ESTUDOS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Homenagem a José Eduardo Soares de Melo

Análises de Direito Constitucional, Administrativo, Processual e Privado

Vol. I

Princípios Constitucionais – Imunidades Tributárias
Normas Gerais em Matéria Tributária
Processo Administrativo Tributário
Processo Judicial Tributário
Direito Penal Tributário – Direito Privado

Eduardo Soares de Melo (org.)

EDITORA JusPODIVM | MALHEIROS EDITORES
www.editorajuspodivm.com.br

O Princípio da Livre Concorrência sob a Ótica do Substitutivo ao Projeto de Lei do Senado 186/2014

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS

1. Introdução

Fui honrosamente convidado a preparar este breve estudo em merecida homenagem ao eminente Amigo e Mestre José Eduardo Soares de Melo, eminente Jurista e excepcional Advogado, por quem nutro profunda admiração e respeito.

Sendo ele autor de diversos importantes estudos na área do direito público, bem sabe a importância dos princípios constitucionais. Debruçar-me-ei, pois, sobre a análise do princípio da livre concorrência.

Tal exame terá por enfoque o § 3º do art. 53 decorrente da Emenda 52-CEDN, Substitutivo do Projeto de Lei do Senado 186/2014, cuja redação é a seguinte:

> É autorizado o funcionamento de videobingo ou bingo eletrônico individual (BEI) exclusivamente nas casas de bingo, vedada a utilização de qualquer máquina tipo *slot* (caça-níqueis) que contenha outra espécie de jogo diversa de videobingo.

Verificarei, pois, se seria, ou não, constitucional e legal a referida inclusão de um único tipo de jogo eletrônico, com exclusão dos demais, de resto sendo esse único tipo (videobingo ou bingo eletrônico) fabricado por pouquíssimas empresas no mundo inteiro.

Se não, vejamos.

2. Da legislação ordinária

O art. 173, § 4º, da CF tem a seguinte redação:

> § 4º. A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

O artigo encontra-se ligado ao regime jurídico de direito privado, na dualidade de iniciativa econômica. Vale dizer: trata-se de artigo objetivando controlar a liberdade de iniciativa econômica e de livre concorrência contra excessos que poderiam descompassar a economia de mercado.

Tal dispositivo é, hoje, regulamentado pela Lei 12.529/2011, que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e obsta a qualquer prática maculadora da livre concorrência. Sendo assim, esta lei ordinária explicitadora das normas constitucionais (Lei 12.529/2011) determina, em seu art. 36, I e II que:

> Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda

que não sejam alcançados: I – limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; II – dominar mercado relevante de bens ou serviços; (...).

O dispositivo, por outro lado, entra em conflito – não é uma exceção, mas uma contradição – com o disposto no art. 5º, I, do próprio Substitutivo, que impõe que os jogos de azar são aqueles que dependem exclusivamente da sorte, e não da habilidade ou desempenho do jogador, algo que caracteriza tanto os videobingos como os videojogos ou qualquer outra máquina tipo *slot*. Tal dispositivo tem a seguinte dicção:

Art. 5º. Jogos de azar, como modalidade de sorteios, são considerados, concomitantemente, ou não, aqueles realizados comercialmente, cujo resultado depende: I – exclusivamente da sorte e não da habilidade ou do desempenho do jogador; (...).

À luz exclusivamente da lei ordinária, portanto, já é possível identificar uma evidente violação à lei de concorrência, pois, embora normativamente se trate de leis do mesmo nível hierárquico, admitindo-se, em tese, revogação da lei anterior pela lei posterior, neste caso seria inadmissível.

É que a lei da livre concorrência é explicitadora das normas constitucionais orientadoras de toda a legislação ordinária que disciplina a concorrência no País.[1]

É de se lembrar que em todos os Países onde se admite a exploração de jogos de azar – que é a esmagadora maioria, no concerto das Nações – é admitida toda espécie deles, principalmente mediante caça-níqueis ou videojogos.

De resto, tal permissão internacional pode ser constatada até mesmo em inúmeros filmes, cujos protagonistas frequentam casas de jogos nos Estados Unidos ou Europa e aparecem jogando em caça-níqueis.

