

O princípio do Não-Confisco: definição, aplicabilidade e penalidades pecuniárias

Publicado desde 9/1/2006

Eliel de Andrade

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS 2. DEFINIÇÃO DE CONFISCO 3. O PRINCÍPIO DO NÃO-CONFISCO 4. MULTA TRIBUTÁRIA COM EFEITO CONFISCATÓRIO 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Por não existir limites objetivos do que venha a ser confisco, é comum a feroz invasão do Poder Público sobre o patrimônio particular do contribuinte, tanto nos bens móveis e imóveis como também nas relações de consumo e na própria renda. Sendo assim, este trabalho preocupa-se em definir o conceito de confisco e sua aplicação na legislação infraconstitucional pátria. Analisamos também a multa tributária e os diferentes posicionamentos doutrinários sobre o assunto. Por fim, defendemos o posicionamento de que não podemos justificar o descumprimento das obrigações impostas por lei utilizando o argumento de injustiça fiscal.

O Princípio do Não-Confisco surge no ordenamento constitucional brasileiro como limitação ao poder estatal de tributação com a Magna Carta de 1988.

A inovação da Assembléia Constituinte consistiu apenas na positivação de um princípio já aceito e amplamente difundido no ordenamento jurídico pátrio, visto que a doutrina já reconhecia o Princípio do Não-Confisco como uma das derivações do Direito de Propriedade, direito este já consagrado em cartas políticas anteriores.

Não obstante, tal positivação veio conferir maior estabilidade na relação Estado-Contribuinte, impossibilitando a discricionariedade estatal na instituição de tributos. Desta forma, é imposta ao Estado uma obrigação negativa. O Poder Político não pode utilizar tributo com efeito de confisco.

2. DEFINIÇÃO DE CONFISCO

Entretanto, antes de adentrarmos com maior profundidade o estudo deste princípio, faz-se necessário recorrermos à correta definição do que vem ser o vocábulo "confisco".

Sua origem etimológica vem do verbo latim "confiscare, que "é concebido, no ambiente jurídico, como ação de força exercida pelo Estado consistente em transferir para si todos ou parte dos bens de um particular" (MARTINS & DELGADO, 2000, p. 93).

Com efeito, confisco pode também ser definido como "apreensão e adjudicação

ao fisco de bens do patrimônio de alguém por violação da lei e como pena principal ou acessória” (PAULO, 2002, p. 82).

Analisando a definição, percebemos a existência de elementos essenciais para a existência do confisco: o Estado, comumente citado na definição como “fisco”, o bem jurídico patrimonial objeto da lide, o detentor deste bem, que normalmente é um cidadão particular, e a violação de norma jurídica positivada.

O argumento de que em tempos antigos, como no absolutismo monárquico do século XVIII, bastava tão somente a vontade do detentor do poder para a efetivação confiscatória não mas prevalece nos dias atuais. Desta forma, nos Estados onde o Direito de Propriedade é garantido é necessária a violação da lei como pressuposto para a ação estatal.

Por conseguinte, para que haja confisco é preciso previsão legal de dois tipos: a negativa e a positiva. Ambas são dirigidas do Estado para o particular. A primeira consiste na tipificação de uma ação ou conduta proibida por lei. A segunda é a penalidade imposta ao transgressor, que consiste na perda do bem.

Ademais, o direito protegido constitucionalmente atingido pela ação confiscatória estatal tem sua sede material no próprio caput do artigo 5º, no inciso XXII, e também no inciso II do artigo 170.

Sendo assim, a exceção que relativa o direito de propriedade também vem prevista na lei maior. O inciso XXIII do artigo abaixo condiciona o exercício do inciso superior. Já o inciso XLVI prevê a possibilidade da pena de perda de bens.

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 a propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XXII – é garantido o direito de propriedade;

XXIII – a propriedade atenderá sua função social;

(...)

XLVI – a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras as seguintes:

a) privação ou restrição da liberdade;

b) perda de bens;

c) multa;

d) prestação social alternativa;

e) suspensão ou interdição de direitos (...)

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:

(...)

II – propriedade privada (...)

Temos ainda na Constituição Federal uma previsão expressa de autorização para confiscar, prevista no artigo 243, que tem a seguinte redação. Art. 243. As glebas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas serão imediatamente expropriadas e especificamente destinadas ao

assentamento de colonos, para o cultivo de produtos alimentícios e medicamentosos, sem qualquer indenização ao proprietário, e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei. Parágrafo único. Todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins será confiscado e reverterá em benefício de instituições e pessoal especializados no tratamento e recuperação de viciados e no aparelhamento e custeio de atividades de fiscalização, controle, prevenção e repressão do crime de tráfico dessas substâncias.

