



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ.
FACULDADE DE DIREITO

ALEXANDRE RAFAEL L. V. M. DE OLIVEIRA

145159

**A FISCALIZAÇÃO TRIBUTÁRIA E A INVIOABILIDADE DO
ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL**

M
336-2
0484
Ac. 85984
R. 13883782

FORTALEZA
JULHO - 2007

ALEXANDRE RAFAEL L. V. M. DE OLIVEIRA

A FISCALIZAÇÃO TRIBUTÁRIA E A INVIOABILIDADE DO
ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL

Tese submetida à Coordenação do Curso de
Graduação em Direito da Universidade
Federal do Ceará, como requisito parcial
para obtenção do grau de Bacharel em
Direito.

Orientador: Professor Danilo Santos Ferraz. 145160

FORTALEZA
2007

“LUTA. Teu dever é lutar pelo Direito. Mas no dia em que encontrares o Direito em conflito com a Justiça, luta pela Justiça”

Eduardo Couture

AGRADECIMENTOS

Ao meu pai que me ensinou a sonhar, fantasiando um mundo melhor e de esperanças.

À minha mãe que me mostrou a vida e os segredos para tudo vencer. O melhor exemplo.

Aos meus queridos irmãos, companheiros e dedicados. Com quem tenho sempre vontade de dividir piadas e risos.

Ao meu pequeno Lucas que muito se esforçou pra fazer silêncio enquanto eu escrevia. Que sente falta do pai ausente pelo estudo, mas não cobra, apenas abraça e sorri.

E ao meu amor, Karine. Fonte de estímulo e alegria. Que nunca me falta e nunca me basta.

ABSTRACT

This work searches for the Constitutional unity by questioning the agreement of the Supreme Federal Court that the compartments not opened to the public of a company possess constitutional guarantee of the inviolability of the domicile. Measure that completely disables the Public Administration to exert the Power of Policy.

Keywords: Constitucional Unity, Police Power, Public Administration, Constitutional limitations.

RESUMO

Questiona o entendimento do Supremo Tribunal Federal de que os compartimentos não abertos ao público de uma empresa possuem garantia constitucional da inviolabilidade do domicílio. Medida que impossibilita a administração pública de exercer completamente o Poder de Polícia. Busca a unidade axiológica do ordenamento jurídico.

Palavras- chaves: Fiscalização tributária, Poder de Polícia, inviolabilidade do domicílio, conceito de "casa", Supremo Tribunal Federal, unidade axiológica.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1. DA ORIGEM E AMPLITUDE DO PROBLEMA	9
2. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	17
2.1. Princípio da legalidade	18
2.2. Princípio da Impessoalidade	18
2.3. Princípio da Moralidade	18
2.4. Princípio da Publicidade	19
2.5. Princípio da Eficiência	19
3. PODER DE POLÍCIA	20
3.1 A controversa denominação.....	20
3.2. O conceito de Poder de Polícia.....	22
3.3. Fundamentação do Poder de Polícia.....	24
3.4 Atributos do Poder de polícia.....	27
3.4.1. Auto-executoriedade.....	27
3.4.2. Discricionariedade.....	28
3.4.3. Coercibilidade.....	29
3.5. A defesa do administrado.....	29
4. CRÍTICA À AMPLITUDE DO CONCEITO DE CASA DO CÓDIGO PENAL E SEU REFLEXO NA JURISPRUDÊNCIA.....	31
5. CRÍTICA AO POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E À PONDERAÇÃO DE VALORES.....	34
5.1. Interpretação rarefeita.....	34
5.2. A fiscalização tributária como procedimento de exceção.....	36
5.3. O ordenamento tributário e as garantias aos administrados.....	38
5.3.1. Limitação da matéria fiscal.....	39
5.3.2. Limitação temporal da fiscalização.....	40

5.3.3. O respeito ao sigilo profissional.....	42
5.3.4. O sigilo fiscal.....	42
5.3.5. O formalismo do procedimento de fiscalização.....	44
5.4. A lei penal e proteção ao sigilo fiscal.....	46
5.5. O conflito com os valores morais.....	48
5.6. O reflexo no mundo jurídico e em outras fiscalizações	
Administrativas.....	51
5.7. A criação de dependência entre os poderes Administrativo	
e Judiciário.....	55
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	56
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	59

INTRODUÇÃO

Recentemente, decisões do Supremo Tribunal Federal colocaram em dúvida o direito da Administração Fazendária de penetrar o estabelecimento empresarial e ter acesso a livros e documentos fiscais sem o consentimento do contribuinte, proprietário do estabelecimento comercial. Em acórdãos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal nos *Habeas Corpus* 79512 e 82.788-8, ambos do Rio de Janeiro, o referido Tribunal entendeu que as provas obtidas pelos fiscais que adentraram o estabelecimento empresarial sem a anuência do contribuinte eram ilícitas. Tal julgamento implica dizer que a prática comum da fiscalização tributária, autorizada pelo Código Tributário Nacional, seria inconstitucional em face do direito de propriedade e da inviolabilidade do domicílio, decorrente da subsunção do conceito normativo de “casa”, que se estende ao local de trabalho (ou onde se exerça atividade profissional não aberto ao público). Conseqüentemente, nos resta concluir que o Supremo Tribunal Federal acredita ser sempre necessária autorização prévia de Juiz para que o fiscal da Fazenda Pública possa adentrar o estabelecimento comercial quando não houver consentimento do proprietário.

Essa posição do Supremo Tribunal Federal nos faz muito questionar: a administração pública não se tornaria ainda mais burocratizada? O ordenamento jurídico nacional já não dá garantias ao fiscalizado para que a fiscalização ocorra de forma a não prejudicar o administrado? Não estaria comprometida a eficiência administrativa? Não seria a fiscalização tributária apenas um procedimento de exceção? Durante o período em que seria providenciada a autorização judicial, entre a primeira diligência e a segunda, não poderia o contribuinte, valendo-se de má-fé,

esconder, dar fim a provas, alterá-las ou, ainda, fazer uso de quaisquer meios que dificultem a apuração da sua real situação tributária?

Como se sabe, o conceito de casa é normatizado no Código Penal Brasileiro, no seu artigo 150, §4º:

A expressão "casa" compreende:
I - qualquer compartimento habitado;
II - aposento ocupado de habitação coletiva;
III - compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade.

Todavia, o Código Tributário Nacional, legislação ulterior, trouxe no caput do seu artigo 150 o seguinte dizer:

Para os efeitos da legislação tributária, não têm aplicação quaisquer disposições legais excludentes ou limitativas do direito de examinar mercadorias, livros, arquivos, documentos, papéis e efeitos comerciais ou fiscais, dos comerciantes industriais ou produtores, ou da obrigação destes de exibi-los.

Em verdade, esse é um real problema jurídico que necessita de solução como alerta o professor Hugo de Brito Machado:

A solução da questão de saber se o contribuinte pode negar autorização ao fisco para adentrar em seu estabelecimento é de grande relevância. Além da repercussão que certamente tem na esfera penal, como afirmou o STF, pode ter também repercussões na esfera da administração tributária. (MACHADO, Hugo de Brito, 2005. p 218)

Em face deste conflito aparente de normas, buscaremos, nos valendo da melhor hermenêutica, apaziguar essa situação, valorando a vontade do legislador, fazendo interagir os princípios constitucionais, e a busca do bem social.

Entretanto sabemos que a complexidade das relações jurídicas e seus institutos refletem na organização das normas. E levando em conta a possibilidade de encontrar situação por demais complexa, pretendemos sugerir alterações na organização das leis para que possamos dirimir esse transtorno jurídico. Uma vez que uma das prioridades do Direito é prover a todos a segurança jurídica, tão

necessária a convivência pacífica dos cidadãos e à existência saudável na sociedade.

O trabalho aqui proposto buscará o estudo da situação anteriormente exposta, procurando a mais acertada solução para que se possa, ao mesmo tempo, alcançar a proteção aos direitos e garantias fundamentais e cuidar para que a fiscalização tributária possa ser efetiva e eficiente, impedindo que seja meio lento, burocrático e possibilitador da impunidade, do prejuízo aos cofres públicos e do enriquecimento ilícito. Tudo isso deverá ocorrer sem deixar de ponderar sobre a complexidade de bens e valores jurídicos envolvidos.

1. DA ORIGEM E AMPLITUDE DO PROBLEMA

A Constituição de um país é o maior reflexo do momento histórico em que vive a sua nação, e, de certo, a promulgação da Constituição Federal de 1988 veio refletir o momento de abertura pelo qual passava o Brasil: a transição de um regime autoritário para o Estado Democrático de Direito¹.

Foi, então, nossa Carta Magna, permeada dos melhores ideais libertários. Os anos sombrios de ditadura deixaram no povo brasileiro uma sede insaciável de liberdade, estando arraigados na letra constitucional os meios para a manutenção desses valores.

A inserção de novos princípios norteadores obviamente não poderia ocorrer sem deixar de haver choque destes com o ordenamento pré-existente há, por conseguinte, que se busca a adequação do ordenamento anterior com a Carta atual, onde a Hermenêutica surge como ciência própria a este fim, fornecendo critérios de interpretativos harmonizadores da norma jurídica.

Eis aí a origem primeira do nosso problema, haja vista que, por melhor que tenha acontecido a recepção do Código Penal Brasileiro e do Código Tributário Nacional por parte da Constituição, não podemos desconsiderar que já havia um pequeno choque de normas entre estes - onde falamos aqui em conflito aparente de

¹ Comenta Uadi Lammêgo Bulos sobre o art. 1º da Constituição Federal: "Ao utilizar a terminologia Estado Democrático de Direito, a Constituição reconheceu a República Federativa do Brasil como uma **ordenação estatal justa**, mantenedora dos direitos individuais e metaindividuais, garantindo os direitos adquiridos, a independência e a imparcialidade dos juízes e tribunais, a responsabilidade dos governantes para os governados, a prevalência do princípio representativo, segundo qual, todo poder emana do povo e, em nome dele, é exercido por meio de representantes através do voto." (CF anotada, , 2ª Ed. Ver. E atual. São Paulo Saraiva 2001 p. 44)

normas²: O conceito de casa trazido pelo Código Penal e sua conseqüente implicação na inviolabilidade do domicílio e a fiscalização tributária nos termos do Código Tributário Nacional, sendo esta lei posterior.

Não demorou para que surgissem processos onde fosse levantada a questão da nulidade das provas obtidas sob a seguinte alegação:

A Constituição Federal garante no artigo 5º inciso XI: *“a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial.”*

Vem, então, o Código Penal completar:

Violação de domicílio

Art. 150 - Entrar ou permanecer, clandestina ou astuciosamente, ou contra a vontade expressa ou tácita de quem de direito, em casa alheia ou em suas dependências:

Pena - detenção, de um a três meses, ou multa.

§ 1º - Se o crime é cometido durante a noite, ou em lugar ermo, ou com o emprego de violência ou de arma, ou por duas ou mais pessoas:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos, além da pena correspondente à violência.

§ 2º - Aumenta-se a pena de um terço, se o fato é cometido por funcionário público, fora dos casos legais, ou com inobservância das formalidades estabelecidas em lei, ou com abuso do poder.

§ 3º - Não constitui crime a entrada ou permanência em casa alheia ou em suas dependências:

I - durante o dia, com observância das formalidades legais, para efetuar prisão ou outra diligência;

II - a qualquer hora do dia ou da noite, quando algum crime está sendo ali praticado ou na iminência de o ser.

