Revista DO IBEDAFT



INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS DE DIREITO ADMINISTRATIVO, FINANCEIRO E TRIBUTÁRIO – IBEDAFT

Ano 2, Vol. IV – Jul/dez/2021
São Paulo – SP – Brasil

Revista DO IBEDAFT



INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS DE DIREITO ADMINISTRATIVO, FINANCEIRO E TRIBUTÁRIO – IBEDAFT

Autores:

- *Adriano Luiz Batista Messias*
- *Andrea Rodrigues Seco*
- *Antonio Francisco Costa*
- *Eduardo Macial Ferreir Jardim*
- *Francisco Pedro Jucá*
- *Gizella Maia Ribeiro Bolognese*
- *Jorge Miranda*
- *José Maria Tossi Silva*
- *Kiyoshi Harada*
- *Kristian Rodrigo Pscheidt*
- *Léo da Silva Alves*
- *Marco Aurélio Paganella*
- *Mário Frota*
- *Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho*
- *Pedro Inácio da Silva*
- *Renan Clemente Gutierrez*
- *Samantha Ribeiro Meyer-Pflug Marques*
- *Thiago Buschinellio Sorrentino*

Paginæ EDITORA

Conselho Editorial
- Antonio Francisco Costa
- Gilson Alves de Santana Júnior
- Nelson Cerqueira
- Rodolfo Pamplona Filho
- Rômulo de Andrade Moreira
- Wilson Alves de Souza

Produção gráfica:
Couto Coelho – *editorapaginae.com.br*

Diagramação eletrônica:
Maitê Sousa: *maitescoelho@yahoo.com.br*

Site: *ibedaft.com.br*

E-mail: *ibedaft@ibedaft.com.br*

Obs.: Os artigos publicados não refletem o pensamento da Comissão Editorial da Revista.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Revista do IBEDAFT : ano 2, vol. IV / [organização Marcelo Kiyoshi Harada]. – Salvador, BA : Editora Paginae, 2022.

Vários autores.
Bibliografia.
ISBN 978-65-89459-22-4

1. Direito – Estudo e ensino 2. Direito administrativo 3. Direito financeiro 4. Direito tributário I. Harada, Marcelo Kiyoshi.

22-112232 CDU-34(07)

Índices para catálogo sistemático:
1. Direito : Estudo e ensino 34(07)
Eliete Marques da Silva – Bibliotecária – CRB-8/9380

Sumário

Estatuto do IBEDAFT 13

Diretoria e Conselho Fiscal do IBEDAFT 25
– Diretoria 25
– Conselho Fiscal 25
– Membros do Conselho Superior de Orientação 26

Palavras do Presidente do IBEDAFT 33

Apresentação do Coordenador Geral 35

I
Direito de asilo e refugiados na ordem jurídica portuguesa 39
– *Jorge Miranda*
1. Introdução 40
2. O jus-universalismo da Constituição 43
3. Quadro do tratamento da matéria no direito português 48
4. O dieito de asilo é direito individual 51
Referências 54

II
O papel do Parlamento Nacional na elaboração e execução da Lei Orçamentária Anual 57
– Kiyoshi Harada
1. Introdução 58
2. Participação do Parlamento Nacional no processo de elaboração da lei orçamentária anual 60
   2.1. Processo legislativo do orçamento 60

2.2. A luta dos parlamentares na conquista do bolo orçamentário 62
2.2.1. Emendas individuais 63
2.2.2. Emendas de bancadas 64
2.2.3. Emendas do Relator 65
3. Ingerência do Legislativo na execução orçamentária 75
4. Causa da ingerência do Parlamento na gestão orçamentária 78
4. Conclusão 80
Referências 81

III
Finanças públicas: governabilidade e parlamento 83
– *Francisco Pedro Jucá*
1. Introdução 84
2. Governo e Governabilidade 86
3. Parlamento e governabilidade 93
4. Conclusão 101
5. Bibliografia 102

IV
Confusa fiscalização de contratos públicos 103
– *Léo da Silva Alves*
1. Introdução 104
2. A qualidade do treinamento 105
2.1. Sensibilidade do tema 105
3. Soluções inteligentes 106
4. Lacunas na lei que exigem respostas de especialistas 107
4.2. Designação 107
4.3. Terceiros contratados para subsidiar com informações 108
4.4. Registro próprio 108
4.5. Superiores 109
4.6. Assessoramento 109
4.7. Preposto 109
4.8. Contratos peculiares 110
5. Normatização 110
6. Preenchimento de lacunas 111
7. Pontos fundamentais na organização do sistema 112
8. Treinamento após a regulamentação 114

8.1. Principais pontos do conteúdo propostos 114
8.1.1. Introdução 114
8.1.2. O fiscal 115
8.3. Parte operacional 115
8.4. Análise de contratos especiais 116
8.5. Parte especial 116
9. Conclusão 116

V
O regime português dos serviços financeiros à distância 119
– *Mário Frota*
1. Preliminares 121
1.1. Enquadramento 121
1.2. A Nova Agenda Europeia do Consumidor (Plano Quinquenal de Acção 2021/2025) 122
1.3. Conceitos 124
1.4. Características dos direitos 126
2. Comunicações não solicitadas 127
2.1. Comunicações não solicitadas: o SPAM 127
2.1.1. As características do consentimento para o envio de comunicações electrónicas de marketing 130
2.2. Comunicações não solicitadas no quadro da disciplina dos serviços financeiros 132
3. Comunicação comercial e estratégias mercadológicas 133
3.1. Serviços financeiros não solicitados 136
3.1.1. Produtos e Serviços, em geral, não solicitados 136
3.1.2. A Lei dos Serviços Financeiros à Distância proíbe do mesmo passo – e por análoga ordem de razões – os serviços não solicitados 138
3.2. As consequências jurídicas 139
4. A celebração dos contratos de serviços financeiros à distância 140
4.1. O acervo de informações como suporte de um consentimento fundado 140
4.2. A informação pré-contratual 141
4.2.1. Informação: comunicações por via vocal 144
4.2.2. Informação: atinente ao prestador de serviços 145

4.2.3. Informação: alusiva ao serviço financeiro 146
4.2.4. Informação: pertinente ao contrato 146
4.2.5. Informação alusiva aos mecanismos de protecção 147
4.2.6. Informação adicional 150
4.3. Contratos de execução continuada 151
4.4. Ónus da prova 151
5. Directo de retractação (o direito de desistência) 152
5.1. O direito de retractação (ou o de dar o dito por não dito): características 152
5.2. O prazo para o exercício do direito de retractação 154
5.2.1. Prazo para os contratos em geral: critério para a contagem 154
5.2.2. Prazo para o contrato de seguro de vida: critérios para a contagem 154
5.3. Exercício do direito de retractação 155
5.4. Execução do contrato no decurso do prazo de retractação 156
5.5. Efeitos do exercício do direito de retractação 156
5.6. Caducidade pelo não exercício 157
Conclusão 157
Bibliografia 158

VI
Processo administrativo tributário e a Constituição 161
– Eduardo Marcial Ferreira Jardim
– Marco Aurélio Paganella
1. Introdução 162
2. A dialética acerca das deliberações sobre inconstitucionalidades de leis e/ou atos normativos pelos tribunais administrativos do Brasil 170
2.1. Em prol da vedação de reconhecimento de inconstitucionalidade 170
2.2. Contra a vedação ao reconhecimento de inconstitucionalidade 176

3. Síntese conclusiva 182
4. Corolários 183
Referências 183

VII
Análise da juridicidade das multas do CADE sobre o faturamento bruto das empresas 187
– *Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho*
1. Introdução 188
2. Compreensão da expressão faturamento bruto para fins das multas do Cade – a evolução legislativa e jurisprudencial do conceito de receita bruta 189
3. Conclusão 214
Referências bibliográficas 216

VIII
O aparente regime de exceção instituído no STF 219
– *Antonio Francisco Costa*
1. Introdução 220
2. Competência do Supremo Tribunal Federal 223
3. Analisando o conceito de democracia 228
4. Estado democrático de direito e devido processo legal 230
5. A doutrina do jurista Gilmar Mendes 239
6. Camuflagem do autoritarismo inconstitucional do STF 242
7. Conclusão 246
8. Referências bibliográficas 247

IX
Revisão de lançamento tributário e os juros moratórios 249
– *Kristian Rodrigo Pscheidt*
Introdução 250
1. O lançamento tributário 251
2. A irreversibilidade do lançamento tributário 255
3. As hipóteses do Artigo 149 do CTN 261
4. Os juros moratórios decorrentes da revisão 265
5. Considerações finais 268
6. Referências 269

X
Reflexões sobre o Tribunal Constitucional: de legislador negativo a positivo? 271
– *Andrea Rodrigues Seco*
– *Pedro Inácio da Silva*
1. Introdução 272
   1.1. Notas históricas sobre a interpretação judicial 273
   1.2. A criação do Tribunal Constitucional e o controle concentrado de constitucionalidade 278
2. O tribunal constitucional como legislador negativo 279
   2.1. O conceito de legislador negativo 279
   2.2. Nova interpretação constitucional – pós-positivismo e neoconstitucionalismo 282
3. O tribunal constitucional como legislador positivo 286
   3.1. Decisões intermédias e as técnicas interpretativas 286
   3.2. O Supremo Tribunal Federal como legislador positivo 292
4. Conclusão 296
5. Bibliografia 297

XI
O resgate da ideia de República como parâmetro de controle judicial em matérias tributária e financeira: valores republicano e democrático como propulsores da regra da (quase) unanimidade e do princípio do benefício de Wicksell 301
– *Thiago Buschinelli Sorrentino*
1. Introdução 303
2. Transcendência da usurpação do espaço público em matérias tributária e financeira 304
3. A mudança de paradigma: do modelo semântico ao modelo legitimador 309
4. República e liberdade republicana 314
5. Legitimidade na perspectiva de Pierre Rosanvallon 315
6. República e contra-democracia como propulsores do Princípio do Benefício e da Regra da (quase) Unanimidade de Wicksell ao parâmetro de constitucionalidade 322
7. Conclusões 324
8. Referências bibliográficas 326

XII
Princípio da seletividade aplicável ao ICMS sobre energia elétrica e telecomunicações 329
– *Adriano Luiz Batista Messias*
1. Introdução 330
2. Direito positivo como regulador de condutas intersubjetivas 332
3. Princípios como normas válidas no sistema do direito positivo 335
4. Incursões lógicas acerca do princípio da seletividade aplicável ao ICMS 339
5. Relação entre o princípio da seletividade em função da essencialidade presente no ICMS e os princípios da isonomia e da capacidade contributiva 343
6. Panorama do tema no supremo tribunal federal 345
7. Proposições conclusivas 347
8. Referências bibliográficas 349

XIII
A construção dos direitos humanos reais no Brasil 351
– *Gizella Maia Ribeiro Bolognese*
Introdução 352
1. A evolução dos direitos humanos 353
   1.1. Um pouco dessa história 354
   1.2. Os direitos humanos na América Latina 360
2. O discurso dos direitos humanos: realidade ou retórica? 363
3. Os direitos humanos reais no Brasil 367
4. Conclusão 371
5. Referências 374

XIV
Direito penal e direito administrativo sancionador: reflexões sobre o *ne bis in idem* 377
– *Renan Clemente Gutierrez*
Introdução 378
1. Brevíssimas considerações sobre o conteúdo do princípio *ne bis in idem* 380
2. Critérios para a identificação da natureza ilícito 382
   2.1. Critério quantitativo e a ofensividade para a distinção dos ilícitos 386

2.2. Princípios fundamentais como balizadores da distinção entre as instâncias 390
3. Teoria da autonomia e independência entre as instâncias penal e administrativa e a teoria da unidade 393
4. Duplicidade de sanções incidentes sobre o ilícito penal e o ilícito administrativo. Princípio do *ne bis in idem* 396
5. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: princípio do *ne bis in idem* como complemento do rol de garantias individuais 400
Conclusão 403
Referências bibliográficas 405

XV
O direito à moradia e as políticas em favor das mulheres nos programas de incentivo à aquisição de imóveis residenciais urbanos 407
– *José Marcelo Tossi Silva*
– *Samantha Ribeiro Meyer-Pflug Marques*
Introdução 407
1. Igualdade formal e material entre homens e mulheres 410
2. Direito à moradia 412
3. A celebração de contratos e recebimento de direitos reais sobre imóveis urbanos nas Leis Minha Casa Minha Vida e Programa Casa Verde e Amarela e na Lei nº 13.465/2017 415
3.1. A preferência da mulher para a celebração dos contratos e o recebimento de direitos reais 418
3.2. A atribuição da propriedade nas hipóteses de separação, divórcio e extinção de união estável 420
4. A prevalência da mulher para a aquisição de direito real e o registro imobiliário. 432
Conclusões 434
Referências 435

Estatuto do IBEDAFT

Registrado no 4º Ofício de Registro de Títulos e Documentos e Civil de Pessoa Jurídica da Capital sob nº 685.472 em 14-10-2019.

ESTATUTO DO INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS DE DIREITO ADMINISTRATIVO, FINANCEIRO E TRIBUTÁRIO – IBEDAFT

Capítulo I

Da denominação, Sede, Fins e Duração

Art. 1º – O Instituto Brasileiro de Estudos de Direito Administrativo, Financeiro e Tributário, conhecido pela sigla IBEDAFT, fundado em 13 de setembro 2019, é uma associação civil sem finalidade lucrativa, com prazo indeterminado de duração que congrega preponderantemente professores, juristas, acadêmicos e bacharéis em Direito.

Art. 2º – O IBEDAFT tem sede e foro na Capital do Estado de São Paulo, à rua Domingos de Morais, nº 2.781, cj. 610, sala 08, podendo promover eventos acadêmicos de natureza nacional ou internacional, no âmbito de suas finalidades.

Art. 3º – São fins do IBEDAFT:

I – congregar expoentes do direito administrativo, financeiro e tributário proporcionando-lhes condições de produtividade e livre debate de ideias;

II – zelar pela sustentação do primado do Direito e da Justiça;

III – pesquisar institutos jurídicos com vistas ao estudo aprofundado nas áreas do Direito Administrativo, Financeiro e Tributário e sob o prisma multidisciplinar;

IV – propiciar visão prática do Direito, voltada para a gestão pública e empresarial;

V – promover, além de outras atividades similares, seminários, conferências, palestras, cursos, congressos, paineis, ciclos e fóruns de debates sobre problemas jurídicos em geral, e, especialmente, sobre os temas ligados ao Direito Administrativo, Financeiro e Tributário;

VI – prestar serviços à comunidade em áreas de cunho jurídico e cultural;

VII – colaborar com as instituições de ensino superior e com os órgãos ou entidades pertinentes aos operadores do direito em geral;

VIII – colaborar com o Poder Público no aperfeiçoamento da ordem jurídica, ofertando estudos e pareceres sobre anteprojetos legislativos de elevada repercussão na sociedade;

IX – publicar livros, periódicos e boletins por qualquer um dos meios de publicação para divulgar os eventos do IBEDAFT e os trabalhos científicos de seus associados e colaboradores.

Art. 4º. O IBEAFT não remunera Conselheiros, Diretores ou associados em razão do exercício do cargo, nem distribui parcela de seu patrimônio ou de suas rendas a título de lucro ou de participação nos resultados. Seus recursos serão aplicados integralmente no País, na consecução dos objetivos institucionais. Suas receitas e despesas serão escrituradas em livro revestido de formalidades legais.

Art. 5º. Nenhum Conselheiro, Diretor ou associado do IBEAFT responde, ainda que subsidiariamente, por obrigações contraídas em nome da entidade.

Capítulo II

Dos sócios

Art. 6º – O IBEDAFT será constituído por número ilimitado de sócios, distribuídos entre as categorias de associados:

– Efetivos;

– Correspondentes;

– Honorários;

– Beneméritos, e

– Remidos.

Art. 7º – Efetivo é o associado, bacharel em Direito, que tenha sua proposta de admissão aprovada.

Art. 8º – Correspondente é o associado, que embora não seja bacharel em Direito, venha a ter sua proposta aprovada.

Art. 9º – Honorário é a pessoa que, por ter prestado relevantes serviços à humanidade, à causa pública, ou ao IBEDAFT, venha merecer tal título.

Parágrafo único – Os ex-Presidentes do IBEDAFT passam integrar automaticamente a categoria de sócio honorário.

Art. 10 – Benemérito é a pessoa física ou jurídica, que houver prestado relevante serviços ao IBEDAFT ou que lhe tenha feito doação de valor apreciável.

Art. 11 – Remido é o associado efetivo ou correspondente, com idade mínima de 60 (sessenta) anos, que o requerer, comprovando o recolhimento equivalente a 20 (vinte) ou mais contribuições anuais em vigor.

Art. 12 – Ao sócio efetivo, sem prejuízo dos direitos que lhe cabem, poderá ser conferido o título de sócio honorário ou benemérito.

Capítulo III

Dos Direitos e Deveres dos Sócios

Art.13 – São direitos dos sócios efetivos e correspondentes:

a) votar e ser votado;

b) propor a admissão e a exclusão de sócios;

c) tomar parte nas assembleias gerais, apresentando, discutindo e votando propostas;

d) representar e apresentar sugestões à Diretoria e ao Conselho Superior de Orientação e no aperfeiçoamento das finalidades por este visadas;

e) apresentar, discutir e votar teses e trabalhos jurídicos nas reuniões convocadas para tal fim;

f) utilizar-se de todos os serviços prestados pelo IBEDAFT, podendo a Diretoria cobrar tarifas de serviços especiais, desde que ofereça preferência e vantagens ao sócio em concorrência com o não sócio.

g) participar de todas as atividades realizadas pelo IBEDAFT.

Parágrafo único – Somente o sócio quite com a Tesouraria poderá gozar dos direitos acima especificados.

Art. 14 – São direitos dos demais sócios:

a) apresentar trabalhos jurídicos e propostas de caráter científico;

b) utilizar-se de todos os serviços normalmente prestados pelo IBEDAFT;

c) participar de todas as atividades promovidas pelo IBEDAFT.

Art. 15 – São deveres dos sócios:

a) aceitar e exercer, salvo justo motivo, os encargos e funções para as quais for eleito ou nomeado;

b) pagar pontualmente as contribuições e tarifas fixadas pelo IBEDAFT;

c) acatar as deliberações emanadas dos órgãos competentes do IBEDAFT.

Capítulo IV

Da Admissão, Demissão e Exclusão de Associados

Art. 16 – A admissão de sócio efetivo ou correspondente será proposta por dois sócios, quites com as obrigações sociais, e submetidas à apreciação da Diretoria. A proposta de sócio honorário ou benemérito será feita pela Diretoria e aprovada pelo Conselho Superior de Orientação.

§ único – A proposta recusada não poderá ser objeto de nova apreciação, senão decorridos 3 (três) anos, a contar da data da rejeição.

Art. 17 – O sócio que não mais desejar continuar associado deverá endereçar carta à Secretaria do IBEDAFT, solicitando sua demissão, a qual será homologada pela Diretoria em sua primeira reunião, desde que o sócio solicitante esteja quite com as suas obrigações.

Art. 18 – O associado está sujeito à aplicação das penas de advertência, suspensão e exclusão, segundo a gravidade da infração que cometer.

§ 1º – Será aplicada a pena de advertência ao associado que transgredir os dispositivos deste Estatuto ou praticar ato censurável, ou faltar com o decoro profissional.

§ 2º – Será aplicada pena de suspensão, não superior a um ano, ao associado que reincidir na falta pela qual tenha sido advertido, ou desacatar deliberações da Diretoria, do Conselho Superior de Orientação ou da Assembleia Geral do IBEDAFT.

§ 3º Será aplicada a pena de exclusão ao associado que:

a) estiver inadimplente da obrigação de pagar a contribuição anual de que trata o art. 15, letra *b*;

b) reincidir em falta pela qual haja sido suspenso;

c) desmoralizar-se publicamente por qualquer ato ou forma de comportamento.

Capítulo V

Da Administração Social

Art. 19 – O exercício social coincide com o ano calendário, encerrando-se em 31 de dezembro de cada ano.

Art. 20 – São órgãos da administração:

a) Diretoria;

b) Conselho Superior de Orientação;

c) Assembleia Geral.

Secção I
Da Diretoria

Art. 21 – A Diretoria é composta por 8 (oito) membros, eleitos pela Assembleia Geral, dentre os sócios efetivos, no gozo de seus direitos, a saber:

- Presidente;
- 3 Vice-Presidentes sem denominação específica;
- Secretário-Geral;
- 1º Secretário;
- Tesoureiro Geral; e
- 1º Tesoureiro.

§ 1º – O mandato da Diretoria será de 4 (quatro) anos, sendo permitida a reeleição ou recondução de seus membros.

§ 2º – Compete à Diretoria:

a) a administração do IBEDAFT e o desenvolvimento das atividades tendentes à consecução de seus objetivos;

b) a fixação das contribuições devidas pelas diversas categorias de sócios e o estabelecimento de tarifas por serviços prestados pelo IBEDAFT;

c) a criação de departamentos cujos diretores serão também nomeados pelo Presidente;

d) a elaboração de previsão orçamentária a ser submetida à apreciação do Conselho Superior de Orientação.

e) demais atribuições que forem incumbidas pela Assembleia Geral.

§ 3º – A Diretoria reunir-se-á mensalmente, independentemente de convocação, em dias da semana a serem fixados em cada exercício e extraordinariamente sempre que convocado pelo Presidente ou por 4 (quatro) Diretores.

Art. 22 – Serão sempre necessárias 2 (duas) assinaturas dos membros da Diretoria para vincular o IBEDAFT, sendo obrigatória a do Presidente.

Art. 23 – Incumbe ao Presidente:

a) dirigir os trabalhos do IBEDAFT;

b) representar judicial e extra-judicialmente, ativa e passivamente, o IBEDAFT;

c) convocar e instalar a Assembleia Geral, bem como convocar e presidir as reuniões da Diretoria;

d) emitir voto comum e de desempate quando necessário.

Art. 24 – É atribuição do Vice-Presidente substituir o Presidente em sua ausência ou impedimento, sem prejuízo da execução de outras tarefas que lhe forem cometidas pelo Presidente.

Art. 25 – Compete ao Secretário-Geral assessorar o Presidente na condução das atividades do IBEDAFT, bem como executar as tarefas específicas, lavrando as atas das reuniões de Diretoria e cuidar de sua correspondência.

Art. 26 – Ao 1 º Secretário incumbe substituir o Secretário-Geral em sua ausência ou impedimento, sem prejuízo da execução de outras tarefas que lhe forem cometidas pelo Presidente.

Art. 27 – É atribuição do Tesoureiro-Geral gerir o patrimônio do IBEDAFT, particularmente receber e dar quitação de contribuições dos sócios e atender as despesas necessárias, mantendo a escrituração das receitas e despesas em livros revestidos de formalidades legais, capazes de assegurar sua exatidão.

Art. 28 – Ao 1º – Tesoureiro incumbe substituir o Tesoureiro-Geral em sua ausência ou impedimento, sem prejuízo da execução de outras tarefas que lhe forem cometidas pelo Presidente.

Secção II

Do Conselho Superior de Orientação

Art. 29 – O Conselho Superior de Orientação é constituído por 25 (vinte e cinco) membros eleitos em Assembleia Geral Ordinária, dentre os sócios efetivos e correspondentes, no gozo de seus direitos, com mandato de 4 (quatro) anos.

§ 1º – A eleição de sócios correspondentes para os cargos de conselheiro efetivo e suplente fica limitada a 1/5 (um quinto) de seus membros efetivos e suplentes, ou sejam, a dois membros efetivos e um suplente.

§ 2º – O Conselho Superior de Orientação terá um Presidente, um Vice-Presidente e um Secretário, que serão escolhidos dentre os seus próprios membros.

§ 3º – Compete ao Conselho Superior de Orientação:

a) promover a orientação científica na realização de estudos com vistas ao desenvolvimento das atividades do IBEDAFT;

b) formular propostas, pareceres, estudos ou recomendações à Diretoria visando o aprimoramento das atividades do IBEDAFT;

c) supervisionar as atividades da Diretoria e homologar a proposta de sócio honorário ou benemérito;

d) autorizar a Diretoria a contrair obrigação que não se enquadre nos limites da previsão orçamentária anual;

e) autorizar a Diretoria a alienar bens ou onerar móveis e imóveis do patrimônio social;

f) aprovar a previsão orçamentária;

g) propor a Assembleia Geral a dissolução do IBEDAFT se verificar a impossibilidade de consecução de seus objetivos;

h) deliberar sobre alteração dos estatutos sociais, elaborando a proposta respectiva a ser submetida à apreciação da Assembleia Geral.

§ 4º – O Conselho Superior de Orientação reunir-se-á anualmente, mediante prévia convocação de seu Presidente, e, extraordinariamente sempre que convocado por seu Presidente, pelo Presidente da Diretoria ou por 8 (oito) Conselheiros, pelo menos.

§ 5º – O Conselho funcionará com a presença de no mínimo, 6 (seis) conselheiros, deliberando pela maioria dos presentes, salvo as demais hipóteses previstas nestes estatutos.

§ 5º – É incompatível o exercício das funções de Conselheiro com as de Diretor eleito.

Secção III

Da Assembleia Geral

Art. 30 – A Assembleia Geral é o órgão soberano do IBEDAFT e é composto por sócios efetivos e correspondentes.

§ 1º – A Assembleia Geral Ordinária reunir-se-á anualmente para apreciação do relatório de atividades da Diretoria e do balanço referente ao exercício findo, e quadrienalmente, no mês da fundação, para eleição dos membros da Diretoria e do Conselho Fiscal e do Conselho Superior de Orientação.

§ 2º – As Assembleias Gerais Ordinárias deverão realizar-se na segunda quinzena do mês de janeiro.

Art. 31 – As Assembleias Gerais Extraordinárias reunir-se-ão quando convocadas pelo Presidente do Conselho ou da Diretoria, ou por solicitação de 6 (seis) membros do Conselho Superior de Orientação, ou ainda por um quinto dos sócios com direito a votos, só podendo deliberar sobre assuntos expressamente mencionados na convocação.

Art. 32 – As Assembleias Gerais serão convocadas com antecedência mínima de 3 (três) dias, por carta, telefone, e-mail, ou edital publicado em jornal ou afixado na sede.

§ 1º – A instalação da Assembleia Geral, em primeira convocação dar-se-á com a presença de 2/3 (dois terço), pelo menos, dos sócios, instalando-se em segunda convocação, realizável meia hora após, com qualquer número de sócios presentes.

§ 2º – Para a deliberação a que se referem as letras *d, e* e *f* do art. 33 será exigido o voto concorde de dois terços dos presentes à assembleia especialmente convocada para esse fim, não podendo ela deliberar, em primeira convocação, sem a maioria absoluta dos associados, ou com menos de um terço nas convocações seguintes.

Art. 33 – Compete a Assembleia Geral:

a) eleger a mesa diretora dos trabalhos;

b) eleger os membros da Diretoria, do Conselho Superior de Orientação e do Conselho Fiscal;

c) apreciar as contas da Diretoria;

d) alterar os estatutos conforme proposta feita pelo Conselho Superior de Orientação (art. 29, § 3 º, letra "g");

e) deliberar sobre a dissolução do IBEDAFT se houver prévio parecer favorável do Conselho Superior de Orientação e destino do acervo social, devendo o patrimônio, em qualquer caso, ter o destino previsto no parágrafo único, do artigo 36;

f) destituir os membros da Diretoria, do Conselho Superior de Orientação ou do Conselho Fiscal;

g) manifestar-se sobre todos os assuntos que lhe sejam submetidos.

Capítulo V

Do Conselho Fiscal

Art. 34 – Ao Conselho Fiscal competirá fiscalizar a atividade do IBEDAFT e exarar parecer sobre os balanços apresentados pela Diretoria.

Art. 35 – O Conselho Fiscal será composto por 3 (três) Conselheiros e 3 (três) Suplentes, com mandato de 4 (quatro) anos.

Capítulo VI

Do Patrimônio

Art. 36 – Constituem o patrimônio do IBEDAFT as doações e as subvenções eventualmente concedidas, os proventos decorrentes das atividades culturais e das publicações realizadas e as contribuições oficiais ou particulares dos sócios, assim como os valores, livros, objetos e quaisquer bens que venham pertencer ao IBEDAFT.

Parágrafo único – No caso de extinção do IBEDAFT, transferir-se-á o seu patrimônio para a Fundação Álvares Penteado, ou a estabelecimento de ensino congênere, ou para qualquer outra entidade de natureza científica.

Capítulo VII

Disposições Gerais

Art. 37 – Consideram-se sócios fundadores todos os que subscreveram a ata de fundação do IBEDAFT.

Art. 38 – Os casos omissos serão resolvidos pelo Conselho Superior de Orientação.

Capítulo VIII

Disposições Transitórias

Art. 39 – O primeiro mandato dos Conselheiros, dos membros da Diretoria e dos Conselhos Consultivo e Fiscal terminará no ato de eleição de seus sucessores, o que ocorrerá na Segunda quinzena de janeiro de 2023, ficando os Diretores e membros do Conselho Superior de Orientação e Fiscal em exercício nos seus cargos até a efetiva substituição.

Art. 40 – A Diretoria, mediante proposta do Conselho Superior de Orientação poderá instituir as seguintes premiações a serem outorgadas a administrativistas, financistas e tributaristas que se destacarem no cenário jurídico:

a) Prêmio Ely Lopes Meireles;

b) Prêmio Aliomar Baleeiro;

c) Prêmio Rubens Gomes de Sousa.

Diretoria e Conselho Fiscal do IBEDAFT

Quadriênio 2019-2023

DIRETORIA

- Presidente – Kiyoshi Harada
- 1º Vice-Presidente – Marcelo Campos
- 2º Vice-Presidente – Toshio Mukai
- 3º Vice-Presidente – Eduardo Marcial Ferreira Jardim
- Secretário-Geral – Fabiane Louise Taytie
- Primeiro Secretário – Maria Cláudia de Carvalho Gallon
- Tesoureiro Geral – Jennifer Pereira Simão Verospi
- 1º Tesoureiro – Solange Mesquita

CONSELHO FISCAL

Efetivos:

1 – Marcelo Kiyoshi Harada

2 – Samantha Ribeiro Meyer-Pflug Marques

3 – Marcelo Borlina Pires

Suplentes:

1 – Alberto Higa

2 – Diógenes de Brito Tavares

3 – Daniel Geoffroy

MEMBROS DO CONSELHO SUPERIOR DE ORIENTAÇÃO

1 – Adilson Dallari
2 – Antonio Francisco Costa
3 – Doris de Miranda Coutinho
4 – Edson Simões
5 – Eduardo Tuma
6 – Elival da Silva Ramos
7 – Everardo Maciel
8 – Felícia Ayako Harada
9 – Fernando Facury Scaff
10 – Francisco Pedro Jucá
11 – Francisco Rezek
12 – Ivette Senise Ferreira
13 – José Maurício Conti
14 – Léo da Silva Alves
15 – Licurgo Joseph Mourão de Oliveira
16 – Luiz Gonzaga Bertelli
17 – Marcos da Costa
18 – Maria Sylvia Zanella Di Pietro
19 – Marilene Talarico Martins Rodrigues
20 – Massami Uyeda
21 – Paulo de Barros Carvalho
22 – Regis Fernandes de Oliveira
23 – Roque Antonio Carraza
24 – Ruy Martins Altenfelder Silva
25 – Sydney Sanches

QUADRO DE ASSOCIADOS DO IBEDAFT

- Adilson Abreu Dallari
- Agostinho Toffoli Tavolaro
- Alberto Shinji Higa
- Aline Aparecida da Silva Tavares
- Antonio Francisco Costa
- Antonio Urbino Penna Jr
- Arthur Bezerra de Souza Junior
- Betina Treige Grupenmacher
- Carlos Figueiredo Mourão
- Carlos Roberto de Alckmin Dutra
- Carmen Silvia Válio de Araujo Martins
- Christianne de Carvalho Stroppa
- Cleide Regina Furlani Pompermaier
- Daniel Geoffroy
- Daniel Oliveira Matos
- Di Bonetti
- Diógenes de Brito Tavares
- Dircêo Torrecillas Ramos
- Doris Terezinha Pinto Cordeiro de Miranda Coutinho
- Edilberto Carlos Pontes Lima
- Edson Emanoel Simões
- Eduardo Marcial Ferreira Jardim
- Eduardo Sérgio Sousa Medeiros
- Eduardo Tuma
- Elisabeth Libertuci
- Elival da Silva Ramos
- Érico Della Gatta
- Esther Seiko Yoshinaga

- Everardo de Almeida Maciel
- Fabiane Louise Taytie
- Felicia Ayako Harada
- Fernando Barboza Dias
- Fernando Facury Scaff
- Fernando Fracari Vargas
- Flávio Garcia Cabral
- Francisco Pedro Jucá
- Francisco Rezek
- Gustavo Andre Muller Brigagão
- Hamilton Dias de Souza
- Helcio Honda
- Heleno Taveira Torres
- Hélio José Machado
- Henrique Nelson Calandra
- Igor Mauler Santiago
- Ivette Senise Ferreira
- Jennifer Pereira Simão Verospi
- Jo Tatsumi
- José Bazilio Teixeira Marçal
- José Marcos Domingues de Oliveira
- José Mauricio Conti
- José Renato Nalini
- José Soares Ferreira Aras Neto
- Josinaldo Leal de Oliveira
- Kiyoshi Harada
- Kristian Rodrigo Pscheidt
- Laercio Guerra Silva
- Léo da Silva Alves

- Licurgo Joseph Mourão de Oliveira
- Luis Antonio Flora
- Luiz Fernando Ferraz de Rezende
- Luiz Gonzaga Bertelli
- Luiz Henrique Sormani Barbugiani
- Marcelo Baptistini Molero
- Marcelo Borlina Pires
- Marcelo Campos
- Marcelo Kiyoshi Harada
- Marcio Ferraz Nunes
- Marcos da Costa
- Marcus Abraham
- Maria Claudia de Carvalho Gallon
- Maria Garcia
- Maria Sylvia Zanella Di Pietro
- Marilene Talarico M. Rodrigues
- Mário Massanori Iwamizu
- Massami Uyeda
- Massami Uyeda Junior
- Michel Temer
- Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho
- Patricia Mayumi Murakami
- Paulo Ayres Barreto
- Paulo de Barros Carvalho
- Rafael Albertoni Faganello
- Raphael Silva Rodrigues
- Regis Fernandes de Oliveira
- Renan Clemente Gutierrez
- Renato Akira Shimmi

- Rita De Cássia De França Carneiro Agra
- Ronaldo Chadid
- Roque Antonio Carrazza
- Ruy Martins Altenfelder Silva
- Samantha Ribeiro Meyer-Pflug Marques
- Sebastião Helvecio Ramos de Castro
- Solange Mesquita
- Sydney Sanches
- Sylvio Toshiro Mukai
- Talita Pimenta Félix
- Toshio Mukai
- Wagner Seian Hanashiro
- Waneska Leticia dos Santos Fragoso Sarmento

ASSOCIADOS ESTRANGEIROS

- Ana Claudia Barbuda
- Carlo Bosna
- Clareth José Munive Meek
- Daniel Terrón Santos
- Fernando Rey Martínez
- Guillermo Orozco Pardo
- Jorge Manuel Moura Louveiro de Miranda
- José Casalta Nabais
- José María Lago Montero
- Juan Fernando Durán Alba
- Mário Ângelo Leitão Frota
- Marta Morillas Fernández
- Raffaele Chiarelli
- Ricardo Jorge Klass
- Tiago Serrão

COMPOSIÇÃO DO CONSELHO EDITORIAL

– **Coordenador Geral:** Francisco Pedro Jucá
– **Sub coordenador Geral**: Marcelo Campos
– **Coordenadores de Direito Administrativo**: Toshio Mukai e Alberto Higa
– **Coordenador de Direito Financeiro**: Kiyoshi Harada
– **Coordenador de Direito Tributário**: Eduardo Marcial Ferreira Jardim
– **Coordenadora de Direito Constitucional**: Maria Cláudia de Carvalho Gallon

Membros:

– Adilson Abreu Dallari
– Alberto Higa
– Antonio Francisco Costa
– Dircêo Torrecillas Ramos
– Eduardo Marcial Ferreira Jardim
– Francisco Pedro Jucá
– José Maurício Conti
– Kiyoshi Harada
– Léo da Silva Alves
– Marcelo Campos
– Marcos Abraham
– Maria Claudia Gallon
– Maria Sylvia Zanella Di Pietro
– Massami Uyeda
– Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho
– Sydney Sanches
– Toshio Mukai

Palavras do Presidente do IBEDAFT



Kiyoshi Harada, Presidente do Instituto Brasileiro de Estudos de Direito Administrativo, Financeiro e Tributário – IBEDAFT.

O Instituto Brasileiro de Estudos do Direito Administrativo, Financeiro e Tributário – IBEDAFT – atinge neste semestre o 3º ano de sua existência, fundado que foi em 13-9-2019.

Apesar do estado de calamindade pública decorrente da pandemia do coronavírus, que já perdura por terceiro ano consecutivo, o IBEDAFT conseguiu dar cumprimento as suas missões institucionais.

Dezenas de artigos pertinentes a diferentes ramos do direito são publicados mensalmente no seu site oficial (Ibedaft.com.br), refletindo o pensamento de juristas pátrios e estrangeiros.

Em parceria com a Assembleia Lesgislativa do Estado de São Paulo, representada pelo Deputado Paulo Corrêa Junior, o IBEDAFT pretou homenagens a juristas de destaque do binênio 2020/2021, no dia 20 de agosto de 2021, em cerimônia pública, pela lataforma ZOOM, aos Proressores Paulo de Barros Carvalho, Roque Antonio Carraza, Ivette Senise Ferreira, Francisco Pedro Jucá e Ministro Massami Uyeda.

Ainda, no dia 31-3-2022, o IBEDAT promoveu uma live para discutir e debater a Lei Complementar nº 192/2022 que instituiu o regime de tributação monofásica do ICMS em relação às operações com combustíveis terndo como expositores e debatedores Kiyoshi Harada, Marcelo Campos, Eduardo Marcial Ferreira Jardim e Marcos Cintra. Atuou como moderador dos debates Marcelo Harada.

Com a edição deste volume IV a Revista do IBEDAFT se afirma definitivamente na literatura jurídica nacional e internacional contendo 15 valiosos artigos de juristas nacionais e interncionais, dentre eles, o pranteado jurista e professor da Universidade de Lisboa, Jorge Miranda e não menos festejado jurista e especialista em Direito do Consumidor em Portugal, professor Mário Frota.

Esses 15 textos abordam temas palpitantes e relevantes das quatro áreas do direito público (direito constitucional, direito administrativo, direito financeiro e direito tributário) refletindo a média do pensamento jurídico nacional e internacional.