3. *Do aspecto constitucional*

A CF faz menção aos grandes fundamentos do poder econômico: a livre iniciativa, a livre concorrência e a justiça social, estando o *caput* do art. 170 e o inciso IV assim escritos:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...); IV – livre concorrência; (...).[2]

---

1. O art. 2º da LINDB, antiga LICC, está assim versado: "Art. 2º. Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue. § 1º. A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior. § 2º. *A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior*. § 3º. Salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido vigência" [*Grifos meus*].

2. Celso Bastos assim o comenta: "A livre concorrência é indispensável para o funcionamento do sistema capitalista. Ela consiste essencialmente na existência de diversos produtores ou prestadores de serviços. É pela livre concorrência que se melhoram as condições de competitividade das empresas, forçando-as a um constante aprimoramento dos seus métodos tecnológicos, à diminuição dos seus custos, enfim, na procura constante da criação de condições mais favoráveis ao consumidor. Traduz-se, portanto, numa das vigas-mestras do êxito da economia de mercado. O contrário da livre concorrência significa o monopólio e o oligopólio, ambas situações privilegiadoras do produtor, incompatíveis com o regime de

Sabiamente, o constituinte brasileiro colocou dois fundamentos e nove princípios essenciais, na mais liberal das nossas Constituições, pois pela primeira vez faz menção à "livre concorrência" como fator de desenvolvimento, sobre tornar o planejamento econômico plenamente facultativo para o setor privado, como exposto no art. 174 da Lei Suprema, *caput*:

> Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.[3]

Nesta esteira, relembro as palavras do ilustre homenageado a respeito dos princípios:

> É fácil esclarecer a importância dos princípios: a Constituição Federal estabelece que é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça (art. 150, I), traduzindo o princípio da estrita legalidade tributária, em razão do que, em regra, o imposto tem que ser previamente instituído por lei aprovada por representantes do povo (Congresso Nacional, Assembleia Legislativa ou Câmara de Vereadores). O Poder Executivo (Presidente da República, governadores dos Estados, do Distrito Federal e prefeitos dos Municípios, e seus respectivos auxiliares) só poderá exercer atos de execução, como cobrar o imposto em estrita obediência aos elementos contidos na prévia lei tributária, não podendo introduzir nenhum tipo de inovação.
>
> Os princípios representam conceitos dogmáticos, verdades normativas, tendo a Lei das Leis (como também é denominada a Constituição Federal) previsto princípios de natureza variada, de forma explícita, implícita e expressa, sendo certo que os direitos e garantias constitucionais "não incluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte" (§ 2º do art. 5º da CF).[4]

O dispositivo padece, portanto, do mal maior que pode atingir uma lei, ou seja, do vício da inconstitucionalidade.[5]

---

livre concorrência" (Celso Bastos e Ives Gandra Martins, *Comentários à Constituição do Brasil*, 2ª ed., 7º vol., São Paulo, Saraiva, 2000, p. 27).

3. Manoel Gonçalves Ferreira Filho esclarece: "*Forma ou tipo de economia.* Este artigo é a chave de toda a ordem econômica da Constituição: é o que define a forma da economia, pelo viés da determinação do papel do Estado. Torna-se patente que a economia prevista pela Constituição não é uma economia centralizada, comandada pelo Estado, mas uma economia descentralizada, de mercado, todavia sujeita a uma ação do Estado, de caráter normativo e regulador" (cf. meu *Direito Constitucional Econômico*, São Paulo, Saraiva, 1990, pp. 9 e ss).

"Claro aqui fica que este papel é o de 'agente normativo' e o de 'agente regulador', e nenhum outro, da atividade econômica. Sem dúvida, a estes dois se acrescente o de 'agente empresarial', mas excepcionalmente e nos termos do art. 173, *caput* (v. *supra*)" (Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, vol. 2, São Paulo, Saraiva, 1999, p. 182).

