

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

**PODER, CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO NO
ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

GILMAR ANTONIO BEDIN

GISELE GUIMARÃES CITTADINO

FLORIVALDO DUTRA DE ARAÚJO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

P742

Poder, cidadania e desenvolvimento no estado democrático de direito [Recurso eletrônico on-line]
organização CONPEDI/UFMG/FUMEC/ Dom Helder Câmara;

coordenadores: Gilmar Antonio Bedin, Gisele Guimarães Cittadino, Florivaldo Dutra de Araújo – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-126-5

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Cidadania. 3. Estado.
4. Democracia. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara
(25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

PODER, CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Apresentação

APRESENTAÇÃO

A capacidade de organização de eventos de qualidade por parte do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito CONPEDI está amplamente demonstrada e historicamente comprovada. Esta capacidade foi novamente demonstrada na realização, em Belo Horizonte, de 11 a 14 de novembro de 2015, do XXIV Congresso Nacional. O Evento contou com a presença de um número significativo de participantes, com trabalhos de todas as regiões do Brasil e foi organizado sob a máxima Direito e Política: da Vulnerabilidade à Sustentabilidade.

O destaque dado ao vínculo indissociável entre direito e política foi muito apropriado e perpassou as discussões dos mais de sessenta Grupos de Trabalho que compuseram o Evento. Entre estes grupos, um chamou diretamente a atenção para as imbricações profundas existentes entre Poder, Cidadania e Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito (GT 26). Este Grupo de Pesquisa permitiu o resgate da ideia de que a emergência dos governos limitados (portanto, submetidos ao império do direito) foi historicamente fundamental para a consolidação da cidadania, a ampliação da liberdade e para a garantia de melhores níveis de qualidade de vida.

O ponto de partida da análise referida foi que o poder possui várias formas de manifestações ao longo da história humana. Teve início ainda sob a forma da Cidade-Templo e se materializou, de forma mais institucional, com o aparecimento da chamada Cidade-Estado da Antiguidade Clássica. Em seguida, esta estrutura foi suplantada, por um lado, por uma estrutura máxima (mas um tanto decorativa) denominada Igreja (ou República Cristiana) e, por outro, pela fragmentação em inúmeros feudos e pequenas estruturas política de base agrária.

A formação atual do poder (grandes estruturas políticas) somente teve início no Século 13. Deste momento histórico até a vitória dos Estados soberanos modernos foi uma longa disputa pela supremacia e pelo poder entre as estruturas religiosas e as estruturas laicas. Este impasse somente foi resolvido (isto apenas em boa medida) com a chamada Guerra dos Trinta Anos e

com a supremacia política do Estado moderno soberano no Tratado de Paz de Westfália (1648).

Foi neste momento que a fragmentação política foi superada e que se afirmaram os Estados como uma estrutura política centralizada e capaz de fazer valer o seu poder, com êxito e de forma exclusiva, sobre um território e uma população específicos (Max Weber). Esta transformação foi um grande acontecimento político e foi justificada, entre outros, por Thomas Hobbes (1588-1679). Para este, o Estado é compreendido como o deus mortal que caminha sobre a Terra.

Com esta configuração, ficou mais evidente a afirmação que o poder político é, antes de mais nada, um poder do homem sobre outro homem. Assim, é possível dizer que o referido poder pode se concretizar de várias maneiras, mas sempre se expressa como uma relação entre governantes e governados, entre soberanos e súditos, entre Estado e cidadãos (Bobbio). Dito de outra forma, se expressa de forma mais evidente como uma relação de dominação. Mas, não apenas isto. É neste contexto que ele vai também passar se expressar como uma possibilidade de construção de uma boa vida (volta à valorização da cidadania e do desenvolvimento).

Para também expressar esta segunda possibilidade, é necessário, contudo, ainda uma nova mutação na estrutura poder: a sua submissão ao império do direito e a constituição. Esta mudança histórica tem início com as chamadas grandes revoluções dos Séculos 17 e 18 (Revolução Inglesa, Francesa e Norte-Americana) e somente vai se consolidar no decorrer do Século 20 (é neste período histórico que os chamados regimes democráticos passam a ter um valor positivo e o Estado passa a se constituir mais claramente como um Estado de direito em sentido forte como Estado Democrático de Direito). Esta é uma vitória extraordinária da liberdade.

Configurado desta forma, o poder político passa a fomentar mais claramente a solução pacífica dos conflitos (método de contar as cabeças) e a valorizar as autonomias individuais e o pluralismo político. É neste quadro que o Estado deixa de estar voltado a si próprio e passa a ter que busca sua legitimidade na nação, tornando o poder um lugar vazio (Lefort). Dito de outra forma, o limite do poder não se restringe àquilo que este pode ou não pode fazer em função da vontade geral, expressa na forma da lei, mas limita, também, a monopolização do poder por um indivíduo ou grupo. Além disso, este poder apenas será legítimo se exercido de acordo com as normas constitucionais. Desta forma, passa a ser um poder limitado e submetido às regras do jogo.

O GT 26 Poder, Cidadania e Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito dialogou, de forma aberta e democrática, sobre estas e outras questões relacionadas e, portanto, cumpriu o seu papel fundamental de ser um espaço de diálogo e de fomento ao exercício da cidadania e da constituição de sujeitos autônomos e voltados ao desenvolvimento do país.