§ 4º - A expressão "casa" compreende:

I - qualquer compartimento habitado;

II - aposento ocupado de habitação coletiva;

III - compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade. (Grifo nosso)

²Ensina o professor cearense Glauco Barreira Magalhães Filho em pensamento inicialmente fundamentado por Konrad Hesse: *“a todos os grupos sociais, não pode um valor predominar sobre o outro, a ponto de custar-lhe o sacrifício total. A colisão entre princípios constitucionais (enunciados de valorização explícita) não redundam, pois, em supressão de um em proveito de outro, mas em harmonização ou concordância prática (Konrad Hesse). Para dirimir a colisão axiológica, que aparece no caso concreto, faz-se necessária uma ponderação dos valores. No plano abstrato, os princípios, apesar de estarem em ‘tensão’, não estão se atritando, razão pela qual não há que falar em conflito entre eles.”* (MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira, Hermenêutica e Unidade Axialógica da Constituição. 2ª edição Belo Horizonte : Mandamentos 2002 p. 97)

Portanto, segundo tais dispositivos (em interpretação unicamente literal), é lícito ao proprietário da empresa, ou a quem aja ao seu mando, negar acesso ao estabelecimento para que aconteça a fiscalização, podendo apenas ocorrer o procedimento administrativo fiscal³ no estabelecimento da empresa quando houver consentimento do administrado ou com prévia autorização judicial. Tal pensamento prevaleceu em recentes decisões, em face de *Habeas Corpus*, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal. Na primeira das decisões, HC 79512, a tese da defesa, baseada na inadmissibilidade de provas ilícitas, foi recepcionada. Todavia o provimento não foi conferido por não ter ficado clara a negativa de permissão para os fiscais, atente-se à ementa do acórdão:

“Prova: alegação de ilicitude da obtida mediante apreensão de documentos por agentes fiscais, em escritórios de empresa - compreendidos no alcance da garantia constitucional da inviolabilidade do domicílio - e de contaminação das provas daquela derivadas: tese substancialmente correta, prejudicada no caso, entretanto, pela ausência de qualquer prova de resistência dos acusados ou de seus prepostos ao ingresso dos fiscais nas dependências da empresa ou sequer de protesto imediato contra a diligência.” (Habeas Corpus 79512 in www.stf.gov.br⁴)

No mesmo sentido está o acórdão proferido quando do julgamento do HC 82.788-8, que igualmente transcrevemos a ementa:

³ O Art. 3º da portaria 4.006/2007 da Receita Federal ajuda a conceituar procedimento fiscal:

I - de fiscalização, as ações que objetivam a verificação do cumprimento das obrigações tributárias, por parte do sujeito passivo, relativas aos tributos e contribuições administrados pela RFB, bem assim da correta aplicação da legislação do comércio exterior, podendo resultar em constituição de crédito tributário ou apreensão de mercadorias;

II - de diligência, as ações destinadas a coletar informações ou outros elementos de interesse da administração tributária, inclusive para atender exigência de instrução processual.

Parágrafo único. O procedimento fiscal poderá implicar a lavratura de auto de infração ou a apreensão de documentos, materiais, livros e assemelhados, inclusive em meio digital

⁴ <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/doc.asp?s1=000287676&p=1&d=SJUR&f=s&na=HC 79512 RJ - RIO DE JANEIRO>)

FISCALIZAÇÃO TRIBUTÁRIA – Apreensão de livros contábeis e documentos fiscais realizada, em escritório de contabilidade, por agentes fazendários e policiais federais, sem mandado judicial - Inadmissibilidade – Espaço privado, não aberto ao público, sujeito à proteção constitucional da inviolabilidade domiciliar (CF, Art. 5º, XI) – Subsunção ao conceito normativo de ‘casa’ – necessidade de ordem judicial – administração pública e fiscalização tributária dever de observância, por parte de seus órgãos e agentes, dos limites jurídicos impostos pela Constituição e pelas leis da República - Impossibilidade de utilização, pelo Ministério Público, de prova obtida em transgressão à garantia constitucional da inviolabilidade do domicílio –prova ilícita – inidoneidade jurídica – ‘ Habeas Corpus – Necessário respeito aos direitos individuais dos contribuintes e de terceiros.

Note-se que as situações fáticas são distintas, na primeira a fiscalização aconteceu na sede da empresa, enquanto que na segunda, a fiscalização aconteceu em escritório de contabilidade e com auxílio da Polícia Federal. Essas diferenças serão muito úteis ao nosso estudo, para que possamos discutir a amplitude que pode chegar o poder de polícia, até onde é legítimo agir o fiscal das fazendas públicas. E, em analogia, o limite de atuação de vários outros órgãos da administração que, da mesma forma que o fisco, necessitam da fiscalização para exercer suas funções.

Aí é onde se assenta a amplitude do problema: sendo lícito ao administrado negar permissão à administração para adentrar o estabelecimento empresarial, pode estar sendo dizimada a eficácia de muitos procedimentos fiscalizatórios, que da mesma forma que a fiscalização tributária, precisam adentrar a empresa.

Não poderão exercer suas funções: O Ministério do Trabalho, que por meio dos fiscais do trabalho, agentes administrativos das Delegacias Regionais do Trabalho, verifica as condições gerais de trabalho; A Vigilância Sanitária que verifica as condições de higiene de hotéis, bares e restaurantes; o Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento que fiscaliza, através de seus agentes, a aplicação de

agrotóxicos a sanidade da carne dos animais abatidos; os fiscais do IBAMA; o Corpo de Bombeiros que fiscaliza a adequação da estrutura de prédios e estabelecimentos comerciais com as normas anti-incêndios.

É sabido que de forma ou de outra haverá sempre a possibilidade da autorização judicial, porém, voltamos a afirmar que haveria uma burocratização exacerbada de todos os procedimentos fiscalizatórios. Imagine como seria o despacho do Juiz de Direito:

- Autorizo a autoridade X a proceder com mera fiscalização de rotina na empresa Y, podendo adentrar no estabelecimento para diligenciar na forma em que a lei estabelece.

Sem contar que assim acontecendo, estaria rompida a independência dos Poderes Estatais.

Não é preciso nem adentrar profundamente ao Direito para verificar o prejuízo que será trazido para toda a coletividade. Há um complexo de atividades compreendidas na vida em sociedade. Para reger este complexo há o Direito, e, dentro do próprio Direito, há normas que buscam realizar a harmonização social, normas que fazem o Direito sair do plano das idéias e se tornar eficaz e efetivo. Segundo o ensinamento do Professor Glauco Barreira Filho, *“o homem cria o Direito para colocá-lo a serviço de sua existência, não poderia este servir para a degradação de sua personalidade”*. (MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira, 2002 p. 97)

O posicionamento do Pretório Excelso é perigoso, e a nosso ver deixa de considerar uma infinidade de fatores como a interpretação sistemática e sociológica

das leis - deixa de ver o bem maior que seria destinado à sociedade frente ao direito de um só. Portanto, nos seguintes capítulos, voltaremos a discutir estes fatores dentro da valoração dos princípios constitucionais, da organização do ordenamento jurídico, da vontade do legislador e pelo que é útil à sociedade. Em magnífica lição, reforça esta idéia o Prof. José de Albuquerque Rocha:

Como os fins propostos pelo ordenamento jurídico se destinam a operar na realidade social, política e econômica, a decisão de ser valorada não só quanto a sua coerência com o sistema (controle interno ou intra-sistemático), mas também, em relação às suas consequências sociais, políticas e econômicas práticas, isto é, extranormativas, para verificar seu impacto sobre a realidade, à luz dos objetivos que o sistema propõe como resultado a ser alcançado pela decisão” (ROCHA, José de Albuquerque. 1995, p. 118)

Em suma, deparamos com o conflito de valoração da inviolabilidade do domicílio (como faceta do direito à privacidade decorrente do princípio da proteção da dignidade humana) e a valoração do bem social e da busca da sociedade justa (trazidos como valores supremos no preâmbulo e no art. 3º da Constituição Federal). A unidade tão almejada trata-se de unidade axiológica, e uma simples consulta ao léxico pode informar que “axiológico” se refere a princípios, principalmente princípios morais. Caberá a nós traçar o liame até onde pode se estender a garantia individual sem que esta inoperalize os mecanismos dos quais dispõe o Estado para a prevenção e repressão de atos ilícitos praticados por particulares. Ponderar será o único caminho eficiente para que não prevaleçam extremos: nem se forme a ditadura da maioria, nem o beneficiamento exorbitante de poucos.

Neste sentido explana o jurista cearense:

O princípio da proporcionalidade é o princípio dos princípios, já que somente através dele os outros encontram sua condição de aplicabilidade e eficácia. O princípio da proporcionalidade é aquele que constitui a unidade e a coerência da Constituição mediante a exigência de ponderação axiológica em cada caso concreto. (MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira, 2002 p. 230)

O ilustre jurista paraibano Paulo Bonavides, muito oportunamente, observa as funções harmonizadora, adaptadora e atualizadora do Direito, providas pelo princípio da proporcionalidade, como meio eficaz para que o Direito possa se expandir de campos estritamente teóricos para alcançar o dinamismo necessário à sua aplicação na mais ampla esfera real - o direito incidente sobre o fato:

Em verdade, trata-se daquilo que há de mais novo, abrangente e relevante em toda a teoria do constitucionalismo contemporâneo; princípio cuja vocação se move, sobretudo, no sentido de compatibilizar a consideração das realidades não captadas pelo formalismo jurídico, ou por este marginalizadas, com as necessidades atualizadoras de um Direito Constitucional projetado sobre a vida concreta e dotado da mais larga esfera possível de incidência – fora, portanto, das regiões teóricas, puramente formais e abstratas. (BONAVIDES, Paulo. 2004. p. 434)

Portanto, por tão óbvia relevância do valoroso princípio, não se deve, nunca, dele se afastar para que se alcance a correta aplicação da norma jurídica. Nenhuma norma será boa o suficiente se não for adequada aos fins maiores do Estado: o bem comum. A proporcionalidade não deve ser conhecida como meio acessório à correta aplicação do Direito, porém como meio próprio, necessário e inafastável a este mister.

Assim, não pode a interpretação da Constituição ser imediata, deve sim, ser sistematizada e valorada quanto ao que se quer proteger, fazendo interagir os valores em conflito. Há muito que a ciência ampliou a atenção ao estudo das coisas em conjunto como forma mais eficaz de auferir conhecimento: *“a interpretação sistemática baseia-se no postulado fundamental da moderna teoria da ciência, segundo qual não é possível o conhecimento das coisas isoladas. Conhecer é descobrir relação entre as coisas”* (ROCHA, José de Albuquerque. 2005, p. 64).

A interpretação constitucional, ainda no precioso ensinamento do Professor ROCHA⁵, deve acontecer de forma peculiar, o que se dá em virtude de ser a Carta Magna um texto intensamente moldado axiologicamente, dá-se guarida a possibilidade de maior aplicação da discricionariedade, neste caso, deverá o interprete levar a interpretação para que alcance os fins propostos pela Constituição – interpretação teleológica⁶.

Passaremos, então, a rever alguns princípios da Administração Pública e conceitos imperativos ao compreender deste trabalho – como o conceito de poder de polícia e o conceito de casa na legislação brasileira – e que serão utilizados posteriormente para o fim maior desta monografia: ponderar sobre os aspectos jurídicos, sociais e morais que pesam sobre a questão da inviolabilidade do domicílio (aqui, como objeto do nosso estudo, limitada ao estabelecimento comercial por força do artigo 150 do Código Penal) e a fiscalização tributária, como prerrogativa da Administração Pública.