Corroborando com esse pensamento o ilustre tributarista Ruy Barbosa Nogueira (1999), que em sua obra recorre à *Encyclopaedia of the Social Sciences* (New York, MacMillan, 1948, v. 4, p.138), que diz:

CONFISCO: é um princípio reconhecido por todas as nações que os direitos de propriedade não podem ser transferidos pela ação de autoridades públicas, de um particular para outro, nem podem eles ser transferidos para o tesouro público, a não ser para uma finalidade publicamente conhecida e autorizada pela Constituição.

Por fim, definimos confisco como a penalidade sancionatória, decorrente de transgressão de norma legal, que se aperfeiçoa com a transferência de um bem patrimonial de um particular para o Estado.

3. O PRINCÍPIO DO NÃO-CONFISCO

O artigo 150, inciso IV, da Constituição, do capítulo I - Do Sistema Tributário Nacional, da Seção II - Das Limitações do Poder de Tributar, consagra o Princípio do Não-Confisco.

Trata-se de uma inovação no Sistema Tributário Nacional, visto que o constituinte de 1988 preocupou-se em conferir à sociedade um elemento positivo que impossibilitasse o livre alvedrio estatal na instituição de tributos.

Não se trata de um princípio específico dirigido apenas a um ente federativo. É um dirigido às quatro esferas federativas da República, a saber: União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Insere-se dessa forma como um contrapeso ao poder de tributar. Por ser este parte do poder político estatal, é aquele, de forma ampla, uma barreira de que os detentores deste não podem dispor livremente.

É uma norma dirigida ao Estado como forma de garantir ao contribuinte limites para a ação estatal. Impede o livre-arbítrio do legislador na instituição de tributos. Sendo assim, o tributo utilizado com efeito de confisco será tido como inconstitucional, devendo a lei instituidora ser extirpada do ordenamento jurídico pátrio.

Em sua lição, o professor Hugo de Brito Machado reforça o exposto acima: "Os princípios jurídicos da tributação existem para proteger o cidadão contra os abusos do Poder de Tributar pertencente ao Estado" (MACHADO, 2003, p. 45).

Todavia, a aplicação em casos concretos ainda é algo a ser perquirido em nossa sociedade. A própria subjetividade na definição do princípio é algo que dificulta sua materialização em casos concretos.

Se recorrermos à doutrina vamos perceber que "a temática sobre as linhas demarcatórias do confisco, em matéria de tributo, decididamente não foi desenvolvida de modo satisfatório, podendo-se dizer que sua doutrina está ainda por ser elaborada" (CARVALHO, 2000, p.159)

Devemos então buscar a aplicabilidade desse princípio no intérprete da Carta Republicana, que é o Pretório Excelso. Em sessão plenária do julgamento da ADIN 2010-2, onde se questionava a constitucionalidade da lei que possibilitava a elevação de 25% da alíquota da contribuição previdenciária dos servidores públicos, assim se manifestou o Ministro Carlos Mário Velloso em seu voto:

É que a Constituição não tolera a utilização de tributo com efeito de confisco (CF, art. 150, IV). Como se chega a essa conclusão? Qual seria o conceito de 'tributo com efeito de confisco?' O conceito é indeterminado, caso em que o juiz laborará em área que chamaríamos de 'área cinzenta'. Em primeiro lugar, a questão, ao que me parece, deve ser examinada no conjunto de tributos que o servidor pagará, no seu contracheque, dado que se trata de tributo incidente sobre o vencimento, salário ou proventos. (...) Ademais, o efeito de confisco se caracterizaria, sobretudo, no fato, por exemplo, de o servidor, em razão da exigência fiscal, ter que se privar de bens ou utilidades de que vinha se utilizando. Mas como aplicar em situações concretas um princípio que ainda carece de precisão na sua definição? Deixaríamos ao livre julgamento do STF a definição de confisco?

Tal preocupação tem impulsionado diversos doutrinadores a elaborarem anteprojatos de lei definidores de tributos com efeito confiscatório.

Nesse sentido, o inesquecível jurista Geraldo Ataliba, em seminário realizado na Universidade de São Paulo, entregou nas mãos do então Senador da República, Fernando Henrique Cardoso, um anteprojeto para alterar o Código Tributário Nacional (MARTINS, 2000, p. 51). O art 7º do anteprojeto possuía a seguinte redação:

Art. 7º. Considerar-se-á caracterizada a utilização de tributo com efeito de confisco sempre que seu valor, na mesma incidência, ou em incidências sucessivas, superar o valor normal de mercado dos bens, direitos ou serviços envolvidos no respectivo fato gerador ou ultrapassar 50% do valor das rendas geradas na mesma incidência. § 1.º É vedada a pena de perdimento em matéria fiscal, ressalvadas as normas sobre o abandono de mercadorias previstas na legislação vigente. § 2.º Para os efeitos deste artigo computar-se-ão todos os tributos federais, estaduais ou municipais, que incidam no bem, direito ou serviço com fatos geradores simultâneos, ou decorrentes de um único negócio. § 3.º As normas deste artigo não se aplicam ao imposto de importação utilizado como instrumento regulador do comércio exterior.

