses recursos, para garantir o desenvolvimento. Isso faz surgir as políticas fiscais de arrecadação que estão reguladas no texto da Constituição Fiscal, inserida na própria Constituição do Estado, caracterizadora do Estado Fiscal.

No texto constitucional de 1946 surge à vinculação da liberdade de iniciativa, a valorização do trabalho humano, organizando-se a ordem econômica conforme os princípios da justiça social. Nesse contexto, autorizava-se a intervenção da União no domínio econômico, monopolizando determinada indústria ou atividade, tendo por base o interesse público e por limite os direitos fundamentais. Assim, o uso da propriedade era condicionado ao bem-estar social, podendo ser promovida a sua justa distribuição mediante desapropriação. Essa Constituição também previa a repressão a toda e qualquer forma de abuso de poder econômico que tivesse como fim dominar mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros.

Na Carta de 1967, a ordem econômica passava a ter por finalidade promover a justiça social e o desenvolvimento nacional, com base nos princípios da livre iniciativa, valorização do trabalho como condição da dignidade humana, função social da propriedade, harmonia e solidariedade entre as categorias sociais de produção e previa também a repressão ao abuso do poder econômico (caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário de lucros) e à expansão das oportunidades de emprego produtivo.

³⁴ (POLETTI, 1999).

O modelo de ordem econômica que se visualiza no Brasil parte de uma ordem organizativa proposta e imposta pela CF de 1988. Grau³⁵ considera a expressão “ordem econômica” como polissêmica e distingue as diferentes acepções que indicam, em um primeiro sentido, que a ordem econômica é o modo de ser empírico de uma determinada economia concreta³⁶. Para ele, o que caracteriza esse modelo é a circunstância de referir-se a uma relação de fenômenos econômicos e materiais, que representam a relação entre fatores econômicos concretos, no mundo do ser. Em um segundo sentido, ‘ordem econômica’ é expressão que designa o conjunto de todas as *normas* (ou regras de conduta), qualquer que seja sua natureza (jurídica, religiosa, moral, etc.), que respeite a regulação do comportamento dos sujeitos econômicos; é o sistema normativo (no sentido sociológico) da ação econômica. Já em um terceiro sentido, ‘ordem econômica’ significa “ordem *jurídica* da economia”.

O conjunto constitucional jurídico normativo que norteia a ordem econômica nacional tem por denominação “Constituição Econômica” e constitui o conjunto de preceitos e instituições jurídicas que determina a forma de organização e o fundamento da economia constituindo uma ordem econômica³⁷

Baseado nas concepções de Max Weber, que se refere à ordem jurídica como esfera ideal do “dever-ser” e a ordem econômica como esfera dos acontecimentos reais, preconiza Grau³⁸ que embora a ordem econômica se oponha a ordem jurídica, ainda assim, a expressão ordem econômica é utilizada para referir-se a uma parcela da ordem jurídica, essa última compondo, em um sistema de princípios e regras que compreenderia uma ordem pública, uma ordem privada, uma ordem econômica e uma ordem social.

Esclarecendo essa dicotomia entre o mundo do ser – ordem econômica e o mundo do dever ser – ordem jurídica, Tavares versa no sentido de o dever ser representar a parcela do direito³⁹.

³⁵ (GRAU, 2012, p. 65-68)

³⁶ Max Weber em sua obra *Economia y Sociedad*, vol. I, p. 251 e faz referência à ordem jurídica como sendo a esfera ideal do dever-ser e a ordem econômica como esfera dos acontecimentos reais (GRAU, 2012, p. 61).

³⁷ Moreira (1987, p. 58) define a ordem econômica como sendo "o conjunto de preceitos e instituições jurídicas que, garantindo os sistemas definidores de um determinado sistema econômico, instituem uma determinada forma de organização e fundamento da economia e constituem, por isso mesmo, uma determinada ordem econômica; ou, de outro modo, aquelas normas ou instituições jurídicas que, dentro de um determinado sistema e forma econômicos, que garantem e/ ou instauram, realizam uma determinada ordem econômica concreta”.

³⁸ (GRAU, 2012, p. 61)

³⁹ (TAVARES, 2003, p. 86) esclarece o sentido do termo ao dispor que [...] a expressão em apreço busca sintetizar a idéia (sic) de que a ordem econômica, enquanto manifestação do dever-ser, é a parcela do Direito – e este o sentido que há de interessar ao operador jurídico – que cuida das questões de alcance econômico,

Seguindo a interpretação do termo ordem econômica, vê-se que essa é a expressão de certo arranjo econômico, dentro de um específico sistema econômico, preordenado juridicamente, representando a estrutura ordenadora, composta por um conjunto de elementos que juntos formam o sistema econômico constitucional, sendo a ordem econômica constitucional o conjunto de normas de determinada ordem econômica no sentido concreto.

Já para Moreira⁴⁰ a expressão “ordem econômica” possui três sentidos: em um primeiro sentido, o autor faz referência à "ordem econômica" enquanto modo de ser empíricos de uma determinada economia concreta, caracterizado pela relação entre fenômenos econômicos materiais, ou seja, concretos. Em um segundo sentido, define a "ordem econômica" como sendo uma expressão que designa o conjunto de todas as normas (ou regras de conduta), qualquer que seja a sua natureza (jurídica, religiosa, moral etc.). Esse sentido representa o próprio sistema normativo (no sentido sociológico da ação econômica); e, em uma terceira acepção do termo, define ordem econômica como sendo uma ordem jurídica.

Torna-se oportuno, neste momento, esclarecer o significado da expressão ordem econômica utilizado no *caput* do Artigo 170 da Constituição de 1988, uma vez que a expressão “ordem econômica” pode possuir diversos sentidos a depender do contexto.

Na conjuntura do discurso jurídico é esperado que a expressão ordem econômica conotasse a indicação de uma parcela da ordem jurídica (mundo do dever ser), entretanto nem sempre isso é observado, como, por exemplo, ocorre no *caput* do Artigo 170 da CF de 1988 que versa que 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 preceitos: soberania nacional, propriedade privada, função social da propriedade, livre concorrência, defesa do consumidor, defesa do meio ambiente, redução das desigualdades regionais e sociais, busca do pleno emprego e tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte, constituídas sob as leis brasileiras com sede e administração no país. Depreende-se, em uma leitura reflexiva, que embora o enunciado seja inquestionavelmente normativo, a referida expressão foi empregada para designar uma

institucionalizando (ou pretendendo fazê-lo) uma determinada ordem (ordenação, regulamentação) no mundo do ser (forma econômica).

⁴⁰ (MOREIRA, 1987, p. 82).

realidade do **mundo do ser**, devendo ser lida, segundo Grau⁴¹ como as relações econômicas - ou a atividade econômica.

Ressalta-se ainda que, na leitura do Artigo 170, quando a Constituição versa sobre a observação de determinados preceitos, estes são os princípios que compõem a ordem econômica no sentido **do dever ser** - a ordem jurídica. Nesse sentido, a Constituição brasileira consagrou, nesse Artigo, um sistema capitalista intervencionista fundado na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, com a finalidade de assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social⁴².

2.3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ORDEM ECONÔMICA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988 E INTERVENÇÃO DO ESTADO POR MEIO DE SANÇÕES POLÍTICAS

Das ideias de mudança no contexto econômico delineado pela Constituição de 1988, veio os princípios, seguindo a tendência das constituições de muitos países e das próprias constituições nacionais pretéritas. A Constituição brasileira de 1988 também incorporou no seu texto um conjunto de normas jurídicas com a finalidade de disciplinar o exercício das atividades econômicas por meio de mecanismos de proteção e restrição de tal exercício. Essas normas são localizadas no Título VII da Constituição Federal que caracteriza o sistema econômico capitalista brasileiro.

Para Esser⁴³, princípios são aquelas normas que estabelecem fundamentos para que determinado mandamento seja encontrado. Larenz⁴⁴ define princípios como normas de grande relevância para o ordenamento jurídico, na medida em que estabelecem fundamentos normativos para a interpretação e aplicação do Direito, deles decorrendo direta ou indiretamente normas de comportamento. Nessa contextualização, vê-se os princípios como pensamentos diretivos de uma regulação jurídica existente ou possível, mas que ainda não são regras suscetíveis de aplicação, na medida em que lhes falta o caráter formal de proposições jurídicas, isto é, a conexão entre uma hipótese de incidência e uma consequência jurídica.

⁴¹ (GRAU 2012, p. 68) conceitua a ordem econômica como sendo “as relações econômicas” - ou “atividade econômica”. Tais relações deverão ser (estar) fundadas na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo como finalidade assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.

⁴² Para Eros Grau o Art. 170 da Constituição trouxe a substituição da ordem econômica liberal pela ordem econômica intervencionista (GRAU, 2012, p. 72).

⁴³ (ESSER, 1983, p. 51).

⁴⁴ (LARENZ, 1969, p. 26).

Humberto Ávila,⁴⁵ partindo da análise dos conceitos apresentados por Dworkin e Alexy, seguindo as possibilidades normativas e fáticas, define princípios em vários graus. As normativas, porque sua aplicação depende dos princípios e regras que a eles se contrapõem e fáticas, porque o conteúdo dos princípios como normas de conduta só pode ser determinado quando diante dos fatos.

Os princípios podem ser definidos como sendo os esteios que sustentam uma ciência, a estrutura sobre a qual é erigida toda a conjuntura. Diante da relevância dos princípios no ordenamento jurídico, estes devem estar presentes nos textos normativos legais, sobrepondo-se aos demais textos, erigindo-se a uma hierarquia normativa superior, por meio de que se conclui que dentro de um Estado Democrático de Direito, os princípios devem estar presente na Constituição seja de forma implícita ou explícita.

Os princípios, a partir da Constituição de 1988, ganharam status de norma e na Carta Magna podem ser visto tanto de forma implícita como também explícita. Vale salientar que os princípios da ordem econômica são relevantes para a perfeita compreensão do problema que se pretende elucidar nesta dissertação, na qual se evidencia a natureza interventiva do Estado na Ordem Econômica.

Expostos o conceito e a importância dos princípios no contexto socioeconômico de um Estado Democrático de Direito⁴⁶, adentra-se, a seguir, na análise dos princípios da ordem econômica, mais precisamente os princípios relevantes à temática em análise e a partir do texto constitucional de 1988.

2.3.1 Princípio da Propriedade Privada

O Princípio da Propriedade Privada, com previsão no Art. 5º, XXII, da Constituição Federal de 1988, garante aos indivíduos o direito de propriedade. Nas lições de Grau,⁴⁷ a propriedade é tratada como direito individual. Ao passo que o Estado não tem poderes para interferir nessa garantia sem motivo relevante, devendo abranger toda coletividade.

⁴⁵ (ÁVILA, 2011).

⁴⁶ Para um estudo aprofundado da temática: ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2011.

⁴⁷ (GRAU, 2012, p. 233).

Bercovici⁴⁸ observa que o sentido de propriedade que nasce de uma base de conservação, aquisição e fixação, consegue obter o respeito necessário dos indivíduos e do próprio Estado. Contudo, voltando-se ao princípio anteriormente invocado, apresentado no Artigo 5º da Carta Magna⁴⁹, pode-se observar que ele é consideravelmente abrangente, diante do Artigo 170, o qual aborda a propriedade privada, sob o aspecto dos meios de produção, inserida na ordem econômica e financeira.

Na visão de Moreira⁵⁰ na descrição de propriedade sob o enfoque de uma constituição econômica, o interesse versa não sobre a propriedade propriamente dita, mas exclusivamente sobre o que chama de propriedade econômica ou produtiva, representando, com isso, a relação econômica fundamental do capitalismo.

É importante considerar as lições de Silva⁵¹ cujo enfoque repousa sobre o aspecto social, no qual a legitimação da propriedade como princípio ocorre com a consecução de sua finalidade, qual seja: atender a função social, alcançando, desta forma, os ideais de justiça social.

Tavares,⁵² a esse respeito, enfatiza a orientação capitalista seguida pelo legislador constituinte, fazendo menção sobre o princípio que deve respeitar à propriedade privada, especialmente dos bens de produção, propriedade sobre a qual se funda o capitalismo, sendo necessário, contudo, a observância da função social, devendo esta ser igualmente aplicada à propriedade dos bens de produção.

Percebe-se que o conceito de propriedade emanado no Artigo 5º⁵³, configura-se como de caráter geral, mais amplo, e por meio dele o proprietário tem o direito de usufruir, dispor ou retomar, se estiver em poder de terceiro, de acordo com a previsão do Artigo 1.228⁵⁴ do Código Civil. Logo, o sentido de propriedade mencionado no Artigo 170 da Constituição Federal de 1988, faz alusão ao conjunto de bens componentes do

⁴⁸ (BERCOVICI, 2005, p. 141).

⁴⁹ O Art. 5º. da CF/88 reconhece a existência de direitos fundamentais não escritos, mas que decorram do regime que se pode inferir através da interpretação, cuja fundamentação deverá se pautar nos princípios e direitos explícitos no texto.

⁵⁰ (MOREIRA, 1987, p. 148).

⁵¹ (SILVA, 2003, 792).

⁵² (TAVARES, 2003, p. 156).

⁵³ Art. 5º. da CF/88: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.

⁵⁴ O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou a detenha.

estabelecimento empresarial, segundo estabelece o Artigo 1142⁵⁵ do Código Civil. Nesse caso, a ordem econômica resguarda especificamente a propriedade dos fatores de produção, sustentáculo do sistema capitalista. Nesse cenário, impende destacar que o direito de propriedade aplicado aos meios de produção representa a liberdade para o desenvolvimento das atividades econômicas mercantis.

Petter⁵⁶ assegura que do reconhecimento do direito à propriedade configuravam-se “satisfeitas às necessidades da era industrial que surgia, pois a economia dependia de uma liberdade de comércio, o que pressupunha a disponibilidade da propriedade”.

Também é importante abordar os novos entendimentos que a sociedade adquiriu sobre a noção do direito à propriedade, uma vez que de acordo com as exigências da sociedade moderna e de seus meios de produção, consegue-se mencionar o aludido parágrafo 1º do Artigo 1228⁵⁷ do Código Civil. Através desse tratamento, percebe-se que há uma diferença entre a propriedade e os fatores de produção, pois diante do término ou conclusão do processo produtivo, esses passam a fazer parte dos bens componentes da propriedade privada de quem os produziu. Dessa forma, a propriedade recai sobre o todo e não necessariamente acerca das etapas de produção.

De toda forma, depreende-se que no Brasil não se detém um controle absoluto da propriedade. A propriedade privada existe com o objetivo de acolher uma finalidade mais abrangente diante da função social da propriedade.

No modelo de sociedade capitalista, no qual o que se busca é a obtenção de lucros, o controle correto do uso da propriedade através dos órgãos reguladores é fato inconteste. Podemos verificar que esse processo de intervenção na propriedade privada ocorre desde o governo Vargas, quando então foi editada a própria Lei Delegada n. 04/62⁵⁸ que se tornou um instrumento de intervenção na propriedade privada e nos bens de produção, através da regulação dos preço de bens e serviços praticados no mercado, com o fim de garantir uma proteção ao consumidor contra os abusos do ente privado, por meio da prática de cartéis⁵⁹.

⁵⁵ Art. 1.142 Código Civil considera estabelecimento todo o complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário ou por sociedade empresária.

⁵⁶ (PETTER, 2005, p. 136).

⁵⁷ Art. 1228 Código Civil - §1º - o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

⁵⁸ (COSTA e CLARK, 2011, p. 102-119).

⁵⁹ A Lei Delegada 04/62 Dispõe sobre a intervenção no domínio econômico para assegurar a livre distribuição de produtos necessários ao consumo do povo. "Art. 1º A União, na forma do Art. 146 da Constituição, fica

Através de ações reguladoras, o Estado intervém na propriedade privada, sob o argumento de proteger os consumidores, interferindo na liberdade de uso da propriedade para fins lícitos e econômicos, restringindo a liberdade de iniciativa e ferindo à livre concorrência, ao controlar ou mesmo exercer influência no comportamento dos agentes econômicos.

2.3.2 Princípio da Livre Concorrência

Para Bastos⁶⁰, o princípio da livre concorrência se traduz na própria efetivação da liberdade de iniciativa. Shoueri,⁶¹ por sua vez, vê na livre concorrência, a existência do mercado, integrante do patrimônio nacional pelos preceitos que emana da Carta Magna. No seu Artigo 219⁶², a livre concorrência, representa um dos pilares sustentadores da economia nacional, estando presente no Art. 170, IV da Constituição Federal.

Princípio de grande relevância para a ordem econômica e financeira do país, a livre concorrência inspira o Estado a promover incentivos aos participantes da atividade econômica com a contrapartida do cumprimento, por parte destes, de suas obrigações legais.

A intenção do constituinte foi incentivar e oferecer condições a participação das empresas de todos os portes, sejam grandes indústrias ou mesmo micro e pequenas empresas que são responsáveis por mover a economia, trazendo em compensação o desenvolvimento e progresso do País, sem olvidar da livre concorrência.

Importa ressaltar que no atual modelo de economia de mercado adotado pelo Brasil, as micro e pequenas empresas têm que dispor do incentivo e concessões dos grandes grupos, objetivando não incidir a concorrência desleal, o que acabaria por sucumbir estas do mercado.

De acordo com o princípio constitucional da livre concorrência, os agentes que atuam na atividade econômica possuem o direito à livre competição entre si, sem que haja intervenção do Estado, quando só poderiam intervir em determinada atividade econômica embasada em justificativas para referida intervenção.

autorizada, a intervir no domínio econômico para assegurar a livre distribuição de mercadorias e serviços essenciais ao consumo e uso do povo, nos limites fixados nesta lei".

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/ldl/ldl04.htm

⁶⁰ (BASTOS, 2002, p. 807).

⁶¹ (SHOUERI, 2005, p. 95).

⁶² Art. 219 da CF/88 - "O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal".

Grau⁶³ vê na origem da livre concorrência a presença do princípio da livre iniciativa, na qual a Ordem Econômica prevista no texto de 1988, para atingir os seus fins - desenvolvimento e livre iniciativa harmonizados - deve garantir a liberdade de comércio e de indústria que consiste na não interferência do Estado e garantia da liberdade de iniciativa aos agentes privados, para criarem e explorarem uma atividade econômica. Essa liberdade restringindo-se apenas em virtude de lei e do Estado que impõe regras a serem seguidas.

A livre concorrência é um dos pilares da estrutura liberal da economia e tem muito a ver com a livre iniciativa⁶⁴. Isso significa que só pode existir a livre concorrência onde houver livre iniciativa. Assim, a livre concorrência é algo que se agrega à livre iniciativa e consiste na situação em que se encontram os diversos agentes produtores de estarem dispostos à concorrência de seus rivais. Vale salientar que o ordenamento jurídico brasileiro condena as formas de concorrência contrárias ao disposto na Constituição através do princípio da livre concorrência, como por exemplo, o abuso de poder e a concorrência desleal.

Assim, como o capitalismo monopolista possibilita que o Estado intervenha com o propósito de coibir excessos, o Art. 173, § 4º da Constituição Federal, serve justamente como garantia para impedir o abuso de poder. De acordo com referido preceito legal, a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

Na interpretação de Shoueri,⁶⁵ o Artigo 173 da Constituição, visa à preservação da livre concorrência, quando assegura que sempre que o Estado investir nas atividades próprias dos entes privados, a este (o Estado) será imposto regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e às obrigações tributárias⁶⁶.

Já a concorrência desleal, caracteriza-se pelo comportamento ilícito praticado pelos detentores da atividade econômica, sendo rechaçado pelo ordenamento jurídico brasileiro, seja na esfera cível ou criminal.

Também se extrai do Princípio da Livre Concorrência a utilização, por parte dos entes federados, dos mecanismos de implementação de tributos, como também, a inserção do

⁶³ (GRAU, 2005, p. 199).

⁶⁴ (BASTOS, 2002, p. 807).

⁶⁵ (SHOUERI, 2005, p. 92)

⁶⁶ Para Shoueri a livre concorrência tem vínculo imediato com o § 3º do Artigo 150 do texto constitucional que, tratando da imunidade recíproca afirma que esta não se aplica "ao patrimônio, à renda e aos serviços, relacionados com exploração de atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados" (SCHOUERI, 2005, p. 96).

Art. 146-A⁶⁷ na Constituição, quando autoriza que se estabeleça critérios especiais de tributação por meio de lei complementar, desde que para prevenir desequilíbrios da concorrência.

A proteção da livre concorrência resulta na obtenção do equilíbrio econômico e, assim sendo, Shoueri⁶⁸ assegura que o Estado, ao ingressar em concorrência com o setor privado, não poderá abrir mão da cobrança de taxas ou tarifas, como modo de cobrir seus custos, sob pena de ferir o princípio da livre concorrência.

Com a implementação pelo Estado de políticas públicas fundadas na redução das desigualdades sociais e regionais do País, a Constituição Federal agrega responsabilidade também aos patrocinadores do desenvolvimento econômico. A redução das desigualdades configura-se como sendo um dos objetivos fundamentais da República Federativa, cuja previsão encontra-se no Art. 3, inciso III da CF/88⁶⁹. Por esse preceito, os responsáveis econômicos têm a obrigação e o dever de combater ou ao menos reduzir as desigualdades e, ao mesmo tempo, promover o desenvolvimento regional.

Muito embora exista uma contradição presente neste princípio, pois diante de uma economia eminentemente capitalista, cujo objetivo principal é a aquisição do lucro e acumulação de capital, a redução das desigualdades e melhor distribuição de renda, tornam-se um desafio em busca deste equilíbrio.

Em uma alusão ao contexto histórico, o sistema de produção no Brasil, até meados de 1930, era eminentemente agrário, caracterizado por uma política de exportação de matéria prima. Contudo, a partir do processo de industrialização do País, propiciou-se maior fomento à criação de empregos, ao aumento do consumo por parte dos trabalhadores e, da mesma forma, a um processo de acúmulo de capital por parte dos detentores dos meios de produção. Esse modelo propiciou, além da circulação do capital, uma maior distribuição de renda e a redução das desigualdades sociais e regionais.

Observa-se, porém, que esta distribuição de riquezas muitas vezes é apenas aparente, pois os trabalhadores sofrem com as condições de trabalho, sobretudo com as explorações desregradas e com cerceamento de direitos. Nesse sentido, apesar dos princípios norteadores

⁶⁷ CF/88 - Art. 146-A. Lei complementar poderá estabelecer critérios especiais de tributação, com o objetivo de prevenir desequilíbrios da concorrência, sem prejuízo da competência de a União, por lei, estabelecer normas de igual objetivo.

⁶⁸ (SHOUERI, 2005, p. 96).

⁶⁹ Art. 3º CF/88 - Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais.

do capitalismo moderno, torna-se imperioso que o princípio da redução das desigualdades seja efetiva e rigorosamente cumprido por parte do setor privado e do Estado.

A redução das desigualdades como princípio constitucional, inicialmente no Artigo 3º, inciso III e, posteriormente, no Artigo 170, inciso VII, remete ao objetivo principal da ordem econômica, que nada mais é do que a busca para uma existência digna.

Muller,⁷⁰ na obra *Economia Mundial Contemporânea*, faz uma análise sobre a concentração de capital e traça um paralelo entre capital e pobreza, mostrando o surgimento de um novo bloco econômico, no qual estão inseridos países como México, Coréia do Sul e Brasil. Esse autor denomina estes países de subdesenvolvidos industrializados, mostrando os índices de industrialização entre eles, mas também os problemas sociais provenientes do crescimento econômico.

Outro grave problema a ser enfrentado na economia brasileira é a informalidade, pois diante da grande quantidade de trabalhadores sem regulamentação, que ficam à margem dos direitos, essa situação ratifica a fragilidade desta problemática no contexto econômico do país, muito embora a responsabilidade pela redução das desigualdades sociais repouse principalmente no próprio Estado, conforme preconiza o § 1º do Artigo 174 da Constituição Federal⁷¹.

Dadas às peculiaridades regionais e sociais do País, cabe ao Estado planejar e buscar soluções para a redução das desigualdades, através da inclusão de políticas públicas e programas de desenvolvimento, específicas para as necessidades de cada região. No entanto, percebe-se uma constante agressão a tal princípio quando se vê, atrelado ao descumprimento de normas fiscais tributárias, o Estado concedendo tratamentos desiguais aos juridicamente iguais nas concessões de incentivos ou mesmo no tratamento fiscal desigual.

Exemplificando essa ação do Estado, temos os casos das Guerras Fiscais, caracterizadas pela concessão de benefícios fiscais à indústria "X", de forma isolada, sem permitir que esses benefícios possam ser estendidos às demais indústrias instaladas na mesma região, o que gera uma afronta ao princípio em análise. Percebe-se, nesse tipo de ação, uma violação à Constituição no que diz respeito aos princípios da ordem econômica que traz para o Estado a responsabilidade pelo desenvolvimento econômico do país.

⁷⁰ (MÜLLER, 1986, p. 45-59).

⁷¹ Constituição Federal de 1988 – Art. 174 § 1º - A lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento.

A violação à ordem econômica passou a ser vista como uma afronta ao presente princípio, quando se observou em diversos tribunais manifestações no sentido do reconhecimento da inconstitucionalidade de Leis Estaduais que exigiam distância mínima para instalação de farmácias⁷².

A consideração dessa violação como afronta ao princípio da ordem econômica, encontra-se exemplificada e justificada nos seguintes casos: no julgamento do RE 346.084-6 Paraná, o Ministro Celso de Mello fez referência à eminente frase do Chief Justice John Marshal, quando do julgamento em 1819, do célebre caso “McCulloch verso Maryland”: “o poder de tributar não pode chegar à desmedida de poder de destruir”. No mesmo recurso, o Ministro Celso Mello relembra Bilac Pinto, em conhecida conferência sobre “Os Limites do Poder Fiscal do Estado⁷³”, na qual se lê: “um poder que somente pode ser exercido dentro dos limites que o tornem compatível com a liberdade de trabalho, de comércio e de indústria e como direito de propriedade”.

Seguindo os postulados da ordem econômica, o STF, ao julgar o Recurso Extraordinário 648.622 oriundo do TRF da 2ª Região, no qual se discutia a fixação dos preços dos produtos derivados da cana-de-açúcar, invoca os referidos princípios para declarar a violação a ordem econômica e em especial ao princípio da livre iniciativa:

AG. REG. NO RE 199902010376449 - TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO.

Decisão: Por maioria de votos, a Turma negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio. Presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli. 1ª Turma, 20.11.2012.

⁷² **Ementa:** REMESSA DE OFÍCIO E APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCESSÃO DA SEGURANÇA. ARGUIÇÃO DE PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA DO JUÍZO A QUO. REJEIÇÃO. NATUREZA ADMINISTRATIVA. LOCALIZAÇÃO E FUNCIONAMENTO DE FARMÁCIA. **EXIGÊNCIA DE DISTÂNCIA MÍNIMA.** MANIFESTA INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 7º, DA LEI ESTADUAL Nº 5.469 /2005. MANUTENÇÃO, IN TOTUM, DA SENTENÇA RECORRIDA. I- A matéria ventilada na Ação Mandamental possui nítida natureza administrativa, vez que se trata do questionamento de uma decisão oriunda de servidores públicos da Secretaria de Fazenda do Estado do Piauí, não incorrendo em situação que enseje a discussão da relação fisco-contribuinte ou que se refira sobre o poder de tributar do Estado. II- Encampando a orientação jurisprudencial do STF, mostra-se evidente a inconstitucionalidade do Art. 7º, da Lei Estadual nº 5.465 /2005, por exigir **distância mínima** para localização e funcionamento de farmácias, em clara ofensa ao princípio constitucional da livre concorrência, e, ainda, porque, para a legitimidade da norma, não basta aspectos formais de edição ou formalidade extrínseca, derivada da abstrata previsão de competência legislativa, sendo indispensável, ainda, a validade material, essencial da norma; vale dizer, a compatibilidade do objeto da lei ou ato normativo com o arcabouço constitucional, hierarquicamente superior, ausente no caso da legislação em análise. III- Reexame Necessário e Apelo Voluntário conhecidos, mas para negar provimento ao último, mantendo incólume a sentença de 1º grau, pelos seus justos e jurídicos fundamentos. IV- Jurisprudência dominante dos tribunais superiores. V- Decisão por votação unânime, em harmonia com o parecer ministerial.

⁷³ <<http://www.stf.jus.br/re-346084>>

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. INTERVENÇÃO DO ESTADO NO DOMÍNIO ECONÔMICO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. FIXAÇÃO PELO PODER EXECUTIVO DOS PREÇOS DOS PRODUTOS DERIVADOS DA CANA-DE-AÇÚCAR ABAIXO DO PREÇO DE CUSTO. DANO MATERIAL. INDENIZAÇÃO CABÍVEL.

1. A intervenção estatal na economia como instrumento de regulação dos setores econômicos é consagrada pela Carta Magna de 1988.

2. Deveras, a intervenção deve ser exercida com respeito aos princípios e fundamentos da ordem econômica, cuja previsão resta plasmada no Art. 170 da Constituição Federal, de modo a não malferir o princípio da livre iniciativa, um dos pilares da República (Art. 1º da CF/1988)⁷⁴.

Com essa medida, o Estado deve garantir a todos os contribuintes o livre exercício de atividade econômica, sem criar ou permitir interferências indevidas que prejudiquem a livre competição dos mercados, o que significa dizer que as atividades econômicas não poderão se desenrolar subjugadas pela força das leis econômicas, se isso implicar em prejuízos à concorrência pela forma a que o "desmedido elastério dado a um não amesquinhe o outro além do que seria admissível"⁷⁵.

2.3.3 Princípio da Livre Iniciativa

A Livre Iniciativa se caracteriza como um dos princípios fundamentais para a ordem econômica e financeira do país, prevista e protegida pela Magna Carta, objetivando garantir uma economia de livre mercado, mas também proporcionar e trazer um equilíbrio aos cidadãos no oferecimento da dignidade, justiça e desenvolvimento social.

O Princípio da Livre Iniciativa atrelado ao da liberdade concorrencial, assim como todos os demais princípios da ordem econômica, devem ser instrumentos direcionadores das ações do Estado, não podendo ser relativizado ou comprimido por qualquer motivo, sendo permitido apenas quando tal supressão aconteça para dar lugar a efetivação de um outro direito fundamental.

Essa atuação do Estado, a qual se designa por sanção política, tem sido motivo de batalhas judiciais que resultam em posições contrárias pelos Ministros do STF, como no caso da Indústria American Virginia que teve sua atividade suspensa, abrindo o mercado para a concorrência e sofrendo violação à livre iniciativa, enquanto direito fundamental do contribuinte.

⁷⁴ <<http://www.stf.jus.br/re-648.622>>

⁷⁵ (MACHADO SEGUNDO, 2009, p. 403).

Discorreu sobre essa temática o Ministro Cezar Peluso ao julgar o AC 1.657-MC⁷⁶ da Indústria de Cigarros, tendo inclusive sido contrário ao corolário do próprio princípio nos termos que ora defendemos, posto compreendermos que a livre iniciativa se coaduna com a vontade do contribuinte de desenvolver determinada atividade. A majoração do Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI sobre fabricação de cigarros tem caráter de tributo desestimulante, pois eleva os custos a patamares excessivos, sendo utilizado pelo Estado como instrumento de desaceleração da produção de cigarros no País.

Ademais, o caso é do que a doutrina chama de tributo extrafiscal proibitivo, ou simplesmente proibitivo, cujo alcance, a toda a evidência, não exclui objetivo simultâneo de inibir ou refrear a fabricação e o consumo de certo produto. A elevada alíquota do IPI caracteriza-o, no setor da indústria do tabaco, como tributo dessa categoria, com a nítida função de desestímulo por indução na economia. E isso não pode deixar de interferir na decisão

⁷⁶ (SE“American Virginia Indústria e Comércio Importação Exportação Ltda. pretende obter efeito suspensivo para recurso extraordinário admitido na origem, no qual se opõe a interdição de estabelecimentos seus, decorrente do cancelamento do registro especial para industrialização de cigarros, por descumprimento de obrigações tributárias. [...] Cumpre sublinhar não apenas a legitimidade deste outro propósito normativo, como seu prestígio constitucional. A defesa da livre concorrência é imperativo de ordem constitucional (Art. 170, IV) que deve harmonizar-se com o princípio da livre iniciativa (Art. 170, *caput*). Lembro que ‘livre iniciativa e livre concorrência, esta como base do chamado livre mercado, não coincidem necessariamente. Ou seja, livre concorrência nem sempre conduz à livre iniciativa e vice-versa (cf. FARINA, AZEVEDO, SAES: *Competitividade: Mercado, Estado e Organizações*, São Paulo, 1997, cap. IV). Daí a necessária presença do Estado regulador e fiscalizador, capaz de disciplinar a competitividade enquanto fator relevante na formação de preços. Calixto Salomão Filho, referindo-se à doutrina do eminente Min. **Eros Grau**, adverte que ‘livre iniciativa não é sinônimo de liberdade econômica absoluta [...]. O que ocorre é que o princípio da livre iniciativa, inserido no *caput* do Art. 170 da CF, nada mais é do que uma cláusula geral cujo conteúdo é preenchido pelos incisos do mesmo Artigo. Esses princípios claramente definem a liberdade de iniciativa não como uma liberdade anárquica, porém social e que pode, conseqüentemente, ser limitada.’ A incomum circunstância de entidade que congrega diversas empresas idôneas (ETCO) associar-se, na causa, à Fazenda Nacional, para defender interesses que reconhece comuns a ambas e à própria sociedade, não é coisa de desprezar. Não se trata aqui de reduzir a defesa da liberdade de concorrência à defesa do concorrente, retrocedendo aos tempos da ‘concepção privatística de concorrência’, da qual é exemplo a ‘famosa discussão sobre liberdade de restabelecimento travada por Rui Barbosa e Carvalho de Mendonça no caso da Cia. de Juta (*Revista do STF* (III), 2/187, 1914)’, mas apenas de reconhecer que o fundamento para a coibição de práticas anticoncorrenciais reside na proteção a ‘ambos os objetos da tutela: a lealdade e a existência de concorrência [...]. Em primeiro lugar, é preciso garantir que a concorrência se desenvolva de forma leal, isto é, que sejam respeitadas as regras mínimas de comportamento entre os agentes econômicos. Dois são os objetivos dessas regras mínimas. Primeiro, garantir que o sucesso relativo das empresas no mercado dependa exclusivamente de sua eficiência, e não de sua ‘esperteza negocial’ – isto é, de sua capacidade de desviar consumidores de seus concorrentes sem que isso decorra de comparações baseadas exclusivamente em dados do mercado. Ademais, o caso é do que a doutrina chama de tributo extrafiscal proibitivo, ou simplesmente proibitivo, cujo alcance, a toda a evidência, não exclui objetivo simultâneo de inibir ou refrear a fabricação e o consumo de certo produto. A elevada alíquota do IPI caracteriza-o, no setor da indústria do tabaco, como tributo dessa categoria, com a nítida função de desestímulo por indução na economia. E isso não pode deixar de interferir na decisão estratégica de cada empresa de produzir ou não produzir cigarros. É que, determinada a produzi-lo, deve a indústria submeter-se, é óbvio, às exigências normativas oponíveis a todos os participantes do setor, entre as quais a regularidade fiscal constitui requisito necessário, menos à concessão do que à preservação do registro especial, sem o qual a produção de cigarros é vedada e ilícita.” ([AC 1.657-MC](#), voto do Rel. p/ o ac. Min. **Cezar Peluso**, julgamento em 27-6-2007, Plenário, DJ de 31-8-2007.)

estratégica de cada empresa de produzir ou não produzir cigarros (AC 1.657 MC).