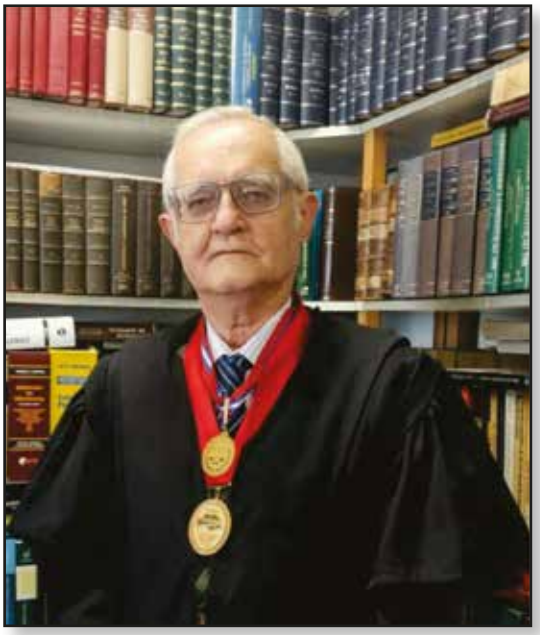
Ao terminar queremos externar nossos agradecimentos aos diretores, conselheiros fiscais e do conselho superior de orientação, bem como, aos associados em geral pelo apoio e colaboração na consecução dos objetivos institucionais do IBEDAFT.

Desejo a todos uma boa leitura.

Kiyoshi Harada

Presidente

Apresentação do Coordenador Geral



Francisco Pedro Jucá, Sócio Fundador e Conselheiro do Ibedaft e Coordenador Geral Da Revista.

O Instituto Brasileiro de Estudos de Direito Administrativo, Financeiro e Tributário – IBEDAFT apresenta, com justificado orgulho, o IV número de sua Revista. É de se considerar iniciativa vitoriosa, sem falsa modéstia, a manutenção regular de publicação científica e doutrinária com o padrão de qualidade teórica da já conhecida Revista do IBEDAFT.

É importante destacar nesta oportunidade a feliz coincidência da circulação do IV número da publicação com a realização do 7º

Congresso Internacional de Direito Financeiro, que acontece em Florianópolis de 8 a 10 de junho de 2022, do qual o idealizador e fundador do Instituto – KIYOSHI HARADA, é o Patrono, registrando assim a importância fundamental da contribuição de tão Emérito e festejado jurista à ciência jurídica, notadamente o Direito Público, e às instituições do Estado de Direito insculpido em nossa Constituição.

É motivo de júbilo, portanto, a convergência de acontecimentos tão auspiciosos, que sobejamente gratifica a todos nós que integramos, com orgulho, o Mundo do Direito.

Como já se faz tradição, este 4º número tem a colaboração preciosa de dois autores estrangeiros, o Jurisconsulto e constitucionalista Português, Jorge Miranda, examinando o Direito de Asilo de refugiados na ordem jurídica portuguesa; e do especialista em Direito do Consumidor em Portugal, Mário Frota, Professor jubilado da Universidade de Paris, abordando o tema: O regime português dos serviços à distância.

Nosso Presidente Kiyoshi Harada nos brinda com o estudo: O papel do Parlamento Nacional na elaboração e execução da lei orçamentária anual.

Os juristas reputados Eduardo Marcial Ferreira Jardim e Marco Aurélio Paganella colaboram com O processo administrativo tributário e a Constituição, e o jurista Francisco Antonio Costa com o estudo sobre o Aparente regime de exceção instituído no STF.

A análise da juridicidade das multas do CADE sobre o faturamento bruto das Empresas, é a contribuição qualificada do jurista Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho; e A revisão do lançamento e os juros moratórios, da lavra do jurista Kristian Rodrigo Pscheidt, também enriquece, sobremodo, este 4º número da Revista.

Estudo sobre o Tribunal Constitucional: de legislador negativo a legislador positivo, tema cadente e que vem provocando reflexões importantes, é a contribuição dos juristas Andréa Rodrigo Seco e Pedro Inácio da Silva.

O princípio da seletividade aplicável ao ICMS sobre energia elétrica e telecomunicações é estudado com percuciência pelo jurista Adriano Luiz Batista Messias.

Temos a contribuição de Gizela Maia Ribeiro Bolognese, sobre a Construção dos Direitos Humanos reais no Brasil, demonstrando brilho e valor; e o importante artigo de autoria de Léo da Silva Alves, versando sobre o tema Confusa fiscalização do contrato público.

Na sequência temos o elucidativa artigo sobre O resgate da idéia de república como parâmetro de controle judicial em matérias tributária e financeira, de autoria de Thiago Bruschinelli Sorrentino; e o relevante texto de Renan Clemente Gutierrez versando sobre Direito penal e direito administrativo sancionador: reflexos sobre o *ne bis in idem.*

De nossa parte elaboramos o artigo versando sobre Governabilidade: Finanças Públicas e Parlamento.

Por derradeiro, José Maria Tossi Silva e Samantha Ribeiro Meyer-Pflug Marques enriquecem a obra com o brilhante artigo versando sobre O direito à moradia e as políticas em favor das mulheres nos programas de incentivo à aquisição de imóveis residenciais urbanos.

Vê-se nestas breves linhas que o IBEDAFT vem cumprindo o papel e os propósitos para os quais foi instituído – o aperfeiçoamento das instituições e do Direito – pela viabilização de um *lócus* de reflexão e debate sobre a complexa e delicada estrutura jurídica do Estado de Direito.

Ao início se apontou como sendo vitoriosa, e o é efetivamente. A publicação regular desta Revista, a realização de eventos de porte internacional, a luta pela difusão das ideias novas e críticas construtivas, são tarefa que se vem cumprindo, superando obstáculos e vencendo dificuldades. Isto é um alento.

Etapa significativa do caminho está cumprida, porém é preciso ter claro que, como ensinam os orientais, toda a grande caminhada começa com o um primeiro passo, podemos dizer que o primeiro passo

está dado, nos resta seguir corajosamente na senda, sem esmorecimento, confiando que os objetivos são alcançados na exata medida em que se os persegue.

Este é o desafio, este é o propósito. Isto é que nos move a todos os que fazemos o IBEDAFT, sob a inspiração e comando do Mestre Kiyoshi Harada, é a razão do que buscamos – contribuir para a construção de instituições melhores, de um Direito mais evoluído, é o *desideratum* de buscar a coincidência entre os mundos do ser e do dever-ser. Por fim a melhor forma de fazer é fazendo.

Francisco Pedro Jucá

Sócio Fundador e Conselheiro do IBEDAFT e

Coordenador Geral da Revista.

I

Direito de asilo e refugiados na ordem jurídica portuguesa

Asylum and refugee law in the Portuguese legal system

Jorge Miranda*

Resumo: O presente artigo tem por finalidade situar o direito de asilo e refugiados na ordem jurídica portuguesa mediante exame dos dispositivos de sua Constituição.

Outrossim, busca definir o direito de asilo como direito individual, podendo em casos excepcionais configurar como um direito de exercício coletivo.

Palavras chaves: Direito de asilo. Refugiados. Constituição portuguesa.

Abstract: The present article intends to place the right of asylum and refugees in the Portuguese legal order by examining two provisions of Portuguese Constitution.

In addition, it defines asylum as an individual right, being able to configure a collective exercise right in exceptional cases.

Key words: Right of asylum. Refugees. Portuguese Constitution.

Sumário: 1 – Introdução. 2 – O jus-universalismo da Constituição. 3 – Quadro do tratamento da matéria no direito português. 4 – O direito de asilo é direito individual.

(*) Professor Catedrático das Faculdades de Direito da Universidade de Lisboa e da Universidade Católica Portuguesa.

1. INTRODUÇÃO

1. Se, em todas as épocas, o refúgio para ou noutra terra tem sido o último recurso dos perseguidos pelo poder político ou por qualquer outro poder ou dos atingidos por qualquer forma de sofrimento inultrapassável, apenas nos dois últimos séculos e meio, ele aparece formalmente consagrado em textos jurídico-formais sob a forma de direito de asilo, seja por imperativo de uma maior consciência dos direitos das pessoas seja por imperativo de solidariedade.

E assim como um Estado de Direito não pode consentir a expulsão ou o banimento de um seu cidadão[1], também ele tenderá naturalmente a acolher os estrangeiros e apátridas que precisem de proteção, ainda quando haja no país situações de crise ou manifestações de xenofobia. E assim como se vai verificando a progressiva institucionalização da comunidade internacional, também esta leva a que os refugiados constituam preocupação de não poucas convenções, declarações e outros textos internacionais. Por isso, o direito de asilo consta da Declaração Universal dos Direitos do Homem[2] e existe um Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados.

2. Remontando o direito de asilo ao art. 120º da Constituição francesa de 1793[3], fórmulas próximas encontram-se hoje noutras Constituições[4].

1. Cfr. Mariano Bom Valsassina, *Esilo (diritto costituzionale)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XV, 1966, págs. 722 e segs.

2. Cfr., por exemplo, Philippe de La Chapelle, *La Déclaration Universelle des Droits de l'Homme et le Catholicisme*, Paris, 1967, págs. 128 e segs. e 355 e segs.; Karel Vasak, *As dimensões internacionais dos direitos do homem*, Unesco, trad., Lisboa, 1983, págs. 199 e segs.; Carlos Fernandes, *Direito Internacional Privado*, I, Lisboa, 1994, págs. 1 e segs.

3. Onde se lia: "1. O povo francês dá asilo aos estrangeiros banidos da sua pátria por causa da liberdade. – 2. Mas recusa-o aos tiranos."

4. Cfr. Constituição mexicana (art. 15º), Constituição francesa (preâmbulo de 1046, recebido pela Constituição de 1958), Constituição italiana (art. 10º), Constituição alemã (art. 16º-A, após 1994), Constituição espanhola (art. 13º, nº 4), Constituição nicaraguana (art. 42º), Constituição brasileira (art. 4º-X), Constituição de São Tomé

Em Portugal, só a Constituição de 1976 o consagraria, no título de princípios gerais de direitos fundamentais a par da previsão do estatuto de refugiado, prescrevendo no art. 22º: "1. É garantido o direito de asilo aos estrangeiros e aos apátridas perseguidos ou gravemente ameaçados de perseguição, em consequência da sua actividade em favor da democracia, da libertação social e nacional, da paz entre os povos, da liberdade e dos direitos da pessoa humana. – 2. A lei define o estatuto do refugiado político"[5].

Na primeira revisão este artigo seria junto ao art. 23º sobre extradição e expulsão, passando a formar, já dentro do título de direitos, liberdades e garantias, o art. 33º, sob a epígrafe de "Expulsão, extradição e direito de asilo", e com os nºs 5 e 6; hoje, após a quinta revisão, de 2001, com os nºs 8 e 9. Não haveria, entretanto, alterações de redação[6].

---

e Príncipe (art. 40º, nº 4), Constituição croata (art. 33º), Constituição caboverdiana (art. 36º), Constituição romena (art. 18º, nº 2), Constituição russa (art. 63º, nº 1), Constituição ucraniana (art. 26º, nº 2), Constituição polaca (art. 56º), Constituição timorense (art. 10º, nº 2), Constituição moçambicana (art. 20º, nºs 2 e 3), Constituição da República Democrática do Congo (art. 33º), Constituição angolana (art. 71º).

No Brasil, a concessão de asilo político aparece elevada a princípio fundamental das relações internacionais (art. 4º-X).

5. V., nos projetos de Constituição apresentados à Assembleia Constituinte: do Movimento Democrático Português – Comissão Democrática Eleitoral (art. 5º, nº 2); do Partido Socialista (art. 28º); do Partido Popular Democrático (art. 16º); da União Democrática Popular (art. 13º). E também Jorge Miranda, *Um projecto de Constituição*, Braga, 1975 (art. 25º).

O inicial art. 22º da Constituição foi aprovado por unanimidade: V. *Diário*, nº 36, de 23 de agosto de 1975, págs. 985 e segs.

6. Sobre o direito de asilo na doutrina constitucional portuguesa, J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, I, 4ª ed., Coimbra, 2007, pág. 595; Andreia Sofia Pinto de Oliveira, *O direito de asilo na Constituição Portuguesa*, Coimbra, 2009; Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, III, 6ª ed., Coimbra, 2010, págs. 271 e segs.; Margarida Salema d'Oliveira Martins, *O refugiado no Direito Internacional e no Direito Português*, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Martim de Albuquerque*, obra coletiva, II, Coimbra, 2010, págs. 144 e segs. e 263 e segs.; Maria José Rangel de Mesquita, *Os direitos fundamentais de estrangeiros na ordem jurídica portuguesa: uma perspectiva constitucional*, Coimbra, 2012, págs. 158 e segs. e 123 e segs.; Damião da Cunha, anotação in Jorge Miranda e Rui Medeiros; *Constituição Portuguesa Anotada*, I, 2ª ed., Coimbra, 2017, pág. 547.

3. Há quatro vicissitudes a distinguir.

A primeira é uma situação de facto. O refugiado é alguém que procura escapar à perseguição ou à ameaça de perseguição política (aquele a que, aparentemente, se aconfinam as Constituições) ou a uma perseguição ou discriminação étnica, religiosa, cultural, ou a uma calamidade natural ou tecnológica de grandes proporções[7], ou a uma crise alimentar sem paralelo, ou a qualquer outra ameaça à sua vida inultrapassável no país ou no lugar donde vem.

A segunda é o acolhimento, por mais ou menos tempo, no país aonde chega ou aonde pretende chegar, com garantia de liberdade e segurança e com as prestações de bens sem as quais não sobreviveria. Nisto consiste o asilo em sentido amplo, já não mera situação de facto, por envolver direitos e deveres de parte a parte, do próprio refugiado e do Estado, bem como da comunidade internacional.

Se o asilo perdura, por ser propiciada a permanência por tempo longo ou sem limite pré-estabelecido, surgem as figuras do asilo e do refugiado em sentido estrito, com estatuto próprio, equivalente ou não, conforme as legislações internas, ao dos estrangeiros.

Diversamente, quando as causas sejam predominantemente económicas, o refugiado acabará por tomar, mais cedo ou mais tarde, a qualidade de imigrante, mantendo a cidadania de origem ou adquirindo a do Estado de acolhimento[8].

O refugiado, sobretudo o político, procurará retornar ao seu país. O imigrante tenderá a fixar-se para sempre onde encontrar melhores condições de vida do que aquelas que tinha no país de onde partiu.

7. Cfr. Ulrich Beck, *Weltrisikogesellschaft*, 2007, trad. *Sociedade de risco mundial*, trad., Lisboa, 2015, pág. 80, fala aqui nos "refugiados ecológicos".

8. Cfr. Jorge Pereira da Silva, *Direitos de cidadania e direito à cidadania*, Observatório da Imigração, Lisboa, 2004, págs. 79 e segs.

2. O JUS-UNIVERSALISMO DA CONSTITUIÇÃO

4. Para se compreenderem devidamente os dois institutos à face do Direito português, torna-se indispensável apercebê-lo no contexto daquilo a que temos chamado o jus-universalismo da Constituição[9].

Depois de muitos anos de incompreensão e de isolamento perante as grandes transformações do mundo e de hostilidade contra as Nações Unidas – os anos do regime autoritário findo em 1974, há quarenta e oito anos – Portugal reabriu-se à comunidade internacional e retomou a tradição ecuménica de fraternidade entre os povos que haviam marcado os momentos mais altos da sua história.

5. Conforme se pode ler:

- Portugal rege-se nas relações internacionais pelos princípios da independência nacional, do respeito dos direitos do homem, dos direitos dos povos, da igualdade entre os Estados, da solução pacífica dos conflitos internacionais, da não ingerência nos assuntos internos dos outros Estados e da cooperação com todos os outros povos para a emancipação e o progresso da humanidade (art. 7º, nº 1);
- Portugal preconiza o estabelecimento de um sistema de segurança coletiva, com vista à criação de uma ordem internacional capaz de assegurar a paz e a justiça nas relações entre os povos (art. 7º, nº 2);
- Portugal reconhece o direito dos povos à autodeterminação e independência e ao desenvolvimento (art. 7º, nº 3);
- Portugal mantém laços privilegiados de amizade e cooperação com os países de língua portuguesa (art. 7º, nº 4);

9. Assim, Jorge Miranda, *O Estado constitucional cooperativo e o jus-universalismo da Constituição portuguesa*, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, 2014, págs. 91 e segs.

– Portugal pode, tendo em vista a realização de uma justiça internacional que promova o respeito pelos direitos da pessoa humana e dos povos, aceitar a jurisdição do Tribunal Penal Internacional, nas condições de complementaridade e demais termos estabelecidos no Estatuto de Roma (art. 7º, nº 7);

– Incumbe ao Estado, em cooperação com todos os agentes culturais, desenvolver as relações culturais com todos os povos, especialmente os de língua portuguesa [art. 78º, nº 2, alínea *d*)];

– Uma das incumbências do Estado no âmbito económico-social é desenvolver as relações económicas com todos os povos [art. 81º, alínea *j*)].

Por outro lado:

– As normas e os princípios de Direito internacional geral ou comum fazem parte integrante do Direito português (art. 8º, nº 1);

– As normas constantes de convenções internacionais regularmente ratificadas ou aprovadas vigoram na ordem interna após a sua publicação oficial e enquanto vincularem internacionalmente o Estado Português (art. 8º, nº 2);

– As normas emanadas dos órgãos competentes das organizações internacionais de que Portugal seja parte vigoram diretamente na ordem interna, desde que tal se encontre estabelecido nos respetivos tratados constitutivos (art. 8º, nº 3);

– Prevalece na doutrina e na jurisprudência a supremacia do Direito internacional sobre o Direito ordinário interno[10] e a lei orgânica do Tribunal Constitucional explicita o poder dos

10. Cfr. André Gonçalves Pereira e Fausto de Quadros, *Manual de Direito internacional público*, 3ª ed., Coimbra, 1993, págs. 106 e segs.; Jorge Bacelar Gouveia, *Manual de Direito internacional público*, 4ª ed., Coimbra, 2013, págs. 401 e segs.; Wladimir Brito, *Direito internacional público*, 2ª ed., Coimbra, 2014, págs. 121 e segs.; Jorge Miranda, *Curso de Direito internacional Público*, 6ª ed., Cascais, 2016, págs. 152 e segs..

tribunais em geral, com recurso para o Tribunal Constitucional, de recusarem a aplicação de ato legislativo com fundamento na sua contrariedade com uma convenção internacional [art. 70º, nº 1, alínea *i*)];

– O princípio da legalidade criminal não impede a punição, nos limites da lei interna, de ação ou omissão que, no momento da sua prática, seja considerada criminosa segundo os princípios gerais do Direito internacional comummente reconhecidos (art. 29º, nº 2).

6. Não menos claro vem a ser o sistema de direitos fundamentais:

– Os estrangeiros e os apátridas que se encontrem ou residam em Portugal gozam, salvo exceções contadas, dos direitos e estão sujeitos aos deveres do cidadão português (art. 15º, nºs 1 e 2);

– Aos cidadãos dos Estados de língua portuguesa com residência permanente em Portugal são reconhecidos, nos termos da lei e em condições de reciprocidade, direitos não conferidos a estrangeiros, salvo o acesso aos cargos de Presidente da República, Presidente da Assembleia da República, Primeiro-Ministro, Presidentes dos tribunais supremos e o serviço nas Forças Armadas e na carreira diplomática (art. 15º, nº 3);

– A lei pode atribuir a estrangeiros residentes no território nacional, em condições de reciprocidade, capacidade eleitoral ativa e passiva para a eleição dos titulares de órgãos de autarquias locais (art. 15º, nº 4);

– Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros não apenas constantes da lei como das regras aplicáveis de Direito internacional (art. 16º, nº 1);

– Os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem (art. 16º, nº 2);

- A expulsão de quem tenha entrado ou permaneça regularmente em território nacional, de quem tenha obtido autorização de residência ou de quem tenha apresentado pedido de asilo não recusado só pode ser determinada por autoridade judicial, assegurando a lei formas expeditas de decisão (art. 33º, nº 2);
- Sem prejuízo das normas de cooperação judiciária penal no âmbito da União Europeia, só é admitida a extradição por crime a que corresponda, segundo o Direito do Estado requisitante, pena ou medida de segurança privativa ou restritiva de liberdade com carácter perpétuo ou de duração indefinida, se, nesse domínio, o Estado requisitante for parte de convenção internacional a que Portugal esteja vinculado e oferecer garantias de que tal pena ou medida de segurança não será aplicada ou executada (art. 33º, nºs 4 e 5);
- Não é admitida a extradição, nem a entrega, a qualquer título, por motivos políticos ou por crime a que corresponda, segundo o Direito do Estado requisitante, pena de morte ou outra de que resulte lesão irreversível da integridade física (art. 33º, nº 6)[11];
- A extradição só pode ser determinada por autoridade judicial (art. 33º, nº 7);
- Sem distinção de cidadania ou de território de origem, são atribuídos a todos os trabalhadores os mesmo direitos económicos e sociais (art. 59º, nº 1).

7. Uma consideração mais atenta requer, entretanto, a referência à Declaração Universal – até pela novidade (ou relativa novidade) que representou em 1976.

As circunstâncias políticas anteriores a 1974 e as imediatamente posteriores levaram a que tanto nas primeiras declarações revolucionárias de 1974 como na Assembleia Constituinte se tomasse a

11. Não se consideram as disposições relativas à integração europeia (arts. 7º, nºs 5 e 6, 8º, nº 4 e 15º, nº 5).

Declaração Universal dos Direitos do Homem como elemento fulcral de legitimidade e impugnando os direitos fundamentais dos seus valores e princípios.

Não se trata de mero alcance externo. Trata-se de um sentido normativo imediato, com incidência no conteúdo dos direitos formalmente constitucionais, como corroboraram a própria epígrafe do art. 16º, adotada em 1982, "âmbito e sentido dos direitos fundamentais"[12].

A própria evolução da interpretação dos princípios da Declaração, por efeito da transformação das ideias e das preocupações da comunidade internacional[13], não põe em causa esta finalidade de conformação e garantia, porque ocorre mais ou menos lentamente e sem deixar de atender ao sentimento jurídico da comunidade internacional.

8. O art. 16.º, nº 2, manda interpretar os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais de harmonia com a Declaração Universal[14]. Projeta-se, pois, a Declaração desde logo sobre as próprias normas constitucionais, moldando-as e emprestando-lhes um sentido que caiba dentro do sentido da Declaração ou que dele mais se aproxime.

Esta interpretação da Constituição conforme com a Declaração torna-se tanto mais fácil quanto é certo que ela foi uma das suas fontes, como se reconhece confrontando o teor de uma e de outra. Mas para lá de correspondências mais ou menos evidentes, deparam-se mesmo alguns artigos da Declaração, que, com utilidade, esclarecem normas constitucionais, evitam dúvidas, superam divergências de

12. Cfr. Jorge Miranda, anotação, in *Constituição* …, I, págs. 215 e segs., e Autores citados.

13. Cfr. Jorge Campinos, *Direito Internacional dos Direitos do Homem*, Coimbra, 1984, pág. 12; Marcelo Cavaletti de Souza Cruz, anotação ao art. 29.º, in *Comentários à Declaração Universal dos Direitos Humanos*, obra coletiva, 2.ª ed., São Paulo, 2011, págs. 177 e segs.

14. O texto inicialmente aprovado pelo Plenário da Assembleia Constituinte portuguesa apenas se referia aos direitos, liberdades e garantias (v. *Diário*, nº 35, reunião de 21 de agosto de 1975, págs. 941 e segs.). Foi a Comissão de Redacção que o alargou a todos os direitos fundamentais.

localização ou de formulação, propiciam perspetivas mais ricas do que, aparentemente, as perspetivas do texto emanado do Direito interno.

É o que sucede (ainda depois de todas as revisões constitucionais), para o que aqui importa:

- com o art. 1.º da Declaração, ao ligar a dignidade da pessoa humana à razão e à consciência de que todos os homens são dotados;
- com o art. 2.º, 1.ª parte, ao esclarecer que as causas de discriminação indicadas no art. 13º, nº 2 da Constituição o são a título exemplificativo ("nomeadamente") e não a título taxativo;
- com o art. 2.º, 2.ª parte, ao impor um tratamento por igual aos estrangeiros (reforçando o art. 15º, nº 1);
- sobretudo, com o art. 14º, nº 1, ao atribuir o direito de procurar e obter asilo a toda a pessoa sujeita a perseguição – a toda e qualquer perseguição, e não apenas nos casos contemplados no art. 33º, nº 8 da Constituição.

3. QUADRO DO TRATAMENTO DA MATÉRIA NO DIREITO PORTUGUÊS

9. Este, pois, o quadro do tratamento da matéria no Direito português:

- O art. 33º, nºs 8 e 9 da Constituição;
- O art. 14º da Declaração Universal, com que ele tem de ser interpretado ou integrado;
- A Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados, de 28 de julho[15] e o seu Protocolo Adicional, de 16 de dezembro de 1966[16];
- A Declaração sobre o Asilo Territorial, da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 17 de dezembro de 1967 que, embora em si

15. Aprovada para adesão pelo Decreto nº 42 201, de 1 de outubro de 1960.

16. Aprovada para adesão pelo Decreto nº 207/75, de 17 de abril.

não seja vinculativa, reflete princípios de Direito internacional geral ou comum, parte integrante (consoante o art. 8º, nº 1 da Constituição) do Direito português;

– A Convenção sobre a Determinação do Estado Responsável pelo Análise de um Pedido de Asilo Apresentado no Estado membro das Comunidades Europeias[17];

– A Lei nº 27/2008, de 30 de junho, que estabelece as condições e os procedimentos da concessão de asilo ou proteção subsidiária e os estatutos dos requerentes de asilo, de refugiados e de proteção subsidiária, transpondo para a ordem jurídica interna as Diretivas n^{os} 2004/83/CE, de 29 de abril, e 2005/85/CE, de 1 de dezembro do Conselho (da União Europeia)[18].

10. Como se viu, o art. 33º, nº 8 da Constituição não pode ser visto como contendo um enunciado taxativo, porque tem de ser lido à luz da Declaração Universal e de cláusula aberta de direitos fundamentais do art. 16º, nº 1.

Assim, o art. 3º, nº 3 da Lei nº 27/2008 prevê também a concessão de asilo aos estrangeiros e aos apátridas que, receando, com fundamento. ser perseguidos em virtude da sua raça, religião, nacionalidade, opção política ou integração em certo grupo social não possam ou, por esse receio, não queiram voltar ao Estado da sua nacionalidade ou da sua residência habitual.

Distinta do asilo é a "proteção subsidiária", definida no art. 7º e consistindo em autorização de residência por razões humanitárias aos estrangeiros e aos apátridas que sejam impedidos ou impossibilitados de regressar aos países de sua nacionalidade ou de sua residência habitual, quer atendendo à sistemática violação dos direitos humanos que aí se verifique, quer por correrem o risco de sofrer ofensa grave.

17. Aprovada para ratificação pela Resolução da Assembleia da República nº 34/92, de 18 de dezembro.

18. V. ainda outras diretivas in Maria José Rangel de Mesquita, *Op. cit.*, págs. 228 e segs.

11. O art. 5º dessa Lei estabelece, também sem pretender ser exaustivo, que os atos de perseguição suscetíveis de fundamentar o direito de asilo devem constituir, pela sua natureza ou reiteração, grave violação de direitos fundamentais ou situação semelhante, desde os de violência física ou mental, a atos cometidos especificamente em razão do género ou contra menores.

São agente de perseguição: a) o Estado; b) os partidos ou organizações que controlem o Estado ou uma parcela significativa do seu território; c) os agentes não estatais, se ficar provado que nem o Estado, nem esses partidos ou organizações são capazes ou não querem proporcionar proteção contra a perseguição (art. 6º).

12. A concessão de asilo ou de proteção subsidiária obsta a que tenha seguimento qualquer pedido de extradição do asilando fundado nos factos com base nos quais o asilo é concedido (art. 48º, nº 1).

13. O asilo só pode ser concedido ao estrangeiro que tenha mais de uma nacionalidade, quando os motivos que o justifiquem se verifiquem relativamente a todos os Estados de que seja cidadão (art.1º, nº 3).

14. A Declaração Universal exclui o asilo em caso de processo penal por crime de direito comum ou atividades contrárias aos fins e aos princípios das Nações Unidas (art. 14º, nº 2).

E a Lei nº 27/2008 especifica, entre outros, crimes contra a paz, crimes de guerra ou crimes contra a humanidade, nos termos de instrumentos internacionais que estabelecem disposições relativas a estes crimes[19] e crimes dolosos de direito comum puníveis com pena de prisão superior a três anos (art. 9º, nº 1)[20].

19. V. o Estatuto do Tribunal Penal Internacional, de 1998, objeto do art. 7º, nº 7 da Constituição e aprovado para ratificação pela Resolução nº 39/78 da Assembleia da República, de 14 de julho.

20. Cfr. Andreia Sofia Pinto de Oliveira, *Op. cit.*, págs. 341 e segs.

Além disso, diz este diploma que o asilo ou a proteção subsidiária podem ser recusados sempre que da sua concessão resulte perigo ou fundada ameaça para a segurança interna ou externa ou para a ordem pública (art. 9º, nº 2) – o que se afigura contrário ao art. 33º, nº 8 da Constituição e ao art. 14º da Declaração Universal.

15. A Declaração sobre o Asilo Territorial:

- Por um lado, sublinha que o asilo é concedido no exercício da soberania dos Estados (arts. 1º, nº 1 e 2º, nº 1) – o que deve ser entendido nos estritos termos, e não como negação do direito consignado na Declaração Universal;
- Por outro lado, reafirma que a situação das pessoas alvo de perseguição é do interesse da comunidade internacional, pelo que, quando um Estado membro das Nações Unidas encontrar dificuldades em conceder ou continuar a conceder asilo, os outros Estados considerarão as medidas necessárias para aliviar a oneração desse Estado (art. 2º, nºs 1 e 2).

A Declaração também admite exceções ao princípio do asilo por razões fundamentais de segurança nacional ou para salvaguarda da população, como no caso de uma fluência em massa de pessoas – o que é algo diferente do que dispõe o acabado de citar preceito da Lei nº 27/2008[21].

4. O DIEITO DE ASILO É DIREITO INDIVIDUAL

16. O direito de asilo é um direito individual, não um direito coletivo ou sequer, salvo casos excecionais, um direito de exercício coletivo. Ainda que o asilando pertença a uma categoria ou venha com um grupo bem determinado em função de idêntica categoria, será a ele, individualmente, que se dará acolhimento[22].

21. E pode entrar na *reserva do possível*, a que aludem J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Op. cit.*, I, pág. 536.

22. Cfr. *Direitos fundamentais*, 3ª ed., Coimbra, 2020, págs. 109 e segs. Segundo Andreia Sofia Pinto de Oliveira (*Op. cit.*, pág. 12) a "substância material" deste direito não

Por isso, não poderia ser um direito fundamental *particular*. É, sim, um direito fundamental *especial*, um direito atribuído em face de uma circunstância específica da vida em que o refugiado se encontra.

17. Ao *direito* de asilo, como o qualificam tanto a Constituição como a Declaração Universal, corresponde um *dever* do Estado de, verificados os requisitos e decorrido o procedimento previsto na lei e nas convenções internacionais, concedem o asilo.

Esse dever impõe, como diz um Autor, que o processo de concessão seja regulado de modo a não impor ao requerente condições impossíveis ou mesmo inexigíveis, bem como impõe, enquanto o processo decorrer e não for tomada uma decisão definitiva, que seja dado ao que procura asilo a devida proteção (não podendo ser expulso por entrada ilegal no país)[23].

O procedimento regulado pela Lei nº 27/2008 (arts. 10º e segs.) afigura-se adequado a este objetivo.

Esse dever impõe também que os requerentes de asilo ou de proteção subsidiária, com carência económica, e os membros das suas famílias, obtenham apoio social para alojamento e alimentação (arts. 51º e 56º da Lei nº 27/2008), assistência médica e medicamentosa (art. 52º), acesso ao ensino quanto aos filhos menores (art. 53º) e direito ao trabalho (art. 54º)[24].

é uma esfera particular da vida, mas uma história pessoal; uma história que, por ser marcada pela perseguição de que alguém é vítima, coloca um estrangeiro ou um apátrida numa situação de carência de proteção.

23. Cfr. Andreia Sofia Pinto de Oliveira, *A recusa do pedido de asilo por "inadmissibilidade"*, in *Estudos em comemoração do 10º aniversário da licenciatura em Direito da Universidade do Minho*, 2004, págs. 79 e segs. e Luís Silveira, *Processo de asilo. Ónus de prova*, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, 103, janeiro-fevereiro de 2014, págs. 43 e segs.

24. Cfr. a declaração de voto do Juiz Lino Rodrigues Ribeiro anexa ao acórdão nº 296/2015, de 22 de maio, do Tribunal Constitucional (*Diário da República*, 1ª série, de 15 de junho de 2015, pág. 3809): como a concessão de asilo ou de proteção subsidiária e a renovação de autorização de residência não está dependente da posse de meios de subsistência, não se pode apelar à auto-responsabilização dos refugiados para evitar a atribuição de prestações sociais; o direito de asilo envolve o direito a

18. O asilado recebe o estatuto de refugiado (art. 4º).

Como tal, ele goza dos direitos atribuídos aos estrangeiros em geral (art. 15º da Constituição, de novo), com maiores ou menores adaptações – direitos, liberdades e garantias (entre os quais, desde logo, os do art. 33º, nºs 1 a 7) e direitos sociais[25].

Isso mesmo consta da Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados (arts. 7º e segs. e 17º e segs.). Entretanto, os Estados contratantes facultarão, na medida do possível, a naturalização dos refugiados (art. 34º).

20. Os beneficiários do estatuto de refugiado ou de proteção subsidiária têm direito ao reagrupamento familiar da sua família, nos termos definidos no regime jurídico de entrada, permanência, saída e afastamento dos estrangeiros do território nacional (art. 68º, nº 1).

Trata-se ainda de um direito individual e, quando muito, de um direito individual de exercício coletivo: de um direito individual do refugiado e um direito individual de cada um dos membros do seu agregado familiar.

21. Cada refugiado tem, para com o país em que se encontra, deveres que incluem a obrigação de acatar as leis e regulamentos e, bem assim, as medidas para a manutenção de ordem pública (art. 2º da Convenção).

22. Nenhum dos Estados Contratantes expulsará ou repelirá um refugiado, seja de que maneira for, para as fronteiras dos territórios onde a sua vida ou a sua liberdade sejam ameaçadas em virtude da sua raça, religião, nacionalidade, filiação em certo grupo social ou opiniões políticas (art. 33º, nº 1), salvo se esse refugiado afetar a segurança ou

prestações que garantam uma existência condigna, incluindo o rendimento social de inserção, sem dependência de um período de residência legal.

25. Cfr. a tipologia de Maria José Rangel de Mesquita, *Op. cit.*, pág. 224.

tiver sido objeto de condenação definitiva por um crime particularmente grave e constituir ameaça para a comunidade (art. 33º, nº 2).

REFERÊNCIAS

BECK, Ulrich. *Weltrisikogesellschaft,* 2007, trad. Sociedade de risco mundial, trad. Lisboa, 2015.

BRITO, Wladimir. *Direito internacional público,* 2ª ed., Coimbra, 2014.

CAMPINO, Jorge. *Direito interncional dos direitos do homem,* Coimbra, 1984.

CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital. *Constituição da república protuguesa,* anotada, I, 4ª ed., Coimbra, 2007.

CHAPELLE, Philippe de la. *La declaration universalle des droits de l'homme et le Catholicisme,* Paris, 1967.

CRUZ, Marcelo Cavaletti de Souza. *Anotação ao art. 29º, in Comentários à declaração* universal *de direitos humanos,* obra coletiva, 2ª ed., São Paulo, 2011.

CUNHA, Damião da. Anotação *in* Jorge Miranda e Rui Medeiros. *Constiotuição portuguesa anotada,* I, 2ª ed., Coimbra, 2017.

FERNANDE, Carlos. *Direito internacional privado,* I, Lisboa, 1994.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. *Manual de direito internacional público,* 2ª ed., Coimbra, 2014.

MARTINS, Margarida Salema d'Oliveira. *O refugiado no direito internacional e no direito português, in* Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Martim de Albuquerque, obra coletiva, II, Coimbra, 2010.

MESQUITA, Maria José Rangel. *Os direitos fundamentais de estrangeiros na ordem jurídica portuguesa: uma perspectiva constitucional,* Coimbra, 2012.

MIRANDA, Jorge. *Um projecto de constituição,* Braga, 1975.

_____ *Manual de direito constitucional,* III, 6ª ed., Coimbra, 2010.

_____ *O estado constitucional cooperativo e o jus-universalismo da constituição portuguesa, in* Revista da Universidade de Lisboa, 2014.

MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui. *Constituição portuguesa anotada,* I, 2ª ed., Coimbra, 2017.

OLIVEIRA, Maria José Rangel. *A recusa do pedido de asilo por "inadmissibilidade", in* Estudos em comemoração do 10º aniversário da licenciatura em Direito da Universidade de Ninho, 2004.

_____ *O direito de asilo na constituição portuguesa,* Coimbra, 2009.

PEREIRA, Andre Gonçalves e QUADROS, Fausto de. *Manual de direito internacional público,* 3ª ed., Coimbra, 1993.

SILVA, Jorge Pereira da. *Direito de cidadania e direito à cidadania.* Observatório da Imigração, Lisboa, 2004.

VALSASSINA, Mariano Bom. *Esilo (diritto constitucionale), in* Enciclopédia del diritto, XV, 1966.

VASAK, Karel. *As dimensões internacionais dos direitos do homem.* UNESCO, trad., Lisboa, 1983.

II

O papel do Parlamento Nacional na elaboração e execução da Lei Orçamentária Anual

The role of the National Parliament in the elaboration and execution of the annual budget law

Kiyoshi Harada*

Resumo: O presente artigo visa analisar a causa do avanço do Legislativo no direcionamento das despesas públicas sucessivamente por meio de emendas individuais, emendas de bancadas e emendas do Relator. Detectada a causa que reside nas proibições do § 3º, do art. 166 da CF propõe-se a reformulação desse dispositivo, a fim de assegurar aos parlamentares uma participação ativa na destinação das verbas orçamentárias para que o orçamento anual represente efetivamente a vontade da população, funcionando como instrumento do exercício da cidadania.