Os Organizadores

A (I)LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA NAS DECISÕES DO STF: ANÁLISE DO RE 550.769 - SANÇÕES POLÍTICAS EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

DEMOCRATIC (I)LEGITIMACY IN THE SUPREME COURT DECISIONS: ANALYSIS OF THE APPEAL TO SUPREME COURTE Nº 550.769 POLITICAL SANCTIONS ON TAX ISSUES

Leonardo Dias da Cunha

Resumo

O Supremo Tribunal Federal como uma instituição da democracia brasileira, encarregada do controle de constitucionalidade das leis, a fim de legitimar, democraticamente suas decisões, deve cumprir um ônus deliberativo e democrático, com decisões institucionais relativamente previsíveis, claras e objetivas, formadas por intermédio do debate dialógico dos julgadores, com exposições justificadas da motivação que tenham tomado da prevalência de um direito sobre outro igualmente protegido, dentre outros pontos relevantes. Porém, diante das práticas individuais e procedimentos internos da corte, vários vícios obstaculizam o desenvolvimento de uma cultura deliberativa no colegiado, como se verifica na análise do Recurso Extraordinário 550.769, que trata de sanções políticas em matéria tributária, em que o inadimplemento de obrigações tributárias, justificou o cancelamento de registro especial para uma empresa fabricante de cigarros, cuja decisão se pautou pelo favorecimento da concorrência desleal.

Palavras-chave: Sanção política em matéria tributária, Legitimidade democrática do controle judicial de constitucionalidade, Ônus argumentativo e deliberativo, Vícios procedimentais, Recurso extraordinário nº 550.769

Abstract/Resumen/Résumé

The Supreme Court as an institution of Brazilian democracy, in charge of the control of constitutionality of laws with the goal of make legitimate, democratically, their decisions must meet a deliberative and democratic burden with institutional decisions relatively predictable, clear and objective, formed through the dialogic debate of the judges, with justified motivation exhibitions that have taken the prevalence of a right over another equally protected among other relevant points. However, given the individual practices and internal court procedures, various addictions hinder the development of a deliberative culture in collegiate, as seen in the analysis of Appeal to Supreme Court nº 550.769 that comes to political sanctions in tax issue, where the default of tax obligations, justified the cancellation special record for a manufacturer of cigarettes, whose decision is guided by favoring unfair trade competition.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Political sanctions in tax issues, Democratic legitimacy in judicial review of constitutionality of laws, Procedural defects, Argumentative and deliberative burden, Appeal to supreme court nº 550.769

1 INTRODUÇÃO

Em várias ocasiões, diante de um suposto descumprimento, mesmo que parcial, de obrigações tributárias (principais e acessórias) a Administração Pública se utiliza de expedientes ou medidas ilegítimas para forçar o cumprimento do que entende por ser devido. E, não raras vezes, ainda que o contribuinte discorde da interpretação da Administração Pública se vê coagido a ceder à exigência do Fisco, como meio de minimizar os transtornos por resistir.

Diante desse quadro, o Judiciário, frequentemente, é chamado a intervir, cuja posição tem sido reiterada no sentido de reconhecer a inconstitucionalidade das medidas ilegítimas mencionadas - as denominadas sanções políticas.

Como foco do presente estudo, tem-se a temática das sanções políticas em matéria tributária tratada na decisão exarada pelo o Supremo Tribunal Federal, em controle difuso de constitucionalidade, no Recurso Extraordinário 550.769, originário do Rio de Janeiro, em que uma empresa fabricante de cigarros teve seu registro de funcionamento cancelado por reiterados inadimplementos de crédito tributário, com a validade do ato de cancelamento confirmada, com o fundamento, principal, na concorrência desleal, que era favorecida pela vultosa sonegação tributária.

Para vários doutrinadores, o Supremo Tribunal Federal, como órgão colegiado de uma democracia, deveria cumprir um ônus deliberativo e democrático com decisões institucionais relativamente previsíveis, claras e objetivas, formadas por intermédio do debate dialógico dos julgadores, com exposições justificadas da motivação tomada sobre a prevalência de um direito sobre outro igualmente protegido, dentre outros pontos relevantes.

Com esse mote, se analisa a decisão mencionada, pontuando-se os vícios encontrados que demonstram uma dificuldade de se instaurar uma cultura de deliberação democrática que mais legitime a atribuição dada a instituição considerada, por excelência, como a guardiã da Constituição Federal.

2 VÍCIOS PROCEDIMENTAIS DO STF QUE DIFICULTAM A DELIBERAÇÃO COMO LEGITIMAÇÃO DEMOCRÁTICA

A legitimidade do controle judicial de constitucionalidade está diretamente ligada ao diálogo democrático, na busca por uma razão pública para a decisão colegiada, como se verifica nas obras dos autores SILVA, MENDES, SUNDFELD, PINTO e SOUZA, ao final referenciadas, que dialogam entre si, nesse mesmo entendimento.

Por conseguinte, a deliberação em órgãos colegiados, especialmente nas cortes constitucionais, deve ser permeada pela abertura à interação dialógica, troca de opiniões, revelação de informações e argumentos, a fim de que juntos, os deliberadores formem sua convicção no melhor direcionamento para tomada de decisão, objetivando a resolução do conflito em julgamento, apresentando posicionamentos claros, mais objetivos e inteligíveis o possível, tanto internamente, como para com o público externo à corte (envolvendo a sociedade com um todo e os demais poderes).

Ao contrário disso, muitas decisões judiciais padecem com déficits de objetividade, fazendo uso de princípios para fundamentar as garantias e os direitos fundamentais, o que serviria para qualquer coisa sem um conteúdo determinado (SILVA, 2011, p. 364-366). Nesse contexto, tendo em vista a impossibilidade de afastar, por completo, a subjetividade interpretativa, bem como a divergência de caminhos e soluções para dado caso, deve ser dada maior atenção ao ônus argumentativo que os julgadores devem assumir.