4. José Eduardo Soares de Melo, *Curso de Direito Tributário*, 5ª ed., São Paulo, Dialética, 2004, p. 16.

5. É relevante acentuar que a interpretação das normas constitucionais é diversa, na densidade de seu conteúdo, daquela da legislação ordinária, como bem acentua Carlos Maximiliano:

"A técnica da interpretação muda, desde que se passa das disposições ordinárias para as constitucionais, de alcance mais amplo, por sua própria natureza e em virtude do objeto colimado redigidas de modo sintético, em termos gerais.

"Deve o Estatuto Supremo condensar princípios e normas asseguradoras do progresso, da liberdade e da ordem, e precisa evitar casuística minuciosidade, *a fim de se não tornar demasiado rígido, de permanecer dúctil, flexível, adaptável a épocas e circunstâncias diversas, destinado, como é, à longevidade excepcional*" [*Grifos meus*] (Carlos Maximiliano, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 9ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1979, p. 304).

É possível, pois, afirmar que o supracitado dispositivo do Substitutivo em questão fere o inciso IV do art. 170 da CF, sobre macular o § 4º do art. 173 da Lei Maior, ambos, repito, com as seguintes redações:

> Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...); IV – livre concorrência; (...).
>
> Art. 173 (...). § 4º. lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.[6]

É na ordem econômica que fica claro que os princípios éticos a nortear o Direito são inerentes à própria Economia, valorizando, o constituinte, o trabalho e a iniciativa privada, vedando o abuso do poder econômico, incentivando a livre concorrência, procurando dar tratamento preferencial às empresas de pequeno porte, cuidando da utilização racional da terra, não permitindo ao Estado atuar, a não ser excepcionalmente, na área que é própria do setor privado, reduzindo os monopólios estatais. Este dispositivo objetiva, pois, criar um País mais competitivo e capaz de gerar um Estado do Bem-Estar Social para a sociedade brasileira.

Nesta esteira, nada me parece mais evidente, claro e inquestionável: a norma substitutiva agride o princípio da concorrência, privilegiando o abuso do poder econômico e criando reserva de mercado, no caso, hipótese mais grave, por haver pouquíssimos produtores das máquinas "eleitas" pelo dispositivo para serem as únicas de possível exploração como jogos de azar eletrônicos no País, ao contrário do que ocorre em outras Nações.[7]

A convite dos constituintes, participei de audiência pública na Subcomissão de Ordem Econômica da Comissão VII, sob a presidência do constituinte Delfim Netto, tendo defendido, na ocasião, a necessidade de abertura de nosso mercado à livre iniciativa, em momento em que quase todo o planejamento econômico era definido pelas autoridades governamentais, como se pode verificar nas atas daquelas audiências, que, sabiamente, os constituintes, em todas as 24 Subcomissões, fizeram realizar para ouvir especialistas, antes de principiarem a redigir o texto constitucional.

---

6. Pinto Ferreira comenta-o: "*Abuso do poder econômico* – A criação do Estado e a sua institucionalização levaram ao surgimento de um poder político coexistindo com outros poderes e tendo em vista a realização das condições do bem-estar coletivo. Ao lado de tal poder político permanecem outros poderes dentro da sociedade, relevando a existência dos poderes religioso, militar, sindical, econômico e da mídia eletrônica, hoje tão potente. Sobretudo o poder econômico pode levantar-se contra o Estado com manipulações feitas pelos grandes empresários, mediante práticas abusivas distorcidas, levando o Estado a uma política de repressão ao poder econômico" (Pinto Ferreira, *Comentários à Constituição Brasileira*, 6º vol., São Paulo, Saraiva, 1994, p. 315).

7. Manoel Gonçalves Ferreira Filho lembra que: "*Livre concorrência.* É esta a primeira vez que o direito constitucional positivo brasileiro consagra expressamente a livre concorrência. No Direito anterior era ela considerada como compreendida pela liberdade de iniciativa. A menção expressa à livre concorrência significa, em primeiro lugar, a adesão à economia de mercado, da qual é típica a competição. Em segundo lugar, ela importa a igualdade na concorrência, com a exclusão, em consequência, de quaisquer práticas que privilegiem uns em detrimento de outros (cf. André de Laubadère e Pierre Delvolvé, *Droit Public Économique*, cit., n. 153). Pode-se acrescentar, num terceiro aspecto, que esta liberdade implica a livre escolha do local de instalação do estabelecimento comercial ou industrial, salvo interesse público" (Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, cit., vol. 2, p. 175).