Ressalvadas as divergências em torno desse anteprojeto, o mérito reside na iniciativa de pôr um freio na audaz ferocidade em querer cada vez mais arrecadar sem observar limites constitucionais previstos.

O conceito de tributo com efeito de confisco seria na realidade uma junção sobre as diversas incidências sobre fatos geradores simultâneos, computando-se todos os tributos federais, estaduais, distritais e municipais.

A política tributária necessariamente teria que se pautar num planejamento conjunto dos diversos entes federativos. Caso contrário, uma nova incidência que ultrapassasse os limites predefinidos poderia ser questionada, tanto no mérito da legalidade quanto no mérito da constitucionalidade. Outra implicação prática resultante dessa elaboração legislativa é a diminuição de ações judiciais questionando a instituição de tributos com a alegação de inconstitucionalidade.

O STF analisaria, caso provocado, primeiramente a constitucionalidade da referida lei definidora dos limites da tributação. Caso a considerasse de acordo com a Carta Maior, criaria um parâmetro na instituição legislativa para todos os entes federativos.

As leis instituidoras em desconformidade com a lei complementar que delimita a aplicação do Princípio do Não-Confisco seriam questionadas em matéria de legalidade, em sede de preliminar, e não em constitucionalidade.

O dito acima não deve ser interpretado de forma absoluta, com se não comportasse exceção. Isso porque existem outros princípios jurídicos, não objeto de

nosso estudo, como o da inafastabilidade da tutela jurisdicional, consagrado no artigo 5º da Carta Republicana, que possibilitaria a análise pelo STF da questão confiscatória.

Outro ponto salutar é a definição de confisco utilizando como parâmetro a carga tributária total, conforme previsto no § 2º do anteprojeto acima citado.

Esse entendimento não tem sido objeto de divergência doutrinária. Famosos tributaristas brasileiros corroboram esse entendimento. Analisar confisco é analisar todos os tributos incidentes sobre determinada renda, serviço ou direito. Embora, como dito, o conceito de confisco não seja preciso, o STF, em importante julgado, declarou a inconstitucionalidade da famosa lei que pretendeu elevar a alíquota da contribuição previdenciária dos servidores públicos ao exorbitante patamar de até 25. Um dos principais vícios apresentados pela lei, o qual serviu de base para a sua fulminação, foi justamente à afronta ao Princípio do Não-Confisco que representaria tal carga tributária. No mesmo julgado, o Tribunal Excelso explicitou a tese de que o caráter de confisco do tributo deve ser avaliado tendo-se em conta todo o sistema tributário, ou seja, em relação à carga tributária total resultante dos tributos em conjunto, declarando que o exame da questão do efeito confiscatório deve ser feito em função da totalidade do sistema tributário e não em função de cada tributo isoladamente (ADInMC 2.010-DF, rel. Min. Celso de Mello, 29.09.1999) (ALEXANDRINO, 2004, p. 105).

4. MULTA TRIBUTÁRIA COM EFEITO CONFISCATÓRIO

Outro ponto divergente que merece uma análise é a multa tributária com efeito confiscatório. Nesse ponto a doutrina ainda não possui consenso. Renomados escritores, como o professor Hugo de Brito Machado, defendem a posição de que a referência do não-confisco não se aplica ao descumprimento de normas formais tributárias. Outro referendado jurista, Ives Gandra da Silva Martins, defende a posição mais ampla, sugerindo a idéia que tanto a aplicação do princípio do artigo 150, inciso IV da Constituição, não protege tão somente o tributo, mas também toda obrigação dela decorrente, inclusive a gerada pelo inadimplemento do contribuinte.

O tributo e a multa pecuniária são distintos em sua essência. A principal distinção decorre do campo de incidência. O primeiro decorre de um ato lícito pelo qual o Estado achou por bem transferir para si parcela da renda, do serviço ou do patrimônio. Em regra, o objeto da atividade geradora da receita estatal é lícito. O princípio tributário non olet relativiza a regra, constituindo-se contudo uma exceção. O segundo, por sua vez, decorre necessariamente de uma sanção de ato ilícito, contrário à lei ou a legislação tributária (MACHADO, 2003, p. 258).