(*) Especialista em Direito Tributário e em Ciência das Finanças pela FADUSP. Mestre em Direito pela UNIP. Professor de Direito Administrativo, Financeiro e Tributário nos cursos de especialização em várias instituições de ensino superior. Consultor tributário e parecerista em matéria de Direito Público. Presidente do Instituto Brasileiro de Estudos de Direito Administrativo, Financeiro e Tributário – IBEDAFT. Acadêmico da Academia Paulista de Letras Jurídicas – APLJ –, da Academia Paulista de Direito – APD – e da Academia Brasileira de Direito Tributário – ABDT. Membro do Conselho Superior de Estudos Jurídicos e Legislativos da FIESP. Membro do Conselho Superior de Direito da FECOMÉRCIO. Ex Procurador Chefe da Consultoria Jurídica do Município de São Paulo. Possui 41 obras publicadas dentre elas o *Direito financeiro e tributário* pela Editora Atlas, na 30ª edição, 2021. E-mail: kiyoshi@haradaadvogados.com.br

Palavras chaves: Orçamento. Emendas individuais. Emendas de bancada. Emendas do Relator. Execução orçamentária.

Abstract: This article aims to analyze Legislative cause in directing public finances through successive individual amendments, by political bench amendments and by Rapporteur's amendments. The cause resides in the prohibitions of § 3, of art. 166 of the Federal Constitution. Once has the cause been established, we proposes the reformulation of this constitutional provision, in order to assure parliamentarians an active participation in the distribution of budget resources so that the annual budget effectively represents the will of the people in order to act as an instrument of citizenship.

Keywords: Budget. Individual amendments. Amendments of political benches. Rapporteur's amendments. Budget execution.

Sumário: 1. Introdução; 2. Participação do Parlamento Nacional no processo de elaboração da lei orçamentária anual: 2.1 Processo legislativo do orçamento. 2.2. A luta dos parlamentares na conquista do bolo orçamentário: 2.2.1 Emendas individuais; 2.2.2. Emendas de bancadas; 2.2.3. Emendas do Relator; 3. Ingerência do Legislativo na execução orçamentária; 4. Causa da ingerência do Parlamento na gestão orçamentária. 5. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

Governar, em última análise, significa promover despesas públicas segundo as destinações dadas pela Lei Orçamentária Anual – LOA – com o objetivo de cumprir os fins do Estado, que se resumem na realização do bem comum.

De fato, a proposta orçamentária anual, de iniciativa do Executivo, é elaborada segundo o plano de ação do governo pregado nas campanhas eleitorais.

Uma vez eleito, o governante deve direcionar as despesas públicas de forma a tornar possível a concretização daquele plano de atuação do governo, senão em sua totalidade, ao menos em sua maior parte.

É claro que as vicissitudes que se interpõem no curso do exercício se apresentam como óbices nem sempre superáveis em seu todo, causando a inexecução total ou parcial do programado.

No mundo da realidade nada é estático. As transformações do futuro nem sempre são previsíveis, mesmo aos olhos de um estadista. Daí o descompasso entre o plano de governo e aquele efetivamente executado. E daí, também, a revisão orçamentária no curso de sua execução por meio de realocação de recursos financeiros nas modalidades de transferência, transposição e remanejamento, pela forma prevista na Constituição.

No regime Democrático de Direito e no sistema presidencialista vigora o regime caracterizado por governo de leis. O Executivo governa segundo as leis aprovadas pelo Poder Legislativo. Entre nós o Poder Legislativo é composto por duas Casas: a) a Câmara Baixa, ou seja, a Câmara dos Deputados composta por 513 deputados eleitos pelo critério proporcional como representantes do povo; b) A Câmara Alta, ou seja, o Senado Federal composto por 81 senadores eleitos pelo critério majoritário para representar os 26 Estados e o Distrito Federal. Isso torna o Parlamento brasileiro o maior, senão um dos maiores do mundo.

E o principal instrumento normativo para tornar efetivo o ato de governar é a Lei Orçamentária Anual que estima as receitas, de um lado, e de outro lado, fixa as despesas públicas que são direcionadas para os diferentes segmentos da sociedade, no exato limite do montante das receitas previstas. Às vezes, o governante irresponsável superestima as receitas para justificar despesas maiores. Já tivemos um caso concreto de previsão de receitas de tributo inexistente para servir de fonte de despesas[1].

1. Isso aconteceu no segundo mandato do governo Dilma Rouseff com a inclusão da estimativa de receita da CPMF, cuja recriação estava sendo cogitada pelo governo, mas, sem que houvesse sequer a proposta de reinstituição do aludido tributo. A proposta orçamentária foi devolvida pelo Presidente do Congresso Nacional para sua adequação.

Uma vez aprovada a proposta orçamentária enviada pelo Chefe do Poder Executivo tem-se que o Poder Legislativo aprovou em bloco as dotações contendo a fixação de despesas das mais variadas, em nome da sociedade que representa, ficando o Executivo autorizado a executar as despesas. É o princípio da legalidade das despesas públicas, corolário do princípio da legalidade tributária.

Nesse sentido, pode-se falar em orçamento anual como instrumento do exercício da cidadania. A esse título remetemos o leitor ao volume II da Revista do IBEDAFT. Salvador: Paginae (Jun/dez/2020), p. 95-124.

2. PARTICIPAÇÃO DO PARLAMENTO NACIONAL NO PROCESSO DE ELABORAÇÃO DA LEI ORÇAMENTÁRIA ANUAL

No Estado Democrático de Direito o governante atua de conformidade com a vontade da lei, e não de acordo com a sua vontade (dele) como, muitas vezes, acontece na realidade.

Como já o dissemos, governar significa fundamentalmente executar as despesas da conformidade com a LOA.

Considerando que o orçamento anual configura um instrumento do exercício da cidadania é natural que haja uma participação ativa do Congresso Nacional na elaboração da LOA.

Mas, a Constituição de 1988, em sua redação original não reservou o espaço cabente a deputados e senadores no processo legislativo do orçamento anual, como veremos a seguir em rápidas pinceladas.

2.1. Processo legislativo do orçamento

A proposta orçamentária é de competência privativa do Executivo (art. 84. XXIII da CF) devendo o respectivo projeto legislativo ser enviado pelo Presidente da República ao Congresso Nacional até quatro meses antes do encerramento do exercício financeiro (31 de agosto

de cada ano), a fim de ser devolvido para sanção até o final da sessão legislativa que se encerra no dia 22 de dezembro de cada ano (inciso III, do § 2º, do art. 35 do ADCT).

A proposta é apreciada, desde logo, pelas duas Casas do Congresso Nacional na forma do regimento comum, sendo examinada pela Comissão Mista Permanente de deputados e senadores que emitirá parecer sobre os planos e programas nacionais, regionais e setoriais (art. 166, § 1º, II da CF).

As emendas a serem apresentadas na Comissão Mista sofrem as restrições do § 3º *in verbis:*

> **§ 3º** As emendas ao projeto de lei do orçamento anual ou aos projetos que o modifiquem somente podem ser aprovadas caso:
> **I** – sejam compatíveis com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias;
> **II** – indiquem os recursos necessários, admitidos apenas os provenientes de anulação de despesa, excluídas as que incidam sobre:
> **a)** dotações para pessoal e seus encargos;
> **b)** serviço da dívida;
> **c**) transferências tributárias constitucionais para Estados, Municípios e Distrito Federal; ou
> **III** – sejam relacionadas:
> **a)** com a correção de erros ou omissões; ou
> **b)** com os dispositivos do texto do projeto de lei.

Como se verifica, além de guardar compatibilidade com plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias, o que é natural, o inciso II, impõe condições praticamente impossíveis para a apresentação de emendas pelos parlamentares.

De fato, as emendas deverão indicar fontes de recursos provenientes exclusivamente da anulação de despesas, proibidas, porém, as anulações de despesas concernentes a pessoal e seus encargos, a serviço da dívida e às transferências voluntárias.

Resta apenas a anulação de recursos de dotações de vários Ministérios, sendo certo que nenhum ministro da área concordará com a redução de verbas destinadas a seu Ministério segundo a proposta do Executivo, que reflete as reivindicações feitas pelos Ministérios. Não é possível provocar uma guerra entre os Ministérios.

Esse parágrafo 3º é um dos dispositivos dos mais infelizes, porque alija os representantes do povo no direcionamento de verbas públicas que implementam as ações do governo.

Dessa forma, a LOA aprovada sem a efetiva participação do Parlamento na fixação e direcionamento das despesas públicas não espelha a soberania popular de que cuida o parágrafo único do art. 1º da Constituição:

> Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

2.2. A luta dos parlamentares na conquista do bolo orçamentário

Manietados na elaboração de emendas, deputados e senadores encontraram no § 5º, do art. 166 da CF um meio para pressionar o Executivo no redirecionamento das despesas públicas:

> § 5º O Presidente da República poderá enviar mensagem ao Congresso Nacional para propor modificação nos projetos a que se refere este artigo enquanto não iniciada a votação, na Comissão mista, da parte cuja alteração é proposta.

Esse § 5º é o responsável pelas longas negociações para o envio dessas mensagens modificativas, concorrendo para o atraso na aprovação da LOA. Houve um ano que a proposta orçamentária só foi aprovada e enviada para sanção no final de agosto, desmoralizando a figura do orçamento anual como instrumento normativo autorizador das despesas a serem executadas.

Só que os recursos financeiros oriundos de emendas negociadas com base no § 5º referido eram sistematicamente incluídos no rol de verbas a serem contingenciadas, no início de cada exercício, para serem liberadas à conta gotas na medida das contrapartidas do Congresso Nacional na apreciação de projetos de interesse do Executivo.

Como assinalamos em nossa obra a "contenção de gastos por meio de contingenciamento de despesas, frequentemente anunciada por diferentes governos, corresponde mais às práticas deletérias visando a inexecução do orçamento aprovado pela sociedade do que à efetiva economia de recursos financeiros. Do contrário, com tantos 'contingenciamentos' deveria estar ocorrendo superávit e não déficit como vem acontecendo".[2]

2.2.1. Emendas individuais

Sentindo-se sistematicamente enganados pelo Executivo os parlamentares apresentaram uma proposta de emenda constitucional tornando impositiva a execução do orçamento anual, conforme previsão contida na PEC nº 565/2006, originária da Câmara dos Deputados que acrescentava o art. 165A à Constituição Federal.

Porém, durante a sua discussão a proposta foi reduzida, para tornar impositiva apenas as verbas resultantes de emendas de parlamentarias. E aqui começou a manifestação de individualismo dos parlamentares na aplicação de recursos orçamentários voltada mais para o atendimento de interesse pessoal de cada parlamentar do que para o benefício da sociedade.

Daí o surgimento da Emenda Constitucional nº 86/2015 que introduziu o § 9º ao art.166 da CF, prevendo emendas individuais ao projeto de lei orçamentária no limite de 1,2% da receita corrente líquida prevista na proposta orçamentária, sendo que a metade desses recursos deverão ser destinados a ações e serviços públicos de saúde.

2. Cf. nosso *Direito financeiro e tributário*. São Paulo: Atlas, 30ª ed., 2021, p. 28.

Estranha é essa destinação, pois, o setor de saúde já possui recursos vinculados, obrigatoriamente disponibilizados pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 198, § 2º da CF). Na prática, as verbas consignadas nos orçamentos anuais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não são exauridas, apesar da precariedade dos serviços públicos de saúde. Para onde vai ou foi a diferença entre o orçado e o efetivamente executado ninguém sabe, e nem se descobre.

Na forma do § 11 é obrigatória a execução das verbas oriundas de emendas individuais, excetuada a hipótese de impedimentos de ordem técnica (§ 13).

2.2.2. Emendas de bancadas

O § 12 do art. 166 da CF introduzido pela Emenda Constitucional nº 100/2019, por sua vez, criou as emendas de bancadas de parlamentares dos Estados ou do Distrito Federal, no montante de 1% da receita corrente líquida realizada no exercício anterior, igualmente, de execução compulsória. O móvel dessa emenda é o mesmo das emendas individuais. Aqui há uma pluralidade de interesses individuais homogêneos abrigados em torno de cada bancada representada no Congresso Nacional. No futuro poder ocorrer instituições de emendas de bancadas de ruralistas, de evangelhos etc.

A exemplo do que acontece com as emendas individuais, as programações oriundas de emendas de bancadas não serão de execução obrigatória nos casos de impedimentos de ordem técnica (§ 13). Para tanto, o § 14, para efeitos de execução das emendas individuais e as de bancadas, comete aos órgãos de execução a tarefa de verificar obrigatoriamente, nos termos da lei de diretrizes orçamentárias, o cronograma para análise e verificação de eventuais impedimentos das programações e demais procedimentos necessários à viabilização da execução dos respectivos montantes.

O § 20 prescreve que as programações resultantes de emendas de bancadas, quando versarem sobre o início de investimentos com

duração de mais de 1 (um) exercício financeiro ou cuja execução já tenha sido iniciada, deverão ser objeto de emenda pela mesma bancada estadual, a cada exercício, até a conclusão da obra ou do empreendimento. Esse parágrafo acentua o caráter executivo da ação do Poder Legislativo que tem por missão legislar e fiscalizar os atos de execução, e não elaborar e executar planos de investimentos.

Ao todo, somando-se as emendas individuais e as emendas de bancadas são 2,2% do orçamento que estão vinculados a obras e serviços programados por deputados e senadores que são de execução obrigatória, o que é uma anomalia no sistema presidencialista de governo.

2.2.3. Emendas do Relator

As emendas do Relator-Geral, conhecidas como RP-9, ou orçamento secreto por falta de transparência e publicidade na realização de despesas delas resultantes, não têm matriz constitucional.

O STF suspendeu liminarmente, por decisão monocrática da Relatora, Ministra Rosa Weber, o pagamento de verbas resultantes dessas emendas (ADPFs nºs 850, 851 e 854). Após a edição da Resolução nº 2/2021 do Congresso Nacional que traria a transparência a partir do exercício de 2022, conforme mais adiante comentado, a liminar foi submetida ao exame do Plenário Virtual que, por maioria de 8 votos contra 2, proferiu a seguinte decisão, como manifestação do gesto de boa vontade aos presidentes da Câmara e do Senado:

> Decisão: O Tribunal, por maioria, referendou a decisão na qual, acolhendo o pedido formulado pelos Senhores Presidentes da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, foi concedida a medida cautelar requerida, para afastar a suspensão determinada pelo item "c" da decisão anteriormente proferida, autorizando, dessa forma, a continuidade da execução das despesas classificadas sob o indicador RP 9, devendo ser observadas, para tanto, no que couber, as regras do Ato Conjunto das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal nº 1, de

> 2021, e a Resolução nº 2/2021-CN, nos termos do voto da Relatora, vencidos os Ministros Edson Fachin e Cármen Lúcia. Falou, pelo interessado Congresso Nacional, a Dra. Gabrielle Tatith Pereira, Advogada do Senado Federal. Plenário, Sessão Virtual Extraordinária de 14.12.2021 a 16.12.2021 (Finalizado Julgamento Virtual em 16 de dezembro de 2021 (Quinta-feira), às 23:59, Ata de Julgamento Publicada, DJE 10-1-2022).

As emendas do Relator em 2019, com base na Resolução nº 1, de 22 de dezembro de 2006 do Congresso Nacional padece, pois, do vício de inconstitucionalidade formal.

O art. 1º dessa Resolução começa por alterar o nome da Comissão Mista Permanente de Senadores e Deputados referidos no § 1º, do art. 166 da CF para Comissão Mista de Planos, orçamentos Públicos e Fiscalização – CMO:

> Art. 1º Esta Resolução é parte integrante do Regimento Comum e dispõe sobre a tramitação das matérias a que se refere o art. 166 da Constituição e sobre a Comissão Mista Permanente prevista no § 1º do mesmo artigo, que passa a se denominar Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização – CMO.

Não bastasse a impropriedade técnica de alterar a denominação dada pela Constituição por meio de mera Resolução do Congresso Nacional, a inclusão da palavra "Planos" está a indicar a forte determinação do Poder Legislativo de elaborar planos e programas nacionais, regionais e setoriais de conformidade com o plano plurianual segundo a previsão do § 4º, do art. 165 da CF, invadindo a esfera de competência do Poder Executivo (art. 165, incisos I, II e III da CF), bem como imiscuindo-se na atribuição privativa do Presidente da República (art. 84, XXIII da CF).

Essa Comissão é composta de 40 membros, sendo 30 deputados e 10 senadores com igual número de suplentes (art. 5º).

A CMO é integrada por um Presidente e três vice-presidentes que se revezam entre os membros da Câmara e do Senado (art. 12)

O Presidente, dentre outras atribuições, é o responsável para designação de relatores, sendo que as lideranças partidárias indicarão o Relator-Geral e o Relator da Receita do projeto de lei orçamentária anual (LOA); o relator do projeto de lei de diretrizes orçamentárias (LDO); e o relator do projeto de lei do plano plurianual (PPA), conforme previsão do art. 16.

Os artigos 37 e seguintes dessa Resolução nº 1/2006 cuidam de emendas à despesa que são classificadas como de remanejamento, de apropriação ou de cancelamento.

A emenda de remanejamento, que está prevista no art. 38, consiste no acréscimo ou inclusão de dotações com indicação da fonte de custeio mediante anulação equivalente de dotações constante do projeto, exceto as da Reserva de Contingência. É a clássica realocação de verbas de um órgão para outro, dependente de autorização legislativa (art. 167, VI da CF). A razão dessa autorização legal é simples: o remanejamento representa *revisão do orçamento* provocada pela mudança de prioridades pelo governo, a exigir nova aprovação legislativa tal qual a proposta orçamentária original.

A novidade fica por conta da emenda de apropriação prevista no art. 39:

> Art. 39. Emenda de apropriação é a que propõe acréscimo ou inclusão de dotações e, simultaneamente, como fonte de recursos, a anulação equivalente de:
> I – recursos integrantes da Reserva de Recursos a que se refere o art. 56;
> II – outras dotações, definidas no Parecer Preliminar.

A principal fonte de custeio dessa emenda de apropriação são os recursos integrantes da Reserva de Recursos que é composta de recursos provenientes da reestimativa das receitas, da reserva de contingência e outros definidos no parecer preliminar, deduzidos os recursos para atendimento de emendas individuais, de despesas obrigatórias e de outras despesas definidas naquele parecer, forme prescrição do art. 56 *in verbis:*

> Art. 56. A Reserva de Recursos será composta dos eventuais recursos provenientes da reestimativa das receitas, da Reserva de Contingência e outros definidos no Parecer Preliminar, deduzidos os recursos para atendimento de emendas individuais, de despesas obrigatórias e de outras despesas definidas naquele Parecer.
>
> Parágrafo único. Não integram a base de cálculo do *caput* os recursos provenientes de autorizações de cancelamentos seletivos contidas no Parecer Preliminar que dependam de avaliação posterior dos Relatores.

O parecer preliminar apresentado pelo Relator-Geral, aprovado pela CMO estabelece os parâmetros e critérios que deverão ser obedecidos na elaboração do relatório do projeto pelo próprio Relator-Geral e pelos Relatores Setoriais, conforme prescrito no art. 51.

O art. 52 revela o conteúdo desse Relatório Preliminar composto de uma Parte Geral e uma Parte Especial:

> Art. 52. O Relatório Preliminar será composto de duas partes:
>
> I – Parte Geral, que conterá, no mínimo, análise:
>
> a) das metas fiscais em função dos resultados primário e nominal implícitos no projeto, comparando-as com as dos 2 (dois) últimos exercícios;
>
> b) do atendimento ao disposto na lei do plano plurianual e na lei de diretrizes orçamentárias;
>
> c) da observância dos limites previstos na Lei Complementar nº 101, de2000;
>
> d) das despesas, divididas por área temática, incluindo a execução recente;
>
> e) da programação orçamentária, comparada com a execução do exercícioanterior e o autorizado pela lei orçamentária em vigor;
>
> f) de outros temas relevantes;
>
> II – Parte Especial, que conterá, no mínimo:

a) as condições, restrições e limites que deverão ser obedecidos, pelos Relatores Setoriais e pelo Relator-Geral, no remanejamento e no cancelamento de dotações constantes do projeto;

b) os eventuais cancelamentos prévios, efetuados nas dotações constantes do projeto, antecedentes à atuação dos Relatores Setoriais;

c) as propostas de ajustes na despesa decorrentes da aprovação do Relatório da Receita e da reavaliação das despesas obrigatórias e da Reserva de Contingência;

d) os critérios que serão adotados na distribuição da Reserva de Recursos;

e) as competências temáticas dos Relatores Setoriais e do Relator-Geral e a estrutura básica de seus relatórios;

f) os critérios a serem observados para a redução das desigualdades inter-regionais, em conformidade com o art. 165, § 7º, da Constituição;

g) as orientações específicas referentes à apresentação e à apreciação de emendas de Relator; (Alínea com redação dada pela Resolução nº 3, de 25 de dezembro de 2015-CN)

h) a classificação das emendas de Relator quanto à finalidade;

i) (Revogada pela Resolução nº 3, de 2015-CN)

j) o valor mínimo por Bancada Estadual para atendimento das emendas de apropriação, nos termos do art. 57;

k) (Revogada pela Resolução nº 3, de 2015-CN)

l) as medidas saneadoras necessárias para a correção de eventuais erros, omissões ou inconsistências detectadas no projeto;

m) (Revogada pela Resolução nº 3, de 2015-CN)

Por fim, emenda de cancelamento é aquela que propõe, exclusivamente, a redução de dotações constantes do projeto, conforme prescreve o art. 40.

Segundo o art. 53 o parecer preliminar poderá determinar o remanejamento de dotações que, como vimos, está sob o princípio da reserva legal.

O referido Parecer Preliminar pode, ainda, definir outras alterações e limites que contribuam para adequar a estrutura, a composição e a distribuição de recursos às necessidades da programação orçamentária.

Como se verifica, há muita discricionariedade conferida ao Relator-Geral que apresenta o Relatório Preliminar que estabelece critérios a serem obedecidos por ele próprio e pelos Relatores setoriais, depois de aprovado pelo Plenário da CMO. Vale a pena a transcrição desse peculiar art. 51 para se verificar o absurdo de o Relator-Geral elaborar o Relatório Preliminar a ser por ele observado:

> Art. 51. O Relator-Geral apresentará Relatório Preliminar que, aprovado pelo Plenário da CMO, estabelecerá os parâmetros e critérios que deverão ser obedecidos na elaboração do relatório do projeto pelo Relator-Geral e pelos Relatores Setoriais.

O exame dos conteúdos da parte geral e da parte especial do Relatório Preliminar (art. 52) está a revelar a formulação pelo Legislativo das diretrizes e metas da administração pública federal, de forma regionalizada, o que não estaria incorreto não fossem as expressas proibições do § 3º, do art. 166 da CF, anteriormente examinado. A única norma que tem compatibilidade com o texto constitucional é a da letra *l* da Parte Especial do Relatório Preliminar (*as medidas saneadoras necessárias para a correção de eventuais erros, omissões ou inconsistências detectadas no projeto*) que corresponde às ressalvas previstas no inciso III, do proibitivo § 3º, do art. 166 da CF.

O Congresso Nacional, a partir do exercício de 2019 resolveu aplicar os dispositivos de Resolução nº 1/2006 que praticamente

promove alterações na proposta orçamentária procedente do Poder Executivo, além dos limites fixados pela Constituição, e altera a destinação de despesas públicas no decorrer da execução orçamentária imiscuindo-se no ato de governar.

Só para ilustrar, no orçamento de 2021 o Parlamento Nacional foi o responsável pela aplicação das seguintes verbas:

a) Emenda Individual = R$ 9,6 bilhões;

b) Emendas de bancada = R$ 7,3 bilhões;

c) Emendas da Comissão Mista = zero;

d) Emendas do Relator = R$ 18,5 bilhões.

Com o advento das emendas individuais e de bancadas, as emendas perante a Comissão Mista referidas no § 2º, do art. 166 da CF deixaram de ser apresentadas em função das restrições contidas no § 3º.

No Orçamento Anual de 2022 foram fixados R$ 16,2 bilhões para atender 20 programações de caráter nacional, conforme Resolução nº 2/2021 do Congresso Nacional.

A maior parte das verbas oriundas de emendas parlamentares é destinada a transferências voluntárias para os Municípios com propósitos nitidamente políticos para beneficiar aqueles municípios em que cada deputado ou senador tem a sua base eleitoral.

Ora, promover transferências voluntárias – destinação de verbas públicas sem contrapartida – é ato próprio do Executivo como se depreende do art. 25 da Lei de Responsabilidade Fiscal:

> Art. 25. Para efeito desta Lei Complementar, entende-se por transferência voluntária a entrega de recursos correntes ou de capital a outro ente da Federação, a título de cooperação, auxílio ou assistência financeira, que não decorra de determinação constitucional, legal ou os destinados ao Sistema Único de Saúde.
> § 1º São exigências para a realização de transferência voluntária, além das estabelecidas na lei de diretrizes orçamentárias:

I – existência de dotação específica;

II – (VETADO)

III – observância do disposto no inciso X do art. 167 da Constituição;

IV – comprovação, por parte do beneficiário, de:

a) que se acha em dia quanto ao pagamento de tributos, empréstimos e financiamentos devidos ao ente transferidor, bem como quanto à prestação de contas de recursos anteriormente dele recebidos;

b) cumprimento dos limites constitucionais relativos à educação e à saúde;

c) observância dos limites das dívidas consolidada e mobiliária, de operações de crédito, inclusive por antecipação de receita, de inscrição em Restos a Pagar e de despesa total com pessoal;

d) previsão orçamentária de contrapartida.

§ 2º É vedada a utilização de recursos transferidos em finalidade diversa da pactuada.

§ 3º Para fins da aplicação das sanções de suspensão de transferências voluntárias constantes desta Lei Complementar, excetuam-se aquelas relativas a ações de educação, saúde e assistência social"

Como se verifica do texto transcrito a transferência voluntária – entrega de recursos correntes ou de capital a outro ente da Federação, a título de cooperação, auxílio ou assistência financeira – é absolutamente incompatível com a ação de cada deputado ou senador, tendo em vista a necessidade de averiguar a presença de inúmeros requisitos, notadamente, aqueles enumerados no inciso IV, dentre os quais, a inexistência de débitos tributários, empréstimos e financiamentos devidos ao ente político transferidor; cumprimento dos limites constitucionais relativos à educação e à saúde; observância dos limites das dívidas consolidada e mobiliária, de operações de crédito etc. que escapam do controle pelo Poder Legislativo, não aparelhado para o desempenho de atividades típicas do Poder Executivo.

O que é pior, essas verbas no montante de R$3 bilhões foram transferidas por deputados e senadores, em 2021, para beneficiar determinados municípios para aquisição de tratores e equipamentos agrícolas a preços que superam em 297% àqueles normalmente pagos pelo governo, como fartamente divulgado pela mídia que cunhou a expressão "tratoraço", indicativo de irregularidades. Quem se beneficiou com a diferença do preço? O Prefeito? o deputado que bancou a transferência? Ninguém sabe! Tudo é uma incógnita, tudo é secreto! O Tribunal de Contas de União não dispõe de elementos para a fiscalização e controle desses vultosos recursos mal empregados por via dessas emendas do Relator.

Aliás, já se aceita nos meios político-institucionais a expressão "orçamento secreto" que atua paralelamente ao orçamento anual. No orçamento anual referido no texto constitucional todas as verbas são gastas segundo as normas estabelecidas na Lei nº 4.320/1964, quais sejam:

a) empenho (art. 58);

b) liquidação (art. 63);

c) ordem de pagamento (art. 64); e

d) pagamento por ordem da autoridade competente (art. 62). Nada disso acontece no orçamento secreto.

Há notícias, também divulgadas pela imprensa, revelando que senadores destinaram verbas oriundas de emendas do Relator para municípios localizados em Estados diferentes daqueles que eles representam no Senado Federal. Nessas hipóteses, não se pode falar em beneficiar o seu reduto eleitoral. A motivação deve ser bem outra e de natureza bem mais grave.

Outra irregularidade do emprego de verbas oriundas da emenda do Relator, no exercício de 2021, diz respeito ao desvio de recursos destinados à Companhia de Desenvolvimento dos Vales do São Francisco e do Parnaíba (Codevsf) para execução de obras em

municípios que distam mais de 1.500 quilômetros das águas do São Francisco.

Como decorrência da liminar concedida pela Ministra Rosa Weber, que determinou a suspensão de pagamento de verbas oriundas das emendas do Relator por ausência de publicidade e transparência, o Congresso Nacional editou a Resolução nº 2, de 1-12-2021, para buscar a revogação da liminar. Essa Resolução inseriu o inciso IV ao art. 53 da Resolução nº 1/2006, bem como, acrescentou o art. 69-A conforme a seguir transcritos:

> Art. 53...
>
> [...]
>
> IV – autorizar o relator-geral a apresentar emendas que tenham por objetivo a inclusão de programação ou o acréscimo de valores em programações constantes do projeto, devendo nesse caso especificar seu limite financeiro total, assim como o rol de políticas públicas passível de ser objeto de emendas.
>
> Parágrafo único. O limite financeiro de que trata o inciso IV não poderá ser superior ao valor total das emendas de que tratam os §§ 11 e 12 do art. 166 da Constituição Federal e não se aplica às emendas elaboradas nos termos dos incisos I e II do art. 144. (NR)
>
> **Art.** 69-A. O relator-geral poderá realizar indicações para execução das programações a que se refere o inciso IV do art. 53, oriundas de solicitações recebidas de parlamentares, de agentes públicos ou da sociedade civil.

O inciso IV acrescido ao art. 53 obriga o Relator-Geral a proceder à indicação do limite financeiro total, assim como o rol de políticas públicas atendidas por ocasião de apresentação de emendas que tenham por objetivo a inclusão de programação ou acréscimo de valores em programações existentes.

O art. 69-A, por sua vez, prescreve que o Relator-Geral *poderá* realizar as indicações para execução das programações a que se

refere ao inciso IV comentado. É bastante sintomático o uso do tempo verbal "poderá" ao invés de "deverá" para atender ao princípio da transparência.

O caráter de "orçamento secreto" dependerá, pois, de ato potestativo do Relator-Geral que, em o querendo, *poderá fazer as indicações* das emendas para incorporação nos sistemas informatizados a que se referem o art. 69 da Resolução nº 1/2006:

> Art. 69. As propostas de parecer do Relator-Geral às emendas somente poderão ser incorporadas aos sistemas informatizados após a apreciação conclusiva de todos os relatórios setoriais pela CMO, ressalvado o disposto no art. 64".
>
> "Art. 64. O Relator Setorial que, no prazo regimental, não apresentar o seu relatório, será destituído.
> Parágrafo único. Ocorrendo o previsto no caput, a programação orçamentária da respectiva área temática e as emendas a ela apresentadas serão apreciadas exclusivamente pelo Relator-Geral".

3. INGERÊNCIA DO LEGISLATIVO NA EXECUÇÃO ORÇAMENTÁRIA

Com o manuseio de verbas públicas pelo Legislativo fica descaracterizado o sistema presidencialista de governo agindo o Relator-Geral (Presidente da Câmara ou do Senado que se revezam nesse cargo) como primeiro Ministro.

Tudo seria normal se estivéssemos diante de um sistema parlamentarista de governo.

O poder dos parlamentares na eleição de setores ou segmentos da sociedade a serem atendidos por verbas do orçamento público anual não se resume no direcionando de despesas públicas por meio de emendas individuas, de bancada e do Relator-Geral. Há um poder difuso e permanente em que o Legislativo se imiscui nos atos de

execução por meio de barganhas com o Poder Executivo, sem o que nenhum projeto de interesse do Executivo, por mais vital que seja para a nação, seria aprovado.

É a institucionalização do chamado governo de coalização, um eufemismo encontrado para expressar um sistema promíscuo de governo, que substituiu a antiga política de "dá cá, toma lá" vigorante até 2018.

Contudo, se essas ingerências do Legislativo no emprego de verbas públicas estivessem sempre relacionadas com o interesse geral da sociedade que os parlamentares representam seria um mal menor, limitado à inobservância de meras formalidades constitucionais.

Mas, não. Essas ingerências, bem como as emendas individuas, de bancadas e do Relator-Geral atende apenas a um fim de natureza individual dos parlamentares, qual seja, assegurar a sua permanência no Poder impedindo a renovação de valores na Casa Legislativa. Os benefícios da coletividade de uma determinada região, quando acontecem, não passam de meros efeitos colaterais.

Essas emendas, dessa forma, revestem-se dos mesmos objetivos das fantásticas verbas do Fundo Partidário e do Fundo Eleitoral que vêm crescendo de ano em ano, sem observância da proporcionalidade das demais despesas para o atendimento da população em geral. Aludidos fundos padecem dos vícios de inconstitucionalidade quer porque o dinheiro público não pode ser destinado a entidades privadas[3], quer porque contraria o disposto na parte final do inciso II, do § 9º, do art. 165 da CF, *in verbis*:

> § 9º Cabe à lei complementar:
>
> [...]
>
> II – estabelecer normas de gestão financeira e patrimonial da administração direta e indireta bem

3. Partido político é ente privado consoante dispõe o § 2º, do art. 17 da CF: "**§ 2º** Os partidos políticos, após adquirirem personalidade jurídica, na forma da lei civil, registrarão seus estatutos no Tribunal Superior Eleitoral."

> como *condições para a instituição e funcionamento de fundos*.

E mais, dispôs o art. 36 do ADCT para conferir efetividade ao prescrito no inciso II do § 9º acima transcrito:

> Art. 36. Os fundos existentes na data da promulgação da Constituição, excetuados os resultantes de isenções fiscais que passem a integrar patrimônio privado e os que interessem à defesa nacional, extinguir-se-ão se não forem ratificados pelo Congresso Nacional no prazo de dois anos.

Entretanto, nenhuma das dezenas de fundos existentes em 5 de outubro de 1988 foram ratificados pelo Parlamento Nacional, porém, todos eles continuam em vigor. E mais, inúmeros outros fundos vêm sendo criados periodicamente sem que o Congresso Nacional tivesse feito a regulamentação exigida pelo texto constitucional retro apontado.

É verdade que o STF decidiu que os fundos já estão disciplinados nos arts. 71 a 74 da Lei nº 4.320/1964, recepcionada pela Constituição de 1988 (ADI nº 1.726-MC, Rel. Min. Maurício Corrêa, *DJ* 30-4-2004).

Consoante escrevemos, definir o que é fundo especial, como o faz o art. 71 da Lei nº 4.3020/1964, é bem diferente de estabelecer "condições para a instituição e funcionamento de fundos" como determina o preceito constitucional retrotranscrito. A norma constitucional não está exigindo definição do que seja fundo especial, mas, está a exigir prévia definição das hipóteses em que os fundos podem ser instituídos.[4] São coisas bem diversas!

É a costumeira harmonia dos Poderes para afastar a aplicação de normas constitucionais inconvenientes. Assim, na Constituição cidadã de 1988 temos preceitos que devem ser aplicados de forma cogente e outros que por inconveniência do momento devem ser alijados. No plano infraconstitucional, também, é bastante conhecida a fala das "leis que pegam" e das "leis que não pegam". Dentre as "leis que não

4. *Op. cit.,* p. 140-141.

pegam" podemos citar as que exigem a realização de despesas públicas conforme a lei; as que exigem probidade no exercício de cargo ou função pública; as que exigem tratamento condigno aos presos etc.

Com essa cultura arraigada na mente das autoridades dos três Poderes, de descumprir normas constitucionais e legais que não convém em determinado momento, nenhuma reforma constitucional terá a marca de sua perenidade: ou será remendada no dia seguinte, ou, então terá alguns de seus preceitos ignorados na prática do dia a dia, como vem acontecendo atualmente. É o governo de leis convenientes para os governantes e para aqueles que gravitam ao seu redor, para usufruírem das *benesses* propiciadas pelo governante.

Concluindo esse tópico temos o maior Parlamento do mundo (513 deputados e 81 senadores) e talvez o mais caro Parlamento da atualidade governando o Brasil por meio de manuseio de verbas públicas. Com se disse no início, governar, fundamentalmente, significa executar as despesas públicas para atingir os fins previstos no plano anual de governo.

4. CAUSA DA INGERÊNCIA DO PARLAMENTO NA GESTÃO ORÇAMENTÁRIA

Essa situação anômala em termos de elaboração e execução do orçamento anual tem origem no já criticado § 3º, do art. 166 da CF que alija os lídimos representantes do povo no direcionamento dos recursos públicos arrecadados.

Com a efetiva participação do Parlamento na elaboração e aprovação da Lei Orçamentária Anual, as emendas casuísticas para atender este ou aquele deputado ou senador não prosperariam. Apenas as emendas de interesse geral da sociedade como no todo seriam aprovadas.

Quando muito poderia haver tentativa de canalização de maiores recursos para regiões ocupadas por Estados com maior bancada de deputados, porém, mitigada pelo Senado Federal, onde cada Estado,

independentemente do seu tamanho, é representado por três senadores.

Nesse sentido, o art. 166 da CF merece ser revisto, tornando efetiva a participação dos representantes do povo na elaboração e aprovação da Lei Orçamentária Anual que é o instrumento do exercício da cidadania, eliminando-se as emendas individuais e as de bancadas que tornam o orçamento anual de natureza semi-impositiva, além das irregularidades de toda sorte que elas proporcionam redundando em desperdício de fabulosas verbas públicas como é do conhecimento público.

O legislador constituinte deve optar entre orçamento impositivo e o orçamento autorizativo, sem esse regime mesclado como está nas normas do art. 166 da CF.

A proposta orçamentária anual de iniciativa do Poder Executivo, refletindo o plano de governo, deve ser discutida, aprimorada e aprovada pelo Congresso Nacional e sancionada pelo Presidente da República.

Para que isso aconteça é preciso que o Executivo solicite ao Poder Legislativo não apenas a estimativa de suas despesas, mas também, a priorização dos planos regionais de investimentos para sua incorporação, no que for possível, na proposta orçamentária a ser enviada ao Congresso Nacional pelo chefe do Poder Executivo.

Dessa forma a proposta original do Executivo já conteria o direcionamento de recursos pretendidos por parlamentares, facilitando a sua discussão perante a Comissão Mista Permanente de Orçamento. Afinal, governar requer conjugação das vontades do Executivo e do Legislativo.

Uma vez aprovado o orçamento anual, a sua execução há de ser feita apenas e tão somente pelos órgãos do Executivo na forma e nos limites da lei orçamentária que reflete a vontade média da população.

Ao Poder Legislativo cabe a importante missão de fiscalizar e controlar a execução orçamentária com o auxílio do TCU, só lhe

cabendo a execução de verbas consignadas nas dotações do próprio Legislativo.

Governo paralelo não funciona em lugar algum do mundo.

O emprego de verbas públicas para atender programas governamentais não comporta ingerência de pessoas estranhas ao poder vocacionado para governar o País. Gestão de recursos públicos requer comando único dentro dos limites da LOA e da LRF.

É incompreensível a ingerência de deputados e senadores na execução do orçamento público aprovado pelo Poder Legislativo, caracterizando ofensa ao princípio de independência e harmonia dos Poderes.

Cabe exclusivamente ao Poder Executivo executar o orçamento e ao Poder Legislativo cabe a importante missão de fiscalizar e controlar essa execução orçamentária por meio de controle externo, com o auxílio do Tribunal de Contas da União (art. 71 da CF).