O certo é que nossos legisladores supremos, após a oitiva de inúmeros especialistas na Comissão, optaram por um regime de economia de escala, liberdade de iniciativa, formatando dois princípios fundamentais no art. 170[8] (liberdade de iniciativa e valorização do trabalho) e veiculando novos princípios, com o objetivo de permitir uma existência digna e promover a justiça social.[9]

E termina, no artigo mais relevante da ordem econômica, assegurando a todos o livre exercício de qualquer atividade, independente de autorização dos órgãos públicos, a não ser que a lei, por questões de ordem pública, deva autorizar.[10]

O mais importante no art. 170 é que pela primeira vez na ordem econômica conformada na Lei Maior a "livre concorrência" foi considerada "princípio constitucional", estando consagradas a economia de mercado e a participação em igualdade de condições de todos aqueles que atuam na área econômica, sem privilégios nem reservas de mercado.

Não é, pois, possível dissociar tal abertura, jamais constitucionalmente contemplada nas Leis Maiores anteriores, que é reforçada pelo parágrafo único, ao dizer que a todos é assegurado o exercício de qualquer atividade independente de autorização, a não ser que a autorização seja necessária por razões de ordem pública.[11] Somente atividades ilícitas

---

8. Alexandre de Moraes comenta: "O art. 170 da CF, com a nova redação que lhe deu a Emenda Constitucional 6/1995, consagrou a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa. Igualmente, o art. 170 estabeleceu a finalidade à ordem econômica constitucional: garantia de existência digna, conforme os ditames da justiça social. Por fim, o art. 170 enumerou os princípios regentes da ordem econômica brasileira: 'I – soberania nacional; II – propriedade privada; III – função social da propriedade; IV – livre concorrência; V – defesa do consumidor; VI – defesa do meio ambiente; VII – redução das desigualdades regionais e sociais; VIII – busca do pleno emprego; IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País'. A Carta Magna, ainda, assegurou a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei. Tais princípios, conforme lembra Manoel Gonçalves Ferreira Filho, têm como finalidade a existência digna do homem, concluindo que 'reflete-se aqui o ensinamento de São Tomás de Aquino, para o qual era essa a própria essência do bem comum'" (Alexandre de Moraes, *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*, 9ª ed., São Paulo, Atlas, 2013, pp. 1.876-1.877).

9. José Cretella Jr. ensina: "A 'liberdade de iniciativa', expressão do direito constitucional anterior, corresponde à expressão 'livre iniciativa' do direito constitucional vigente. Pontes de Miranda (cf. *Comentários...*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1987, vol. VI, p. 28) elucidava que a regra do artigo constitui recomendação, mas que 'há as sanções para a infração dele', concluindo que 'os legisladores que a ele não obedeçam não escapam ao dever de observância'! Onde, pois, a sanção? Manoel Gonçalves Ferreira Filho (cf. *Comentários ...*, 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 1986, p. 657) enfrentou com maior profundidade o problema, assinalando que a liberdade de iniciativa ou livre iniciativa é o primeiro dos princípios que devem reger a ordem econômica e social, para a realização do desenvolvimento nacional e da justiça social, pois decorre de direitos individuais consagrados no art. 5º da Constituição vigente, que corresponde ao art. 153 da EC 1, de 1969, relacionando-se de modo estreito com a liberdade de associação e com a liberdade de profissão e trabalho" (José Cretella Jr., *Comentários à Constituição de 1988*, vol. VIII, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1993, p. 3.952).

10. É ainda José Cretella Jr. que escreve: "Não se trata de trabalho, ofício ou profissão, exercícios assegurados pelo art. 5º, XIII, da Constituição, mas de exercício de atividade econômica, industrial, comercial ou artesanal, *não proibido, aliás, desde 1824, quando a Constituição do Império, art. 179, prescreveu*: 'Nenhum gênero de indústria ou comércio pode ser proibido'. O exercício de atividade econômica é permitido, independentemente de autorização de órgão público, salvo nos casos previstos em lei" [*Grifos meus*] (José Cretella Jr., *Comentários à Constituição de 1988*, cit., vol. VIII, p. 3.987).