O Estado argumenta no sentido de que a continuidade da fabricação de tal produto, no caso cigarros, por ser um produto que causa graves prejuízos aos consumidores e a sociedade em geral, não deve ser estimulado, como assim se pronunciou o Ministro Cezar Peluso, demonstrando o caráter violador da vontade do contribuinte.

*A suspensão e o cancelamento da inscrição no cadastro fazendário implicam verdadeira proibição do exercício da atividade econômica pelo contribuinte. Nada, portanto, justifica tal providência, posto que o art. 5º, inciso XIII, da CF/88, coloca no altiplano dos direitos fundamentais a liberdade profissional, a dizer que *é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer*, enquanto o art. 170, parágrafo único, da Lei Maior, diz que *é assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo os casos previstos em lei*⁷⁷*

Ao Estado cabe estimular, proteger, incentivar o desenvolvimento econômico harmônico, incentivar a atuação do ente privado no mercado econômico como forma de garantir um aumento na própria arrecadação, instrumento de obtenção de recursos para cumprimento dos fins sociais do mesmo. No entanto, o que se vê nas atuais aplicações de sanções políticas é o uso de argumentos que se desarmonizam com os preceitos constantes no Art. 5º, inciso XIII e Art. 170 da CF/88 e violam a livre iniciativa de exercício de atividade econômica lícita.

2.3.4 Defesa do Consumidor

O Princípio da Defesa do Consumidor é de grande relevância e representa um importante mecanismo de cidadania, pois assegura e garante que nas relações de consumo, a atividade econômica deva preservar a parte hipossuficiente, neste caso, o consumidor, das imposições das grandes empresas que dominam o mercado financeiro no País. Dessa forma, cabe ao Estado criar e editar leis específicas e eficazes em favor dos consumidores e ao mesmo tempo os agentes econômicos devem se adequar a estas mudanças, seguindo os princípios e cumprindo a força normativa imposta pelo Estado.

⁷⁷ (MACHADO SEGUNDO, 1998, p 46-47).

Como com a globalização houve a quebra de barreiras comerciais e o conseqüente crescimento das relações de consumo, surge a necessidade de se aperfeiçoar a legislação no tocante às relações contratuais. No Brasil, o alicerce legal de proteção ao consumidor instituído como princípio da ordem econômica tem previsão na Magna Carta que agregou em seu ordenamento normas e orientações do direito público moderno, consolidada nos Artigos. 5º, inciso XXXII⁷⁸, e no Artigo 170, inciso V que também faz enfoque sobre a defesa do consumidor.

Em nossa realidade, embora sejam constantes as violações cometidas contra os consumidores por meio dos fornecedores, essas violações fizeram a sociedade mais exigente quanto ao emaranhado normativo, destacando-se ações contra o abuso do poder econômico.

Carvalho⁷⁹ mostra a finalidade da repressão ao abuso do poder econômico, afirmando que seu objetivo maior é conter os abusos que são observados através da superioridade de mercados, eliminação da concorrência e o aumento arbitrário do lucro.

A eliminação da concorrência no aspecto da proteção do consumidor traduz-se na ação do Estado fechando um estabelecimento, impedindo a continuidade de uma atividade econômica, favorecendo os que permaneceram no mercado, contudo, lesionando o consumidor que é obrigado a conviver com as ofertas do mercado.

Para a defesa do consumidor, importante instrumento normativo foi proporcionado com a instituição da Lei nº 8087 de 1990 que criou o Código de Defesa do Consumidor. Por meio deste relevante instrumento normativo, o Estado demonstrou a necessidade de ampliação e regulação dos direitos exigidos pelos consumidores e por toda a sociedade.

Filomeno⁸⁰ orienta que o direito do consumidor é composto de um conjunto de normas, instrumentos e regras que objetivam proporcionar a proteção e defesa do consumidor ante o mercado econômico, visando, precipuamente, à proteção e defesa dos consumidores.

O maior objetivo do Código de Defesa do Consumidor é o de fomentar um maior equilíbrio, regulando estas relações entre os atores econômicos envolvidos, privilegiando-se, dessa forma, a vulnerabilidade dos consumidores, na qual são oferecidos diversos instrumentos de proteção que visam a dar eficácia às violações provocadas pelos fornecedores, sejam de produtos ou serviços. Dessa forma, a consolidação da proteção e defesa do consumidor como princípio constitucional, alicerça-se na igualdade entre as

⁷⁸ Art. 5º, inciso XXXII CF: O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor.

⁷⁹ (CARVALHO, 1994, p 16-43).

⁸⁰ (FILOMENO, 1999).

peessoas, muito embora seja o consumidor a parte hipossuficiente, à medida que o referido princípio visa, precipuamente, a conter os abusos provenientes de ordem econômica, através do apoio e suporte por parte do Estado.

O consumidor foi tratado pela Constituição de 1988 como um dos elos da economia de mercado. Com isso surgiu para o Estado a responsabilidade pela proteção do consumidor como forma de preservar e garantir a livre concorrência⁸¹.

O Princípio de defesa do Consumidor trouxe a possibilidade de responsabilizar aquele que cause dano ao consumidor, previsão esta contida no Artigo 24, VIII da CF⁸². Entende-se que um dos pressupostos da defesa do consumidor passa pela necessidade de alavancagem do consumo, responsável direto pelo aumento da produção que por consequência reflete no desenvolvimento econômico do Estado.

Apesar da sua importância no contexto econômico, apenas Portugal e Espanha incluíram dispositivos de proteção ao consumidor em seus textos constitucionais. Diferentemente do Brasil, a defesa do consumidor é princípio constante na parte da ordem econômica, como também, no Art. 5º da CF/88.

Atrelado à proteção do consumidor, de forma paradoxal, encontra-se o princípio da liberdade que assegura ao indivíduo a permissão para realizar tudo o que não esteja proibido por lei. Para Ferreira de Almeida,⁸³ esse princípio "é um instrumento pragmático a serviço da circulação das mercadorias e da acumulação do capital". Assim, o consumo é responsável pelas políticas intervencionistas do Estado com o objetivo de fomentar o crescimento econômico.

O princípio da liberdade congrega, nas relações de consumo, duas forças que atuam em sentidos opostos. Tavares⁸⁴ coloca como sendo a força empresarial, calcada no princípio da liberdade de iniciativa, produção e concorrência, atuando de um lado, e, de outro, atuando a liberdade do consumidor, ambas as forças devendo se congregarem de forma harmônica, sem que uma possa sobrepor-se à outra.

O uso das sanções pelo Estado, cancelando inscrição de estabelecimento empresarial, cerceando o direito de liberdade de exercício de atividade econômica e violando os princípios

⁸¹ (FONSECA, 2005, p. 127)

⁸²A Constituição Federal em seu Art. 24, trouxe de forma expressa a competência concorrente do Estado no âmbito de proteção do consumidor: Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: VIII - **responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor**, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

⁸³ (ALMEIDA, 1982, p. 212).

⁸⁴ (TAVARES, 2003, p. 187).

da ordem econômica, possibilitam aos grupos econômicos, que se formaram sob as diretrizes do capitalismo, "busca de lucros", favorecidos pela retirada do concorrente do mercado, causar danos aos consumidores e a sociedade, em geral, pela prática abusiva dos mecanismos concorrenciais através do uso dos meios de produção.

Hoje, toda ação do Estado que resulte em constrangimento ao contribuinte tem sido repudiada pelo poder judiciário, como pode ser visto no Recurso Extraordinário 666.405 oriundo do Rio Grande do Sul, que faz referência às imposições, pela autoridade fiscal, de restrições de índole punitiva. Quando motivada tal limitação pela mera inadimplência do contribuinte, revela-se contrária às liberdades públicas ora referidas.⁸⁵

A liberdade de ir e vir deve ser traduzida como a liberdade de se realizar algo que seja capaz de conduzir os caminhos de uma sociedade ou mesmo, de parte dela. Quando se aborda o princípio da ordem econômica em defesa do consumidor, adentra-se na discussão dos limites de proteção assegurados a estes pelo Estado e percebe-se que, quando a ação do Estado intervém na ordem econômica, por meio de sanções políticas, alterando o mercado concorrencial, esse consumidor deve ser amparado dos efeitos nocivos ocasionados pela intervenção.

Demonstra-se, com isso, a relevância da análise dos mecanismos de defesa do consumidor em harmonia com as ações intervencionistas do Estado. Compreende-se que incentivos ao consumo, proteção ao hipossuficiente na relação de consumo, garantias de direitos nas relações de consumo e a inobservância dos reflexos das intervenções no mercado concorrencial, ocasionam a prática de preços abusivos e causam danos ao consumidor.

2.3.5 Defesa do Meio Ambiente

A defesa do meio Ambiente é muitas vezes um paradoxo, porque o Estado vai defender o meio ambiente, mas ao mesmo tempo tem que permitir o exercício de atividades econômicas, que às vezes se mostram poluidoras.

Desde a revolução industrial até os dias atuais, percebe-se um grande avanço e evolução tecnológicos que propiciou aberturas de mercados, quebras de fronteiras comerciais e aumento da produção e consumo, provenientes de uma economia capitalista e globalizada que em busca da expansão do mercado e do lucro cresceu sem considerar a defesa e proteção

⁸⁵ (RTJ 125/395, Rel. Min. OCTAVIO GALLOTTI).

do meio ambiente , contribuindo com a degradação ambiental das reservas naturais sem limites, sem planejamento e sem o pensamento da sustentabilidade. Como consequência, colocou em risco o futuro e a sobrevivência dos seres humanos.

Mesmo que na atualidade a defesa do meio ambiente esteja em pauta, problemas ambientais continuam surgindo em grandes proporções, em virtude do consumo imoderado e não racional das reservas naturais que acarreta desequilíbrios visíveis nos ambientes naturais como na fauna, flora, nos aspectos climáticos, dentre tantos outros “sinais” emitidos pela natureza. Por essa razão, é necessário e urgente garantir eficácia e aplicabilidade às leis que regem e protegem o meio ambiente no nosso país.

Portanto, é importante fazer uma análise acerca da proteção jurídica que vem sendo fornecida pela legislação pátria em relação ao meio ambiente, fazendo-se um parâmetro entre as ações lesivas e a fonte poluidora, com ênfase na Constituição Federal que preconiza no seu Art. 225 o direito a todos de possuírem um ambiente ecologicamente equilibrado e o dever de defenderem e preservarem estes ideais em favor principalmente das gerações futuras.

Nesse sentido, a elevação da defesa do meio ambiente como princípio da ordem econômica está intimamente relacionada ao desenvolvimento sustentável adotado pelo referido Artigo.

O meio ambiente instituído como princípio de ordem econômica, assegurou ser o Estado responsável pelo desenvolvimento e implantação de políticas públicas, objetivando a utilização consciente do ambiente e sua preservação, criando-se, com isso, um equilíbrio aos interesses econômicos.

Grau⁸⁶ considera este princípio uma conquista social, conformada à ordem econômica, destacando substancialmente os princípios da garantia do desenvolvimento e do pleno emprego, como sendo instrumentos necessários e indispensáveis para assegurar a todos existência digna diante dos ditames da justiça social.

É importante também destacar as lições de Ferreira Filho⁸⁷ ao afirmar que o princípio foi inserido em momento extremamente propício para preservar inclusive a própria sobrevivência humana.

Com isso, notou-se uma maior imposição de atribuições e responsabilidades aos detentores dos meios de produção, exigindo-se que os mesmos utilizassem o meio ambiente,

⁸⁶ (GRAU, 1997, p. 251).

⁸⁷ (FERREIRA FILHO, 2001, p. 380).

porém de maneira mais sustentável possível. Isso atribui um caráter social aos agentes econômicos, visando à preservação das futuras gerações.

No entanto, como mecanismo de preservação dos ditames constitucionais, a Constituição de 1988 assegurou ao Estado o direito de intervir na ordem econômica para garantir um equilíbrio concorrencial, mas dentro do poder de fiscalização e regulação do Estado. Porém, por meio de seus órgãos administrativos muitas vezes observa-se uma invasão aos direitos fundamentais do contribuinte, no caso da ação direta de inconstitucionalidade do Artigo 8º da Lei nº 9.960, de 28.01.2000, que introduziu novos artigos na Lei nº 6.938/81, criando a taxa de fiscalização ambiental (TFA), tendo sido alegada incompatibilidade com os Artigos 145, II; 167, IV; 154, I; e 150, III, b, da Constituição Federal⁸⁸.

A proteção ao meio ambiente e ao cidadão no âmbito constitucional não pode ser interpretada separadamente da necessidade de se manter o desenvolvimento econômico equilibrado, sem violações a direitos fundamentais da ordem econômica.

É mister observar que o que é previsto e determinado como princípio da ordem econômica é o equilíbrio entre a utilização destes bens naturais, no presente, obtendo-se seus lucros e vantagens, mas sem levar o meio ambiente ao esgotamento, degradação ou devastação irreversíveis que inviabilizariam sua utilização pelas gerações futuras.

Feitas essas considerações sobre os princípios da ordem econômica, visando adequá-los aos conceitos relacionados ao problema central da pesquisa, torna-se necessário adentrarmos no estudo dos conceitos relacionados à concorrência na ordem econômica.

⁸⁸ Dispositivos insuscetíveis de instituir, validamente, o novel tributo, por haverem definido, como fato gerador, não o serviço prestado ou posto à disposição do contribuinte, pelo ente público, no exercício do poder de polícia, como previsto no Art. 145, II, da Carta Magna, mas a atividade por esses exercida; e como contribuintes pessoas físicas ou jurídicas que exercem atividades potencialmente poluidoras ou de recursos ambientais, não especificadas em lei. E, ainda, por não haver indicado as respectivas alíquotas ou o critério a ser utilizado para o cálculo do valor devido, tendo-se limitado a estipular, a *forfait*, valores uniformes por classe de contribuintes, com flagrante desobediência ao princípio da isonomia e dispensou, do mesmo tratamento tributário, contribuintes de expressão econômica extremamente variada. Plausibilidade da tese da inconstitucionalidade, aliada à conveniência de pronta suspensão da eficácia dos dispositivos instituidores da TFA. (MC Sessão Plenária, decisão unânime, DJ 12.05.2000).

3 A CONCORRÊNCIA COMO ELEMENTO FUNDAMENTAL DA ORDEM ECONÔMICA CONSTITUCIONAL

A ordem econômica constante no texto da Constituição Federal é um conjunto de regras que regem as atividades econômicas, tendo o Brasil optado pelo modelo de ordem econômica de livre iniciativa, ou da liberdade econômica, o que resulta em um Estado dotado de supremacia constitucional nas políticas econômicas e que protege os entes das ações que contrariem os postulados constitucionais constantes no título da ordem econômica.

Por esse modelo escolhido pelo Constituinte originário, a Constituição de 1988 consagrou indiscutível opção política pela ordem econômica da livre iniciativa, gerando consequências no âmbito tributário, o que torna desprovido de validade jurídica qualquer ato do Estado, como também, da Administração Tributária que venha causar conflitos entre os princípios da ordem econômica e as regras constitucionais.

Com isso, os atos intervencionistas do Estado encontram óbice na proteção constitucional que assegura a livre concorrência e protege o indivíduo de qualquer imposição, por parte do fisco, que venha cercear o seu direito de competir no mercado sem violação da lei.

3.1 AS INTERVENÇÕES ESTATAIS NA ORDEM ECONÔMICA

A expressão “intervenção econômica” refere-se à ação desenvolvida pelo Estado sobre o processo econômico, na busca de um objetivo comum, ou seja, da correção das distorções do liberalismo, como meio de se preservar as instituições básicas do sistema capitalista, o mercado⁸⁹.

Etimologicamente, intervenção, vem de *intervenire*, termo de origem latina, que significa estar, existir entre, entremeter-se, ingerir-se, meter-se de permeio, impedir, embaraçar, por obstáculos. Era usado para mostrar a condição do Estado, quando este intervia entre empresários e consumidores, gerando conflitos por criar obstáculos ao comportamento

⁸⁹ (GRAU, 1978, p. 22).

antissocial do Poder Econômico⁹⁰. Já a expressão Intervencionismo surgiu para indicar o exercício, por parte da autoridade política, de uma ação sistemática sobre a economia⁹¹.

Na concepção de Shoueri⁹² a compreensão da expressão ‘intervenção’ surge como fruto de uma ideia preconcebida no Estado Liberal para designar um comportamento antagônico à ideologia, que se resume no não atuar na economia como regra da livre-concorrência, significando “atuar” aqui como intervir, agindo contra as regras do Estado Liberal.

A doutrina liberal clássica fez surgir a noção de mercado e poder econômico como ideias opostas, a partir de um modelo de mercado com estruturas anarquistas. Com isso, deu-se início a manifestações por parte da sociedade que se mostrava contrária às idéias do Estado, violando a lei, fato observado pela liberdade indiscriminada da indústria e do comércio, o que desencadeou no surgimento do totalitarismo econômico. Manifestações de poder no mercado passaram a influenciar as teorias de freios e contrapesos, que deveriam consistir na regulação do mercado através da oferta e da procura.

Com o fenômeno econômico da revolução industrial, iniciou-se uma nova preocupação referente às concentrações de riquezas, responsáveis por influenciar no contexto socioeconômico da sociedade. Nesse sentido, a concentração do poder econômico ficaria nas mãos de uma minoria em detrimento das dificuldades sentidas pela maioria da sociedade.

Para Bruna⁹³ o problema fundamental para a economia é a relação de controle exercido sobre ela, o que caracteriza uma forma de intervenção, que faz surgir a figura do Estado, não mais no contexto liberal e sim capitalista, para controlar os abusos, como sendo fator desencadeador da intervenção do Estado na economia - o fenômeno de concentração de capital - que passava uma imagem da pura manifestação de poder.

Ao perceber que as ideias de Adam Smith a respeito da capacidade de autorregulação do mercado, como defendia o modelo liberal, não eram as mais eficazes, o Estado passou a ter, assim como o Direito, um papel importante na regulação da economia. Com isso, surge a

⁹⁰ (TAVARES, 2003, p. 56)

⁹¹ Tércio Sampaio Ferraz Junior define intervenção como sendo o exercício, por parte da autoridade política, de uma ação sistemática sobre a economia, estabelecendo-se estreita correlação entre o subsistema político e o econômico, na medida em que se exige da economia uma otimização de resultados e do Estado a realização da ordem jurídica como ordem do bem-estar social [...] Não se trata, portanto, de um fenômeno que negasse o papel da livre concorrência das forças do mercado, mas, ao contrário, que pretendia assegurá-las e estimulá-las na crença de que delas depende a realização do bem-estar social” (FERRAZ JUNIOR, 2009, p. 76-86).

⁹² (SCHOUERI, 2005, p. 70)

⁹³ (BRUNA, 2001, p. 102).

figura do Estado como agente capaz de regular os abusos próprios da forma de Estado que deixava nas mãos do mercado a sua autorregulação⁹⁴.

Nesse contexto socioeconômico do Estado, percebe-se a presença de um comprometimento entre intervencionismo econômico e mercado, que resulta da ideia da existência da intervenção como mecanismo de preservação do mercado⁹⁵.

Sobre essa discussão, autores como Fonseca,⁹⁶ defende a intervenção do Estado no mercado, sem subtrair a liberdade de iniciativa e a condição de autorregulação, estando sob o controle do próprio mercado a sua regulação, o que leva o autor a filiar-se a ideia de que: “O trabalho de cada indivíduo contribui para o seu próprio enriquecimento e o proveito da sociedade está na razão direta do bem individual. O governante não deve interferir de forma alguma nesse processo natural de desenvolvimento do mercado⁹⁷”.

Esse autor assevera que as empresas, no intuito de liberar-se das incertezas do mercado, procuram maximizar seus ganhos, formando agrupamentos destinados a fortalecer-se. Nessa contenda, os mais hábeis e organizados levam vantagem sobre os mais fracos e desestruturados. Surge o poder econômico privado a rivalizar com o poder estatal.

A concepção de um liberalismo concebido nas ideias filosóficas da Grécia antiga, da liberdade do indivíduo no âmbito do mercado, veio a ser desmedida pela realidade histórica a partir de meados do Século XIX quando o capitalismo se transforma e as unidades se unem, formando grupos, dando origem ao novo Estado Industrial. Com os grupos econômicos surgem os primeiros questionamentos sobre a plena liberdade econômica, dando início ao intervencionismo do Estado para regular a economia.⁹⁸

No processo evolucionista do fenômeno da intervenção tem-se como marco a Constituição de 1824, mas precisamente em seu Artigo XXII, o qual trazia a garantia e o direito de propriedade de forma plena aos indivíduos.

Seguindo a Constituição de 1824, viu-se no texto constitucional de 1934, no seu Artigo 17, o início do processo de intervenção do Estado na economia. As medidas impostas

⁹⁴ Para Brazuna (2009), o desemprego na Inglaterra na década de 1920, a quebra da Bolsa de Nova Iorque e a crise financeira mundial de 2008, foram marcos na elucidação da impossibilidade das leis de mercado e a "mão invisível" de Adam Smith serem capazes, por si só, de assegurar uma dinâmica virtuosa de trocas e administração da escassez dos bens econômicos, sem que surgissem fatores de deterioração do próprio sistema, como o desemprego e a distribuição excessivamente desigual e arbitrária da renda e da riqueza. (BRAZUNA 2009)

⁹⁵ (GRAU, 2012, p. 91).

⁹⁶ (FONSECA, 2005, p. 255).

⁹⁷ (FONSECA, 2005, p. 255).

⁹⁸ (FONSECA, 2005, p. 174).

pelo legislador constituinte no Brasil acompanharam a Constituição Mexicana de 1917 que, no seu Art. 28, preconizava que não haveria monopólios exclusivos de qualquer espécie no território mexicano.

A Constituição Alemã de 1919 trazia como princípio da ordem econômica a determinação legal que assegurava a organização da vida econômica nos limites dos princípios da justiça, fixando os limites dentro dos quais deve ser assegurada a liberdade econômica individual.

No Brasil o texto constitucional de 1988 veio concretizar os ditames legais desse processo, ao instituir em seu Artigo 1º incisos de I a V proteção à soberania, à cidadania, à dignidade da pessoa humana e aos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, como também ao pluralismo político⁹⁹.

Percebe-se pela leitura da primeira parte do Art. 170, o núcleo da ordem econômica brasileira: “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 [...]”¹⁰⁰ No Art. 5º caput e os incisos XXII e XXIII refletem os ideais da Revolução Francesa, garantindo o direito de propriedade para o cidadão, devendo este direito ser protegido pelo Estado.

O Art. 170 da Constituição de 1988 trouxe a proteção à propriedade privada, o que deu limites ao poder de intervenção do Estado que só poderia intervir na ordem econômica nos limites do abuso do direito de propriedade. Percebe-se que não é absoluto o poder de intervenção do Estado sobre a economia, pois este deverá atuar para preservação da livre concorrência, que está na categoria de direitos fundamentais, sempre que forem observadas violações a tal princípio. No entanto, a inobservância desse preceito acarreta entraves ao desenvolvimento econômico e, para livrar-se disso, países que mantêm políticas econômicas propiciam maior liberdade ao setor privado para se desenvolverem.

A ordem econômica que está fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim, como preceito, assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, sendo dever da exegese constitucional assegurar a interpretação da letra da Constituição, com o fim de superar as incompatibilidades do texto com as exigências da ordem social e com os deveres do Estado de efetivar essa ordem.

⁹⁹ (FONSECA, 2005 p. 124).

¹⁰⁰ (TAVARES, 2003, p. 133).

As atuações do Estado na economia seja por meio de instituição de tributos, seja através de políticas de incentivos fiscais, ou mesmo através de sanções, caracterizam-se como forma de intervenção capaz de causar prejuízo à livre iniciativa e à livre concorrência, ou mesmo, gerar distorções na economia. O Estado só deverá intervir na economia para regular as falhas existentes e nunca para criar distorções com ações intervencionistas excessivas que violem a livre iniciativa.

O Estado tem que intervir na economia para evitar os abusos ocorridos no liberalismo, que tinha como característica a liberdade econômica e a não intervenção. Com isso, tem-se que o Estado só deverá intervir quando for para regular, na condição de agente regulador, na busca de corrigir as falhas do mercado, a fim de propiciar a entrada de novos agentes econômicos, atendendo aos princípios da livre concorrência e da livre iniciativa.

Para a concretização da função reguladora, o Estado utilizará o poder de fiscalização que o tornará capaz de controlar a juridicidade das ações dos entes privados no mercado, se estiverem ocorrendo abusos que violem as normas jurídicas da ordem econômica.

A intervenção na economia a partir da regulação da Norma Constitucional veio como freio aos atos abusivos do mercado, próprios das práticas comerciais concorrenciais. No Brasil, o direito concorrencial não nasce como consequência do liberalismo econômico, mas como repressão ao abuso do poder econômico, buscando proteger à população em geral e ao consumidor em particular.

Diante dos quadros desenhados no século XIX, surge a necessidade, por parte do Estado, do exercício do controle dos atos praticados pelos agentes econômicos, através da intervenção para assegurar o equilíbrio na ordem econômica e social, corrigindo os desequilíbrios causados pelo mercado e estimulando as atividades que não eram de interesse dos entes privados.¹⁰¹

A ideia de intervenção estatal, na ordem econômica, nasce do próprio conceito de política econômica, que se traduz na teoria e prática da direção econômica de uma nação, que procura, oficialmente, efetivar algumas mudanças na economia, relativas à produção, circulação e distribuição de riquezas, para a consecução de certos fins e obter o seu saneamento.¹⁰²

¹⁰¹ (BERCOVICI, 2005, p. 25).

¹⁰² (DINIZ 1998, p. 626).

Pode-se extrair do referido texto a máxima de que o núcleo do conceito de ordem econômica é exatamente a normatização que se sintetiza no controle, distribuição, circulação e na produção de riquezas de uma nação. Daí surge o poder intervencionista do Estado na economia, como meio de normatizar, produzir, distribuir e manter a ordem pelo controle das ações que envolvam os entes privados, principais atores no cenário econômico do Estado.

Quanto às ações intervencionistas do Estado nos seus diversos níveis de poder, Ribeiro¹⁰³ faz uma análise exemplificando alguns casos de concorrência direta do Estado com os entes privados, quando este assume atividades que são próprias daqueles, a fim de garantir o bem-estar social e passa a subsidiar, fornecer e a controlar itens produtos e mercados.

Como mecanismo de intervenção do Estado na ordem econômica pode ser observado os programas de incentivo ao consumo, como no caso das reduções de IPI dos eletrodomésticos de linha branca, que se traduz na redução dos preços finais do produto e consequentemente gera uma demanda de consumo que reflete diretamente na economia do Estado.

Pode-se observar, também, o mesmo fenômeno no programa das Farmácias do Cidadão, no qual o Governo estimula à venda de medicamentos farmacêuticos com preço abaixo do oferecido pelo mercado, o que se caracteriza como caso de intervenção na economia por parte do Estado.

No mesmo sentido, tem-se a figura do Estado na condição de detentor do monopólio do petróleo, controlando os preços e sua distribuição. Nesse gesto, vê-se o Estado atuar no controle de uma das maiores fontes energéticas que representam a base da economia do Brasil e do mundo, intervindo na sua economia, de forma regulatória, com o exercício do controle de preços e do mercado de exploração, a fim de garantir a proteção da sociedade. Nesse caso, tem-se a intervenção por participação, na qual prepondera a participação do Estado, como no caso do Petróleo no Brasil.

A Constituição de 1988 trouxe uma ordem jurídica voltada à transformação da sociedade, quando adotou uma forma de controle da economia, protegendo a livre iniciativa, através dos princípios reguladores da ordem econômica, da propriedade privada e da livre concorrência, sem, com isso, afastar-se do protecionismo e da ordem social, previstos no Art. 170, caput e incisos I, III, V e VI a IX da Constituição de 1988.

¹⁰³ (BRAZUNA, 2009, p. 33).

O Estado assegurou a livre iniciativa e garantiu o direito à exploração de atividades econômicas privadas, desde que tais atividades representassem uma forma de manter a segurança nacional, como relevante interesse coletivo. Esses argumentos foram justificadores das políticas intervencionistas do Estado, ao atuar no mercado econômico, explorando atividades que são próprias do setor privado.

No contexto da livre iniciativa, ao empresário cabe decidir sobre o que produzir, como produzir, o quanto produzir e a que preço vender. Porém, dentro dessa liberdade há necessidade de manter-se um controle, surgindo a figura do Estado Interventor. Segundo Bastos¹⁰⁴ a atuação do Estado na economia se dá de forma subsidiária.

Para se garantir o desenvolvimento socioeconômico equilibrado, o Estado intervém no domínio econômico para garantir o equilíbrio das relações entre a sociedade e a economia. Grau¹⁰⁵ classifica a intervenção do Estado na ordem econômica em por absorção ou participação, por direção e por indução. Seguindo a classificação proposta por esse autor, tem-se, na forma de intervenção por absorção ou participação, o Estado exercendo diretamente alguma participação nas atividades econômicas. Esse tipo de intervenção é comum no sistema socialista, no qual as empresas pertencem ao Estado. Na intervenção por absorção o Estado assume função econômica sob o regime de monopólio e, no modo de intervenção por participação, o Estado aparece na mesma função do ente privado, atuando em regime de competição com as empresas privadas no mercado.

Já no modelo de intervenção por direção, o Estado intervém ditando normas de atuação que definem como deve seguir a economia, trazendo normas obrigatórias especificamente para que as empresas as sigam.

Na Intervenção por indução há um estímulo ao desenvolvimento. O Estado estimula a indústria e a economia com a construção de portos, ferrovias, aeroportos, dentre outros, usando normas de isenção. Essa intervenção se diferencia da direção, porque a de direção é obrigatória, na indução há mero estímulo. A intervenção por indução tem essa característica do Estado estimular e dar infraestrutura. O Estado pode estimular o desenvolvimento via intervenção na economia.

¹⁰⁴ Celso Ribeiro Bastos esclarece que o consectário natural deste princípio é que a atuação do Estado na economia é sempre subsidiária. O Estado não está habilitado a retirar dos particulares, transferindo para a responsabilidade da comunidade, as atribuições que aqueles estejam em condições de cumprir por si mesmos. A ação das coletividades públicas no âmbito da economia só se justifica, pois, onde os particulares não possam ou não queiram intervir (BASTOS, 2003, p. 120).

¹⁰⁵ (GRAU, 2012, p. 88).

Para Brazuna,¹⁰⁶ as intervenções do Estado, no domínio econômico pode se dar por absorção, por participação, por direção e por indução elencando os artigos do texto constitucional que caracterizam esses tipos de intervenção.¹⁰⁷

Na sequência de classificação da forma de intervenção estatal na economia temos a estabelecida por Shoueri que classifica a intervenção econômica do Estado como sendo pelo modo direto e indireto. Para ele, a intervenção direta se dá quando o Estado assume características de Estado Empresário, sendo a “forma de intervenção que faz do Estado um agente econômico principal, no mesmo nível do agente econômico privado”¹⁰⁸, atuando de forma direta no caso específico do Art. 173 da Constituição Federal, quais sejam: imperativo de segurança nacional e relevante interesse coletivo, conforme definido em lei.

Moncada¹⁰⁹ ao se referir as formas de intervenção, conceitua a direta como sendo aquela na qual o Estado aparece no mesmo nível do agente econômico privado. Esse modelo de intervenção apenas se adequa a um Estado intervencionista que consiste na "atuação do Estado Empresário" que Grau¹¹⁰ denominou de "Intervenção no Domínio Econômico", na espécie por absorção.

Com relação à intervenção de forma indireta, Moncada¹¹¹ a define como a modalidade de intervenção na qual “o Estado não se comporta como sujeito econômico, não tomando parte ativa e direta no processo econômico. Trata-se de uma intervenção exterior, de enquadramento e de orientação que se manifesta em estímulos ou limitações, de várias ordens, à atividade das empresas”. Essa intervenção indireta, de acordo com o previsto no Art. 174, *caput*, constitui-se na capacidade do Estado atuar como agente normativo e regulador da atividade econômica¹¹²:

¹⁰⁶ (BRAZUNA, 2009, p. 38-40).

¹⁰⁷ Intervenção por absorção, as hipóteses previstas nos Artigos 21, incisos. XI, XII e XXII, 25, § 2º, 175, § 1º, 220, § 6º, asseveram que o Estado pode assumir atividades econômicas em sentido estrito, atuando inclusive em regime de monopólio; (ii) intervenção por participação, conforme previsto no artigo 173, *caput*, podendo exercer atividade econômica em regime de competição com empresas privadas; (iii) intervenção por direção, como no caso do Artigo 173, § 4º, ou da imposição de restrições à propaganda comercial de determinados tipos de produtos (Artigo 220, § 4º); e (iv) intervenção por indução, como o apoio a empresas que investirem em pesquisa e tecnologia (Artigo 218, § 4º), a progressividade de impostos para promoção da função social da propriedade (artigos 153, § 4º, inc. I, e 182, § 4º, inc. H) ou a possibilidade de tratamentos diferenciado para produtos e serviços em prol do meio ambiente (Artigo 170, inc. VI). (BRAZUNA, 2009, p. 38-40).

¹⁰⁸ (SCHOUERI, 2005, p. 41).

¹⁰⁹ (apud SCHOUERI, 2005, p. 42).

¹¹⁰ (GRAU, 2012, p. 88).

¹¹¹ (apud SCHOUERI, 2005, p. 42).

¹¹² A Constituição da República Federativa do Brasil, no Art. 174 assevera que como agente normativo e regulador da economia, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

Na classificação proposta por Tavares¹¹³ tem-se a intervenção de forma direta e indireta do Estado na economia. Explica o autor que ao se referir à intervenção direta, a Constituição trata-a como exploração da atividade econômica pelo Estado e, ao se referir à intervenção indireta, toma o Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica.

Na modalidade de intervenção indireta, o Estado assume a postura de agente regulador quando regulamenta normas de atividades econômicas, a serem desenvolvidas pelos particulares e assume a condição de agente arrecadador, ao cobrar tributos, concedendo benefícios fiscais e subsídios. Na forma direta de intervenção, o Estado passa a assumir atividades próprias dos entes privados, participando da economia como produtor de bens ou serviços ao lado dos particulares, estando diante da atuação do Estado, enquanto agente econômico¹¹⁴.

Na classificação do Estado enquanto interventor indireto e/ou por direção, o Estado surge ditando as normas referentes à atuação na seara da economia, trazendo normas obrigatórias especificamente para que as empresas as sigam. Schoueri (2005), analisando o Art. 174 da Constituição, classifica como forma de intervenção por regulação a atuação do Estado quando atua regulando e fiscalizando as atividades dos agentes econômicos privados. Com efeito, a Constituição Federal, no Art. 174, vê no Estado um "agente normativo e regulador da atividade econômica".