4. CONCLUSÃO

O regime orçamentário vigente é obscuro e nebuloso. Não há normas claras definindo quando, onde e como o Relator-Geral pode apresentar emendas.

O orçamento anual, que tradicionalmente não vinha sendo respeitado em sua inteireza, no regime atual sofreu uma significativa piorada com a execução de despesas por componentes do Congresso Nacional, não bastasse a DRU (antigo FSE e FEF) que desmonta 30% das dotações aprovadas na LOA.

Essa ingerência do Poder Legislativo tende a crescer de ano a ano até perder a nitidez entre o que faz o Legislativo e o que faz o Executivo.

É de todo conveniente efetuar alteração constitucional no art. 166 que cuida do processo legislativo do orçamento, notadamente, do seu § 3º que limita a ação dos parlamentares na apresentação de

emendas, sem prejuízo da impugnação perante o STF da Resolução nº 1/2006 do Congresso Nacional que inovou as normas constitucionais concernentes ao orçamento anual.

REFERÊNCIAS

Constituição Federal de 1988

HARADA, Kiyoshi. *Direito financeiro e tributário*. São Paulo: Atlas, 30ª ed., 2021.

Lei de Responsabilidade Fiscal.

III

Finanças públicas: governabilidade e parlamento

Public finance: governance and parliament

Francisco Pedro Jucá*

Resumo: Governo e capacidade de ação concreta e efetiva, sensível à sociedade, substancia a governabilidade enquanto capacidade real de governar. O processo de governo ganha enorme complexidade pela incorporação de estruturas sociais com vida própria, capazes de manifestar vontade e interesses, de formular demandas e de exigir respostas. Redefinição do conteúdo da relação entre os Poderes Executivo e Legislativo. Reflexos do processo nas finanças públicas, e o papel delas e de sua gestão no exercício da atividade governativa e na manifestação da governabilidade.

(*) Livre Docente em Direito Financeiro (USP). Doutor em Direito do Estado (USP). Doutor em Direito das Relações Sociais (PUC/SP). Pós Doutoramento Direito Público (Universidade de Salamanca-Espanha). Pós Doutoramento Direito Social (Universidade Nacional de Córdoba-Argentina). Presidente da Sociedade Brasileira de Direito Financeiro-SBD-F. Membro e Integrante do Conselho Consultivo e de Orientação do Instituto Brasileiro de Estudos de Direito Administrativo, Financeiro e Tributário-IBEDAFT. Membro da Academia Paulista de Letras Jurídicas, Cad. 07. Membro da Academia Paraense de Letras Jurídicas, Cad. 14. Membro da Academia Paulista de Magistrados. Conselheiro do Conselho Consultivo da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho – ENAMAT, vinculada ao Tribunal Superior do Trabalho. Professor Titular da Faculdade Paulista de Direito-FADISP. Juiz do Trabalho de 1º grau da 2ª Região, São Paulo.

Abstract: Government and the capacity for concrete and effective action, sensitive to society, substantiates governability as a real capacity to govern. The government process gains enormous complexity through the incorporation of social structures with a life of their own, capable of expressing will and interests, of formulating demands and demanding responses. Redefining the content of the relationship between the Executive and Legislative Powers. Reflections of the process on public finances, and their role and their management in the exercise of government activity and in the manifestation of governability.

Palavras-chave: Governo e Governabilidade. Capacidade de produzir resultados concretos e legitimação política. Gestão de finanças e capacidade de governo.

Sumário: 1 – Introdução. 2 – Governo e Governabilidade. 3 – Parlamento e governabilidade. 4 – Conclusão. 5 – Bibliografia

1. INTRODUÇÃO

As reflexões propostas neste breve estudo têm caráter de atualidade porquanto estão sendo vividos momentos pré-eleitorais, de cujos resultados emergirão provimento dos cargos dos Poderes Executivo e Legislativo em todo o sistema federativo, alcançando União e Estados-membros, significando o redesenho de articulações políticas, que a seu turno estabelecem sistema de equilíbrio de forças determinantes à concepção de decisões institucionais, formulação de políticas públicas e metodologia de execução delas. Neste processo, os Poderes Legislativo e Executivo são envolvidos nas esferas de suas competências constitucionais, porém, com destaque especial àacentuada importância das relações que se estabeleçam entre eles, refletindo no universo das finanças públicas, na medida em que são o meio (recursos financeiros) para a execução e a concretização de todo o processo.

Releva considerar que a compreensão proposta tem o viés de transversalidade, porquanto se dá atenção especial aos pontos de conexão, tanto conceituais quanto estruturais das três categorias: finanças públicas, governabilidade e parlamento.

O modelo constitucional que se adotou em 1988, consentâneo e decorrente da evolução histórico-constitucional acontecida, consagra a "separação de poderes" na forma de tripartição, que se apresenta (ainda que aparentemente) vincada em razão da formulação presidencialista vem apresentando mutações político institucionais, com a crescente participação do Poder Legislativo no processo decisório governamental e não raro confrontando as proposições do Poder Executivo, chegando a impor direcionamento que entende mais adequado.

Tal fato não se pode negar, é constatação da realidade vivida. Resta compreendê-lo, exatamente para que se tenha um perfil e conteúdo do processo de governo e de suas decorrências.

Naquela que podemos considerar como formulação-padrão mais tradicional, compete ao Poder Executivo a governação e direção impulsionadora da direção política e da formulação e concretização, tanto das políticas públicas, quanto dos serviços públicos, cabendo ao Poder Legislativo a produção normativa necessária e o controle político da ação governamental. Todavia, em nosso tempo, o que se vem constatando é que o Poder Legislativo vem ganhando importância no processo ao exercer forte influência no processo decisório das políticas públicas, algumas vezes até assumindo iniciativas de fato.

Tal quadro impõe que se busque compreender o fenômeno, suas causas, seu processo e seus efeitos, desde logo antevendo que não se trata exatamente de "governos mais ou menos fortes", nem de remeter à fragmentação política partidária. Diversamente, percebemos que tem raízes bem mais fundas que precisam ser buscadas e analisadas, expungindo, assim, compreensão simplificada, e por isto mesmo superficial.

Obviamente que a proposta e as dimensões deste estudo não comportam que se esgote o exame, antes, essencialmente o que se pretende é levantar a questão em suas nuanças, convidando a necessária discussão, da qual seguramente surgirão à primeiras luzes sobre o tema.

2. GOVERNO E GOVERNABILIDADE

Entendemos governo como a atividade de direção política da sociedade, com o arbitramento das concorrências e conflitos, com a construção de consensos razoavelmente estáveis capazes de acomodar interesses, demandas e necessidades e, mais do que isso, identificar e apontar caminhos ao encontro de objetivos e finalidades de curto, médio e longo prazos.

Na direção política naturalmente que se tem o conduzir e liderar o processo nos caminhos escolhidos, produzindo efeitos no mundo real da concretitude.

A direção significa a identificação de necessidades, demandas e problemas e a consequente proposição de atendê-los, considerando o como e o quando, levando em conta a real capacidade econômica, social e política da sociedade de produzir e proporcionar os meios necessários e suficientes para este desideratum.

Desde logo, é imperioso deixar claro que nos nossos dias ganha importância fundamental a capacidade de gerar resultados – concretos, objetivos e mensuráveis – que sejam substancialmente percebidos, sentidos e apropriados pela sociedade e pelos indivíduos. Coloquialmente – fazer acontecer perceptível por todos. De certa forma, desta capacidade vem o nutriente para a legitimação política da ação governamental, sua sustentação e aceitação social, que torna possível o balanceamento entre decisões e práticas mais simpáticas, e também as menos agradáveis e simpáticas, de sorte a que a sociedade, valorando o todo, avalie com clareza, ainda que relativa, o custo-benefício do conjunto.

Para que a ação governativa ganhe vida no mundo concreto e real é essencial que esta capacidade se evidencie ao longo de todo o processo, daí vindo a governabilidade – capacidade real de produzir resultados concretos em tempo útil, sentidos pela sociedade.

Tal capacidade tem dupla natureza, que podemos entender como sendo, a política – capacidade de convencimento e obtenção de

adesão e apoio ao proposto, e operacional ou material, que consiste da efetividade das ações na concretização de objetivos, envolvendo aí a formulação e execução concreta de políticas públicas e a prestação eficiente e satisfatória de serviços públicos.

O descrito evidencia de forma patente que se trata de atividade de alta complexidade, especialmente quando se considera as intercorrências previstas, previsíveis, mas, sobretudo, as imprevistas e imprevisíveis, que por óbvio demandam competência adicional para enfrentá-las e, em algum grau, superá-las com razoável eficácia.

Se pode dizer, sem que seja hipérbole, tarefa hercúlea. Assim é sem dúvida, porém, igualmente sem dúvida, necessária – indispensável, até.

É preciso ter claro que a formulação da estrutura de Estado e de Governo em sentido amplo, bem assim como as relações na sociedade, e desta com seus aparelhos de ação coletiva, ainda que mantenha algum grau de fidelidade às suas origens, ganha, progressivamente um perfil bastante mais alargado e complexo.

A detenção e exercício do poder convivem com graus variados de concentração nas estruturas e mecanismos tradicionais ou clássicos, especialmente o que se pode denominar de aparato estatal, central e periférico, aí compreendidos o que podemos chamar de estado em si, na sua estruturação política, e as estruturas periféricas – os diversos e variados entes vinculados e derivados do estado, que com ele agem, mas não se confundem.

Ao lado deste conjunto surgem e se consolidam estruturas da e na sociedade, sem participação estatal, algumas com reconhecimento formal, outras, e estas cada vez mais numerosas, cujo reconhecimento como interlocutores válidos do processo forma conquistados pela expressão política e social que adquiriram, alçando a posições cada vez mais proeminente.

Ínsito em todo o processo está o fator de poder real. Este universo que podemos entender como sendo malha de graus variados de poder,

em convivência imperativa e compulsória, é ator de fundamental importância para o que antes acentuamos como formação e estabelecimento de consensos, que os quase orientam e direcionam as ações da sociedade na busca de seus objetivos. Pode-se a esta altura perceber que se vem alargando num crescente conteúdo de democracia no processo decisório, já que cada vez mais atores explicitam e defendem seus interesses e demandas, impondo sejam estes levados em conta para a formulação das respostas.

Sem dúvida, em um "mundo novo" em curso, uma realidade desafiante, que sobretudo põe em questão os modelos consagrados pela tradição, impondo que se tornem permeáveis ao que de novo vem surgindo. Naturalmente, a compreensão de tudo isto é difícil e nem sempre bem sucedida, porém a necessidade a obriga.

A direção política implica, assim, o diálogo permanente com todo este universo, daí extraindo consequências. Há, porém, a considerar que o mundo real se marca por um forte grau de mutabilidade de interesses e demandas, em velocidade a qual não se está acostumado, e tal fugacidade tem impactos importantes, impondo, assim, frequentes rearranjos e readaptações, o que é, se repete, muitíssimo complexo e delicado.

Neste contexto, a representação política tradicional enfrenta dificuldades importantes, os modelos existentes apresentam sinais fortes de exaustão e insuficiência, ainda que isto não signifique naturalmente exaustão e superação. Antes, o que se pode observar é a necessidade de readequação, com a construção de estruturas e mecanismos capazes de absorver, acolher e incorporar o novo.

Neste universo, neste quadro, é que se precisa compreender as categorias de governo e de governabilidade.

Acrescendo a isso – governo – um papel novo do Parlamento, cujo papel se vem ampliando e ganhando relevo, tem-se, pois, um conjunto de fatores a interagir, que precisa ser compreendido.

Há um aparente confronto, impasse mesmo, se se considerar que com frequência o Parlamento avança sobre as competências e

atribuições conceitualmente pertencentes ao Poder Executivo, porém, tal situação deve ser compreendido com contextualização, sob pena de percepção distorcida.

O papel do Poder Executivo é por definição e natureza o de iniciativa, de proposição, de empuxo do processo decisório e mesmo de ação, todavia, na sociedade contemporânea, o exercício concreto e útil deste papel tem como pressuposto lógico e material um grau relativamente sofisticado de racionalidade e, portanto, de Planejamento, significando que o Executivo, ao exercer este múnus, há de fazê-lo com a iniciativa de proposição concreta, estruturada, clara, com definição de termos, objetivos, metas, meios, processo de execução, colocando, assim, ao Parlamento e à sociedade o que podemos e devemos entender como proposição concreta e objetiva, que dá início à discussão e acomodação e ajustes de interesses, necessidades e demandas, porém com a linha de condução definida e clara, com isto tornando possível o arbitramento e acomodação dos interesses concorrentes e em disputa.

Ocorre que nem sempre o Executivo consegue ter a iniciativa com tais características, deixando, assim, espaço político para que os outros atores sejam mais ativos e explícitos, acabando por fazer prevalecer suas posições, quase que substituindo a iniciativa, atraindo-a para si.

Há que se considerar, ainda, que a relação Estado/Sociedade vem mudando. A anterior de Governo/Governado, Administrador/Administrado, com um grau forte de hierarquização, quase submissão, ao fundamento de que o Estado, especialmente através dos governantes era o intérprete e guardião exclusivo e completo do "interesse público", estabelecendo confusão entre interesse público e interesse do Estado.

Fato é que, com a consolidação da teoria da personalidade jurídica do Estado se tem a sua identificação como um sujeito que tem interesses próprios, diretamente ligados a si, e que são diversos dos da sociedade e dos indivíduos, sendo algumas vezes até conflitantes com os destes. Daí, a formulação original e tradicional começa a perder território, dando espaço ao aparecimento de uma nova forma de relação, de conteúdo mais dialógico e cooperativo, na medida em

que a sociedade e o Estado expressam e apresentam seus interesses e, através de inúmeros e variados mecanismos e instituições fazem o equilíbrio e estabelecem senão consensos, pelo menos pontos de equilíbrio capazes de acomodar tais interesses.

Também é importante acentuar que se começa a perceber uma distinção relevante entre o Estado, suas estruturas e mecanismos organizacionais e operacionais, e os agentes que os põem em funcionamento, os quais, a seu turno, também têm interesses legítimos e respeitáveis.

Ora, se percebe hoje, com cada vez mais nitidez, que existem e coexistem entes e categorias distintas e atuação e funcionamento concomitante e interativa, evidenciando a imperativa necessidade de diálogo entre todos, portanto, um complexo universo de ajustes e acomodações que viabilizam o funcionamento do sistema.

É neste quadro e com este contexto que se precisa fazer a compreensão razoavelmente clara das categorias Governo e Governabilidade, marcado pela negociação permanente, pela mutação e adequação também permanentes, numa dinâmica própria, forçosamente reconhecida como inelutável.

No bojo destas mutações temos o surgimento de um espaço que podemos denominar de "espaço de interpenetração", no qual se intercambiam posições, iniciativas e ações, que embora de aparência concorrencial e até conflitiva, na verdade são de colmatação e complementariedade porque muito mais sistematizam e tornam íntegras as fases do processo no seu todo, do que propriamente materializam confrontação. Assim, podem e devem ser entendidas.

O quadro que se debuxa evidencia uma feição "nova", que se pode entender como sendo uma governatividade compartida, na qual os poderes tradicionais compartem ônus, responsabilidades e benefícios que, embora de maneira não explícita, apresenta maior grau de democracia porque desconcentrada e de legitimidade política porque mais horizontalizado e participativa.

As críticas, não raro ácidas, nem sempre têm real fundamento no enfoque que dão, muito mais porque espelham uma percepção e compreensão de mundo mais próximo da sociedade profunda do que de suas elites ilustradas, as quais a nosso ver, devem antes aproximarem-se do que se confrontarem.

O grande pano de fundo, onde tudo acontece, é o universo cultural com suas variações internas e seu processo evolutivo. Franz Boas, apresentando os Padrões de Cultura de Ruth Benedict[1], observa:

> O desejo de entender o significado de uma cultura como uma totalidade nos leva a considerar descrições de comportamento padronizado apenas como um recurso que acarreta outros problemas. Devemos compreender o indivíduo vivendo na sua cultura e a cultura vivida por indivíduos.

É importante este aporte antropológico, na medida em que o pano de fundo antes referido tem em si as variedades e variações internas da sociedade brasileira, que são grandes (substanciais até), consideradas as variantes geográficas e sobretudo as peculiaridades regionais que o modelo federativo, vindo desde a República, de alguma sorte se acomodou (mesmo precariamente), porém deixando claras as diferenças.

Ora bem, as variadas cosmovisões, individuais, grupais e de coletividades maiores, levam a constatação de demandas, necessidades e interesses de enorme variedade, como também o são os mecanismos de expressão e manifestação que os servem. Isto deságua em complicador, que torna mais complexa e delicada a formação dos consensos que acomodam as concorrências.

Naturalmente que as construções que buscam equacionar e resolver este quadro de problemas traz em si o dado cultural e que deve e precisa ser levado em conta.

1. *In Padrões de Cultura*. Ed. Folha de São Paulo, 2021.

Afinal, como observa Ruth Benedict[2]: "Nenhum ser humano olha para o mundo com olhos puros, mas o vê modificado por um determinado conjunto de costumes, instituições e maneiras de pensar."

Ganha especial importância tal aportação quando, olhando os mecanismo e instituições da democracia representativa parlamentar, pode-se perceber a real e efetiva afinidade de cosmovisão entre representantes e representados, ainda que à primeira vista haja uma tendência a negá-la, muito provavelmente por efeito narciso (autonegação da própria imagem), com a constatação da diferença, às vezes ampla, entre o que se é e o que se gostaria de ser, sempre muito teórica e abstratamente.

Temos que não se trata exatamente de desvio, como defendem alguns, mas de explicitação de condições e característica que decorrem dos traços fundantes da cultura, como explica a antropologia.

Nesta linha de raciocínio é que vamos perceber as escolhas políticas da sociedade, explicitadas pelas instituições de representação, sejam as tradicionais, cujo elemento mais expressivo é o Parlamento, seja as novas instituições (formais ou não) cujo surgimento (pujante) estamos a assistir.

Estas escolhas é que balizam a formulação das políticas públicas, dá o sentido a elas, empresta fundamento de legitimidade social e política que as sustenta. Tudo o que se fez referência está no campo factual, pertencendo ao mundo da realidade prática, e sendo consistentes, não podem invalidar tais escolhas, ainda que sua qualidade e utilidade sejamdiscutíveis, como não é raro acontecer.

Como se demonstra, o substrato material de todo o processo é de natureza sócio-política, resultante da convivência e concorrência, disputa mesmo de interesses flutuantes na sociedade, donde a prevalência, ora de uns ora de outros, acontece em decorrência da natureza mesmo do processo.

2. *Op. cit*. p.101

O quadro descrito assenta um pacto, explícito ou implícito, ou como vemos, de ambas as formas concomitantes, e que materializa a realidade jacente na sociedade e em seu processo vivencial.

O governar, portanto, é o compreender e gerir esta realidade, sem dúvida inçada de dificuldades e percalços, num vasto campo de vicissitudes, acomodando, aqui e acolá, na medida do possível, algum controle do direcionamento e do curso dos acontecimentos. Claramente nada tem de simples.

3. PARLAMENTO E GOVERNABILIDADE

O Parlamento é a estrutura formal tradicional da representação política da sociedade, este é o seu pressuposto. Os "defeitos" que apresenta são muito mais pertinentes às características da sociedade e de sua cultura, como se buscou demonstrar recorrente à elementos de antropologia cultural.

As intervenções governativas diretas e indiretas do Parlamento, seus Órgãos e lideranças, acontecem exatamente nos hiatos das suas relações com o Poder Executivo, quando este tem iniciativa impotente porque não dotada da necessária substância capaz de impulsionar o processo decisório em toda a sua amplitude.

Noutras palavras, nos casos em que o Poder Executivo e seu aparato não conseguem apresentar à sociedade e à sua representação propostas estruturadas e consistentes, evidentemente viáveis, capazes de atrair apoio e adesão, desempenhando, assim, o papel que constitucionalmente lhe é atribuído, em ação subsidiária e com certo grau de sutileza, o Parlamento ocupa o espaço decisório, assumindo o papel de direção política, ainda que pontual, o que soa estranho no modelo governativo Presidencialista. Todavia, temos que este estranhamento não é um "fim de mundo", não é negação constitucional, vem a ser exatamente mutação informal processual que ajusta o processo à realidade posta, na medida em que caminha na direção das aspirações da sociedade que a representação política consegue perceber e identificar. Nada mais do que isto.

Juridicamente, ponto importante está na compreensão do conteúdo do art. 165 da Constituição, acerca do qual Kiyoshi Harada[3] sintetiza: "De acordo com o art. 165 da CF existem três leis orçamentárias, todas de iniciativa do Executivo: a que institui o plano plurianual, a de diretrizes orçamentárias e a do orçamento anual."

Quando se propõe "compreensão" e fixação do conteúdo e teleologia do sistema constitucional financeiro e tributário, põe-se a atenção no fato de que se constitui em sistema, com o que os três instrumentos legislativos decorrem um do outro, se completam e aperfeiçoam, e, portanto, devem ser entendidos no seu conjunto, necessariamente em toda a amplitude do processo a que se destinam.

Como se acentuou antes, a característica de propositiva, de direção do processo, tem sede no fato de que todos os três instrumentos são de iniciativa do titular do Poder Executivo, o que significa que este tem o poder-dever de propor direção e sentido ao processo governativo, apontado objetivos, finalidades e meios para tal.

Na leitura que se faz, o Plano Plurianual merece alcançar patamar bem mais elevado em importância do que o que tem recebido até agora, isto porque precisa materializar, através da destinação de meios e recursos, real e efetivo plano de ação, desde a formulação global, seus desdobramentos setoriais, o detalhamento de execução e duração temporal, objetivos gerais e parciais, etapas, bem assim, as necessidades de eventuais ajustes e redirecionamentos impostos pela conjuntura.

Temos que é a partir da fixação destes horizontes que se tem o balizamento da ação governativa.Aqui, mais uma vez se recorre às esclarecedoras palavras de Harada[4] que acerca do tema observa: "Orçamento Plurianual. Este orçamento resulta, em última análise, das necessidades ditadas pela política governamental. O orçamento,

3. *In Direito Financeiro e Tributário*, p. 111. HARADA, Kiyoshi, ed. GenAtlas, 2021, SP

4. *Op. cit.* p.112

nos dias atuais, faz o papel de programação econômica, direcionando a ação de governo para vários setores de atividade."

É preciso destacar que esta formulação, sua concepção e desdobramentos, obrigatoriamente há de estar submetida ao quadro jurídico conformador, significando dizer em absoluta conformidade com o direito. Desde logo se vê que a discricionariedade de governo tem restrição intransponível do marco de legalidade em sentido amplo, donde os objetivos constitucionalmente estabelecidos hão de ser obedecidos, assim como respeitados os princípios e fundamentos da Constituição que estrutural, tanto a organização do Estado, como o exercício do governo, que é a face dinâmica do processo. Neste sentido, é elucidativo o magistério de Fernando Scaff[5] quando diz: "...a alocação dos recursos hauridos e do gasto fixado não pode seguir planos de governo que sejam desvinculados da Constituição e demais normas do ordenamento jurídico."

Faz-se a inferência de que a fixação de quantificação de meios e sua destinação espelham e explicitam todo o plano de ação governamental.

Naturalmente que embasa tudo isso um pacto de solidariedade social, de corresponsabilidade entre governantes e governados, Estado e sociedade, com repartição de ônus e encargos. É verdade que quase nunca equânime e equilibrado (justo), mas com significativo grau de aceitação social, ainda que tácita. E esta noção de corresponsabilidade surge das composições sociais e políticas geralmente intermediadas pelas estruturas de representação e sua ação nos foros decisórios.

Temos a esta altura, a percepção de que as "invasões" do Poder Legislativo na esfera do Poder Executivo são muito mais a insurgência das demandas e interesses flutuantes na sociedade, do que conflitos singelos de disputa de poder interinstitucional, como sugerem alguns, não estando presente aqui, nenhum otimismo cândido, mas aceitação pragmática da realidade.

5. *In Orçamento Republicano e Liberdade Igual*, p. 233. Ed. Fórum, Belo Horizonte, 2018

Como se vem buscando mostrar, não há como desconsiderar a participação, maior ou menor, mais intensa ou menos intensa, do Parlamento no processo governativo e na efetivação da governabilidade. Com efeito, assim é se consideramos a natureza de instrumento legislativo das Leis Orçamentárias, em cuja elaboração a participação do Poder Legislativo é essencial, naturalmente com o poder de decisão política de alterações de iniciativa sua.

A necessidade imperativa de planejamento das ações e atividades de governo e, consequentemente, dos meios financeiros necessários à sua implementação resta patente. É através de uma proposição consistentemente planejada e demonstrada que o Poder Executivo exerce e desempenha o papel de "iniciativa" que constitucionalmente lhe cabe, e a nós parece consectário que a qualidade real e substancial desta proposição é que oferece as condições de manter a direção e liderança do processo nas mãos do Poder Executivo. Contrário senso, a eventual precariedade do instrumento propositivo é que oferece o espaço de intervenção do Poder Legislativo de maneira mais acentuada, vez que recoloca no foro decisório as demandas e interesses que porventura foram desconsiderados ou pouco considerados na elaboração original da proposta.

Aí temos o ponto nodal da importância que aqui se destaca para o Plano Plurianual, como orientador e balizador de todo o processo governativo, resgatando a preciosa observação de Ricardo Lobo Torres[6]a respeito, que chama a atenção:

> O plano plurianual tem por objetivo estabelecer os programas e as metas governamentais de longo prazo. É o planejamento conjuntural para a promoção do desenvolvimento econômico, do equilíbrio entre as diversas regiões do país e da estabilidade econômica.

A necessária governabilidade (indispensável à estabilidade social e institucional) deita raízes na racionalidade, planejamento e execução

6. *In Curso de Direito Financeiro de Tributário*, p.172. ed. Renovar, 2008, RJ

do planejado com critérios, referências e práticas de governança com um mínimo de critérios técnicos, buscando a eficiência máxima. Esta busca persegue materialização no princípio da eficiência administrativa, consagrado expressamente na Constituição, portanto alçando a status de relevância para a modelagem e condicionamento da ação do binômio Estado/governo, dando acento forte na obtenção de resultados concretos e perceptíveis, como vimos referindo ao longo deste estudo.

Acerca do tema é preciosa a observação de Flávio Garcia Cabral[7], investigando a construção doutrinária sobre o assunto:

> Nota-se com facilidade que a definição de eficiência esculpida por alguns doutrinadores acaba por incorporar diversos comportamentos a seu núcleo, dando ao conceito uma amplitude que nos parece oriunda de sistemas jurídicos estrangeiros ou mesmo de outros princípios. De fato, a esse respeito, tornou-se comum a concepção de que o princípio da eficiência no direito brasileiro não seria outra coisa senão "a faceta de um princípio mais amplo já superiormente tratado, de há muito, no Direito Italiano: o princípio da "boa administração".

A propósito, consideramos que há um Direito Fundamental ao Bom Governo. Isto porque, em linhas gerais, temos que a razão de ser do Estado, como ente, e do governo, como seu operador, é o do bem estar dos indivíduos, que se considera como a busca pela efetivação dos direitos fundamentais. Assim sendo, todos os esforços e recursos reunidos e manipulados pelo Estado/governo hão de estar necessariamente sujeitos à orientação da eficiência e correção, conformidade jurídica e obtenção de resultados concretos perceptíveis e mensuráveis, para o que o planejamento integral: de formulação, execução e obtenção/destinação de recursos tem caráter de essencialidade.

7. *In O Conteúdo Jurídico da Eficiência Administrativa.* P.109, ed. Fórum, Belo Horizonte, 2019.

Consentâneo com esta posição, o festejado jurista Marcus Abraham[8], invocando à peça política do estadista Franklin Delano Roosevelt, rememora: "O Orçamento dos Estados Unidos representa o nosso programa nacional. Ele é uma previsão do nosso plano de trabalho, uma antecipação do futuro. Ele traça o curso da nação."

A referência oportuna e pertinente de Abraham auxilia a que se fixe a importância fundamental para a relação governo/planejamento/governabilidade.

Tanto é assim, que mais adiante, o citado jurista pontua[9], em relação ao sistema orçamentário:

> Trata-se, portanto, de um documento de conteúdo econômico e político – elaborado segundo as normas do Direito Financeiro e conforme as técnicas contábeis e financeiras – que se materializa em uma lei originária do Poder Executivo, analisada, votada e aprovada regularmente pelo poder legisferante. O orçamento público não pode ser considerado apenas pelo seu aspecto contábil, ao se materializar em um documento de conteúdo financeiro. Ele contempla outras características que revelam aspectos importantes para a Administração Pública e para a sociedade." E arremata: "Como no Brasil sua elaboração é de competência do Poder Executivo e sua aprovação é atribuição do Poder Legislativo, estes poderes independentes deverão deixar de lado suas tendências ideológicas e unir esforços para obter um documento de interesse comum que reflita as necessidades da sociedade.

É importante chamar a atenção para o fato de que o que aqui se busca demonstrar é inteiramente compatível e aplicável a todo o desdobramento estrutural do Estado brasileiro, significando dizer que se se considera o Poder Parlamentar (representação política

8. *In Curso de Direito Financeiro Brasileiro*, p. 252. Ed. Gen/Forense, 2015, RJ.

9. *Op. cit.* p.253

formal essencial da sociedade) como um todo, há que se registar o papel correspondente desempenhado pelasAssembleias Legislativas Estaduais e pelas Câmara Municipais, no âmbito de suas competências respectivas.

Da mesma forma, a governabilidade é necessidade real e essência de todas as esferas organizativas, alcançando, assim, Estados e Municípios. Os princípios que se explicita e defende são exatamente os mesmos, com a variação, apenas, em relação à competência constitucional de cada ente.

Quando o Legislativo altera, ainda que substancialmente, a proposta orçamentária, mesmo reservando parcela de recursos para destinação com a utilização de seus critérios, não há exatamente invasão ou *captis diminutio* do Executivo, mas compartilhamento normal de poder político, vez que ambos têm a legitimação da soberania popular pela investidura eleitoral.

O que se tem é sobretudo decisão e escolha de natureza política, e como tal emanação direta da soberania da qual a sociedade é titular. No universo de tais escolhas temos como importante para o enfoque que se dá a regulação e o estabelecimento de uma ordem econômica e social, que pretende manter um grau relativamente estável de estabilidade social e institucional, reduzindo no limite do possível, as áreas de conflitividade aberta ou não.

No que respeita a esta ordenação, e, portanto, necessariamente há de estar incluído na planificação governamental, temos as regras gerais relativas à política econômica (proposta), com a previsão dos investimentos e seu escalonamento, por exemplo, infra estrutura, desenvolvimento econômico e social, renúncias fiscais planificadas com seus objetivos definidos, mecanismos de preparação para enfrentar dificuldades e situações emergenciais. É o exercício claro da função ordenadora estatal, tal como a vislumbra o jurista português Antonio Luis de Sousa Franco[10]:

10. *In Finanças Públicas e Direito Financeiro*, pp.8-9. Ed. Almedina, Coimbra, 2015.

> O Estado pode ainda, ao abrigo da sua função ordenadora da vida econômica, definir normas gerais, que não demarcam já os quadros fundamentais de toda a vida econômica, mas a eles se subordinam, seja para toda a atividade econômica, seja para certos setores, tipos de atividade ou conjuntos de relações econômico-sociais gerais e permanentes antes referidos, regulando de forma direta, por exemplo, um setor, um tipo ou área de atividade: será a legislação ou regulamentação econômica. Ela pode abranger as instituições econômicas gerais (nas áreas da produção, do consumo, dos instrumentos reguladores – mercados e plano –, da circulação de bens – moeda e crédito –, dos mercados de fatores de produção, da repartição do rendimento e das relações internacionais) e as específicas], nomeadamente setoriais (agricultura, comércio e outros serviços).

Arrematando mais adiante[11]:

> Parece-nos antes que a atividade financeira corresponde à utilização de meios econômicos (meios objetivamente raros suscetíveis de aplicação alternativas) por entidades públicas ou pela própria comunidade, a fim de satisfazer necessidades comuns.

Naturalmente a efetivação destas escolhas, sempre complexas e delicadas, há de considerar a sociedade no seu conjunto (incluídas as suas contradições), e aí fica relevante o papel do Parlamento como capaz de captar e dar alguma interpretação concretizadora as demandas e aspirações da sociedade, as quais se vão destinar de formas variadas a destinação de recursos. Claro aí se incluem a manutenção material (custeio) de serviços, a realização de programas de natureza social, os investimentos estratégicos diretos, as políticas econômicas promocionais e de estabilização, a formação de reservas, inclusive em moeda estrangeira. Em suma, todo o conjunto das

11. *Op. cit.* p.13

atividades necessárias a buscar atender as finalidades do Estado, e que consistem em servir à sociedade, como antes já se mencionou, concretizando os Direitos Fundamentais em toda a sua amplitude, obviamente como a demonstração clara das possibilidades materiais reais, que consubstancial a "reserva do possível.". Assim, atribuindo a amplitude de significado, que consiste em entender como sendo o sistema constitucional financeiro que abarca as três leis: Plano, Diretrizes Orçamentarias e Orçamento Anual, porque tendo o caráter sistêmico se completam e oferecem a maximização de efeitos, concordando, colaciona-se a ponderação de Marcos Abraham[12]: "O orçamento público precisa se elaborado de maneira a contemplar as reais necessidades da sociedade, conjugando-as com as pretensões e possibilidade de realização do governante."

4. CONCLUSÃO

A guisa de conclusão deste ligeiro estudo, que pretende muito mais levantar questões e estimular debate, podemos acentuar que a atuação do Parlamento nos temas econômico-financeiros, e mais direta e precisamente no que respeita às finanças públicas é inerente à democracia, porque aí se tem a manifestaçãoda representação da soberania social posta em temos mais concretos e objetivos.

Exatamente por ser manifestação democrática, não se pode generalizar a ideia de que esta intervenção – constitucionalmente prevista no processo legislativo ordinário e próprio – não vem a ser exatamente "invasão competencial", nem *captis diminutio*. Diversamente, o que se constata é que cabendo a iniciativa ao Executivo, cabe a este (ônus indeclinável) apresentar proposição concreta, objetiva, mensurável, consentânea com as aspirações da sociedade, apontar os recursos necessários, suas fontes geradoras, (considerando a capacidade contribuitiva da sociedade, individual e coletiva), demonstrando a divisão razoável de encargos e apontando os objetivos e finalidades

12. *Op.cit.* p.267

com as quais julga atender às demandas da sociedade e seus interesses cristalizados nos consensos estabelecidos no processo político.

Ora, em assim sendo, a participação do Parlamento é de ser compreendida como enriquecedora, expondo sensibilidade aos fatores que eventualmente tenham escapado do executivo, o que significa essencialmente aperfeiçoamento.

Por óbvio que as escolhas materializadas no processo não são por si mesmas acertadas e perfeitas, é forçoso reconhecer que podem conter equívocos, defeitos, mas tudo isto consiste, como antes referimos, inerente à condição humana, por sua natureza contingente e cheia de fragilidades.

5. BIBLIOGRAFIA

ABRAHAM, Marcus. *Curso de Direito Financeiro Brasileiro*. Ed. Gen/Forense, 2015, RJ;

BENEDICT, Ruth. *Padrões de Cultura*. Ed. Folha de São Paulo, 2021;

CABRAL, Flávio Garcia. *O Conteúdo Jurídico da Eficiência Administrativa*. Ed. Fórum, Belo Horizonte, 2019.

FRANCO, Antonio Luis de Sousa. *Finanças Públicas e Direito Financeiro.* Ed. Almedina, Coimbra, 2015;

HARADA, Kiyoshi. *Direito Financeiro e Tributário*. Ed. GenAtlas, 2021, SP;

SCAFF, Fernando Facury. *Orçamento Republicano e Liberdade Igual*. Ed. Fórum, Belo Horizonte, 2018;

TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro de Tributário*. Ed. Renovar, 2008, RJ.

IV
Confusa fiscalização de contratos públicos

Confused inspection of public contracts

Léo da Silva Alves*

Resumo: A nova Lei de Licitações e Contratos, no que diz respeito em particular ao modelo de fiscalização, manteve as principais omissões da legislação anterior; e naquilo que acrescentou o fez de forma genérica, formando um labirinto no qual as autoridades e os funcionários facilmente podem se perder.

O artigo faz o mapa das ambiguidades e apresenta o caminho para que os gestores públicos deem efetividade à lei, a partir da regulamentação interna e do treinamento dos profissionais, em harmonia com os princípios da eficiência, da economicidade, da razoabilidade e da segurança jurídica.

Palavras-chave: administração – controle – contratos – fiscalização – regulamentação.

Abstract: The new Law, with particular regard to the inspection model, maintained the main omissions of the previous legislation; and in what he added, he did so in a generic way, forming a labyrinth in which authorities and officials can easily get lost.

The article maps the difficulties and presents the way for public managers to give effect to the law, based on internal regulation and training of professionals, in harmony with

(*) Professor convidado de Escolas de Governo, Escolas de Contas e Escolas de Magistratura.

the principles of efficiency, economy, reasonability and legal certainty.

Keywords: administration – control – contracts – inspection – regulation.

Sumário: 1. Introdução; 2. A qualidade do treinamento: 2.1. Sensibilidade do tema; 3. Soluções inteligentes; 4. Lacunas na lei que exigem respostas de especialistas: 4.1. Acompanhar e fiscalizar; 4.2. Designação; 4.3. Terceiros contratados para subsidiar com informações; 4.4. Registro próprio; 4.5. Superiores; 4.6. Assessoramento; 4.7. Preposto; 4.8. Contratos peculiares; 5. Normatização; 6. Preenchimento de lacunas; 7. Pontos fundamentais na organização do sistema; 8. Treinamento após a regulamentação: 8.1. Principais pontos do conteúdo propostos: 8.1.1. Introdução; 8.1.2. O fiscal; 8.3. Parte operacional; 8.4. Análise de contratos especiais; 8.5. Parte especial; 9. Conclusão.

AS LACUNAS NA LEI E AS OMISSÕES DOS ADMINISTRADORES

1. INTRODUÇÃO

A nova Lei de Licitações e Contratos (Lei nº 14.133/21) determina que os gestores públicos providenciem a qualificação de profissionais dos quadros administrativos para a atividade de fiscalização dos contratos públicos. Essa ordem se harmoniza, como será visto adiante, com vários princípios do Direito Constitucional e Administrativo.

A fiscalização em si já era prevista na regra anterior (Lei nº 8.666/93), mas não havia, então, o dever expresso de o gestor dar aos fiscais os recursos materiais e, de igual relevância, os de conhecimento especializado. Os incidentes decorrentes do improviso eram enormes, com prejuízo na qualidade do serviço, repercussão nas contas públicas, espaço para fraudes e responsabilidades de funcionários, seja por comportamento deliberado ou, o que muito se via, por total desconhecimento do método de trabalho.