Diante disso, com vistas a dar praticidade a essa maior objetividade, controle e limitação do subjetivismo interpretativo, as decisões devem fundamentar a motivação que levou a dado resultado, apresentando um escalonamento da relação entre a restrição de algum direito e a realização de outro, igualmente protegido (incluindo a ponderação ou sopesamento sobre os princípios), bem como as premissas teóricas que embasam a solução apresentada para o caso concreto, além de justificar a eventual superação ou divergência assumida no voto em relação aos precedentes assentados da própria corte (SILVA, 2011, p. 372-378).

Os próprios procedimentos utilizados na corte, ainda que nem sempre levados em consideração, acabam dificultando o desenvolvimento de uma cultura deliberativa, como se constata em alguns levantamentos na bibliografia de referência desse estudo:

- a) **O caráter predominantemente agregativo de votos**, que se limitam a expor o resultado final, em que a mudança de posicionamento individual, causada por novos argumentos trazidos aos debates, é de frequência muito baixa¹, sendo os julgamentos mais uma sessão de leitura de votos, com baixo ou nenhum grau de interação entre si. (MENDES, 2011. p.357; SUNDFEL e PINTO, 2012. p.24 e SILVA, 2013, p.570-572);
- b) **A forma argumentativa dos votos**, em que os juízes não compartilham a maior quantidade de argumentos e informações possíveis para viabilizar o debate (apenas quando conveniente à estratégia de argumentação). Ao contrário, seus votos são, em regra, peças elaboradas, de forma que todos os argumentos postos são no sentido de convencer o público (interno e externo) de sua assertividade, utilizando argumentos de autoridade, citações doutrinárias, de pareceres, precedentes etc., que corroborem o posicionamento assumido, omitindo ou desvalorizando os posicionamentos, doutrinas, pareceres, precedentes etc. que lhes são contrários (SILVA, 2013, p.576-577 e SUNDFELD e SOUZA, 2012, p.89);
- c) **A publicidade exagerada a que a corte é submetida** - Canal no Youtube, perfis nas redes sociais, canal próprio de TV, com transmissões ao vivo das sessões de julgamento – em que os ministros ficam expostos. Com isso, tem-se mito de publicidade e transparência democrática, que impacta diretamente na diminuição da abertura dos julgadores à contra-argumentos, reduzindo a possibilidade de mudarem seu posicionamento. Um exemplo disso, é no caso, principalmente envolvendo questões muito polêmicas, de o relator já ter lido seu voto diante das câmeras, e na mesma condição ter que reconhecer que outro voto, teria melhores argumentos dando uma interpretação constitucional mais adequada para o caso (SILVA, 2013, p.580-583 e SUNDFELD e SOUZA, 2012, p. 90, nt. 10);

¹ De certa forma haveria um descaso com a opinião dos demais membros do colegiado, já que opinião e os argumentos apresentados não são levados em conta, sendo em vários casos, a sessão de julgamento, uma sessão de leitura de votos com fundamentação semelhante à de advogados, que supervalorizam a doutrina, os pareceres precedentes etc., que sejam favoráveis ao posicionamento assumido, omitindo ou desvalorizando ao os que forem contrários.

- d) A irrelevância das opiniões divergentes** - As opiniões divergentes são relevantes, desafiam o entendimento da maioria, favorecem a melhoria da qualidade, consistência e clareza dos votos, em que a corrente majoritária, não desejando ser apenas maioria, tem a incumbência de demonstrar que os argumentos dissidentes estão equivocados. Por outro lado, os votos divergentes da maioria são vistos apenas como vencidos (SILVA, 2013, p.583);
- e) O caráter proeminente do relator, que na quase totalidade dos casos o seu posicionamento acaba sendo o prevalente, seja em função do resultado ou em função da fundamentação².** Muitos ministros acompanham o voto do relator pelo resultado, não sendo necessariamente aquiescentes com a fundamentação dada. Como consequência, não se identifica a extensão da concordância de cada membro do colegiado (SUNDFELD e PINTO, 2012, p. 25);
- f) O papel quase irrelevante do relator no fomento a deliberação,** pois seu posicionamento (mais familiarizado com o demanda) não é sabido até a sessão de julgamento (em que cada julgador, normalmente, leva sua decisão pronta). Os seus pares apenas recebem, de antemão, um breve relatório do caso encaminhado pelo relator, impossibilitando uma preparação para um efetivo debate deliberativo (SILVA, 2013, p.569-570);
- g) A interrupção da sessão plenária pelo pedido de vista,** que possibilita, depois do voto do relator, antes mesmo de se saber o posicionamento dos demais colegas, que cada um dos julgadores tenha vista do processo para pensar melhor (sozinho) sobre o caso em julgamento, sem que se ouvisse, ao

² A prática de adesão ao voto do relator pelo resultado da decisão em casos que se discorda da fundamentação (sem ter sido manifestada) pode dar lugar à impossibilidade de que as decisões sejam aplicadas como precedentes em outros casos semelhantes, na medida em que os fundamentos da decisão não seria compartilhados pelo ministros, embora em um primeiro momento tenha parecido relevante.

menos, os argumentos que eventualmente pudessem colaborar para a formação da opinião dos demais julgadores (SILVA, 2013, p.572); e

h) Ausência de síntese do estado da jurisprudência - Não se valoriza a jurisprudência do tribunal, o que contribuiu para a não identificação de um relato sistemático da jurisprudência que permita se entender o posicionamento da corte sobre o resultado e a fundamentação sobre dada matéria, como se nunca houvesse sido firmado um posicionamento consistente sobre o que se está em julgamento, o que pode ser conveniente, vez que não será necessário o ônus argumentativo para superar um eventual existente posicionamento da corte. (SUNDFEL e PINTO, 2012. p.29 e MENDES, 2011, p. 349).

Com fundamento nessas premissas, a seguir será analisado um acórdão do STF em um recurso extraordinário, que discutindo a utilização de sanções políticas pela Administração Pública, acabou por julgar procedente, por maioria, o cancelamento de registro especial de funcionamento de um estabelecimento do contribuinte fabricante de cigarros, por alta inadimplência tributária.