Trata-se, neste âmbito, do exercício das funções de fiscalização, incentivo e planejamento, essa última apenas indicativa para o setor privado. A noção de *agente normativo e regulador* é que dá supedâneo, tanto à competência para baixar normas, quanto para intervenções reguladoras no sentido de evitar/corrigir distorções no comportamento do mercado por meio de imposições de ordem técnica.¹¹⁵

Ainda no contexto de classificações das diversas maneiras e formas de intervenção no domínio econômico, pode ser visto a apresentada por Moreira Neto¹¹⁶ que assim as classifica: intervenção por regulação, intervenção através da atuação concorrencial,

¹¹³ (TAVARES, 2003, p. 57).

¹¹⁴ (TAVARES, 2003, p. 299).

¹¹⁵ José Afonso da Silva, no Curso de Direito Constitucional Positivo, esclarece que [...] embora capitalista, a ordem econômica dá prioridade aos valores do trabalho humano sobre todos os demais valores da economia de mercado orientando a intervenção do Estado na economia, a fim de fazer valer os valores sociais do trabalho que, ao lado da iniciativa privada, constituem o fundamento da ordem econômica e da própria República Federativa do Brasil (SILVA, 2003, p. 766).

¹¹⁶ (TAVARES, 2003, p. 99).

intervenção por meio de monopólios e intervenção através de sanções. Percebe-se na classificação apresentada por Moreira Neto uma das formas de intervenção que se exercida em desacordo com os ditames do princípio da livre concorrência é capaz de causar distorções e tratamento desigual.

Na modalidade de intervenção através de sanções pode-se encontrar o Estado impondo ao ente privado um comportamento de acordo com os preceitos constitucionais e na inobservância desses, aplicando sanções que, dependendo da complexidade do ato violado, pode chegar a causar a própria vedação à atuação do ente privado.

Machado Segundo¹¹⁷ verifica no modo de intervenção indireta a atuação do Estado, fiscalizando com o fim de exercer o controle da juridicidade do exercício econômico pelos particulares. Por meio desta função, tem-se o exercício de fiscalização dos agentes econômicos, do empresariado, de modo a perceber se há adequação entre estas e as normas jurídicas que regem a ordem econômica. A fiscalização, na análise de Tavares¹¹⁸ traduz a idéia de "acompanhamento", com a verificação da observância das normas cabíveis.

O Estado, na "fiscalização", observa a atividade econômica em geral e em particular. Vigiando-as; examina o pleno exercício da atividade empresarial, confrontando-a com os princípios da ordem econômica para verificar a presença de distorções e corrigi-las.

A função de fiscalização exercida pelo Estado representa a manifestação do poder de comando que tem por fim observar, censurar e, no caso da presença de abusos à ordem econômica, interditar, sem com isso ferir as normas legais limitadoras do poder de atuação do Estado.

No contexto sócio econômico, filiados à idéia de Estado Capitalista, a função fiscalizadora do Estado excede as normas que regulam à ordem econômica, ao aplicar sanções; nesse caso as sanções não são meramente tributárias, mas parte de uma espécie de sanção que se caracteriza pela inobservância do princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, tornando-as excessivas, o que demonstra uma forma de intervenção indireta capaz de gerar prejuízos à economia do Estado e violar a Constituição Federal de 1988.

Essa forma de intervenção por meio de sanções pode se encontrar o Estado impondo ao ente privado a execução de suas atividades por meio de um comportamento condizente

¹¹⁷ (MACHADO SEGUNDO, 2009).

¹¹⁸ (TAVARES, 2003, p. 299).

com os preceitos constitucionais. A inobservância desses, dependendo do grau e da complexidade do ato violado, pode resultar inclusive na vedação das atividades empresariais.

Nesse sentido, para se atingir os fins propostos e se chegar a resposta ao problema apresentado, tem-se, na modalidade de intervenção indireta ou por direção, a que se enquadra na atuação do Estado regulando as ações dos agentes econômicos privados, aplicando sanções que, em determinados casos, chegam a ser excessivas, capazes de violar a livre concorrência.

Abre-se, com isso, a discussão sobre qual o limite legal para o Estado intervir na ordem econômica. Percebe-se que a própria constituição se preocupou em regrar essa força coercitiva do Estado diante do agente econômico privado, como bem obtempera Silva¹¹⁹ ao dizer que o Estado só intervirá para garantir a livre iniciativa e coibir os abusos à livre concorrência, nos termos propostos no texto do Art. 170 da Constituição. Agindo de forma contrária, estará o Estado ferindo preceitos constitucionais e gerando as distorções na ordem econômica, que são oriundas de ações fora dos limites propostos pela Carta Magna de 1988. A seguir, adentramos na análise dos fundamentos legais e limites dessa intervenção estatal na economia do Estado.

3.2 OS FUNDAMENTOS LEGAIS E LIMITES DA INTERVENÇÃO ESTATAL NA ORDEM ECONÔMICA

As reformas ocorridas nos meados do século XIX, principalmente em relação às políticas de Estado, geraram mudanças na burguesia, tornando-a mais flexível, fato que se deu pós Revolução Russa de 1917 e a crise econômica das décadas de 20 e 30 do sec. XX, como sendo desencadeadoras das reformas do Estado, permitindo que este passasse a intervir na ordem econômica e social na busca do desenvolvimento e do equilíbrio do mercado que se encontrava diante de uma crise gerada pela ausência de controles e que desencadeou o excesso de liberdade de mercado.

No período marcado pela Revolução Industrial observada em meados do século XIX, na Europa e nos Estados Unidos, viram-se os marcos essenciais para que o Estado passasse a intervir nos domínios econômicos e social, mesmo não havendo previsão constitucional para efetivação dessas ações.

¹¹⁹ (SILVA, 2003, p. 764).

Observadas a partir da mudança de concepção dos limites da eficiência do trabalho, as modificações sociopolíticas estavam restritas a uma minoria detentora do controle econômico e foram o marco da mudança de postura do Estado perante a economia. Essas modificações se relacionavam com os limites do desenvolvimento econômico, proposto pelo próprio mercado, e seguiam as lições filosóficas que defendiam que quanto mais livre o mercado melhor seriam os resultados econômicos.

Seguindo essa concepção das mudanças de paradigmas da sociedade, como também das classes trabalhadoras que exerciam forte influência no desenvolvimento econômico e social, responsáveis pelas revoluções ocorridas em meados do Século XIX, aliados aos movimentos em busca da constitucionalização da intervenção do Estado na ordem social e econômica, Canotilho¹²⁰ defende que a via é insistir não na defesa do livre desenvolvimento da personalidade, ancorado na propriedade, contra as intervenções estatais, mas definir os contornos do "livre desenvolvimento da personalidade", assentado nas próprias prestações estaduais.

Silva¹²¹ ao se pronunciar quanto aos movimentos pro intervenção na ordem econômica, por parte do ente público, expôs que, em primeiro lugar, significa que a Constituição consagra uma economia de mercado, de natureza capitalista, pois a iniciativa privada é um princípio básico da ordem capitalista. Em segundo lugar, significa que, embora capitalista, a ordem econômica dá prioridade aos valores do trabalho humano sobre todos os demais valores da economia de mercado. Conquanto se trate de declaração de princípio, essa prioridade tem o sentido de orientar a intervenção do Estado na economia, a fim de fazer valer os valores sociais do trabalho que, ao lado da iniciativa privada, constituem o fundamento não só da ordem econômica, mas da própria República Federativa do Brasil.

Portanto, tais declarações tem o sentido de orientar a intervenção do Estado na economia, a fim de fazer valer os valores de cunho eminentemente social, justificando a necessidade de valorização do trabalho humano, mesmo estando diante de mudanças de modelo de Estado Liberal para Estado Capitalista, o qual está fundado na iniciativa privada e na busca do lucro.¹²²

¹²⁰ (CANOTILHO, 1993, p. 393).

¹²¹ (SILVA, 2003, p. 764).

¹²² Streck e Morais (2012, p. 59) assim se posicionam em relação ao intervencionismo estatal: "Evidentemente que isso trouxe reflexos que se expressaram nos movimentos socialistas e em uma mudança de atitude por parte do poder público, que vai se expressar em ações interventivas sobre e no domínio econômico, bem como em práticas até então tidas como próprias da iniciativa privada, o que se dá, por uma lado, para mitigar as

A intervenção do Estado no domínio jurídico e econômico passou a ser questionada, quanto ao seu papel e quanto ao futuro numa economia de mercado, a partir das mudanças ocorridas na sociedade burguesa que não concebiam mais uma economia totalmente sem controle.

O Brasil, desde os períodos da colonização, utilizou-se da forma de intervenção, quando se insurgia, participando do capital das empresas privadas, detendo a maior parcela desse capital, o que tornava essas empresas estatais.

O processo de transição do Estado Liberal Clássico para o Estado Social, ou intervencionista, veio afirmar a tendência da sociedade a um novo modelo de Estado Capitalistas, assentado no princípio da propriedade privada e dos bens de produção, na liberdade de contratar e, conseqüentemente, na liberdade de iniciativa dentro da ordem econômica.

A liberdade de iniciativa econômica significava garantia, para os proprietários, da possibilidade de usar e trocar seus bens, afirmando a garantia da autonomia jurídica, garantia de desenvolver livremente a atividade escolhida e de regular suas relações, sem a intervenção do Estado. Todavia não se tratava de uma liberdade de caráter absoluto, mas de uma liberdade regulamentada, ou seja, liberdade de desenvolvimento da empresa no quadro estabelecido pelo poder público, que somente é legítima enquanto exercida no interesse da justiça social.

O Liberalismo Clássico, por sua vez, preceitua uma sociedade caracterizada pela livre iniciativa, na qual o Estado não deve exercer nem funções industriais, nem funções comerciais e não deve intervir nas relações econômicas que existem ou venham a existir entre os indivíduos, classes ou nações. Para esse modelo, o Estado deve limitar suas ações à esfera policial, judiciária e militar.

O liberalismo econômico tem como postulados principais a livre iniciativa e a livre concorrência, em princípio, sem qualquer interferência do Estado. Os fisiocratas propunham um sistema de economia livre, menos protecionista e intervencionista, eliminando o intervencionismo, rompendo as barreiras alfandegárias e estimulando, por fim, o comércio e a circulação de riquezas entre os demais Estados.

conseqüências nefastas e, por outro, para garantir a continuidade do mercado ameaçado pelo capitalismo financeiro [...].

Adam Smith¹²³, precursor da Escola Clássica, defendia que cada um seria livre para competir com o outro, desde que não violasse as leis. Pregava uma economia livre com a eliminação de todas as restrições, exceto dos impostos sobre os rendimentos privados, pois o governo só interviria no crescimento econômico para garantir um sistema de justiça.

Percebe-se que o contexto no qual se iniciou o processo de intervenção do Estado na ordem econômica esta diretamente associado às necessidades de mudanças da sociedade, principalmente dos trabalhadores, que eram explorados, considerando a liberdade concedida aos empresários no contexto do Estado que saia do Estado Liberal para um Estado Capitalista, o que justificava a necessidade de regulação como meio de se manter o equilíbrio entre as classes.

Para se conceber a necessidade da intervenção do Estado, Tavares¹²⁴ (2003) vê no fundamento do liberalismo o absoluto respeito às liberdades individuais, sem a atuação do Estado, garantindo a liberdade individual considerada como indispensável ao homem na busca de suas realizações pessoais, em um momento econômico no qual o objetivo do Estado era o pleno desfrute da igualdade e das liberdades individuais frente ao Estado, desencadeando excessos pela ausência de controles.

O declínio do Estado liberal foi um dos marcos da intervenção que segundo Tosi¹²⁵ *“scoppió La crisi mondiale (1929) La quale si differenzia dalle precedenti, non solo per La sua grandiosità e durata, ma anche perché documenta La incapacità Del sistema econômico liberale a ristabilire l’equilibrio com quella automaticità che si riteneva costituisse il suo pregio fondamentale”*.

O Estado Liberal Clássico entrou em declínio, porque práticas intervencionistas passaram a ser adotadas, consideradas não só necessárias, mas igualmente legítimas como mecanismo de controle aos excessos do setor privado e, nesse contexto, anotou que a intervenção do Estado se justificava sempre que houvesse necessidade de acautelar o interesse coletivo, o qual não poderia ser sacrificado em hipótese alguma, por mais importante que fosse o interesse individual que estivesse em jogo¹²⁶.

¹²³ (SMITH, 1988, p. 99).

¹²⁴(TAVARES, 2003, p. 108).

¹²⁵ (apud TAVARES, 2003, p. 110).

¹²⁶ Sobre essa situação, Tavares (2003, p. 110) assim se posiciona: Quando o objeto da exploração de uma companhia particular interessar fundamentalmente à sociedade, de forma que a interrupção do serviço altere radicalmente as condições de vida, ponha em perigo a ordem pública ou perturbe as relações econômicas, a intervenção do poder público se me afigura um dever não somente para evitar a interrupção do serviço, como também para acautelar devidamente os interesses dos respectivos operários.

Tavares assevera que no Brasil, a intervenção do Estado no domínio econômico se deu durante o período de 1891, mas precisamente durante as crises econômicas cafeeiras, período em que se pode observar a concessão de privilégios pelo Estado. No Brasil, as medidas iniciais indiciárias do intervencionismo ocorreram por conta do café e dos conhecidos privilégios (estatais) que o setor obteve.

As iniciativas inaugurais do governo federal na atuação intervencionista estavam contextualizadas na chamada “economia de guerra”. Quanto a essa questão, Venâncio Filho¹²⁷ pondera que as repercussões da 1ª Guerra Mundial, desequilibrando de forma ponderável a vida econômica do País, levaram também o Estado a intervir na vida econômica, na base de novas normas legais, como foi o caso em 1918 da criação do Comissariado de Alimentação Pública (Decreto 13.069, de 12 de junho de 1918).

Percebe-se que o processo de mudança do Estado no âmbito do setor econômico foi fruto de uma evolução histórica que teve suas origens no Brasil a partir da Constituição Imperial de 1824 que implantou a ideia do valor do homem decorrente da sua inserção na natureza. Nesse mesmo contexto, as ideias liberais, que eram fundadas na defesa da liberdade tanto política como econômica, desconsiderou a situação do indivíduo na sociedade.

As constituições brasileiras de 1824 e a de 1891 determinavam o princípio da propriedade individual dos bens de produção. Esses princípios estavam estampados no Art. 7º. da Constituição de 1824, permanecendo na Constituição de 1891. Por meio dele, o Estado passou a exercer a função de garantidor do mercado.¹²⁸

A Constituição brasileira de 1934 foi a primeira a trazer disposições sobre a organização da economia, sob a influência da Constituição de Weimar, trazendo em seu texto as ideias de uma nova postura do Estado dentro da ordem liberal, instituindo um título referente a chamada “ordem econômica e social”, em conformidade com os princípios da justiça e com as necessidades da vida nacional, cujo limite foi o de possibilitar a todos uma vida digna não se afastando da garantia de liberdade econômica, agora com restrições à ordem social.

A expressão *Intervenção do Estado no Domínio Econômico*, apenas foi trazida pela constituição de 1937, que também previu, além do fomento, o aspecto negativo através da previsão de punição, instituindo “os crimes contra a economia popular”. A partir dos artigos

¹²⁷ (apud TAVARES, 2003, p. 111).

¹²⁸ (FONSECA, 2005, p. 115).

141 e 142 da Constituição de 1937, propiciou-se o surgimento das primeiras leis nacionais de proteção à liberdade de concorrência¹²⁹.

Nesse período, marcado pelo golpe de Estado do então Presidente Getúlio Vargas, inseriu-se ao texto constitucional inúmeros artigos dedicados à ordem econômica que, inseridos com caráter ditatorial e a intervenção do Estado no domínio econômico, só se legitimaram para suprir as deficiências da iniciativa individual e coordenar os fatores de produção, evidenciando os interesses da Nação, representados pelo Estado.

A constituição de 1946, já do período pós-guerra, traz o alicerce da ordem econômica neoliberal, em consonância com os princípios básicos do liberalismo político e econômico, através da liberdade de iniciativa e da valorização do trabalho humano, na nova postura do Estado perante o fenômeno econômico.

Viu-se, nesse período, o restabelecimento do sistema proposto na constituição de 1934, de economia capitalista de mercado, sem se afastar das hipóteses intervencionistas. A Constituição de 1946¹³⁰ inspirou-se na técnica da democracia social weimariana e, nesse período, viu-se positivado a proteção dos direitos sociais e econômicos, o que está expresso no capítulo II da Constituição.

Contrário ao que se viu na Constituição de 1937 que procurava reprimir os “*crimes contra a economia popular*”, no texto da Constituição de 1946, no seu Artigo 148 inscreveu-se a intervenção no domínio econômico¹³¹. Esse mesmo texto colocou limites à intervenção, quando determinava que esta deveria ater-se a objetivar o interesse público sem ferir os direitos fundamentais que a própria Constituição garantia em seu Artigo 146.

A Constituição de 1967 traz a intervenção do Estado dentro de uma nova perspectiva, o desenvolvimento econômico, mantendo-se fiel aos princípios fundamentais do ordenamento econômico proposto na Constituição de 1946, que permitiu ao Estado a instituição de monopólios por motivo de segurança nacional ou para organizar setor que se mostrasse ineficiente dentro do regime de competição e de livre iniciativa.

Como mecanismo de preservação do poder intervencionista do Estado, o texto autorizava a União a “instituir contribuições destinadas ao custeio dos respectivos serviços e

¹²⁹ (FONSECA, 2005, p. 117).

¹³⁰ (TAVARES, 2003, p. 117).

¹³¹ O Art. 148 da Constituição de 1946 trazia o seguinte texto: “a lei reprimirá a toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, seja qual for a sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros”.

encargos, na forma que a lei estabelecer (§ 9º. Do art. 157)".¹³² A liberdade de iniciativa atrelada à liberdade de concorrência assegurava as empresas privadas a organizar e explorar as atividades econômicas, com o estímulo e apoio do Estado.

A Emenda Constitucional de 1969 trouxe nova redação ao texto de 1967, na qual a expressão “desenvolvimento econômico” foi trocada por “desenvolvimento nacional”. Não havia, no texto formal da emenda, conotação intervencionista ampla, na observação de Oscar Dias Corrêa.¹³³

Não se haveria de admitir, no sistema dessa Constituição, como ponderou Martins¹³⁴, a possibilidade de intervenção estatal por meio de plano econômico que congelaria preços. O modelo de intervenção amplo e irrestrito da época confrontava com o próprio texto constitucional da época, que não era centralizador ou planejador da economia.

A constituição de 1988 disseminou uma nova fundamentação ideológica para a intervenção do Estado na economia, com influência das constituições de Portugal e Espanha. No seu Art. 173, deduz-se que, a exploração direta da atividade econômica pelo Estado passa a ser uma exceção, quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou relevante ao interesse coletivo.

A Constituição de 1988 trouxe uma evolução no processo de controle e busca do desenvolvimento econômico. Os Artigos 145 e 162 aparecem como os consagradores do processo de intervenção estatal na economia e Bercovici afirma que somente através desse processo se conseguiria desenvolver os setores do mercado que não eram de interesse do setor privado¹³⁵.

3.3 INTERVENÇÃO E LIVRE CONCORRÊNCIA

A autorização para o Estado intervir na economia nasce da própria necessidade de crescimento do setor econômico. Fato este que se pode observar com as crises ocorridas no

¹³² (TAVARES, 2003, p. 124)) Art. 157 - A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios: § 9º - Para atender à intervenção no domínio econômico, de que trata o parágrafo anterior, poderá a União instituir contribuições destinadas ao custeio dos respectivos serviços e encargos, na forma que a Lei estabelecer.

¹³³ Com efeito, enquanto o texto de 1969 era de tessitura neoliberal, a realidade, comandada pelo Estado, era intervencionista, estatizante, e levava a um predomínio incontestável de sua atuação, em todos os campos, contrariamente ao espírito e à letra do texto. Isso porque, pelo Art. 170 da EC n. 1/69, as atividades econômicas competiam, preferencialmente, às empresas privadas e só em caráter complementar o Estado organizaria e exploraria diretamente a atividade econômica.

¹³⁴ (apud TAVARES, 2003, p. 126).

¹³⁵ (BERCOVICI, 2005, p. 24-25).

Estado Liberal que levou a própria classe burguesa a um estado de total descontrole da economia e da livre concorrência.

As crises ocorridas após a II Grande Guerra trouxe ao cenário econômico discussões no viés das ações que favorecessem o desenvolvimento econômico, das quais comparam-se as ocorridas após a publicação da obra de Adam Smith sobre a Natureza e Causas da Riqueza das Nações.¹³⁶

Para se garantir o bem-estar social que se traduz em *lasser fair* e o desenvolvimento econômico, a figura do Estado torna-se imprescindível à existência do mercado, através das ações de controle aos desmandos do setor privado, próprios do Estado Liberal e que são capazes de evitar a concentração da economia. Elali¹³⁷ vê isso como sendo o Estado adotando uma nova postura em relação à liberdade dos agentes econômicos, na condição de Estado regulador - aquele que garante a liberdade através de sua própria regulação, fazendo-se imprescindível à adequação das estruturas do Estado, para garantir a livre iniciativa e a livre concorrência dos agentes econômicos.

Tem-se no princípio da livre concorrência uma forma de garantir a eficiência e a conformação da ordem econômica, contrapondo-se a outros princípios constitucionais. É nessa linha que é interpretada a exigência constitucional de repressão ao abuso de poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

A intervenção resume-se na imposição imperativa, presumida como eficiente, para reger as relações das sociedades pelo Estado jurisdicionada, o que Grau¹³⁸ define como sendo regulação, afastando a idéia de intervenção o simples fato do Estado atuar em área de sua própria jurisdição, classificando de intervenção quando o Estado atua em área de titularidade do Setor Privado. Esse autor deixa claro que o poder de intervir do Estado não é absoluto, estando os seus limites explícitos no texto da Constituição Federal¹³⁹.

Com a Constituição Federal de 1988, o neoliberalismo deixou de ser o regulador das ideias governamentistas, quando trouxe princípios protetores da livre iniciativa, fugindo da

¹³⁶ (GALBRAITH, 1962, p. 11).

¹³⁷ (ELALI, 2007, p. 103).

¹³⁸ (GRAU, 2012, p. 205).

¹³⁹ Nesse mesmo sentido expressa-se Figueiredo considerando que as balizas da intervenção serão, sempre e sempre, ditadas pela principiologia constitucional, pela declaração expressa dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, dentre eles a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. Qualquer interpretação sobre a devida ou indevida intervenção estatal deverá ser tirada a lume desses princípios e dos próprios fundamentos do Estado Democrático de Direito (TAVARES, 2003, p. 1090).

ideia de autorregulação do mercado que se mostrou ineficiente nas suas funções, dentro do Estado Liberal.

Contrário ao que se observou em meados do século XIX e século XX, o texto constitucional procurou declarar que o Estado brasileiro tem compromissos formalmente explicitados com os valores que nela se enunciam, obrigando que a ordem econômica e a social sejam articuladas de maneira a realizar os objetivos propostos na Carta Constitucional.

A livre iniciativa está contida no Art. 170 da CF/88 como fundamento da ordem econômica, devendo ser protegido e garantido pelo Estado. Isso significa que não foi albergado à administração pública o poder de reter em suas mãos o direito ao desempenho da atividade econômica por parte do particular, não podendo o Estado impor a esse atuação vinculada ao planejado para o setor público, mas apenas incentivar e atrair os particulares através da concessão de incentivos.

Pode-se afirmar que quando o Estado se reveste de um poder que não lhe foi outorgado e passa a interferir na ordem econômica, criando limitações à atuação do setor privado, ocorre uma forma de negação da livre concorrência, traduzindo em manifesta supressão da liberdade de iniciativa, convertida, por tal meio, em autêntico privilégio desfrutável por alguns.¹⁴⁰ Assim, o legislador ordinário não pode utilizar-se de leis ordinárias contrárias à própria constituição para impor ou mesmo coibir a liberdade de iniciativa do ente privado. Nesse sentido, Mello¹⁴¹ resume a problemática ao dispor que: “[...] não é uma autorização para que o legislador ordinário, em tema de livre iniciativa e de livre concorrência, possa sobrepor sua orientação à orientação constitucional”. Continua o autor dizendo que isso seria o mesmo que construir uma fortaleza e colocar nela portas de papelão.

O princípio estatuído no Art. 170, IV, relativo à livre concorrência, assevera que é dever do Estado repelir o uso incorreto do poder econômico, casos em que se observam atuação de modo gravoso para os princípios da ordem econômica. Encontra-se no texto do Art. 173, § 4º da Constituição a proteção aos abusos na ordem econômica. Essas premissas são aplicadas pela Lei 8.884 de 11/06/1994 e pela Lei 11.694, que transformam o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, criado pela Lei 4.137, de 10.09.1962, a se

¹⁴⁰Na análise de Bonfim, os limites à intervenção estatal são todos ofertados pela própria Constituição da República que, a despeito de permitir tal tipo de ingerência, cria barreiras objetivas à estatização do domínio econômico, reservados aos particulares (BONFIM, 2011, p. 96).

¹⁴¹(MELLO, 2008, p. 190).

constituir em uma autarquia, vinculada ao Ministério da Justiça. Aí também se dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica.

Tendo sido revogado os dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994 e da Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999, entra em vigor a Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.

Machado¹⁴² faz referência a impossibilidade da autoridade fiscal impor, a qualquer cidadão brasileiro, ou residente no Brasil, a proibição de constituir sociedade, mesmo para atuar em área que pessoas físicas atuam, sem causar qualquer violação ao Art. 170, parágrafo único¹⁴³, da Constituição Federal.

Apesar de ser um princípio garantidor da liberdade de iniciativa, capaz de promover o desenvolvimento econômico pela atuação do indivíduo no mercado, produzindo riquezas e gerando aumento da arrecadação de tributos por parte do Estado, vê-se o fisco invocando tal princípio para justificar o cerceamento do direito de continuidade de atividades empresariais.

Tal ação se justifica pelo fato do contribuinte encontrar-se inadimplente com o Estado, não cumprindo com as obrigações principais como pagar tributos e, por consequência com as acessórias, como prestar informações ao Estado. Isso demonstra o caráter ditatorial do Estado, violando princípios e levando o indivíduo a invocar o poder judiciário para equilibrar a relação de hipossuficiência do cidadão diante do todo-poderoso Estado. Vê-se nessa atuação do Estado uma forma de intervenção, no sentido de que seus atos influenciaram o setor econômico e causaram distorções capazes de levar a um desequilíbrio concorrencial.

O CADE é o sujeito que, na esfera administrativa, tem a função de julgar as infrações à ordem econômica e aplicar as penalidades previstas em lei. A própria lei que regula as ações do CADE traz a classificação do que venha a ser infração a ordem econômica¹⁴⁴.

¹⁴² (MACHADO, 2004, p. 235).

¹⁴³ **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: [...] **Parágrafo único** - É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

¹⁴⁴ No que Mello elenca como sendo os atos que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos: I – limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; II – dominar mercado relevante de bens ou serviços, ressalvando-se que como tal não se caracteriza a conquista de mercado decorrente de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores; III – aumentar arbitrariamente os lucros; IV – exercer de forma abusiva posição dominante, (a detenção do controle

Sendo atribuído a um órgão da Administração Pública o poder fiscalizador das ações do ente privado e observado os abusos, cabe a esse mesmo órgão definir as sanções cabíveis com o fim de coibir os abusos à ordem econômica. Na seara tributária, os excessos cometidos pelos entes privados dão ao Estado o poder de aplicar sanções, nesse caso, sanções administrativas, mesmo diante da relevância da análise das sanções tributárias¹⁴⁵.

Nesse momento do trabalho, deixaremos de adentrar nas especificidades e seguiremos para a análise das sanções políticas, por entender ser essencial à conclusão da temática proposta. Na seqüência, faz-se mister compreender o contexto histórico de sanção política, sua natureza jurídica, conceito e análise da aplicação por parte do Estado dessas sanções em caso concreto.

3.4 LIMITES CONSTITUCIONAIS AO PODER DE TRIBUTAR DO ESTADO

O Estado Brasileiro constitui-se como entidade soberana¹⁴⁶ e desta soberania decorre sua vontade de ser superior às vontades individuais, criando uma relação de poder entre a nação soberana e o povo. Depreende-se com isso que o Estado, em sua necessidade de cumprir as determinações constitucionais e exercer seu liame administrativo, necessita captar fundos, recursos financeiros, para o fiel cumprimento de suas metas administrativas.

Assim, no exercício de sua soberania o Estado implementa políticas fiscais que têm como fim adquirir os recursos de que necessita para poder programar e realizar as políticas públicas no âmbito social: saúde, educação, lazer, segurança pública, etc., pois, não tem como manter a nação sozinho.

Sendo o Estado formado por indivíduos, é destes enquanto contribuintes, que vem o respaldo financeiro, com o objetivo de fazer a máquina pública trabalhar em prol da coletividade. Logo, se é a coletividade dona dessa grande máquina, é ela a responsável

de parcela substancial de mercado relevante por parte de empresa ou grupo de empresas, na qualidade de fornecedor, intermediário, adquirente ou financiador de um produto, serviço ou tecnologia a ele relativa (MELLO, 2008, p. 200).

¹⁴⁵ Para uma melhor compreensão do instituto das sanções tributárias, confirmam-se as obras: Das Sanções Tributárias, Ives Gandra da Silva Martins, Ed. Saraiva, 2. ed. 1998; Sanções Tributárias, Leon Frejda Szklarowsky, Caderno de Pesquisas Tributária, n. 04, São Paulo, 1979 ; Sanções Tributárias, Caderno de pesquisas tributárias, vol. 4, coordenador Ives Gandra da Silva Martins.

¹⁴⁶ O Art. 1º da Constituição Federal traz à soberania como fundamento do Estado Democrático de Direito: Art. 1º: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito.

financeira, a quem compete injetar capital para que o Estado possa desempenhar seu papel. A forma que o Estado encontrou para arrecadar recursos financeiros foi através da exigência de tributos para toda a coletividade, denominando-os contribuintes.

Deve-se aclarar que não se trata de qualquer tributo, mas tão somente os criados por lei, como é o caso dos impostos, das taxas, das contribuições de melhoria, dos empréstimos compulsórios e das contribuições especiais (Art. 149, 149-A da CF e Art. 5º do CTN).

Da mesma forma que é a lei quem dispõe sobre os tributos, é essa mesma quem impõe o limite à tributação (Artigos. 150 151, e 152 da CF/88 e Artigos. 6º e 9º do CTN - Das limitações do poder de tributar), dizendo a quem pagar e como pagar, quando pagar e quanto pagar (Art. 162 do CTN).

A Constituição proíbe a arrecadação de tributos com fins confiscatórios, tendo por preceito a finalidade de evitar que o Estado invada o patrimônio do particular de forma ilimitada para a percepção da exação fiscal, posto que o poder de tributar do ente público não é absoluto e o regramento constitucional impede o exercício arbitrário da tributação.

As limitações ao poder de tributar¹⁴⁷ podem apresentar características de vedações ou proibições que se traduzem em imunidades constitucionais na esteira da proteção dos direitos e garantias individuais ou podem apresentar-se como limitações da competência tributária entre as diversas pessoas jurídicas de direito público (União, Estados, Distrito Federal e Municípios). Essas limitações advêm dos princípios e das imunidades constitucionais tributárias disciplinadas nos Artigos 150, 151 e 152 da Constituição brasileira de 1988, os quais buscam tratar com isonomia o contribuinte, impedindo a cobrança de tributos não instituídos por lei, bem como sua majoração e proibindo a retroatividade de lei instituidora ou majoradora de tributos nas relações passadas.

Partindo-se dessas premissas, faz-se necessário um rápido percurso pelos princípios constitucionais tributários relacionados à temática objeto dessa pesquisa “Sanções Políticas como mecanismo de intervenção do Estado na ordem econômica e tributária”, para se compreender as limitações impostas ao Estado, na ordem econômica instituída na Constituição de 1988, para intervir nas relações econômicas, face aos contribuintes, pessoas físicas ou jurídicas.

¹⁴⁷ Sobre o Poder de Tributar do Estado, consultar a obra de Roque Carrazza (2012), “Curso de Direito Constitucional Tributário”, cap. VII. Entre a doutrina portuguesa, destaca-se a obra de Nabais (2009), “O dever fundamental de pagar impostos”, especialmente o capítulo III – O Poder Tributário.

4 TRIBUTAÇÃO E SANÇÕES POLÍTICAS

O estudo do Direito, sem atribuir especificidade à área em que se apliquem análises conceituais e hermenêuticas, visa, prioritariamente, a garantir uma exegese adequada do que se deverá extrair da lei e o que ela realmente deseja expressar diante da vontade do legislador e, principalmente, da efetiva, mas discreta, manifestação de vontade da sociedade.

Aqueles que se dedicam à análise da lei e sua justa aplicação, deve se pautar na busca da melhor interpretação, por meio de silogismo. Torna justa e proporcional a aplicação da lei ao caso concreto, assegurando uma atuação exemplar, quando se pauta na estabilidade das relações sociais de Direito e se observa a judicialização, diante das intervenções e exame de licitude do Poder Judiciário.

Seguindo o caminho que se perfaz o objeto da pesquisa hipotética, na ausência do caso concreto, segue os fundamentos que se reporta à aplicação da justiça no caso concreto. Não deixando de lado o contexto em que a relação jurídica esta inserida. Visando a alcançar a efetividade do tema na área tributária, reporta-se, neste trabalho, à apresentação de alguns princípios constitucionais e tributários e a algumas normas maiores que se apresentam relevantes ao estudo do Direito Tributário.

4.1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E TRIBUTÁRIOS

Como no capítulo 2, item 2.3 discutiu-se o conceito de princípios, decidiu-se neste item restringir-se à apresentação e discussão dos Princípios Constitucionais e Tributários.

4.1.1 Princípio da legalidade ou Princípio da Reserva Legal

O Princípio da Legalidade, também denominado de Princípio da Reserva Legal¹⁴⁸, tem sua origem instada nos tempos do surgimento do Estado de Direito, diferentemente do

¹⁴⁸ Nesse sentido, como forma de aprofundar-se nos conceitos de princípio, exemplificativamente sugere-se as obras: Ataliba(2005); Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos de Ávila(2011) e Sistema Constitucional Tributário de Humberto Ávila(2004).

modelo anterior em que a tributação se dava pelas mãos do soberano de forma tirânica e desmedida.¹⁴⁹

No contexto histórico de legalização das medidas tributárias, o Princípio da Legalidade passou por diversas fases. Em um primeiro momento, viu-se o princípio do consentimento antecipado dos tributos pelos súditos, que era um consentimento individual; em um segundo momento, instituiu-se o consentimento coletivo, estando presente a representação do povo, escolhida pelo povo responsável por votarem sobre solução de gravames fiscais.

No reinado de João Sem Terra, na Inglaterra, aparece a primeira concepção de estatuto de tutela dos direitos dos contribuintes, com o fim de proteger os barões e os cidadãos das exigências tributárias extorsivas, praticadas pelo soberano que não pôde se esquivar às mudanças, tendo que aceitar o texto do estatuto que deu origem a primeira Constituição inglesa, a Magna Carta *Libertatum*.