11. "STF – 'Lei n. 10.991/1991, do Município de São Paulo – Fixação de distância para a instalação de novas farmácias ou drogarias – Inconstitucionalidade. 1. A Constituição Federal assegura o livre exercício

ou que afetem a segurança nacional podem ser proibidas ou dependem de autorização especial.[12]

Vale dizer: a Carta Magna assegurou a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

A ordem econômica ganhou, pois, na Constituição/1988, um perfil de economia de livre mercado, com punições na ponta do consumo, pelo combate ao abuso de preços e condições (direito do consumidor), e na ponta da produção, pelo combate ao abuso do poder econômico (dominação de mercados e eliminação da concorrência).

Tais princípios, conforme lembra Manoel Gonçalves Ferreira Filho, têm como finalidade a existência digna do homem, concluindo que "reflete-se aqui o ensinamento de São Tomás de Aquino, para o qual era essa a própria essência do bem comum".[13]

Repito, pois, os arts. 170, por completo, e 173, § 4º, cujos discursos são os seguintes:

> Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I – soberania nacional; II – propriedade privada; III – função social da propriedade; IV – livre concorrência; V – defesa do consumidor; VI – defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; *[redação dada pela Emenda Constitucional 42, de 19.12.2003]* VII – redução das desigualdades regionais e sociais; VIII – busca do pleno emprego; IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. *[Redação dada pela Emenda Constitucional 6/1995]*
>
> Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.
>
> Art. 173. (...). § 4º. A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

E aqui chego ao ponto fulcral deste estudo.

Entre a vedação absoluta da Lei Suprema, caracterizando-se como abuso do poder econômico, está a "eliminação da concorrência".

Ora, nada mais nítido, denso, manifesto e inafastável no projeto de lei em exame que a eliminação de todos os concorrentes de diversos segmentos de diversas modalidades de

---

de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização do Poder Público, salvo os casos previstos em lei. 2. Observância de distância mínima da farmácia ou drogaria existente para a instalação de novo estabelecimento no perímetro – Lei municipal n. 10.991/1991 – Limitação geográfica que induz à concentração capitalista, em detrimento do consumidor, e implica cerceamento do exercício do princípio constitucional da livre concorrência, que é uma manifestação da liberdade de iniciativa econômica privada – Recurso extraordinário conhecido e provido' (STF, 2ª Turma, RE 193.749-1-SP, rel. Min. Carlos Velloso, rel. para o acórdão Min. Maurício Corrêa, *DJU*, Seção 1, 4.5.2001, p. 35)" (Alexandre de Moraes, *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*, cit., 9ª ed., p. 1.880).

12. "That principle is, that the sole end for which mankind are warranted, individually or collectively, in interfering with the liberty of action of any of their numbers, is self-protection. That the only purpose for which power can be rightfully exercised over any member of a civilized community, against his will, is to prevent harm to others" (John Stuart Mill, "On liberty", in *The Great Ideas of Today*, 1972, p. 25).

13. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Comentários à Constituição Brasileira de 1998*, vol. 4, São Paulo, Saraiva, 1995, p. 4.

jogos eletrônicos, objetivando a proteção de pouquíssimos produtores mundiais, fabricantes exclusivos de videojogos ou "jogos eletrônicos".

Minha tese de Doutoramento na Universidade Mackenzie, intitulada *Teoria da Imposição Tributária*, em 1982, em um dos pontos versou sobre a necessidade de regulamentação do jogo no Brasil, como ocorre na esmagadora maioria dos Países, objetivando controle da criminalidade e assegurar ao Poder Público receita decorrente da imposição fiscal – visto que no jogo clandestino não se obtém qualquer tipo de receita tributária e as atividades ilícitas vicejam de forma lesiva à saúde econômica da Nação.[14]

Quando da extinção da Lei Seca nos Estados Unidos o Governo passou, de um lado, a receber expressiva receita tributária da condução e comercialização de bebidas e a criminalidade pela venda ilegal de bebidas foi eliminada.