⁵ *“Salientam os autores que a interpretação constitucional, mesmo participando dos caracteres da interpretação jurídica em geral, apresentam traços que a tornam peculiar em relação a outros processos jurídico-interpretativos. Com efeito, parece quase unânime a opinião de que existem algumas peculiaridades na interpretação quando esta se refere à Constituição. E a peculiaridade central da interpretação constitucional é uma consequência necessária do apelo freqüente a conceitos de valor na formulação dos textos da Constituição, tais como dignidade humana, democracia, pluralismo político, liberdade, justiça, igualdade, solidariedade, individualismo, paz, ordem pública, moralidade, imparcialidade, independência e tantos outros, o que torna esses textos constitucionais esquemáticos, abertos, abstratos, indeterminados e elásticos. A natureza aberta dos textos constitucionais determina a ampliação da zona de penumbra em detrimento da certeza, circunstância que afeta seu processo de interpretação e o próprio interprete, que goza, assim, de maior discricionariedade. Desse modo, embora a interpretação da Constituição não seja essencialmente diversa da interpretação em geral, cujas regras gerais lhe são aplicáveis, apresenta traços próprios e especiais, em decorrência da presença amiadada de elementos axiológicos, que afetam sua interpretação jurídica em geral. Em consequência, podemos concluir que a presença de valores no texto constitucional é o principal fator que afeta a sua interpretação em relação à interpretação jurídica em geral. (ROCHA, José de Albuquerque. *Hermenêutica Constitucional e Judiciário* in *Jurisdição Constitucional no Mundo Globalizado – Revista Ibero-Americana de Direito Constitucional e Econômico*. Ano I Nº 1 Fortaleza: AIDCE 2002, p. 113).*

⁶ São observados, pelo professor ROCHA, como os métodos mais apropriados para interpretação da Constituição o método Sistemático e o Teleológico, guias insignes do raciocínio e argumentação do jurista. (ROCHA, _____ op. cit. p. 114).

2. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A Administração Pública é todo o aparelhamento do Estado direcionado à realização de seus serviços, visando à satisfação das necessidades coletivas. Para que alcance sempre a melhor execução desses serviços, a Administração possui Princípios informadores arraigados na própria Constituição Federal. Os princípios básicos da Administração Pública estão dispostos no artigo 37 da Carta Magna, o que não exclui a observância de outros que estão expressos ou implícitos na Constituição ou em legislação infraconstitucional.

Princípios são proposições básicas, fundamentadoras das estruturas a que se ligam. Logo, os Princípios da Administração Pública são os alicerces desta atividade e não observá-los compromete a atuação administrativa do Estado podendo implicar na responsabilização da Administração e de seus agentes.

Nossa vigente Constituição traz:

Art. 37. Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (Constituição Federal)

Como visto, o rol de princípios elencados neste artigo não é exauriente nem tão pouco taxativo. Conhecemos ainda como princípios da administração a **razoabilidade**, a **finalidade**, a **motivação**, a **proporcionalidade**, e o **interesse público**. Sem que seja diminuída a sua importância, alertamos que estes princípios, na verdade, resultam da pormenorização dos já elencados no artigo 37 da Constituição.

2.1. Princípio da legalidade

Segundo este princípio, a atuação da Administração Pública só é válida quando tem prévia e expressa autorização legal.

Lembrando as bases do Estado Democrático de Direito, ao particular é lícito fazer tudo que não for proibido⁷. Quando se fala em administração o parâmetro de licitude resume-se ao que é expressamente permitido pela lei. Logo, não pode o administrador, por vontade própria, conceder, declarar, ampliar e restringir direitos dos particulares ou criar-lhes obrigações.

2.2. Princípio da Impessoalidade

Estão encerradas neste princípio três facetas que lhe conceituam: a impessoalidade quanto ao agente (imputação), à finalidade e à imparcialidade.

Quanto ao agente, diz-se que este age não por sua vontade como pessoa física. A imputação está ligada exclusivamente ao órgão ou entidade estatal.

Quanto à finalidade, deve a administração direcionar seus atos para beneficiar a coletividade, sem que ocorra o atendimento de interesses exclusivos de um particular.

A imparcialidade, por sua vez, condiciona a Administração a tratar igualmente a todos.

2.3. Princípio da Moralidade

Não pode a administração se afastar da moral, da boa-fé, da ética, dos bons costumes, da honestidade. Tais conceitos são muito abstratos, o que não pode

⁷Constituição Federal Art.º 5º inc. II – “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;”

servir de desculpa para que administração se afaste deste valoroso princípio. Assim, todo e qualquer ato que fuja da moral pode ser considerado inválido.

2.4. Princípio da Publicidade

Toda atividade administrativa deverá ter a maior publicidade possível. Oferecer a terceiros a publicidade sobre os atos administrativos é fornecer a transparência necessária para que este exerça fiscalização sobre a Administração. Conhecendo atos, contratos e negócios, dá-se ao particular a possibilidade de tentar impugnar-los, seja por via administrativa ou pelo Judiciário.

A publicação de atos deve acontecer proporcionalmente à sua amplitude. Assim, um ato de pouca implicância na vida social deve receber publicação interna. Já um ato que provoque grandes despesas, que possa causar impactos ambientais, em suma de grande relevância pública, deve ter ampla publicidade.

2.5. Princípio da Eficiência

Não pode o administrador atuar de forma amadora. A administração deve ser executada de forma otimizada. O princípio da eficiência reflete diretamente sobre o agente administrativo, que deve executar suas funções com presteza, agilidade e perfeição. Reflete também sobre a estrutura da administração que deve ser moderna e desburocratizada. Deve ser sempre alcançada a melhor execução como menor custo. A administração eficiente deve fazer uso de meios técnicos modernos, aproveitando, sem desperdício, seus recursos financeiros e materiais.

3. PODER DE POLÍCIA

3.1 A controversa denominação

O Poder de Polícia é a prerrogativa conferida à Administração Pública de impor limites ao exercício de direitos e atividades individuais, sempre em função da prevalência do interesse público.

Todavia, antes mesmo que possamos nos aprofundar no conceito de Poder de Polícia, temos que tanger, primeiramente, à sua controversa nomenclatura, porém sem adentrarmos demasiadamente nesta discussão.

Nem toda a doutrina aceita como mais preciso o denominar **poder de polícia**, a começar pela amplitude do termo polícia, que pode ser sinônimo de: organização pública, segurança pública, leis que assegurem a ordem pública, na acepção biológica de fiscalização – polícia administrativa, polícia judiciária.

Outra fundada crítica dá-se quanto ao termo **poder**, que é empregado impropriamente uma vez que, como se sabe, o poder é uno, indivisível, decorrente da estrutura política do Estado, destarte, este “poder” é dever-poder! É nada mais que função atribuída à Administração – Está aí esculpida a obrigação – dever, com toda a força da palavra - dos Órgãos da Administração de observarem a aplicabilidade da lei.

Há também a crítica feita sob o aspecto histórico-político, como a defendida por Sunfeld:

Desde logo, é importante a questão do rótulo. Não convém falar em poder de polícia porque ele:

- a) remete a um poder – o de regular autonomamente as atividades privadas – de que a Administração dispunha antes do Estado de Direito e que, com sua implantação, foi transferido para o legislador;
- b) está ligada ao modelo do Estado liberal clássico, que só devia interferir na vida privada para regulá-la negativamente, impondo deveres de abstenção, e, atualmente, a Constituição e as leis autorizam outros gêneros de imposição;
- c) faz supor a existência de um poder discricionário implícito para interferir na vida privada que, se pode existir em matéria de ordem pública – campo para o qual o conceito foi originalmente cunhado – não existe em outras, para as quais a doutrina transportou-o acriticamente, pela comodidade de seguir usando velhas teorias (SUNDFELD, Carlos Ari., 1997. p 14.)

Porém, a nosso olhar, parece mais uma tentativa vã de fixar um marco, um limite pontual na transição dos regimes políticos, no caso em si do Estado Absolutista para o Estado Democrático de Direito, proveniente da necessidade de se negar, sob todas as formas, idéias e institutos do ultrapassado regime, desconsiderando que a sociedade, implicando também o Estado, pode aproveitar tudo aquilo que venha ser válido e adaptável aos novos pensamentos. Da mesma forma, alterar apenas a nomenclatura não implica em romper com o Estado Liberal, Social ou Neoliberal. Conseguimos ver utilidade no comentário do respeitado jurista, apenas acreditamos que o que é mantido na sua efetividade e conserva sua utilidade apesar das transformações históricas pode manter sua denominação sem prejuízo significativo ou dificuldade de conhecimento a quem opere o vocábulo, pelo contrário, o sentido histórico e etimológico trazido nas palavras e expressões é de suma instrumentalidade ao interlocutor, e.g., o próprio termo *politia* se refere à polis, e abarca as atividades estatais nas cidades-estado⁸.

Sob a ótica da impropriedade da denominação **poder de polícia** defendem alguns autores outras designações, que a caráter exemplificativo citamos:

⁸ BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **O Poder de polícia Fiscal**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001. 62-63

- a) Celso Antonio Bandeira de Mello prefere chamar de: Atos preventivos, fiscalizadores e repressivos.
- b) O chamado Police Power estaria nas Limitações Constitucionais de Thomas Cooley, desde o final do século XIX.
- c) Atividade administrativa de limitação.
- d) Limitações administrativas à liberdade e à propriedade.

Sendo esta última a que mais nos agrada.

3.2. O conceito de Poder de Polícia

Apesar da controvérsia sobre a terminologia “Poder de polícia”, não há, entre os juristas, espaço para divergir substancialmente sobre o conceito de poder de polícia.

Para Caio Tácito, o Poder de Polícia é *“o conjunto de atribuições concedidas à Administração para disciplinar e restringir em favor do interesse público adequado, direitos e liberdades individuais”* (TÁCITO, Caio. 1975. p. 128).

O imortal Hely Lopes completa em preciosa lição:

Poder de polícia é a faculdade discricionária de que dispõe a Administração Pública em geral, para condicionar e restringir o uso e gozo de bens ou direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado.

Em linguagem menos técnica podemos dizer que o poder de polícia é o mecanismo de frenagem de que dispõe a Administração Pública, para deter os abusos do direito individual. Por esse mecanismo, que faz parte de toda Administração, o Estado (em sentido amplo: União, Estados e Municípios) detém a atividade dos particulares que se revelar contrária, nociva ou inconveniente ao bem-estar social e à segurança nacional.” (MEIRELLES, Hely Lopes. 1972 p. 287).

Já na conceituação de Sundfeld, sobre a administração ordenadora: *“a parcela da função administrativa desenvolvida com o uso do poder de autoridade, para disciplinar, nos termos e nos fins da lei, os comportamentos dos particulares no campo de atividades que lhes é próprio”.* (SUNDFELD, Carlos Ari., 1997. p 20.)

Láudio Camargo Fabretti adiciona os interesses às limitações, destacando assim a função preventiva do poder de polícia:

Poder de Polícia é atividade da administração pública que limita e disciplina direito, interesse ou liberdade em razão do interesse público, concernente à segurança, higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais e coletivos” (FABRETTI, Láudio Camargo. 2005)

Clássico é o conceito firmado por Marcelo Caetano sobre o poder de polícia: *“É o modo de atuar da autoridade administrativa que consiste em intervir no exercício das atividades individuais suscetíveis de fazer perigar interesses gerais, tendo por objetivo evitar que se produzam, ampliem ou generalizem os danos sociais que a lei procura prevenir.”* (In CARVALHO FILHO, José dos Santos. p. 63). Comenta José dos Santos Carvalho Filho, em adição à conceituação de Marcelo Caetano: *“De nossa parte, entendemos se possa conceituar o poder de polícia como a prerrogativa de direito público que, calcada na lei, autoriza a Administração Pública a restringir o uso e o gozo da liberdade e da propriedade em favor do interesse da coletividade”* (CARVALHO FILHO, José dos Santos. p. 63)

O brilhante jurisconsulto americano, Thomas Cooley, nos ensina:

O poder de polícia, em seu sentido amplo, compreende um sistema total de regulamentação interna, pelo qual o Estado busca não só preservar a ordem pública, senão, também, estabelecer para a vida de relações dos cidadãos, aquelas regras de boa conduta e de boa vizinhança que se supõem necessárias para evitar conflito de direitos e para garantir, a cada um, o gozo ininterrupto de seu próprio direito, até onde for razoavelmente compatível com o direitos dos demais. (COOLEY, Thomas 1903, p. 829)

Como ficou consubstanciado, os diferentes conceitos desenvolvidos por diversos autores de equivalente relevância no mundo jurídico não divergem objetivamente, não se espriam em pensamentos divergentes e se baseiam fortemente na união dos seguintes fatores: a limitação ao administrado do exercício amplo dos seus direitos e liberdades; a atribuição direta à administração pública do

exercício desse dever; a existência de determinação legal e a inafastabilidade do interesse público para justificar tais restrições.