3 SANÇÕES POLÍTICAS EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA: ANÁLISE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 550.769

Em âmbito geral (o suficiente para a continuidade do presente estudo), as sanções políticas podem ser entendidas como diversos expedientes ou medidas ilegítimas, utilizadas pela Administração Pública, que criando gravames e obstáculos para a continuidade do exercício de atividades econômicas, objetivam que o contribuinte cumpra ou pague a exação fiscal, ao invés de discutir a matéria no Judiciário, no caso de irregularidade de cobrança (genericamente considerada).

Os exemplos de sanções políticas em matéria tributária são apreensões de mercadorias diante de uma diminuta irregularidade na documentação fiscal que as acompanha; aplicação de regime especial de fiscalização³; recusa de autorização para

³ Medida excepcional, em casos de embaraço à fiscalização, indícios de reiterada sonegação e outros crimes e infrações contra a ordem tributária etc., que visa prevenir e impedir a sonegação tributária, por

imprimir notas fiscais; inscrições no cadastro de inadimplentes; negativa de emissão de certidão negativa de débitos, mesmo não existindo lançamento consolidados, entre outras medidas indevidamente utilizadas pelos Fiscos.

Para o melhor desenvolvimento da avaliação em questão, convém mencionar os dispositivos legais que originaram a controvérsia que será mais adiante exposta.

O Decreto-Lei 1.593/1977, além de outras providências, determina que a atividade de fabricação de cigarros, depende da concessão de registro especial (artigo 1º), que poderá ser cancelado, a qualquer tempo (artigo 2º), por ato da Secretaria da Receita Federal, na ocorrência de uma ou mais das hipóteses que elenca, dentre as quais, se destaca o inciso II, do artigo 2º que trata do “*não-cumprimento de obrigação tributária principal ou acessória, relativa a tributo ou contribuição administrado pela Secretaria da Receita Federal*”.

Dentro da perspectiva do marco teórico exposto, passa-se à análise do inteiro teor do acórdão do Recurso Extraordinário 550.769, originário do Rio de Janeiro, de relatoria do Ministro Joaquim Barbosa, interposto pelo contribuinte, julgado pelo plenário do STF, cujo início se deu em 07 de maio de 2008, terminando em 22 de maio de 2013, que trata do cancelamento de registro especial de funcionamento de indústria tabagista, pelo inadimplemento das obrigações tributárias, com base no artigo 2º, inciso II, do Decreto-Lei 1.593 de 1977, em que, por maioria⁴, o recurso foi julgado improcedente, considerando válida a aplicação do dispositivo fustigado.

Pela ementa do Acórdão, verifica-se que o RE 550.769 fora interposto contra acórdão prolatado pelo Tribunal Federal da Segunda Região, que julgou constitucional a exigência da severa regularidade fiscal para que o estabelecimento tabagista pudesse manter o registro especial de funcionamento (artigo 2º, inciso II, do Decreto-Lei 1.953/1977).

Tem-se a narrativa de que contribuinte alegou violação do artigo 170 da Constituição Federal, pois haveria afronta à proporcionalidade e à razoabilidade, na

meio de instauração de um regime mais gravoso de fiscalização, em que dentre outras ações da administração pública, pode se impor a redução dos períodos de apuração e recolhimento dos tributos; utilização compulsória de controle eletrônico das operações realizadas e recolhimento diário dos respectivos tributos manutenção de fiscalização ininterrupta no estabelecimento do contribuinte, (no âmbito federal, a Lei 9.430/1996, em seu artigo 33, e a Instrução Normativa da Receita Federal nº 979/2009).

4 Negaram provimento ao recurso do contribuinte, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, Rosa Weber, Teori Zavascki, Luiz Fux, Dias Toffoli, restando a corrente divergente encampada por Gilmar Mendes, Marco Aurélio e Celso de Melo.

medida em que restringiria, injustamente, o livre exercício de atividade econômica ou profissional lícita.

A corte reafirmou sua orientação, no sentido de se rechaçar a aplicação das sanções políticas em matéria tributária, ressalvando que para que se caracterize sanção política, o dispositivo e a interpretação combatidos, deveriam:

atentar contra os seguintes parâmetros: (1) relevância do valor dos créditos tributários em aberto, cujo não pagamento implica a restrição ao funcionamento da empresa; (2) manutenção proporcional e razoável do devido processo legal de controle do ato de aplicação da penalidade; e (3) manutenção proporcional e razoável do devido processo legal de controle da validade dos créditos tributários cujo não-pagamento implica a cassação do registro especial. [Grifo nosso].

No julgado se entendeu que nos autos não foram demonstradas afrontas aos parâmetros citados, culminando com o conhecimento do recurso e a negativa de seu provimento.

No relatório, consta que a empresa tabagista, recorrente, ao descrever os fatos, noticiou que em 01.09.2005 houve instauração de procedimento fiscal pela Secretaria da Receita Federal para se verificar as condições necessárias à manutenção do registro especial (concedido em 1996) nos termos previsto no Decreto-Lei 1.593/1977.

No curso do procedimento fiscal fora concedido o prazo de dez dias ao contribuinte, para que regularizasse sua situação, pagando todos os débitos tributários existentes, incluindo os de exigibilidade suspensa. Tal fato fez com que o contribuinte ingressasse com uma ação cautelar (julgada procedente) visando a ter assegurado o direito de, livremente, exercer sua atividade econômica lícita, entendendo que o ato da fiscalização se trataria de uma sanção política, que deveria ser invalidada. A medida cautelar fora confirmada no julgamento da ação principal.