A finalidade também é um ponto de distinção entre ambos. O primeiro tem função gerativa de receita ordinária estatal para o cumprimento de sua função social. Sua finalidade principal é de ordem financeira. A multa, por sua vez, não visa primariamente à arrecadação. O seu principal objetivo é desestimular a infração à legislação, evitando, assim, o descumprimento das regras arrecadatórias. (MACHADO, 2003, p. 258).

Neste sentido, assim leciona o professor Hugo de Brito Machado: "A vedação constitucional de que se cuida não diz respeito às multas, porque tributo e multa são essencialmente distintos" (MACHADO, 2003, p. 258).

De forma contrária é o posicionamento do Professor Ives Gandra Martins. Segundo seu magistério, o constituinte, ao vedar o confisco, referiu-se à obrigação tributária principal e não especificamente ao tributo. É uma interpretação extensiva, que amplia o campo de abrangência do princípio em estudo.

Neste sentido já sinalizou os Ministros do STF, “ao conceder liminar ao julgar a ADIn MC 1.075-DF, promovido pela Federação Nacional do Comércio, suspendendo a vigência do art. 3º, parágrafo único, da Lei n. 8.846/94, que comina multa de trezentos por cento do valor da operação de venda de mercadorias ou de prestações de serviços, para a hipótese de não emissão do correspondente documento fiscal” (MACHADO, 2003, p. 259).

Os que defendem esse caminho acreditam na hipótese do fisco dispor do poder de apreensão e confisco de bens em determinadas situações. É caso dos bens objeto de contrabando. Neste caso, a penalidade não tem característica confiscatória, e sim de outra natureza, que é o perdimento de bens.

Parece-nos que os defensores deste segundo posicionamento esquecem da definição do que vem a ser confisco em sentido estrito. Confiscar é a penalidade sancionatória, decorrente de transgressão de norma legal, que se aperfeiçoa com a transferência de um bem patrimonial de um particular para o Estado.

Sendo assim, não há como forçar uma distinção entre perdimento de bens e confisco, pois o primeiro é espécie do segundo, que é gênero.

Acreditamos que o posicionamento do Professor Machado é mais razoável. O Estado precisa utilizar mecanismos próprios para inibir a prática de sonegação fiscal. Em certos casos extremos se faz necessária a intervenção de forma mais incisiva para fazer prevalecer sua política fiscal, quando há de transgressão da lei.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Procuramos nesta análise buscar a definição do que vem a ser o confisco, tanto de forma genérica como no direito tributário.

A análise acima, por se tratar de um tema ainda sem delimitações objetivas, permite-nos inferir que a subjetividade tem possibilitado a inescrupulosa tentativa de utilização do tributo com efeito de confisco, como aconteceu no caso da ADInMC 2.010-DF.

Contribui com essa prática a omissão legislativa na tentativa de normatizar o art. 150, inciso IV da Constituição Federal.

Percebe-se ainda a divergência doutrinária na utilização da multa tributária com efeito confiscatório.

Por fim, resta-nos não nos conformar com o livre-arbítrio na utilização do poder de tributar. A sociedade por si deve buscar mobilização para mudança da legislação que tem características confiscatórias. O caso da MP 232 é um bom exemplo do poder da sociedade de não mais aceitar a livre vontade do legislador nem do governo.

Entretanto, não podemos esquecer que possuímos mecanismos adequados para fazer prevalecer as normas constitucionais. Não podemos admitir o argumento de que a infração à legislação vigente é uma forma de protestar contra a elevada carga tributária.

Mas não podemos esquecer que vivemos num Estado Democrático de Direito, e o argumento da injustiça legal vigente não pode se contrapor ao cumprimento da lei.

Bibliografia:

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. Direito Tributário na Constituição e no STF: teoria e jurisprudência. 7ª edição. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.

BALEEIRO, Aliomar. Direito Constitucional Brasileiro. 11ª edição. Rio de Janeiro:

Forense, 2000.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. 10ª edição. Rio de Janeiro: DP&A, 2002.

CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário. 13ª edição. São Paulo: Saraiva, 2000.

MACHADO, Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário. 23ª edição. São Paulo: Malheiros, 2003.

MARTINS, Ives Gandra da Silva (Org.). Direitos Fundamentais do Contribuinte. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 14ª edição. São Paulo: Atlas, 2003.

NOGUEIRA, Ruy Barbosa. Curso de Direito Tributário. 15ª edição. São Paulo: Saraiva, 1999.

PAULO, Antonio de (Org.). Pequeno Dicionário Jurídico. 1ª edição. Rio de Janeiro: DP&A, 2002.

ANDRADE, Eliel de. **O princípio do Não-Confisco: definição, aplicabilidade e penalidades pecuniárias** Disponível em:

<<http://www.odireito.com/default.asp?SecaoID=10&SubSecao=1&ConteudoID=000177&SubSecaoID=3>>. Acesso em: 29/05/2006.