Conceito valioso para nós, em face da nossa tentativa de harmonizar a interpretação do ordenamento jurídico nacional, principalmente sob o aspecto constitucional e tributário, será o trazido pelo Código Tributário Nacional em seu artigo 78 com redação determinada pelo ato complementar nº 31 de 28 de Dezembro de 1966:

Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

Parágrafo único. Considera-se regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder. (Código Tributário Nacional)

Este conceito foi trazido ao ordenamento jurídico com muito esmero, pois revela a preocupação com a vasta discricção dos valores protegidos pelo poder de polícia, destacando, inclusive, a necessidade da ponderação sobre as atividades econômicas.

3.3. Fundamentação do Poder de Polícia

Toda limitação administrativa à liberdade ou a propriedade, como já fortemente frisamos, deve fundar-se no princípio da predominância do interesse público em detrimento do interesse do particular. A busca pela supremacia do interesse coletivo deve ser ampla, harmonizadora, dinâmica, finalista, eficaz e

efetiva⁹. Não se diferencia dos objetivos maiores da Carta Magna. Por conseguinte, a Administração Pública, dentro da legalidade, deve impor inflexivelmente aos seus administrados as normas de ordem pública e os preceitos constitucionais.

Oportuno lembrar que impossível seria alcançar a maestria exigida pela Constituição sem aplicar o princípio da eficiência¹⁰ da Administração Pública, sobretudo em virtude da variedade de atividades que precisam ser organizadas. É preciso realizar valores axiológicos em proteção à sociedade.

Didaticamente, por observância lógica do objeto do poder de polícia, mais uma vez, nos valendo da sabedoria do Professor Hely Lopes Meirelles, podemos concluir que a fundamentação régia das limitações administrativas é a busca da ordem, o bem social:

O objeto do poder de polícia administrativa é todo bem, direito ou atividade individual que possa afetar a coletividade ou por em risco a segurança nacional, exigindo, por isso mesmo, regulamentação, controle e contenção pelo Poder Público. Com esse propósito a Administração pode condicionar o exercício de direitos individuais, pode delimitar a execução de atividades, como pode condicionar o uso de bens que afetem a vizinhança ou a coletividade em geral, ou contrariem a ordem constitucional estabelecida ou se oponham aos objetivos permanentes da Nação. (MEIRELLES, ____ *op. Cit.* p298.).

Sundfeld, por sua vez, mostra que o princípio da mínima intervenção estatal é veículo eficiente para encontrar o equilíbrio entre a necessidade de impor limitações administrativas com a proteção aos direitos e liberdades do indivíduo:

⁹ Perspicaz o ensinamento do Professor Glauco Barreira Filho, dos tempos de cátedra, onde a norma pode ter eficácia, mas não possuir efetividade, como no exemplo de uma majoração de impostos com finalidade parafiscal, objetivando afastar o administrado de certa atividade que vai contra os interesses do Estado, todavia, ainda que mais oneroso o custo para exercer tal atividade, a procura por ela continua crescente. No caso, então, a norma possui eficácia, haja vista que os impostos majorados são pagos, porém não é efetiva já que não cumpriu o papel de gerar desinteresse na exploração do dito ramo.

¹⁰ Hely Lopes Meirelles destaca a eficiência administrativa como "o que se impõe a todo agente público de realizar suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento funcional. É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros." (MEIRELLES, *op. cit.* p. 197)

Todo condicionamento é constringido sobre a liberdade. Esta, sendo valor protegido pelo Direito, só pode ser comprimida quando inevitável para a realização de interesses públicos. Daí a enunciação do princípio da mínima intervenção estatal na vida privada. Por força dele, todo constringimento imposto aos indivíduos pelo Estado deve justificar-se pela necessidade de realização do interesse público. O legislador não pode cultivar o prazer do poder pelo poder, isto é, constringer os indivíduos sem que tal constringimento seja teleologicamente orientado. O princípio da mínima intervenção estatal na vida privada exige, portanto, que:

- a) todo condicionamento esteja ligado a uma finalidade pública, ficando vetados os constringimentos que a ela não se vinculem;
- b) a finalidade ensejadora da limitação seja real, concreta e poderosa;
- c) a interferência estatal guarde relação de equilíbrio com a inalienabilidade dos direitos individuais; e
- d) não seja atingido o conteúdo essencial de algum fundamental. (grifos nossos)(SUNDFELD, 1997, p. 57-69)

Como se vê, Sundfeld defende um sistema mais rigoroso para auferir a legitimidade da limitação administrativa (atuação do poder de polícia), primeiramente deve se verificar se a limitação tem finalidade real, concreta e poderosa; a idéia aqui defendida é a de utilidade da limitação, ela deve produzir efeitos que não podem ser minguados, mas sim amplos e proveitáveis.

Preceitua ainda que deva ser mantida relação de equilíbrio com a inalienabilidade dos direitos individuais, que estes não possam ser suprimidos completamente. Também não podem ser atingidos os direitos fundamentais, como a dignidade da pessoa humana e a soberania. Logo, todo poder de polícia, quando exercido, não pode nunca ultrapassar limites rigorosos, sob pena de ser reconhecido o abuso de autoridade, que invalida qualquer ato administrativo.

3.4 Atributos do Poder de polícia

Para assegurar a executoriedade da real prevalência do interesse público, são dadas à Administração alguns atributos (ou prerrogativas). São três estes atributos: auto-executoriedade, discricionariedade e coercitividade. Tais atributos

não são cumulativamente necessários, nem todo ato do poder de polícia deve ser embebido em discricionariedade, cabendo à administração um único meio de proceder. Também não é obrigatória a presença da auto-executoriedade (como quando é necessária a concorrência do judiciário para realizar um crédito tributário – execução fiscal). Todavia, será sempre presente a coercitividade.

3.4.1. Auto-executoriedade

A auto-executoriedade conferida aos órgãos administrativos em decorrência do poder de polícia, é a prerrogativa que tem a administração de que com seus próprios meios possa executar as suas decisões sem recorrer a órgão superior da administração ou ao Poder judiciário para garantir autorização prévia. O que é bem plausível, uma vez que a sociedade e as relações que a envolvem são por demais dinâmicas, e uma infinidade de coisas podem mudar rapidamente. Deve mesmo a Administração possuir meios que possam proteger a sociedade em si, a ordem pública e social e a segurança nacional sob pena de, agindo diferentemente, perecerem todos esses bens. Logo, havendo determinação legal prévia e surgindo a situação fática, deve de pronto a Polícia Administrativa obrigar o administrado a agir dentro da legalidade.

Como já afirmamos nos intróitos deste trabalho: exigir autorização judicial prévia é retirar a eficácia da Administração, é não contar, desde logo, com a eficiência da Administração Pública, que lhe é princípio basilar. Trata-se de forma mais direta de negar completamente a própria polícia administrativa. Como bem decidiu o *Pleno* do Tribunal de Justiça de São Paulo sobre o ato da polícia administrativa: “*tem que ser sumário, direto e imediato, sem as delongas e as complicações de um processo judiciário prévio*”. As vias judiciais lhes são apenas

acessórias para serem usadas somente quando os meios de coação, que no caso da polícia administrativa são meios indiretos, se mostrarem inócuos. Para a auto-executoriedade administrativa existem meios cominatórios, tais como multas e suspensão de licenças, por exemplo, porém para atos mais austeros como a execução, expropriação e desconsideração da pessoa jurídica¹¹, será incisivamente necessária a assistência do Poder Judiciário.

3.4.2. Discricionariedade

É impossível ao legislador, apesar de quão enorme seja o esforço, prever todas as situações nas quais a lei irá incidir. Assim resta a discricionariedade como meio hábil para resolver estas hipóteses: é dada à Administração a faculdade de escolher a melhor forma para resolver a situação fática. Onde o guia maior da discricionariedade será mais uma vez a prevalência do interesse público. Deve-se agir sempre na busca otimizada do equilíbrio entre a legalidade e o interesse público.

Na grande maioria das vezes, a Administração terá a possibilidade de fazer uso da discricionariedade, porém como alertamos, haverá situações em que o ato será vinculado a uma única forma de agir, sempre por força da lei.

¹¹ No momento discute-se muito no Congresso Nacional a questão da Emenda nº3 da Lei que cria a Super Receita, o veto a essa emenda atribui ao fiscal a faculdade de desconsiderar sumariamente a personalidade jurídica quando encontrar, em procedimento fiscalizatório, relação de prestação de serviço em detrimento de relação de emprego, objetivando, assim, a realização imediata das verbas trabalhistas devidas pelo "empregador", e a aplicação de multas. Todavia, não temos afirmar que a desconsideração da personalidade jurídica somente poderá proceder mediante Processo Judicial, haja vista que está envolta em complexos conceitos jurídicos e que rompe diretamente a segurança jurídica, causa a inversão de poderes entre o Executivo e o Judiciário e caminha diretamente contra o Estado Democrático de Direito. Deve dar-se, então, em processo cuidadoso, onde apenas um juiz de direito pode auferir criteriosamente seus requisitos. A seriedade da temática em foco é tamanha que as seccionais da OAB em todo o país já lançaram campanha em favor da emenda. Sabe-se que muitas empresas se valem deste procedimento reprovável (forjar prestações de serviço para não pagar direitos trabalhistas), todavia pela tecnicidade, tanto em verificar a existência da relação de trabalho como em desconsiderar a pessoa jurídica é que se faz necessária uma sentença judicial.

3.4.3. Coercibilidade.

A coercibilidade é indissociável à auto-executoriedade, é a força que obriga o administrado a proceder dentro da forma legal.

“Não há ato de polícia facultativo para o particular, pois todos eles admitem a coerção estatal para torná-lo efetivo, e essa coerção também independe da autorização judicial. É a própria Administração que determina, e faz executar as medidas de força que se tornarem necessárias para a execução do ato ou aplicação da penalidade administrativa resultante do exercício do poder de polícia.” (MEIRELLES, Hely Lopes. 1972 p. 287)

3.5. A defesa do administrado

O ato da administração tem presunção de legitimidade, porém tal legitimidade não é absoluta e pode ser questionada em defesa administrativa ou judicial. Sempre resta ao administrado a possibilidade de defesa dos seus interesses. A defesa administrativa dar-se-á de acordo com a competência do órgão que exerceu sob o administrado o poder de polícia. Já a defesa judicial acontecerá respeitando as regras de competência para as justiças estadual e Federal. Assim como deve obedecer as regras de competência para juízo singular ou dos tribunais.

São importantes remédios contra atos abusivos da administração os famosos remédios constitucionais: o *Habeas Corpus*, o *Habeas Data* e o Mandado de Segurança.

O ***habeas corpus*** “é o remédio judicial que tem por finalidade evitar ou fazer cessar a violência ou a coação à liberdade de locomoção decorrente de ilegalidade abuso de poder”. (MIRABETE, 1996, p. 765) Presta-se à impugnação de atos administrativos praticados por quaisquer agentes, revistam eles ou não a

condição de autoridade; atos judiciários; e atos praticados por particulares, a qualquer título ou sob qualquer pretexto.

O ***habeas data***, assim como o *habeas corpus*, tem natureza mandamental e deve ser usado para que o administrado possa ter acesso a informações a seu respeito no banco de dados de órgãos públicos, ou para prover certidões e correção desses dados quando não condizem com a verdade.

O **mandado de segurança** é a garantia constitucional para proteger direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, contra abuso de autoridade pública ou qualquer pessoa que exerça função pública. O abuso pode se configurar tanto por ato, como por omissão administrativa que cause prejuízo ao administrado (Direito líquido e certo). O **mandado de segurança**, como podemos concluir, é remédio de amplo espectro com aplicabilidade residual – quando não couber *habeas corpus* ou *habeas data*.