Agora, com o ordenamento na lei acerca da obrigação de qualificar os seus agentes, a omissão do administrador neste particular atrai para si a responsabilidade pelos erros cometidos pelos fiscais que forem nomeados sem o devido preparo. Urge, portanto, que sejam adotadas medidas seguras, a começar por Escolas de Contas e Escolas de Governo, ou equivalentes, no sentido de proporcionarem o espaço de treinamento, inclusive em ambiente de cooperação com Municípios, Câmaras Municipais e entidades públicas em geral.

2. A QUALIDADE DO TREINAMENTO

Devem-se levar em conta os três vértices da relação: i) gestão; ii) fiscalização; iii) recebimento do objeto. Esse treinamento, no entanto, não se resume à leitura do que está no enunciado da lei. Há cursos e cursos, ou seja, a verdadeira qualificação passa pelo conhecimento de quem leciona, pela visão holística da Administração Pública e pela metodologia de ensino.

2.1. Sensibilidade do tema

A área de gestão e fiscalização de contratos é uma das mais sensíveis da Administração Pública, seja pela relevância do resultado, com garantia da efetiva execução dos respectivos objetos, seja pelo nível de responsabilidade que impõe aos servidores e às autoridades.

A Lei nº 14.133/21 estabeleceu:

> **Art. 117**. A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por 1 (um) ou mais fiscais do contrato, representantes da Administração especialmente designados **conforme requisitos estabelecidos no art. 7º desta Lei**, ou pelos respectivos substitutos, permitida a contratação de terceiros para assisti-los e subsidiá-los com informações pertinentes a essa atribuição.
> **Art. 7º** Caberá à autoridade máxima do órgão ou da entidade, ou a quem as normas de organização

> administrativa indicarem, **promover gestão por competências** e designar agentes públicos para o desempenho das funções essenciais à execução desta Lei que preencham os seguintes requisitos:
>
> (...)
>
> II – tenham atribuições relacionadas a licitações e contratos ou **possuam formação compatível ou qualificação atestada** por certificação profissional emitida por escola de governo criada e mantida pelo poder público;

Verifica-se, portanto, que imediatamente os órgãos, entes e entidades da Administração Pública devem se adequar à ordem legal, promovendo a qualificação profissional, o que traz no seu bojo a necessidade de normatização dos procedimentos.

3. SOLUÇÕES INTELIGENTES

São vários os princípios que indicam a necessidade de solução para o controvertido, complexo e arriscado sistema de controle na execução dos contratos públicos:

a) a eficiência;

b) a legalidade;

c) a economicidade;

d) a razoabilidade;

e) a segurança jurídica.

Isso não se faz ao arremedo, pela criatividade de alguns ou pelos treinamentos de fachada, que cumprem carga horária, constam nos assentamentos funcionais mas, na prática, são imprestáveis.

Vê-se, frequentemente, a contratação de cursos para os quais a entidade administrativa escolhe o menor preço e não a proposta mais vantajosa, sendo esta a representada pelo efetivo aproveitamento dos funcionários que passarão a trabalhar com a matéria.

Diz-se em Portugal que "quem se veste de ruim pano, veste-se duas vezes ao ano". Escolher cursos e consultorias pelo critério do preço é prestigiar a desqualificação. O ensino qualificado da matéria exige do instrutor um capital intelectual que é o principal pressuposto para transmitir o saber. Quando a Administração utiliza a referência do custo de hora-aula está a desprezar todo um conjunto, muitas vezes intangível, que está por trás daquele professor ou daquela empresa que se habilita para organizar internamente os ofícios de gestão e fiscalização de contratos públicos.

Há questões que são respondidas pela experiência e exigem normatização interna a fim de que os procedimentos sejam padronizados, facilitando, inclusive, a atividade de controle. Isso não é tarefa para amadores; os contratos públicos representam elevadas cifras e, portanto, a sistematização exige um investimento proporcional ao resultado que se espera.

4. LACUNAS NA LEI QUE EXIGEM RESPOSTAS DE ESPECIALISTAS

Vejam-se, de forma exemplificada, os pontos sensíveis.

4.1. Acompanhar e fiscalizar

Diz a Lei:

> Art. 117. A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada (...).

Tecnicamente, o que significam acompanhar e fiscalizar? Qual é a diferença? Como é feito o acompanhamento? Quais os procedimentos são adotados no curso da fiscalização? Há um padrão para todos os contratos, ou a Administração deve pontuar as peculiaridades dos contratos de obras, serviços e fornecimentos?

4.2. Designação

> Art. 117. A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por 1 (um) ou mais fiscais do contrato,

> representantes da Administração **especialmente designados** (...).

Qual é o sentido da expressão "especialmente designados"? Qual é a implicação legal dessa especialidade? E como é feita a designação?

4.3. Terceiros contratados para subsidiar com informações

> [...] permitida a contratação de terceiros para assisti-los e subsidiá-los com informações pertinentes a essa atribuição.

Quando e como é feita a contratação de terceiros? Qual normativo atualmente estabelece o papel desses agentes contratados para prestarem informações? Como esses profissionais atuam e como se comunicam com os respectivos fiscais? Qual é o nível de vinculação do fiscal a essas informações (absoluto ou relativo), a se considerar a ressalva da Lei?

> Art. 117. (...)
>
> § 4º Na hipótese da contratação de terceiros prevista no **caput** deste artigo, deverão ser observadas as seguintes regras:
>
> (...)
>
> II – **a contratação de terceiros não eximirá de responsabilidade o fiscal** do contrato, nos limites das informações recebidas do terceiro contratado.

4.4. Registro próprio

> Art. 117. (...)
> § 1º O fiscal do contrato anotará em **registro próprio** todas as ocorrências relacionadas à execução do contrato, **determinando o que for necessário para a regularização das faltas** ou dos defeitos observados.

O que é um *registro próprio*? É físico? É digital? O quê necessariamente deve ser registrado e de que forma? Com quem esse documento é compartilhado? Qual é o destino do registro ao fim da fiscalização?

Por fim, qual é o padrão a ser utilizado para determinar a "regularização das faltas"?

4.5. Superiores

> Art. 117. (...)
>
> § 2º O fiscal do contrato informará a **seus superiores**, em tempo hábil para a adoção das medidas convenientes, a situação que demandar decisão ou providência que ultrapasse sua **competência**.

Quem são os superiores a que se refere à Lei? Qual é o instrumento ideal e qual é o formato para tais comunicações? Onde se encontra clarificado, sem ambiguidade, sem generalidade, o conjunto de competências dos fiscais?

4.6. Assessoramento

> Art. 117. (...)
>
> § 3º O fiscal do contrato será **auxiliado** pelos órgãos de assessoramento jurídico e de **controle interno** da Administração, que deverão dirimir dúvidas e subsidiá-lo com informações relevantes para prevenir riscos na execução contratual.

Como poderá ser realizado o assessoramento do controle interno, sem ferir o princípio da segregação das funções?

Considerando-se que quem controla não pode, ainda que indiretamente, praticar ato controlado, qual é a maneira de compatibilizar esse assessoramento com a função principal do controle interno enquanto braço estendido do respectivo Tribunal de Contas.

4.7. Preposto

> Art. 118. O contratado **deverá manter preposto aceito pela Administração no local da obra ou do serviço** para representá-lo na execução do contrato.

Em toda obra e em todo serviço deve haver um preposto? Como ele é indicado pelo contratado? Como são as relações entre o fiscal e o contratado no cumprimento das respectivas atribuições? Em quais hipóteses (de impessoalidade) a Administração pode rejeitar o preposto ou solicitar substituição, sem interferir na gestão privada?

Também é de especial cautela a definição do relacionamento dos funcionários em geral com os empregados que prestam serviço terceirizado. Ademais, como os setores administrativos (gerentes, diretores, etc.) interferem quando há insatisfação com os serviços prestados?

4.8. Contratos peculiares

Não se pode deixar sem atenção diferenciada determinados contratos que, muitas vezes, seguem por longo tempo sem um efetivo acompanhamento do fiscal. As pessoas acostumam, por exemplo, com serviços de lanchonete e de restaurante prestados dentro das repartições públicas que, todavia, não têm qualquer fiscalização que atenda aos requisitos técnicos relacionados às exigências sanitárias e à segurança alimentar.

Qual é a origem dos alimentos? Como são transportadas as carnes? Como são conservadas? Qual é a água utilizada na fabricação do gelo? Onde são guardados os produtos de limpeza? Há concentração de gordura no piso, a colocar em risco o caminhar das pessoas? O operário que recebe dinheiro e dá o troco é o mesmo que manuseia alimentos? Eis uma área que exige mais do que conhecer a lei e obriga a se ter uma visão completa desse tipo de relação.

5. NORMATIZAÇÃO

Como se percebe, há um grande número de situações em aberto, cujo preenchimento não pode ser feito pela criatividade. É preciso compreender as razões do sistema, o espírito do legislador, a finalidade perseguida pela Lei e os precedentes do controle em relação àquilo que anteriormente era disposto (Lei nº 8.666/93).

Aponte-se que mesmo durante mais de um quarto de século de vigência da Lei editada em 1993 a matéria nunca foi absolutamente esclarecida. Há casos de Cortes de Contas que chegaram a confundir os papéis de gestor e de fiscal; por conseguinte, abriu-se um canal para a sucessão de equívocos no mesmo sentido em todo o país. Práticas e normativos de Importantes estruturas da Administração Pública federal não resistem a uma análise que leve em conta o espírito da lei (o sentido de cada palavra e de cada sentença no texto), assim como estão em desarmonia com os mais expressivos princípios administrativos e constitucionais.

Treinar sem regulamentar é perda de tempo. Os profissionais precisam ter em mãos referências escritas, idôneas e juridicamente seguras que lhes deem a garantia para a adoção das fórmulas ensinadas. De igual observação, normatizar não se esgota em produzir um ato ao sabor da criatividade; há soluções que, ao leigo, podem parecer óbvias, mas ao direito não são permitidas ou não estão em sintonia com os andares superiores do ordenamento legal. A ordem correta é, a partir de uma NORMA (decreto, instrução normativa, resolução), completar-se o trabalho com TREINAMENTO. Aqueles que irão operar com as regras devem ter a oportunidade do conhecimento de cada dispositivo e da forma adequada de lhe dar efetividade.

6. PREENCHIMENTO DE LACUNAS

O trabalho eficiente nessa seara consiste em examinar as normas eventualmente utilizadas pelos entes ou entidades públicas em ambiente de regulamentação interna e, por esse meio, avaliar as práticas, as vulnerabilidades, os equívocos e os riscos potenciais envolvidos na falta de harmonia com os propósitos da Lei nº 14.133/21.

Está visto que a nova Lei de Licitações e Contratos, no que diz respeito em particular ao modelo de fiscalização, manteve as principais omissões da legislação anterior; e naquilo que acrescentou o fez de forma genérica, formando um labirinto no qual as autoridades e os funcionários facilmente podem se perder.

Põe-se aqui a relevância de um modelo seguro que preencha as lacunas. As respostas que não estão no art. 117 da Lei precisam ser apresentadas de maneira técnica em regulamentação, para que:

I. fiscais de contratos trabalhem com segurança, dentro de um padrão;

II. contratados conheçam com objetividade como é feito o acompanhamento e a fiscalização;

III. estejam devidamente delineadas as funções:

   a) gestão de contratos;

   b) fiscalização do contrato;

   c) recebimento do objeto;

IV. o controle tenha critérios objetivos para avaliar o serviço e, se for o caso, a responsabilidade de quem fiscalizou e/ou ordenou a despesa.

7. PONTOS FUNDAMENTAIS NA ORGANIZAÇÃO DO SISTEMA

Recomenda-se que o serviço seja dividido em partes que obedecem à melhor metodologia para quem empresta o conhecimento na formulação de normas. Inicia com a avaliação das práticas do órgão ou entidade, o que se faz mediante a análise de documentos e entrevistas com profissionais que operam no setor; na etapa seguinte apresenta-se minuta de regulamentação, adequada às características da instituição ou do perfil de instituições que podem utilizar o mesmo padrão.

Necessariamente é preciso definir-se objetivamente o tripé da execução contratual, o que não é feito com clareza na Lei:

- O que é a gestão?
- O que é a fiscalização?
- O que é o ato de recebimento do objeto?

Pode-se continuar o questionamento:

- Qual é a atribuição de cada um desses segmentos?
- Como esses setores se relacionam entre si?
- Por que não se pode misturar gestão com fiscalização?
- Qual é o risco do fiscal do contrato quando também recebe o objeto? Como contornar a falha do legislador quando, de certa forma, mistura essas etapas?

Então, indica-se como positiva a busca dessas respostas e a posterior introdução no regramento, dentro da técnica legislativa e com conteúdo que dê efetividade, que não seja a mera repetição do que está Lei, mas o complemento dos espaços vazios sem sair daquilo que inspirou o legislador ao formular o sistema, ainda que o tenha feito precariamente.

A norma deverá ter o seguinte conteúdo:

I. abertura, com exposição de motivos / considerandos;

II. ato de aprovação

III. texto regulatório, que: a) define as atribuições da gestão, da fiscalização e do recebimento; b) supre as questões em aberto do art. 117 da Lei nº 14.133/21, dentre as quais qual é o formato ideal do serviço de fiscalização, como é feita a designação, o que é o registro próprio, como são as comunicações do fiscal com os seus superiores e com o preposto e forma correta de resolução de incidentes;

IV. metodologia de fiscalização de contratos com características especiais, como os de fornecimento de alimentação e de conservação e limpeza;

V. o treinamento introdutório, que compete ao fiscal executar em relação aos empregados de empresas que executam serviços ou obras;

VI. fluxograma de todas as fases do acompanhamento da execução do contrato;

VII. modelos dos principais documentos a serem produzidos pelos fiscais;

VIII. notas de rodapé que auxiliam na aplicação de dispositivos ou explicam as razões de fato e de direito que justificam o procedimento.

É importante contornar o vício da cópia. Um órgão público copia de outro, que já copiou com erro. A cópia de textos, que podem ser encontrados no atacado da Internet, é a fórmula certa de dar errado.

8. TREINAMENTO APÓS A REGULAMENTAÇÃO

Uma vez existindo um texto referencial que estabelece conceitos, define atribuições, traça a metodologia e o fluxograma, é realizado treinamento, com a participação de representantes de cada órgão ou entidade coparticipante do grupo, que se tornam aptos a serem multiplicadores do conhecimento nas respectivas instituições.

8.1. Principais pontos do conteúdo propostos

8.1.1. Introdução

- A complexidade da execução dos contratos públicos e os meios de reduzir riscos e responsabilidades pessoais.
- Diferença entre os serviços de *gestão* e *fiscalização*.
- *Fiscalização* e *recebimento* do objeto do contrato. Onde se comunicam e onde se distanciam.
- As inovações e as lacunas da nova legislação – Lei nº 14.133/21.
- O sentido de o legislador ter atribuído a fiscalização a funcionários, representantes da Administração.
- A imposição de regulamentação interna.
- Regulamentação de acordo com os objetivos do controle. Matéria de conhecimento especializado.

8.1.2. O fiscal

- Quem pode ser fiscal e quem está impedido.
- A obrigatoriedade de aceitar o encargo e as hipóteses possíveis de rejeitar a nomeação.
- Como é feita a designação. Consequências pela omissão na nomeação do fiscal. Quem nomeia.
- A razão pela qual o fiscal é "especialmente" designado.
- A necessidade de suplentes e as hipóteses de substituição.
- Os níveis de responsabilidade do fiscal: ética, disciplinar, civil e criminal. Estudo de cada situação.
- A responsabilidade peculiar perante os órgãos de controle: controle interno e Tribunal de Contas.

8.3. Parte operacional

- O que é *acompanha*r e o que é *fiscaliza*r o contrato.
- Poderes e deveres do fiscal.
- O assessoramento técnico. Quando cabe e como é formalizado.
- A vinculação relativa do fiscal às informações prestadas por terceiros contratados para subsidiá-lo.
- O registro próprio do qual trata a lei. O que é. O formato e conteúdo.
- Termos de abertura e de encerramento do registro.
- O destino do registro de fiscalização ao fim do serviço.
- O superior ao qual o fiscal deve se reportar em casos especiais.
- O relacionamento com o preposto.
- Treinamento introdutório de empregados que passam a trabalhar na repartição por conta de contratos.

- Formas de intervir para correção de irregularidades.
- Procedimento do fiscal diante de indicativos de crimes.

8.4. Análise de contratos especiais

- Serviços de manutenção. Indicadores de qualidade.
- Serviços de conservação e limpeza.
- Serviço de segurança.
- Fornecimento de alimentação.
- Locação de espaço para restaurante e lanchonete dentro das repartições públicas.

8.5. Parte especial

- Discussão de pontos sensíveis da regulamentação interna.

9. CONCLUSÃO

Esse trabalho, como foi apontado, não pode ser produzido na improvisação. A norma interna do modelo "gambiarra" é a forma certa de dar errado, assim como o treinamento sem a presença de especialista é uma temeridade.

A contratação desses serviços de consultoria e treinamento deve ser realizada com as mesmas cautelas da escolha de um objeto de qualidade, quando a Administração realiza uma compra. Equipamentos com tecnologia defasada podem custar menos; aparelhos sem peças de reposição no mercado também são mais baratos. Essa é uma lógica que as comissões de licitação bem conhecem. Todavia, quando se trata de conhecimento, as áreas responsáveis pela escolha por vezes desprezam a qualidade e tendem a se fixar na seleção do imprestável.

Produzir uma norma interna é um trabalho que exige habilidade de raciocínio para que ela tanto seja prática quanto esteja em

harmonia com os andares de cima; e lecionar é transmitir o saber, o que pressupõe duas coisas:

a) que o profissional verdadeiramente saiba o que transmite;

b) que a linha de transmissão seja boa, que haja conexão entre as partes envolvidas.

Há dinheiro público envolvido na causa. A contratação do serviço de consultoria e treinamento é dispêndio necessário, mas deve ser aplicado no conceito da proposta mais vantajosa, que se caracteriza pela qualidade; e na principal ponta está a responsabilidade pelo bom uso dos recursos nos contratos em si, uma vez que a deficiência na gestão, na fiscalização e no recebimento do objeto são as principais causas do desperdício de valores do erário.

V

O regime português dos serviços financeiros à distância*

Distance contract and consumer's protection in the portuguese legal system

Mário Frota**

SUMÁRIO: 1. Preliminares: 1.1. Enquadramento; 1.2. A Nova Agenda Europeia do Consumidor (Plano Quinquenal de Acção 2021/2025); 1.3. Conceitos; 1.4. Características dos direitos; 2. Comunicações não solicitadas: 2.1. Comunicações não solicitadas: o SPAM: 2.1.1. As características do consentimento para o envio de comunicações electrónicas de marketing; 2.2. Comunicações não solicitadas no quadro da disciplina dos serviços financeiros; 3. Comunicação comercial e estratégias mercadológicas: 3.1. Serviços financeiros não solicitados: 3.1.1. Produtos e Serviços, em geral, não solicitados; 3.1.2. A Lei dos Serviços Financeiros à Distância proíbe do mesmo passo – e por análoga ordem de razões – os serviços não solicitados; 3.2. As consequências jurídicas; 4. A celebração dos contratos de serviços financeiros à distância: 4.1. O acervo de informações como suporte de um consentimento fundado; 4.2. A informação pré-contratual; 4.2.1. Informação: comunicações por via vocal; 4.2.2. Informação:

(*) O presente artigo define, em traços breves, o regime dos serviços financeiros à distância vigente em Portugal e visa sobretudo a divulgação dos seus termos.

(**) Professor jubilado da Universidade de Paris, D' Est (França). Fundador e primeiro presidente da APDC / IACL – International Association for Consumer Law. Fundador e presidente emérito da apDC – Direito do Consumo – Portugal. Fundador e presidente do Instituto Luso-Brasileiro de Direito do Consumo – Coimbra.

atinente ao prestador de serviços; 4.2.3. Informação: alusiva ao serviço financeiro; 4.2.4. Informação: pertinente ao contrato; 4.2.5. Informação alusiva aos mecanismos de protecção; 4.2.6. Informação adicional; 4.3. Contratos de execução continuada; 4.4. Ónus da prova; 5.2. O prazo para o exercício do direito de retractação; 5.2.1. Prazo para os contratos em geral: critério para a contagem; 5.2.2. Prazo para o contrato de seguro de vida: critérios para a contagem; 5.3. Exercício do direito de retractação; 5.4. Execução do contrato no decurso do prazo de retractação; 5.5. Efeitos do exercício do direito de retractação; 5.6. Caducidade pelo não exercício; Conclusão; Bibliografia.

RESUMO: O presente artigo versa sobre o vigente regime português dos serviços financeiros à distância.

Nele se revelam as características dos direitos, a proibição de comunicações não solicitadas (spam), em geral, como em particular no domínio dos serviços financeiros, a proibição de contratos forçados de serviços financeiros à distância e o acervo de informações tendentes a um consentimento perfeito, esclarecido e ponderado. E um direito de retractação com um dilatado período de 14 ou 30 dias, consoante a natureza dos serviços.

Abstract: This article deals with the current Portuguese regime for distance financial services.

It reveals the characteristics of the rights, the prohibition of unsolicited communications (spam) in general, and in particular in the field of financial services, the prohibition of forced contracts for financial services at a distance and the collection of information aimed at a perfect consent, clarified and thoughtful and the right of withdraw al during 14 or 30 days, according to the nature of the services.

Palavras-chave: Serviços financeiros – comunicações não solicitadas (spam) – serviços financeiros não solicitados – contratos à distância – serviços financeiros à distância – direito de retractação (direito de desistência)

Keywords: Financial services – distance marketing of consumer financial services– means of distance communication – unsolicited communications (spam) – unsolicited financial services – distance contracts – distance selling regulation for financial services – payment by card – right of withdrawal.

1. PRELIMINARES

1.1. Enquadramento

O regime jurídico desenhado em Bruxelas (Parlamento Europeu e Conselho de Ministros da União) para os *contratos de serviços financeiros* celebrados de *modo não presencial* com os consumidores remonta especificamente a 2002 (Directiva 2002/65/CE, de 23 de setembro).

Portugal transpôs tal regime para o ordenamento interno em 2006, a 29 de Maio, através de um Decreto-Lei, emanado da Presidência do Conselho de Ministros, sob o nº 95/2006.

Tal Directiva deveria ter sido transposta para o ordenamento jurídico pátrio até 9 de Outubro de 2004, mas, como usualmente, Portugal só o fez mais de ano e meio depois, com reflexos na situação dos consumidores lesados pelos procedimentos das instituições de crédito e sociedades financeiras que operavam em determinados segmentos mediante procedimentos assaz agressivos. E que, com o seu habitual *deficit*de informações qualificadas, não exigiram responsabilidades ao Estado português pelos prejuízos sofridos na sua esfera patrimonial em consequência das estratégias mercadológicas que nesse *interim* feriram deveras bolsa e dignidade próprias. Em consequência do efeito directo das Directivas, susceptível de determinar que os consumidores se voltem contra o Estado-membro pela não transposição tempestiva de tais instrumentos jurídicos, sempre que o facto acarrete prejuízos na esfera própria, requerendo o arbitramento da correspondente indemnização. E, com efeito, na vertente situação, no prazo que mediou entre a *data-limite* para a transposição (09 de Outubro de 2004) e a do começo de *vigência da lei* em Portugal (28 de Junho de 2006), houve de modo insuspeito inusitadas situações que lesaram, decerto e em geral, os consumidores que não viram repostos os seus direitos à luz da normativa vigente.

1.2. A Nova Agenda Europeia do Consumidor (Plano Quinquenal de Acção 2021/2025)

A *Nova Agenda Europeia do Consumidor* e o seu pilar de *"Transformação Digital"* postulam distinto enquadramento face às ocorrências registadas – e de modo maciço – no decurso da pandemia, que de todo se não despediu ainda da humanidade, a impor rearranjos em toda a linha.

Como já o exprimi em um outro artigo, publicado, aliás, no PORTAL do Procon RS, de Porto Alegre, a 22 de Março do corrente ano, "dois domínios relevam, em particular, em um tal enquadramento: a *Sustentabilidade* e a *Transição Digital* com o ror de transformações a que provêem.

Configurem-se, pois, os "perigos e desafios postulados" com as transformações digitais que se vêm operando e as que se projectarem no horizonte:

Necessidade de adaptar o edifício normativo de protecção do consumidor ao ambiente digital, já que o visado se encontra exposto a não raras práticas comerciais desviantes:

- Definição de perfis;
- Publicidade oculta (de resto, proibida entre nós);
- Fraudes e burlas em distintos domínios;
- Informação falsa, falaciosa, enganosa…
- Manipulação das avaliações dos consumidores.

Os consumidores devem beneficiar de um nível de protecção comparável, tanto em linha como fora dela fora, como se tem por elementar.

A eficácia das actuais regras de protecção em ambiente digital acha-se naturalmente comprometida, nomeadamente no que se refere *às práticas comerciais desviantes*, que ocorrem a cada passo.

Em simultaneidade, os contactos daí emergentes podem dificultar uma escolha esclarecida e a salvaguarda dos interesses económicos

dos consumidores, como princípio fundamental a observar no quadro de tutela projectado.

As práticas que se vêm adoptando envolvem o emprego de *padrões «obscuros»:* as práticas de personalização frequentemente baseadas em factores como os precedentemente enunciados, capturados dos inúmeros dados que os consumidores vêm semeando nas redes, um pouco por toda a parte.

Imerso na economia digital, o consumidor, mormente pelas suas associações representativas mais despertas e progressivas, como que impõe aos parlamentares europeus se desdobrem em cautelas logrando, mercê de distintas intervenções, disciplinar o conteúdo das relações que se entretecem, de molde a subtraí-lo das garras de um mercado ainda mais impiedoso porque sem rosto, antes com múltiplas máscaras que o tornam anónimo e prenhe de impessoalidades, na intervenção dilacerante a que tende."

E, noutro passo, sob a epígrafe "*Serviços Financeiros ao Consumidor*"**,** "o sector dos serviços financeiros (na conexão directa instituições de crédito/sociedades financeiras – consumidor) foi profundamente transformado pela transição digital, tendo introduzido novas instrumentos e reclamado distintas soluções, diversificando a oferta de produtos e serviços financeiros.

Prestadores não tradicionais desses serviços – como as empresas de tecnologia financeira e os mutuantes de empréstimos entre particulares – juntaram-se aos fornecedores tradicionais, que também recorrem cada vez mais a canais em linha para dispensa de tais serviços.

Novos produtos, como os empréstimos de curto prazo/custo elevado, que são concluídos por um curto período, mas que podem implicar custos significativos para o mutuário (com interesses da ordem dos 4.000 a 5.000% / ano), são cada vez mais objecto de oferta e comercialização por via digital."

E, noutro passo ainda, "a revisão de um complexo quadro de directivas pertinentes: as *Directivas Crédito ao Consumo, Crédito*

Hipotecário, Contas de Pagamento e Comercialização à Distância de Serviços Financeiros têm forçosamente de ser revistas, a fim de reflectir a crescente utilização de meios digitais por forma a dar resposta aos desafios enunciados.

Um tal acervo normativo deve permitir aos consumidores compreender os produtos e comparar e aceitar ofertas em linha, estimulando assim a inovação e a sua própria confiança."

Daí que cumpra aguardar as modificações normativas que, entretanto, se prevêem a breve trecho, a fim de reforçar a tutela da posição jurídica do consumidor no seio da sociedade digital e no que tange, em particular, aos serviços financeiros por tal modo prestados.

1.3. Conceitos

Característica dos normativos europeus, é a de prodromicamente inserirem um ***glossário*** para que a univocidade terminológica se imponha, mormente nos ordenamentos jurídicos doa 27 Estados-membros que integram a ora denominada União Europeia, ao jeito de um micro-dicionário em que se expendem os conceitos. O que não é de somenos e permite contradistinguir de iniciativa legislativa em iniciativa legislativa diferenças conceituais que permitem aferir a rota e reajustar as figuras, como nomeadamente no que se prende com o próprio conceito de "consumidor".

No que tange aos serviços financeiros, há um entono particular, a saber:

– por *serviço financeiro* se entende "qualquer serviço bancário, de crédito, de seguros, de pensão individual, de investimento ou de pagamento."

E, concomitantemente, os mais conceitos no tema imbricados traduzem-se, consoante a directiva europeia e a lei de transposição, em distintas formulações, a saber:

– *Contrato à distância* é "qualquer contrato relativo a serviços financeiros, celebrado entre um prestador e um consumidor,

ao abrigo de um sistema de venda ou prestação de serviços à distância organizado pelo prestador que, para esse contrato, utilize exclusivamente um ou mais meios de comunicação à distância, até ao momento da celebração do contrato, inclusive"

- Já "*prestador*" é qualquer pessoa singular (física) ou colectiva (jurídica), privada ou pública, que, no âmbito das suas actividades comerciais ou profissionais, seja o prestador contratual de serviços objecto de contratos à distância.
- "*Consumidor*" é conceito restrito, como, em geral, ocorre no ordenamento jurídico europeu: "qualquer pessoa singular que, nos contratos à distância, actue de acordo com objectivos que não se integrem no âmbito da sua actividade comercial ou profissional".
- "*Meio de comunicação à distância":* qualquer meio que possa ser utilizado, sem a presença física e simultânea do prestador e do consumidor, para a comercialização à distância de um serviço entre essas partes;
- "*Suporte duradouro*": qualquer instrumento que permita ao consumidor armazenar informações que lhe sejam pessoalmente dirigidas, de um modo que, no futuro, lhe permita um acesso fácil às mesmas durante um período de tempo adequado aos fins a que as informações se destinam e que permita a reprodução inalterada das informações armazenadas;
- "*Operador ou prestador de um meio de comunicação à distância":* qualquer pessoa singular ou colectiva, privada ou pública, cuja actividade comercial ou profissional consista em pôr à disposição dos prestadores um ou mais meios de comunicação à distância.

De sorte que quando no texto surgir qualquer referência terminológica a cada um dos dados neste passo enunciados é com o sentido e alcance que ora se exprime e é em tal acepção que deve ser tomado.

1.4. Características dos direitos

À semelhança com o que sucede noutros pontos do ordenamento, a *irrenunciabilidade*é a característica irrebatível, irrefragável, de direitos, como os que neste passo se reconhecem aos consumidores, dotados imperatividade absoluta.

O que quer significar que estes direitos não são negociáveis.

Como resulta, de resto, e de modo marcante, da Lei-Quadro de Defesa do Consumidor**,** vigente em Portugal e que remonta a 31 de Julho de 1996 que, no nº 1 do seu artigo 16, sob a epígrafe "carácter injuntivo dos direitos dos consumidores" estabelece:

> Sem prejuízo do regime das cláusulas contratuais gerais, qualquer convenção ou disposição contratual que exclua ou restrinja os direitos atribuídos pela presente lei é nula.

Outro tanto se observa no que tange à Lei-Quadro dos Serviços Públicos Essenciais, como segue (nº 1 do artigo 13):

> Carácter injuntivo dos direitos
> É nula qualquer convenção ou disposição que exclua ou limite os direitos atribuídos aos utentes pela presente lei.

Ou, sem se pretender ser exaustivo, a Lei das Garantias dos Bens de Consumo – Decreto-Lei nº 84/2021, de 18 de Outubro – que, no nº 1 do seu artigo 51, em tema de carácter imperativo dos direitos, prescreve:

> Sem prejuízo do regime das cláusulas contratuais gerais, é nulo o acordo ou cláusula contratual pelo qual se excluam ou limitem os direitos do consumidor previstos no presente decreto-lei."
>
> Ou ainda no que se prende com os "Contratos Celebrados à Distância ou Fora de Estabelecimento" que, em seu artigo 29 e ainda sob tal epígrafe , reza:
>
> "1 – Sem prejuízo do disposto no Decreto-Lei nº 446/85, de 25 de Outubro, alterado pelos Decretos-Leis nºs 220/95, de 31 de Agosto, 249/99, de 7 de Julho, e

> 323/2001, de 17 de Dezembro, são absolutamente proibidas as cláusulas que, directa ou indirectamente, excluam ou limitem os direitos dos consumidores previstos no presente decreto-lei.
>
> 2 – Têm-se por não escritas as cláusulas que estabeleçam a renúncia dos consumidores aos direitos previstos no presente decreto-lei, assim como as que estipulem uma indemnização ou penalização de qualquer tipo no caso de o consumidor exercer aqueles direitos.

Por conseguinte, os direitos consignados no quadro dos Serviços Financeiros Celebrados à Distância desfrutam de tais características para que o consumidor não fique à mercê dos predisponentes.

2. COMUNICAÇÕES NÃO SOLICITADAS

2.1. Comunicações não solicitadas: o SPAM

Como emerge de determinadas fontes, "o termo ***spam*** é susceptível de significar, na esteira de distintos autores, "*Sending and Posting Advertisement in Mass*", a saber, "*remessa e postagem de publicidade em massa".* Ou, como outros pretendem de forma, aliás, menos lisonjeira, "*Stupid Point less Annoying Messages*"**:** *mensagem ridícula, despropositada, irritante…*

Há, no entanto, diversas versões acerca da origem da palavra.

A mais comummente aceita é a de que o termo provém da marca *SPAM,* um tipo de *carne de porco enlatada*, da Hormel Foods Corporation, associada à remessa de mensagens não-solicitadas versada num quadro dos humoristas ingleses *Monty Python.*

Na sua forma mais popular, *spam*consiste em *mensagem de correio electrónico não solicitada* com fins marcadamente publicitários.

Tais mensagens têm geralmente carácter apelativo e, na maioria das vezes, são incómodas, inoportunas, inconvenientes…"

O facto é que os consumidores são, em geral, enxameados "a torto e a direito" com comunicações não solicitadas.

Que, no que ao ordenamento jurídico português atine, repousa como guardião ou claviculárioa *Comissão Nacional de Protecção de Dados*, entidade regulatória no domínio de que se trata.

A Lei da Privacidade nas Comunicações Electrónicas que vigora desde 2004 acolheu a norma que remonta à Lei do Comércio Electrónico desse mesmo ano acerca da disciplina neste passo vertida e estabelece inequivocamente, no seu artigo 13-A, exactamente sob a epígrafe "*comunicações não solicitadas*" que

> 1 – Está sujeito a consentimento prévio expresso do assinante que seja pessoa singular, ou do utilizador, o envio de comunicações não solicitadas para fins de marketing directo, designadamente através da utilização de sistemas automatizados de chamada e comunicação que não dependam da intervenção humana (aparelhos de chamada automática), de aparelhos de telecópia ou de correio electrónico, incluindo SMS (serviços de mensagens curtas), EMS (serviços de mensagens melhoradas) MMS (serviços de mensagem multimédia) e outros tipos de aplicações similares.
> 1 …

Recente parecer da Comissão Nacional de Protecção de Dados, que contempla a situação *sob judice*, permite entrever determinados aspectos que se dirimem neste particular:

> […] a Lei da Privacidade nas Comunicações Electrónicas só admite dois fundamentos para o envio de comunicações electrónicas de marketing directo: interesse legítimo do responsável pelo tratamento e consentimento do titular dos dados pessoais objecto de tratamento.
>
> Sublinha-se que os dois fundamentos não são alternativos ou dependentes da "escolha" arbitrária do responsável pelo tratamento, especificando a lei os pressupostos de cada um deles.
>
> Assim, a Lei da Privacidade nas Comunicações Electrónicas, no seu artigo 13.º – A, distingue o fundamento de licitude em função da relação com o destinatário da comunicação electrónica de marketing directo:

a) Se já existe uma relação de clientela, o fundamento é diferente em função do conteúdo promocional; assim,

   i) Se o marketing respeita a produtos ou serviços análogos aos adquiridos anteriormente pelo cliente, não é necessário o seu consentimento;

   ii) Se o marketing respeita a produtos ou serviços diferentes dos adquiridos anteriormente pelo cliente, depende do consentimento prévio e expresso do cliente;

b) Se não existe uma relação jurídica prévia entre o responsável e o destinatário, apenas com o consentimento prévio e expresso do titular dos dados.

Assim, no contexto da relação de clientela, permite-se às entidades a utilização dos dados de contacto dos seus clientes (obtidos no contexto da transacção de um produto ou serviço) para fins de ***marketing directo*** quando diga respeito a produtos ou serviços análogos aos transaccionados. Nesta hipótese, o fundamento do tratamento de dados pessoais é o interesse legítimo do responsável pelo tratamento.

Tendo o legislador da União Europeia ponderado em abstracto os diferentes interesses em presença, parece ter presumido que, quanto aos produtos e serviços iguais ou similares aos já adquiridos pelo cliente, é também do interesse do cliente conhecer as promoções ou novos produtos ou serviços similares ou, pelo menos, que ele terá a expectativa razoável de receber promoções sobre tais bens ou serviços.

Não obstante, deverá ser providenciada ao cliente a possibilidade de recusar, fácil e gratuitamente, a utilização dos seus dados para o efeito, quer no momento da

respectiva recolha, quer por ocasião de cada mensagem enviada, devendo a identidade e o meio de contacto do fornecedor estar explícitos em cada mensagem. Em causa está o direito de oposição, previsto no nº 3 do artigo 13.º-A da Lei da Privacidade nas Comunicações Electrónicas e também regulado no artigo 21.º do RGPD.

Na ausência de uma relação jurídica entre responsável pelo tratamento e destinatário da comunicação, ou existindo esta, quando a acção promocional incida sobre produtos ou serviços diferentes dos transaccionados com o cliente, as comunicações electrónicas de marketing directo só poderão ter lugar mediante consentimento prévio do titular dos dados."

2.1.1. As características do consentimento para o envio de comunicações electrónicas de marketing

"O consentimento para o envio de comunicações electrónicas para fins de *marketing directo*, previsto na Lei da Privacidade nas Comunicações Electrónicas, assume todas as características do consentimento previsto no RGPD – Regulamento Geral de Protecção de Dados, uma vez que a lei especial remete o conceito para a definição constante do regime geral, aplicando-se-lhe todos os requisitos legais daí decorrentes.

Para ser válido, esse consentimento tem de preencher os atributos definidos na alínea 11) do artigo 4.º do RGPD, respeitar os limites definidos no artigo 7.º do RGPD e também ser obtido num quadro de lealdade e transparência, conforme o disposto na alínea a) do nº 1 do artigo 5.º do RGPD.

Com efeito, o consentimento deve "ser dado mediante um acto positivo claro que indique uma *manifestação de vontade livre, específica, informada e inequívoca* de que o titular de dados consente no tratamento dos dados que lhe digam respeito, como por exemplo mediante uma

declaração escrita, inclusive em formato electrónico, ou uma declaração oral" – cf. alínea 11) do artigo 4.º e considerando 32, ambos do RGPD.