A base histórico-constitucional do princípio da legalidade é a de que os tributos representam invasões do Poder Público nas riquezas dos particulares. Tais invasões só são concebíveis, dentro de um Estado de Direito, através do uso dos instrumentos legais, ou seja, a lei.¹⁵⁰

Da monarquia absoluta, em que o poder concentrava-se nas mãos de uma única pessoa, até o estágio de democracias, em que o poder é repartido entre os vários órgãos estatais autônomos, houve grandes reformas de cunho político e social. Nesse contexto, para harmonizar os preceitos do Estado Democrático de Direito no Brasil, o texto constitucional trouxe a divisão funcional dos poderes: o poder exercido pelo Estado, representado pelas pessoas políticas, através das funções legislativa, administrativa e jurisdicional, que é exercido respectivamente pelo Poder Legislativo, Executivo e Judiciário, cada um com atribuições e competências bem demarcadas na Constituição Federal. Esses poderes, independentes e harmônicos, têm atribuições típicas, criando entre eles, um sistema de equilíbrio e recíproco controle, garantidor da liberdade que se concretiza nos termos da própria norma constitucional.¹⁵¹

¹⁴⁹ O princípio da legalidade surgiu como herança da tradição europeia de reagir ao despotismo tributário que existia na antiguidade. (SIQUEIRA, 2001, p. 112).

¹⁵⁰ (JARACH, 1969, p. 94).

¹⁵¹ Montesquieu, em seu livro *O Espírito das Leis* demonstrou que o princípio da divisão dos poderes era o fundamento da liberdade política. (MONTESQUIEU apud CARRAZZA, 2012, p. 264).

O princípio da legalidade está disposto na Constituição Federal de 1988, Art. 5º, II, e estabelece que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Isso quer dizer que, o Estado não pode cobrar nenhum tipo de tributo sem que este esteja disciplinado ou previsto em lei.

A lei é o ato normativo primário, devendo seguir apenas os ditames constitucionais e ordenar a ordem jurídica, possibilitando a sociedade, através de seus representantes (os legisladores), autorregular-se, impondo normas que cercearão a liberdade e a propriedade de seus membros, em prol do bem comum.

No Estado de Direito, o povo encontrará na lei o primado sobre os atos normativos emanados dos demais poderes e limitará os poderes públicos, pela proibição do agir em desfavor das pessoas, o que Ataliba (1984) traduz em uma segurança ao cidadão e terceiros, submetidos à ordenação estatal¹⁵².

Nessa toada, depreende-se pela lógica, que o Estado tampouco pode exigir ou aumentar tributo sem que a lei assim estabeleça e esta previsão se encontra disciplinada no Art. 150, I da CF¹⁵³. Machado¹⁵⁴ esclarece que, antes mesmo de se falar de exigência ou aumento de tributo, para compreender o princípio da legalidade é importante ter presente o significado das palavras *lei* e *criar*. Para esse estudioso, criar um tributo é estabelecer todos os elementos de que se necessita para saber qual é a situação de fato que faz nascer o dever de pagar esse tributo, qual é o seu valor, quem deve pagar, quando e a quem deve ser pago e argumenta afirmando que os aspectos necessários a instituição do tributo necessitam estar contidos na norma instituidora.¹⁵⁵

Em síntese, para compreender o Princípio da Legalidade é necessário conhecer a lei e observar seus postulados, pois sempre será o mencionado dispositivo que irá designar e disciplinar sobre a tributação no país, dizendo como pagar, a quem pagar e quem vai pagar. Logo, estar-se-á diante da relação em que o Estado, figura como sujeito ativo/

¹⁵² Ataliba continua alegando que “isso se deve passar de tal maneira que jamais possam sobrevir surpresas, desigualdades e menos ainda arbitrariedades, contidas no bojo das leis”. (ATALIBA, 2005, p. 8-9).

¹⁵³ Art. 150, I da CF/88: “Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça”

¹⁵⁴ (MACHADO SEGUNDO, 2010, p. 37).

¹⁵⁵ Para Hugo de Brito Machado, a norma instituidora do tributo deve conter: a) a descrição do fato tributável; b) a definição da base de cálculo e da alíquota, ou outro critério a ser utilizado para o estabelecimento do valor do tributo; c) o critério para a identificação do sujeito passivo da obrigação tributária; d) o sujeito ativo da relação tributária, se for diverso da pessoa jurídica da qual a lei seja expressão de vontade (MACHADO SEGUNDO, 2010, p. 38).

credor/arrecadador e os demais como sujeitos passivos da obrigação em que o ato de exigir (cobrar) está adstrito à reserva legal.

Assim sendo, o tributo só pode ser criado por lei ordinária – casos em que pode haver utilização de Medida provisória - ou complementar (somente no caso de Empréstimos Compulsórios, do Imposto sobre Grandes Fortunas – IGF e dos Impostos ou Contribuições residuais – conforme os Artigos 148, 153, VII; 154, I e 195, § 4º da CF).

Porém, vale ressaltar que existe um princípio em direito denominado paralelismo das formas, o qual dispõe que se um instituto jurídico foi criado por meio de uma regra jurídica de determinada hierarquia, para promover sua alteração ou extinção é necessária a edição de um ato de hierarquia igual ou superior. Isso significa que se um tributo foi criado por lei ordinária, somente outra lei ordinária ou uma Emenda à Constituição poderá modificá-la ou extingui-la.

Noutra face o CTN em seu Art. 97 disciplina o conjunto de matérias submetidas à reserva legal¹⁵⁶. Assim, em princípio, como em toda regra há exceção, é de fundamental importância conhecer as matérias que não estão sujeitas ao princípio da legalidade, podendo, inclusive ser disciplinada por ato infralegal, por exemplo, um decreto presidencial¹⁵⁷.

Didaticamente, deve-se ater que há seis ressalvas ao princípio da legalidade tributária, dentre as quais, cinco são afetos a tributos federais – quatro impostos e uma contribuição interventiva – e uma, adstrita a tributo estadual (ICMS): II, IE, IPI, IOF, CIDE - Combustível e ICMS-Combustível.

De acordo com o Art. 153, § 1º, da CF, há quatro impostos federais que poderão ter suas alíquotas majoradas ou reduzidas por ato do Poder Executivo Federal, o que se dá comumente por decreto presidencial ou portaria do Ministro da Fazenda, são eles: Imposto de importação (II), Imposto sobre a Exportação (IE), Impostos sobre Produtos Industrializados (IPI) e Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguros (IOF). Pode ser verificado, ainda, outros tipos de impostos, tais como, o IPTU (imposto municipal), a CIDE -

¹⁵⁶ Art. 97. Somente a lei pode estabelecer: I - a instituição de tributos, ou a sua extinção; II - a majoração de tributos, ou sua redução, ressalvado o disposto nos artigos 21, 26, 39, 57 e 65; III - a definição do fato gerador da obrigação tributária principal, ressalvado o disposto no inciso I do § 3º do artigo 52, e do seu sujeito passivo; IV - a fixação de alíquota do tributo e da sua base de cálculo, ressalvado o disposto nos artigos 21, 26, 39, 57 e 65; V - a cominação de penalidades para as ações ou omissões contrárias a seus dispositivos, ou para outras infrações nela definidas; VI - as hipóteses de exclusão, suspensão e extinção de créditos tributários, ou de dispensa ou redução de penalidades. (BALEEIRO, 2005, p. 619).

¹⁵⁷ Carrazza entende que a condição referida no art. 153 da CF, que prescreve ser facultado ao Poder Executivo, alterar as alíquotas dos impostos enumerados nos incisos I, II, IV e V, não contraria o princípio da legalidade. (CARRAZZA, 2012, p. 326).

combustíveis¹⁵⁸ (tributo federal) e, por último, o ICMS - monofásico-combustíveis (imposto estadual).

O IPTU é imposto criado através de Lei Municipal e, conforme o princípio da legalidade, não se pode majorar tributo, sem outra lei de igual hierarquia. Logo, o Município não poderá aumentar o valor do IPTU através de um Decreto Municipal. Toda essa problemática se dá no tocante à atualização do valor monetário da base de cálculo do tributo previsto no § 2º do CTN que assevera que “Não constitui majoração de tributo, para os fins do disposto no inciso II deste artigo, a atualização do valor monetário da respectiva base de cálculo”. E a outra problemática se acha no que diz respeito ao prazo.

O STF já se pronunciou em ambas as questões. Na primeira, não se fala num aumento da base de cálculo, pois para este colegiado o que há é um fenômeno inflacionário no qual, com o decorrer dos anos, o Município necessita atualizar os índices da base de cálculo, senão os valores dos imóveis ficariam defasados e não teriam correspondência ao valor venal do imóvel. Logo, estas matérias não estariam adstritas à reserva legal por falta de expressa normatização¹⁵⁹. Com base nisso, o STJ editou a súmula 160 a qual proíbe expressamente o Município atualizar o IPTU, mediante decreto, em percentual superior ao índice oficial de correção monetária.

Com o advento da Emenda Constitucional 33/2001, a exceção se estendeu a CIDE-combustíveis e ao ICMS - monofásico-combustíveis fazendo previsão à alteração de alíquotas dessas contribuições. A primeira permite ao Poder Executivo reduzir e restabelecer as alíquotas da CIDE - combustíveis, consonante o Art. 177, § 4º, I, b da CF, e o meio elegido para isso tem sido o Decreto, assinado pelo Presidente da República, como constante no Art. 177, § 4º, I, b da CF¹⁶⁰. A segunda permite aos Estados e ao Distrito Federal, mediante convênio com o CONFAZ, definir as alíquotas do ICMS - monofásico-combustíveis, através de Lei Complementar, como pode ser visto no Art. 155, § 4º, IV¹⁶¹.

¹⁵⁸ Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico.

¹⁵⁹ Jurisprudência do STF – RE 172.394/SP e RE 195.218/MG.

¹⁶⁰ Art. 177. Constituem monopólio da União: § 4º A lei que instituir contribuição de intervenção no domínio econômico relativa às atividades de importação ou comercialização de petróleo e seus derivados, gás natural e seus derivados e álcool combustível deverá atender aos seguintes requisitos I - a alíquota da contribuição poderá ser: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001) b) reduzida e restabelecida por ato do Poder Executivo, não se lhe aplicando o disposto no Art. 150, III, b; (incluído pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001).

¹⁶¹ Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: § 4º Na hipótese do inciso XII, h, (definir os combustíveis e lubrificantes sobre os quais o imposto incidirá) observar-se-á o seguinte: IV - as alíquotas do imposto serão definidas mediante deliberação dos Estados e Distrito Federal.

Em resumo, quanto a CIDE - combustíveis, a redução e restabelecimento de alíquotas podem ser feitos por decreto, sem obediência à legalidade nem à anterioridade. Já, o ICMS - monofásico incide sobre combustíveis definidos em Lei Complementar e a definição (inclusive redução e aumento) de alíquotas pode ser feita por convênio sem obediência à legalidade. Mas, se o aumento ultrapassar o mero restabelecimento de patamar anteriormente fixado, deve-se obedecer à anterioridade.¹⁶²

Outra questão relevante é a legalidade em matéria tributária e a Medida Provisória. O STF já se pronunciou e não se absteve à utilização desse meio normativo para majoração de tributos, no entanto, fez ressalvas quanto ao seu uso, mostrando que devem ser observados os seus requisitos constitucionais: relevância e urgência.¹⁶³

Igualmente há outra restrição constitucional à utilização da Medida Provisória em matéria tributária, que diz respeito à regulação dos conteúdos cuja disciplina está reservada à Lei Complementar. De acordo com o Art. 62, § 1º, III da CF “é vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria reservadas a lei complementar”.

Nesse sentido, seria inconstitucional instituir um empréstimo compulsório através de medida provisória, visto que este deve ser instituído por lei complementar. Nesse diapasão, denota-se que o Princípio da Legalidade Tributária poderá, em alguns casos ou em determinadas situações se definido em lei, ser mitigado.

No Princípio da Legalidade encontra o contribuinte a segurança de que apenas a Lei poderá obrigá-lo. Tal assertiva parte da interpretação de que os princípios tributários oriundos de uma relação de subordinação, não autorizam maleabilidade exegética, como na sua regulação e em sua aplicação.

O legislador muitas vezes, na procura do justo legal poderá, sob a égide da regra maior de que todos são iguais perante a lei, projetar desigualdades seletivas, o que para Campos¹⁶⁴, numa análise das ações reais, tem-se que todos são iguais perante a lei, mas alguns são mais iguais do que outros.

¹⁶² (CARRAZZA, 2012, p. 325)

¹⁶³ Vale salientar que a Medida Provisória se aplica exclusivamente aos impostos e deve obedecer à regra da anterioridade, tomando como referência a data da Publicação da MP e não de sua conversão em lei. Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional: § 2º Medida provisória que implique instituição ou majoração de impostos, exceto os previstos nos Arts. 153, I, II, IV, V, e 154, II, só produzirão efeitos no exercício financeiro seguinte, se houver sido convertida em lei até o último dia daquele em que foi editada.

¹⁶⁴ (apud MARTINS, 1983, p. 31-36).

No campo tributário, o princípio da legalidade, na interpretação de Xavier¹⁶⁵, trata de garantir essencialmente a autoimposição, isto é, que sejam os próprios cidadãos, por meio de seus representantes, que determinem a repartição da carga tributária e os tributos que de cada um deles pode ser exigido, traduzindo-se na condição de proteção ao contribuinte e do patrimônio dos mesmos de ser atingido, nos casos e modos previstos na lei, que deve ser geral, abstrata, igual para todos, irretroativa, não confiscatória. Não se podendo esquecer que a estrita legalidade é o principal instrumento de revelação e garantia da justiça fiscal e estar diretamente relacionada com a segurança jurídica dos cidadãos.

No Princípio da Legalidade se encontra o arcabouço jurídico que vem proteger o contribuinte dos desmandos do fisco, posto só ser possível cobrar ou exigir algo no âmbito tributário se houver lei prevendo tal ação.

Vale ressaltar que os contribuintes possuem o direito de ver as ações da Fazenda Pública vinculada à lei, conferindo-lhe os meios de defesa dos seus direitos constitucionais, amparados no Princípio da Legalidade.

O Estado fere a legalidade tributária ao tomar medidas que, para atingirem o fim esperado, passam por cima das leis que regulam a atuação do ente público em face do ente privado, seja na instituição de um tributo, seja na exigência de adimplemento do mesmo por parte do contribuinte.

No cerne da violação aos direitos do contribuinte, encontra-se a violação ao princípio da legalidade, quando o Estado impõe ao contribuinte um sistema de sanções administrativas que não tem previsão legal. Tal fato foi apreciado pelo judiciário de forma acertada ao julgar o RE 100919 SP, tendo como relator o Ministro Néri da Silveira.

Nesse caso, o Estado impôs ao contribuinte sanções políticas sem previsão legal, ferindo a legalidade tributária, tendo o Tribunal fundamentado sua decisão nas sumulas 70, 323 e 547 do STF que repudiam ações abusivas do Estado contra o contribuinte que resultem na violação dos direitos de liberdade.¹⁶⁶

¹⁶⁵ (XAVIER, 1978, p. 13-41).

¹⁶⁶ RE 100919 SP obrigações fiscais; regime especial para seu cumprimento imposto a contribuinte, por ato administrativo; princípio da legalidade, em matéria tributária; delegação a autoridade fiscal incabível na espécie; a imposição de um sistema de sanções administrativas e fiscais, por mero ato administrativo, caso a caso, não se compadece com a indispensável segurança que há de ter o contribuinte, no que concerne a suas relações com o fisco e as obrigações que lhe advém dos tributos. As sanções a serem impostas ao contribuinte faltoso não poderão pender do arbítrio da autoridade fiscal, mas resultar de expressa disposição de lei. Orientação do STF, acerca de sanções a contribuinte faltoso, consubstanciada nas súmulas 70, 323 e 547. Segurança concedida. Recurso extraordinário conhecido, por dissídio pretoriano, mas desprovido.
<<http://stf.jusbrasil.com/jurisprudencia/2817946/recurso-extraordinario-re-100919>>

As sanções políticas não estão elencadas no CTN e seu conceito parte de uma construção jurídica e doutrinária, que se referencia a qualquer ação do Estado capaz de gerar constrangimento ao contribuinte. Logo, qualquer ação que resultem na imposição de sanção sem previsão legal, será reconhecida como contrária aos postulados constitucionais da legalidade.

O Desembargador do TRF2 Ricardo Reguera reconheceu a violação aos direitos fundamentais do contribuinte por ato do Estado que ultrapassou os limites da legalidade e da razoabilidade, ao impor sanção que passava do justo limite das normas tributárias e que disciplinava o tratamento fiscal que devia ser dado ao contribuinte, ao dispor que "afigura-se-nos inadequada, arbitrária e abusiva a deflagração de processos administrativos e a inscrição da Impetrante em cadastros de inadimplentes e na dívida ativa, diante dos princípios da proporcionalidade e da legalidade, que devem nortear a Administração Pública, sobretudo quando da aplicação de sanções administrativas".¹⁶⁷

Nota-se que as ações do Estado, para serem consideradas legais, precisam caminhar em harmonia com as leis que regulam sua atuação em face do contribuinte. Seja para instituir tributos ou para cobrar tributos.

4.1.2 Princípio da Isonomia ou Princípio da Igualdade Tributária

A igualdade constitui-se em um dos mais básicos dos direitos humanos. É o Princípio Constitucional fundamental de todos os sistemas jurídicos contemporâneos, pela posição hierárquica que lhe é atribuída pela Constituição.¹⁶⁸

Nessa linha argumentativa, surpreende a constatação de que o Estado, dentro dos limites impostos pela norma, trata os iguais de forma desigual não reconhecendo como tal a utilização do princípio da isonomia na posição de mero interventor dos abusos e arbitrariedades no universo estatal.

¹⁶⁷ Como se pode inferir, apesar da ação judicial, desprovida de depósito do valor integral do tributo, não estar prevista nas hipóteses acima colacionadas, seria irrazoável pretender que a sentença declaratória favorável ao contribuinte não provocasse a suspensão da exigibilidade do crédito, se o simples pedido de compensação na esfera administrativa o faz. Ademais, afigura-se-nos inadequada, arbitrária e abusiva a deflagração de processos administrativos e a inscrição da Impetrante em cadastros de inadimplentes e na dívida ativa, diante dos princípios da proporcionalidade e da legalidade, que devem nortear a Administração Pública, sobretudo quando da aplicação de sanções administrativas (TRF 1, MC 467 2000.02.01.047269-8).

¹⁶⁸ (ÁVILA, 2005, p. 407).

Na análise dos conceitos apresentados por Ávila, a igualdade aparece como sendo uma relação entre dois ou mais sujeitos em razão de um critério de mensuração que serve a uma finalidade. Para o autor, quando se comparam sujeitos, esses sujeitos são necessariamente comparados em razão de uma medida; os sujeitos podem ser iguais em razão da receita bruta auferida no ano, como pode ser citado no caso das micro e pequenas empresas.

Velloso¹⁶⁹ conceitua igualdade como sendo a representação do núcleo central e necessário de qualquer concepção séria de justiça. Entende o autor que essa é a concepção de sua realização, pois sem igualdade, não há justiça.

Dentro do Direito Tributário, a primeira indagação que o contribuinte contumaz faz acerca da justiça do sistema impositivo, concerne à igualdade. Se for obrigado a pagar mais que seus iguais e não houver uma razão suficientemente forte para tanto, afirmará sem vacilar que o sistema não é justo.

Portanto, percebe-se que a justiça tributária para ser justa, deverá estar assentada no Princípio da Igualdade Tributária que se concretiza pelo mando Constitucional que, via de regra, consagra o princípio da igualdade, ao estabelecer o valor da igualdade, ao impor tratamento igual perante a lei.

Porém, para sua concretude, o Princípio da Igualdade deve ser analisado no caso concreto, pois no âmbito de uma dogmática constitucionalmente legítima, a concretização do Princípio da Igualdade tem de se apoiar, sobretudo, em especificações constitucionais expressas e em valorações realizadas à luz da axiologia fundamental do sistema constitucional e do fim da regulação. Como tal, temos a capacidade contributiva como um elemento a ser valorado, ao se analisar a correta aplicação do princípio da isonomia tributária, para que não ocorram divergências doutrinárias capazes de gerar prejuízos aos contribuintes.

Dentro do universo de comparação, quando se pretende analisar elementos imprescindíveis para que ocorra a relação de igualdade são os sujeitos passivos da obrigação tributária que, no caso, devem ser comparado ou medido, utilizando-se uma medida comum de comparação, no caso do Direito Tributário.

Com a insatisfação de ter tratamento diferenciado pelo Fisco, o contribuinte se investe de argumentos capazes de demonstrar a violação do Princípio da Igualdade, ao alegar

¹⁶⁹ (VELLOSO, 2010, p. 41).

que a norma tributária é injusta, por ser desigual, na medida em que deixa de atentar para as particularidades do seu caso ou dele próprio.

É nesse contexto que se situa o problema relativo ao Princípio da Isonomia Tributária e à ação do fisco, ao atribuir tratamento particularizado, beneficiando um contribuinte em detrimento de outro, com o argumento de estar promovendo o desenvolvimento¹⁷⁰.

O Estado, ao atribuir tratamento dispare ao contribuinte em situações equivalentes, apoiado em justificativas razoáveis ou objetivas, estará diante de violação aos critérios de discriminação tributária. Nesse caso, tem-se em conta a capacidade contributiva, a equivalência e o benefício econômico, reduzindo-se a meros argumentos capazes de orientar as ações do legislador.

Agindo de tal forma, o Estado está diante da violação do Princípio da Isonomia Tributária que é elevado a um processo de degeneração, quando serve apenas para recondução de interdição de arbitrariedades e injustiças.

Tal fenômeno degenerativo pode ser identificado quando um ente da Federação atribui um tratamento especial na tributação do ICMS de uma empresa privada, dentro dos limites de seu território, tratando de forma diferenciada outros contribuintes que se encontram na mesma condição. Agindo dessa forma, percebe-se um distanciamento do Estado ao princípio da capacidade contributiva que está diretamente relacionado à isonomia, conforme se pode ler no parágrafo 1º. do Art. 145 da CF, quando diz que os impostos, sempre que possível, devem ter caráter pessoal e serem graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte.

Quando o Estado servir-se da análise individual e pessoal do contribuinte, deve ser observado o caráter da pessoalidade na tributação. Nos casos dos impostos que a própria Constituição estabelece, a possibilidade de desoneração em virtude do caráter da essencialidade, deve ser utilizado como instrumento de aferição da capacidade contributiva, da progressividade, baseada na essencialidade dos produtos ou serviços¹⁷¹.

Essas ações geram consequências no processo degenerativo do Princípio da Isonomia Tributária e a mutilação da força normativa do Princípio que deixa o legislador livre para cometer desigualdades manifestas.

¹⁷⁰ Sobre a concepção de igualdade Andrei Pitten Velloso (2010, p. 38) entende que "o legislador não pode tratar arbitrariamente e igualmente os essencialmente desiguais (*wesentlich Ungleiches willkürlich gleich*); o legislador não pode tratar arbitrária e desigualmente os essencialmente iguais (*wesentlich Gleiches willkürlich ungleich*).

¹⁷¹ (ÁVILA, 2005, p. 427).

A análise do primado da Constituição e da lei, postulado fundamental do Estado de Direito, submete toda a atividade estatal à juridicidade. Desse ponto, parte-se para a compreensão de que em um Estado de Direito é inconcebível uma administração desprovida de limitações jurídicas, não subordinadas à lei, ou arbitrárias. No Direito Tributário, o vínculo não se desfaz. As leis tributárias impõem-se integralmente, tanto ao sujeito passivo quanto ao sujeito ativo da relação obrigacional. Nele, a administração tributária está subordinada aos ditames legais, assim como está o contribuinte.

A administração está vinculada às leis em todo ciclo da obrigação impositiva - nascimento, desenvolvimento e extinção. A relação obrigacional tributária é uma relação de Direito e não de poder. Logo, a Administração Tributária não pode criar, modificar ou extinguir tributos, ressalvando os casos específicos em lei¹⁷².

Os fins não fiscais, na ótica do Princípio da Igualdade Tributária, encontram-se no ato do administrador, ao intervir na economia, através da extrafiscalidade que não representa um elemento de justiça tributária, mas sim, representa uma das principais causas das desigualdades impositivas.

O Princípio da Isonomia Tributária ostenta um significado central no sistema impositivo e aplica-se a todos os momentos de produção, na aplicação das normas tributárias, tanto gerais, quanto individuais; estabelecendo diretrizes para a determinação das hipóteses de incidência, bases de cálculo, alíquotas, sujeitos passivos, sistemas de arrecadação, etc. Nessa concepção, percebe-se as irregularidades administrativas no âmbito da tributação, ao atribuir tratamentos diferenciados a contribuintes em condições idênticas, desvirtuando o princípio em análise e ferindo a ordem econômica.

As concessões de privilégios e discriminações, à luz do princípio da Isonomia Tributária por parte da Administração, tem levado grandes debates junto ao STF que externou ser necessário o uso do princípio da isonomia tributária, considerando sua função precípua de obstar discriminações e de extinguir privilégios.

O Supremo Tribunal Federal tem conjugado o princípio da isonomia, de modo a interpretar preceitos constitucionais que objetivam justamente repelir discriminações e privilégios odiosos. Assim, os tributos foram concebidos tendo como escopo único a chamada função fiscal, isto é, dotar o Estado de recursos para que pudesse subsistir, exercer seus deveres.

¹⁷² (XAVIER, 1978, p. 37).

As normas tributárias que antes serviam para regular a transferência de recursos do particular para o ente estatal passaram, paulatinamente, a ostentar outro viés: servir de instrumento de intervenção do Estado sobre o domínio econômico-social, induzindo a realização de condutas desejadas.¹⁷³

A isonomia tem sido objeto de diversas discussões nos Tribunais Superiores pela violação de tal princípio por parte do Estado. Nesse sentido já se pronunciou o Ministro Celso de Mello que reconhece a força do princípio da igualdade e sua condição de auto-aplicabilidade, enquanto postulado fundamental da ordem político-jurídica do nosso País.

A observância do princípio da isonomia vincula, incondicionalmente, todas as manifestações do Poder Público, devendo ser considerada, em sua precípua função de obstar discriminações e de extinguir privilégios (*RDA 55/114*), sob duplo aspecto: (a) o da igualdade na lei; e (b) o da igualdade perante a lei. A eventual inobservância desse postulado pelo legislador imporá ao ato estatal por ele elaborado e produzido a eiva de inconstitucionalidade¹⁷⁴.

Originalmente, os tributos foram concebidos tendo como escopo único a chamada função fiscal, isto é, dotar o Estado de recursos para que pudesse subsistir, exercer seus deveres. O objetivo dos tributos era concebido de tal modo que a sociedade financiasse o Estado. Porém, em determinado momento, ocorreu uma mudança de enfoque, pois os tributos, se não deixaram de ser vistos como fontes de receita para o Estado, passaram, também, a ser instituídos, majorados ou extintos com outra função: mecanismo de intervenção do Estado na economia. Por meio disso, as sociedades financiavam o Estado.¹⁷⁵

Nesse contexto da ação estatal, utilizando-se da tributação como meio de fomentar a economia, Elali¹⁷⁶ considera importante a intervenção do Estado por meio da tributação, desde que com objetivos regulatórios. Para esse autor, o Estado detém o poder de estimular atividades econômicas com o fim de buscar a ordem proposta na Constituição.

Essa regulação encontra-se expressa na isonomia tributária, consagrada no inciso II do Art. 150, da CF de 88, entre as limitações constitucionais ao poder de tributar, ao dispor que, sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, conforme se lê no seguinte inciso: II – instituir

¹⁷³ (BONFIM 2011, p. 89).

¹⁷⁴ (MI 58, Rel. p/ o ac. Min. Celso de Mello, julgamento em 14-12-1990, Plenário, *DJ* de 19-4-1991).

¹⁷⁵ (FERRAZ JUNIOR, 2009, p. 90).

¹⁷⁶ (ELALI, 2007, p. 50).

tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão da ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos e direitos.

Porém, percebe-se na atualidade uma mudança de viés do Estado no âmbito da tributação, ao se utilizar das sanções regulatórias, gerando conflitos concorrenciais e aplicando tratamentos desiguais¹⁷⁷ aos juridicamente iguais, o que fere inclusive a própria Constituição.

Nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal tem se manifestado quanto ao uso do tributo como meio coercitivo por parte do ente Administrativo, no caso das sanções políticas. Referindo-se a isso, Ávila considera que este é o “uso de meio coercitivo (aquele que cause gravame ao contribuinte) pelo poder público, com o fim de forçar o contribuinte a pagar tributo, causando restrições excessivas ou desproporcionais ao direito fundamental de livre exercício de atividade lícita, já objeto de limitação intrínseca por outras liberdades”.

Veja que o tratamento desigual se infere na esfera tributária inclusive quando se percebe excessos por parte da Administração, no momento de fazer o contribuinte cumprir com a obrigação tributária. Logo, quando existe o débito, a norma elenca as formas de concretude do crédito, não havendo necessidade de tratamentos divergentes para os que se encontram em situações idênticas.

Partindo desse raciocínio, percebem-se os privilégios atribuídos a uns em detrimento de outros contribuintes, fato que se configura em mais uma grave ofensa à isonomia tributária por parte do Estado. Pode-se ver na política de isenções fiscais praticadas pelos estados para captação de recursos e implementação de políticas de desenvolvimento econômico, um ato de afronta ao princípio da isonomia tributária, pois os benefícios advindos das isenções só atingem um contribuinte em específico, deixando os demais em situação de desigualdade, recebendo tratamento diferenciado, o que gera conflitos concorrenciais.

A autonomia proposta no texto Constitucional atribuída ao Estado tem sido um dos fatores de estímulo à quebra do princípio da isonomia tributária, pois tal dispositivo permite ao Estado da Federação legislar em matéria de ICMS e aos municípios em matéria de ISS. Com isso, as isenções e incentivos fiscais atribuídos a contribuintes isolados, tem causado

¹⁷⁷ Sobre a teoria da igualdade, especificamente a atribuição de tratamento desigual aos em condição de igualdade, consultar Andrei Pitten Velloso (2010), em sua obra “O princípio da Isonomia Tributária: da teoria da igualdade ao controle das desigualdades impostas”.

dissabores diante da inobservância do princípio proposto que assegura tratamento igual para os iguais.

A isenção de uns, a renúncia fiscal, os incentivos isolados gerarão um prejuízo aos que não auferiram tal benefício e, muitas vezes, a necessidade de suportar cargas tributárias elevadas, ocasiona desvios da concorrência pela quebra do poder concorrencial, diante das desigualdades geradas.

Velloso¹⁷⁸ aborda a concretização do princípio da igualdade, quando a lei determina tratamento igual para todos, o que significa dizer que há uma proibição a ações divergentes, ou seja: quando se atribui tratamento diferenciado entre os iguais ou se distingue uns contribuintes em relação aos outros, fere-se o princípio da isonomia.

Para que ocorra a concretização do Princípio da Igualdade é necessário utilizar-se de critérios capazes de definir as diferenças, devendo este ter relação com a finalidade do tratamento feito de maneira desigual¹⁷⁹. As pessoas ou situações são iguais ou desiguais em função de um critério diferenciador.

A aplicação do Princípio da Igualdade depende de um critério diferenciador e de um fim a ser alcançado. Dessa constatação, surge uma conclusão tão importante quando menosprezada: fins diversos levam à utilização de critérios distintos, pela singeleza da razão de que alguns critérios são adequados à realização de determinados fins; outros não.

Ao se fazer uma analogia ao Princípio da Isonomia Tributária aplicada ao contribuinte, tem-se evidente a afronta a tal mecanismo legal, quando se observa a concessão de privilégios fiscais a contribuintes em condições específicas, desprezando os que se encontram em situações análogas.

O Estado deve buscar atribuir tratamento igual aos juridicamente iguais, não violando a própria constituição, ao remeter tratamentos diferenciados através da concessão de benefícios isolados a contribuintes sem procurar os critérios contidos na norma tributária para efetivar essas ações. . .

O princípio da isonomia foi prescrito no *caput* do Art. 5º da Constituição Brasileira que pronuncia, nesses termos, de forma genérica: "Todos são iguais perante a lei, sem

¹⁷⁸ (VELLOSO, 2010, p. 100-103).

¹⁷⁹ Ávila enumera esses critérios como sendo os' formalmente iguais ou diferentes em razão da idade, do sexo ou da capacidade econômica. Essa diferenciação somente adquire relevo material na medida em que se lhe agrega uma finalidade, de tal sorte que as pessoas passam a ser iguais ou diferentes de acordo com um mesmo critério, dependendo da finalidade a que ele serve [...] (ÁVILA, 2001, p. 427).

distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (Art. 5º, CF/88).

Igualmente o constituinte estipulou a seguinte vedação em respeito à isonomia: "[...] é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: II - instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente [...]" (Art. 150, II, da CF/88).

Em termos de tributação o Princípio, da Isonomia está devidamente consolidado na Constituição Federal que veda expressamente qualquer tratamento que vise a instituir desigualdades entre os contribuintes.

Este princípio isonômico é também conhecido por “Princípio da Proibição dos Privilégios Odiosos”, pois visa coibir a odiosidade tributária, manifestada em comandos normativos discriminatórios, veiculadores de favoritismos por meio da tributação. Ou seja, o princípio da isonomia ou da igualdade visa abolir qualquer conduta que demande privilégios a uns em detrimento de outrem.

Faz-se necessário explicar que, o Princípio da Isonomia e o Princípio da Igualdade são sinônimos. Na mente humana a palavra igualdade ou isonomia se assemelha ao tratamento igualitário entre os seres, sendo visível quando se trata de igualdade de oportunidades, de capacidade, de justiça, de saúde, educação, proteção, tributação etc., afinal todos querem ser tratados de maneira igualitária.

É óbvio que a palavra igualdade vem consubstanciada de uma carga valorativa de multifatores, pois cada ser humano enxerga a igualdade de maneira diferente, baseada na sua experiência de vida, no seu caráter, no meio em que vive. Nessa compreensão, o que parece justo para um, pode não ser para outro.

Machado¹⁸⁰ define o Princípio da Igualdade como sendo a projeção, na área tributária, do princípio geral da isonomia jurídica, ou princípio pelo qual todos são iguais perante a lei. Apresenta-se aqui como garantia de tratamento uniforme, pela entidade tributante de quantos se encontrem em condições iguais. Como manifestação desse princípio, há em nossa Constituição a regra da uniformidade dos tributos federais em todo o território nacional.

¹⁸⁰ (MACHADO SEGUNDO, 2010, p. 43).

Como esclarece Velloso,¹⁸¹ a igualdade perante a lei requer muito mais que interpretações harmônicas entre si. Demanda uma aplicação isonômica das leis, capaz de reduzir a divergência entre a norma e a aplicação dessa norma.

A igualdade na lei (ou através da lei) está voltada ao legislador quando instituir leis, devendo seguir o imperativo corrente de que os iguais deverão ser igualmente tratados, enquanto os desiguais, na medida de suas dessemelhanças, deverão diferentemente sê-lo.