4. CRÍTICA À AMPLITUDE DO CONCEITO DE CASA DO CÓDIGO PENAL E SEU REFLEXO NA JURISPRUDÊNCIA

A Constituição Federal protege a casa e lhe confere inviolabilidade. No plano constitucional tem-se: *“a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial.”* (Art. 5º inc. XI). A nosso ver, a Carta Magna procurou proteger o indivíduo como pessoa física, e buscando oferecer uma proteção mais ampla e efetiva, o legislador usou o termo morador para indicar que, quem pode fazer oposição não é apenas o proprietário, mas também o simples morador, dissociando a inviolabilidade do domicílio do direito de propriedade. A proteção buscada pela Constituição nos parece muito mais a defesa da privacidade do indivíduo no seio familiar - a proteção de suas relações domésticas - que a proteção ao estabelecimento empresarial. Em concordância com esta idéia temos:

“A constituição está reconhecendo que o homem tem direito fundamental a um lugar em que, só ou com sua família, gozará de uma esfera jurídica privada e íntima, que terá que ser respeitada como sagrada manifestação da pessoa humana. A casa como asilo inviolável comporta o direito de vida doméstica livre de intromissão estranha, o que caracteriza liberdade das relações familiares (a liberdade de viver junto sob o mesmo teto), as relações ente pais e seus filhos menores, as relações entre os dois sexos (a intimidade sexual)”. (SILVA, José Afonso. 1997 p. 203)

O conceito de casa adotado pelo Código Penal Brasileiro engloba, além da casa do indivíduo, os compartimentos não abertos ao público, onde alguém exerça profissão ou atividade. É forçoso entender que a proteção constitucional é

dada ao indivíduo e não deve se estender à pessoa jurídica. Carlos Alberto Silva¹² comenta que tal distinção já está consagrada na Constituição Portuguesa. É oportuno que se atente ao fato do legislador mais uma vez ter usado a palavra **casa** para salvaguardar em vez de ter escolhido o **domicílio**, é lógico concluir: o cidadão possui casa, moradia; a empresa não.

Há de se razeoar no argumento de que a casa como asilo do indivíduo visa proteger a privacidade doméstica, em acordo com o supracitado pensamento de José Afonso da Silva. Já a empresa, esta não carece de proteção tão forte à privacidade por uma série de razões que passaremos a aduzir:

- A atividade empresarial, seja ela industrial ou comercial, é de caráter evidentemente público, onde o normal é que as empresas estejam em funcionamento o dia todo, onde o costume já consolidou o que se chama de horário comercial ou horário de atendimento ao público. Logo a máxima privacidade a se proteger na empresa será a privacidade do ambiente de trabalho, que já é, per si, um ambiente formal, diferentemente do ambiente doméstico.
- Quando o Código Penal fala em **compartimentos não abertos ao público onde alguém exerça profissão ou atividade** há de se entender que ele buscava proteger principalmente o consultório de médicos, psicólogos e fisioterapeutas; os escritórios de advocacia, a sacristia nas igrejas e os escritórios de contabilidade, por exemplo. Nestes ambientes, como há de se deduzir, impera a necessidade de privacidade em decorrência do tipo de

¹² SILVA, Carlos Alberto. O poder de polícia e o domicílio à luz da jurisprudência do STF . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 729, 4 jul. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6957>>. Acesso em: 15 jul. 2007.

atividade ali desempenhada. Há, inclusive, a obrigação legal do sigilo profissional, para quem exerce essas profissões. Sigilo muitas vezes oponível até mesmo perante o Judiciário. Também é válido lembrar que à época em que foi insculpida a legislação criminal, não havia possibilidade de as pessoas que exerciam tais atividades se regularem como empresas, fato que só veio ocorrer com o advento do Novo Código Civil de 2002. Portanto a proteção é individual.

- Não há o que se falar em inconstitucionalidade do parágrafo 4º do art. 150 do Código Penal, afinal a Constituição reconhece que não há prejuízo de outros direitos reconhecidos como individuais que foram incorporados por leis ordinárias, desde que estes não prejudiquem os direitos individuais constitucionais. Logo, os ambientes não abertos ao público, onde se exerça atividade ou profissão, serão invioláveis quanto a particulares que nada tenham a ver com a empresa. Contra o particular que não respeitar oposição à sua entrada ou permanência neste tipo de ambiente, caberá ação penal.

Uma alteração na legislação poderia ser uma saída muito viável para a solução deste problema. O legislador deveria reconhecer distintamente cada direito de acordo com o que se pretende proteger. Organizando sua vontade metodologicamente, entre artigos, parágrafos e incisos.

5. CRÍTICA AO POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E À PONDERAÇÃO DE VALORES

O Supremo Tribunal Federal, nos acórdãos anteriormente citados, deu como imbatível o direito à inviolabilidade do domicílio, desconsiderando, ou até mesmo negligenciando o interesse público, a moral, o bem social e os costumes.

Como já deve ter ficado claro, nosso propósito neste trabalho será evidenciar a incoerência no entendimento do respeitável Tribunal. Para alcançar este mister, de forma didática, tentaremos argumentar pontualmente sobre o método de interpretação, sobre o ordenamento jurídico, sobre a vontade do legislador e principalmente sobre os valores axiológicos envolvidos. Por muitas vezes esses fatores se confundirão na narrativa, afinal, não há conhecimento dissociado, o verdadeiro conhecimento só é alcançado pelo entendimento das coisas em interação.

5.1. Interpretação rarefeita

De início, acreditamos ter faltado capricho ao Supremo Tribunal Federal no que tange aos métodos interpretativos. A interpretação dada à questão da inviolabilidade do domicílio foi demasiadamente literal. Há de se fazer interagir os conceitos contidos não apenas na letra da lei, mas os conceitos abstratos que se aproximam em função da situação fática e de valores jurídicos concorrentes. Neste sentido: *“A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido da proposição normativa dentro das condições mais dominantes numa determinada situação.”* (HESSE 1991. p23). O Supremo Tribunal Federal

fundamentou sua decisão na observância do devido processo legal, todavia a legalidade auferida *in casu* foi superficial, que decorre da simples leitura dos preceitos contidos no artigo 150 do Código Penal.

Como há um choque aparente entre os dispositivos da Constituição, do Código Penal e do Código Tributário Nacional, o primeiro procedimento interpretativo conveniente é o método sistemático. Por essa técnica deveria ocorrer a harmonização das normas. Nesse método a norma recebe uma valoração decorrente do espírito do ordenamento, uma valoração principiológica. E a nosso ver, o ordenamento jurídico brasileiro prima pelos direitos individuais, porém, está consagrado que acima destes está o interesse público. Vasta é a doutrina que reconhece a supremacia do interesse coletivo sobre o interesse individual.

Também não foi idealmente ressalvado o método teleológico. Por essa técnica é atribuída à norma a sua finalidade. A norma (ou o Direito) não tem fim em si mesma, e deve observar os fins propostos pela Constituição. *“Deve-se preferir, em relação à norma constitucional, a interpretação que mais favoreça a sociedade”* (MAGALHÃES FILHO ___ op.cit. p 90).

O interprete deve construir a interpretação, não se trata de fantasiar sobre a lei, mas sim unir conceitos axiológicos, explica Thomas Cooley:

Construção, por outro lado, é o desenhar de conclusões, respeitando as idéias que estão por trás das expressões constantes no texto, oriundas de elementos conhecidos e fornecidos pelo texto; conclusões que estão no espírito e não apenas na letra escrita. (Cooley___ Op. Cit. p. 70)

Destarte, a interpretação da norma deve unir os valores propostos pelo Estado, principalmente os valores morais dentro de uma análise lógico-jurídica do ordenamento legal.

Inevitável concluir que houve uma supervalorização da norma infraconstitucional. Veremos, a seguir, nos próximos tópicos, argumentos que só abonam esta idéia: notaremos que a violação do domicílio pela administração é um procedimento de exceção; que o ordenamento tributário é previamente preparado para otimizar a fiscalização e mitigar maus efeitos para o contribuinte e que além da legislação tributária, o resto do ordenamento jurídico se coaduna para fortalecer a supremacia dos interesses coletivos sobre os direitos individuais.

5.2. A fiscalização tributária como procedimento de exceção

A liberdade no Estado Democrático de Direito será sempre a regra. A intervenção do Estado na vida individual será sempre a exceção. *“Enquanto a sociedade tem garantias contra o abuso de poder, o Estado interfere na sociedade, legitimamente, para corrigir suas estruturas injustas”* (MAGALHÃES FILHO ____ *op.cit.* p 90).

No mesmo sentido, e destacando ainda mais a inequívoca necessidade do controle estatal para manter a ordem, temos:

Artigo XXIV

1. **Toda pessoa tem deveres para com a comunidade, em que o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade é possível.**

2. **No exercício de seus direitos e liberdades, toda pessoa estará sujeita apenas às limitações determinadas pela lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer às justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática.**

3. **Esses direitos e liberdades não podem, em hipótese alguma, ser exercidos contrariamente aos propósitos e princípios das Nações Unidas.** (grifos nossos) (Declaração Universal dos Direitos Humanos Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948).

A transcrição acima não se trata de texto qualquer, é, na verdade, um dos documentos mais significativos já produzidos pela humanidade: A Declaração

Universal dos Direitos Humanos. Os preceitos talhados nesta famosa resolução foram basilares à criação dos direitos e garantias fundamentais ínsitos na nossa Carta Magna. Uadi Lônego Bulos¹³ afirma que na verdade estas garantias foram incorporadas à Constituição, não apenas servindo como molde, mas sim, sofrendo um processo que ele chamou de constitucionalização das declarações de direitos fundamentais. Deve-se concluir, lembrando o método histórico de interpretação, que deve ser também trazida ao nosso ordenamento a mínima intervenção do Estado para satisfazer as exigências da ordem pública, da moral, e do bem estar da sociedade. Não devendo ser aceita nenhuma tentativa de serem infirmados esses valores. O que foi, infelizmente, feito pelo Supremo Tribunal Federal.

O exercício das liberdades individuais deve ser posto em equilíbrio com a persecução dos valores axiológicos. Um equilíbrio valorado pela razoabilidade e proporcionalidade, impedindo que a efetivação de um não destrua completamente o outro, afinal, *“nenhum direito fundamental pode ser realizado de forma tão ampla que tenha com custo o sacrifício irremediável de outro. Esse é o argumento axiológico da unidade da Constituição”*. (MAGALHÃES FILHO, 2002. p 230).

Insta-nos, outrossim, comentar sobre o nº 3 do artigo XXIX da Declaração dos Direitos do Homem, exigindo, com zelo, que a limitação aos direitos individuais aconteça sempre em função dos propósitos e princípios das Nações Unidas, exemplificados no preâmbulo da mesma resolução: ideais de justiça e paz.

Voltando o foco para o administrado, este poderá exercer amplamente seus direitos contra os seus iguais. Opondo a qualquer pessoa que não esteja atuando em função pública a entrada ou permanência nestes compartimentos.

¹³BULOS ____ *Op. Cit.* p. 68

Todavia, a Administração Pública, excepcionalmente, vai se inserir na esfera privada para conferir o que lhe é próprio, conferindo a ingerência do Direito Público sobre o Direito Privado¹⁴. No caso tributário, a fiscalização busca prevenir a sonegação fiscal, evitando que o dinheiro de tributos tenha destino diverso dos cofres públicos, haja vista que impostos e outros tributos financiam os chamados direitos sociais, exemplificados no art. 6º da Constituição: “São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”, portanto, prova-se que na fiscalização tributária está configurado o interesse público, requisito da limitação administrativa.