Além disso, a manifestação de vontade deve traduzir-se num ***acto positivo e expresso,*** não bastando a mera inacção ou o silêncio, não sendo por isso admissíveis formulários ou outros formatos de recolha do consentimento em que esteja já previamente preenchido o campo destinado a confirmar o consentimento.

A manifestação de vontade *inequívoca*é reforçada na Lei da Privacidade nas Comunicações Electrónicas pela exigência de o consentimento ser "expresso", como resulta da redacção do nº 1 do artigo 13.º-A.

Tal implicará sempre um comportamento activo da pessoa em causa, não se admitindo a aceitação implícita do tratamento de dados. Além disso, tem de ser obtido previamente ao envio da comunicação.

Outro dos elementos que caracterizam o consentimento é que este deve ser "*informado*"**.** Tal pressupõe que, antes de obter o consentimento, o responsável pelo tratamento presta todas as informações exigidas pelo artigo 13.º do RGPD, designadamente a identidade e contactos do responsável pelo tratamento, o envio de comunicações electrónicas de marketing como finalidade do tratamento e o consentimento como respectivo fundamento de legitimidade, o direito de retirar o consentimento em qualquer altura, o prazo de conservação dos dados pessoais.

De extrema relevância é que a informação deve ser prestada nas condições exigidas pelo nº 1 do artigo 12.º do RGPD, isto é, de forma concisa e inteligível, numa linguagem clara e simples, atendendo ao público visado, e de um modo acessível, atendendo também às particularidades do meio através do qual é fornecida a informação.

> Um consentimento não pode ser tido como válido se, das informações prestadas pelo responsável aquando da obtenção do consentimento, o titular não conseguir antecipar, de forma razoável, as consequências mediatas que resultam do tratamento dos seus dados pessoais."

Daí que haja de ter em conta todas estas directrizes para que se não aligeirem as exigências postuladas por lei sempre que se trate de recolher do consumidor o consentimento devido para o efeito.

2.2. Comunicações não solicitadas no quadro da disciplina dos serviços financeiros

A remessa de mensagens tendo em mira a celebração do contrato deprestação de serviços financeiros à distância cuja recepção seja independente da intervenção do destinatário, nomeadamente por via de sistemas automatizados de chamada, por telecópia ou por correio electrónico, carece sempre do consentimento prévio do consumidor.

Trata-se de norma universal, no seio da União Europeia, de que se não prescinde.

A remessa de mensagens mediante a utilização de outros meios de comunicação à distância que permitam uma comunicação individual apenas pode ter lugar quando não houver oposição do consumidor manifestada nos termos previstos em legislação ou regulamentação especiais, como, de resto, se intui do que precede.

As comunicações a que se alude, e bem assim bem a emissão ou recusa de consentimento prévio, não podem gerar, di-lo imperativamente a lei, quaisquer custos para o consumidor.

E toda a disciplina daqui emergente é indispensável para que as instituições de crédito e as sociedades financeiras se coíbam de eventuais abordagens aos consumidores, fundados na ousadia das suas iniciativas e na nula resistência de consumidores ignorantes e impreparados.

3. COMUNICAÇÃO COMERCIAL E ESTRATÉGIAS MERCADOLÓGICAS

Se a comunicação tiver na sua génese a revelação de produtos ou serviços financeiros que instituições de crédito ou sociedades financeiras se permitam oferecer no mercado, há que ter em devida conta que as normas atinentes à publicidade constantes da Lei do Crédito ao Consumidor de 2009 terão de ser presentes no delineamento da comunicação.

Com efeito, há neste particular regras precisas cuja observância se impõe de análogo modo, em reforço das cautelas com que há de rodear-se os preliminares negociais:

Afora as normas aplicáveis à actividade publicitária em geral e as que presidem às práticas comerciais desleais no quadro das relações jurídicas de consumo, a publicidade ou qualquer comunicação comercial em que um credor se proponha oferecer um qualquer serviço financeiro deve indicar, se for o caso, a TAEG [Taxa Anual de Encargos Efectiva Global] para cada uma das modalidades, conquanto se apresente como gratuito, sem juros ou empregue expressões equivalentes.

Se, em função das condições concretas do crédito, houver lugar à aplicação de diferentes TAEG, a todas se referirá a comunicação.

A indicação da TAEG que, pelo seu tratamento gráfico ou audiovisual, não seja, em termos objectivos, legível ou perceptível pelo consumidor, não cumpre as exigências neste passo postuladas.

A publicidade a operações de crédito em que se indique uma taxa de juro ou outros valores relativos ao custo do crédito para o consumidor deve incluir informações normalizadas, de modo claro, conciso, legível e destacado, por meio de um exemplo representativo, a saber:

- A taxa nominal, fixa ou variável ou ambas, juntamente com a indicação de quaisquer encargos aplicáveis incluídos no custo total do crédito para o consumidor;
- O montante total do crédito;

- A TAEG;
- A duração do contrato de crédito, se for o caso;
- O preço a pronto e o montante do eventual sinal, no caso de crédito sob a forma de pagamento diferido de bem ou de serviço específico; e
- O montante total imputado ao consumidor e o montante das prestações, se for o caso.

Se a celebração de contrato relativo a um serviço acessório ao contrato, nomeadamente o seguro, for necessária para a obtenção do crédito ou para a obtenção do crédito nos termos e nas condições de mercado, e o custo desse serviço acessório não puder ser antecipadamente determinado, deve igualmente ser mencionada, de modo claro, conciso e visível, a obrigação de celebrar esse contrato, bem como a TAEG.

A TAEG torna equivalentes, numa base anual, os valores actuais do conjunto das obrigações assumidas, considerando os créditos utilizados, os reembolsos e os encargos, actuais ou futuros, que tenham sido acordados entre o credor e o consumidor.

A TAEG é calculada determinando-se o custo total do crédito para o consumidor de acordo com a fórmula matemática que a Lei do Crédito ao Consumidor especifica de modo rigoroso.

Incluem-se no cálculo da TAEG, excepto se a abertura da conta for facultativa e os custos da conta tiverem sido determinados de maneira clara e de forma separada no contrato de crédito ou em qualquer outro contrato celebrado com o consumidor:

- Os custos relativos à manutenção de conta que registe simultaneamente operações de pagamento e de utilização do crédito;
- Os custos relativos à utilização ou ao funcionamento de meio de pagamento que permita, ao mesmo tempo, operações de pagamento e de utilização do crédito; e
- Outros custos relativos às operações de pagamento.

O cálculo da TAEG é efectuado no pressuposto de que o contrato vigora pelo período de tempo acordado e de que as respectivas obrigações se cumprem nas condições e nas datas especificadas no contrato.

Sempre que os contratos de crédito contenham cláusulas que permitam alterar a taxa devedora e, se for caso disso, encargos incluídos na TAEG que não sejam quantificáveis no momento do respectivo cálculo, a TAEG é calculada no pressuposto de que a taxa nominal e os outros encargos se mantêm fixos em relação ao nível inicial e de que são aplicáveis até ao termo do contrato de crédito.

No cálculo da TAEG não se incluem, porém:

– As importâncias a pagar pelo consumidor em consequência do incumprimento de alguma das obrigações que lhe incumbam por força do contrato de serviços financeiros de que se trate; e

– As importâncias, diferentes do preço, que, independentemente de se tratar de negócio celebrado a pronto ou a crédito, sejam suportadas pelo consumidor aquando da aquisição de bens ou da prestação de serviços.

As especificações constantes das leis são particularmente estreitas e escaparão, decerto, a qualquer consumidor meridianamente informado, razão por que o legislador europeu, à cautela, entendeu prover o sistema de uma assistência ao consumidor em termos modelares, não se sabendo, porém, se vem funcionando deveras.

A tal propósito se dispõe que incumbe às instituições de crédito e sociedades financeiras esclarecer de modo adequado o consumidor, por forma a colocá-lo em posição que lhe permita avaliar se o contrato proposto se adapta às suas necessidades e à situação financeira que detém, cabendo-lhes, designadamente, fornecer as informações pré-contratuais cabíveis, explicitar as características essenciais dos produtos propostos, bem como descrever os efeitos específicos deles decorrentes para o consumidor, em que se incluem naturalmente as consequências do incumprimento.

Os esclarecimentos devem ser oferecidosem momento anterior ao da celebração do contrato, facultados ao consumidor em suporte duradouro reprodutível e revelados de forma clara, concisa e legível.

Aos intermediários dos serviços de crédito cabe o dever de transmitir integralmente ao consumidor os esclarecimentos .

Cabe ao dador de serviços financeiros a prova do cumprimento das obrigações neste passo consignadas.

3.1. Serviços financeiros não solicitados

3.1.1. Produtos e Serviços, em geral, não solicitados

A Lei-Quadro de Defesa do Consumidor de 31 de Julho de 1996, no nº 4 do seu artigo 9.º, define, em geral, que

> O consumidor não fica obrigado ao pagamento de bens ou serviços que não tenha prévia e expressamente encomendado ou solicitado, ou que não constitua cumprimento de contrato válido, não lhe cabendo, do mesmo modo, o encargo da sua devolução ou compensação, nem a responsabilidade pelo risco de perecimento ou deterioração da coisa.
>
> Tratava-se, porém, de norma sem sanção, já que só em 2008 se veio a inserir tais práticas no âmago da Lei das Práticas Comerciais Desleais com a consequente moldura sancionatória.
>
> Nela se traduzira uma tal hipótese nos termos que, entretanto, se enunciam, tal como resultantes do seu artigo 13, sob a epígrafe "envio de bens ou serviços não solicitados":
>
> 1 – No caso de envio de bens ou serviços não encomendados ou solicitados, que não constitua o cumprimento de qualquer contrato válido, o destinatário desses bens ou serviços não fica obrigado à sua

devolução ou pagamento, podendo conservá-los a título gratuito.

2 – A ausência de resposta do destinatário, nos termos do número anterior, não vale como consentimento.

3 – Se, não obstante o disposto nos números anteriores, o destinatário efectuar a devolução do bem, tem direito a ser reembolsado das despesas desta decorrentes no prazo de 30 dias a contar da data em que a tenha efectuado.

Tal dispositivo foi, no entanto, revogado, por redundante, pelo Decreto-Lei nº 205/2015, de 23 de Setembro, sendo que as sanções originariamente previstas (e ulteriormente reformuladas) se situavam num determinado leque:

> [...] contra-ordenação punível com coima de 250 a 3740,98€, se o infractor for pessoa singular (física), e de 3.000 a 44 891,81€ se for pessoa colectiva (jurídica).

A Lei dos Contratos à Distância e Fora de Estabelecimento de 14 de Fevereiro de 2014 que disciplina de análogo modo outras práticas negociais, prescreve no seu artigo 28, sob a epígrafe "fornecimento de bens não solicitados", o que segue:

> 1 – É proibida a cobrança de qualquer tipo de pagamento relativo a *fornecimento não solicitado de bens*, água, gás, electricidade, aquecimento urbano ou conteúdos digitais *ou a prestação de serviços não solicitada pelo consumidor*, excepto no caso de bens ou serviços de substituição fornecidos em conformidade com o nº 4 do artigo 19.º
>
> 2 – Para efeitos do disposto no número anterior, *a ausência de resposta do consumidor na sequência do fornecimento ou da prestação não solicitados não vale como consentimento*.

A moldura sancionatória para o efeito é distinta, porém, da que originariamente se recortara, já que o Regime Jurídico das Contra-Ordenações Económicas de 29 de Janeiro de 2021atenuou, num

sem-número de hipóteses, as molduras dos ilícitos de mera ordenação social neste passo consubstanciados.

Daí que haja considerado como ilícito de mera ordenação "muito grave" com uma moldura, para o efeito, distinta, consoante a natureza e a estatura do agente:

- Se se tratar de microempresa, de 3 000,00 a 11 500,00 €;
- Se de pequena empresa, de 8 000,00 a 30 000,00 €;
- Se de média empresa, de 16 000,00 a 60 000,00 €;
- Se de grande empresa, de 24 000,00 a 90 000,00 €.

E a grelha classificatória definiu-a a lei nestes termos:

- *Microempresa* – menos de 10 trabalhadores;
- *Pequena empresa* – entre 10 e 49 trabalhadores;
- *Média empresa* – entre 50 e 249 trabalhadores;
- *Grande empresa* – 250 ou mais trabalhadores.

3.1.2. A Lei dos Serviços Financeiros à Distância proíbe do mesmo passo – e por análoga ordem de razões – os serviços não solicitados

É proibida a prestação de serviços financeiros à distância que incluam um pedido de pagamento, imediato ou diferido, ao consumidor que os não tenha prévia e expressamente solicitado.

O consumidor a quem sejam prestados serviços financeiros não solicitados não fica sujeito a qualquer obrigação relativamente a esses serviços, nomeadamente de pagamento, considerando-se os serviços prestados a título gratuito.

O silêncio do consumidor não vale como consentimentopara efeitos do que antecede, à semelhança do que ocorre nos produtos e serviços em geral.

O disposto precedentemente não prejudica o regime da renovação tácita dos contratos, se for obviamente o caso.

3.2. As consequências jurídicas

O fornecimento de serviços financeiros não solicitados constitui contra-ordenação, passível de coima de 2.500 a 1 500 000 €, se praticada por pessoa colectiva (pessoa jurídica),

De par com as coimas, aplicar-se-ão ao responsável por qualquer das contra-ordenações previstas as seguintes sanções acessórias em função da gravidade da infracção e da culpa do agente:

- Apreensão e perda do objecto da infracção, incluindo o produto do benefício económico obtido pelo infractor através da sua prática;
- Interdição do exercício da profissão ou da actividade a que a contra-ordenação respeita, por um período até três anos;
- Inibição do exercício de cargos sociais e de funções de administração, direcção, chefia e fiscalização em pessoas colectivas que, nos termos do presente decreto-lei, sejam prestadoras de serviços financeiros, por um período até três anos;
- Publicação da punição definitiva, a expensas do infractor, num jornal de larga difusão na localidade da sede ou do estabelecimento permanente do infractor ou, se este for uma pessoa singular, na da sua residência.

Repare-se que enquanto nas contra-ordenações muito graves às "grandes empresas" o montante máximo da coima não excede os 90 000 €, no que tange às instituições de crédito e sociedades financeiras, neste passo consideradas, o valor previsto orça os *1 500 000 €.*

Não há, porém, notícia de situações, como as recortadas neste domínio, apreciadas pelo Regulador e, como tal, sancionadas.

4. A CELEBRAÇÃO DOS CONTRATOS DE SERVIÇOS FINANCEIROS À DISTÂNCIA

4.1. O acervo de informações como suporte de um consentimento fundado

No particular de que se trata, importa de início consignar uma mancheia de especificações em termos de glossário, a fim de a comunicação não padecer de eventual ruído.

Importa, pois, conceituar os termos que ao longo dos textos surgem e que têm um significado próprio, que cumpre revelar e sublinhar:

- *Meio ou suporte*: A informação constante do presente título e os termos do contrato devem ser comunicados em papel ou noutro suporte duradouro disponível e acessível ao consumidor, em tempo útil e antes de este ficar vinculado por uma proposta ou por um contrato à distância.
- *Suporte duradouro*: Considera-se suporte duradouro aquele que permita armazenar a informação dirigida pessoalmente ao consumidor, possibilitando no futuro, durante o período de tempo adequado aos fins a que a informação se destina, um acesso fácil à mesma e a sua reprodução inalterada.
- *Suporte papel:* O consumidor pode, a qualquer momento da relação contratual, exigir que lhe sejam fornecidos os termos do contrato em suporte de papel.
- O suporte papel é, de análogo modo, um suporte duradouro, conquanto neste passo surja definido com autonomia.
- *Oportunidade:* Se a iniciativa da celebração do contrato partir do consumidor e o meio de comunicação à distância escolhido por este não permitir a transmissão da informação e dos termos do contrato, tal como se define precedentemente, o prestador deve cumprir estas obrigações imediatamente após a celebração do mesmo.

– *Requisito fundamental: clareza / transparência***:** A informação a que se alude neste passo deve identificar, de modo inequívoco, os objectivos comerciais do prestador e ser prestada de modo claro e perceptível, de forma adaptada ao meio de comunicação à distância utilizado e com observância dos princípios da boa-fé que a Lei-Quadro de Defesa do Consumidor acolhe no nº 1 do seu artigo 9.º, como segue:

> O consumidor tem direito à protecção dos seus interesses económicos, impondo-se nas relações jurídicas de consumo a igualdade material dos intervenientes, a lealdade e a boa-fé, nos preliminares, na formação e ainda na vigência dos contratos.

4.2. A informação pré-contratual

A informação preliminar é, estultícia seria afirmá-lo, relevante a todos os títulos.

A Lei-Quadro de Defesa do Consumidor acentua uma tal relevância ao estatuir, no nº 1 do seu artigo 8.º, de forma extensa e profunda, que

> O fornecedor… deve, tanto na *fase de negociações* como na da celebração do contrato, informar o consumidor de forma clara, objectiva e adequada, a não ser que tal informação resulte de forma clara e evidente do contexto, nomeadamente sobre:
>
> – As características principais dos bens ou serviços, tendo em conta o suporte utilizado para o efeito e considerando os bens ou serviços em causa;
>
> – A identidade do fornecedor de bens ou prestador de serviços, nomeadamente o seu nome, firma ou denominação social, endereço geográfico no qual está estabelecido e número de telefone;
>
> – Preço total dos bens ou serviços, incluindo os montantes das taxas e impostos, os encargos suplementares

de transporte e as despesas de entrega e postais, quando for o caso;

– Modo de cálculo do preço, nos casos em que, devido à natureza do bem ou serviço, o preço não puder ser calculado antes da celebração do contrato;

– A indicação de que podem ser exigíveis encargos suplementares postais, de transporte ou de entrega e quaisquer outros custos, nos casos em que tais encargos não puderem ser razoavelmente calculados antes da celebração do contrato;

– As modalidades de pagamento, de entrega ou de execução e o prazo de entrega do bem ou da prestação do serviço, quando for o caso;

– Sistema de tratamento de reclamações dos consumidores pelo profissional, bem como, quando for o caso, sobre os centros de arbitragem de conflitos de consumo de que o profissional seja aderente, e sobre a existência de arbitragem necessária;

– Período de vigência do contrato, quando for o caso, ou, se o contrato for de duração indeterminada ou de renovação automática, as condições para a sua denúncia ou não renovação, bem como as respectivas consequências, incluindo, se for o caso, o regime de contrapartidas previstas para a cessação antecipada dos contratos que estabeleçam períodos contratuais mínimos;

– A existência de garantia de conformidade dos bens, com a indicação do respectivo prazo, e, quando for o caso, a existência de serviços pós-venda e de garantias comerciais, com descrição das suas condições;

– A funcionalidade dos conteúdos digitais, nomeadamente o seu modo de utilização e a existência ou inexistência de restrições técnicas, incluindo as medidas de protecção técnica, quando for o caso;

> – Qualquer interoperabilidade relevante dos conteúdos digitais, quando for o caso, com equipamentos e programas informáticos de que o fornecedor ou prestador tenha ou possa razoavelmente ter conhecimento, nomeadamente quanto ao sistema operativo, a versão necessária e as características do equipamento;
> – As consequências do não pagamento do preço do bem ou serviço.
>
> [...]
>
> O fornecedor... que viole o dever de informar responde pelos danos que causar ao consumidor, sendo solidariamente responsáveis os demais intervenientes na cadeia da produção à distribuição que hajam igualmente violado o dever de informação.
>
> O dever de informar não pode ser denegado ou condicionado por invocação de segredo de fabrico não tutelado na lei, nem pode prejudicar o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais ou outra legislação mais favorável para o consumidor.
>
> O incumprimento do dever de informação sobre as consequências do não pagamento do preço do bem ou serviço determina a responsabilidade do fornecedor de bens ou prestador de serviços pelo pagamento das custas processuais devidas pela cobrança do crédito.
>
> [...]

A denegação do dever de informar importa necessariamente responsabilidade pré-contratual por *culpa in contrahendo.*

A informação neste passo recortada desdobra-se em:

– Informação por via vocal: especificidades
– Informação atinente ao prestador de serviços
– Informação alusiva ao serviço financeiro
– Informação pertinente ao contrato
– Informação sob a óptica dos mecanismos de protecção

– Informação adicional

Sempre que o consumidor seja português, a informação pré-contratual, os termos do contrato à distância e todas as demais comunicações relativas ao contrato são efectuadas em língua portuguesa, excepto quando o consumidor aceite a adopção de outro idioma.

Nas demais situações, o prestador deve indicar ao consumidor o idioma ou idiomas em que é transmitida a informação pré-contratual, os termos do contrato à distância e as demais comunicações relativas ao contrato.

4.2.1. Informação: comunicações por via vocal

Regras específicas se consignam no que tange às comunicações por via vocal.

Em tais circunstâncias, o prestador deve indicar inequivocamente, no início da comunicação, a sua identidade e o objectivo comercial do contacto estabelecido.

Perante o *consentimento expresso* do consumidor, o prestador apenas se acha obrigado à transmissão da informação que segue:

– Identidade da pessoa que contacta com o consumidor e a sua relação com o prestador;

– Descrição das principais características do serviço financeiro;

– Preço total a pagar ao prestador pelo serviço financeiro, incluindo todos os impostos pagos através do prestador, ou, quando não possa ser indicado um preço exacto, a base para o cálculo do preço que permita a sua verificação pelo consumidor;

– Indicação da eventual existência de outros impostos ou custos que não sejam pagos através do prestador ou por ele facturados;

– Existência ou inexistência do direito de retractação [dar o dito por não dito], com indicação, quando o mesmo exista, da respectiva duração, das condições de exercício e do montante que pode ser exigido ao consumidor no caso do seu exercício

O prestador deve ainda comunicar ao consumidor a existência de outras informações e respectiva natureza que, nesse momento, lhe podem ser prestadas, caso este o pretenda.

O disposto precedentemente não prejudica o dever de o prestador transmitir as informações que no caso couberem no decurso de vigência do contrato. Se for obviamente o caso.

4.2.2. Informação: atinente ao prestador de serviços

Já no que toca ao próprio prestador de serviços, a informação que lhe incumbe prestar ao consumidor abarca, por imperativo legal, um sem-número de pontos, a saber:

- Identidade e actividade principal do prestador, sede ou domicílio profissional onde se encontra estabelecido e qualquer outro endereço geográfico relevante para as relações com o consumidor;
- Identidade do eventual representante do prestador no Estado-membro da União Europeia de residência do consumidor e endereço geográfico relevante para as relações do consumidor com o representante;
- Identidade do profissional diferente do prestador com quem o consumidor tenha relações comerciais, se existir, a qualidade em que este se relaciona com o consumidor e o endereço geográfico relevante para as relações do consumidor com esse profissional;
- Número de matrícula na conservatória do registo comercial ou outro registo público equivalente no qual o prestador se encontre inscrito com indicação do respectivo número de registo ou forma de identificação equivalente nesse registo;
- Indicação da sujeição da actividade do prestador a um regime de autorização necessária e identificação da respectiva autoridade de supervisão.

Convém dilucidar que as disposições aplicáveis aos prestadores de serviços financeiros são extensíveis, com as devidas adaptações, aos

intermediários que actuem por conta daqueles, independentemente do seu estatuto jurídico e de estarem, ou não, dotados de poderes de representação.

4.2.3. Informação: alusiva ao serviço financeiro

Deve ser prestada ao consumidor, de análogo modo, informação sobre o serviço financeiro, a saber:

- Descrição das principais características do serviço financeiro;
- Preço total devido pelo consumidor ao prestador pelo serviço financeiro, incluindo o conjunto das comissões, encargos e despesas inerentes e todos os impostos pagos através do prestador ou, não podendo ser indicado um preço exacto, a base de cálculo do preço que permita a sua verificação pelo consumidor;
- Indicação da eventual existência de outros impostos ou custos que não sejam pagos através do prestador ou por ele facturados;
- Custos adicionais decorrentes, para o consumidor, da utilização de meios de comunicação à distância, quando estes custos adicionais sejam facturados;
- Período de validade das informações prestadas;
- Instruções relativas ao pagamento;
- Indicação de que o serviço financeiro está associado a instrumentos que impliquem riscos especiais relacionados com as suas características ou com as operações a executar;
- Indicação de que o preço depende de flutuações dos mercados financeiros fora do controlo do prestador e que os resultados passados não são indicativos dos resultados futuros.

4.2.4. Informação: pertinente ao contrato

Deve ser prestada ao consumidor informação pertinente ao contrato à distância:

- A existência ou inexistência do direito de retractação [o de dar o dito por não dito], legalmente previsto, com indicação da respectiva duração, das condições de exercício, do montante que pode ser exigido ao consumidor, de acordo com o estatuído, e das consequências do não exercício de tal direito;
- As instruções sobre o exercício do direito de retractação, designadamente quanto ao endereço, geográfico ou electrónico, para onde deve ser enviada a notificação deste;
- A indicação do Estado membro da União Europeia ao abrigo de cuja lei o prestador estabelece relações com o consumidor antes da celebração do contrato à distância;
- A duração mínima do contrato à distância, tratando-se de contratos de execução permanente ou periódica;
- Os direitos das partes em matéria de extinção antecipada ou unilateral do contrato à distância (no decurso do período de vigência), incluindo as eventuais penalizações daí decorrentes;
- A lei aplicável ao contrato à distância e o tribunal competente previstos nas cláusulas contratuais.

A informação sobre obrigações contratuais a comunicar ao consumidor na fase pré-contratual deve ser conforme à lei presumivelmente aplicável ao contrato à distância.

4.2.5. Informação alusiva aos mecanismos de protecção

Deve ser prestada ao consumidor informação atinente a determinados mecanismos de protecção, a saber:

- Sistemas de indemnização aos investidores e de garantia de depósitos;
- Existência ou inexistência de meios extrajudiciais de resolução de litígios e respectivo modo de acesso.

No que em particular se refere aos meios extrajudiciais de resolução de litígios, cumpre atentar no que a Lei da Resolução Alternativa

de Litígios de Consumo de 08 de setembro de 2015 estatui a propósito da informação a prestar aos consumidores.

No seu artigo 18, e sob a epígrafe "deveres de informação dos fornecedores de bens ou prestadores de serviços" se estabelece que

- Sem prejuízo dos deveres a que se encontrem sectorialmente vinculados por força da legislação especial que se lhes aplique, os fornecedores de bens ou os prestadores de serviços estabelecidos em território nacional devem informar os consumidores relativamente às entidades de RAL [Resolução Alternativa de Litígios] a que se encontram vinculados, por adesão ou por imposição legal decorrente de arbitragem necessária, e indicar o respectivo sítio electrónico na Internet
- Tais informações devem ser prestadas de forma clara, compreensível e facilmente acessível no sítio electrónico na Internet dos fornecedores de bens ou prestadores de serviços, caso exista, bem como nos contratos de compra e venda ou de prestação de serviços entre o fornecedor de bens ou prestador de serviços e o consumidor, quando estes assumam a forma escrita ou constituam contratos de adesão, ou ainda noutro suporte duradouro.

E no tocante a Informações gerais, a norma subsequente dispõe:

- As entidades de RAL, a Direcção-Geral do Consumidor e o Centro Europeu do Consumidor devem divulgar nos seus sítios electrónicos na Internet, através de uma ligação ao sítio electrónico da Comissão Europeia e, sempre que possível, em suporte duradouro nas suas instalações, a lista das entidades de RAL elaborada pela Comissão Europeia.
- Incumbe à Direcção-Geral do Consumidor promover a divulgação de tal lista nos sítios electrónicos na Internet das associações de consumidores e de

fornecedores de bens ou prestadores de serviços, no portal do cidadão, bem como por quaisquer outros meios tidos por adequados.

A Lei do Crédito ao Consumidor de 2 de Junho de 2009, aplicável aos serviços financeiros à distância, como convém, estabelece no seu artigo 32 algo de marcada relevância, a saber:

- Sem prejuízo do acesso pelos consumidores aos meios judiciais competentes, os mutuantes devem oferecer aos consumidores o acesso a meios extrajudiciais eficazes e adequados de reclamação e de resolução de litígios, respeitantes aos direitos e obrigações estabelecidos no presente diploma legal.

- A oferta a que se alude no passo precedente efectiva-se através da adesão a, pelo menos, duas entidades que possibilitem a resolução alternativa de litígios, nos termos previstos na Lei da Resolução Alternativa de Litígios de Consumo.

- No prazo de 15 dias após a adesão do antecedente prevista, os mutuantes comunicam as entidades a que hajam aderido ao Banco de Portugal, que publicita essa informação no seu sítio na Internet.

- Os mutuantes devem ainda assegurar que a resolução de litígios transfronteiriços seja encaminhada para entidade signatária do protocolo de adesão à rede de cooperação na resolução alternativa de litígios transfronteiriços no sector financeiro (FIN-NET).

A *FIN-NET* é a rede europeia de instituições nacionais competentes para dirimir extrajudicialmente as acções instauradas pelos consumidores no domínio dos serviços financeiros.

A rede abarca os países do Espaço Económico Europeu, isto é:

- os países da União Europeia (que ora se acham reduzidos a 27 com a saída da Grã-Bretanha consumada a 31 de janeiro de 2020)

– a Islândia
– o Liechtenstein
– a Noruega

A rede *FIN-NET* foi criada pela Comissão Europeia em 2001 com o fito de

– fomentar a cooperação entre os provedores de justiça nacionais (*ombudsperson*) no domínio dos serviços financeiros
– proporcionar aos consumidores um acesso fácil a mecanismos alternativos de resolução de litígios (RAL) em caso de um litígio transnacional sobre a prestação de serviços financeiros.

Tanto os centros de arbitragem de conflitos de consumo, como se observa em Portugal, como os demais organismos da rede dispensam justiça na esfera extrajudicial, a fim de se cumprir o ditame de uma acessível e pronta, já que a morosidade é característica dominante dos convencionais órgãos de judicatura, como ninguém o ignora, afinal.

Daí a obsessão da União Europeia no que tange a entidades que relevem de estruturas que exorbitem dos quadros tradicionais da administração da Justiça, sem prejuízo do recurso aos órgãos jurisdicionais por opção do consumidor, atento o artigo 6.º da Declaração Europeia dos Direitos Humanos.

4.2.6. Informação adicional

O disposto no passo precedente não prejudica os requisitos de informação prévia adicional previstos na legislação reguladora dos serviços financeiros, tanto a que emerge do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras que com pertinentes actualizações remonta a 31 de Dezembro de 1998 (Decreto-Lei nº 298/98, de 31 de Dezembro, que regista não menos de 59 alterações até então), como a que resulta de diplomas avulsos aplicáveis, em vista de uma reforçada tutela da posição jurídica do consumidor.

Do mesmo passo há que observar as prescrições do Regime Jurídico dos Serviços de Pagamento e da Moeda Electrónica (Decreto-Lei

nº 91/2018, de 12 de novembro, que transpõe para o ordenamento jurídico pátrio a Directiva (UE) 2015/2366. do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Novembro de 2015, relativa aos serviços de pagamento no Mercado Interno (a denominada "segunda Directiva de Serviços de Pagamento"), que procedeu a uma revisão do enquadramento jurídico europeu em matéria de serviços de pagamento.

A particular complexidade da matéria exige dos dadores de crédito e dos mais serviços financeiros peculiares cuidados, já que informação equívoca, menos transparente e excessiva equivale, sem sombra de dúvidas, a *informação nenhuma*, algo que há que obtemperar, evitando a todos os títulos.

4.3. Contratos de execução continuada

Nos contratos que compreendam um acordo inicial de prestação do serviço financeiro e a subsequente realização de operações de execução continuada, as disposições enunciadas neste registo aplicam-se apenas ao acordo inicial.

Quando não exista um acordo inicial de prestação do serviço financeiro, mas este se traduza na realização de operações de execução continuada, aplicam-se apenas à primeira daquelas operações (as informações atinentes ao prestador de serviços, ao serviço financeiro, ao contrato, mecanismos de protecção, *v,g.,* meios extrajudiciais de resolução de litígios e pertinentes indicações adicionais)

Sempre que decorra um período superior a um ano entre as operações a que se alude no passo precedente, as enunciadas informações serão aplicáveis à primeira operação realizada após tal intervalo de tempo.

4.4. Ónus da prova

A prova do cumprimento da obrigação de informação ao consumidor, assim como do consentimento deste em relação à celebração do

contrato e, sendo caso disso, à sua execução, compete naturalmente ao prestador.

São proibidas as cláusulas que determinem que incumbe ao consumidor o ónus da prova do cumprimento da totalidade ou de parte das obrigações do prestador neste passo referenciadas.

As proibições neste passo evidenciadas sujeitam-se ao regime das condições gerais dos contratos com suporte no Decreto-Lei nº 446/85, de 25 de Outubro e subsequentes alterações.

5. DIRECTO DE RETRACTAÇÃO (O DIREITO DE DESISTÊNCIA)

5.1. O direito de retractação (ou o de dar o dito por não dito): características

O *direito de retractação* reveste, em geral, três características fundamentais

– Irrenunciabilidade;

– Imotivabilidade;

– Inindemnizabilidade.

É *indisponível,* o consumidor não pode dispor dele, não pode rejeitá-lo, não pode renunciar ao direito.

É*imotivável,* ou seja, o consumidor não carece de indicar causa, motivo ou fumdmento para o exercer.

E *é inindemnizável* porque o consumidornão está sujeito a uma qualquer compensação ao fornecedor para o exercer.

Com efeito, a Lei dos Serviços Financeiros à Distância de 29 de Maio de 2006**,** mercê de modificações operadas em 26 de Março de 2012 pela Lei nº 14/2012 [1], na sequência de um procedimento

1. Com efeito, Portugal sujeitou-se, conforme os periódicos da época, a um procedimento interposto pela Comissão Europeia perante o Tribunal de Justiça da União Europeia

interposto pela Comissão Europeia contra Portugal, no Tribunal de Justiça da União Europeia, veio a consagrar, no seu artigo 19, o que segue:

> 1 – O consumidor tem o direito de [se retractar] livremente [d]o contrato à distância, sem necessidade de indicação do motivo e sem que possa haver lugar a qualquer pedido de indemnização ou penalização do consumidor.
>
> 2 – Num contrato à distância relativo a um determinado serviço financeiro a que esteja de alguma forma anexado um outro contrato à distância relativo a serviços financeiros prestados por um prestador ou por um terceiro com base num acordo com este, o contrato anexo considera-se automática e simultaneamente [extinto], sem qualquer penalização, desde que o consumidor exerça o direito de [retractação] nos termos previstos no número anterior.

---

por não haver transposto tempestivamente alterações que instrumentos normativos europeus haviam avançado. Do Diário de Notícias, a notícia que segue: " A Comissão Europeia decidiu hoje recorrer ao Tribunal de Justiça da União Europeia (UE) contra Portugal devido a uma incorrecta transposição de uma directiva do Parlamento Europeu sobre a comercialização à distância de serviços financeiros prestados aos consumidores.

"Portugal não respeitou o calendário de adopção das alterações na sua legislação nacional e, por conseguinte, não protegeu adequadamente alguns direitos dos consumidores", aponta Bruxelas.

A directiva em questão concede direitos dos consumidores em matéria de comercialização à distância de serviços financeiros – por exemplo, quando as pessoas contraem um empréstimo na Internet, por telefone ou por correio.

A lei, nota a "Comissão Barroso" [A Comissão Europeia a que o português Durão Barroso presidia, à época], prevê o direito de se pôr termo a um contrato com um prestador de serviços no prazo de 14 dias de calendário a contar da sua celebração.

"Esse direito inclui o direito de cancelar automaticamente, sem qualquer sanção, quaisquer outros contratos com um prestador de serviços que estejam ligados ao contrato original, por exemplo, um seguro ligado a um empréstimo", diz o executivo comunitário.

Em Portugal, os consumidores que exercem o seu direito de retractação relativo a um contrato de prestação de serviços, celebrado ao abrigo do direito nacional, "não beneficiam do direito de cessação automática de todos os outros contratos de prestação de serviços com ele relacionados".

O consumidor tem, pois, o *direito de pôr termo livremente ao contrato à distância*, sem necessidade de indicação do motivo e sem que possa haver lugar a qualquer pedido de indemnização do prestador de serviço ou de eventual penalização imposta pelo prestador de serviços ao consumidor.

Num contrato à distância relativo a um determinado serviço financeiro a que esteja de alguma forma acoplado um outro contrato à distância relativo a serviços financeiros prestados por um prestador ou por um terceiro com base num acordo com este [ou um qualquer outro contrato à distância], o *contrato coligadocaduca automática e simultaneamente***,** sem qualquer penalização, desde que o consumidor exerça o direito de retractação nos termos precedentemente enunciados.

5.2. O prazo para o exercício do direito de retractação

O prazo para um tal exercício [o do direito de retractação (ou de desistência)], em geral, é de *14 dias.*

Exceptuam-se os *contratos de seguro de vida* e os relativos à *adesão individual a fundos de pensões abertos*, em que o prazo para o efeito, legalmente estabelecido, é de *30 dias.*

5.2.1. Prazo para os contratos em geral: critério para a contagem

O prazo para o exercício do direito de retractação conta-se a partir da data da celebração do contrato à distância, ou da data da recepção, pelo consumidor, dos termos do contrato e das pertinentes informações, se tais informações forem prestadas posteriormente.

5.2.2. Prazo para o contrato de seguro de vida: critérios para a contagem

O prazo para a retractação, neste particular, conta-se a partir da data em que o tomador do seguro for informado da celebração do contrato.

5.3. Exercício do direito de retractação

Para que o exercício do *direito de retractação* seja eficaz deve ser notificado ao prestador por meio susceptível de prova e de acordo com as directrizes constantes da lei.

As instruções sobre o exercício do direito de retractação, designadamente quanto ao endereço, geográfico ou electrónico, para onde deve ser enviada a notificação respectiva, constarão imperativamente das informações a carrear ao consumidor, de harmonia com as especificidades a tal propósito estatuídas.

A notificação feita em suporte papel ou outro meio duradouro disponível e acessível ao destinatário considera-se tempestivamente efectuada se for enviada até ao último dia do prazo, inclusive.

Excepções

O direito de retractação [o de dar o dito por não dito] não é aplicável nas seguintes hipóteses de facto:

- Prestação de serviços financeiros que incidam sobre instrumentos cujo preço dependa de flutuações do mercado, insusceptíveis de controlo pelo prestador e que possam ocorrer no período de retractação;
- Seguros de viagem e de bagagem;
- Seguros de curto prazo, de duração inferior a um mês;
- Contratos de crédito destinados à aquisição, construção, conservação ou beneficiação de bens imóveis;
- Contratos de crédito garantidos por direito real que onere bens imóveis;
- Contratos de crédito para financiamento, total ou parcial, do custo de aquisição de um bem ou serviço cujo fornecedor tenha um acordo com o prestador do serviço financeiro, sempre que ocorra a resolução do contrato de crédito;

– Contratos de crédito para financiamento, total ou parcial, do custo de aquisição de um direito de utilização a tempo parcial de bens imóveis, cujo vendedor tenha um acordo com o prestador do serviço financeiro, sempre que ocorra a resolução do contrato de crédito nos termos da legislação aplicável (DL 275/93, de 05 de Agosto).