A União apelou, seguida pelo Instituto Brasileiro de Ética Concorrencial (terceiro prejudicado), tendo o Tribunal Federal da segunda Região reformado a sentença, considerando válida a exigência de rigorosa regularidade fiscal impostas às empresa fabricantes de cigarros, tendo em vista as características próprias das atividades da indústria do tabaco, como a magnitude da arrecadação e o impacto na saúde pública, uma vez que “a arrecadação tributária decorrente da fabricação do tabaco é

imprescindível para que possa arcar com os custos das doenças relacionadas ao consumo de cigarros”.

Antes de ingressar com o recurso extraordinário, o contribuinte aviou medida cautelar, junto ao próprio Tribunal Federal da segunda Região, objetivando atribuir efeito suspensivo ao recurso, sendo exitoso. Contudo, a União interpôs agravo de instrumento, impugnando a concessão do efeito suspensivo. O agravo de instrumento fora distribuído para relatoria do Ministro Joaquim Barbosa. Entretanto, devido ao recesso forense no início do ano de 2007, a presidência da corte, acabou julgando o agravo, indeferindo os efeitos suspensivos.

Nas razões do recurso, o contribuinte alegou violações à liberdade de trabalho, de comércio e de indústria, bem como à razoabilidade e proporcionalidade das medidas, sendo, ainda, a decisão recorrida, contrária ao entendimento jurisprudencial consolidado pela Corte Excelsa.

Já a União, em suas contrarrazões aduziu a inadmissibilidade do recurso, vez que a recorrente buscaria reexame probatório, tratando também de que a razoabilidade e proporcionalidade não foram analisadas pelo acórdão atacado e, portanto, não poderiam ser analisadas pela Corte. E, por fim, a rigorosa exigência de regularidade fiscal teria amparo nas peculiaridades do ramo de atividade da recorrente, cuja tributação teria forte viés extrafiscal envolvendo políticas de saúde pública.

Ao final do relatório, há a descrição de que o contribuinte teria tentado a atribuição de efeito suspensivo ao presente recurso por meio de outra Cautelar (1.657-MC), indeferida pelo plenário STF.

3.1 Os votos

No voto do ministro Joaquim Barbosa, relator, há o entendimento de que o recurso trataria de exame de validade geral e abstrata do Decreto-Lei 1.593/1977, em confronto com as normas constitucionais do livre exercício de profissão e de atividade econômica lícita.

Há a reafirmação da forte jurisprudência da Corte, que considera as sanções políticas inválidas, ressaltando-se a importância do devido processo legal como direito fundamental de verificação e controle de validade das exigências impostas pelo fisco,

que se torna amesquinhado quando se aplica a sanção política, em que o contribuinte acaba se submetendo a exigência imposta para se manter em funcionamento, sendo afastado do acesso à jurisdição administrativa e judicial.

Uma das argumentações desenvolvidas foi no sentido de que o cancelamento de registro especial por condutas criminosas, pressuporia o trânsito em julgado, enquanto que, pelo dispositivo recorrido, o cancelamento de registro especial, em função de mero inadimplemento de débitos tributários, é permitido sem a conclusão do controle administrativo ou judicial que confirmasse as circunstâncias autorizadoras do fechamento do estabelecimento.

Por outro lado, a orientação firmada pelo STF não poderia ser meio para justificar o descumprimento da legislação tributária, não havendo que se falar em sanção política se as restrições ao exercício de atividade econômica visam a combater estrutura empresarial, que tem como essência, a sonegação tributária, criando uma desvantagem concorrencial. Com isso, “para ser tida como inconstitucional, a restrição ao exercício da atividade econômica deve ser desproporcional e não-razoável.”

Todavia, focado mais nas peculiaridades do caso concreto, que no controle abstrato de constitucionalidade, expôs que a legislação impugnada não define qualquer parâmetro para mensuração do montante de crédito tributário não pago ou da gravidade do descumprimento de obrigação acessória, muito menos, ainda, se poderia mensurar, em que medida haveria a efetividade do devido processo legal de controle e validade dos créditos tributários tidos por inadimplidos. E, discordando da premissa do acórdão recorrido, de que a proteção à saúde pública e a característica extrafiscal da tributação desse ramo de atividade seriam meios a validar a aplicação do cancelamento do registro, entendeu que deveriam existir mecanismos ou parâmetros balizadores para uma análise de caracterização ou não de sanção política relacionadas com a efetividade do devido processo legal e o montante do tributo devido, em que:

[...] a norma extraída a partir da interpretação do art. 2º, II, do Decreto-lei 1.593/1977 será inconstitucional se atentar contra um dos três parâmetros constitucionais já apresentados: 1) relevância do valor dos créditos tributários em aberto, cujo não pagamento implica a restrição ao funcionamento da empresa; 2) manutenção proporcional e razoável do devido processo legal de controle do ato de aplicação da penalidade; 3) manutenção proporcional e razoável do devido processo legal de controle da validade dos créditos tributários cujo não-pagamento implica a cassação do registro especial.
[...].

A par disso, considerou que no caso em julgamento estariam presentes todos os parâmetros indicados, visto que os débitos tributários seriam relevantes (alto valor), tendo sido realizado o controle de constitucionalidade incidental em sede extraordinária, não havendo expectativa relevante de reversão da penalidade imposta.

Ao final, seu entendimento foi por negar provimento ao recurso, dando interpretação ao dispositivo questionado conforme a constituição.

O Ministro Joaquim Barbosa, cita precedentes e súmulas da corte e doutrina para corroborar a ponto de vista defendido; desenvolve a argumentação levando a acreditar que o devido processo legal, material e formal, deveria prevalecer em detrimento da sanção política. De outra face, ao considerar que a livre concorrência era diretamente afetada pelo inadimplemento contumaz e reiterado da empresa contribuinte, deu uma guinada no entendimento que expunha, relativizando o reconhecimento da aplicação da sanção política, para afirmar que a aplicação da norma em discussão apenas seria inválida, quando desproporcional e desprovida de razoabilidade, sem, contudo, tratar do alcance do que considerava razoabilidade e proporcionalidade, deixando um amplo espectro de discricionariedade.