5.3. O ordenamento tributário e as garantias aos administrados

A razoabilidade deve servir de bússola ao julgador, que precisa observar, além da norma em seu estrito sentido, o meio onde está inserida e os seus fins, assim como o resultado que será produzido pelo julgado. “Vemos a vasta legislação tributária existente, que se compõe de toda e qualquer norma que trate da ordem tributária e podemos deduzir de sua necessidade como regra para manter a ordem social”. (FALCÃO, Luciantônio Almeida. 2002. p. 53)

A fiscalização tributária está inserida em um meio preparado para dar ao administrado uma segurança mínima, uma legislação pré-ordenada para abrandar os efeitos da inserção do poder de polícia sobre o fiscalizado. Há a necessidade de fiscalizar, e em contrapartida o Estado oferece mais garantias ao administrado (neste caso o contribuinte) pela redução da discricionariedade e imposição de limites

¹⁴ Sabemos que o Direito é uno e indivisível, todavia a divisão entre ramos do Direito é bastante útil didaticamente, sendo consagrada pela doutrina.

rígidos ao fiscal. Aduzimos então o sigilo fiscal, a limitação da fiscalização ao objeto fixado em termo, a indicação expressa do início e fim do procedimento fiscalizatório, a proteção ao sigilo profissional.

5.3.1. Limitação da matéria fiscal

O interesse da Administração tributária impõe que se lhe conceda o direito de examinar todos os livros e papéis dos comerciantes, eis que tais documentos constituem fonte abundante, e às vezes única, de informações relativas aos fatos geradores de tributo. (MACHADO, Hugo de Brito. 2004 Malheiros. P. 233)

A fiscalização tributária está autorizada no artigo 195 do Código Tributário

Nacional:

Art. 195. Para os efeitos da legislação tributária, não têm aplicação quaisquer disposições legais excludentes ou limitativas do direito de examinar mercadorias, livros, arquivos, documentos, papéis e efeitos comerciais ou fiscais, dos comerciantes industriais ou produtores, ou da obrigação destes de exibi-los. (*Grifo nosso*)

O referido artigo tanto autoriza a fiscalização como obriga o contribuinte a exhibir documentos. Atente-se que teremos aí a primeira limitação à fiscalização: a vinculação do exame de documentos exclusivamente comerciais ou fiscais. Logo, não pode o fiscal tributário procurar conhecimento sobre situação diversa, que não produza efeito sobre o direito de tributar.

Temos, outrossim, que somar que o próprio Supremo Tribunal Federal já limitou ainda mais o plano de incidência da fiscalização quando perfilhou em sua Súmula 439 a limitação do exame de livros fiscais ao objeto pontual da fiscalização. Destarte, não pode, por exemplo, a Receita Federal vasculhar livros fiscais, à procura de dados que revelem fatos geradores¹⁵ de imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e prestações de serviços (ICMS) de

¹⁵ A situação cuja ocorrência faz nascer a obrigação tributária, e impõe o recolhimento do tributo, é matéria compreendida na reserva legal. Só a lei é o instrumento próprio para descrever, para definir, a situação cuja ocorrência gera a obrigação tributária principal. Em consonância com o art. 97, inciso III, do CTN.

competência da Fazenda Estadual, enquanto diligencia a respeito de imposto sobre produtos industrializados (IPI) de competência federal.

5.3.2. Limitação temporal da fiscalização

A atividade empresarial visa ao lucro e trabalha para que os esforços dos seus funcionários sejam direcionados a este fim. Normalmente, a empresa enfrenta concorrência, busca novos mercados e alternativas para ampliar suas receitas, dentre muitos outros desafios envoltos na dinamicidade do ramo empresarial. É natural que a empresa destine a totalidade de seus empenhos para conseguir manter-se no mercado de forma lucrativa.

Temos de reconhecer que sofrer uma fiscalização é por demais oneroso para as empresas (principalmente àquelas empresas de médio e pequeno porte), que muito certamente terão que destinar funcionários para auxiliar os fiscais. Portanto, o legislador preocupou-se em mitigar esses efeitos para o contribuinte, determinando que o fisco deve informar previamente ao administrado o início e o fim da fiscalização:

Art. 196. A autoridade administrativa que proceder ou presidir a quaisquer diligências de fiscalização lavrará os termos necessários para que se documente o início do procedimento, na forma da legislação aplicável, que fixará prazo máximo para a conclusão daquelas.

Parágrafo único. Os termos a que se refere este artigo serão lavrados, sempre que possível, em um dos livros fiscais exibidos; quando lavrados em separado deles se entregará, à pessoa sujeita à fiscalização, cópia autenticada pela autoridade a que se refere este artigo.

Em importante lição, ensina-nos o Mestre Hugo de Brito Machado, em consonância com o restante da doutrina:

A fiscalização não pode perdurar indefinidamente. Seus trabalhos causam transtorno ao contribuinte, que a este não está obrigado a submeter-se a não ser o mínimo necessário. A fixação de prazos muito longos, ou a sucessiva prorrogação do prazo inicialmente fixado, pode

constituir abuso de poder da autoridade incumbida de realizar a fiscalização. O auto de infração lavrado depois de esgotado o prazo fixado para a conclusão das diligências é nulo.

O ato de prorrogação do prazo para os trabalhos da fiscalização, como os atos administrativos em geral, deve ser fundamentado. A ausência da fundamentação implica nulidade do auto de infração. Prorrogação por ato desprovido de fundamentação é incompatível com o art. 3º do CTN, segundo o qual o tributo há de ser cobrado mediante atividade administrativa plenamente vinculada. Aliás, admitir a prorrogação independentemente de fundamentação equivale a tornar absolutamente inútil a fixação do prazo.

É de grande importância a lavratura do termo de início da fiscalização, não apenas para que seja regular a diligência como e especialmente para comprovar o termo inicial do prazo de decadência, de que trata o art. 173 do CTN¹⁶. (MACHADO, 2004 Malheiros. P. 236)

Percebe-se, então, mais uma proteção ao contribuinte. A busca por otimizar a atividade administrativa em função do menor custo ao administrado. Uma vez que inevitável é a fiscalização, que seja ao menos feita da melhor forma, a menos gravosa ao hipossuficiente.

5.3.3. O respeito ao sigilo profissional

Não bastasse a legislação extravagante reconhecer o sigilo profissional, o Código Tributário manteve o respeito literal a este instituto:

Art. 197. Mediante intimação escrita, são obrigados a prestar à autoridade administrativa todas as informações de que disponham com relação aos bens, negócios ou atividades de terceiros:

I - os tabeliães, escrivães e demais serventuários de ofício;

II - os bancos, casas bancárias, Caixas Econômicas e demais instituições financeiras;

III - as empresas de administração de bens;

IV - os corretores, leiloeiros e despachantes oficiais;

V - os inventariantes;

¹⁶ Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Parágrafo único. O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento.

VI - os síndicos, comissários e liquidatários;

VII - quaisquer outras entidades ou pessoas que a lei designe, em razão de seu cargo, ofício, função, ministério, atividade ou profissão.

Parágrafo único. A obrigação prevista neste artigo não abrange a prestação de informações quanto a fatos sobre os quais o informante esteja legalmente obrigado a observar segredo em razão de cargo, ofício, função, ministério, atividade ou profissão. (grifo nosso)

Como pode se perceber, a legislação tributária, apesar de excepcionar muitos casos em que o Poder Público se sobrepõe à esfera particular, mantém o sigilo profissional como forma de ponderado respeito individual, o que corrobora com a idéia de que a fiscalização ocorre em função do interesse público, todavia limitada rigorosamente, quando é necessária árdua proteção ao indivíduo, principalmente quando o objeto a ser protegido se afasta da esfera tributária.

5.3.4. O sigilo fiscal

Seria despótico que o Estado permitisse ao Fisco adentrar o estabelecimento da empresa, tomar conhecimento sobre a situação patrimonial do contribuinte sem conferir a este, em contrapartida, a garantia de que as informações obtidas pela administração não passem a ser de conhecimento geral. Destarte, é vedada à instituição Fazendária (seja ela Federal, Estadual ou Municipal) a divulgação de qualquer informação conseguida em função de suas atribuições:

Art. 198. Sem prejuízo do disposto na legislação criminal, é vedada a divulgação, por parte da Fazenda Pública ou de seus servidores, de informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades (Código Tributário Nacional).

Analisamos o artigo temos as seguintes implicações:

- A vedação é direcionada às Fazendas Públicas; como pessoas de direito público (através de seus atos, informativos e documentos direcionados ao público em geral), assim como é direcionada aos seus funcionários.

- A proteção é dada diretamente ao fiscalizado e estendida ao terceiro que mantenha relações comerciais com aquele. Afinal, por documentos e balanços pode-se extrair informações indiretas.
- Quando artigo fala em “estado de seus negócios” ela indica que o sigilo não se resume aos números pertinentes à empresa. Não pode, a Fazenda ou seus funcionários, divulgar com quem a empresa fiscalizada comercializa, se os negócios correm bem ou mal, se paga corretamente seus funcionários.

Caso ainda assim seja rompido o sigilo fiscal, caberá ao particular prejudicado pleitear no Judiciário a reparação civil dos danos materiais e morais provenientes da conduta ilícita.

É válido lembrar que existem casos legalmente fixados que excepcionam a obrigatoriedade do sigilo:

Art. 198. § 1º. Excetua-se do disposto neste artigo, além dos casos previstos no art. 199, os seguintes: (Redação dada pela Lcp nº 104, de 10.1.2001)

I – requisição de autoridade judiciária no interesse da justiça; (Inciso incluído pela Lcp nº 104, de 10.1.2001)

II – solicitações de autoridade administrativa no interesse da Administração Pública, desde que seja comprovada a instauração regular de processo administrativo, no órgão ou na entidade respectiva, com o objetivo de investigar o sujeito passivo a que se refere a informação, por prática de infração administrativa.

.....

Art. 199. A Fazenda Pública da União e as dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios prestar-se-ão mutuamente assistência para a fiscalização dos tributos respectivos e permuta de informações, na forma estabelecida, em caráter geral ou específico, por lei ou convênio.

5.3.5. O formalismo do procedimento de fiscalização

O procedimento fiscal é, mormente, informado pelo princípio documental.

Como se exemplifica:

Art. 196, Parágrafo único: Os termos a que se refere este artigo serão lavrados, sempre que possível, em um dos livros fiscais exibidos; quando lavrados em separado deles se entregará, à pessoa sujeita à fiscalização, cópia autenticada pela autoridade a que se refere este artigo. (Código Tributário Nacional).

As diligências fiscais deverão ser reduzidas a termo, de forma logicamente ordenada, informa Luciano Amaro¹⁷. Não se trata de atitude que visa beneficiar exclusivamente o melhor transcorrer do trabalho interno nas repartições públicas, mas na verdade, o objetivo maior é possibilitar que o contribuinte possa se defender pontualmente de tudo que for transcrito nos documentos.

A Portaria nº 4.066, de 2 de maio de 2007, da Receita Federal do Brasil, é exemplo da formalidade acentuada que busca:

- Prover segurança ao fiscalizado: identificando fiscal e a autoridade superior, limitando o objeto da fiscalização.
- Evitar embaraços ao administrado e prover meios eficientes para solução de possíveis problemas com a Receita: é fornecido código para acompanhamento informatizado através da rede mundial de computadores, também é informado o número de telefone do superior responsável pela fiscalização ou diligência.

Observe detalhadamente o que deve conter um Mandado de Procedimento Fiscal da Receita federal:

Art. 7º O MPF-F¹⁸, o MPF-D¹⁹ e o MPF-E²⁰ :

¹⁷ Em sua obra Direito Tributário Brasileiro, p. 482.

¹⁸ Mandado de Procedimento Fiscal – Fiscalização(MPF-F).

I - a numeração de identificação e controle;

II - os dados identificadores do sujeito passivo;

III - a natureza do procedimento fiscal a ser executado (fiscalização ou diligência);

IV - o prazo para a realização do procedimento fiscal;

V - o nome e a matrícula do AFRFB²¹ responsável pela execução do mandado;

VI - o nome, o número do telefone e o endereço funcional do chefe do AFRFB a que se refere o inciso anterior;

VII - o nome, a matrícula e a assinatura da autoridade outorgante e, na hipótese de delegação de competência, a indicação do respectivo ato;

VIII - o código de acesso à Internet que permitirá ao sujeito passivo, objeto do procedimento fiscal, identificar o MPF.