Veja que o Estado ao conceder tratamento fiscal diferenciado a contribuintes que se encontram na mesma condição, revela o gritante conflito, no qual se deve enfatizar que a regra da igualdade vai além de nossas percepções mais simples. Ao analisar o caso concreto, pode-se ver como se apresenta o trato da isonomia perante as desigualdades fiscais e tributárias.

O Ministro Celso de Melo por diversas vezes repudiou a ação do Estado junto ao contribuinte quando este violar os postulados constitucionais, como no RE 363.084-6 do Estado do Paraná em que o Ministro considerou os desvios inconstitucionais do Estado, no exercício do seu poder de tributar, como capazes de gerar, na ilegitimidade desse comportamento do aparelho governamental, efeitos perversos que, projetando-se nas relações jurídico-fiscais mantidas com os contribuintes, deformam os princípios que estruturam a ordem jurídica, subvertem as finalidades do sistema normativo e comprometem a integridade e a supremacia da própria Constituição da República¹⁸².

O princípio da isonomia vem garantir o tratamento igual entre os juridicamente iguais, não permitindo interpretações isoladas das normas que regulam as sanções tributárias. Devendo ser observado os reflexos na economia das ações isoladas do fisco mediante sanções políticas.

As garantias aos direitos fundamentais e igualdade tributária, não deve esbarra na odiosidade dos privilégios indiretos, ao se atribuir tratamento desigual aos juridicamente iguais, mesmo que, de forma indireta, esteja causando prejuízos à ordem econômica e concorrencial.

¹⁸¹ (VELLOSO, 2010, p. 226).

¹⁸² RE 346.084-PR – STF.

4.1.3 Princípio da Proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade pode ser definido como um princípio de justiça que referencia o proporcional como sendo parâmetro para o justo, encontrando previsão legal na Constituição, sendo considerado um instrumento valioso na construção de uma sociedade justa.

Sobre o tema, Pontes¹⁸³ discorreu com propriedade definindo que o Princípio da Proporcionalidade consubstancia a própria afirmação do constitucionalismo moderno, na medida em que viabiliza um juízo material, com supedâneo constitucional, sobre o mérito dos atos estatais. O ato estatal para se afigurar constitucional, não basta que seja formalizado através do meio competente, necessário que guarde certa proporção em si, diante dos demais comandos da ordem jurídica.

O mesmo autor faz alusão ao Estado de Direito que em sua origem, identificava-se como o "império da lei", entendida como a síntese da vontade geral manifestada por representante da sociedade, titular da soberania estatal, em contraposição ao Estado Absoluto onde reinava a vontade do Monarca¹⁸⁴.

Estado de Direito evoluiu do império da lei para o império da Constituição, resultando no moderno Estado de Direito que já não exige o império de qualquer lei, mas da lei que é interpretada e produzida em conformidade com a Constituição.

As atividades administrativas, para que não sejam consideradas inconstitucionais e abusivas, devem se nortear pelo princípio da proporcionalidade, o qual resulta na ponderação de valores, que devem ser compatibilizados em análise do caso concreto, em valores a realizar e em que medida realizá-los.

Sob a análise da proporcionalidade, será desproporcional a solução que, sob argumento da necessidade de realizar uma valoração divergente, ocasionar sacrifício a outro, cuja relevância seja equivalente, configurando-se como um instrumento de controle das medidas estatais que imponha restrições ou encargos aos entes particulares. Nessa linha argumentativa, leciona Michael Kohl¹⁸⁵

¹⁸³ (PONTES, 2000).

¹⁸⁴ (PONTES, 2000, p. 78).

¹⁸⁵ < <http://www1.trt18.jus.br/licitacao/anexos/2009PR0630008.pdf> >

A proporcionalidade de uma medida é estabelecida pela satisfação de um dos três estágios: 1) a medida deve ser apropriada para o atingimento do objetivo (elemento de adequação); 2) a medida deve ser necessária, no sentido de que nenhuma outra medida disponível será menos restritiva (elemento de necessidade); 3) as restrições produzidas pela medida não devem ser desproporcionadas ao objetivo buscado (elemento de proporcionalidade *stricto sensu*) (TRF 1 2009, PROC 630008).

A Constituição de 1988 trouxe consagrado em seu texto os princípios como normas balizadoras, nos casos específicos de ausência de uma Lei que permitisse a interpretação literal do texto, no momento de sua efetiva aplicação. Tal fato é bem delineado por Machado¹⁸⁶ que o entende ser uma conseqüência do formalismo jurídico que levou os juristas à real insuficiência do elemento formal do Direito, por ser sempre possível ter-se duas interpretações das normas, de modo que se impõe a consideração valorativa, capaz de apontar soluções inspiradas nos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, como caminho ideal para se chegar ao ideal de justiça.

Várias são as situações tributárias que demonstram a falta de atenção para o raciocínio jurídico. Para melhor compreensão, ilustra-se neste trabalho com casos citados por Machado¹⁸⁷. O autor faz referência a Lei nº. 10.637/2002, que instituiu a não comutatividade do PIS/PASEP, quando essa diz que a base de cálculo da contribuição para o PIS/PASEP é o valor do faturamento, constituído pelo total das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independente de sua denominação ou classificação contábil (Art. 1º e § 1º). Continua o texto normativo informando que não integram essa base de cálculo as receitas isentas de tributação do imposto e as de alíquota zero. Torna-se claro tal colocação normativa, do contrário se alteraria suprimindo a isenção e acabando com a alíquota zero.

Como a Lei mencionada, muitas obviedades estão presentes em diversos textos normativos, causando um entrave aos militantes do direito quanto à necessidade de tecer raciocínios interpretativos.

No Direito, é necessário um combate ao formalismo jurídico, prestigiando-se os princípios detentores de força normativa e capazes de auxiliar os intérpretes da norma, quando estes se depararem com situações omissas ou mesmo dúbias. Assim, os princípios trouxeram

¹⁸⁶ (MACHADO, 2004, p. 155).

¹⁸⁷ (MACHADO, 2004, p. 156).

contribuições ao sistema tributário brasileiro que Machado Segundo¹⁸⁸ justifica da seguinte forma:

Na verdade, o sopesamento de princípios é inerente não apenas ao Direito, mas a conduta de uma maneira geral, frente à vida. Toda pessoa racional e de bom senso realiza-o a cada passo, a cada escolha realizada. De todo modo, o mérito dos modernos teóricos do Direito foi o de procurar teorizá-lo, explicando objetivamente como esse sopesamento deve ser feito. A primeira premissa é a de que os princípios constitucionais têm eficácia normativa representando os valores que devem orientar toda a criação, interpretação e aplicação do Direito. De uma posição subsidiária à lei, passaram à medula das constituições pós-modernas, inclusive da Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988. A segunda premissa, decorrente da primeira, é a de que o conflito entre princípios não se resolve com o completo afastamento de um deles, tal como ocorre entre as regras, submetidas aos conhecidos critérios de antinomias. Realmente, por conta de sua estrutura normativa, os princípios não prescrevem condutas a serem seguidas se e quando determinadas hipóteses ocorrerem, tais como as regras. Assim, os conflitos entre eles verificados não se resolvem com a aplicação de critérios que impliquem um *all or nothing*, no dizer de Dworkin, mas sim com a atribuição de maior preponderância, ou de maior peso, àquele princípio que, em prevalecendo, cause menores estragos nos demais. A regra maior do Direito por princípio, portanto, é a proporcionalidade.

O termo proporcionalidade vem desde a antiguidade, sendo base para a aplicação da justiça. Aristóteles colocava como sendo a proporcionalidade parte do conceito de justiça, compreendendo que ser justo era agir dentro dos princípios norteadores da dignidade. Tendo o princípio da proporcionalidade surgido a partir do nascimento do Estado de Direito burguês na Europa, quando ocorreu a evolução dos direitos e garantias individuais do indivíduo, esses passaram a gozar de garantias que lhes asseguravam uma justiça nos limites dos seus direitos.

O conceito de Princípio da Proporcionalidade, não se encontra expresso de forma a ser diretamente abordado, sendo necessário observar o emprego dado ao termo, diante das variações terminológicas empregadas por diversos Estados. No ordenamento jurídico americano, emprega-se razoabilidade, dando sentido ao que qualifica tudo quanto seja conforme a razão, os alemães se utilizam, de forma indistinta, dos termos como proporcionalidade e proibição de excesso.

O Postulado ou Princípio da Proporcionalidade, surge da decorrência da passagem do Estado absolutista, no qual o governante detinha poderes ilimitados, para o Estado de Direito, no qual se pretendia controlar o poder de coação do monarca, que se designava de poder de polícia, de atuação ilimitada quanto aos fins que poderia perseguir e aos meios que poderia empregar.

¹⁸⁸ (MACHADO SEGUNDO, 2004, p. 271).

Diante dos abusos de poder, quando o Estado muitas vezes desrespeitava os direitos do cidadão, dentro das bases do movimento intelectual que surgia, originou-se o Princípio da Proporcionalidade como instrumento de controle do excesso de poder.

Como marco histórico para o surgimento do Princípio da Proporcionalidade, podemos citar a Magna Carta inglesa de 1215, na qual se estabelecia que o homem livre não devia ser punido por um delito menor, senão na medida desse delito e, por um delito gravoso, na medida da gravidade do delito cometido, o que leva ao entendimento do conceito dado como sendo este princípio base para se sopesar o justo na medida do direito à reparação, levando sempre em conta a proporção do dano em razão direta com o que se determinará justo para a reparação deste dano. Ou seja, quanto maior a lesão, na medida da proporção do dano sofrido, assim também, a reparação seguirá a mesma medida, com o fim de garantir a aplicação do direito, estando ele expresso ou não na norma.

O termo proporcionalidade representa o pensamento literal, que corresponde ao sentido de equilíbrio, estando presente aí a ideia implícita de relação harmônica entre duas grandezas. Neste sentido, tem-se uma visão limitada do sentido literal da palavra. Mas em sentido amplo, verifica-se uma abrangência maior, na qual há a devida adequação entre meios e fins e a utilidade de um para a proteção de um direito. O emprego dessa expressão no ordenamento jurídico aparece pela primeira vez, durante o processo de julgamento de controle de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, no ano de 1993, ao ser deferida a medida liminar de suspensão dos efeitos da Lei paranaense nº. 10.248 de 1993 que tratava da aferição do peso de botijões de gás liquefeito do petróleo, entregues ou recebidos pelo consumidor.¹⁸⁹

No citado julgamento da Lei que previa a obrigatoriedade de pesagem de botijão de gás à frente do consumidor, a Suprema Corte considerou a medida desproporcional por causar restrições aos princípios da livre iniciativa e da propriedade privada em virtude do ônus excessivo causado as companhias e aos consumidores que seriam onerados com o repasse dos custos de aquisição de balanças para o preço final do produto.¹⁹⁰

O postulado da proporcionalidade tem sido cada vez mais utilizado pelo Judiciário como instrumento de controle dos atos do Poder Público, sendo aplicado em situações em que há uma relação de causalidade entre dois elementos empiricamente discerníveis, um meio e

¹⁸⁹ (BARROS, 2000, p. 264).

¹⁹⁰ STF Tribunal Pleno RE 413.782.8-SC 2005.

um fim, capaz de se proceder a uma adequação de acordo com a necessidade, e, o da proporcionalidade em sentido estrito¹⁹¹.

O princípio da proporcionalidade aplica-se sempre que houver uma medida concreta destinada a realizar uma finalidade, observando se as medidas são capazes de levar a um fim que gere restrições aos direitos envolvidos dentre os que poderiam ter sido utilizados para atingir a finalidade. Na relação existente, ao se relacionar a culpa com a pena, a pena deve ser correspondente à culpa.

Fica evidenciado pelo que foi abordado, que o Princípio da Proporcionalidade mostra-se não só importante, mas o mais importante, por viabilizar a dinâmica de acomodação dos diversos princípios. Ele não é só princípio fundamental, mas também um verdadeiro topo argumentativo, ao expressar um pensamento que, além do conceito de justo e do razoável, é de comprovada utilidade no equacionamento de questões práticas, no direito nos seus diversos ramos, como também em outras áreas.

O Princípio da Proporcionalidade aparece como instrumento valioso na construção de uma sociedade justa. Está contido de forma implícita no Princípio da Justiça e, em matéria tributária, está estreitamente relacionado com o Princípio da Capacidade Contributiva. Esse princípio também se revela como instrumento de garantia da supremacia constitucional. Por meio dele, vê-se uma garantia ao contribuinte de não sofrer abusos por parte do fisco, como o ocorrido na efetivação dos termos propostos na Lei nº. 9.430, de 27 de dezembro de 1996¹⁹², com as redações posteriores, que trata do Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas, que em seu Art. 44, consta cominação de pena de multa de até 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento. Essa graduação segue a orientação do princípio da proporcionalidade, como instrumento sopesador da penalidade, ou seja, uma graduação segundo a intensidade do ato praticado, sem com isso, vir a causar lesões irreparáveis ao contribuinte.

No sentido da relevância que tem o princípio da proporcionalidade no Direito Tributário, já escreveu sobre isso Cintra e Pontes¹⁹³ ao mencionar que "o princípio da proporcionalidade é regra cogente não apenas para o legislador, no desempenho da tarefa institucional de prever abstratamente as sanções tributárias, mas também para a autoridade

¹⁹¹ (ÁVILA, 2011, p. 174).

¹⁹² <http://www.receita.fazenda.gov.br/Legislacao/leis/Ant2001/lei943096.htm>

¹⁹³ (CINTRA e PONTES, 2001, p. 8).

administrativa encarregada de concretamente aplicá-las.¹⁹⁴ Não devendo no caso específico ser olvidada a necessidade de ser invocado o Princípio da Razoabilidade, como se verá adiante, para se resguardar a integridade do contribuinte.

O Estado não tem feito uso do referido princípio diante de suas ações fiscalizadoras e regulatórias, como pode ser visto nas ações administrativas fiscais que resultam no impedimento de continuidade de atividades econômicas por parte do contribuinte.

O Tribunal Regional Federal (TRF) da 1ª Região, em Brasília decidiu pela inviabilização da continuidade da Cia Sul-americana de Tabacos, confirmando decisão da Receita Federal do Brasil que suspendeu o registro da indústria, sob o argumento de débito fiscal, com respaldo no Decreto-Lei nº. 1.593/1977, débito de IPI.¹⁹⁵ No caso concreto, o TRF apenas confirmou posição do STF corroborando com a violação aos postulados da proporcionalidade e razoabilidade da punição em detrimento do ato praticado.

Da mesma forma, temos a decisão RE: 666.405 RS que repudiou as ações do Estado denominadas de sanções políticas, violando o postulado da proporcionalidade:

O princípio da proporcionalidade, em seu aspecto necessidade, torna inconstitucional também grande parte das sanções indiretas ou políticas impostas pelo Estado sobre os sujeitos passivos que se encontrem em estado de impontualidade com os seus deveres tributários. Com efeito, se com a imposição de sanções menos gravosas, e até mais eficazes (como a propositura de medida cautelar fiscal e ação de execução fiscal), pode o Estado realizar o seu direito à percepção da receita pública tributária, nada justifica validamente a imposição de sanções indiretas como a negativa de fornecimento de certidões negativas de débito, ou inscrição em cadastro de devedores, o que resulta em sérias e graves restrições ao exercício da livre iniciativa econômica, que vão da impossibilidade de registrar atos societários nos órgãos do Registro Nacional do Comércio até a proibição de participar de concorrências públicas.¹⁹⁶

Percebe-se no contexto da proporcionalidade no âmbito de ação do Estado através do agente fiscal, uma inversão das garantias constitucionais do contribuinte, como argumento justificador da aplicação de sanções políticas aos que se encontram em débito fiscal, com o fim de forçá-lo ao pagamento do imposto. A desproporcionalidade da sanção diante do inadimplemento do tributo torna esse ato inconstitucional. Assim, já se pronunciou o STF,

¹⁹⁴ (CINTRA e PONTES, 2001, p. 8; MACHADO, 2004, p. 65).

¹⁹⁵ SUSPENSÃO DE LIMINAR OU ANTECIPAÇÃO DE TUTELA N. 0057014-54.2012.4.01.0000/DF

¹⁹⁶ (PONTES, 2000, p. 143).

que mudou sua linha argumentativa, ao considera correta a ação do ente Administrativo que impôs sanção política, sob alegação de favorecimento aos sonegadores contumaz.

Nesse caso, deve ser levado em conta que a lei que regula os processos administrativos, Lei Federal nº 9.784/99, torna explícito princípios que têm na Constituição Federal de 1988 sua previsão e aplicabilidade, não podendo o Estado desrespeitar os postulados da proporcionalidade.

4.1.4 Princípio da Razoabilidade

A expressão razoabilidade tem significados diversos que são trazidos pelos dicionários da língua portuguesa para demonstrar o seu sentido de ponderação, sensatez. O dicionário de Aurélio Buarque de Holanda Ferreira¹⁹⁷ elenca cinco significados para Razoabilidade: "a) conforme a razão, racional; b) moderado, comedido - como um preço razoável; c) acima de medíocre, aceitável, regular - uma atuação razoável; d) justo, legítimo - uma queixa razoável - e, e) ponderado, sensato".

Houaiss¹⁹⁸ descreve seis acepções para esse adjetivo: "a) logicamente plausível; racional, como uma dedução; b) o aceitável pela razão; racional, quando, por exemplo, consideram-se as exigências feitas; c) que age de forma racional, que tem bom senso; sensato, como uma pessoa razoável; d) o que é justo e compreensível por se basear em razões sólidas, como um julgamento, uma decisão razoáveis; e) não excessivo; moderado, módico, como os preços assim reputados; e f) que é bom, mas não excelente; aceitável, suficiente, bastante, como um vinho de qualidade razoável, um salário razoável".

A razoabilidade para os americanos resume-se em tudo que qualifica quanto seja conforme a razão, denotando um sentido amplo, designando atividade de raciocínio ou dedução lógica de uma verdade necessária. Traduz-se também, no poder do intelecto de formular conceitos e estabelecer relações lógicas de modo a deduzir uma conclusão correta de uma premissa dada ou de fazer um julgamento objetivamente válido a respeito de fenômenos empíricos. Do termo, pode-se ter uma ideia de adequação, aceitabilidade, logicidade, traduzindo aquilo que não é absurdo e sim o que é admissível. Ainda se concebe o sentido de bom senso, prudência e moderação. A razoabilidade age como legitimadora dos fins que o

¹⁹⁷ (FERREIRA, 2001, p. 89).

¹⁹⁸ (HOUSSAIS, 2001, p 138).

legislador escolher para o seu agir diante de casos concretos. Assim, ser razoável é respeitar os limites do poder que lhe são atribuídos pela legislação, com o fim de não ferir direitos constitucionais do indivíduo.

O princípio da razoabilidade nos dizeres de Machado¹⁹⁹ "é uma diretriz da razão humana" preconizando uma interpretação das leis conducente a soluções racionais. Diante de duas ou mais soluções para um caso concreto, o intérprete se utilizará da razoabilidade na busca da solução possível em face da lei que se mostre mais racional.

Cintra e Pontes, ao citar Perelman²⁰⁰, fazem referência à razoabilidade como sendo um limite ao formalismo jurídico, permitindo a busca de soluções mais aceitáveis diante de normas legais que indicam soluções iníquas. Seguem os autores definindo razoabilidade como sendo nada mais do que um apelo à prudência do homem comum e, seguindo a ideia de Aristóteles, do justo como adequado. Assim, razoabilidade pode ser entendida como a busca do ponto intermediário entre dois extremos.

Na concepção aristotélica de razoabilidade, Machado²⁰¹ considera ser este um princípio que busca a realização da justiça, estando expressamente autorizado pela Constituição ao se ler o objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, que preconiza em primeiro lugar, construir uma sociedade livre, justa e solidária.

O agente administrativo dotado de poder de polícia perde o senso de razoabilidade, quando diante de uma situação a qual uma pessoa está infringindo a lei, ele simplesmente aborda os demais presentes, em detrimento das ações praticadas por um só. Nessa situação, fica claro que para o abuso ser razoável é necessário ponderar nas atitudes que irá tomar diante do poder que lhe é atribuído.

Nem sempre, a utilização do termo razoabilidade expressará o sentido técnico que se busca apresentar. Muitas vezes, quando se trata de razoabilidade, pensa-se logo em se agir com moderação, mas dentro da aplicação da norma pelo julgador, se está diante de situação que permita tal interpretação, logo aquele que detém o poder de julgar deve ser razoável na hora de aplicar a pena, em função da gravidade dos atos cometidos, correndo o risco de se não observar os princípios, ser injusto.

O chamado Princípio da Razoabilidade, consagrado nas decisões da Suprema Corte norte-americana, tem origem no desenvolvimento de uma noção substitutiva da cláusula do

¹⁹⁹ (MACHADO, 2004, p.155).

²⁰⁰ (CINTRA E PONTES, 2001, p. 65).

²⁰¹ (MACHADO, 2004, p. 154).

devido processo legal em contraste com uma noção originária meramente processual. A cláusula do devido processo legal garante procedimentos justos e equilibrados a serem observados na solução de conflitos de interesses ou outros casos postos à decisão judicial.²⁰²

No Brasil, não se encontra expresso na Constituição o Princípio da Razoabilidade, mas se sabe que ele se encontra implícito no texto da Carta Magna, servindo de sopesador das decisões pelo intérprete da norma no momento de aplicar a Lei.

O Supremo Tribunal Federal tem feito uso do Princípio da Razoabilidade quando da decisão em processo de liminar no indeferimento dos mesmos ou em recursos, querendo expressar a exigência de que a causa do pedido ou do próprio recurso esteja articulada com o fim pleiteado, em uma relação lógica e em harmonia com a ordem jurídica vigente. Na utilização do mesmo, o Ministro Marco Aurélio referiu-se ao princípio como exigência de racionalidade, atributo que deve ter toda argumentação técnica.

Percebe-se, no ordenamento ficto, princípios moderadores utilizados no julgamento de lides diversos. Nesses casos, o princípio da razoabilidade serve de diretriz de senso comum, ou mais exatamente, de bom-senso do julgador, no campo do Direito, onde se faz necessário esse bom-senso jurídico, à medida que as exigências formais que decorrem do Princípio da Legalidade tendem a reforçar mais o texto das normas, a palavra da lei, que o seu espírito. O Princípio da Razoabilidade, instrumento de busca da realização da justiça, tem seu uso expressamente resguardado na própria Constituição Federal de 1988, quando o texto constitucional elegeu como um objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, no seu Art. 3º, I, construir uma sociedade livre, justa e solidária²⁰³.

A razoabilidade refere-se a uma propriedade mais ligada à prudência individual, no contexto da ação humana, capaz de ser avaliada em determinado contexto que leve em conta uma relação entre o ato praticado e os valores que motivaram a realização do ato, a fim de se proceder à verificação teleológica do sistema como um todo, a partir dos valores constitucionalmente erigidos em sua relação dialética²⁰⁴ com o sistema social.

Concebe-se por todo o contexto que a razoabilidade exige que as medidas estatais sejam racionalmente aceitáveis e não arbitrárias, a fim de não vir a causar danos ao contribuinte e à sociedade, como assevera os Ministros do STF, quando reconheceram a

²⁰² (BARROS e BARROS, 2004).

²⁰³ Art. 3º - Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária.

Constituição Federal de 1988, Art. 3º, Inciso I.

²⁰⁴ (CARVALHO, 2005, p. 363).

inconstitucionalidade de alguns atos da Administração Fiscal que resultaram no fechamento de algumas empresas pela impossibilidade de continuidade de suas atividades, mediante o poder de polícia do Estado, impondo sanções políticas.

4.1.5 Princípio da Liberdade de Tráfego

O princípio da liberdade de tráfego está disciplinado no Art. 150, inciso V, da Constituição Federal de 1988. Esse dispositivo proíbe os entes federados (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), de “estabelecer limitações ao tráfego de pessoas ou bens, por meio de tributos interestaduais ou intermunicipais, ressalvado a cobrança de pedágio pela utilização de vias conservadas pelo Poder Público e a cobrança do ICMS na circulação de mercadorias”.

Com a criação deste dispositivo constitucional o legislador buscou evitar que os entes políticos criassem tributos, principalmente taxas, incidentes sobre o acesso das pessoas e bens em seus territórios. Visto, pois ser muito comum nos primórdios da civilização cobrar tributos aos transeuntes, por se encontrarem em terras alheias, quem não pagasse aquela taxa de pedágio, ali não poderia transitar.

Percebe-se claramente que a cobrança além de ter finalidade arrecadatória, igualmente constituía uma limitação ao direito das pessoas de se locomoverem livremente no território nacional de posse de seus bens.

Nas civilizações atuais, consideradas modernas, este tipo de conduta foi banida, o que não implica que alguns países que ainda estão em atraso econômico adotem tal conduta.

A intenção do legislador Constituinte foi criar a limitação e vedação de instituição de tributo em cuja hipótese de incidência seja elemento essencial à transposição das fronteiras do Estado, ou do Município. Tal vedação não atinge a cobrança de impostos em operações de circulação de mercadorias de um Estado para outro, ou de um Município para outro, mas é condição basilar que tal cobrança não vise dificultar a transposição das fronteiras, podendo ser cobrado o imposto na circulação interestadual de mercadorias, desde que o início tenha se dado na operação e circulação interna.

Machado,²⁰⁵ ao analisar os dispositivos contidos no item III do Código Tributário Nacional faz ponderações ao princípio em análise, por entender que não significa que as

²⁰⁵ (MACHADO, 2004, p. 121).

operações interestaduais gozem de imunidade na tributação. Para ele, o que não pode haver é agravamento do ônus tributário, pelo fato de a operação ser interestadual ou intermunicipal.

No Brasil, a lei maior garante aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a livre locomoção no território nacional em tempo de paz e as pessoas têm ampla liberdade, nos termos da lei, para adentrar, permanecer e sair com seus bens (Art. 5º, XV, da CF/88).

Quando se fala “nos termos da lei”, o leitor já entende que essa liberdade não é absoluta, pois como tudo na vida, sempre há uma subjetividade, uma relatividade. Mesmo assim, o Estado tem a obrigação de saber quem adentra as suas fronteiras, que bens possuem, para até mesmo regularizar a situação civil daquele cidadão. Igualmente, a expressão “nos termos da lei” suscita dúvidas e abre exceções, sendo uma delas a cobrança do ICMS interestadual e a outra, a cobrança de pedágios.

Esse fato remonta a seguinte conclusão: a pessoa tem liberdade de transitar, mas se ela estiver portando objetos para comercializar ou realizando operações econômicas em outro estado, ela deverá pagar um tributo àquele ente federativo, pois cada estado tem autonomia e suas receitas são advindas dos impostos recolhidos. Nesse contexto, o legislador constituinte pretendeu evitar que o ente estatal se valesse do tributo para atingir as liberdades pessoais e patrimoniais dos cidadãos, garantindo a liberdade de locomoção em todo território nacional. Logo, os entes tributantes não podem estabelecer limitações ao tráfego de pessoas ou mercadorias, por meio de tributos interestaduais ou intermunicipais.

No que se refere ao pedágio, observa-se ainda, muita insegurança em relação a sua natureza jurídica (tributária ou não). Porém, ao ler a segunda oração do inciso V do Art. 150 da CF, o constituinte originário deixa subentendido que o pedágio é um tributo que tem por fim limitar o tráfego de pessoas ou bens nos limites interestaduais ou intermunicipais, ressalvados a cobrança de pedágio pela utilização de vias conservadas pelo Poder Público.

É de bom alvitre salientar que a expressão Poder Público engloba tanto um órgão da administração direta, como as pessoas jurídicas de direito público integrantes da administração indireta. O STF já se posicionou sobre a natureza jurídica dessa exação e entendeu tratar-se de taxa de serviço (RE 181.475-6/RS) ²⁰⁶.

Como se pode perceber, a finalidade do Princípio da não Limitação do Tráfego é evitar que os entes políticos criem tributos (normalmente taxas) incidentes sobre a passagem

²⁰⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Especial. Matéria Tributária. RE 181.475-6-RS, Rel.Min. Carlos Velloso, julgamento em 4-5-1999, Segunda Turma STF, unânime, DJU 1 de 25-6-99. p. 28.

de pessoas e bens em seus territórios, bem como garantir o direito de ir e vir do cidadão, logo o pedágio e o ICMS convivem em harmonia com o postulado, pois estes não impedem o trânsito das pessoas no território nacional.

4.1.6 Princípio da Vedação do Confisco

Inicialmente importa explicar o termo confisco no sentido literal e, posteriormente, no sentido jurídico tributário. Para Silva,²⁰⁷ o termo “confisco” possui o seguinte significado: “Confisco, ou confiscação, é vocábulo que se deriva do latim *confiscatio*, de *confiscare*, tendo o sentido de ato pelo qual se apreendem e se adjudicam ao fisco bens pertencentes a outrem, por ato administrativo ou por sentença judiciária, fundados em lei”.

Na concepção jurídico-tributária de Castilho,²⁰⁸ o confisco tributário corresponde a uma ação do estado, empreendida pela utilização do tributo, a qual retira a totalidade ou parcela considerável da propriedade do cidadão contribuinte, sem qualquer retribuição econômica ou financeira por tal ato.

De forma sintética, Luciano Amaro define que “confiscar é tomar para o Fisco, despossar alguém de seus bens em proveito do Estado”.²⁰⁹ E quando ocorre esta apropriação desmesurada do Estado contra a propriedade do particular em matéria tributária este tributo torna-se inconstitucional e abusivo.

Na ordem dessa discussão, Machado²¹⁰ define tributação com efeito de confisco:

Tributo com efeito de confisco é tributo que, por ser excessivamente oneroso, seja sentido como penalidade. É que o tributo, sendo instrumento pelo qual o Estado obtém os meios financeiros de que necessita para o desempenho de suas atividades, não pode ser utilizado para destruir a fonte desses recursos.

Vale recordar que o princípio da vedação ao confisco deriva do princípio da capacidade contributiva e a lógica indica que o contribuinte só pode pagar até o limite imposto pela sua capacidade econômica, pois seria criminoso atentar contra o indivíduo além de suas possibilidades. Porém, para se falar em capacidade contributiva é necessário conhecer

²⁰⁷ (SILVA, 2006, p. 242).

²⁰⁸ (CASTILHO, 2002, p. 39).

²⁰⁹ (AMARO, 2008, p. 144).

²¹⁰ (MACHADO SEGUNDO, 2010, p. 298).

a quem se destina o postulado do não confisco na seara tributária, bem como delimitar a confiscatoriedade nos casos concretos.

Pacheco²¹¹ entende que, o tributo terá efeito confiscatório se este for excessivamente oneroso, isto é, sentido como penalidade. Logo, depreende-se que o princípio da vedação ao confisco se dirige ao legislador infraconstitucional e também ao intérprete, bem como ao aplicador da lei - o Poder Judiciário, pois será este último que terá o encargo de dizer se no caso concreto haverá ou não o confisco. Assim, pode-se afirmar que o dispositivo do Art. 150, IV da Constituição²¹² está direcionado primeiramente ao legislador infraconstitucional e, subsidiariamente, ao intérprete e ao aplicador da lei.

Para Goldschmidt,²¹³ a tributação confiscatória seria aquela que absorvesse 100% do bem tributado, todavia o “efeito de confisco” ocorreria antes, desde o momento em que a tributação soasse como penalização injustificada, por exagerada e irrazoável.

Ichihara²¹⁴ depreende que, nos casos da tributação com efeito de confisco, a exação fiscal deve limitar-se a participar de um percentual ou de uma parte da riqueza produzida pelo contribuinte e não confiscar toda a renda ou patrimônio, pois isso desvirtua a própria natureza do tributo.

É oportuno tecer comentários acerca dos efeitos do confisco para o contribuinte, pois isso está intimamente ligado à aferição tributária entre Estado e contribuinte, uma vez que a lei não proíbe o confisco e sim o efeito deste.

Horvath²¹⁵ afirma que, a expressão “efeito”, descrito na Constituição Federal, amplia o alcance do princípio, tornando-o aplicável não apenas aos tributos que absorvam totalmente um bem, mas também na sua parcialidade. Afinal, confisco é confisco. Igualmente, disserta o estudioso sobre os casos de tributos não previstos em lei, ou seja, inconstitucionais, e que assumem caráter de tributo com efeito de confisco, posto que, ao não observarem o princípio da legalidade, invadem vorazmente o bolso do contribuinte que será obrigado a pagar

²¹¹ (PACHECO, 1965, p. 397-398).

²¹² Constituição Federal - Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: [...] IV - utilizar tributo com efeito de confisco.

²¹³ (GOLDSCHMIDT, 2003, p. 50).

²¹⁴ (ICHIHARA, 2009, p. 67).

²¹⁵ HORVATH, Estevão. **O Princípio do Não-confisco no Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, 2002. p. 40 e 41: “[...] se a vedação genérica do confisco está a proibir que a tributação seja onerosa a ponto de retirar 100% da renda ou do patrimônio de alguém (o que, de per si, é suficientemente óbvio para prescindir de jurisprudência que o diga), ao vedar-se a ‘utilização de tributo com efeito de confisco’ se estaria ampliando o alcance do princípio, na medida em que não seria confiscatório somente quando se priva a pessoa das suas rendas ou bens por meio da tributação, mas também quando restasse comprovado que a imposição de que se cuida produziu esse indesejado efeito”.

determinada exação, diminuindo o seu patrimônio. Depreende-se que essa não deixa de ser uma forma de confisco²¹⁶.

Daí se dizer que pode assumir a fisionomia de confisco a privação patrimonial em si e a situação na qual se produziu este indesejado efeito. É nesse ponto que entra o papel do Judiciário, tanto para delimitar o efeito do confisco, como para resguardar e zelar pela dignidade do contribuinte que, ao identificar tributo não regulamentado, em lei deverá provocar este órgão, pois qualquer exigência econômica na seara tributária, não previsto em lei, também será uma forma de confisco.

Essa é uma questão complexa tendo em vista que, a grande maioria dos estudiosos traz uma idéia *de per si* do efeito confiscatório, embora nenhuma pessoa ainda tenha ousado delimitar, dizer, demonstrar o *quantum* confiscatório. Por este motivo, é que Carvalho (2004) afirmou que ainda está para ser elaborada uma doutrina que trate sobre esse tema.

Quando o Art. 150, IV da CF veda a utilização do tributo com efeito de confisco, surge uma dúvida: será que o efeito confiscatório deve ser feito em função da carga tributária total do contribuinte ou poderá ser tão somente sobre o tributo individualizado? Machado²¹⁷ posiciona-se dizendo que, “o caráter confiscatório há de ser avaliado em função do sistema, vale dizer, em face da carga tributária resultante dos tributos em conjunto”.