Ora, a questão tributária é algo a ser considerado, pois na regulamentação dos jogos beneficiar-se-á o Governo da expressiva receita, hoje só destinada aos que exploram o jogo clandestino.

Apesar de a análise do tributo pelas diversas ciências sociais não ter sido realizada de forma a revelar sua relevância, o certo é que, para efeitos do domínio e do poder, trata-se do mais importante elemento, com reflexos em cada uma delas.

Sua análise conjunta está a demonstrar que para a categoria dos indivíduos da primeira classe da escala social, ou seja, os governantes, o poder é que os distingue e lhes dá força.

---

14. Escrevi: "71. Determinadas atividades ilícitas podem ser combatidas de forma mais efetiva pela imposição tributária do que pela mera vedação de sua concretização, ou seja, pela adoção de tributação desestimuladora. 72. Nem todas as atividades ilícitas devem ser combatidas pela tributação desestimuladora, pois admitir a imposição sobre elas seria subverter os princípios estruturais da sociedade. 73. Desta forma, não pode haver imposição tributária sobre o homicídio, os crimes contra o patrimônio, contra a honra etc. 74. Determinadas atividades de natureza mais contravencional podem ser melhor combatidas a partir da imposição tributária. 75. Neste campo se situam aquelas atividades de exploração da pornografia, do lenocínio disfarçado, dos jogos proibidos, dos meios de comunicações atentatórios aos valores morais etc. 76. Na medida em que certas atividades são proibidas ou não desestimuladas, a lucratividade inerente à sua existência atrai os elementos menos puros da sociedade, que, por outro lado, obtêm resultados sensíveis sem qualquer imposição tributária. 77. Nos Estados Unidos, ao tempo da Lei Seca, houve uma proliferação de grupos de marginais que passaram a explorar aquelas atividades com sensíveis resultados econômicos. 78. A licitude para a produção e venda de bebidas afastou os grupos de *gangsters* de sua exploração, sobre permitir receita tributária relevante para o País. 79. No Brasil, o jogo do bicho, por exemplo, gera alta lucratividade, sem que o Estado dela participe, servindo o interesse econômico resultante apenas para fortalecimento dos grupos de *gangsters* que o exploram. (...). 88. A transformação do ilícito legal e moral para o lícito tributário, combatendo-o no seu ponto de maior relevo, que é a rentabilidade econômica, não repugna à lei natural, que fornece os elementos de combate aos venenos e doenças, por meio de soluções próprias de uma vacinação pertinente. 89. Por outro lado, o aumento do campo de incidência tributária nesta função desestimuladora poderia reduzir, sob determinados aspectos, a carga tributária incidente sobre as atividades lícitas e reguladas. 90. A fenomenologia da imposição tributária, examinada sob esta perspectiva e sem qualquer espécie de preconceitos, sobre representar campo de atuação maior do Estado, pode servir como efetiva ação de reorientação de costumes, desde que sua análise não se restrinja aos exames isolados do fato, do valor e da norma. 91. Nenhuma teoria de imposição tributária é possível sem que todos os seus campos sejam apreendidos, sendo a relevância dos elementos pré-jurídicos de igual intensidade que daqueles que terminam por provocar a norma. 92. Por decorrência do que foi atrás afirmado, a melhor forma de avaliar-se essa fenomenologia é estudá-la a partir de uma concepção de interdependência que pode abrir campos insuspeitados de atuação via norma tributária e transformar o tributo no verdadeiro instituto superior de realização da sociedade" (Ives Gandra da Silva Martins, *Teoria da Imposição Tributária*, São Paulo, Saraiva, 1983, pp. 400-402).

O poder só se mantém por força do tributo, que, certamente, é relevantíssimo para que os governantes, que dele usufruem, alimentem seus planos presentes e futuros de governo. Mesmo quando prestam serviços públicos o retorno em serviços à comunidade é menor do que deveria ser, pois seu ideal maior é o poder pelo poder.