Ao criar parâmetros de mensuração, funcionou como uma espécie de legislador positivo, deixando, de qualquer forma, a avaliação da mensuração à discricionariedade do avaliador diante do caso concreto.

Não cumpriu seu ônus argumentativo, não expôs de forma detida o método ou escalonamento demonstrando a valoração que justificaria a prevalência de um direito sobre outro igualmente protegido.

A justificativa para uma decisão em controle de constitucionalidade, levando em conta o montante de débito e a condição de sonegação tributária que beneficiaria a contribuinte, em concorrência desleal, não demonstra conexão lógica com a análise que deveria ter sido feita do ordenamento constitucional em controle abstrato, em que essa decisão, considerando elementos diversos das limitações ao poder de tributar, mais se aproxima de uma decisão política.

O desenvolvimento da argumentação demonstra contradição, além de extremamente focado no caso concreto, em contraposição ao que se afirmara no início

do voto, de que se trataria da análise de validade geral e abstrata da norma atacada no recurso.

Muito embora no curso do julgamento tenha havido argumentação da corrente divergente iniciado pelo Ministro Gilmar Mendes, seguida por Marco Aurélio e Celso de Mello, sequer houve consideração dos termos postos, como se fossem irrelevantes.

Na sequência do voto do relator seguiria o voto do ministro Ricardo Lewandowski, que prontamente, alegando a riqueza e a importância de tantos argumentos retratados no voto do relator, pediu vista em 07.05.2008.

Em seu voto vista, em 22.05.2013, Lewandowski fez questão de ressaltar que pediu que vista dos autos, devolvendo-os em seis meses para a retomada do julgamento, sendo que apenas depois de quatro anos e meio o processo entrou na pauta de julgamento. Seu voto se pautou, principalmente, pela monta dos tributos devidos, indicando que a recorrente era devedora de quase dois bilhões de reais, asseverando que a livre iniciativa se guia pelo cumprimento das normas postas no ordenamento pátrio, respeitando-se a livre concorrência e a função social da empresa, em que a sonegação favorecia a concorrência desleal.

Lewandowski cita precedentes e doutrinadores para corroborar o ponto de vista defendido. Reafirma o entendimento da Corte de considerar inválidas as sanções políticas. Apesar disso, fundamenta seu voto na afronta ao princípio da livre concorrência que seria ofendido por sonegação fiscal que beneficiaria a recorrente. O voto não incorporou os argumentos do relator para que, com ele dialogando, pudesse demonstrar com o que se concordava ou discordava, e expor, claramente, a motivação em face dos fundamentos já postos no primeiro voto. Mesmo posteriormente, não enfrenta os posicionamentos divergentes, nem demonstra em que grau de efetividade o princípio da livre concorrência se relacionaria com os demais pontos da discussão.

A impressão que se tem é de que o voto do relator seria irrelevante para firmar sua convicção, ao contrário da afirmada relevância dos argumentos do voto do relator, que foram ignorados completamente. Seu posicionamento é isolado, contrapondo-se ao devido debate dialógico.

A ministra Rosa Weber (reportando-se ao voto de Lewandowski) e o ministro Teori Zavaski (sem declaração de voto), acompanharam o relator, não sendo possível se

identificar a abrangência da concordância, pressupondo-se ampla concordância com o resultado e com a fundamentação do voto do relator.

O ministro Luiz Fux, sem agregar entendimento divergente ou mais amplo, tratou brevemente de rechaçar concorrência desleal que favoreceria a contribuinte, apenas ratificando o entendimento já posto pelos votos precedentes, para ao final declarar que acompanharia integralmente o voto de Lewandowski, Rosa Weber, e Teori Zavaski.

Embora tenha acompanhado os votos precedentes, mormente do Joaquim Barbosa, fica a imagem de que a concordância se daria em relação ao resultado, tendo em vista que na fundamentação apenas se considera que a sonegação favorece a concorrência desleal e predatória.

O ministro Dias Toffoli, por seu turno, afirma que sua conclusão seria a mesma, dos votos precedentes, porém com fundamentação diversa (a mesma tratada na AC 1.657 MC, utilizada pelo Ministro César Peluso), pautando-se, não pelas especificidades do caso concreto, mas pela particularidade do mercado do cigarro. E, focado na defesa da livre concorrência e no impacto que a sonegação traz para o mercado considera que o dispositivo impugnado seria sanção por prática de ilícitos contra a ordem tributária e não sanções políticas.

Como se verifica “no voto”, o que há é praticamente toda a transcrição do voto do ministro César Peluso dado na medida cautelar indicada. Não há deliberação dialógica, nem com o voto do relator e nem com a “divergência”. O voto parece ter sido trazido pronto para sessão de julgamento. Não se muda de posicionamento e muito menos se considera a ampliação ou restrição do entendimento que colacionou, como sendo seu voto.

O ministro Gilmar Mendes, reiterando a orientação da corte, em ter como inválidas as sanções políticas, mencionou que a norma combatida seria reforço da eficácia das normas que oneram o seguimento tabagista, em clara natureza de sanção política à beneficiar a arrecadação, em sentido contrário à jurisprudência do STF, consistindo em medidas inconstitucionais.

Mesmo levando em conta o montante dos débitos tributários e a sonegação contumaz, a discussão de constitucionalidade estaria afeta ao dispositivo impugnado que possibilitaria o impedimento da continuidade da atividade do setor tabagista por

mero inadimplemento tributário, que, na prática, equivaleria à extinção da empresa por ato administrativo. E, muito embora sejam também graves os impactos no mercado concorrencial, a extrafiscalidade com forte viés arrecadatório e os impactos na saúde, seriam argumentos frágeis para assegurar a constitucionalidade da norma impugnada, vez que não afastariam o regime tributário e nem a aplicação das limitações ao poder de tributar.