Igualmente, o STF já se posicionou acerca do tema e concluiu que o caráter confiscatório do tributo deve ser avaliado à luz de todo o sistema tributário, isto é, em relação à carga tributária total, resultante dos tributos em conjunto, exigidos por certa pessoa política e não em função de cada tributo isoladamente analisado. Tal posição está bem clara, consoante trecho da ADIMC n. 2.010 - DF.²¹⁸

²¹⁶ É o que se observa nas palavras HORVATH: “Seja como for, ‘utilizar tributo com efeito de confisco’ é expressão (não a única), desdobramento, da proibição de confisco. Em outras palavras, ela está abrangida pela proibição genérica de confisco. Assim, mesmo quando um tributo não estiver sendo usado com ‘efeito de confisco’, poderá ele ser reputado confiscatório por outras razões. É o que ocorre, por exemplo, ao criar-se um tributo inconstitucional, de forma não autorizada pelo texto constitucional [...]. Assim, cada vez que se fuja dos contornos constitucionais no sentido de se criar tributo não autorizado ou que exceda no seu montante aquilo que razoavelmente se pode presumir de sendo, estaremos diante de exação confiscatória” (HORVATH, 2002, p. 50).

²¹⁷ (MACHADO SEGUNDO, 2010, p. 46).

²¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade. Matéria Tributária. Tributação. ADI MC 2.010/DF.Rel. Min. Celso de Mello.Julgamento em. 30-09-1999, Pleno, STF, DJU 12-4-02. p. 302.

Ementa: “[...] A identificação do efeito confiscatório deve ser feita em função da totalidade da carga tributária, mediante verificação da capacidade que dispõe o contribuinte – considerado o montante de sua riqueza (renda e capital) – para suportar e sofrer a incidência de todos os tributos que ele deverá pagar, dentro de um determinado período, à mesma pessoa política que os houver instituído (a União Federal, no caso), condicionando-se, ainda, a aferição do grau de insuportabilidade econômico – financeira, à observância, pelo legislador, de padrões de

Assim, a Constituição Federal de forma expressa proíbe a tributação com efeito de confisco, sob todos os aspectos e, a esse respeito, o Ministro Oscar Dias Corrêa (1986) defende que no Brasil, os contribuintes já estão no limite da capacidade contributiva, não sendo aconselhável onerá-los ainda mais.

No mesmo sentido, Difini²¹⁹ recorda que a Constituição Federal não excepciona a incidência do princípio do não confisco. Nela “o limite é mais além do que na tributação com finalidade fiscal; mas um limite existe, pois a proibição constitucional é de utilizar tributo com efeito de confisco e não apenas de utilizar tributo com finalidade exclusivamente fiscal com efeito de confisco”.

Por fim, seguindo a interpretação dada pelos autores destacados, tem-se que o tributo não pode gerar uma penalização pelo exercício da atividade pelo contribuinte, pois não há dispositivo constitucional que permita o exercício da tributação sancionatória ou que anule o exercício de direitos constitucionalmente assegurados. Apesar das vedações constitucionais, cabe ao Judiciário dizer, em cada caso, se o tributo tem ou não efeito de confisco.

4.1.7 Princípio da Capacidade Contributiva

O princípio da capacidade contributiva compreende-se como sendo a potencialidade do sujeito passivo da relação tributária de agregar ao patrimônio e necessidades do Erário, recursos que não afetem sua própria possibilidade de gerir os tributos, sob o risco de ter a tributação transformada em confisco.²²⁰

Pode-se afirmar que tal princípio cria critério diferenciador dos contribuintes, pois cada um contribuirá com quanto puder para cooperar com as despesas públicas, conforme a capacidade contributiva. Nesse contexto, o princípio da capacidade contributiva representa a situação fática de que cada contribuinte é tributado segundo a sua capacidade de suportar a carga tributária a ele imposta, ou seja, de acordo com sua capacidade contributiva e a sua capacidade de realizar a contribuição. Desta forma, cada contribuinte arca com um ônus tributário tanto mais elevado quanto maior for a sua capacidade de suportar o ônus.

razoabilidade destinados a neutralizar excessos de ordem fiscal eventualmente praticados pelo Poder Público. Resulta configurado o caráter confiscatório de determinado tributo, sempre que o efeito cumulativo – resultante das múltiplas incidências tributárias estabelecidas pela mesma entidade estatal – afetar, substancialmente, de maneira irrazoável, o patrimônio e/ou os rendimentos do contribuinte”.

²¹⁹ (DIFINI, 2006, p. 226).

²²⁰ (MARTINS, 1983, p. 28-29).

Não podemos confundir a capacidade contributiva do contribuinte com sua capacidade econômica, sendo importante tecer distinção entre os dois conceitos, pois enquanto a capacidade contributiva se relaciona com a relação jurídica entre fisco e contribuinte, a capacidade econômica é a exteriorização da potencialidade econômica de alguém, independente de sua vinculação ao referido poder tributante²²¹. Ou seja, a capacidade econômica é representada pela capacidade que o contribuinte possui de suportar o ônus tributário em razão dos seus rendimentos. Utilizando-se dos exemplos apresentados por Martins²²², podemos citar o caso de um contribuinte que percebe remuneração mensal de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) e um contribuinte que percebe remuneração mensal de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais). Apesar de ambos estarem na mesma condição de contribuintes, o imposto pago pelo primeiro será graduado conforme a sua capacidade de suportar a carga fiscal, enquanto o segundo, pagará na proporção de sua capacidade de cumprir a obrigação jurídica de determinada prestação de natureza tributária para com o fisco.

Conti²²³ ao citar Moschetti coloca a capacidade econômica, como sendo apenas uma condição necessária para a existência de capacidade contributiva, sendo esta capacidade econômica qualificada por um dever de solidariedade, orientada e caracterizada por um prevalente interesse coletivo, não podendo ser analisada de forma separada a riqueza do indivíduo das exigências coletivas.

Elucidando de forma brilhante as nuances que envolvem os dois conceitos, Natoli²²⁴ afirma que a expressão "capacidade econômica" é ainda mais vaga que "capacidade contributiva", tornando-se difícil diferenciar os dois conceitos. Para tanto, apresenta o exemplo de um sujeito que pode ser capaz economicamente, no sentido de possuir renda ou patrimônio, mas não possuir capacidade contributiva, se esta renda ou patrimônio permitir somente um mínimo vital, intributável. Conclui o autor demonstrando a natureza "essencialmente", mas não "exclusivamente" econômica da capacidade contributiva.

No caso da capacidade contributiva, o objetivo central não é como são gastos os recursos obtidos com a tributação, ou seja, a realização das despesas por parte do Estado não é ponto fundamental, pois o que realmente é ponto preocupante para a entidade tributante é a receita, por ser necessária à realização das funções públicas.

²²¹ (MARTINS, 1983).

²²² (MARTINS, 1983).

²²³ (CONTI, 1997, p. 34).

²²⁴ (NATOLI, 1979, p. 36).

A capacidade contributiva segundo Schoueri²²⁵ se apresenta sob duas feições: absoluta e relativa. Do ponto de vista relativo, a capacidade contributiva se aplica a todos os tributos, já do ponto de vista absoluto, tem-se como critério a graduação e limite do tributo empregado, como forma de distinguir quem será contribuinte.

Esse princípio compreende a parcela da riqueza de que o contribuinte pode dispor para voltar-se à coletividade. Ou seja, a graduação da capacidade econômica do contribuinte de suportar a tributação que lhe será imposta pelo Estado.

O contribuinte encontrará no Princípio da Capacidade Contributiva uma proteção de seu patrimônio que não será extorquido por aplicação de carga tributária superior ao limite de suportabilidade de seu próprio patrimônio. Ou seja, a pessoa que receber rendimentos consideráveis, mas estiver com seus rendimentos comprometidos em virtude de despesas com tratamentos clínicos, medicamentos, terá esse indivíduo capacidade econômica, mas a capacidade contributiva presume-se na condição do contribuinte suportar a tributação, pois não pode o agente tributante constranger o indivíduo a contribuir para as despesas públicas, quando ele se encontra apenas com o mínimo necessário para sua sobrevivência.

Segundo Martins,²²⁶ capacidade contributiva se traduz na capacidade do contribuinte relacionada com a imposição específica ou global, sendo, portanto, dimensão econômica particular de sua vinculação ao poder tributante, nos termos da lei.

No mesmo sentido, Gouveia²²⁷ vê na capacidade contributiva a medida que informa a fiscalidade, uma vez que impõe ao Estado cobrar tributos de seus súditos que tenham capacidade para ser tributados.

Baleeiro,²²⁸ por sua vez, define a capacidade contributiva do indivíduo como sendo sua idoneidade econômica para suportar, sem sacrifício do indispensável, a vida compatível com a dignidade humana, uma fração qualquer do custo total dos serviços públicos.

O Princípio da Capacidade Contributiva tem sua origem atrelada aos conceitos de justiça fiscal. Conti²²⁹ faz menção à existência de seus registros em Atenas, através de um imposto direto exigido nos tempos de Sólon, que previa a existência de quatro categorias, conforme a fortuna do contribuinte.

²²⁵ (SCHOUERI, 2011, p. 311-312).

²²⁶ (MARTINS, 1989).

²²⁷ (GOUVEIA, 2006).

²²⁸ (BALEEIRO, 2010, p. 272).

²²⁹ (CONTI, 1997, p. 47).

Em Atenas havia uma contribuição para o custeio da marinha nacional que era cobrada dos cidadãos cuja fortuna atingia 10 "talentos". Dessa forma, mantinha-se um registro da importância devida por cada cidadão, em conformidade com a fortuna do contribuinte²³⁰.

No contexto histórico, vamos encontrar nas lições de Adam Smith, em sua obra datada de 1776, referência à relação direta da obrigação de contribuir do indivíduo com sua capacidade, ao se afirmar que "os súditos de cada Estado devem contribuir o máximo possível para a manutenção do Governo, em proporção a sua respectiva capacidade." Segundo Adam Smith,²³¹ todos os cidadãos devem contribuir com gastos públicos em "proporção a sua capacidade", ou mais especificamente, em proporção às "rendas de que desfruta sob a proteção do Estado", sob pena de se caracterizar uma situação de desigualdade. Assim, todos têm de contribuir em proporção ao seu interesse no Estado.

Na Constituição de 1988, encontramos positivado o Princípio da Capacidade Contributiva no texto do Art. 145, §. 1º. da CF/88²³² do qual se extrai as expressões "sempre que possível" remontando o caráter pessoal e referindo-se a duas situações: o caráter pessoal e a capacidade econômica do contribuinte. Assim, sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal; e, sempre que possível, serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte.

No entanto, essa não é opinião unânime, como esclarece Xavier²³³:

É certo que o par. 1º. do art. 145 condiciona à ressalva "sempre que possível" a imperatividade do caráter pessoal dos impostos e a sua graduação segundo a capacidade contributiva. Mas esta ressalva constitucional deve ser interpretada no sentido de que apenas não estão submetidos aos referidos comandos os impostos cuja natureza e estrutura com eles sejam incompatíveis. O IOF e o ICMS são exemplos de impostos que não seria possível submeter ao princípio do "caráter pessoal". Já, porém, no que concerne ao princípio da graduação segundo a capacidade econômica não encontramos nenhum caso - dentre a lista de tributos previstos na Constituição - cuja natureza e estrutura com ele não se acomode, valendo, pois, a referida ressalva para eventuais impostos criados ao abrigo da competência residual da União, regulada no art. 154.

²³⁰ (CASTRO, 1990).

²³¹ (apud, VELOSO, 2010, p. 157)

Art. 145 da CF/88 - A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos: **Impostos. Graduação segundo a capacidade econômica do contribuinte:** "§ 1º - Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte".

²³³ (apud CONTI, 1997, p. 47).

Com isso, percebe-se que o referido Princípio não é aplicável em todos os casos e, na opinião do autor, não se vislumbra exceções ao Princípio. Presume-se, do disposto no texto, que há situações em que não será observado esse Princípio. Corroborando com a idéia de Xavier, Machado assim leciona:

Realmente, a expressão sempre que possível diz respeito apenas à atribuição de caráter pessoal aos impostos. Não à graduação destes segundo a capacidade econômica dos contribuintes. Além do argumento de Silva Martins, que é, sem dúvida, de grande valia, pode-se dizer que o elemento sistemático realmente conduz a tal entendimento, pela razão, aliás muito simples, de que sempre é possível graduar os impostos segundo a capacidade econômica do contribuinte. Assim, e tendo em vista que nem sempre é possível atribuir-se caráter pessoal aos impostos, o entendimento da prescrição constitucional em exame outro não pode ser. [...] Por isto não temos dúvida em afirmar que o sentido da cláusula sempre que possível contida no art. 145, par. 1o., da Constituição Federal, é o de permitir a existência de impostos sem caráter pessoal, e não o de permitir impostos que não seja graduado segundo a capacidade econômica do contribuinte²³⁴

Sob a análise desse autor, percebe-se ser certo que nem todos os impostos têm caráter pessoal, posto ser possível se verificar a existência de impostos em que as características do contribuinte não são previamente conhecidas. Dessa forma, é impossível se avaliar suas exatas condições econômicas.

Interpretando o princípio da capacidade contributiva temos que no caso concreto somente podem ser liquidado impostos, a partir da renda e, através do referido princípio, ter-se-á o critério que define com que parte da renda permanentemente deve ser satisfeito o imposto. Por esse princípio, entende-se que cada qual deve pagar impostos de conformidade com o montante de sua renda, desde que este não ultrapasse o mínimo existencial e não seja empregado para obrigações privada inevitáveis.

Os impostos somente podem ser satisfeitos a partir da renda. Com isso, o cidadão é economicamente capaz de contribuição na medida de sua renda total. Mas, desde que ele necessite para sua própria existência e para o cumprimento de obrigações privada inevitáveis, a renda não é disponível para o pagamento de impostos. Nessa hipótese, afasta-se a existência de capacidade contributiva, visto que o princípio da capacidade contributiva está delineado a, permanentemente, gerar renda a partir da capacidade contributiva sem, com isso, exaurir nem mesmo pouco a pouco, a capacidade contributiva, só podendo a renda ser retirada para fins fiscais, à medida que isso não leve ao esgotamento da fonte tributária.

²³⁴ (MACHADO apud CONTI, 1997, p. 47).

Observa-se que o Princípio da Capacidade Contributiva está interrelacionado com o Princípio da Isonomia, posto que o fisco deverá impor carga tributária igual para todos contributivamente capazes, dando tratamento igual a todos os capazes de contribuir.

O imposto de renda encontra-se na linha do imposto ideal para o Princípio da Capacidade Contributiva. No entanto, várias são as questões que se insere ao tema: conceituar renda seria uma delas, como também decidir se os acréscimos patrimoniais fariam parte da renda. Ao se responder tais questões, estar-se-ia diante da análise da capacidade que cada indivíduo tem de suportar, em relação à carga tributária que lhe é imposta.

Sob uma perspectiva ético-social, Velloso²³⁵ defende a exigência de uma tributação conforme a capacidade contributiva, sendo esta protegida por princípios éticos fundamentais, que seriam vilipendiados, caso se exigisse dos pobres as mesmas prestações tributárias impostas aos economicamente privilegiados.

Sob uma análise ético-filosófica, a graduação dos impostos segundo a capacidade econômica dos contribuintes, constitui manifestação específica da justiça distributiva, a qual Aristóteles teorizou como sendo uma exigência essencial da justiça distributiva, e, portanto, uma imposição da justiça do Direito Público²³⁶.

Assim, decorre do princípio da capacidade contributiva que a hipótese de incidência e a base de cálculo dos impostos devem ter inequívoca dimensão econômica, como no caso da obtenção de rendimentos, da propriedade de um imóvel, da prática de uma operação financeira, situações que representam a obtenção de renda capaz de ser tributada. Assim, seria inconstitucional a cobrança de um imposto sobre atos que não gerassem renda, como no caso do celibato.

No mesmo sentido, encontra-se nas lições de Carrazza²³⁷ a situação do "imposto único" que se tivesse sido instituído, feriria o Princípio da Capacidade Contributiva, porquanto teria a mesma alíquota, independentemente da capacidade econômica do contribuinte.

Tem-se no princípio em análise uma "norma realizadora da justiça fiscal", presente na Constituição da República Portuguesa, texto de 1967, Art. 106 que dispõe sobre o sistema fiscal, que será estruturado por lei, com vistas à repartição igualitária da riqueza e dos

²³⁵ (VELLOSO, 2010, p. 165).

²³⁶ (VELLOSO, 2010, p. 167).

²³⁷ (CARRAZZA, 2012, p. 121).

rendimentos. O que se traduz na verificação da capacidade econômica do indivíduo em relação à carga tributária que lhe é imposta.

No mesmo sentido, a Constituição da Nicarágua de 1986 estabelece que o sistema tributário deve levar em consideração a distribuição da riqueza e da renda. Seguindo as Constituições anteriores, têm-se as Constituições da Espanha e da Itália fazendo referência direta à necessidade de adequação da tributação em relação à capacidade contributiva do contribuinte²³⁸.

Conclui-se que o Princípio da Capacidade Contributiva é algo inerente ao próprio poder de tributar do Estado, servindo como delimitador natural deste. Martins²³⁹ enfatiza que "o poder de tributar ou poder fiscal é a faculdade de que goza o Estado soberano de exigir das pessoas que vivem sob sua jurisdição, dentro da capacidade contributiva, uma prestação pecuniária destinada a atender aos encargos que lhe são próprios".

Não menos importante na análise que se faz nessa dissertação, é adentrar no estudo das sanções políticas, desprezando os conceitos iniciais das espécies de sanções administrativas fiscais e sanções tributárias²⁴⁰, por se entender que elas não fazem parte direta da proposta, mas participam de forma indireta, enquanto meios legais para a efetivação do crédito tributário por parte do Estado. Entende-se que se não forem observadas, podem desaguar na própria aplicação de sanções políticas.

4.1.8 O Devido Processo Legal

O Devido Processo Legal encontra-se intimamente ligado ao Estado Democrático de Direito, por se constituir em um princípio garantidor dos direitos individuais do indivíduo de se ver protegido dos atos arbitrários da Administração Fiscal.

Com as garantias dadas ao contribuinte, pessoa física ou jurídica, no contexto da ordem econômica constitucional, era necessário garantir-lhe o acesso ao poder judiciário, quando se sentisse lesado em seus direitos. Para tanto, a Constituição de 1988 trouxe como princípio garantidor de acesso ao judiciário o devido processo legal que se encontra

²³⁸ (MACHADO, 2004, p. 71).

²³⁹ (MARTINS, 2003, p. 48).

²⁴⁰ Para maior aprofundamento nos conceitos de sanções, suas espécies, sugere-se as obras: Sanções Tributárias, coordenado por Ives Gandra da Silva Martins; Infrações Tributárias e suas sanções, Sacha Calmon Navarro Coelho; Sonegação Fiscal e identidade constitucional, Paula Dezri Botelho.

intimamente interligado ao livre acesso, ao contraditório, o duplo grau de jurisdição e o direito de petição constante no Art. 5º, LV²⁴¹ da Constituição Federal.

Ressalta-se que o Princípio do Devido Processo Legal funciona como uma abertura sistêmica a valores morais de uma determinada sociedade e permite a Suprema Corte adaptar o ordenamento ao macrossistema social²⁴², estando ligado ao princípio da razoabilidade que teve sua origem a partir do próprio Princípio do Devido Processo Legal.

Fazendo uma abertura ao direito comparado, tem-se a trajetória do Devido Processo Legal, estando escrito na Magna Carta de 1215, reconhecido como um dos grandes antecedentes do constitucionalismo, sendo posteriormente consagrado na Constituição norte-americana nos Artigos 5º. e 14º, tornando-se uma das principais fontes da jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos²⁴³.

Ao lado dos princípios constitucionais da Igualdade, Razoabilidade e Proporcionalidade, tornou-se um instrumento de defesa dos direitos individuais, ensejando o controle do arbítrio do Legislativo e da discricionariedade governamental, sendo através do Devido Processo Legal que se procede ao exame de razoabilidade e de racionalidade das normas jurídicas e dos atos do Poder Público em geral.

Através do *substantive due process* viu-se a ascensão do Judiciário, tendo sido através do fundamento do Devido Processo Legal que se possibilitou o exame de mérito dos atos do Poder Público, com a redefinição da ideia central de discricionariedade. Sobre essa questão Barroso faz referência à dificuldade de compreensão conceptual da cláusula, citando o "Justice Harlan", da Suprema Corte Americana:

Devido processo não foi ainda reduzido a nenhuma formula: seu conteúdo não pode ser determinado pela referência a qualquer código. O melhor que pode ser dito é que através do curso das decisões desta Corte ele representou o equilíbrio que nossa Nação, construída sobre postulados de respeito pela liberdade do individuo, oscilou entre esta liberdade e as demandas da sociedade organizada.²⁴⁴

No final do século XIX, período que se viu uma maior intervenção do Estado na ordem econômica, a Suprema Corte fez-se intérprete do pensamento liberal, fundado na ideia

²⁴¹ Art. 5º, LV.

²⁴² (CARVALHO, 2005, p. 360).

²⁴³ (BARROSO, 2004, p. 218).

²⁴⁴ (BARROSO, 2004, p. 119) - Voto proferido em *Griswold vs. Connecticut* 1965.

do *laissez faire*, que pregava a não interferência do Poder Público na ordem econômica, defendendo a menor interferência possível do Estado nos negócios privados. Esse período foi marcado pela atuação da Corte Suprema invalidando Leis que considerava inconstitucional, pelo seu caráter intervencionista, como ocorreu com a decisão proferida em "*Lochner vs. New York*", na qual, em nome da liberdade de contrato, se considerou inconstitucional a lei que limitava jornada de trabalho dos padeiros²⁴⁵.

Muitos foram os casos emblemáticos que marcaram a evolução das ações do Judiciário, marcando a trajetória da cláusula do Devido Processo Legal no Direito Constitucional norte-americano, influenciando o mundo e repercutindo sobre os ordenamentos jurídicos, atentos à busca da preservação do equilíbrio entre o exercício do poder e a preservação dos direitos dos cidadãos.

No caso das sanções políticas, destaca-se a necessidade de respeitar as garantias constitucionais de proteção aos direitos do contribuinte com o Devido Processo Legal. Como os atos da Administração Fiscal não são absolutos, possuem presunção de validade, levam a doutrina e a jurisprudência a entender que diante de qualquer ato administrativo, observar-se-á a obediência a um devido processo legal²⁴⁶. A Constituição Brasileira instituiu expressamente a cláusula do Devido Processo Legal no seu Art. 5º, XXXV, LIV, LV, assegurando aos cidadãos que se encontrarem sob o império do Estado, buscar o judiciário para ver seus direitos garantidos.

Estando na categoria de princípio, o Devido Processo Legal estabelece um dever de buscar um ideal de protetividade dos direitos em todos os procedimentos e processos instituídos pelo Poder Público, através de regras procedimentais adequadas à defesa dos direitos do contribuinte.

O STF e o STJ são unânimes em defender que seja adotado procedimento legalmente determinado na hipótese de restrições direta ou indireta de interesses privados. Quanto a isso, Àvila²⁴⁷ compreende ser necessário um procedimento previamente estabelecido por lei, não apenas quando um ato administrativo seja inquinado de nulidade, mas também quando, de qualquer forma, o patrimônio jurídico do particular seja objeto de restrição pelo Poder Público.

²⁴⁵ (BARROSO, 2004, p. 221).

²⁴⁶ (ÁVILA, 2004, p. 112).

²⁴⁷ (ÁVILA, 2004, p. 111).

No caso dos débitos tributários, a cobrança de tributos deverá se dar por meio de processo executório normatizado pela lei 6.830/80 que garantirá o contraditório e a ampla defesa na esfera judiciária, quando tal cobrança for indevida, abusiva e confiscatória, deixando para o judiciário a proteção dos interesses dos que estiverem litigando em juízo sob o manto da legalidade constitucional.

4.2 SANÇÕES POLÍTICAS

No Brasil, o pragmatismo que norteia as questões tributárias envolve uma realidade que leva o cidadão a se deparar com a mensuração de valores referentes a dívidas fiscais que alcançam patamares insuportáveis, capazes de gerar uma insegurança jurídica a todos os contribuintes.

Para se compreender a realidade brasileira que se mostra dissociada da realidade de outros países, apresenta-se aqui o exemplo dado por Siqueira, ao analisar a situação econômica do Brasil em relação aos países do Primeiro Mundo. Especificamente, destaca-se a situação das indústrias brasileiras durante o governo do Presidente Fernando Collor de Melo, período marcado pelos planos econômicos governamentais ocorridos no ano de 1990, que promoveu arrebatada abertura do mercado brasileiro a produtos internacionais os quais, além de terem preços mais competitivos, porque sujeitos à baixa carga tributária, não sofreram incidências parafiscais no Brasil que protegessem o produto nacional. Além disso, houve o confisco que reteve o capital de giro de empresas brasileiras, causando o endividamento fiscal e financeiro elevado.

Da mesma maneira, no ano de 1994, com a implementação do Plano Real capitaneado pelo então Ministro da Fazenda, Fernando Henrique Cardoso, viu-se um choque financeiro e econômico, fato ocasionado pela alta da inflação, pela aplicação de fundamentos econômicos ortodoxos que visavam, exclusivamente, ao controle do consumo e dos índices inflacionários, utilizando-se de políticas de majoração de juros internos e elevação da carga fiscal tributária que já se via em patamares elevados diante da realidade dos países desenvolvidos, entre eles a Alemanha.

Diante do quadro que se formou, a empresa brasileira acumulou débitos fiscais que foram capazes de inviabilizar, por completo, a continuidade das atividades, chegando

inclusive a serem vítimas dos processos de cobrança de impostos não pagos, com acréscimos de juros, multa e correção monetária superior a 30% do valor da dívida.

No contexto apresentado, vê-se a figura das sanções políticas que, historicamente, tem sua origem na cultura dos países de Primeiro Mundo, precisamente na Europa, a partir de eventos sociais e legais ocorridos no ano de 1215, sendo enterrada, quando firmada a Carta Magna, dando início ao Estado Constitucional de Direito.

Para se compreender essa relação do Estado como sendo detentor do poder maior e um indivíduo – cidadão pessoa física ou jurídica - que não possui qualquer poder, torna-se imprescindível a presença do poder judiciário vigilante e atuante para manter preservados os valores sociais e jurídicos que permeiam um Estado de Direito.

O século XVI foi marcado pelo Império, emergindo para uma República que teve seu fim com o aparecimento da era Vargas, marcada por um governo de forma democrática, mas manteve a concentração de poder, o que migrou para um sistema de características ditatoriais. Mesmo assim, o movimento democrático foi responsável pela queda do Governo Vargas.

Já com a Revolução de 1964, o país experienciou mais uma forma de concentração de poder, com o início da Ditadura Militar que se manteve no poder até meados dos anos 80 e, após esse período, conheceu governos ditos democráticos, mas revestidos das características que se viu no governo ditatorial, sendo capazes inclusive de ignorar os postulados do Estado Democrático de Direito.

Com essa postura, a autoridade desses governos fica esvaziada porque, como sua ação não apresenta ruptura com a ditadura, suas práticas constituem o abuso de autoridade. Essa forma abusiva de impor aquilo que o próprio agente não consegue imprimir por valor intrínseco, conduz à figura das sanções políticas que se traduz em uma forma distorcida de exercício de conceitos ditatoriais, no seio de um Estado Democrático de Direito.

No atual quadro governamental, vê-se o esvaziamento da autoridade do atual governo civil que se vê compelido ao uso do “abuso de poder” – “sanções políticas”, para impor a vontade governamental, em detrimento da vontade coletiva, mantendo conceitos ditatoriais que trazem como herança dos regimes políticos repressivos próprios da ditadura militar da era Vargas.

Em um Estado de Direito, tem-se, de um lado, a figura do governo ditando as normas e impondo a regulação e, do outro lado, não menos importante, por ser o detentor do poder de gerar riqueza com a realização de atividades econômicas que geram tributos, o cidadão -

pessoa física ou jurídica - na condição de hipossuficiente em relação ao Estado. No entanto, para diminuir as diferenças tem-se a figura do judiciário exercendo o controle nas relações entre Estado e contribuinte.

No tocante às leis, têm-se principalmente as que regulam os direitos dos contribuintes, como o CTN - norma específica na esfera tributária - devendo ser interpretadas, em consonância com os textos constitucionais, como mecanismo de equilíbrio na relação Estado e Contribuinte; há ainda os Regulamentos do ICMS, os Decretos Leis que regulam a forma de atuação do fisco em relação ao contribuinte e representam a máxima do Estado de Direito. Logo, fazer valer a lei é preservar o Estado, é assegurar a estabilidade das instituições, fato que pode ser observado pela ação do contribuinte ao ter direitos violados, provocando o poder judiciário, com o fim de fazer valer os seus direitos.

A Constituição estabelece a relação jurídica entre governo e contribuinte e, nos limites dessa, vê-se a autorização do Estado, no exercício governamental, adentrar na esfera da liberdade e propriedade privada, o que torna relevante a figura do Poder Judiciário exercendo o controle dessa relação quando provocado através das ações judiciais.

Martins²⁴⁸ considera a sanção tributária integrante e constitutiva do direito tributário e baliza-a com o nome de Direito Tributário Sancionatório, sendo o Código Tributário Nacional, no que concerne à obrigação tributária principal e acessória, o arcabouço das relações Estado e Contribuinte. Nessa relação, a primeira obrigação tem por objetivo o pagamento de tributo ou a penalidade pecuniária e extingue-se simultaneamente com o crédito dela decorrente.

A obrigação acessória decorre da legislação tributária e tem por objeto as prestações, positivas ou negativas, nela previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos. No mesmo sentido, advertências presentes no Código Tributário Nacional referentes ao não cumprimento da obrigação acessória, o que a converterá em obrigação principal, no que diz respeito à penalidade pecuniária..

Vários são os tipos de infrações presentes no Código Tributário destacando-se as infrações substanciais e as formais, sendo a primeira oriunda da desobediência à própria obrigação principal, que consiste na falta de pagamento de tributo e, a segunda, decorrente do descumprimento da forma prescrita, ou seja, das formas regulamentares.

²⁴⁸ (MARTINS, 1998, p. 114-115).

Ataliba,²⁴⁹ por sua vez, não compreende na categoria de obrigações a obrigação acessória, por lhe faltar características que a indique como sendo de cunho patrimonial, compreendendo nela apenas as obrigações que não constituam sanção por ato ilícito

O atual modelo de Código Tributário para a América Latina conceitua a infração como toda ação ou omissão que viole normas tributárias de índole substancial ou formal.²⁵⁰ Já o Código Tributário da Alemanha disciplina os atos tributários delituosos e prevê a aplicação das leis gerais de Direito Penal, se as normas penais das leis tributárias não dispuserem de outra forma²⁵¹.

O Código Tributário Chileno, aprovado pelo Decreto no. 963, de 17 de julho de 1978, rege as medidas de coerção para fazer cumprir as obrigações tributárias, como as infrações e sanções, ainda que de natureza criminal, e as cometidas por funcionários.²⁵²

No Código Tributário Nacional, pode ser visto o princípio da responsabilidade por infrações da legislação tributária, independentemente da intenção do agente ou do responsável, exceto quando a lei determinar o contrário, não importando a extensão e a natureza dos efeitos do ato.

O conceito de infração trazido pelo Regulamento do Imposto sobre Produtos Industrializados refere-se a toda ação ou omissão voluntária, que importe em inobservância de preceitos estabelecidos ou disciplinados pelo RIPI (LEI 11.196)²⁵³ ou pelos atos administrativos.

No âmbito do Direito Tributário, na inobservância aos preceitos normativos que regulam as obrigações principais e acessórias encontra-se, também, os efeitos diretos e indiretos dos atos do contribuinte, capazes de gerar a responsabilidade e conseqüentemente a aplicação de uma sanção. Porém, sem deixar de observar a razoabilidade e a proporcionalidade do ato em relação à sanção cabível, estará presente uma sanção política, violação aos preceitos legais e constitucionais, que é, de forma direta, verdadeira afronta à Ordem Econômica.

Considerando os aspectos da legalidade e segurança jurídica que se reveste as normas tributárias, não se concebe ações contrárias à legalidade, na concepção de um Estado de Direito, no qual se atribui à lei a função de principal instrumento da justiça material, uma

²⁴⁹ (ATALIBA, 2005, p. 8 - 9).

²⁵⁰ (SIQUEIRA, 2001, p. 30).

²⁵¹ (NOVO CÓDIGO ALEMÃO, 1978).

²⁵² (CÓDIGO TRIBUTÁRIO CHILENO). Disponível em: <www.wpo.int/wipolex>

²⁵³ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato20042006/2005/Lei/L11196.htm#art11%C2%A74.

vez que essa lei deve garantir, na maior extensão possível, a segurança jurídica ou certeza do Direito.

Seguindo a doutrina Alemã²⁵⁴ que tende a ver a essência da segurança jurídica na suscetibilidade de previsão objetiva, por parte dos particulares, das suas situações jurídicas, de modo que estes possam ter uma expectativa, precisa dos seus direitos e deveres, dos benefícios que lhe serão concedidos ou dos encargos que hajam de suportar.

No aspecto das sanções políticas busca-se os limites da legalidade, conjugados com a razoabilidade e proporcionalidade dos atos, para se garantir efetivamente ao contribuinte à segurança jurídica diante das ações do Estado, como bem proclamou Pio XII, ao afirmar que "a ordem jurídica querida por Deus nasce do inalienável direito do homem à segurança jurídica e, por ele, uma esfera concreta do direito protegida contra todo ataque arbitrário".²⁵⁵

Com a mesma concepção, João XXIII anunciou em sua Encíclica *Pacem in Terris* ser a segurança jurídica "direito fundamental da pessoa humana", o que se vê no ato da aplicação de sanções políticas é uma quebra na segurança jurídica do contribuinte que se vê obrigado a suportar sanções constrangedoras e despidas de previsão legal.

As sanções administrativas fiscais, instrumento de concretização do crédito tributário por parte do Estado, tem sua regulação no CTN, não albergando previsão para essa modalidade de sanção de natureza restritiva. Assim, o processo de execução fiscal encontra em lei específica a regulação da forma de efetivar a cobrança do crédito tributário em decorrência do inadimplemento do contribuinte, divergindo da natureza de sanção que se analisa.

No item que segue, analisa-se os aspectos gerais das sanções administrativas para se identificar a ausência de previsão legal do tipo de sanção de natureza restritiva como a que se denomina de sanções políticas.

4.2.1 Sanções Administrativas Fiscais e execução fiscal

A sanção surge a partir do descumprimento de uma lei. Como já dizia WBSTER,²⁵⁶ "a lei despida de sanção não é lei, mas simples conselho". Na seara administrativa tributária

²⁵⁴ (XAVIER, 1978, p. 43-45).

²⁵⁵ (XAVIER, 1978, p. 50).

²⁵⁶ (apud NEVES e CAMPOS, 1990, p.14).

tem-se a sanção como instrumento de repressão aos ilícitos e meio de angariar entrada de recursos para o Estado. Com efeito, um dos elementos que caracterizam a lei reside na existência de uma sanção a ser aplicada a quem infringir essa norma. No Direito Tributário, considerado um ramo autônomo do Direito, a sanção deve ser aplicada em conformidade com os princípios específicos do Direito Tributário, conforme dispõe o Artigo 113, § 1º, do CTN, ao afirmar que a obrigação principal tem como objeto (prestação) o pagamento do tributo ou penalidade pecuniária. Concluiu nesse sentido Campos²⁵⁷ que, quanto ao objeto da obrigação tributária principal, o tributo e a penalidade pecuniária são equivalentes.