§ 1º O MPF-F e o MPF-E indicarão, ainda, o tributo ou contribuição objeto do procedimento fiscal a ser executado, podendo ser fixado o respectivo período de apuração, bem assim as verificações relativas à correspondência entre os valores declarados e os apurados na escrituração contábil e fiscal do sujeito passivo, em relação aos tributos e contribuições administrados pela RFB, cujos fatos geradores tenham ocorrido nos cinco anos que antecedem a emissão do MPF e no período de execução do procedimento fiscal, observado o modelo aprovado por esta Portaria. (Portaria nº 4.066, de 2 de maio de 2007, da Receita Federal do Brasil)

O rigor com que se realizam os procedimentos fiscais direciona proteção ao administrado, faz com que o poder de polícia esteja fortemente ligado a noções de legalidade.

5.4. A lei penal e proteção ao sigilo fiscal

Como vimos no item anterior, o Código Tributário estabelece a obrigação do sigilo fiscal aos agentes fazendários em decorrência da função pública que exercem. Não poderia o Estado deixar impunes aqueles que não resguardassem a referida conduta legal. Com efeito, se existisse apenas a possibilidade de reparação civil, a proteção ao sigilo fiscal não seria tão efetiva. Logo, para que estejam salvaguardadas as informações profissionais e funcionais o legislador criminal tipificou como crimes duas condutas, são estas o excesso de exação e a violação de

¹⁹ Mandado de Procedimento Fiscal - Diligência (MPF-D).

²⁰ Mandado de Procedimento Fiscal Especial (MPF-E).

²¹ Auditores-Fiscais da Receita Federal do Brasil (AFRFB).

sigilo funcional, respectivamente inculpidos nos artigos 316 § 1º e 325 do Código Penal.

Continuando com o mister de provar que o STF deixou de perceber a existência de um ordenamento jurídico preparado a oferecer ao contribuinte o direito de ser fiscalizado dentro de limites rígidos, sem que seja revelada a todos a sua situação econômica, trazemos agora comentários sobre dispositivos do Código Penal que rogam pela proteção do administrado frente à administração.

No crime de excesso de exação temos:

Art. 316 - Exigir, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função, ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida:

.....
Excesso de exação

§ 1º - Se o funcionário exige tributo ou contribuição social que sabe ou deveria saber indevido, ou, quando devido, emprega na cobrança meio vexatório ou gravoso, que a lei não autoriza: (grifo nosso)

Pena - reclusão, de três a oito anos, e multa. (Redação dada pela Lei nº 8.137, de 27.12.1990)

O dispositivo supracitado visa proteger o contribuinte de cobrança inadequada, que possa ferir imagem da pessoa, seja física ou jurídica. Por exemplo: em face de tributo não pago, ameaça o agente fazendário, que caso o contribuinte não realize, irá avisar aos fornecedores da dita empresa da má situação financeira em que esta se encontra, e que, muito possivelmente estará falida, impossibilitada de honrar os compromissos para com estes. Desse modo, tornar-se-ia pública a situação da empresa. O sigilo fiscal, seria posto como refém.

Destacando a seriedade com que o Estado trata a questão, foi fixada uma pena mínima de três anos e multa, que é uma pena bastante gravosa. Não menos rígida é a pena máxima.

Já na violação de sigilo funcional²² temos:

Art. 325 - Revelar fato de que tem ciência em razão do cargo e que deva permanecer em segredo, ou facilitar-lhe a revelação:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos, ou multa, se o fato não constitui crime mais grave.

§ 1º Nas mesmas penas deste artigo incorre quem: (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

I - permite ou facilita, mediante atribuição, fornecimento e empréstimo de senha ou qualquer outra forma, o acesso de pessoas não autorizadas a sistemas de informações ou banco de dados da Administração Pública; (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

II - se utiliza, indevidamente, do acesso restrito. (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

§ 2º Se da ação ou omissão resulta dano à Administração Pública ou a outrem: (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

O rompimento do sigilo, desde o ano de 2000 deixou de ser apenas a conduta tipificada no caput do artigo 325, e passou a incluir um leque maior de atos que importem no acesso a dados restritos do banco de dados da Administração Pública. Importante também destacar que a pena é aumentada sempre que da conduta resultar em dano aos cofres públicos. A ampliação de condutas e o agravamento da pena são medidas coercitivas moralizadoras que só confirmam a idéia de uma legislação asseguradora de limites para administração a serem exercidos em favor do administrado.

5.5. O conflito com os valores morais

A decisão do Supremo Tribunal Federal não foi de completo inaproveitável, uma vez que fez garantir um direito individual. Todavia, ao assegurar esse direito, causou uma expressiva inversão de valores.

Como inúmeras vezes afirmamos, o intérprete deve, usando de proporcionalidade (razoabilidade, construção), “pôr numa balança” os valores em

²² Não confundir o crime de violação de segredo funcional que é crime próprio do funcionário público com o crime de violação segredo profissional, que é crime tipificado no art. 154 do Código Penal.

conflitos e ao final escolher pela interpretação que mais salvaguardar os valores e bens jurídicos a serem protegidos. Certamente, essa será a interpretação de maior proveito teleológico. A lei é feita para refletir na vida social, para operar efeitos; logo a correta leitura trará efeito mais benéfico à sociedade.

Traçaremos agora considerações sobre a sub-valorização dos princípios morais que foram afastados pelos acórdãos anteriormente citados.

Reconhecer que o administrado tem o direito de se opor à entrada do fiscal tributário no estabelecimento da empresa (compartimentos não abertos ao público), e condicionar essa entrada à ordem judicial, significa inoperalizar a fiscalização, será tirada do poder de polícia a oportunidade inerente aos atos administrativos. Será crescente a burocratização do procedimento fiscal. Deixará o fiscal sem meios eficientes para verificar livros e documentos fiscais, conferir, por exemplo, se o estoque na empresa confere com os constantes nas notas fiscais. Uma vez o estoque sendo muitas vezes maior que o documentado pode-se reconhecer de plano a existência de subfaturamento.

Podemos dizer que a medida do *Maximus Praetorium* afasta o interesse público e facilita a vida dos sonegadores. Prejudica indiretamente os cofres públicos, uma vez que a fiscalização é instrumento habilíssimo para apuração de tributos não recolhidos pelo tributado, às vezes dolosamente, às vezes por culpa.

O país, há décadas, passa por uma crise de moralidade, o povo clama pela correção das estruturas políticas, sociais e econômicas do Brasil. Buscando uma nação mais ética, moralizada, com menos desigualdades sociais, com oferecimento de oportunidades para todos, em suma um país forjado em bases justas. É papel do Supremo Tribunal Federal reconhecer esses valores quando proferir um julgado. Ao condicionar a entrada do fiscal fazendário à autorização

judicial, o Tribunal Maior castrou a possibilidade de o Estado verificar se os seus administrados caminham na legalidade, em meio à moral. Colaborando com o objetivo maior da nação, viver numa sociedade de paz, justa.

Há necessidade de o Estado regular a atividade do particular.

No Brasil já se criou até a expressão **crime de colarinho branco**, em referência às roupas de políticos e empresários, associando a estes crimes, como é de conhecimento geral, a idéia de impunidade. Fiscalizar é meio de combater a impunidade, e negar essa prerrogativa à Administração Pública é caminhar contra o sentido em que caminha a justiça, a moral, a paz social e a ordem interna. Valores que, apesar de serem demasiadamente genéricos e abstratos, são consagrados, no preâmbulo da Constituição Federal, como supremos de uma sociedade fraterna. Igualmente destacados na Declaração dos Direitos Humanos. Com efeito, esses valores unidos fazem peso amplamente maior, na balança da justiça, que o exercício amplo de um direito individual.

Não é simples faculdade do juiz interpretar a lei em função do bem social.

“Atender aos fins sociais e às exigências do bem comum é poder-dever do magistrado, no exercício da atividade judicante” (DINIZ, Maria Helena. 2002. P. 33).

Trata-se de dever legal reconhecido no mundo jurídico: *“Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.”* (Art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil).

Maria Helena Diniz informa que:

[...] não há norma jurídica que não deva sua origem a um fim, a um propósito, a um motivo prático. O propósito, a finalidade, consiste em produzir na realidade social determinados efeitos que são desejados por serem valiosos, justos, convenientes, adequados à subsistência de uma sociedade, oportunos, etc. A busca desse fim social será a meta de todo aplicador do direito. Se assim não fosse, a norma jurídica seria, na bela e exata expressão de Rudolf Von Ihering, um ‘fantasma

de direito', uma reunião de palavras vazias. (DINIZ, Maria Helena. 2002. p.38)

Continua a renomada jurista defendendo que não há obrigação de o juiz aplicar os textos legais ao pé da letra, deve agir

[...] atendo-se, intuitivamente, sempre às suas finalidades, com sensibilidade e prudência objetiva, condicionando e inspirando suas decisões às balizas contidas no sistema jurídico, sem ultrapassar, por um instante, os limites de sua jurisdição. Se não houvesse tal elasticidade, o direito não se concretizaria, pois, sendo estático, não teria possibilidade de acompanhar as mutações sociais e valorativas da realidade, que nunca é plena e acabada, estando sempre se perfazendo. (DINIZ, Maria Helena. 2002. p.38)

É fácil provar como a fiscalização tributária se harmoniza com o fim social, concretizando o bom direito:

- A arrecadação tributária é a principal fonte de recursos do Estado. Recursos que financiam a prestação de serviços públicos: educação, saúde, infraestrutura, projetos sociais etc.. A fiscalização é atividade que busca prevenir a evasão fiscal. Logo, o escopo da fiscalização tributária é nobre e necessário.
- Também deve ser notado que quando uma empresa sonega impostos ela aumenta seu patrimônio de forma ilegítima. Como decorre de má fé, o enriquecimento ilícito (*lato sensu*, não o tipo penal) é execrado pelo ordenamento jurídico.
- Uma vez que deixa de recolher os impostos, a empresa sonegadora abre larga vantagem sobre as demais que caminham na legalidade, sendo desleal a concorrência entre as empresas: difícil concorrer com uma empresa que pode oferecer produtos e serviços mais baratos aos consumidores, ou que pode manter-se financeiramente equilibrada em tempos de crise. Com efeito, a ausência de uma fiscalização ágil e efetiva apenas prejudicará as empresas que prezam pelos caminhos da lei.

Manifesto que a fiscalização tributária, além de beneficiar a toda sociedade através do patrocinar dos serviços públicos, ajuda a manter balanceada a própria atividade empresarial, não importando se for na produção ou no comércio de bens e serviços.

5.6. O reflexo no mundo jurídico e em outras fiscalizações administrativas

No mundo jurídico, reiteradas decisões formam o que se chama jurisprudência. Miguel Reale conceitua: *"a palavra jurisprudência significa, em sentido estrito, "a forma de revelação do direito que se processa através do exercício da jurisdição, em virtude de uma sucessão harmônica de decisões dos tribunais"* (REALE, Miguel, 1976 p. 167).

A jurisprudência é considerada fonte do Direito.

No Brasil de hoje, a jurisprudência passa por um processo de valorização evidenciado, sobretudo, pela inserção da Súmula Vinculante²³ em nosso ordenamento jurídico.

Mesmo não se tratando de súmula vinculante, os acórdãos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal têm grande peso nas decisões tomadas no país, seja nos demais tribunais ou nos juízos monocráticos.