Nesta escala social tripartida, as duas outras classes sociais são as principais responsáveis pela geração de recursos para a primeira. ● tributo, pela primeira classe social usado em seus desígnios maiores de governo (são os governantes), é também utilizado, em seu efeito colateral, em serviços públicos no Estado Moderno, em nível mínimo possível, para que os produtores de riqueza e o povo não cheguem a explodir, como algumas vezes ocorreu na História.

Embora a realidade destes últimos dois séculos de sua teoria não tenha trazido grande evolução na participação das segunda e terceira classes sociais na formulação de políticas tributárias e na geração da paz, convenço-me de que começamos a entrar numa era em que a convivência comunitária entre as Nações e a disputa por mercados poderá gerar a inflexão necessária para que o nível impositivo destinado, fundamentalmente, à manutenção dos detentores do poder no poder principie a exteriorizar elemento de desequilíbrio na competitividade entre as Nações. Tal fato poderá provocar, por uma questão de sobrevivência, pela primeira vez na História, uma tentativa de se fazer do tributo um instrumento de justiça fiscal e social e de desenvolvimento econômico, mais destinado às segunda e terceira categorias que à primeira.

Enfim, por enquanto o tributo ainda é uma norma de rejeição social, com destinação maior à manutenção dos detentores do poder, e grande instrumento de exercício do poder por parte destes, com alguns efeitos colaterais positivos a favor do povo quando há algum retorno de serviços públicos. Por enquanto serve mais aos detentores e aos seus amigos do que aos produtores da riqueza e ao povo. No futuro, todavia, a globalização da economia poderá levar a ter uma função social maior, não por mudança de perfil dos governantes, mas por força da necessidade de sobrevivência.

Como dizia Bobbio, o século XX foi o século do reconhecimento dos direitos; o século XXI poderá ser aquele da efetividade dos mesmos, quando os contribuintes possivelmente poderão ter tratamento mais digno por parte dos controladores e uma carga tributária mais justa e mais adequada prestação de serviços públicos, entre os quais o de ações sociais efetivas.

Até lá, mantenho a minha teoria de que o tributo é apenas um fantástico instrumento de domínio por parte dos governantes.

4. *Conclusão*

● projeto de lei que regulamenta os jogos de azar vem em boa hora, pois afasta a hipocrisia da proibição de determinados jogos enquanto se admitem outros, como a Loteria Federal, a Loteria Esportiva, o jogo em corridas de cavalos etc.

● que o projeto não pode, a título de liberar o jogo, é criar privilégios ou afrontar a Lei Suprema, mormente em princípio tão relevante para a economia de mercado como o é da livre concorrência, ao ponto de o constituinte considerar, em outra disposição complementar, que é considerado abuso do poder econômico a "eliminação da concorrência".

Eliminar a concorrência é dos piores males a contaminar a economia de mercado. O ideal seria, de imediato, retirar o dispositivo do bom texto do projeto de lei, para que a arguição de inconstitucionalidade não seja levada aos tribunais e declarada a violação à Lei Maior, que não foi detectada pelo Poder Legislativo.

Com 60 anos de Advocacia e 57 anos de magistério universitário, tenho por hábito jamais prever resultados na Justiça quando manifesto minhas posições doutrinárias, todos os meus pareceres e opiniões legais sendo acrescidos de um convicto "salvo melhor juízo".

No presente caso, considero tão manifesta a agressão ao princípio da livre economia e da não eliminação de concorrentes, constante do § 3º do art. 53 do Substitutivo, que rememoro a imagem de meu ex-sócio, Ministro aposentado do STF e antigo Juiz da Corte de Haia, Francisco Rezek, em julgamento no qual a inconstitucionalidade era particularmente manifesta. Ao conceder a liminar na ação que chegara à Suprema Corte, declarou ser a fumaça do bom direito (*fumus boni juris*) tão densa, que não conseguia ver o rosto de seus pares sentados à sua frente. Tal imagem é perfeitamente aplicável ao Substitutivo em questão.

É, portanto, de manifesta inconstitucionalidade o § 3º do art. 53 do Substitutivo ao Projeto de Lei 186/2014 do Senado, por violar, simultaneamente, o inciso IV do art. 170, o parágrafo único do mesmo artigo e o art. 174, § 4º, da Lei Suprema.