De tal sorte, as sanções Administrativas Tributárias deveriam atingir o patrimônio do contribuinte e não a pessoa do infrator, ocasionando desvios da determinação legal de impor sanção por falta cometida pelo contribuinte.

As sanções tributárias possuem caráter indenizatório e buscam compensar o dano presumido, sendo esse o parâmetro que irá informar a dosimetria das sanções aplicadas, respeitando, o limite da razoabilidade que leva em conta apenas a obtenção de reparação do dano presumido.

Por sua característica indenizatória, as sanções administrativas não se convertem, no caso de falta de pagamento por parte do devedor, em penas restritivas da liberdade pessoal, como podemos ver na definição dada pela Lei nº 4, de 7 de janeiro de 1929, da Itália ao tratar das sanções administrativas naquele Estado.²⁵⁸

O inadimplemento doloso ou culposo (art. 4º.), simples ou continuado (art. 80.), cometido por um ou mais sujeitos (art. 11º.), de um dever tributário de fazer (redigir documentos ou escrituras) ou de dar (pagar um tributo), punido com sanções pecuniárias administrativas (pena pecuniária: art. 3º.; sobretaxa; art. 5º) irrogadas por uma autoridade administrativa.²⁵⁹

No Sistema Tributário brasileiro o que se tem são sanções de natureza pecuniárias, entre estas, as mais numerosas são as sanções administrativas de pena de multa e os acréscimos, não havendo previsão legal de sanção de natureza restritiva de direitos, como nos casos de sanções políticas.

²⁵⁷ (NEVES e CAMPOS, 1990, p. 17).

²⁵⁸ (PACIELO, 1990, p. 71).

²⁵⁹ (PACIELO 1990, p. 71).

Cassone ²⁶⁰ define as sanções administrativas tributárias como penalidade por descumprimento de obrigação tributária, principal e/ou acessória, citando o Art. 113 do CTN²⁶¹ que define as obrigações tributárias principais e acessórias e o Art. 3º ²⁶², do mesmo diploma legal, que define com propriedade o tributo.

A sanção pode ser definida como pena, castigo, restrição ao homem, seus bens ou direitos, tendo por hipótese normativa a prática de um ato ilícito violador de dever legal ou contratual, que pode resultar, por consequência, numa restrição à vida, liberdade ou direitos outros do homem.²⁶³

Portanto, as sanções tributárias de caráter administrativo, são aquelas que decorrem de infrações de cunho administrativo, mas vinculadas à matéria tributária. São por exemplo, as infrações à legislação tributária que prescrevem obrigações acessórias, denominadas de "dever instrumental formal."²⁶⁴

Segundo as lições postas por esse autor, “o princípio da legalidade genérica (Art. 5º, II, CF) e o CTN vedam a instituição de cominação de sanção administrativa tributária, através de norma infralegal”. O mesmo autor acrescenta que o próprio CTN no seu Art. 97 estabelece que “somente a lei pode estabelecer a cominação de penalidades para as ações ou omissões contrárias a seus dispositivos, ou para outras infrações nela definidas²⁶⁵”.

A Constituição Federal no seu Art. 84, IV²⁶⁶ interpretado em conjunto com os Art. 145 a 156 do Sistema Tributário Nacional e o Art. 100 do CTN, admite a instituição, por norma infralegal, de obrigações tributárias acessórias. No entanto, não há previsão legal para que norma infralegal venha a cominar sanção administrativa tributária de cunho pecuniário.

²⁶⁰(CASSONE, 2004, p. 466).

²⁶¹ **Art. 113.** A obrigação tributária é principal ou acessória.

§ 1º A obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente.

§ 2º A obrigação acessória decorre da legislação tributária e tem por objeto as prestações, positivas ou negativas, nela previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos.

§ 3º A obrigação acessória, pelo simples fato da sua inobservância, converte-se em obrigação principal relativamente à penalidade pecuniária. (BALEEIRO 2005, p. 697).

²⁶² Art. 3º Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada. (BALEEIRO 2005, p. 62).

²⁶³ (COELHO, 2004, p. 480).

²⁶⁴ (CARVALHO, 1999, p. 204).

²⁶⁵ (CASSONE, 2004, p. 468).

²⁶⁶ **Art. 84** - Compete privativamente ao Presidente da República: **IV** - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução; (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988).

Assim, o descumprimento de obrigação acessória acarreta penalidade pecuniária que deve ser sopesada na imposição da sanção aplicada, devendo ser avaliada no caso concreto, para não gerar violação aos princípios norteadores do sistema tributário.

No mesmo sentido, as normas que fazem previsão legal das sanções tributárias, já estão limitadas para as hipóteses previstas expressamente na lei, encontrando nos princípios constitucionais o arcabouço legal que as emoldura. Da mesma forma, a prevalência do princípio da legalidade das sanções e a existência da norma evidencia uma função limitadora.

A Constituição com as regras e os princípios constitucionais, implícitos e expressamente previstos, direciona no sentido de estabelecer limites e molduras às normas infraconstitucionais, servindo de balizadora das ações do fisco, devendo ser respeitada pelos que se encontram investidos da função de impor sanções aos contribuintes.

Seguindo a sequência da proporcionalidade e da legalidade dos tipos de sanções administrativas, chega-se à questão se as sanções administrativas tributárias podem ser instrumento para coagir o contribuinte ao pagamento de tributo, sem oportunidade para questionar a validade da exigência deste. Isso fere a Constituição que assegura a todo cidadão o direito de fazer ou deixar de fazer alguma coisa, pois somente em virtude de lei, conforme albergado no Art. 5º, II, CF/88, princípio genérico da legalidade, é que se pode aplicar sanção.

Conclui Coêlho²⁶⁷ que as sanções administrativas tributárias não podem ser utilizadas como instrumento para coagir o contribuinte ao pagamento de tributo, sem oportunidade de questionar a validade da exigência deste, por entender que existem normas gerais de direito tributário integrante do sistema jurídico que direcionam no sentido da impossibilidade de se aplicar ou coagir o contribuinte ao pagamento do tributo.

No Estado Democrático de Direito, a Fazenda Pública submete-se às próprias leis. Da mesma forma, possui garantias, privilégios e preferências em relação ao crédito tributário e não tributário, constantes do Art. 2º da Lei nº 6.830/80²⁶⁸ que disciplina as formas de execução do crédito tributário e as Medidas Cautelar Fiscal disciplinada na Lei nº 8.397/92,

²⁶⁷(COÊLHO, 2004).

²⁶⁸ Lei 6.830/80 - Art. 2º "Constitui-se Dívida Ativa da Fazenda Pública aquela definida como tributária ou não tributária na Lei 4.320, de 17 de março de 1964, com as alterações posteriores, que estatui normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. (THEODORO JÚNIOR 2009, p. 11).

entre outras normas existentes. Não pode o Estado usufruir de mais privilégios não previstos em lei, fato que resultara na realização de um ato arbitrário.²⁶⁹

4.2.2 Natureza Jurídica das sanções e a especificidade das sanções políticas

Para se analisar a natureza jurídica do instituto das sanções políticas enfrenta-se um paradoxo entre o sentido jurídico das sanções políticas e a legalidade constitucional das ações do Estado dentro de um Estado Democrático de Direito, uma vez que essas características são de países que não estão democraticamente consolidados, mas evoluindo em busca da democracia plena.

Afigura a ciência jurídica que a “sanção política” de natureza jurídica adstrita a uma deformação do “*modus agendi*”, sendo esse um fenômeno típico da sociedade civil democrática, inserida no Estado Democrático de Direito. Sua existência está relacionada à deformação de conceitos próprios ao Estado de Direito. Com isso, traduz-se Sanções Políticas como sendo a conversão, a subversão do Estado de Direito.

No Brasil do final do século XX e início do século XXI viu-se a prática das “sanções políticas” por parte do Governo sob a justificativa da crise de autoridade do governo civil, o que demonstrou ser uma ação própria de países que ainda não amadureceram democraticamente²⁷⁰.

Carvalho, ao analisar as formulações kelsenianas e cossianas de normas primárias e secundárias, vê a impossibilidade de se admitir ter a sanção características de normas primárias ou secundárias, mas sim de uma entidade normativa autônoma. Assim, no campo da abstração jurídica, seguindo Kelsen, quem comete uma infração não viola o direito, mas sim, enquadra-se na conseqüente sanção aplicável.²⁷¹

O CTN no seu Art. 3º²⁷², definiu explicitamente o tributo e implicitamente a sanção e faz a distinção das sanções, ao colocar que o tributo será toda prestação pecuniária que não constitua sanção de ato ilícito, trazendo a natureza da sanção como sendo uma norma

²⁶⁹ (ICHIHARA, 2004, p. 495).

²⁷⁰ (SIQUEIRA, 2001, p. 45).

²⁷¹ “Kelsen, realmente, não se vê fatos antijurídicos nos chamados ilícitos. Com seu enfoque, emprestou-lhes posição intra-sistemática, enquanto lhes atribuiu a importância de pressuposto jurídico na medida sancionatória” (Paulo de Barros Carvalho, (2009), Teoria da norma tributária, cit., p. 25)

²⁷² Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.

secundária autônoma que ocorrerá no momento em que a primeira hipótese, ou seja, o não cumprimento da obrigação principal ocorrer.

Sem a sanção, a grande maioria das pessoas não cumpriria com a obrigação tributária principal, razão pela qual a sanção é a própria causa primeira do cumprimento da norma material. Isso contraria o aspecto formal, por ser aplicável apenas após a ocorrência do descumprimento da norma material, o que faz dela não causa, mas consequência.²⁷³

Na utilização de critérios lógico-cronológicos, com o fim de verificar o sentido da norma, Carvalho²⁷⁴ esclarece que as normas primárias estabelecem deveres jurídicos, uma conduta e as secundárias impõem penas àqueles que não cumprem o dever estatuído nas normas primárias.

O que Ross elucida na exposição do sentido das normas é que, ao se realizar um fato, no caso de um contribuinte pessoa jurídica, constituído com o objeto principal, vender mercadoria, ficará este obrigado em relação a alguém, no caso o Estado, a pagar importância a título de ICMS, se não o fizer, receberá a seguinte sanção: multa administrativa ou execução fiscal.

Para Kelsen²⁷⁵ a principal norma é a que condiciona a sanção dada a não prestação. Se uma norma prevê para o descumprimento de uma prestação uma específica sanção, é porque dentro da ordem proposta juridicamente existe o desejo que a prestação se cumpra, demonstrando o caráter secundário que revestia a norma impositiva.

Na Legislação tributária pode-se encontrar sanções tanto de ordem positivas, sendo as que estipulam sanções e incentivos capazes de fomentar atividades econômicas,²⁷⁶ quanto às negativas. Toda norma que prescreve uma sanção pelo descumprimento de alguma norma legal tributária, resulta em uma não prestação.

A norma secundária não realiza diretamente a coação, ela simplesmente autoriza o sujeito que teve seu direito violado, ao solicitar a aplicação da sanção prevista na lei. A imposição de uma sanção negativa depende, para que possa ser tutelada pelo ordenamento jurídico, da existência de norma jurídica anterior que defina a sua natureza, intensidade e pressupostos de sua aplicação.

²⁷³ (MARTINS, 1983, p. 115).

²⁷⁴ (CARVALHO, 2005, p. 154).

²⁷⁵ (KELSEN, 1999, p. 11).

²⁷⁶ Como exemplo de sanções positivas temos as sanções punitivas, tais como as que estipulam restrições e limitações a direitos. Edmar Oliveira Andrade Filho, *Infrações e sanções tributárias*, p.21.

A validade da aplicação de sanções não depende apenas de uma anterior qualificação legal delas, é necessário que a infração punível pela sanção seja, de qualquer forma, ofensiva a um bem jurídico tutelado.

Quando o sujeito da obrigação tributária deixa de cumprir com a obrigação, sem que esteja amparado por outra norma a fazê-lo, segundo o direito positivo vigente no Brasil, o fato omissivo pode acarretar a incidência de sanções resultante da omissão.²⁷⁷

Ensina Harada²⁷⁸ que determinados grupos de empresas poderão ter seu direito de participação em certame licitatório vedado, no caso de se encontrarem com pendências de natureza tributária, nos termos previsto na Lei nº. 7.711/88, Art. 1º, inciso I²⁷⁹, o qual traz como condição de regularidade, para estar na licitação, a comprovação de quitação de créditos tributários, o que segundo o autor, traduz-se em sanção política e agressão direta ao princípio do livre exercício de qualquer atividade econômica, constante na Carta Magna, no título Da Ordem Econômica, em seu Art. 170.

Apesar de existir normas legais que regulam as licitações, como no caso da Lei 8.666/93, faz-se necessário esclarecer que o aspecto analisado pelo autor não se refere às normas licitatórias, mas sim à violação ao texto constitucional, ao restringir a liberdade de participação do processo licitatório. Ou seja, os quesitos para comprovação de condição regular do contribuinte, não podem ser elementos que impeçam o contribuinte de estar concorrendo com os demais participantes da licitação.

Para Santi²⁸⁰ tem-se aí a sanção como relação jurídica decorrente do inadimplemento de deveres jurídicos. No direito positivo, a sanção é considerada o núcleo da norma secundária que tem como consequência a habilitação atribuída a alguém para pleitear o cumprimento de um dever jurídico²⁸¹. O vocábulo Sanção pode ser empregado para fazer

²⁷⁷ Exemplificando o caso de omissão punível com uma sanção pode se citar o caso de violação de uma norma A que obriga o recolhimento do tributo X pelo sujeito ativo, em face da relação jurídica tributária que surge em decorrência da prática de um fato em uma outra norma necessária na formação da relação jurídica. Oliveira Andrade Filho, *Infrações e sanções tributárias*, p.22.

²⁷⁸ (HARADA, s/d). Sanções políticas como meio coercitivo indireto de cobrança do crédito tributário. Artigo publicado no site <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/30742-32814-1-PB.pdf>.

²⁷⁹ Lei. 7.711/88, Art. 1º Sem prejuízo do disposto em leis especiais, a quitação de créditos tributários exigíveis, que tenham por objeto tributos e penalidades pecuniárias, bem como contribuições federais e outras imposições pecuniárias compulsórias, será comprovada nas seguintes hipóteses:

II - habilitação e licitação promovida por órgão da administração federal direta, indireta ou fundacional ou por entidade controlada direta ou indiretamente pela União. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7711.htm.

²⁸⁰ (SANTI, 1996, p. 28).

²⁸¹ (VILANOVA, 1989, p. 199).

referência à norma individual e concreta, expedida pelo órgão competente, na aplicação pelo descumprimento de uma prestação ou dever.

Sanção pode ser traduzida em uma consequência que o ordenamento jurídico estabelece para certas ações ou omissões, sendo classificada como mecanismo repressivo, estando na mesma condição de um preceito utilizado pelo ordenamento jurídico para regular a vida em sociedade. Se usado em sentido negativo, é uma consequência da violação de uma norma, que autoriza o uso da força pelo Estado ou a quem lhe faça às vezes.

Apresentada a compreensão do termo sanção, parte-se para o conceito de sanções políticas, como sendo uma espécie de sanção na qual o Estado oprime o cidadão hipossuficiente na relação fisco e contribuinte, demonstrando a sua força coercitiva e opressora e retomando o *status* de Estado repressor, modelo de governabilidade próprio da era Vargas.

4.2.3 Conceito de Sanção Política

A sanção política diferentemente da sanção tributária que impõe uma multa pelo não cumprimento de uma obrigação tributária principal ou acessória, causa em certas situações o congelamento da própria atividade econômica do contribuinte, gerando uma asfixia²⁸² que pode fazer cessar sua própria existência, pela impossibilidade de continuidade de suas atividades comerciais, de efetuar operações de crédito com instituições financeiras oficiais e até mesmo privadas, participar de licitações públicas e muitas outras situações que penalizam o funcionamento da atividade empresarial.

Nesse sentido, a sanção política se apresenta como resquício da ditadura Vargas, como preleciona Martins²⁸³ que trata do tema como uma evolução da Sanção contra devedores remissos, evoluindo a técnica intimidatória para as relações do Cadastro Informativo - CADIN, com o objetivo do corte do crédito oficial.

No mesmo sentido, Calliendo²⁸⁴ conceitua sanções políticas como sendo as medidas punitivas sancionatórias que tenham por objetivo coagir o contribuinte ao pagamento de tributos pela limitação dos seus direitos. Representa a ação de um Estado distanciado das normas legais que regem o Estado Constitucional.

²⁸² MACHADO SEGUNDO, 2009).

²⁸³ (MARTINS, 1998, p. 36).

²⁸⁴ (CALLIENDO, 2012, p. 675)

Sanção política é aquele constrangimento, aquela ameaça feita a um cidadão contribuinte, pessoa física ou jurídica, para que, submetido à coação ou processo psicológico que lhe leve a sentimento de fragilidade e falta de opção tempestiva ou economicamente viável, concorde com tudo o que o agente do Poder Executivo deseje, independentemente de um exame de seus próprios direitos.

Nesse sentido, aprofundando o conceito inicial, vale fazer referência ao conceito emanado por Paulsen,²⁸⁵ para quem sanção política resume-se em todas as formas pelas quais o governo tenta impor restrições ou dificuldades ao contribuinte, de maneira que este venha a abandonar direitos básicos que lhes são assegurados no Estado de Direito.

Machado Segundo²⁸⁶ vê sanções políticas como sendo expedientes utilizados pelo governo com o objetivo de obrigar o contribuinte a abrir mão do exercício dos seus direitos. Infere-se desse conceito um ato praticado pelo agente tributante ao total arrepio da legalidade, quando aplica sanções de modo deturpado, como forma de constituir método rápido e eficaz para a cobrança de tributos, fugindo à análise da proporcionalidade e atuando à revelia de um devido processo legal. O uso da sanção, nesse sentido proposto, não tem o condão de punir o ilícito praticado, mas força o contribuinte ao adimplemento da quantia que lhe é exigida. Tal sanção utiliza muitas vezes do expediente de apreensão de mercadorias e negação de autorização do uso de sistema de notas fiscais eletrônicas, chegando inclusive ao cancelamento ou suspensão de CNPJ.

Segue-se na conceituação da Sanção Política como algo abstrato que acontece na escuridão, na penumbra. Trata-se da circunstância que demonstra despotismo de governo, manifestado de forma sublinear, o que constitui mais uma ameaça do que uma ação destinada a obter resultado previamente eleito como desejado, ignorando a lei.

Na busca da melhor compreensão das sanções políticas, dentro do conceito apresentado por Machado²⁸⁷ o qual classificou as sanções políticas como ato restritivo de direito tendente a fazer o contribuinte submeter-se a um processo de arrecadação, dissociado da legalidade e da proporcionalidade do ato em relação à infração, e, até mesmo, da capacidade contributiva do contribuinte de suportar a carga tributária imposta. Adotando-se

²⁸⁵ (PAUSEN, 2008).

²⁸⁶ (MACHADO SEGUNDO, 2004, p. 221).

²⁸⁷ (MACHADO SEGUNDO, 2004, p. 221).

essa interpretação, chega-se a conclusão da ilegalidade dos atos do Estado que se inserem nas sanções políticas.

A Constituição de 1988, traz no seu Artigo 5º Direitos e Garantias Fundamentais ao Cidadão, pessoa física ou jurídica, tais como a tutela do direito da propriedade, do livre acesso ao judiciário, do direito ao devido processo legal, da liberdade do exercício das profissões e o Princípio da Livre Iniciativa.

Por outro lado, ao Estado é garantido o direito de cobrar os tributos devidos pelo contribuinte. Esses direitos estão elencados na Lei 6.830 conhecida como Lei das Execuções Fiscais que outorga ao executivo fiscal, eficácia judicial na busca do custeio do bem público.

Para manter-se o controle na relação fisco e contribuinte, a legislação constitucional e a infraconstitucional impuseram impedimentos ao Estado quanto à utilização de meios de coação indireta ao pagamento de tributos.

4.2.4 Elementos das sanções políticas

Na atuação do Estado em busca da efetivação do crédito tributário, muitas são as ações fiscais que se caracterizam como sendo de ordem inconstitucional, resultando na concepção de serem essas ações verdadeiras sanções políticas.

Como elemento caracterizador das sanções políticas, encontra-se a sua natureza punitiva. Assim, sua utilização contraria o Art. 3º do CNT que determina que os tributos são prestações pecuniárias que não constituam sanção de ato ilícito.

Quando o Estado se utiliza de meios ilícitos para obter a arrecadação do tributo devido, temos a violação do Art. 3º do CTN se o contribuinte, em débito com o fisco, é coagido ao pagamento do tributo, pois como assevera a lei, a sanção deve estar submetida aos princípios de proteção do contribuinte e ao devido processo administrativo.

A Sanção com finalidade arrecadatória tem como objetivo forçar o contribuinte ao pagamento dos tributos inadimplentes. Mostrando a sua finalidade fiscal, ou seja, aumentar a arrecadação, contrariando a função extrafiscal que seria provocar a realização de determinado comportamento por parte do contribuinte.

No caso da limitação de direitos fundamentais do contribuinte tais como: a limitação ao direito fundamental de estabelecimento, de contratar, de empreender, de exercer profissão

ou ofício, de constituir ou atuar por meio de empresa, ocorre a ofensa ao direito de propriedade que representa ofensa direta às normas de proteção ao arbítrio do Estado.

O direito de propriedade albergado pela Constituição como direito fundamental, assegurado no texto da ordem econômica, sofre violação no instante em que ocorre a intervenção do Estado junto à empresa, impedindo o livre exercício de atividade lícita.

Sanções políticas de natureza abusiva representam conduta desproporcional e não razoável, inadequada, ilegítima, não justificando tal ação como meio de obtenção do tributo devido. Para os fins de cobrança, o Estado dispõe de norma específica, como no caso da Lei 6.830/80, podendo ser utilizados outros meios legais para proceder a cobrança.

No mesmo sentido percebe-se no ato do agente tributante, violação ao princípio constitucional da razoabilidade²⁸⁸ caracterizado pela desproporção da pena em relação ao delito que se pretende punir. Isso pode acontecer no caso de um inadimplemento de tributo que encontra na Lei 6.830 o mecanismo legal para efetivação do débito pelo Estado, ou mesmo a possibilidade de aplicação de sanção administrativa fiscal albergada pela norma que regula tais sanções, com previsibilidade normativa e análise do caso concreto, mas nunca capaz de constranger o contribuinte, retirando-lhe a capacidade de gerar renda, de garantir a obtenção de valores para adimplir os encargos trabalhistas e mesmo de conseguir pagar o tributo devido.

Os que entendem de forma contrária, como a Ministra Ellen Gracie e o Ministro Cezar Peluso, justificam sua posição alegando a condição de devedor contumaz. No entanto, o sistema Tributário Nacional não trouxe previsão legal para limite de endividamento do contribuinte junto ao fisco, embora apresente vasta legislação que possibilita ao Estado cobrar a dívida, sem com isso causar danos irreparáveis ao contribuinte.

O Ministro Celso de Mello enfatizou a necessidade de ponderação dos atos da Administração Tributária que resulta na inviabilização da atividade empresarial ou profissional do contribuinte, através de sanções políticas que visem a constranger o devedor a satisfazer débitos fiscais.²⁸⁹

²⁸⁸ Sobre o Princípio da razoabilidade reportar-se ao item 4.1.5 desse trabalho.

²⁸⁹ A circunstância **de não se revelarem absolutos** os direitos e garantias individuais proclamados no texto constitucional **não significa** que a Administração Tributária possa **frustrar** o exercício da atividade empresarial ou profissional do contribuinte, **impondo-lhe** exigências gravosas, que, **não obstante** as prerrogativas extraordinárias que (já) garantem o crédito tributário, **visem**, em última análise, **a constranger** o devedor a satisfazer débitos fiscais que sobre ele incidam. (RE 666.405 / RS)

As sanções não podem ser aplicadas de forma desproporcional e à total revelia da Lei, pois no Estado Democrático de Direito, no qual a Constituição Cidadã assegura proteção contra violação dos direitos fundamentais e, para isso, invoca os princípios constitucionais e tributários, não há como conceber a constitucionalidade de tal sanção política dentro do nosso Estado.

4.2.5 Espécies de sanções políticas

As sanções políticas se apresentam sob diversas maneiras de atuação do Estado fiscal. A jurisprudência do nosso país tem acumulado diversas formas de ações do Estado, classificadas como sanções políticas, as quais enumeramos algumas espécies.

Dentre as espécies que levantou discussões no judiciário tem-se a falta de autorização de impressão de documento fiscal, que consiste em um ato da administração fiscal que resulta na não liberação de emissão de documentos fiscais para o contribuinte. Nesse caso, o fisco utiliza-se do argumento de fundado temor à sonegação.

No mesmo sentido, a aplicação de regime especial de arrecadação de impostos, imposta pelo fisco ao contribuinte que se encontrar em débito com o fisco, sendo esse ato abusivo e causador de restrições à livre iniciativa de atividade econômica. Nesses casos tem se posicionado o STF e o STJ quanto a inconstitucionalidade do uso por parte do Estado de meios abusivos para forçar o contribuinte ao pagamento de impostos.

O STF considerou inconstitucional as normas que deixavam à mercê da autoridade fiscal os critérios do regime especial. Tal entendimento foi visto no julgamento do RE 1.154.527-RS, como também no RE 76.455, nos quais foi declarado inconstitucional o caráter punitivo e sancionador das exigências para aplicação do regime especial que consiste na exigência, por parte do fisco, de que o contribuinte antecipe seu imposto antes mesmo de realizar o fato gerador, como também o pagamento do ICMS em cada operação realizada.

Várias são as espécies de sanções políticas, tais como: apreensão de mercadorias com o fim de forçar o contribuinte a pagar os impostos; impedimento do registro e arquivamento de contrato social; impedimento de registro e arquivamento de alterações contratuais e distratos; impedimento de transferência de domicílio para o exterior. Em todos os casos, houve manifestação expressa do STF quanto à inconstitucionalidade de dispositivo de lei que

regulavam as ações, como no caso da ADIn 394-1 ajuizada pelo Conselho Federal da OAB que versava sobre a inconstitucionalidade de dois dispositivos da Lei 7.711/88.²⁹⁰

A inscrição do contribuinte no CADIN insere-se nas espécies de sanções políticas e também teve manifestação por parte do STJ. Na ementa do STJ, o relator Ministro Mauro Campbell Marques, decidiu pela inobservância do devido processo legal assegurado no Art. 5º, Inciso LV da CF/88,²⁹¹ quando o Fisco inscreve o contribuinte no CADIN.

EMENTA: TRIBUTÁRIO. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. COMPENSAÇÃO. REQUISITOS DO DECRETO Nº 70.235/72 E DA LEI Nº 9.430/96, ART. 74. INOBSERVÂNCIA. NULIDADE.

- A exigência pelo Fisco de valores considerados não recolhidos na época própria deve ser feita em procedimento fiscal, no qual seja assegurado ao contribuinte o devido processo legal.

- Ofende o direito de defesa no processo administrativo fiscal a conduta da autoridade administrativa que emite aviso de cobrança, ou inscreve o débito em dívida ativa, sem a intimação do contribuinte. Decreto nº 70.235/72 e Art. 74 da Lei nº 9.430/96.²⁹²

Vê-se, pois, que a mais alta Corte de Justiça do País de forma acertada e justa, protege o contribuinte das sanções políticas, firmando-se nos conceitos de legalidade²⁹³ albergado pela Constituição Federal. Da mesma forma, o STJ garantiu a efetiva proteção Constitucional no julgamento do Recurso Especial supracitado, o qual também se discutia a constituição do crédito tributário através de DCTF.

Machado²⁹⁴ vê como sendo um ato abusivo do Agente Fiscal aplicar sanções políticas, não devendo o contribuinte manter-se inerte diante de tal fato, mas devendo reagir como forma de deter o avanço de ações dessa natureza, pois somente através de manifestação de insatisfação total, através da busca da reparação dos danos suportados é que se conseguirá frear o agente fiscal. Como bem expõe o autor, o contribuinte tem o direito de buscar reparação dos danos suportados:

²⁹⁰ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7711.htm Artigo 001º da Lei nº 7711 de 022 de dezembro de 1988 e Decreto-Lei nº 97834 de 016 de junho de 1989 . (Decreto regulamentar)

²⁹¹ **Art. 5º** - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

²⁹² RE Nº 1.320.915 - PE (2012/0076805-5) (Relator Min. Mauro Campbell Marques). www.stj.gov.br.

²⁹³ Sobre o princípio da legalidade reportar-se ao item 4.2 princípios constitucionais e tributários, sub item 4.2.1 dessa pesquisa.

²⁹⁴ (MACHADO SEGUNDO, 1998, p.47).

O caminho para inibir as sanções políticas é a ação de indenização por perdas e danos, contra a entidade pública, com pedido de citação também da autoridade responsável pela ilegalidade, tudo com fundamento no art. 37 e seu § 6º da Constituição Federal. A sanção política conforme o caso, pode causar dano moral, dano material, e lucros cessantes, tudo a comportar a respectiva indenização, desde que devidamente demonstrados.²⁹⁵

Surge com o ato abusivo do Estado uma afronta aos Direitos e Garantias Constitucionais, como no caso do Devido Processo Legal e da liberdade de exercer atividade econômica, conforme preceitos que emanam da CF/88.

Conforme Machado Segundo essa atitude do Estado vem sendo repelida pelo Poder Judiciário há mais de 30 anos, mas mais recentemente o Supremo Tribunal Federal, através da edição da súmula de nº. 323, pacificou que "é inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos". Acompanhando entendimento mantido pelo STF, o Supremo Tribunal de Justiça tem entendido que:

[...] a fazenda pública somente poderá cobrar seus créditos através de processo executivo fiscal, nos termos do que recomenda a lei n.º 6.830/80, não lhe cabendo autorização para apreender, reter e leiloar mercadorias com vistas ao recebimento de multas e taxas. Aliás, a própria súmula 323 do Supremo Tribunal Federal dispõe que: "verbis". "É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para o pagamento de tributos (Relator Ministro HERMAN BENJAMIN)²⁹⁶.

Analisando o caso do cancelamento do registro especial da empresa American Virginia, que resultou na suspensão das atividades da referida indústria, percebe-se a presença de diversos atos do Estado afrontando os preceitos constitucionais, dentre eles aparece a livre concorrência.

Machado Segundo²⁹⁷ evidencia tal preceito ao dispor que "Há autorização estatal para o exercício da atividade, porém, não pode ser condicionada especificamente ao pagamento dos tributos, posto que assim estaria subvertido todo o sistema de garantias constitucionais contra a exigência de tributos indevidos." Seguindo esse pensamento, o voto do Ministro Celso de Mello no Recurso Extraordinário (RE) 413.782-8/SC aduz:

²⁹⁵ (MACHADO, 1998, p. 46).

²⁹⁶ www.stj.gov.br AgRg no Ag 865708 DF 2007/0037855-7 - SEGUNDA TURMA STJ DJ 07/02/2008 p. 1

²⁹⁷ (MACHADO SEGUNDO, 2009, p. 419).

Cabe acentuar, neste ponto, que o Supremo Tribunal Federal, tendo presentes os postulados constitucionais que asseguram a livre prática de atividades econômicas lícitas (CF, art. 170, parágrafo único), de um lado, e a liberdade de exercício profissional (CF, art. 5º, XIII), de outro - e considerando, ainda, que o Poder Público dispõe de meios legítimos que lhe permitem tornar efetivos os créditos tributários - firmou orientação jurisprudencial, hoje consubstanciada em enunciados sumulares (Súmulas 70, 323 e 547), no sentido de que a imposição, pela autoridade fiscal, de restrições de índole punitiva, quando motivada tal limitação pela mera inadimplência do contribuinte, revela-se contrária às liberdades públicas ora referidas.²⁹⁸

Como forma de coibir os abusos praticados pelo Estado, através de ações fiscalizadoras, o Supremo Tribunal Federal aprovou três súmulas relativas à matéria, quais sejam a 70, 323 e a 547²⁹⁹, com seguinte teor:

70. É inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributo.

323. É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos.

547. Não é lícito à autoridade proibir que o contribuinte em débito adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais.

Através das súmulas o STF firmou sua jurisprudência no sentido de declarar inválidas leis que estipulam sanções fora dos parâmetros da razoabilidade, tais como a restrição ao contribuinte de contratar com o poder público, a imposição de regime especial de apuração de tributos ou do cumprimento de obrigações acessórias. Esses regimes especiais, via de regra, surgem de atos administrativos que visam a definir como deve ser seguido tal regime e as conseqüências pelo seu descumprimento.

Nesses casos, estar-se diante de verdadeira afronta ao princípio da legalidade, que tem sido objeto de decisões do STF como no caso do RE nº. 100.919-5, publicado no DJ de 04.03.1988 que sustentava a necessidade de observância do Princípio da Legalidade³⁰⁰ e que as determinações da Administração devem ser fundamentadas em lei.

Além da exigência de lei, as determinações sobre obrigações específicas ou especiais devem estar apoiadas no princípio constitucional da razoabilidade³⁰¹, para que não venha o

²⁹⁸ (MACHADO SEGUNDO, 2009, p. 419).

²⁹⁹ <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula>, acessado em 18/04/2013

³⁰⁰ Sobre o princípio da legalidade reportar-se ao item 4.2.1 desse trabalho.

³⁰¹ Leia-se sobre princípio da razoabilidade no item 4.2 subitem 4.2.2 dessa pesquisa.

ente público impor deveres que impeçam ou dificultem - sem justo motivo - o livre desenvolvimento do direito ao exercício de atividade econômica.

No caso de apreensão de bens, encontra-se expresso no Regulamento aduaneiro, aprovado pelo Decreto n.º 4. 543/02³⁰², no seu Art. 618, condições para aplicação da pena de perdimento da mercadoria, nas hipóteses que configurem dano ao Erário.

No entanto, há previsão legal de conversão da pena de perdimento de bens em pecuniária, tomando por base o valor aduaneiro das mercadorias, o que não atende ao princípio da proporcionalidade. Assim, o máximo do tributo a ser exigido seria o montante do tributo que seria eventualmente suprimido.

Nessa ordem, o STF também se posicionou quanto o meio correto para cobrança de dívidas fiscais como sendo através da execução fiscal, tornando-se clara a ilegalidade praticada pelo Estado ao decidir por determinar o cancelamento da atividade do ente privado, impedindo que a empresa mantenha suas atividades normais, dificultando o próprio adimplemento do débito fiscal.

O fato irrecusável, nesta matéria, como já evidenciado pela própria jurisprudência desta Suprema Corte, é que o Estado não pode valer-se de meios indiretos de coerção, convertendo-os em instrumentos de acertamento da relação tributária, para, em função deles – e mediante interdição ou grave restrição ao exercício da atividade empresarial, econômica ou profissional – constranger o contribuinte a adimplir obrigações fiscais eventualmente em atraso. (DECRETO n.º 4. 543/02 Art. 618).

O julgado em análise demonstra o total abuso por parte do Estado que se traduz na ilegalidade do ato, ferindo a Constituição Federal que assegura à sociedade e aos contribuintes, pessoa física e jurídica, a tutela do direito da propriedade, da liberdade do exercício das profissões e o Princípio da Livre Iniciativa³⁰³.