Logo, se faz bastante oportuno lembrar que o poder de polícia que autoriza a fiscalização tributária é o mesmo poder de polícia que autoriza todas as demais fiscalizações administrativas no país. Assim, estariam todas prejudicadas,

²³ "O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei" (CF, art. 103-A, instituído pela EC 45/04).

impossibilitadas de acessar, sem autorização judicial, os estabelecimentos dos particulares. Podemos citar:

- A fiscalização sanitária, desempenhada pelo Ministério da Agricultura, Pecuária e do Abastecimento, Ministério da Saúde e pelas Secretarias Estaduais e Municipais de Vigilância Sanitária. Onde cabe vigiar a observância das normas de produção, transporte e conservação de agrotóxicos e produtos de origem vegetal e animal, assim como a adequação dos estabelecimentos com as regras de higiene;
- As fiscalizações de infra-estrutura e segurança executadas pela Defesa Civil e pelo Corpo de Bombeiros, onde são observadas as condições de segurança estrutural de prédios, edifícios, casas de espetáculo, e se estes se amoldam às normas anti-incêndio;
- O INMETRO²⁴ e o Instituto Nacional de Pesos e Medidas (INPM) apresentam grande utilidade à sociedade, uma vez que é necessário disciplinar, dos pontos de vista qualitativo e quantitativo, a produção e comercialização de bens manufaturados entregues ao consumidor brasileiro, inclusive aqueles importados, os quais nem sempre atendem a requisitos mínimos e razoáveis de qualidade e segurança;
- A fiscalização trabalhista (exercida pelo Ministério do Trabalho e suas delegacias – DRTs) observa a aplicação da legislação trabalhista dentro das empresas. Conferindo desde a correta anotação nas Carteiras de Trabalho às

²⁴ O Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial - Inmetro - é uma autarquia federal, vinculada ao Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, que atua como Secretaria Executiva do Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (Conmetro), colegiado interministerial, que é o órgão normativo do Sistema Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (Sinmetro).

Objetivando integrar uma estrutura sistêmica articulada, o Sinmetro, o Conmetro e o Inmetro foram criados pela Lei 5.966, de 11 de dezembro de 1973, cabendo a este último substituir o então Instituto Nacional de Pesos e Medidas (INPM) e ampliar significativamente o seu raio de atuação a serviço da sociedade brasileira. In <<http://www.inmetro.gov.br/inmetro/oque.asp>>.

condições de segurança e sanidade do trabalho. Valores intimamente ligados à dignidade humana.

Toda fiscalização busca dar maior efetividade à aplicação das leis dentro da competência legal dos órgãos a que estão ligadas. Destacamos, dentro da legislação trabalhista, em caráter exemplificativo, a busca por este mister:

Art. 156 - Compete especialmente às Delegacias Regionais do Trabalho, nos limites de sua jurisdição: (Redação dada pela Lei nº 6.514, de 22.12.1977)

I - promover a fiscalização do cumprimento das normas de segurança e medicina do trabalho; (Incluído pela Lei nº 6.514, de 22.12.1977)

II - adotar as medidas que se tornem exigíveis, em virtude das disposições deste Capítulo, determinando as obras e reparos que, em qualquer local de trabalho, se façam necessárias; (Incluído pela Lei nº 6.514, de 22.12.1977)

III - impor as penalidades cabíveis por descumprimento das normas constantes deste Capítulo, nos termos do art. 201. (Incluído pela Lei nº 6.514, de 22.12.1977) (Consolidação das Leis Trabalhistas)

.....
“Art. 9º. A inspeção do trabalho será promovida em todas as empresas, estabelecimentos e locais de trabalho, públicos ou privados, estendendo-se aos profissionais liberais e instituições sem fins lucrativos, bem como às embarcações estrangeiras em águas territoriais brasileiras.” (Decreto nº 4552 de 27 de dezembro de 2002)

Nos trechos supracitados vemos a distribuição de competência para fiscalizar, quem deve ser fiscalizado, a imposição de medidas de adequação dos locais de trabalho com as normas de segurança e medicina do trabalho, e a cominação de penalidades administrativas.

É exigido também que a fiscalização seja exercida de forma a prover mais eficácia, atente-se: *“As inspeções, sempre que necessário, serão efetuadas de forma imprevista, cercadas de todas as cautelas, na época e horários mais apropriados a sua eficácia” (Grifo nosso).* (Art.15 Decreto nº 4552 de 27 de dezembro de 2002).

A imprevisão das diligências busca, obviamente, evitar que o empregador possa de alguma forma impedir que o fiscal encontre irregularidades.

Quanto à expressão “época e horários mais apropriados a sua eficácia” quis o legislador lembrar-se das atividades que acontecem em horários específicos ou sazonalmente, pois de nada adiantaria uma fiscalização em época imprópria à atividade a ser fiscalizada. Por exemplo: o período que antecede a páscoa é um bom período para fiscalizar indústrias de chocolate; o período de safra do caju é o período adequado para se fiscalizar fábricas que beneficiem o fruto e a castanha.

Mais uma vez foi atento e zeloso o legislador quando lembrou que os procedimentos devem ser “cercados de todas as cautelas”; isso inclui as cautelas para eficácia da fiscalização, a observância da legalidade e cuidados com a integridade física de fiscais e empregados.

Pelo exposto, a decisão do Supremo Tribunal Federal embaraça quase que plenamente o trabalho de todos os órgãos da administração que precisam adentrar as sedes das empresas para fiscalizar se as atividades dos particulares encontram-se em consonância com a lei e com os interesses públicos.

5.7. A criação de dependência entre os poderes Administrativo e Judiciário

Não podendo adentrar compartimentos não abertos ao público nas sedes das empresas, evidente limitação ao poder de polícia. Podemos apenas concluir: apenas será possível adentrar as empresas quando houver instaurado procedimento judicial contra estas; ou que os órgãos administrativos dependerão de autorização do Judiciário para proceder com diligências fiscalizatórias quaisquer.

Ambas as situações são inadmissíveis: a primeira por retirar significativamente a eficiência necessária a este tipo de procedimento, ferindo todo e qualquer conceito de razoabilidade; a segunda por romper com a separação e independência dos Poderes Estatais instituída na Constituição Federal, no caso a

criação de dependência entre o Poder Executivo (Administrativo) e o Poder Judiciário.

A separação e independência dos poderes em Poder Executivo, Legislativo e Judiciário foi criada por Montesquieu e permanece até hoje na maioria dos Estados e têm com duas maiores finalidades a garantia das liberdades e o provimento de eficiência a cada um dos poderes.

A proposta da separação dos poderes tinha duas bases fundamentais, inicialmente a proteção da liberdade individual e de outro lado aumentar a eficiência do Estado, haja vista uma melhor divisão de atribuições e competências tornando cada órgão especializado em determinada função. Todo este ideal que fora resistido de início teve como objetivo à época diminuir o absolutismo dos governos. (SILVA, Marcus Vinicius F. Teresina Jus Navigandi 2004)

Por mais que as decisões do STF não tenham força para institucionalizar essa situação de dependência de forma normativa, acaba por fazer por simples decorrência lógica.

Os Poderes Estatais raramente se tocam, em situações excepcionais. Não se pode criar uma situação em que estes poderes precisem de contato intermitente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema estudado é de grande relevância, pois discute o conflito de direitos de particulares com o interesse público.

Percebemos claramente que toda e qualquer limitação administrativa à liberdade e à propriedade particular terá sempre como requisito o interesse público, pautado na moral, na manutenção da ordem pública e da paz social. Sendo imperativo que este interesse público seja relevante, real e concreto.

Cogente também é a necessidade de que a própria limitação possa oferecer resultados reais. Não deve ser admitida limitação que não seja útil.

A fiscalização tributária, meio de que dispõe a Administração para evitar a sonegação fiscal, está justificada nestes parâmetros.

Podemos concluir que o entendimento do Supremo Tribunal Federal (de que a inviolabilidade do domicílio da empresa, em decorrência do artigo 150 do código penal, deva prevalecer sobre o exercício do poder de polícia) é bastante desarrazoado.

A supremacia do interesse público é amplamente reconhecida na doutrina, na jurisprudência e na lei. Portanto, não foram considerados pelo dito Tribunal os fins da fiscalização tributária: o interesse público. Foi afastada da interpretação do tribunal a boa hermenêutica. A própria Constituição reconhece o dever de construir uma sociedade justa, moral, pacífica e sem diferenças sociais. Esses valores são princípios lógicos, abstratos e de difícil limitação, o que não justifica o fato de o Supremo não ter reconhecido sua imensa relevância. Foi dado um passo em direção à liberdade, porém esse passo se distanciou gigantescamente da busca

por moralizar o país. Fica muito mais fácil atuar na legalidade estando o administrador de mão atadas.

A interpretação do Supremo nesta questão foi direta, assistemática e nada teleológica.

O *Altissimus Praetorium* diminuiu consideravelmente a eficiência das fiscalizações, não somente da fiscalização tributária, mas de qualquer uma que necessite adentrar o estabelecimento empresarial para poder operar.

Esqueceu também que o Estado dá, em contrapartida, garantias rígidas ao administrado para que as fiscalizações ocorram da forma menos gravosa e segura para o cidadão: Os procedimentos administrativos fiscais são formalíssimos, outrossim, existem a obrigatoriedade de sigilo fiscal e uma legislação penal que está preparada caso esse sigilo seja rompido. Destarte, temos um ordenamento jurídico preparado para exercer regradamente o poder de polícia.

Portanto, a inviolabilidade dos compartimentos não abertos ao público é constitucional. E pode ser plenamente exercida de particular para particular. Porém, o exercício do poder de polícia, justificado por relevante interesse público e dentro dos limites da lei, vem excepcionar este direito. A fiscalização é necessária e promove ainda que indiretamente o bem social. Evitar a sonegação fiscal é garantir o custeio de obras públicas e políticas sociais, assim como parafiscalmente, é evitar a concorrência desleal entre empresas, é afastar o enriquecimento ilícito. Em suma, a fiscalização tributária caminha lado a lado com a moral, com a prevenção de injustiças e com a paz social.

Reconhecer a supremacia do interesse público e a legitimidade do fiscal tributário para adentrar o estabelecimento empresarial seria a solução mais

harmonizadora da Constituição com o ordenamento infraconstitucional. Seria reconhecer dentro de uma visão axiológica os fins sociais a que se propõe a lei.

Errou o Supremo Tribunal Federal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 14 edição. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 434
- BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. 2ª Ed. rev. e atual. São Paulo Saraiva : 2001.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo** 11ª Ed. Lumen Juris : Rio de Janeiro, 2004
- COOLEY, Thomas. *Treatise on the Constitutional Limitation* 1903
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. São Paulo Saraiva 2002.
- _____. **Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada**, 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- FABRETTI, Láudio Camargo. **Código Tributário Nacional Comentado** 5ª Ed. rev. e atual. São Paulo : Atlas 2005
- FALCÃO, Luciantônio Almeida. **Reflexão constitucional sobre o conceito de legislação tributária** in *Jurisdição Constitucional no Mundo Globalizado – Revista Ibero-Americana de Direito Constitucional e Econômico*. Ano I Nº 1 Fortaleza: AIDCE 2002.
- HESSE, K. **A força normativa da Constituição**, Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabais, 1991, p23).
- MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 26ª Ed. São Paulo. Malheiros2006.
- MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira, **Hermenêutica e Unidade Axiológica da Constituição**. 2ª edição Belo Horizonte : Mandamentos 2002.
- _____. **Hermenêutica Jurídica Clássica**. Belo Horizonte : Mandamentos 2002.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Poder de polícia e segurança nacional**. Revista dos Tribunais : 1972

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo Penal São Paulo Atlas 1996**

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 3º ed. São Paulo, Saraiva, 1976

ROCHA, José de Albuquerque. **Estudos sobre o Poder Judiciário**. São Paulo: Malheiros, 1995 p. 118

_____ **Hermenêutica Constitucional e Judiciário** in Jurisdição Constitucional no Mundo Globalizado – Revista Ibero-Americana de Direito Constitucional e Econômico. Ano I Nº 1 Fortaleza: AIDCE 2002.

_____ **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Atlas 2005.

SILVA, José Afonso, **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 10ª edição – Belo Horizonte Malheiros 1997

SILVA, Marcus Vinicius Fernandes Andrade da. **A separação dos poderes, as concepções mecanicistas e normativas das Constituições e seus métodos interpretativos** . Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 495, 14 nov. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5924>>. Acesso em: 03 jul. 2007

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo Ordenador**. 1ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1997.