5.4. Execução do contrato no decurso do prazo de retractação

O consumidor não está, em princípio, obrigado ao pagamento correspondente ao serviço efectivamente prestado antes do termo do prazo de retractação.

Exceptuam-se os casos em que o consumidor tenha expressamente solicitado o início da execução do contrato antes do termo do prazo de retractação.

Em tal situação, o consumidor obriga-se a pagar ao prestador, no mais curto lapso de tempo possível, o valor dos serviços efectivamente prestados em montante não superior ao valor proporcional dos mesmos no quadro das operações contratadas.

O pagamento a que se alude no passo precedente só pode ser exigido caso o prestador prove que informou o consumidor do montante a pagar, como o prescreve, aliás, a lei.

5.5. Efeitos do exercício do direito de retractação

O exercício do direito extingue as obrigações e direitos decorrentes do contrato ou operação, com efeitos a partir da sua celebração.

Nos casos em que o prestador tenha recebido quaisquer quantias a título de pagamento dos serviços, fica obrigado a restituí-las ao consumidor no lapso de 30 dias contados da recepção da notificação da retractação.

O consumidor restitui ao prestador quaisquer quantias ou bens dele recebidos no prazo de 30 dias contados do envio da notificação da retractação.

O disposto nos dois passos precedentes e no subsequente não prejudica o regime do direito de renúncia previsto para os contratos de seguros e de adesão individual a fundos de pensões abertos.

5.6. Caducidade pelo não exercício

O*direito de retractação*caduca quando o contrato tiver sido integralmente cumprido, a pedido expresso do consumidor, antes de esgotado o prazo para o respectivo exercício.

Este modo extintivo das relações obrigacionais complexas, em rigor [a caducidade], deveria ter sido absorvido pelas excepções ao direito de retractação e mal se percebe que lhe haja sido conferida autonomia neste passo, quando nele se acha já espelhada.

CONCLUSÃO

1. Por "serviços financeiros à distância" se entende qualquer serviço bancário, de crédito, de seguros, de pensão individual, de investimento ou de pagamento, celebrados de modo não presencial, antes mediante o recurso de um qualquer meio de comunicação à distância, passe a redundância: "qualquer meio que possa ser utilizado, sem a presença física e simultânea do prestador e do consumidor, para a comercialização à distância de um serviço *inter partes*;
2. O ordenamento jurídico português acolheu, conquanto com assinalável retardamento, em decorrência dos Tratados da então Comunidade Europeia, a disciplina dos Serviços Financeiros à Distância, como inovação de saudar.
3. Nele se proíbem, na esteira do regime geral nela instituído, as comunicações não solicitadas com a corte de consequências que nesse passo se estatuem.
4. A um mesmo título se proíbem os serviços financeiros à distância "tout court", na acepção que do conceito se retém, com

assinaláveis cominações, tanto de natureza privatística, no quadro do direito do consumo, como de índole contra-ordenacional (os ilícitos de mera ordenação social, decalcados do *Ordnungswidrigkeit* germânico).

5. No entanto, ainda que os contratos sejam regularmente celebrados, sobrevém, como direito de reserva do consumidor, em ordem a uma maior ponderação, o denominado "direito de retractação", a saber, o de "dar o dito por não dito" dentro de um certo lapso para que o consentimento, além de livre e esclarecido, o seja também reflexivo, de molde a aspirar à perfeição.

BIBLIOGRAFIA

Adriana Pansera, *La loi d'équilibrage*: maintenir la confiance numérique dans les services financiers à distance, abril de 2021

Alain Bensoussan, *La commercialisation à distance de services financiers*, Lexing, Paris, fevrier 2010

Actualités, CGP, Juridique, *Vente à distance de services financiers*: undélai de rétractation de 14 jourscalendaires, mars 2017

Bulletin Quotidien Europe N° 12732, *La Commission européen ne consulte envue d'une révision de la directive 'vente à distance des services financiers'*, 3 juin 2021

Brunella Russo, *La vendita a distanza di serviz ifinanziari*, Roma, Dezembro 2010

Fasolo Anna, *Contratti a distanza e tutela del consumatore nell'ordinamento italiano, Distance contract and consumer's protection in theitalian legal system*. AnnoAccademico, 2015-2016

F. Mastrorosa, M.P. Serra, *La commercializzazione a distanza di prodotti finanziari*: la direttiva 23 settembre 2002 n. 65 e il decreto legislativo diattuazione 19 agosto 2005 n. 190, in Riv. dir. internet, 1, 2006, 84.

Francesca Mite *Commercializzazione a distanza dei servizi finanziari ai consumatori (parte prima)",* Pegaso, 2006

François Coupezet Thibault Verbiest, *Commercialisation à distance des services financiers*: bilan d'un nouveau cadre juridique, 20/05/2007

G. Artale, Commento al d.lgs. n. 190/2005, in AA.VV., *Codice del consumo, a cura di V. Cuffaro*, Milano, 2006, 838

Jean-Denis Pellierle, *Ledroit de l'Union européennes'oppose à une réglementation nation ale qui*, ence qui concerne un contrat port ant sur un service financier conclu à distance entre un professionnel et un consommateur, n'exclut pas ledroit de rétractation de ceconsommateur dans le cas oùce contrat a été exécuté intégralement par les deux parties à la demande expresse du consommateur, avant que cedernier n'exerce sondroit de rétractation, Octobre 2019

Sarah SAID, *Le contrat por tant sur des services financiers conclu en ligne* – L'obligation d'information précontractuelle et le droit de rétractation (Partie 2), avril, 2021

Thierry Granier, **La commercialisation à distance de services financier sau près des consommateurs*: une rencontre entre droit de la consommation et droit financier, Bulletin Joly Bourse, EditionsJoly, 2006

V. Sangiovanni, *L'informazione del consumatore nella commercializzazione a distanza di servizi finanziari*, in Riv. dir. internet, 4, 2008, 339

VI

Processo administrativo tributário e a Constituição

Tax administrative proceeding and the Constitution

Eduardo Marcial Ferreira Jardim*

Marco Aurélio Paganella**

RESUMO: O presente Estudo preordena-se a questionar a cultura do direito pátrio acerca da proibição de aplicar a Constituição em julgamentos de processos administrativos.

(*) Professor Titular de Direito Tributário da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM-SP). Mestre e Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor nos Cursos de Especialização do Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET), bem como no Damásio Educacional, sob a Coordenação da Professora e Ministra do STJ Regina Helena Costa. Palestrante e conferencista com participação em congressos nacionais e internacionais. Membro da Academia Paulista de Letras Jurídicas, Cadeira n. 62. Membro fundador do Instituto Brasileiro de Estudos de Direito Administrativo, Financeiro e Tributário (IBEDAFT). Autor de inúmeros estudos e artigos acadêmicos publicados em revistas especializadas, bem assim capítulos de livros e, sobretudo, livros de Direito publicados pelas editoras Saraiva, Noeses e Mackenzie. Email: eduardo@eduardojardim.com.br.

(**) Docente do Centro Universitário Ítalo Brasileiro/SP (www.italo.br). Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie/SP (UPM/SP). Autor de capítulos e artigos científicos publicados em livros e revistas indexadas. Membro dos Grupos de Pesquisa do PPGDPE da UPM/SP: a) Cidadania, Constituição e Estado Democrático de Direito; b) O Sistema de Seguridade Social; c) Pacto Federativo Brasileiro e as implicações tributárias e

Tal fato encontra-se positivado em legislação e julgados. Com efeito, quer-se demonstrar que essa realidade não se escoima de inexatidões vitandas.

PALAVRAS-CHAVE: Arguição de inconstitucionalidade. Controle de constitucionalidade. Tribunais Administrativos. Inconstitucionalidade.

ABSTRACT: This study aims to question the culture of homeland law about the prohibition of applying the Constitution in judgments of administrative proceedings. This fact is positive in legislation and judged. Indeed, we want to demonstrate that this reality is not absent from obvious inaccuracies.

KEYWORDS: Unconstitutionality argument. Constitutionality Control. Administrative Courts. Unconstitutionality.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A dialética acerca das deliberações sobre inconstitucionalidades de leis e/ou atos normativos pelos Tribunais Administrativos do Brasil. 2.1. Em prol da vedação de reconhecimento de inconstitucionalidade. 2.2. Contra a vedação. 3. Síntese conclusiva. 4. Corolários. 5. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Sabem todos que o Supremo Tribunal Federal (STF) é o guardião da Constituição Federal do Brasil de 1988 (CF/88), até por expressa previsão do art. 102, *caput*, do Texto Magno, sendo indubitável, pois, que a palavra final em matéria constitucional pertença ao STF.[1]

---

orçamentárias ao lume da cidadania. Mestre em Ciências da Saúde/Saúde Materno-Infantil/Estudo de Políticas, Práticas e Tecnologias com Ênfase em Promoção de Saúde/Saúde Pública pelo Curso de Medicina da UNISA/SP. Doutor em Educação Física pela Universidade Estadual de Campinas/SP (FEF/UNICAMP/SP). Membro do Grupo de Estudos e Pesquisa em Políticas Públicas e Lazer (GEP3L) da UNICAMP/SP. Autor dos livros A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental no contexto do controle da constitucionalidade, São Paulo/SP, LTR, 2004; e "A Responsabilidade Jurídica do Estado por políticas públicas em favor das atividades físicas e esportivas como fator de promoção de saúde", Curitiba/PR, CRV, 2013.

1. BRASIL. Constituição Federal de 05 de outubro de 1988. *Diário Oficial da União*– Seção 1 – 5 out. 1988, p. 1 (Publicação Original). Brasília/DF.

No mesmo diapasão, sabe-se correntemente que o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade de leis e de atos normativos não é simples, vale dizer, trata-se uma complexa e intrincada sistemática na qual estão presentes dois subsistemas que trabalham de modo combinado e em conjunto, quais sejam, o controle abstrato-concentrado e o difuso-concreto.[2]

Em linhas gerais, no primeiro, o julgamento é de competência do STF enquanto Tribunal Constitucional, o qual tem a precípua atribuição para dar a palavra final após verificar a compatibilidade da lei e/ou do ato normativo infraconstitucional com a CF/88 de modo abstrato, principal, abrangente e *erga omnes* em sede de ações diretas, declaratórias de inconstitucionalidade e/ou de constitucionalidade por ação ou omissão (ADIN/ADINO/ADC) ou mesmo a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF).[3]

E, no segundo, o controle se dá em todo o Judiciário desde a primeira instância, o qual, ao julgar uma determinada contenda concreta, pode fundamentar a sua decisão em possível inconstitucionalidade de lei/ato normativo infraconstitucional, decisão esta que, após os devidos e respectivos trâmites recursais, pode sucessivamente ser questionada nos tribunais recursais subsequentes até chegar ao STF a fim de que este, no uso da sua competência de guardião da Constituição, dê a palavra final.[4]

Neste contexto, tenha-se presente que,

> [...] o controle da constitucionalidade pode ser concreto, subjetivo, quando exercido durante determinado processo jurisdicional, desde que se pretenda, com ele, a resolução de algum ponto de Direito para a solução

2. TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 252.

3. TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 312 e ss.

4. *Idem*, p. 252.

> de uma controvérsia intersubjetiva. É impropriamente chamado de controle via de defesa, porque tanto pode ser apresentado na petição inicial como na defesa técnica, tanto pelo autor como pelo réu, portanto. Registre-se, ainda, que o controle concreto pode ser realizado de ofício pelo magistrado ou pelo Tribunal.
>
> O modelo de controle concreto representa o modelo de matriz norte-americana, inaugurado com a célebre decisão de 1803, no caso *Marbury* vs. *Madison*.
>
> O controle pode ser, ainda, abstrato, independentemente da solução de um caso concreto. É, por vezes, chamado também de controle por via direta, por via principal. Esse modelo representa o sistema austríaco de controle de constitucionalidade, inaugurado a partir da Constituição de 1920, por obra e influência decisivas de KELSEN (que chegou a atuar como magistrado daquele Tribunal até 1929).[5]

Desta maneira, o autor chama a atenção para o relevante fato de que

> [...] é preciso entender que o controle ou é concentrado ou é difuso. São modelos que não podem ser simplesmente conjugados entre si. Não se pode falar em modelo misto aqui. A mistura, união de ambos, é uma contradição, pois ou um grande número (eventualmente todos, como no Brasil) de órgãos judiciais pode fazer o controle, e ele será difuso, ou apenas um específico órgão (STF), caso em que será concentrado.
>
> [...]
>
> Na hipótese de controle difuso, o Supremo Tribunal Federal também o realizará por estar inserido no contexto dos diversos órgãos que são habilitados a reconhecer (difusamente e para o caso concreto) a inconstitucionalidade. Isso ocorre, naquela instância

5. *Idem*, p. 248.

> suprema, mediante a propositura de recurso extraordinário.
>
> Na hipótese de controle concentrado, o STF recebe ações diretas, propostas por determinados legitimados, decifrando em tese (embora com possibilidade – por vezes necessária – de apoio fático) o problema da inconstitucionalidade.[6]

Por isso, complementa, aludindo que, no Brasil, "o modelo é *combinado*: só o STF (= controle concentrado) pode realizar controle abstrato (objetivo, em tese). E qualquer instância judicial (= difuso) pode fazer o controle de constitucionalidade para resolver adequadamente o caso concreto".[7]

Outrossim, afora o processo judicial, o direito pátrio contempla o processo administrativo em muitas áreas, inclusive na seara da tributação, tanto na órbita federal, quanto simetricamente nas demais unidades federativas.

O Processo Administrativo geral, de acordo com o art. 2° da Lei 9.784/99, deve obediência, sobretudo, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência, no sentido de garantir o Estado Democrático de Direito e as demais normas constitucionais.[8]

Segundo Diógenes Gasparini[9]

> Processo administrativo, em sentido prático, amplo, é o conjunto de medidas jurídicas e materiais praticadas com certa ordem cronológica, necessárias ao registro

6. TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 252.

7. *Ibidem.*

8. BRASIL. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Brasília, DF, *Diário Oficial da União, D.O.U.* de 28 maio 2009, p. 3.

9. GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 857.

> dos atos da Administração Pública, ao controle do comportamento dos administrados e de seus servidores, a compatibilizar, no exercício do poder de polícia, os interesses público e privado, a punir seus servidores e terceiros, a resolver controvérsias administrativas e a outorgar direitos a terceiros.

E, de acordo com Hely Lopes Meirelles,[10]

> O conceito de processo administrativo tributário compreende todos os procedimentos fiscais próprios, ou seja, a atividade de controle (processo de lançamento e de consulta), de outorga (processo de isenção) e de punição (processos por infração fiscal), além dos processos impróprios, que são as simples autuações de expedientes que tramitam pelos órgãos tributantes e repartições arrecadadoras para notificação do contribuinte, cadastramento e outros atos complementares de interesse do Fisco.

Tais demandas, entre outras possibilidades, extinguem a obrigação tributária quando o julgamento for favorável ao contribuinte, nos termos do disposto no art. 156, inciso X, do Código Tributário Nacional, enquanto, no caso contrário, o contribuinte pode reabrir a discussão na busca pelo seu direito nas vias judiciais.

E, nos termos do art. 19-E, da Lei nº 10.522/2002, incluído pelo art. 28 da Lei nº 13.988/2020, "em caso de empate no julgamento do processo administrativo de determinação e exigência do crédito tributário, não se aplica o voto de qualidade a que se refere o § 9º do art. 25 do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, resolvendo-se favoravelmente ao contribuinte."[11-12]

---

10. MEIRELLES, Hely Lopes.*Direito Administrativo Brasileiro*. 43. ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 175.

11. BRASIL. Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002. Dispõe sobre o cadastro informativo dos créditos não quitados de órgãos e entidades federais e dá outras providências. Brasília, DF, *Diário Oficial da União, D.O.U*. de 22 jul. 2002, p. 1.

12. BRASIL. Lei nº 13.988, de 14 de abril de 2020. Dispõe sobre a transação nas hipóteses que especifica; e altera as Leis nº 13.464, de 10 de julho de 2017, e 10.522, de 19 de

A redação deste § 9º, do art. 25, do Decreto nº 70.235/1972, incluído pela Lei nº 11.941, de 2009, diz(ia) que

> Os cargos de Presidente das Turmas da Câmara Superior de Recursos Fiscais, das câmaras, das suas turmas e das turmas especiais *serão ocupados por conselheiros representantes da Fazenda Nacional, que, em caso de empate, terão o voto de qualidade,* e os cargos de Vice-Presidente, por representantes dos contribuintes.[13-14] (grifos nossos).

Ou seja, se, por qualquer razão, o julgamento terminasse empatado, quem desempatava era um representante da Fazenda Nacional, por óbvio, interessado no feito, o que, convenhamos, com todo o respeito à lisura do julgador, não fazia sentido.

Desse modo, não havendo mais a obrigatoriedade de um voto de qualidade "minerva" (*sic*) proferido por quem pertence a um grupo que não é isento porque em tese teria interesse no resultado final do julgamento, pode-se dizer que o contribuinte brasileiro obteve uma proteção jurídica em seu favor que merece registro em face de tantas desvantagens.

Como visto acima, no âmbito federal, o processo administrativo fiscal é regido pelo Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, devidamente recepcionado pela CF/88 como Lei Ordinária, o qual, dentre outras determinações, em seu art. 1º prescreve que: "Este Decreto rege o processo administrativo de determinação e exigência dos créditos

julho de 2002. Brasília, DF, *Diário Oficial da União, D.O.U.*de 14 abr. 2020, p. 1, Edição extra – A.

13. BRASIL. Decreto 70.235/1972, de 06 de março de 1972. Dispõe sobre o processo administrativo fiscal e dá outras providências. Brasília, DF, *Diário Oficial da União – DOFC*de 07 mar. 1972, p. 1.923.

14. BRASIL. Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009. Altera a legislação tributária federal relativa ao parcelamento ordinário de débitos tributários; concede remissão nos casos em que especifica; institui regime tributário de transição, alterando o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, [...]. Brasília, DF, Publicação Original [*Diário Oficial da União* de 01/02/1999] (p. 1, col. 1); Retificação (Seq. 1) [*Diário Oficial da União* de 11/03/1999] (p. 1, col. 1). Observação AUTOR: EXECUTIVO – PL. 2464 DE 1996.

tributários da União e o de consulta sobre a aplicação da legislação tributária federal."[15]

Ocorre que o referido Decreto nº 70.235/1972 limita e restringe o poder de julgamento administrativo, na medida em que excluiu a matéria constitucional de sua esfera de competência, conforme estabelecido no seu art. 26-A, a saber:

> Art. 26-A. *No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade*.[16][17] (grifos nossos).

Nesse mesmo senso, a Súmula nº 2 do CARF – Conselho Administrativo de Recursos Fiscais alude que "O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária".[18]

Ou seja, a partir do exemplo retro anotado, percebe-se, por um lado, que o sistema jurídico permite que haja um processo administrativo de modo simultâneo, paralelo e pretensamente concatenado com o Judiciário, alargando, de certo modo, a possibilidade de controle de constitucionalidade prescrita pela Constituição Federal de 1988.

---

15. BRASIL.Decreto 70.235/1972, de 06 de março de 1972. Dispõe sobre o processo administrativo fiscal e dá outras providências. Brasília, DF, *Diário Oficial da União – DOFC*de 07 mar. 1972, p. 1.923.

16. *Idem.*

17. BRASIL. Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009. Altera a legislação tributária federal relativa ao parcelamento ordinário de débitos tributários; concede remissão nos casos em que especifica; institui regime tributário de transição, alterando o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, [...]. Brasília, DF, Publicação Original [*Diário Oficial da União* de 01/02/1999] (p. 1, col. 1); Retificação (Seq. 1) [*Diário Oficial da União* de 11/03/1999] (p. 1, col. 1). Observação AUTOR: EXECUTIVO – PL. 2464 DE 1996.

18. BRASIL. Ministério da Economia, Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF). *Quadro Geral de Súmulas*. Disponível em: http://idg.carf.fazenda.gov.br/jurisprudencia/sumulas-carf/quadro-geral-de-sumulas-1. 2019. Acesso em: 18 de outubro de 2019.

Por outro, como demonstrado, esse mesmo sistema não permite que, no âmbito de um processo administrativo, o(s) Tribunal(is) Administrativo(s) se pronuncie(m), tampouco fundamente(m) sua decisão em possíveis inconstitucionalidades, o que caracteriza uma antinomia.

Trata-se de uma situação que chama bastante a atenção e que muito instiga no sentido de investigar acerca dos prós e contras de tal proibição.

É que, por hipótese, possíveis inconstitucionalidades observadas pelos Tribunais Administrativos poderiam ser salutares para a celeridade e a economia processual, também para a segurança jurídica tão almejada por toda a sociedade, em especial pelos operadores do Direito, até porque a discussão em âmbito administrativo não exclui a que judicialmente pode ocorrer pelo princípio do livre acesso ao Judiciário.

Sendo assim, a pergunta que dá norte a esta pesquisa é saber se a vedação/proibição imposta aos Tribunais Administrativos brasileiros para que afastem a aplicação ou deixem de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade, é plausível e consentânea?

Ou seja, vale frisar, em função da sistemática de controle de constitucionalidade brasileiro, os Tribunais Administrativos (TAs) podem, ou não, examinar, analisar, afastar a aplicação ou deixar de observar arguições de inconstitucionalidade de lei e de atos normativos e, por extensão, fundamentar sua decisão com base nestas e/ou em outras possíveis inconstitucionalidades e não apenas em ilegalidades?

Nesse sentido, esta revisão de bibliografia científica, que se fundamenta no método dialético, tem por objetivo pesquisar e avaliar se, em função da sistemática de controle de constitucionalidade brasileiro instituída pela CF/88, os Tribunais Administrativos (TAs) efetivamente, mesmo com a registrada restrição, poderiam, ou não, examinar, analisar, afastar a aplicação ou deixar de observar arguições

de inconstitucionalidade de lei e de atos normativos e, por extensão, se podem deliberar e fundamentar sua decisão com base nessas e em outras possíveis inconstitucionalidades e não apenas em ilegalidades.

2. A DIALÉTICA ACERCA DAS DELIBERAÇÕES SOBRE INCONSTITUCIONALIDADES DE LEIS E/OU ATOS NORMATIVOS PELOS TRIBUNAIS ADMINISTRATIVOS DO BRASIL

2.1. Em prol da vedação de reconhecimento de inconstitucionalidade

Como ponto de partida, há que se destacar as correntes de pensamento que se opõem no que diz com possíveis deliberações sobre inconstitucionalidades de leis e atos normativos pelos Tribunais Administrativos (TAs) do Brasil.

A que entende que estes TAs não podem deliberar sobre (in) constitucionalidade é representada, entre outras tão relevantes quanto, pelos advogados do Estado (em sentido lato), haja vista que, para o mister desses profissionais do Direito, é interessante que haja esse impedimento, eis que favorece o Estado, o qual, na esmagadora maioria das vezes, é quem usufrui dessa vedação, dado que, por óbvio, normalmente é ele quem não observa e quem infringe a CF/88.[19]

Para esta linha, a compreensão é a de que o processo administrativo se voltaespecialmente ao controle geral da legalidade de autos de infração e imposições de multa, entre outras possibilidades correlatas, sobretudo no que se refere ao aspecto da adequação dos fatos às normas legais aplicadas, não podendo se falar, portanto, em análise de (in)constitucionalidade.

19. BRASIL. Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002. Dispõe sobre o cadastro informativo dos créditos não quitados de órgãos e entidades federais e dá outras providências. Brasília, DF, *Diário Oficial da União, D.O.U*. de 22 jul. 2002, p. 1.

Ana Maria Moliterno Pena e Clayton Eduardo Prado,[20] representando essa corrente, aludem que a CF/88 já contém em seu texto os mecanismos de defesa do ordenamento jurídico a que dá fundamento de validade, de modo que o próprio texto constitucional, ao prever as regras do controle da constitucionalidade, foi peremptório no sentido de impedir o seu alargamento para que outros órgãos, além do Judiciário, efetuem esse controle.

Ou seja, segundo eles, a CF/88 estabeleceu um sistema misto (ou combinado, como retro veiculado) de controle judicial de constitucionalidade, combinando o controle direto (ou concentrado, abstrato) e o indireto (ou difuso, concreto) que somente pode ser efetuado e efetivado pelo Judiciário.[21]

Prosseguem os autores, registrando que, no *caput* do art. 102, a CF/88 atribuiu ao STF a função de guardião do texto constitucional como único órgão com competência para declarar a inconstitucionalidade de lei pela via abstrata, ou seja, independente da existência de qualquer lide.

E exemplificam que a Constituição do Estado de São Paulo também adota sistemática similar à federal no sentido de que somente ao Poder Judiciário é dado efetuar o controle de constitucionalidade de lei estadual e/ou municipal.[22]

Além desse controle abstrato, a CF/88 também deu ao STF a competência para a decisão final em sede de controle concreto e no final

20. PENA, Ana Maria Moliterno; PRADO, Clayton Eduardo. Impossibilidade de declaração de inconstitucionalidade no âmbito do processo administrativo tributário. *In*: XXVIII Congresso Nacional dos Procuradores dos Estados e Distrito Federal, 2002. ANAPE – Associação Nacional dos Procuradores dos Estados e do DF. Brasília, DF. *Anais eletrônicos* [...]. Brasília: ANAPE, 2002. p. 7. Disponível em: http://www.pge.sp.gov.br/teses/Ana%20e%20Clayton.htm, 2002. Acesso em: 25 de outubro de 2019.

21. *Idem.*

22. PENA, Ana Maria Moliterno; PRADO, Clayton Eduardo. Impossibilidade de declaração de inconstitucionalidade no âmbito do processo administrativo tributário. *In*: XXVIII Congresso Nacional dos Procuradores dos Estados e Distrito Federal, 2002. ANAPE – Associação Nacional dos Procuradores dos Estados e do DF. Brasília, DF. *Anais eletrônicos* [...]. Brasília: ANAPE, 2002. p. 8. Disponível em: http://www.pge.sp.gov.br/teses/Ana%20e%20Clayton.htm, 2002. Acesso em: 25 de outubro de 2019.

do curso de uma contenda judicial com objeto próprio, nos termos do seu art. 102, III.[23][24]

Sendo assim, o controle concreto/repressivo é difuso, podendo a inconstitucionalidade ser declarada por qualquer órgão do Judiciário no bojo de decisão de lide com tema próprio, caso em que sempre há a possibilidade de recurso ao Supremo Tribunal Federal.[25]

Mas, uma decisão em sede de contencioso administrativo a respeito de (in)constitucionalidade poderia ser diretamente levada à discussão no segundo grau de jurisdição sem passar pela primeira instância, ou, mesmo, poderia ser objeto de Recurso Extraordinário já que tal decisão administrativa seria parte do sistema?

Cumpre registrar que, por esta corrente favorável à impossibilidade de os Tribunais Administrativos avaliarem e deliberarem sobre (in)constitucionalidades, isto não é possível, haja vista que, como anota Castro Nunes[26]

> [...] as decisões recorríveis são somente as judiciárias, isto é, as proferidas por órgãos do Poder Judiciário, não as de tribunais ou conselhos administrativos, por mais acentuado que seja o seu caráter jurisdicional. Daí resulta que das decisões emanadas das instâncias administrativas, quer da União, quer dos Estados, do Distrito Federal ou dos Territórios, não pode caber o recurso extraordinário.

A Constituição atribui, também, no art. 52, X, a competência ao Senado Federal para a suspensão, por meio de Resolução, da eficácia

23. BRASIL. Constituição Federal de 05 de outubro de 1988. *Diário Oficial da União*– Seção 1 – 5 out. 1988, p. 1 (Publicação Original). Brasília/DF.

24. TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 361.

25. BRASIL. Constituição Federal de 05 de outubro de 1988. *Diário Oficial da União*– Seção 1 – 5 out. 1988, p. 1 (Publicação Original). Brasília/DF.

26. CASTRO NUNES, 1943, *apud* TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 366.

de lei declarada inconstitucional pelo STF em decisão definitiva proferida no âmbito do controle concreto.[27-28]

E, no seu art. 58, prevê o controle legislativo prévio, exercido pela Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) antes da votação do projeto de lei pelo Congresso Nacional.[29]

A CF/88 delimita, também, o controle executivo de constitucionalidade, dando ao Chefe do Poder Executivo o poder de sanção ou veto (exceto em Emendas Constitucionais), como expressão de um controle de natureza política ou jurídica.[30]

Nesse controle prévio e antecipado, segundo essa corrente, se uma determinada norma não foi vetada pelo chefe do Poder Executivo, legítimo para tanto, muito provavelmente porque os agentes públicos a ele subordinados não o alertaram para essa possível inconstitucionalidade, então, o outro agente público do Executivo que integra um Tribunal Administrativo não poderia declarar essa inconstitucionalidade *a posteriori* e no lugar de quem hierarquicamente está acima dele no topo da escala executivo-administrativa.[31]

Marcos Vinicius Neder e Maria Teresa Martínez López[32] defendem que o agente público deve sempre nortear a sua ação de modo a presumir a constitucionalidade das normas em vigor até o pronunciamento

27. BRASIL. Constituição Federal de 05 de outubro de 1988. *Diário Oficial da União*– Seção 1 – 5 out. 1988, p. 1 (Publicação Original). Brasília/DF.

28. SANTOS, Gislaine Nadya Costa. *A questão da arguição de inconstitucionalidade de lei por autoridade administrativa em processo administrativo fiscal*. 2008. p.18. 39 p. Monografia. (Graduação em Direito) –Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET). Salvador/BA, 2008.

29. BRASIL. Constituição Federal de 05 de outubro de 1988. *Diário Oficial da União*– Seção 1 – 5 out. 1988, p. 1 (Publicação Original). Brasília/DF.

30. BRASIL. Constituição Federal de 05 de outubro de 1988. *Diário Oficial da União* – Seção 1 – 5 out. 1988, p. 1 (Publicação Original). Brasília/DF.

31. BRASIL. Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002. Dispõe sobre o cadastro informativo dos créditos não quitados de órgãos e entidades federais e dá outras providências. Brasília, DF, *Diário Oficial da União, D.O.U*. de 22 jul. 2002, p. 1.

32. NEDER, Marcos Vinicius; LÓPEZ, Maria Teresa Martínez. *Processo administrativo fiscal federal comentado*. São Paulo: Dialética, 2002.

final em contrário do STF, e não declarar/considerar de antemão uma possível inconstitucionalidade.

Argumentam que, no âmbito administrativo, não há possibilidade da apreciação de arguições de inconstitucionalidades porque é somente o Judiciário que tem atribuição para examinar a existência desse possível vício, dado que se presumemconstitucionais os atos emanados do Legislativo, sobretudo se ratificados pelo chefe do Executivo por meio da sua sanção tácita e/ou expressa e respectivo e posterior encaminhamento para publicação.[33]

Em termos gerais, Marcondes Witt[34]explica que, quando um Tribunal Administrativo (TA) afasta uma norma legal para um caso concreto alegando inconstitucionalidade, mesmo que redundante, isso equivale a uma declaração de inconstitucionalidade pelo TA, o que seria inviável, eis que, primeiro, as normas gozam de presunção de constitucionalidade tendo em vista todo o processo que culminou com a sua entrada no sistema jurídico e, segundo, somente o Judiciário é que pode assim declarar e afastar a sua aplicação.

Ao afirmar que a não aplicação de norma possivelmente inconstitucional deve se dar estritamente nas formas, competências e condições previstas pela própria CF/88, e ao observar que essa declaração incidental por um TA importaria em subtrair do Judiciário o controle difuso de constitucionalidade, Pena & Prado,[35]se referindo

33. *Idem.*

34. WITT, Marcondes. *A arguição de inconstitucionalidade de leis no âmbito do processo administrativo tributário à luz da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. 2006. 161 p. Dissertação. (Mestrado Acadêmico em Ciência Jurídica, área de concentração: Produção e Aplicação do Direito) – Universidade do Vale do Itajaí (Univali) – Pró-reitoria de Pesquisa, Pós-Graduação e Extensão – ProPPEx. Curso de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica – CPCJ. Itajaí/SC, 2006.

35. PENA, Ana Maria Moliterno; PRADO, Clayton Eduardo. Impossibilidade de declaração de inconstitucionalidade no âmbito do processo administrativo tributário. *In*: XXVIII Congresso Nacional dos Procuradores dos Estados e Distrito Federal, 2002. ANAPE – Associação Nacional dos Procuradores dos Estados e do DF. Brasília, DF. *Anais eletrônicos* [...]. Brasília: ANAPE, 2002. p. 12. Disponível em: http://www.pge.sp.gov.br/teses/Ana%20e%20Clayton.htm, 2002. Acesso em: 25 de outubro de 2019.

ao princípio da legalidade que impõe essas condutas impositivas aos agentes, alegam que o Estado ficaria impedido de questionar, no âmbito judicial, o ato administrativo emanado por um órgão dele mesmo e que o integra, o que poderia acarretar um grande prejuízo ao próprio Estado, sendo este, também, um ponto fulcral de justificativa desta corrente em favor do seu pensamento.

Há que se cogitar, pois, que essa duplicidade de possibilidades de discussão sobre norma pretensamente inconstitucional tanto pela via administrativa quanto pela judicial poderia, sim, por este prisma, aumentar a insegurança jurídica.

Por essa vertente, em síntese, como a CF/88 determina que o controle posterior de constitucionalidade deve ser realizado pelo Judiciário de forma difusa ou concentrada, então o ordenamento jurídico brasileiro, ao prever a exclusividade dessa competência, não confere o alcance da coisa julgada judicial à decisão final em processo administrativo.

Vale dizer, o principal fundamento desses que defendem que os Tribunais Administrativos não têm competência para conhecer questões constitucionais é que esta seria uma atribuição exclusiva do Poder Judiciário.

E que, por estarem diretamente ligados às estruturas do Poder Executivo, os Tribunais Administrativos estariam usurpando função de outro poder, o que ofende sobremaneira a cláusula fundamental da Constituição, qual seja, a que determina a separação e independência dos poderes, o que significa dizer que, por estarem exercendo cargos no Poder Executivo, os julgadores administrativos devem respeito, também, sem embargo, ao princípio da presunção da legalidade e da constitucionalidade.

Assim, de boa nota reiterar, uma vez permitida a apreciação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo pelos Tribunais Administrativos, pela acepção defendida por essa corrente, o princípio da separação de poderes não estaria sendo respeitado, restando usurpada, portanto, a competência do Poder Judiciário da declaração

de inconstitucionalidade em controle concreto pelos tribunais administrativos.

Trata-se de uma respeitada linha de pensamento, e que deve ser levada em consideração, mas, que, como se mostra à frente, típico da dialética democrática, encontra abalizada oposição.

2.2. Contra a vedação ao reconhecimento de inconstitucionalidade

Por outro lado, Luiz Fernando Baracho[36] registra que o posicionamento retro está equivocado e que não deveria prevalecer, eis que, "retirar do processo administrativo a análise da constitucionalidade de qualquer norma jurídica, é limitar o direito à ampla defesa do litigante, assegurado por nossa Constituição", especialmente se considerado "que a lide administrativa exerce a mesma função que o processo judicial, no qual, obviamente, o argumento constitucional seria apreciado."

É que a CF/88 prescreve em seu art. 5º, Inciso LV, que "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes", bem como que, nos termos do art. 5º, Inciso XXXV, "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito."[37]

Isso significa dizer que a Administração Pública também pode ir ao Judiciário para discutir suas próprias decisões, caso contrário, por exemplo, ao chefe do Poder Executivo não seria dada a legitimidade para propor ação direta de inconstitucionalidade e/ou a ação declaratória de constitucionalidade.[38]

36. BARACHO, Luiz Fernando. A declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos no processo administrativo tributário. *Revista Eletrônica do Curso de Direito – PUC Minas Serro,* n. 8, jun./dez. 2013, p. 72.

37. BRASIL. Constituição Federal de 05 de outubro de 1988. *Diário Oficial da União* – Seção 1 – 5 out. 1988, p. 1 (Publicação Original). Brasília/DF.

38. BRASIL. Constituição Federal de 05 de outubro de 1988. *Diário Oficial da União* – Seção 1 – 5 out. 1988, p. 1 (Publicação Original). Brasília/DF.

Ou seja, por esse prisma, não haveria a proibição de a Administração Pública recorrer das decisões administrativas contrárias a ela mesma justamente pela aludida interdependência entre os órgãos judicantes e executivos da própria Administração Pública, vale frisar, não seria defeso a esta se socorrer do Judiciário para tentar reverter julgados contra si com base em inconstitucionalidades.

De forma geral, Alberto Xavier[39]anota que não se pode confundir os órgãos administrativos regularmente instituídos como de julgamento com os órgãos executivos propriamente ditos porque aqueles atuam em conformidade com os princípios jurisdicionais como se assim efetivamente o fossem, isto é, obedecem de modo categórico ao que se desenvolve no contexto do Judiciário.

Assim, a alegação de que a Administração Pública não poderia recorrer ao Judiciário de uma decisão dela mesma por falta de interesse de agir não encontra respaldo na própria CF/88, dado que o Inciso XXXV, do Art. 5º, como já registrado, prevê para todos o amplo e irrestrito acesso ao Judiciário.[40]

Depreende-se, pois, que o processo administrativo, mesmo com a presença da Administração Pública como parte e como órgão julgador, encerra um litígio em que o julgamento em todas as circunstâncias deve ser isento e imparcial como o é no Judiciário, mesmo que apreciado pelo próprio órgão fazendário.

Pela compreensão esposada por Baracho[41], pode-se notar que os TAs jamais poderão arrogar-se na condição de julgar uma lei ou um ato normativo em tese, isto é, analisar pura e simplesmente texto de

39. XAVIER, Alberto. *Princípios do Processo Administrativo e Judicial Tributário.* Rio de Janeiro: Forense, 2005.

40. BRASIL. Constituição Federal de 05 de outubro de 1988. *Diário Oficial da União* – Seção 1 – 5 out. 1988, p. 1 (Publicação Original). Brasília/DF.

41. BARACHO, Luiz Fernando. A declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos no processo administrativo tributário. *Revista Eletrônica do Curso de Direito – PUC Minas Serro,* n. 8, jun./dez. 2013.

lei ou ato normativo de forma geral, abstrata e sem a presença de uma lide efetiva ao qual se possa subsumir este caso concreto.

Poderão efetuar, à plena evidência, apenas a análise do referido diploma e/ou do aludido ato em vista aos efeitos emanados por estes e destes advindos no âmbito de um caso concreto, vale dizer, somente por meio do denominado controle difuso, ou incidental, ou de exceção ou repressivo, entre outros sinônimos, é que os TAs poderão atuar, até por uma questão de autotutela, inerente à democracia em que vivemos desde 1988.