[...] interdição de estabelecimento comercial ou industrial motivada pela impontualidade do sujeito passivo tributário relativamente ao cumprimento de seus

³⁰² <http://www.receita.fazenda.gov.br/Legislacao/Decretos/2002/dec4543.htm>.

Art. 618 . Aplica-se a pena de perdimento da mercadoria nas seguintes hipóteses, por configurarem dano ao Erário (Decreto-lei n.º 37, de 1966, art. 105, e Decreto-lei n.º 1.455, de 1976, art. 23 e § 1º, com a redação dada pela Lei n.º 10.637, de 2002, art. 59): (Redação dada pelo Decreto n.º 4.765, de 24.6.2003).

I - em operação de carga ou já carregada em qualquer veículo, ou dele descarregada ou em descarga, sem ordem, despacho ou licença, por escrito, da autoridade aduaneira, ou sem o cumprimento de outra formalidade essencial estabelecida em texto normativo;

³⁰³ Os princípios evidenciados se encontram no art. 170 da CF/88 como princípios da ordem econômica que se traduz em direitos fundamentais tutelados pela Constituição. Para análise dos princípios e sua relação com as ações do Estado Tributante junto ao contribuinte, reportar-se ao item 2.3 e seus subitens.

deveres tributários. Embora contumaz devedor tributário, um sujeito passivo jamais pode ver aniquilado completamente o seu direito à livre iniciativa em razão do descumprimento do dever de recolher os tributos por ele devidos aos cofres públicos. O Estado deve responder à impontualidade do sujeito passivo com o lançamento e a execução céleres dos tributos que entende devidos, jamais com o fechamento da unidade econômica." (Ministro CELSO DE MELLO Relator EXTRAORDINÁRIO 666.405)³⁰⁴

Na seqüência, percebe-se que o STF, por entender a inconstitucionalidade das sanções aplicadas pelo Estado, como a interdição do estabelecimento comercial, para obter o adimplemento de débitos tributários, assegura ao indivíduo a prática e continuidade de suas atividades, demonstrando que a proibição de continuidade das atividades industriais do sujeito passivo, viola o seu direito à livre iniciativa.

A análise da ação impetrada pelo Estado cancelando a inscrição do contribuinte no cadastro da Fazenda Nacional, caracterizada pela proibição do exercício da atividade econômica da empresa, demonstra uma afronta direta aos direitos fundamentais do contribuinte, como no caso da observância do dever de proporcionalidade como limitação ao poder estatal e a realização do direito de liberdade, direito individual fundamental do contribuinte.

A Lei 6.830³⁰⁵ que organiza, limita e regulamenta a forma especial com que o fisco pode adentrar no patrimônio privado, com o fim de satisfazer seus créditos, assegura o processo de execução fiscal, em seu Art. 1º. disciplinando as formas cabíveis e legais para satisfação do crédito por parte da fazenda pública.

Seguindo essa análise, não poderíamos deixar de enfatizar o caráter abusivo e violador da própria ordem econômica e especificamente pelo processo de intervenção que o Estado utiliza no momento de cercear o direito de continuidade da atividade comercial.

³⁰⁴ www.stf.gov.br - Ementas do STF Recurso Extraordinário 666.405 Rio Grande do Sul, relator : Min. Celso de Mello recorrente.(s): União, Procurador-Geral da Fazenda Nacional recorrido:- Indústria e Comércio de Bebidas Ltda. Ementa: Sanções Políticas no Direito Tributário – Inadmissibilidade da utilização, pelo poder público, de meios gravosos e indiretos de coerção estatal destinados a compelir o contribuinte inadimplente a pagar o tributo (Súmulas 70, 323 e 547 do STF) – restrições estatais, que, fundadas em exigências que transgridem os postulados da razoabilidade e da proporcionalidade em sentido estrito, culminam por inviabilizar, sem justo fundamento, o exercício, pelo sujeito passivo da obrigação tributária, de atividade econômica ou profissional lícita – limitações arbitrárias que não podem ser impostas pelo estado ao contribuinte em débito, sob pena de ofensa ao “substantive due process of law” – impossibilidade constitucional de o estado legislar de modo abusivo ou imoderado (Art. 160/140-141) – Recurso Extraordinário conhecido e improvido.

³⁰⁵ Lei 6.839, Art. 1º - A execução judicial para cobrança da Dívida Ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e respectivas autarquias será regida por esta Lei e, subsidiariamente, pelo Código de Processo Civil. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16830.htm

Sobre tal aspecto, reporta-se aqui ao parecer do Professor Hugo de Brito Machado Segundo que assim discursiviza:

A ação em tela atacou apenas o ato de cancelamento de seu registro especial, vale dizer, atacou apenas a sanção política a ela aplicada. Bastava, portanto, para a fundamentação do pedido, a tese que sustentou com base na jurisprudência firme do Supremo Tribunal Federal. Afinal, devidos ou não, os tributos por ela não pagos não podem justificar o seu fechamento³⁰⁶.

É evidente o caráter abusivo do órgão estatal, como também a total inobservância aos princípios constitucionais que garante a liberdade de iniciativa, a livre concorrência e a proteção da propriedade privada, direitos fundamentais albergado pela Carta Magna que acrescenta no seu Art. 5º, inciso. XIII a garantia ao indivíduo quanto a liberdade de exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.

O Ministro Cezar Peluzo fez menção à existência de aliança entre o Estado e os concorrentes, por perceber que a eliminação de um dos concorrentes do mercado resultaria em benefícios para aqueles que nele permaneciam, demonstrando o reflexo negativo da ação estatal diante da decisão de suspensão da autorização de funcionamento, como forma de coibir o contribuinte a pagar os tributos devidos.

Como se pode facilmente observar, na versão oferecida aos fatos pela consulente, está ela sendo massacrada pela Fazenda Pública, no interesse das maiores produtoras de cigarros em funcionamento no País, suas concorrentes. E isto, aliás, explica a aliança, referida pelo Eminentíssimo Ministro Cezar Peluso, entre a Fazenda e concorrentes da consulente, favorecidas com o novo critério de determinação do valor do tributo de que se cuida, e favorecidas também com a sanção aplicada à consulente, posto que sua eliminação, com o fechamento de seus estabelecimentos, é fato que inegavelmente amplia o mercado para as suas concorrentes e isto é sem dúvida uma forma de favorecimento. Seria esse fato – a interdição dos estabelecimentos da consulente – uma forma de proteção do livre mercado, ou seria, pelo contrário, uma forma de viabilizar o abuso do poder econômico e o aumento arbitrário dos lucros, por parte das produtoras de cigarros, concorrentes da consulente, que se manifestam aliadas da Fazenda Pública?³⁰⁷

Na interpretação dada por Machado Segundo, adentra-se a principal questão do ato abusivo do Estado que se perfaz na própria intervenção na ordem econômica, com o

³⁰⁶ (MACHADO SEGUNDO, 1998, p. 38).

³⁰⁷ (MACHADO SEGUNDO, 2008, p. 38.)

favorecimento dos concorrentes na comercialização dos seus produtos e com a restrição do consumidor de ter acesso ao produto da empresa interdita.

O mercado se molda com a livre concorrência que se encontra consagrada constitucionalmente e está diretamente ligada à livre iniciativa, reclamando a não interferência do Estado, de forma que venha a favorecer uns em detrimento de outros que sofrem punições excessivas e comprometedoras da continuidade das atividades que desenvolvem o que gera reflexos negativos na economia e na livre concorrência, que no dizer de Machado Segundo (2009) traduz-se "numa proibição, dirigida aos cidadãos, de que uns suprimam a livre iniciativa de outros, impedindo-os de permanecerem na competição" .

A ação do Estado intervindo na ordem econômica, na ótica dos direitos fundamentais do contribuinte, ao impor sanções que atingem a liberdade e o uso da propriedade privada, distancia-se do dever de proporcionalidade, decorrente de direitos e garantias fundamentais inseridos na Constituição. Como exemplo claro de violação ao direito fundamental da propriedade, tem-se a conduta do Estado ao apreender mercadorias para forçar a efetivação do pagamento do imposto.

4.2.6 Sanções políticas e as violações aos princípios constitucionais e tributários

A necessidade de se conjugar as normas legais com os princípios constitucionais é uma consequência do próprio Estado Democrático de Direito que sinalizou para novos paradigmas de concretude do direito. Dessa forma, a Administração Tributária não pode impor ao contribuinte comportamento que inviabilize sua condição de empresário e contribuinte, castrando suas garantias constitucionais ao uso da propriedade privada para fins lícitos, ao livre exercício de qualquer atividade ou profissão como a livre iniciativa, livre concorrência.

Partindo dessa perspectiva de democracia e liberdade, é necessário ponderar os aspectos legais e a proporcionalidade do ato em relação ao ilícito que se pretende punir, como bem ponderou Pontes, ao discursivisar que as sanções tributárias podem revelar-se inconstitucionais, por desatendimento à proporcionalidade em sentido estrito, quando a limitação imposta à esfera jurídica dos indivíduos, tiver o fim maior de busca do alcance de um objetivo protegido pela ordem jurídica, o que resulta em uma dimensão que inviabiliza o

exercício de outros direitos e garantias individuais, igualmente assegurados pela ordem constitucional.

O dever de observância do princípio da proporcionalidade³⁰⁸ como limitação ao poder estatal é o meio eficaz para a realização dos direitos de liberdade e a garantia de direitos fundamentais que são invadidos no momento que o Estado intervém através de sanções restritivas, violando a liberdade de iniciativa³⁰⁹ e a livre concorrência, presentes no Estado Democrático de Direito como princípios fundamentais da ordem econômica.

Veja que a liberdade de iniciativa garantida constitucionalmente ampara a liberdade de iniciativa econômica e todas as demais formas de organização econômica. Quanto a esse ponto, José Afonso da Silva³¹⁰ aponta que "liberdade de iniciativa envolve a liberdade de indústria e comércio ou liberdade de empresa e a liberdade de contrato".

A liberdade de iniciativa resume-se na apropriação privada, particular, da propriedade e dos bens de produção e consumo; a aceitação ética e econômica do princípio firmado que as empresas devem ter fins lucrativos e a admissão da concorrência como melhor meio de obter eficácia nos negócios e a certeza de que o mínimo de intervenção nos negócios permite maiores oportunidades aos melhores.

As análises do Judiciário quanto aos atos do Estado que resultam em constrangimento do contribuinte tem se direcionado para a necessidade de se garantir o direito de livre iniciativa do cidadão, como bem se posicionou o Ministro Celso de Mello no julgamento do Recurso Extraordinário Nº. 666.405 / RS:

Cumprindo assinalar, por oportuno, que essa percepção do tema, prestigiada pelo saudoso e eminente Ministro ALIOMAR BALEEIRO ("Direito Tributário Brasileiro", p. 878/880, item n. 2, 11ª ed., atualizado por Misabel Abreu Machado Derzi, 1999, Forense), é também compartilhada por autorizado magistério doutrinário que põe em destaque, no exame dessa matéria, o direito do contribuinte ao livre exercício de sua atividade profissional ou econômica, cuja prática legítima – qualificando-se como limitação material ao poder do Estado – inibe a Administração Tributária, em face do postulado que consagra a proibição de excesso (**RTJ 176/578-580**, Rel. Min. CELSO DE MELLO), **de impor**, ao contribuinte inadimplente, **restrições** que configurem **meios gravosos e irrazoáveis** destinados a constranger, **de modo indireto**, o devedor a satisfazer o crédito tributário.³¹¹ (**RTJ 176/578-580**, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

³⁰⁸ Sobre princípio da proporcionalidade ler o item 4.1.3 do capítulo 4.

³⁰⁹ Para melhor compreensão do princípio da liberdade de iniciativa no contexto das sanções políticas ler item 2.3.3 do capítulo 2.

³¹⁰ (SILVA, 2003, p. 767).

³¹¹ (RTJ 176/578-580, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

O postulado da livre iniciativa aplicada ao caso concreto, tem uma conotação normativa positivada, garantindo a qualquer cidadão a liberdade e impondo a não intervenção estatal, que não pode ser aceita quando viola os demais postulados constitucionais, anulando o conceito mínimo de livre iniciativa, como também, a garantia da legalidade que determina a existência de lei para que se admita legítima a intervenção do Estado.

No julgamento do RE 550769³¹², o Ministro Joaquim Barbosa relator do recurso teceu novas considerações à matéria, inclusive divergindo de posições anteriores daquela corte sobre as sanções políticas, quando considerou constitucional dispositivo que vincula a concessão de registro especial para a fabricação e comercialização de cigarros à regularidade da situação fiscal da empresa.

Em voto divergente, o ministro Gilmar Mendes, fez referência às súmulas daquela corte que surgiram como meio de coibir a utilização de meios "oblíquos" para forçar o contribuinte a adimplir os tributos devidos, observando não haver divergência entre as situações que ensejaram as súmulas e as constantes do Decreto Lei 1.593/1977, por se tratar em ambos os casos verdadeira sanções políticas.

Como a liberdade de comercializar tem como escopo assegurar o regime de mercado no cenário econômico nacional, qualquer conduta do Estado que venha coibir o regime de livre concorrência estará violando os postulados constitucionais. A intervenção do Estado por meio da utilização indevida de sanções políticas ofende diretamente a liberdade de continuidade da atividade exercida pelo entre privado, ao impedir o legítimo exercício do direito de contratar, de empreender, de constituir ou atuar por meio de empresa. Tal situação pode ser vista no caso do uso de sanções políticas, especificamente com a interdição de estabelecimento para a cobrança de tributo.

Como as leis de mercado determinarão as circunstâncias em que haverá ou não o êxito do empreendedor, cada participante no jogo de interesses do mercado busca os melhores resultados econômicos possíveis. Assim, todas as empresas almejam conseguir maior e melhor espaço. Isso deve se dar licitamente, já que a concorrência é uma disputa, entre duas ou mais pessoas, em condições de igualdade, cada ente almejando um espaço, com objetivos lícitos e compatíveis com as aspirações nacionais.

Como afirma Celso Ribeiro Bastos, "é essa atividade concorrente e competitiva dos diversos agentes, que expõem no mercado produtos assemelhados, que leva à otimização dos

³¹² RE 550769, <www.STF.gov.br>

recursos econômicos e a preços justos, na medida em que, por intermédio da concorrência recíproca, evitam-se os lucros arbitrários e os abusos do poder econômico”.

Alexy³¹³ reporta-se à proteção dos bens jurídicos pelos direitos fundamentais por ações, qualidades e posições jurídicas que não podem ser dificultadas, prejudicadas ou eliminadas. Os direitos fundamentais, para efetivar-se, precisam de medidas de proteção para não ocorrer ofensa ao direito fundamental da liberdade econômica, composto por liberdade de criação de empresas e liberdade de acesso ao mercado, liberdade de organização do empresário e liberdade de direção da empresa.

Para continuidade e sobrevivência de uma empresa, há ações e posições jurídicas que são capazes de ofender o núcleo essencial do Direito à continuidade das atividades, como no caso da não autorização para emissão de documentos fiscais. Tal ação é fundamental para o exercício da atividade econômica.

Toda ação do Estado que importar em medida capaz de gerar restrição excessiva ao contribuinte, será inconstitucional e vedada pelo ordenamento jurídico por implicar em ofensa direta ao direito fundamental, ao mínimo existencial, por atingir o contribuinte em relação ao direito de exercer atividade econômica ou profissional.

O ato de intervenção na ordem econômica³¹⁴, exercida pelo Estado, ao impor forma gravosa de punição ao contribuinte, impedindo-o de exercer atividades econômicas empresariais, restringe a capacidade de produção e de auferir renda, impossibilita o adimplemento de tributos devidos e, suprime norma específica reguladora da execução do débito pelo Estado. Essa é uma forma de distorção na economia, verdadeiro conflito entre o princípio da ordem econômica que determina: ao Estado caberá proteger, regular, impedir os desvios e abusos por parte dos entes privados, como forma de proteger o direito de todos a um mercado equilibrado e concorrente.

A decisão do STF no RE 550769, da vala do Relator Ministro Joaquim Barbosa divergiu de entendimento pretérito do Supremo Tribunal Federal e veio reforçar a violação aos direitos fundamentais do contribuinte e reforçar o uso de sanções políticas por parte do Estado como meio de forçar o pagamento de tributos, sobrepondo a norma específica de efetivação da cobrança de tributos constantes na Lei 6.830/80.

³¹³ (apud CALIENDO, 2012, p. 695).

³¹⁴ Sobre a intervenção do Estado na ordem econômica ler capítulo 3 item 3.1.

Nesse contexto, percebe-se que o princípio da legalidade³¹⁵ estampado na Norma Tributária, assegura ao contribuinte proteção às arbitrariedades do fisco. No caso da efetivação da cobrança do tributo, o Estado dispõe de lei específica e não utilizando-se dela para tal desiderato, afronta a própria norma.

Veja que os direitos fundamentais do contribuinte assegura uma ordem econômica justa. Como bem pondera Paulo Caliendo³¹⁶ não há na tributação uma mera relação de poder ou uma relação contratual entre Estado e cidadão, mas, essencialmente, uma relação jurídica como se dá o pacto fundamental na constituição de uma relação de liberdade e igualdade entre público e privado, o que demonstra que na tributação, não se está diante de mera atividade política do Estado de arrecadar tributos para efetivar os objetivos propostos pela norma jurídica.

Para Caliendo³¹⁷, a punição ao contribuinte, forçando o pagamento de tributo pelo uso de sanções políticas, não possui um efeito autônomo de demonstrar uma reação social a um comportamento, mas, implica uma restrição dos seus direitos, forçando-os ao pagamento dos seus débitos, tornando essa ação uma finalidade fiscal, por intentar o aumento da arrecadação e, não extrafiscal, por provocar a adoção de determinado comportamento por parte do contribuinte.

³¹⁵ Para melhor compreensão do princípio da legalidade no contexto das violações a constituição através das sanções políticas, ler item 4.1.1. do capítulo 4.

³¹⁶ (CALIENDO, 2012, p. 685).

³¹⁷ (CALIENDO, 2012, p. 687).

5 CONCLUSÃO

1. O surgimento do Estado intervencionista deu-se após as mudanças ocorridas no Estado Liberal para o Estado regulador, fato responsável pelo surgimento de um Estado que se preocupava com a fonte de financiamento dos recursos necessários à realização dos fins econômicos e sociais, como também com a tributação que era o instrumento de arrecadação de rendas aos cofres públicos.
2. Com as mudanças ocorridas no Estado, que reverenciava a liberdade sem intervenções, nasce a figura do Estado de Direito, Estado este com Constituição em texto escrito que normatizava as ações e capaz de ordenar as normas tributárias, orçamentárias e financeiras constantes na Constituição.
3. No novo quadro que se delineou o Estado Fiscal, viu-se o surgimento do desenvolvimento econômico, oriundo da correta política fiscal, implementada pelos entes públicos, em busca da plenitude dos fins constitucionais e do desenvolvimento econômico e social.
4. O desenvolvimento econômico, as modulações nas constituições para adequar-se às exigências da sociedade, trouxe para o Estado a condição legal de intervir na ordem econômica. No novo paradigma do Estado Democrático de Direito, na condição de intervencionista, os abusos à ordem econômica eram combatidos por meio dos mecanismos de limitação da autonomia do ente privado e por sanções, próprios do Estado enquanto regulador e protetor dos mercados, dos consumidores e da democracia.
5. O fenômeno da intervenção urge em meio às preocupações do próprio Estado com o desenvolvimento econômico equilibrado, sem afastar-se dos direitos sociais e garantias constitucionais próprias do Estado de Direito.
6. O processo de mudança político e social resultou no aparecimento de um Estado preocupado com os ideais econômicos e sociais que assegurassem a todos uma ordem econômica fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, com o fim de garantir a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social. Essas mudanças se concretizaram com a inclusão no texto constitucional de um capítulo que regula a ordem econômica.
07. A intervenção do Estado pode ser um mecanismo de regulação do mercado e responsável pelo desenvolvimento econômico, existindo para preservar o mercado; porém, a intervenção do Estado por fiscalização e regulação, quando em confronto com o princípio da livre

iniciativa, é capaz de causar prejuízos ao mercado, ao consumidor e à ordem econômica ao interferir na cadeia de produção e concorrência.

08. O poder de intervenção do Estado sobre a economia não é absoluto, pois este deverá atuar para preservação da livre concorrência, que está na categoria de direitos fundamentais, mas respeitando os limites impostos pela Constituição.

09. O Princípio da Livre Concorrência traduz-se na garantia constitucional do cidadão, pessoa física ou jurídica, de exercer sua liberdade de iniciativa para se dedicar a atividades econômicas, assim como à liberdade do exercício profissional. A atuação do Estado impondo sanções no que concerne a tributação, em algumas situações são tidas como confiscatórias, estando inclusive protegida pelo judiciário que reconhece a inconstitucionalidade do uso de sanção com natureza de confisco.

10. A função de fiscalização exercida pelo Estado representa a manifestação do poder de comando que tem por fim observar, censurar e, no caso da presença de abusos à ordem econômica, interditar, sem com isso ferir as normas legais limitadoras do poder de atuação do Estado.

11. Na legislação tributária, há previsão de sanções administrativas fiscais que constam no CTN, como as multas, as mais comuns, já as confiscatórias que causam prejuízos ao contribuinte não tem previsão legal. Observa-se com isso, que as sanções políticas se configuram como um abuso de poder do ente público e são capazes de levar o contribuinte a situação de impossibilidade de continuidade dos negócios, constranger o contribuinte e retirar do mercado concorrencial.

12. Traduz-se sanção política como uso excessivo do poder regulatório e fiscalizador do Estado, exigindo um comportamento contrário ao constante nas normas tributárias e constitucionais que, por si só, são capazes de violar a ordem econômica, ao impor a suspensão de atividade do contribuinte, o que resulta na violação ao Princípio do Direito de Propriedade que garante o uso da propriedade para fins econômicos, observando-se seu valor social.

13. O ato do Estado através da aplicação de sanções de natureza desproporcional e abusiva tem sido rechaçado pelo Judiciário que, em muitos casos, reconheceu a inconstitucionalidade do ato e, como fundamento jurídico, tem-se a violação à própria Constituição que garante o direito de liberdade, o direito de propriedade, como todos os demais constantes do título "Da Ordem Econômica".

14. Ao se preocupar em garantir ao indivíduo proteção para sua liberdade de atuação no mercado, o legislador constituinte também trouxe limitações ao poder de intervir do Estado. Não há como se conceber os atos violadores da própria Constituição, como legais e aceitáveis, no contexto do Estado de Direito que se vive, o que é respaldado pela própria Constituição.

15. O mercado se molda com a livre concorrência, que se encontra consagrada constitucionalmente e está diretamente ligado à livre iniciativa divergindo do Estado interventor.

16. A liberdade de iniciativa garantida constitucionalmente ampara a liberdade de iniciativa econômica e todas as demais formas de organização econômica, que se resumem na apropriação privada da propriedade e dos bens de produção e consumo. A aceitação ética e econômica do princípio firmado, segundo o qual as empresas devem ter fins lucrativos e a admissão da concorrência como melhor meio de obter eficácia nos negócios, permite maiores oportunidades aos melhores.

17. A liberdade de comercializar tem como escopo assegurar o regime de mercado no cenário econômico nacional. Portanto, qualquer conduta do Estado que venha coibir o regime de livre concorrência, estará violando os postulados constitucionais. Há de se considerar que a intervenção do Estado, por meio da utilização indevida de sanções políticas, ofende diretamente a liberdade de iniciativa e de continuidade da atividade exercida pelo ente privado.

18. A concorrência pode ser conceituada como sendo a disputa entre duas ou mais pessoas, em condições de igualdade, competindo, cada um no seu espaço com objetivos lícitos e compatíveis com as aspirações nacionais. Nesse jogo de interesses, cada participante busca os melhores resultados econômicos possíveis, sempre respaldados pelos Princípios da Ordem Econômica e pelas normas tributárias e comerciais.

19. Toda sanção política que partir da administração fiscal do Estado e importar em medida capaz de gerar restrição excessiva ao contribuinte, será inconstitucional e vedada pelo ordenamento jurídico por implicar em ofensa direta ao direito fundamental e por atingir o direito de exercer atividade econômica ou profissional. Isso porque “Ao Estado caberá proteger, regular, impedir os desvios e abusos por parte dos entes privados, como forma de proteger o direito de todos a um mercado equilibrado e concorrente”.

20. O uso de sanção política como mecanismo de efetivação do crédito tributário não mantém relação harmônica com o Estado Democrático de Direito que assegura ao próprio ente

tributante o poder de tributar fundamentalmente ligado à ideia de constituição - que entendida como sendo o conjunto de normas (princípios e regras) e valores que estabelecem a estrutura jurídica política de uma sociedade organizada constitucionalmente - torna essa ação inconstitucional e prejudicial ao desenvolvimento econômico que se pretende fundado nos princípios da livre iniciativa e livre concorrência do mercado.

21. Demonstra-se o caráter intervencionista do Estado com a aplicação de sanções políticas, ao se analisar o contexto principiológico constante na Constituição Federal de 1988 que regula o mercado e os contribuintes, harmonizando os poderes do Estado e as garantias fundamentais do contribuinte dentro do mercado produtivo, econômico e concorrencial.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Carlos Ferreira de, **Os Direitos dos Consumidores**. Lisboa: livraria Almedida, 1982.

AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

ÁVILA, Humberto. Estatuto do Contribuinte: conteúdo e alcance. In: **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. I n. 3, junho, 2001.

ÁVILA, Humberto. **O Princípio da Isonomia em Matéria Tributária**. São Paulo: Malheiros, 2005.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ÁVILA, Humberto. **Sistema Constitucional Tributário**. São Paulo: Saraiva, 2004.

ATALIBA, Geraldo. **Instituições de Direito Público e República**. São Paulo: Malheiros, 2005.

BALEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BALEEIRO, Aliomar. **Limitações constitucionais ao poder de tributar**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BARROS, Suzana de Toledo **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BARROS, Wellington Pacheco e BARROS, Wellington Gabriel Zuchetto. **A proporcionalidade como princípio de direito**. Rio de Janeiro: Livraria do Advogado, 2004.

BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 2004.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2002.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Econômico**. São Paulo: Celso Bastos, 2003.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica e Desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2005.

BOMFIM, Diego. **Tributação e livre concorrência**. São Paulo: Saraiva, 2011.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Cautelar** nº 1.657-MC/RJ. Relator: Ministro Joaquim Barbosa.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário** nº 346.084-6.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **Recurso Especial. Matéria Tributária RE** nº 181.475-6.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Inconstitucionalidade**, Matéria tributária. Tributação. ADI MC 2.010/DF.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região processo n. 0027352-30.2012.4.01.3400.

BRAZUNA, José Luís Ribeiro. **Defesa da concorrência e Tributação: à luz do Artigo 146-A da Constituição - Série Doutrina Tributária**. Vol. II – São Paulo: Quartier Latín, 2009.

BRUNA, Sergio Varella. **O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício.– Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

CALIENDO, Paulo. Sanções Políticas no Direito Tributário: conteúdo e vedação – In: MANEIRA, Eduardo e TORRES, Heleno Taveira.(coord.). **Direito Tributário e a Constituição**. São Paulo: Quarties Latin, 2012, p. 675-701.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

CARVALHO, Carlos Eduardo Vieira de. A apuração de práticas restritivas da concorrência. **Revista do Instituto Brasileiro de Estudos das Relações de Concorrência e de Consumo**. 1994, n. 4.

CARVALHO, Cristiano. **Teoria do Sistema Jurídico, direito, economia, tributação**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Teoria da Norma Tributária**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

CASSONE, Vittorio. Sanções Administrativas Tributárias. In: MACHADO, Hugo de Brito (coord.). **Sanções Administrativas Tributárias**. São Paulo: Dialética, 2004, p. 466-511.

CASTILHO, Paulo César Baria de. **Confisco Tributário**. São Paulo: RT, 2002.

CASTRO, Joaquim Luiz de. Responsabilidade Tributária de Sucessores. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). **Caderno de Pesquisa Tributária**. São Paulo: Resenha Tributária, 1990, p 601-647.

CINTRA, Carlos Cesar Sousa; PONTES, Helenilson Cunha. **Qualificação das Multas Tributárias e o Princípio da Proporcionalidade**. Fortaleza, 2001.

CÓDIGO TRIBUTÁRIO CHILENO. Disponível em: <www.wpo.int/wipolex> Acesso em: 15 maio, 2012.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

COSTA, Wander Henrique de Almeida e CLARK, Giovani. A propriedade privada dos bens de produção e a regulação. In: **Revista de Direito Público**, Londrina, v. 6, n. 3, out/dez, 2011, p. 102-119.

CONTI, José Maurício. **Princípios Tributários da Capacidade Contributiva e da Progressividade**. São Paulo: Dialética, 1997.

DIFINI, Luis Felipe Silveira. **Proibição de Tributos com Efeito de Confisco**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico**. V. III. São Paulo: Saraiva, 1998.

ELALI, André. **Tributação e regulação econômica**. São Paulo: MP, 2007.

ELALI, André. **Temas de Tributação e Direito Internacional**. São Paulo: MP, 2008.

ELALI, André. **Incentivos Fiscais Internacionais: concorrência fiscal, mobilidade financeira e crise do Estado**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

ESSER, Josef. Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto. Tradução de Salvatore Patti e Giuseppe Zaccaria. Camerino: Edizioni Scientifiche Italiane, 1983.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Congelamento de Preços: tabelamentos oficiais. In: **Revista de Direito Público**, n. 91, jul/set., 2009, p. 76-86. Disponível em:<<http://www.terciosampaioferrazjr.com.br>>. Acesso em: 22 maio, 2013.

FERRAZ, Roberto (coord.) **Princípios e limites da tributação 2: os princípios da ordem econômica e a tributação** São Paulo: Quartier Latin, 2009.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda, **Mini Dicionário da Língua Portuguesa**, 4. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2001.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

FILOMENO, José Geral Brito. **Manual de Direito do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

FONSECA, João Bosco Leopoldino. **Direito Econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

GALBRAITH, John Kenneth. **Desenvolvimento econômico em perspectivas**. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1962.

GOLDSCHMIDT, Fábio Brum. **O Princípio do Não-confisco no Direito Tributário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GOUVEIA, Marcus de Freitas. **A extrafiscalidade tributária**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GRAU, Eros Roberto. **Planejamento Econômico e Regra Jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)**. 15. ed., São Paulo: Malheiros, 2012.

HARADA, Kiyoshi. **Direito financeiro e tributário**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

HARADA, Kiyoshi. **Sanções políticas como meio coercitivo indireto de cobrança do crédito tributário**. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/30742-32814-1-PB.pdf>>. Acesso em: 20 abr., 2013.

HORVATH, Estevão. **O Princípio do Não-confisco no Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, 2002.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

ICHIHARA, Yoshiaki. Sanções Tributárias : questões sugeridas. In: MACHADO, Hugo de Brito. **Sanções Administrativas Tributárias**. Fortaleza-CE: Dialética, 2004.

ICHIHARA, Yoshiaki. **Direito Tributário**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

JARACH, Dino. **Curso Superior de Derecho Tributario**. Buenos Aires: Liceo Profesional Cima, 1969.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Batista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José de Souza e Brito e José Antônio Veloso. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1969.

MACHADO, Hugo de Brito. Teoria das Sanções Tributárias. **Sanções Administrativas Tributárias**. Fortaleza-CE: ICET Instituto Cearense de Estudos Tributários, 2004.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Sanções Políticas no Direito Tributário. In: **Revista Dialética de Direito Tributário**, n. 30, p. 38-46, mar. 1998.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Os Princípios Jurídicos da Tributação na Constituição de 1988**. São Paulo: Dialética, 2004.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Tributação e livre concorrência. In: FERRAZ, Roberto (coord.). **Princípios e limites da Tributação 2**. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 397-426.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Teoria da Imposição Tributária**. São Paulo: Saraiva. 1983.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Capacidade Econômica e Capacidade Contributiva. In: **Caderno de Pesquisas Tributárias 14**. São Paulo: Resenha Tributária, 1989, p. 38-105.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Da Sanção Tributária**. São Paulo: Saraiva. 1998.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MOREIRA, Vital. **A ordem jurídica do capitalismo**. Coleção Universitária. Lisboa: Caminho, 1987.

MÜLLER, Geraldo. A economia mundial contemporânea: uma introdução. **Revista de Economia Política**, São Paulo, 1986.

NABAIS, José Cassalta. **O dever fundamental de pagar impostos**. Coimbra: Almedina, 2009.

NATOLI, Luigi F. Fattispecie **Tributaria e Capacità Contributiva**. Milão. Dott. A. Giuffrè Editore, 1979.

NEVES, José Carlos de Souza Costa e CAMPOS, Djalma. **Sanções Tributárias**. In: MARTINS, Ivis G. da Silva. Caderno de Pesquisas Tributária. São Paulo: Resenha Tributária, 1990, p. 13-26.

NOGUEIRA, Otaciano. **Constituições Brasileiras: 1824**. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia. Centro de Estudos Estratégicos, 1999.

NOVO CÓDIGO TRIBUTÁRIO ALEMÃO. Porto Alegre: Forense Jurídica; IBDT, 1978.

PACIELLO. As Sanções do Direito Tributário. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). **Caderno de Pesquisas Tributárias** . v. 4. São Paulo: Resenha Tributária, 1990, p. 27-193.

PACHECO, Claudio. **Tratado das Constituições Brasileiras**. vol III. Rio de Janeiro: Freitas Barros, 1965, p. 397-398.

PAULSEN, Leandro. **Curso de Direito Tributário**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

PETTER, Lafayete Josué. **Princípios Constitucionais da Ordem Econômica**. São Paulo: RT, 2005.

POLETTI, Ronaldo. **Constituições Brasileiras, 1934**. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 1999.

PONTES, Helenilson Cunha. **O princípio da proporcionalidade e o direito tributário**. São Paulo: Dialética, 2000.

SANTI, Eurico Marco de. **Lançamento Tributário**. São Paulo: Max Limond, 1996.

SCHOUERI, Luis Eduardo. **Normas Tributárias Indutoras e Intervenção Econômica**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SCHOUERI, Luiz Eduardo. **Direito Tributário**, São Paulo: Saraiva, 2011.

SEIXAS FILHO, Aurélio Pitanga. **Princípios Fundamentais do Direito Administrativo Tributário, a Função Fiscal**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SIQUEIRA, Edson Freitas de. **Débito Fiscal: análise crítica e sanções políticas**. Porto Alegre-RS: Sulina, 2001.

SMITH, Adam. **A riqueza das nações: investigações sobre a sua natureza e suas causas**. 3. ed. São Paulo: Nova cultural, 1988.

STRECK, Lênio Luiz & MORAIS, José Luiz Bolzan. **Ciência política e teoria geral do estado**. São Paulo: Livraria do Advogado, 2012.

SZKLAROWSKY, Leon Frejda. **Sanções Tributárias**. São Paulo: Resenha Tributária, 1979.

TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. São Paulo: Método, 2003.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Lei de Execução Fiscal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

VELLOSO, Andrei Pitten. **O Princípio da Isonomia Tributária**. Da teoria da igualdade ao controle das desigualdades impositivas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

VILA NOVA, Lourival. **Causalidade e relação no Direito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

XAVIER, Alberto. **Os Princípios da Legalidade e da Tipicidade da Tributação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.