Dessa maneira, como evidente medida de reforço à arrecadação, a aplicação do dispositivo impugnado é medida desproporcional, em descompasso aos princípios constitucionais da livre iniciativa e do devido processo legal.

O ministro Gilmar Mendes, tendo inaugurado a “divergência”, não cumpre devidamente ônus argumentativo de dialogar com os posicionamentos expostos, principalmente pelo relator, no sentido de incorporando-o, demonstrar, justificadamente, em que medida valorativa haveria sua concordância, discordância ou parcial discordância.

Embora seu voto tenha se dado alguns anos depois do voto do relator (em função do pedido de vista de Lewandowisk), Gilmar Mendes parece não considerar as argumentações dispostas pelo relator, o que sugere ter seu voto sido feito isoladamente, sem conhecimento da existência do voto do relator.

O ministro Marco Aurélio leva em conta o posicionamento divergente instaurando pelo Gilmar Mendes, citando-o. Descreve entender que o dispositivo atacado no recurso se trata de sanção política. Menciona a existência de outros mecanismos de cobrança do débito tributário que poderiam viabilizar a busca pelo recebimento do débito em aberto, não concebendo o argumento de concorrência desleal e proteção à saúde como meio à justificar a incidência da norma que acaba por extinguir a existência da empresa, decretando sua pena de morte por ato administrativo do secretário da Receita Federal. Com isso, seu entendimento é pela inconstitucionalidade do dispositivo impugnado no recurso.

O diálogo do voto do ministro Marco Aurélio se deu apenas com o voto do ministro Gilmar Mendes, para com ele concordar. Não considera diretamente, em suas razões, os pontos de vista expostos pelos votos que lhe precederam.

Por fim, no voto do ministro Celso de Mello se verifica que há o entendimento de que a proteção constitucional ao direito ao livre exercício de trabalho ou atividade

econômica não seria absoluta, o que não tornaria válida a aplicação de medidas gravosas impostas pela Administração tributária para o constrangimento do contribuinte visando à satisfação dos créditos tributários, já que não seriam razoáveis e nem proporcionais.

Celso de Mello retoma a jurisprudência do tribunal, expõe o conflito entre os direitos e os princípios constitucionais versados no caso, sem, no entanto, assumir o ônus argumentativo de explicar o grau de valoração que justificaria a prevalência de um princípio em face de outro igualmente protegido, não se sabendo a dimensão do que seria ou não proporcional e razoável. Em seu voto, também cita doutrina e jurisprudência para confirmar seu posicionamento.

No desenvolvimento do voto não há diálogo (ou interação) com os votos precedentes, apenas uma remissão ao final de que votava pela inconstitucionalidade do dispositivo combatido, acompanhando os votos do Ministro Gilmar Mendes e Marco Aurélio. Em nenhum momento há a incorporação dos argumentos expostos por seus pares nas considerações da fundamentação de seu voto, o que sugere que o trouxe pronto para a sessão de julgamento.

3.3 Os debates

A intervenção dos ministros, na sessão de julgamento, que sugeriria interação, debates, confronto de ideias etc., no caso do presente julgamento se resumiram à notas de esclarecimentos, em que os ministros ratificam, sucintamente, o posicionamento que assumiram.

Assim, Joaquim Barbosa descreve que levou em consideração a preservação do devido processo legal nos termos postos por Gilmar Mendes, e que a essência das empresas do ramo de atividade do recorrente, era sonegar.

Já Gilmar Mendes cita o voto de Celso de Mello, afirmando que o Fisco teria meios adequados para buscar a satisfazer seu crédito, como a cautelar fiscal, para não extinguir uma empresa. Faz extensa citação do voto de Celso de Mello, tentando convencer os colegas da importância do devido processo legal que fora afrontado, não podendo a administração suprimir os ditames do ordenamento jurídico pátrio em evidente desproporcionalidade da medida.

Em sua intervenção, Lewandowski reiterou que o caso se tratava de delinquência tributária de grande vulto financeiro sonegado, afetando diretamente a concorrência do mercado.

4 CONCLUSÃO

No acórdão se evidencia a manutenção do entendimento da Corte quando à repulsividade da utilização das sanções políticas. Apesar de a norma discutida no julgamento não ter sido declarada inconstitucional, o mero inadimplemento tributário, não seria o suficiente para sua aplicação em todos os casos, dependendo de ponderação, em que deverão ser avaliados os parâmetros indicados no julgamento, constantes na ementa do acórdão (papel criativo - funcionando como legislador positivo), que não possuem qualquer objetividade mensurativa de relevância, ficando cada ponto, ao alvedrio da autoridade que for analisar o caso concreto.

Diante da discricionariedade permitida na avaliação dos pontos propostos, o contribuinte, do ramo de atividade tabagista, que estiver inadimplente com débitos tributários, mesmos que ilegítimos, poderá sofrer o cancelamento do registro especial de funcionamento por ato administrativo. Como se nota, ignora-se o balizamento, dado pela própria Constituição Federal nas limitações ao poder de tributar, entre os interesses fiscais e os direitos: de propriedade e sua função social, o do livre exercício de atividade econômica, e do devido processo legal material e formal, amparados pelo contraditório e pela ampla defesa.

O mote da concorrência desleal e predatória como principal argumentação da decisão, teria outras formas de ser tratado fora do julgamento em questão, sendo elemento estranho à análise abstrata que deveria ter sido feita, não existindo justificativa lógica, no ordenamento, para se considerar válidos os expedientes da evidente sanção política, com fundamento nessa premissa.

Além desse fator, ao se considerar que o diálogo deliberativo é uma fonte de legitimidade para o controle judicial de constitucionalidade, com as práticas e procedimentos decisórios utilizados pelo o Supremo Tribunal Federal, verifica-se um déficit de legitimidade.

Nesse passo, na decisão analisada, identifica-se o caráter predominantemente agregativo de votos, com baixíssimo grau de interação entre si, em que a forma argumentativa evidencia o entendimento construído no isolamento dos gabinetes, cujos votos fazem citações apenas ratificando o posicionamento assumido na argumentação, sem diálogo com a divergência, tentando vencer o debate, sem se demonstrar incorporação dos argumentos dos demais membros do colegiado.

As fundamentações não cumprem o ônus argumentativo ao citarem os princípios constitucionais, não havendo delimitação do alcance dos princípios tratados, como se fossem medida aberta para justificar tudo o que se deseja.

As opiniões divergentes também são ignoradas, como se não contribuíssem para o debate e, no caso, sugerindo ser mais pelo resultado, que pela fundamentação propriamente dita (sem se saber em que medida haveria concordância), houve a prevalência da posição assumida pelo relator, que não teve papel fomentador do debate.

A interrupção do julgamento, logo após o voto do relator, pelo pedido de vista não colaborou para construir uma deliberação, inclusive tendo a argumentação disposta pelo relator, sido ignorada, em que o voto-vista pareceu não ter tido conhecimento da gama de pontos tratados pelo relator.

Quanto à tratativa da jurisprudência existente no STF, houve reiteradas afirmações no sentido de confirmar o posicionamento prevalente na Corte sobre a invalidade das sanções políticas, não ocorrendo mudança de posicionamento, apenas relativização quanto à sua aplicação para indústria tabagista, que ficara ao alvedrio da discricionariedade da autoridade que confratará a relevância dos débitos tributários, e a medida de atendimento ao devido processo legal material e substantivo, para caracterizar ou não a existência e invalidade das sanções política em cada caso.

Diante desse quadro, verifica-se a grande influência que os procedimentos utilizados pela corte geram na qualidade e desempenho deliberativo. E, nesse caminho, devem ser buscadas, proposições de soluções para a melhoria dos arranjos institucionais, com alteração de regimento interno, mudança de procedimentos etc., como mecanismos que possibilitem que todo o potencial deliberativo necessário às instituições democráticas seja alcançado, como forma de tornar mais legítimas as decisões tomadas pelo STF.

REFERÊNCIAS

BRASIL, **Decreto Lei n. 1.593** de 21 dez. 1977. Altera a legislação do Imposto sobre Produtos Industrializados, em relação aos casos que especifica, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1593.htm> Acesso em: 27 jul. 2015

BRASIL, **Lei 9.340**, de 27 dez. 1996. Dispõe sobre a legislação tributária federal, as contribuições para a seguridade social, o processo administrativo de consulta e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9430.htm> Acesso em: 29 jul. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 550.769. Rio de Janeiro. Não pagamento de tributo, cancelamento registro fábricas de cigarro, e sanções políticas. Recorrente: American Virginia Indústria Comércio Importação e Exportação de Tabacos LTDA. Recorrido: União e Instituto Brasileiro de Ética Concorrencial. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Plenário, Brasília, DF, 22 maio 2013. Publicado no **Diário de Justiça da União**, de 06 jun. 2013. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 16 de jun. 2015.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**, 30ª Ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

MENDES, Conrado Hübner. Desempenho deliberativo de cortes constitucionais e o STF. In: Ronaldo Porto Macedo; Catarina Barbieri. (Org.). **Direito e interpretação: Racionalidade e instituições**. São Paulo: Saraiva, 2011, p.337-361.

MENDES, Conrado Hübner. O projeto de uma corte deliberativa. In: Adriana Vojvodic; Henrique Motta Pinto; Rodrigo Pagani. (Org.). **Jurisdição Constitucional no Brasil**, São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 53-74.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS. Pró-Reitoria de Graduação. Sistema de Bibliotecas. Padrão PUC Minas de normalização: **normas da ABNT para apresentação de artigos de periódicos científicos**. Belo Horizonte, 2010. Disponível em <<http://www.pucminas.br/biblioteca/>>. Acesso em:15 fev. 2015.

Revista Direito GV. **Política editorial**. São Paulo. Disponível em:<http://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/arquivos/revista_direito_gv_politica_editorial.pdf>. Acesso em: 04 ago. 2015

SILVA, Virgílio Afonso da. Decind without deliberating. **International Journal of Constitutional Law**, v.11, 2013, p. 557-584.

SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação diálogo e razão pública. **Revista de Direito Administrativo**, v.250, p. 197-227, jan./abr. 2009.

SILVA, Virgílio Afonso da. Ponderação e Objetividade na interpretação constitucional, In: Ronaldo Porto Macedo; Catarina Barbieri. (Org.). **Direito e interpretação: Racionalidade e instituições**. São Paulo: Saraiva, 2011, p.363-380.

SUNDFELD, Carlos Ari e PINTO, Henrique Motta. Três desafios para melhorar a Jurisdição Constitucional Brasileira. In: Adriana Vojvodic; Henrique Motta Pinto; Rodrigo Pagani. (Orgs.). **Jurisdição Constitucional no Brasil**, São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 19-52.

SUNDFELD, Carlos Ari e SOUZA Rodrigo Pagani de. Accontability e Jurisprudência do STF: Estudo Empírico de Variáveis Institucionais e Estrutura das Decisões, In: Adriana Vojvodic; Henrique Motta Pinto; Rodrigo Pagani. (Orgs.). **Jurisdição Constitucional no Brasil**, São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 75-116.