O próprio STF, por meio da Súmula nº 473 c/c a respectiva Tese de Repercussão Geral, já deliberou que:

> A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.
>
> Ao Estado é facultada a revogação de atos que repute ilegalmente praticados; porém, se de tais atos já tiverem decorrido efeitos concretos, seu desfazimento deve ser precedido de regular processo administrativo.[42]

A Administração Pública tem o poder controlar a sim mesma, de autotutela, isto é, pode revogar os seus próprios atos, seja por motivo de conveniência ou oportunidade, seja pelo fato de que estes atos podem estar eivados de vícios que os tornam ilegais ou, mesmo, inconstitucionais, o que não justificaria, portanto, que os TA se mantivessem silentes em situações como estas.

42. BRASIL. STF – Supremo Tribunal Federal. *Súmula 473 e Tese definida no RE 594.296, rel. min. Dias Toffoli, P, j. 21-9-2011, DJE 146 de 13-2-2012, Tema 138*. Brasília/DF, 2012. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario-Sumulas. asp?sumula=1602. Acesso em: 27 de outubro de 2019.

Luís Roberto Barroso,[43] em linhas gerais, leciona que a interpretação e a observância da Constituição não é monopólio do Judiciário, de modo que o Executivo tem também o dever de impedir que ela seja violada e de abster-se da prática de qualquer ato que a ela importe em desrespeito.

Segundo o autor, uma lei inconstitucional o é para todos os Poderes e não apenas para o Judiciário, de modo que, mesmo que indubitavelmente este último tenha a palavra final, isso não quer dizer que aos demais poderes seja proibido o exame da constitucionalidade de uma norma.

Ou seja, as autoridades administrativas do Executivo, quando se deparam com uma lei inconstitucional, têm de resolver o problema de saber se cumprem uma lei ou se cumprem a Constituição e, sabem todos que, entre ambas, esta última é a que prevalece.

Com base nessa acepção, em relação ao entendimento de que o exame de constitucionalidade de normas em subsunção a um caso concreto está reservado somente ao Judiciário, a própria CF/88 autoriza e obriga aos Três Poderes da República o amplo e irrestrito respeito a ela mesma, o que significa dizer que os TAs podem e devem avaliar e deliberar sobre possíveis inconstitucionalidades.

Sendo assim, não encontra guarida o argumento de que a análise de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo pelos tribunais administrativos ofende o princípio da separação de poderes, haja vista que esta separação não é absoluta.

É que, como sabem todos, os Três Poderes podem exercer funções atípicas às suas funções institucionais primordiais, o que quer dizer que a declaração de inconstitucionalidade por tribunais administrativos numa determinada situação/contenda concreta não seria usurpação da competência do Poder Judiciário.

43. BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas:* limites e possibilidades da Constituição brasileira. 9. ed. Rio de Janeiro: São Paulo: Renovar, 2009.

Pode-se inferir, dessa maneira, que, a partir do momento em que a CF/88 determina que o STF é o guardião da ordem jurídico-constitucional brasileira, isto não significa afirmar que o Texto Magno deu à Corte uma reserva de jurisdição absoluta.

Se assim o fosse, qualquer divergência, especialmente em sede de controle difuso, sobre matéria constitucional, como, por exemplo, a privação de bens de particulares para quitação de débitos tributários sem o devido processo legal, seria diretamente remetida para a Corte Constitucional.

No Brasil há um sistema de competências hierárquico-constitucionais composto por vários degraus de uma escala de controle de constitucionalidade que tem por ápice o próprio STF. Há uma divisão do sistema jurídico pelas denominadas competências material e funcional dos diversos órgãos judiciários e administrativos, mas, uma situação é comum, qual seja, todos devem obediência irrestrita à Constituição.[44]

Destarte, o exame da constitucionalidade poderia ser considerado como uma espécie de início de uma escalada, isto é, como a primeira alternativa na busca pela tutela almejada, até que, instância por instância, caso seja o caso, a contenda chegue à apreciação do STF enquanto órgão máximo do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade.

Com uma decisão administrativa versando sobre uma questão constitucional, esse trabalho interpretativo realizado numa primeira etapa poderia já de pronto esclarecer determinados pontos que poderiam fazer com que as partes interessadas ponderem se realmente devem ir ao Judiciário para prosseguir na discussão do tema.

Ao apreciar essas arguições de inconstitucionalidade, os TAs tão-somente julgam um caso concreto já efetuando de antemão a análise das provas todas e, se entenderem, em decisão fundamentada,

44. BRASIL. Constituição Federal de 05 de outubro de 1988. *Diário Oficial da União* – Seção 1 – 5 out. 1988, p. 1 (Publicação Original). Brasília/DF.

que os efeitos da norma ao caso concreto não se aplicam por inconstitucionalidade, isto não significa dizer que atuaram de modo a retirá-la do sistema, dado que isso somente é admitido ao próprio STF em controle abstrato. Também não quer dizer que a discussão esteja encerrada e que as partes não possam ir ao Judiciário.[45]

Dessa forma, caso qualquer das partes vencida não queira aceitar a proposição expedida pelo TA, então é possível levar a questão ao Judiciário para que esse analise o Direito em função das provas, sendo suficiente, para tanto, nos termos da CF/88, hábil e tempestivamente, o ingresso com a medida cabível na órbita jurisdicional competente.

Se o próprio Estado ou se um contribuinte entender que o TA não lhe concedeu de forma justa a tutela pleiteada, ele pode levar o caso ao patamar logo acima da esfera administrativa, qual seja, o Judiciário, com a diferença de que já tem um estudo prévio sobre a situação, o que respeitaria a economia e celeridade processuais.

Uma das poucas situações em que a CF/88 obriga o curso forçado administrativo é nas competições esportivas, nos termos do seu art. 217, § 1º, ou seja, primeiramente esgotam-se as instâncias administrativas (por exemplo, no futebol profissional, o TJD, Tribunal de Justiça Desportiva, e o STJD, Superior Tribunal de Justiça Desportiva), para somente depois poder provocar o Judiciário, sendo que em muitas vezes, as partes sequer vão ao Judiciário.[46]

Nos demais casos, fica ao alvitre do interessado, como, por exemplo, no caso das multas de trânsito, nas quais o autuado pode pleitear a tutela jurisdicional – nos Juizados Especiais Cíveis (JEC) ou no próprio Judiciário, dependendo dos valores – sem precisar passar pelas Juntas Administrativas de Recursos de Infrações (JARIs).

45. BARACHO, Luiz Fernando. A declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos no processo administrativo tributário. *Revista Eletrônica do Curso de Direito – PUC Minas Serro,* n. 8, jun./dez. 2013, p. 60.

46. BRASIL. Constituição Federal de 05 de outubro de 1988. *Diário Oficial da União* – Seção 1 – 5 out. 1988, p. 1 (Publicação Original). Brasília/DF.

Plausível, portanto, por este prisma, conferir aos TAs a competência para examinar e analisar as arguições de inconstitucionalidade de lei e atos normativos como primeiros elementos da cadeia de competências hierárquico-constitucionais, da mesma forma que é consentâneo afirmar que tal apreciação não encerra a questão em si mesma, visto que não é proibido àquele que não se conformar com a decisão remeter a discussão ao Judiciário.

Por derradeiro, cumpre dizer em alto e bom som que a exclusão de matéria constitucional contraria postulados de hermenêutica, pois o Direito é um sistema de normas e como tal não pode ser recortado e aplicado apenas em parte.

A propósito, merece lembrada a lição do festejado Rudolf Stammler, que assim averbou: "Ao aplicar um artigo do Código, o intérprete deve aplicar todo o Código".[47] Parafraseando o jusfilósofo podemos aduzir: Não só todo o Código, mas todo o Direito.[48]

Na mesma trilha é o ensinamento de Juan Manuel Teran, Professor de Filosofia da Universidade do México, para quem "sistema é um conjunto ordenado de elementos segundo um ponto de vista unitário", donde a sua unidade resta decididamente insusceptível de qualquer divisão.[49]

3. SÍNTESE CONCLUSIVA

Com base no conteúdo dialético veiculado pela pesquisa, é possível compreender que os Tribunais Administrativos, enquanto primeiros elementos de uma cadeia de competências hierárquico-constitucionais sistematizada de modo uno, completo e coerente pela ordem

47. STAMMLER, Rudolf. *Lehrbuch der Rechtsphilosofie*. Berlin-Leipzig: Walter de Gruyter, 1923, p. 266, § 129.

48. JARDIM, Eduardo Marcial Ferreira. *Manual de Direito Financeiro e Tributário.* 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 393.

49. TERAN, Juan Manuel. *Filosofia del derecho*. México: Porrua, 1952, p. 14.

jurídica do Brasil, poderiam e deveriam deliberar sobre inconstitucionalidades de leis e de atos normativos.

Vedar aos Tribunais Administrativos a análise da constitucionalidade, da mesma forma que desautorizar que a Administração Pública exerça o direito constitucional ao amplo e pleno acesso ao Judiciário quando vencido nessa esfera administrativa, compreende-se como algo que não se coaduna com o princípio da unidade funcional do sistema, justamente porque, por ser a Constituição a norma jurídica mais relevante e a que dá sustentação a todas as demais, é certo que não pode haver nenhum impedimento à sua avaliação dentro de um contexto sistemático.

Destarte, é factível asseverar que, a partir de uma atuação inicial firme, imparcial, efetiva e responsável dos Tribunais Administrativos no sentido de fazer com que os princípios e regras constitucionais sejam respeitados, certamente seria mais uma significativa proteção aos cidadãos e contribuintes brasileiros contra possíveis inconstitucionalidades e não observâncias das normas constitucionais, no mais das vezes, para não dizer em todas, propugnadas pelo próprio Estado.

4. COROLÁRIOS

4.1. O conceito lógico e ontológico de sistema normativo do direito se contrapõe à hipótese de cindi-lo para um dado efeito e restringir sua aplicação como quer o direito positivo brasileiro e como ocorre no julgamento do processo administrativo, tanto em primeiro grau, como nas suas Cortes.

4.2. Em veras, a vedação de aplicar a Constituição configura induvidosa inconstitucionalidade.

REFERÊNCIAS

BARACHO, Luiz Fernando. A declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos no processo administrativo tributário. *Revista Eletrônica do Curso de Direito – PUC Minas Serro,* n. 8, jun./dez. 2013.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas:*limites e possibilidades da Constituição brasileira. 9. ed. Rio de Janeiro: São Paulo: Renovar, 2009.

BRASIL.Constituição Federal de 05 de outubro de 1988. *Diário Oficial da União*– Seção 1 – 5 out. 1988, p. 1 (Publicação Original). Brasília/DF.

BRASIL.Decreto 70.235/1972, de 06 de março de 1972. Dispõe sobre o processo administrativo fiscal e dá outras providências. Brasília, DF, *Diário Oficial da União – DOFC*de 07 mar. 1972, p. 1.923.

BRASIL. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Brasília, DF, *Diário Oficial da União, D.O.U.*de 28 maio 2009, p. 3.

BRASIL. Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002. Dispõe sobre o cadastro informativo dos créditos não quitados de órgãos e entidades federais e dá outras providências. Brasília, DF, *Diário Oficial da União, D.O.U*. de 22 jul. 2002, p. 1.

BRASIL. Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009. Altera a legislação tributária federal relativa ao parcelamento ordinário de débitos tributários; concede remissão nos casos em que especifica; institui regime tributário de transição, alterando o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, [...]. Brasília, DF, Publicação Original [*Diário Oficial da União* de 01/02/1999] (p. 1, col. 1); Retificação (Seq. 1) [*Diário Oficial da União* de 11/03/1999] (p. 1, col. 1). Observação AUTOR: EXECUTIVO – PL. 2464 DE 1996.

BRASIL. Lei nº 13.988, de 14 de abril de 2020. Dispõe sobre a transação nas hipóteses que especifica; e altera as Leis nº 13.464, de 10 de julho de 2017, e 10.522, de 19 de julho de 2002. Brasília, DF, *Diário Oficial da União, D.O.U.*de 14 abr. 2020, p. 1, Edição extra – A.

BRASIL. Ministério da Economia, Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF). *Quadro Geral de Súmulas*. Disponível em: http://idg.carf.fazenda.gov.br/jurisprudencia/sumulas-carf/quadro-geral-de-sumulas-1. 2019. Acesso em: 18 de outubro de 2019.

BRASIL. STF – Supremo Tribunal Federal. *Súmula 473 e Tese definida no RE 594.296, rel. min. Dias Toffoli, P, j. 21-9-2011, DJE 146 de 13-2-2012, Tema 138*. Brasília/DF, 2012. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=1602. Acesso em: 27 de outubro de 2019.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

JARDIM, Eduardo Marcial Ferreira. *Manual de Direito Financeiro e Tributário.* 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

MEIRELLES, Hely Lopes.*Direito Administrativo Brasileiro*. 43. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

NEDER, Marcos Vinicius; LÓPEZ, Maria Teresa Martínez. *Processo administrativo fiscal federal comentado*. São Paulo: Dialética, 2002.

NUNES, Castro. *Teoria e Prática do Poder Judiciário.*Rio de Janeiro: Forense, 1943.

PENA, Ana Maria Moliterno; PRADO, Clayton Eduardo. Impossibilidade de declaração de inconstitucionalidade no âmbito do processo administrativo tributário. *In*: XXVIII Congresso Nacional dos Procuradores dos Estados e Distrito Federal, 2002. ANAPE – Associação Nacional dos Procuradores dos Estados e do DF. Brasília, DF. *Anais eletrônicos* [...]. Brasília: ANAPE, 2002. Disponível em: http://www.pge.sp.gov.br/teses/Ana%20e%20Clayton.htm, 2002. Acesso em: 25 de outubro de 2019.

SANTOS, Gislaine Nadya Costa. *A questão da arguição de inconstitucionalidade de lei por autoridade administrativa em processo administrativo fiscal*. 2008. 39 p. Monografia. (Graduação em Direito) –Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET). Salvador/BA, 2008.

STAMMLER, Rudolf. *Lehrbuch der Rechtsphilosofie*. Berlin-Leipzig: Walter de Gruyter, 1923.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

TERAN, Juan Manuel.*Filosofia del derecho*. México: Porrua, 1952.

WITT, Marcondes. *A arguição de inconstitucionalidade de leis no âmbito do processo administrativo tributário à luz da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. 2006. 161 p. Dissertação. (Mestrado Acadêmico em Ciência Jurídica, área de concentração: Produção e Aplicação do Direito)– Universidade do Vale do Itajaí (Univali)– Pró-reitoria de Pesquisa, Pós-Graduação e Extensão – ProPPEx. Curso de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica – CPCJ. Itajaí/SC, 2006.

XAVIER, Alberto. *Princípios do Processo Administrativo e Judicial Tributário.* Rio de Janeiro: Forense, 2005.

XXVIII Congresso Nacional dos Procuradores dos Estados e Distrito Federal, 2002. ANAPE – Associação Nacional dos Procuradores dos Estados e do DF. Brasília, DF. *Anais eletrônicos* [...]. Brasília: ANAPE, 2002. Disponível em: https://anape.org.br/site/congresso-nacional-dos-procuradores-dos-estados-e-distrito-federal/ – http://www.pge.sp.gov.br/teses/Ana%20e%20Clayton.htm, 2002. Acesso em: 25 de outubro de 2019.

VII

Análise da juridicidade das multas do CADE sobre o faturamento bruto das empresas

Analysis of the legality of aced's fines on the gross billing of companies

Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho*

RESUMO: Este artigo tem como objetivo examinar a juridicidade das multas aplicadas pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), que coloca o faturamento bruto, compreendido como receita bruta, como a base delas. Será demonstrado a injuridicidade dessas penalidades pecuniárias por colocar como componente da receita bruta das empresas simples ingressos ou meras entradas de quantias, que sequer são receitas, como valores de impostos recebidos provisoriamente pelas empresas para recolhimento seguinte ao verdadeiro titular desses recursos o ente tributante, em contrariedade com o decidido pelo STF em decorrência do julgamento do RE 574.706 RG/PR, Tema 69: *O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins*.

(*) Mestre em Direito, Professor de Direito Financeiro e de Direito Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB, ex-procurador da Fazenda Nacional de categoria especial (aposentado), ex-Consultor da União (1996-2017), associado do Instituto Brasileiro de Estudos de Direito Administrativo, Financeiro e Tributário – IBEDAFT e membro do seu Conselho Editorial, associado do Fórum de Integração Brasil Europa – FIBE, da União dos Juristas Católicos de São Paulo – UJUCASP, sócio sênior de serviço do escritório M. J. Alves e Burle Advocacy Brasil, advogado e parecerista. E-mail: othon.saraiva@mjab.adv.br.

PALAVRAS-CHAVES: Multa. CADE. Faturamento. Receita bruta.

ABSTRACT: This article aims to examine the legality of the fines imposed by the Administrative Council for Economic Defense (ADED), which put gross billing, understood as gross revenue, as their basis. The unlawfullness of these pecuniary penalties will be demonstrated for placing as a component of the gross revenue of companies simple income or mere entries of amounts, which are not even revenues, such as amounts of taxes provisionally received by companies for subsequent payment to the true holder of these resources, the taxing entity, in contrary to what was decided by the STF as a result of the judgment of ER 574.706 GR/PR, Topic 69: TCGS does not form the basis of calculation for the incidence of Social Integration Program and Contribution to Social Security Financing.

KEYWORDS: Fine. ACED. Billing. Gross revenue.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Compreensão da expressão faturamento bruto para fins das multas do CADE – A evolução legislativa e jurisprudencial do conceito de receita bruta. 3. Conclusão. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Este artigo tem como escopo analisar a juridicidade das multas aplicadas pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), que coloca como base o faturamento bruto, entendido pelo próprio órgão do Mistério da Justiça e Segurança Pública como receita bruta.

Será feito o exame se seria juridicamente legítima a concepção administrativa de fazer incidir os valores de impostos descontados ou cobrados pelas empresas para posterior recolhimento aos Fiscos na base das penalidade pecuniária do CADE, como se os aludidos valores fizessem parte do faturamento bruto, compreendido como receita bruta, tendo em vista a definição de faturamento equiparado à receita bruta, que vem sendo assentada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, nomeadamente, pelo julgamento do Recurso Extraordinário com Repercussão Geral574.706/PR, Tema 69: *O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins.*

2. COMPREENSÃO DA EXPRESSÃO FATURAMENTO BRUTO PARA FINS DAS MULTAS DO CADE – A EVOLUÇÃO LEGISLATIVA E JURISPRUDENCIAL DO CONCEITO DE RECEITA BRUTA

Com supedâneo no § 4º do art. 173 da Constituição da República[1], a Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, que, entre outras providências, estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, no seu art. 36, tipifica uma série enorme de infrações contra a ordem econômica, estipulando, por exemplo, dentre as condutas legalmente discriminadas, as seguintes: *limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa, dominar mercado relevante de bens ou serviços, aumentar arbitrariamente os lucros, exercer de forma abusiva posição dominante; acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma: os preços de bens ou serviços ofertados individualmente, a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços, a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos, preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública; promover, obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes,* etc.

A título, também, exemplificativo, o art. 37, *caput*, inciso I, da Lei 12.529, de 30/11/2011 dispõe que *a prática de infração da ordem econômica sujeita* à empresa responsável a pena de *multa de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do valor do* ***faturamento bruto*** *da empresa, grupo ou conglomerado obtido, no último exercício anterior à instauração do processo administrativo, no ramo de atividade*

1. CF. § 4º do art.; 173: "lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros".

empresarial em que ocorreu a infração, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação.

Já o § 2º do mesmo art. 37 estatui que, no cálculo do valor da multa de que trata o inciso I do *caput* deste artigo, o CADE poderá considerar o faturamento total da empresa ou grupo de empresas, quando não dispuser do valor do faturamento no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração, definido pelo CADE, ou quando este for apresentado de forma incompleta e/ou não demonstrado de forma inequívoca e idônea.

Insta colimar que o § 4º do art. 173 da Constituição Federal restringe à reserva legal matéria referente à sanção do abuso do poder econômico, que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

Aduza-se, ainda, que o art. 5º, inciso II, da Constituição Federal consagra o princípio da legalidade, ao expressar que *ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei,* ou seja, a palavra lei aqui utilizada no sentido técnico de ato normativo expedido pelo Poder Legislativo.

A propósito, o princípio da legalidade é o primeiro elencado pelo art. 37, *caput*, da Constituição Federal, e, portanto, o mais relevante princípio constitucional, que deve ser observado pela administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes de todos os entes da Federação brasileira[2].

Observe-se que, na cominação legal da multa do CADE retromencionada, não há a definição, na própria lei, do que se possa compreender por "faturamento bruto", sendo de se invocar o caso semelhante do inciso XXXIX do art. 5º da Lei Maior, que estabelece que não há crime, podendo ser compreendido que, também, não existe contravenção,

2. CF. "Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência..."

delito nem infração sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

Não é sem propósito se invocar, também, para o caso vertente, a jurisprudência assentada da Corte Constitucional brasileira no sentido de que não é juridicamente possível o estabelecimento de um tipo penal por analogia, existindo, também, a impossibilidade de estipulação de uma sanção sem completa e explícita definição legal[3].

Exatamente nesse sentido é o magistério de Odete Medauar: "*Legalidade de sanções*: O adágio *nullapoenasine lege* vigora em matéria de sanção disciplinar [ou administrativa], daí ser vedada aplicação de pena não arrolada em texto legal, não podendo ser "inventada' [por meio de norma administrativa] modalidade punitiva[4].

De fato, a definição do que poderia ser "faturamento bruto" não está esclarecido por norma da Lei 12.529/2011, mas sim pelo "Guia para envio de dados ao departamento de estudos econômicos do CADE", que, a seu bel-prazer, em escandalosa desobediência ao estabelecido pelas leis e jurisprudências vigentes sobre os termos "receita", "receita bruta" e "faturamento", reza que *faturamento brutoé o valor total das vendas e serviços prestados,* ***incluindo os impostos sobre o faturamento como, por exemplo, o ICMS****. É similar a Receita Bruta, porém, são incluídos ganhos obtidos com aplicações financeiras ou venda de ativos*[5]*.*

É possível, pois, inferir que, para o CADE, a expressão "faturamento bruto" refere-se à "receita bruta", mas isso em uma concepção muito especial, elaborada a nível administrativo, em flagrante contrariedade

3. Cf. STF-1ª Turma, HC 92.626, rel. min. Ricardo Lewandowski, *DJ* 18/5/2007.

4. MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*, 20ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 370.

5; BRASIL, *GUIA PARA ENVIO DE DADOS AO DEPARTAMENTO DE ESTUDOS ECONÔMICOS DO CADE*, Brasília, uma publicação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica/ Ministério da Justiça e da Segurança Pública, abril de 2019, p. 16.

com a lei e com a jurisprudência pátria, do que sejam *faturamento* e *receita bruta*.

Conforme se demonstrará a seguir, tais conceitos, não decorrentes de norma legal, mas de elaboração administrativa do próprio CADE, vão de encontro e chegam a afrontar à legislação comercial e fiscal vigentes, à doutrina fiscal e tributária e às jurisprudências dos Tribunais Superior, por isso, não podem prevalecer e devem ser reformados.

Indevidamente, o CADE tem considerado faturamento bruto ou receita bruta aquilo que, para a Ciência das Finanças, que, inclusive, orienta o Direito Tributário e o Direito Administrativo, sequer é receita, mas mera entrada, ou seja, simples ingresso de dinheiro já destinado a terceiro, recurso que representa, a rigor, uma predeterminada despesa, sem qualquer relação com a capacidade contributiva, bem como toma valores alusivos a certos impostos (por exemplo: IPI, ICMS, ISSQN) como que pudessem fazer parte, e não podem, da base de incidência de outros tributos sobre o faturamento ou receita bruta.

De fato, a Ciência das Finanças faz distinção entre receitas e entradas ou ingressos, de modo que todo ingresso de dinheiro aos cofres públicos caracteriza uma entrada, mesmo que haja uma baixa patrimonial futura correspondente, como sucede com cauções, fianças, depósitos recolhidos ao tesouro, o produto dos empréstimos internos ou externos, contraídos pelo poder público, e assim por diante, que são exemplos de ingressos provisórios que devem ser, oportunamente, pagos ou devolvidos.

Adaptando ou alargando o magistério de Aliomar Baleeiro de entradas e receitas públicas para o ingresso de dinheiro e para as receitas de empresas ou de pessoas jurídicas de direito privado, constata-se, claramente, o equívoco do CADE, na imposição de suas multas, conforme demostram as transcrições seguintes:

> **Entradas ou ingressos.**
> As quantias recebidas pelos cofres públicos [ou privados] são genericamente designadas como "entradas" ou "ingressos". Nem todos esses ingressos, porém, constituem

> receitas públicas, pois alguns deles não passam de "movimentos de fundo", sem qualquer incremento do patrimônio governamental, desde que estão condicionados à restituição posterior ou representam mera recuperação de valores emprestados ou cedidos pelo governo.
>
> Exemplificam esses "movimentos de fundos" ou simples "entradas de caixa", destituídas de caráter de receitas, [...] enfim as somas que se escrituram sob reserva de serem restituídas ao depositante ou pagas a terceiro por qualquer razão de direito e as indenizações devidas por danos causados às coisas públicas e liquidados segundo o Direito Civil[6].

Já receita pública, segundo conceito de Baleeiro, é, tão somente, *a entrada que, integrando-se no patrimônio público sem quaisquer reservas, condições ou correspondência no passivo, vem acrescentar seu vulto, como elemento novo e positivo*[7].

Portanto, o CADE vem agido ilegalmente na aplicação de suas multas, por considerar faturamento bruto ou receita bruta aquilo que não é receita, por fazer incidir impostos sobre o faturamento ou receita bruta, como, por exemplo, o ICMS, IPI e o ISSQN, por fazer incidir valores recebidos a título de indenização, que não acresce o patrimônio da empresa, mas apenas o recompõe, nada tendo a ver com a real capacidade contributiva da empresa multada, podendo ser dito que tal atuação do CADE tem ferido os princípios constitucionais da legalidade (CF, art. 5º, II; art. 37, *caput*) e da vedação de confisco (CF, art. 150, IV).

A concepção do CADE de fazer incidir, em suas multas, a título de faturamento bruto no sentido de receita bruta, o que sequer poderia ser considerado como receita, viola, também, a regra constitucional

6. BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à ciência das finanças,* 17ª edição, Hugo de Brito Machado Segundo (atualizador), Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 148.

7. BALEEIRO, *Opus Citatum*, p. 148.

de definição de competência de contribuições das empresas sobre receita ou faturamento do art. 195, I, *b*.

De modo que o CADE, para fazer incidir as suas penalidades pecuniárias, afastando-se até mesmo do senso comum bastante óbvio no sentido de que qualquer tributo, muito menos imposto, não deve compor a base de cálculo de outro tributo, tem indevidamente incluído como parte do faturamento bruto, tido por ele como receita bruta, ingressos de dinheiro nos cofres de empresas que sequer podem representar receitas, como os valores sem qualquer vantagem econômica, ainda que mediata, para empresa sancionada, como são os recursos recebidos a título de indenização e os ônus fiscais atinentes ao IPI, ICMS e ISSQN, ingressos que não revelam medida de riqueza ou patrimonialidade de que cogita a atual regra constitucional da alínea *b* do inciso I do art. 195.

Não se pode deixar de reconhecer, portanto, que as multas, que vêm sendo aplicadas pelo CADE, mostram-se indevidas, sendo o caso de trazer à colação o percuciente magistério do ministro do Supremo Tribunal Federal Luiz Gallotti, no trecho do voto emanado por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário nº 71.758[8], lastreado no preceptivo do artigo 110 do Código Tributário Nacional – CTN[9], em que espanca o descabimento de ficções jurídicas para a definição de termos, que a Constituição Federal utilizou, para delimitar a poder do Estado: *se a lei pudesse chamar de compra e venda o que não é compra, de exportação o que não é exportação, de renda o que não é renda, ruiria todo o sistema tributário inscrito na Constituição.*

Assim, por exemplo, se alguém fatura ICMS, este jamais poderia ser a empresa devedora, que cobra ou desconta de terceiro o imposto,

8. STF-Pleno. RE 71.758/GB, rel. min. Thompson Flores, in RTJ vol. 66-1, p. 165.

9. Lei nº 5.172, de 25/10/1966 – CTN. "Art. 110. A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias."

para, após a utilização da técnica da não-cumulatividade, recolher o crédito devedor de tal gravame para o Estado, este sim, se pode dizer, que o ente que fatura.

Destarte, algumas entradas de dinheiro circulam na contabilidade das empresas, vale dizer, apenas transitam nos cofres de empresas, já que têm destinação predeterminada para terceiros, isto é, representa apenas ingressos de caixa, repise-se, esses ingressos de dinheiro cujos recursos não pertencem a essas empresas, posto que essas entradas não se incorporam ao patrimônio da sociedade como elemento novo, positivo e definitivo, sem baixa patrimonial futura correspondente, não constituem sequer receitas de empresas, até porque destinadas, em certas hipóteses, aos cofres públicos federais ou estaduais ou distritais.

No que tange à Constituição Federal de 1988, os termos *faturamento* e *receita bruta* estão presentes no preceptivo da alínea *b* do inciso III do § 2º do art. 149, que diferencia as bases *faturamento* e *receita bruta*, ao expressar que *as contribuições sociais* geraise de seguridade social *e de intervenção no domínio econômico de que trata* o *caput*deste artigo, além de alíquota específica, *tendo por base a unidade de medida adotada* (alínea *a*), *poderão ter alíquotas ad valorem, tendo por base o faturamento, a receita bruta ou o valor da operação e, no caso de importação, o valor aduaneiro*(incluso pela Emenda Constitucional nº 33/2001).

Outrossim, tais termos estão presentes no preceito da alínea *b* do inciso I do art. 195 da Carta Política, de 1988, que dispõe que as contribuições para a seguridade social do *empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei,* poderão incidir sobre "receita ou faturamento" (incluído pela Emenda Constitucional nº 20/1998).

Entretanto, na redação original da norma do inciso I do *caput* do art. 195 da Constituição brasileira de 1988, havia autorização de incidir contribuições para a seguridade social dos empregadores sobre folha de salários, lucro e apenas sobre o *faturamento*.

Assim, num primeiro momento, a Corte Constitucional brasileira, em relação ao termo *faturamento*, como era entendido pela legislação infraconstitucional antes da Emenda Constitucional nº 20/1998, concebia como sendo a *receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviço de qualquer natureza* (Decreto-Lei nº 2.397/1987; Lei Complementar nº 70/1991).

De modo que o propósito da Emenda Constitucional nº 20/1998 foi de ampliar a base de incidência das contribuições da seguridade social do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada, passando a abranger, além do faturamento, a receita, isto é, a receita bruta, concebida esta, por fim, com supedâneo na legislação infraconstitucional editada após a supracitada Emenda Constitucional, como a totalidade de verdadeiras receitas ou receitas próprias, auferidas pelas empresas.

Historicamente, cumpre reconhecer, existe uma certa confusão feita pelo legislador ordinário e pelo constituinte derivado a respeito dos conceitos envolvendo a tributação da renda (faturamento, receita, lucro)[10].

10. **C**onforme narrou o ministro Barroso em seu voto proferido no Tema RG nº 69 (RE nº 574.706):*A Constituição de 1988 apresenta previsão expressa das bases de cálculo das contribuições para a seguridade social. Há um longo elenco. E uma dessas bases de cálculo é o faturamento, como está no artigo 195. Diante disso, esta Corte interpretou o conceito de faturamento, num primeiro momento, com base na legislação tributária infraconstitucional.Após a Emenda Constitucional nº 20, tornou-se imperativa nova análise do tema, na qual se concluiu que o constituinte pretendeu intencionalmente ampliar as materialidades econômicas tributáveis para fazer incidir as contribuições sobre a totalidade das receitas auferidas pelas empresas.Portanto, houve aqui uma evolução legislativa. Primeiro, o Decreto-Lei nº 2.397/87, que trazia um conceito de receita bruta; depois, vem a Lei Complementar nº 70/91, que reproduz essencialmente esse mesmo conceito; depois vem a Lei nº 9.718/98, que amplia o sentido de receita bruta, em sentido divergente àquele que tinha sido esposado pela jurisprudência do Supremo, para entender que ela era constituída não apenas pelas receitas decorrentes da atividade-fim da empresa, mas toda e qualquer receita passava a funcionar como base de cálculo.Esse entendimento alargado veio a ser chancelado pela Emenda Constitucional nº 20, mas sendo que o Supremo deixou claro que esse alargamento da base de cálculo não poderia ser constitucionalizado supervenientemente. Portanto, ele poderia viger a partir da Emenda nº 20, mas não se validava o que havia sido praticado para trás. Eu não sei se por algum desígnio ou por fatalidade, a verdade é que nem a legislação, nem a emenda tentaram tornar a nossa vida mais fácil. Primeiro, porque a legislação fala em receita*

Retrocedendo às origens dos termos *faturamento* e *receita*, cumpre avivar que, no campo do Direito Comercial, inicialmente, o termo *faturamento* significava as receitas decorrentes apenas dos *atos de emissão de fatura* (duplicata), documento emitido pelo vendedor para o comprador, ou pelo prestador do serviço para o consumidor quando da venda de mercadorias ou prestação de serviço com previsão de pagamento a prazo[11].

Pondere-se o conceito de faturamento do Direito Comercial, vale repisar, ato de emitir faturas, não consiste em ato que possa ensejar a tributação, uma vez que não revela natureza econômica ou não traz em si signo presuntivo de riqueza.

Por seu turno, a regra do inciso I do art. 187 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, que dispõe sobre as sociedades por ações, estatui que *a demonstração do resultado do exercício discriminará a receita bruta das vendas e serviços, as deduções das vendas, os abatimentos e os impostos,* comportando inferir que, embora todo faturamento seja receita, nem todo ingresso ou entrada de dinheiro nos cofres de empresa pode ser tido como receita ou faturamento.

Entretanto, a nível fiscal, sempre fora tido como constitucional o alargamento do termo "faturamento", para abranger grandeza superior às vendas de mercadorias e serviços acompanhadas de faturas (duplicatas).

Impende avivar que que a própria Lei Complementar nº 70, de 30 de dezembro de 1991, que institui a contribuição para financiamento da Seguridade Social sobre o faturamento mensal das empresas,

---

bruta; a Constituição falava em faturamento; e vem a Emenda nº 20 e acrescenta: ao lado do faturamento, a receita. Então, você tem receita bruta na Constituição, com o acréscimo da Emenda nº 20, que fala em receita, sendo que, já existindo a controvérsia – porque a controvérsia é anterior à Constituição de 88 – sobre o ICMS integrar ou não a base de cálculo do PIS/Cofins, nenhuma dessas normas resolveu de maneira expressa esse problema, que, de certa forma, atormenta a jurisprudência de longa data.Portanto, a evolução normativa não contribuiu, eu diria, para abreviar o problema nem reduzir a sua intensidade. Esse é o quadro normativo.

11. Cf. Lei nº 556/1850 – Código Comercial – art. 219; art. 1º e 20, ambos da lei nº 5.474/1968 – Lei da Duplicata.

define, no *caput* do seu art. 2°, que tal contribuição *incidirá sobre o faturamento mensal, assim considerado a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviço de qualquer natureza.*

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) considerara assemelhadas as expressões "receita bruta" e "faturamento", nos termos do conceito dado pela Lei Complementar nº 70/1991. Destaque-se que desde o julgamento do RE nº 150.755 (Pleno, Rel. Min. Carlos Velloso, Rel. p/ acórdão Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* de 20/08/93) até culminar com o julgamento dos Recursos Extraordinários 346.084 e 390.840 (STF-Pleno, RE 346.084, Rel. Min. Ilmar Galvão, Rel. p/ acórdão Min. Marco Aurélio, *DJ* de 1º/9/2006 e STF-Pleno, RE 390.840, Rel. Min. Marco Aurélio, *DJ* de 15/8/2006), a Corte Constitucional brasileira vinha se inclinado a reconhecer a equivalência entre os conceitos de "faturamento" e "receita bruta" para fins fiscais, definindo-os como "a receita bruta das vendas de mercadorias e de mercadorias e serviços, de qualquer natureza".

Assim, embora o texto constitucional original falasse em "faturamento", e a LC nº 70/1991, equiparasse *faturamento* com *receita bruta*, realidades, em verdade, diferentes, provocado o STF a se manifestar, na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 1[12], sobre a juridicidade constitucional da definição de faturamento, dada pela LC nº 70/1991, entendeu que o faturamento, para fins fiscais, sempre fora considerado como receita proveniente das vendas de mercadorias e serviços, de modo que decidiu que não houvera extrapolação da dimensão da base econômica que era dada à tributação pelo texto original do inciso I do *caput* do art. 195 da Constituição de 1988.

No entanto, o texto original do art. 195, *caput*, inciso I, da Lei Maior não autorizava que o termo "faturamento" fosse tomado como

12. STF-Pleno. ADC n° 1, rel. min. Moreira Alves, in *DJ* 16/6/1995, p. 18.213.

sinônimo de receita bruta, compreendida como a totalidade de receitas do sujeito passivo tributário.

Ocorreu que, ainda sob a égide da redação original do art. 195, *caput*, inciso I, Constituição de 1988, daí a sua inconstitucionalidade, sobreveio a Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998, que, no seu art. 3º, *caput*, §1º, igualou os conceitos de faturamento e receita bruta, definindo-os como "a totalidade de receitas auferidas pela pessoa jurídica, sendo irrelevante o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil adotada para as receitas".

Logo em seguida, a Emenda Constitucional (EC) nº 20, de 15 de dezembro de 1998 (*DOU* de 16/12/1998), ampliou a base econômica tributável do PIS/Cofins, ao adicionar à palavra "faturamento" o termo "receita" na alínea *b* do inciso I, do art. 195, viabilizando que lei posterior à essa EC pudesse, constitucionalmente, definir faturamento com sentido equivalente ao de receita bruta, como "a totalidade de receitas auferidas pela pessoa jurídica, sendo irrelevante o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil adotada para as receitas".

Todavia, o STF, por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário nº 346.084/PR, declarou a inconstitucionalidade do art. 3º, § 1º, da Lei 9.718, de 27 de novembro de 1998 (*DOU* de 28/11/1998), ressaltando a impossibilidade de a lei tributária alterar a definição, o conteúdo e alcance de institutos previstos no texto constitucional original (CF/1988, art. 195, *caput*, inciso I) para definir ou limitar competências tributárias (CTN, art. 110), proibindo, para antes da entrada em vigor da EC nº 20, de 15 de dezembro de 1998 (*DOU* de 16/12/1998), a ampliação do conceito de faturamento como receita pública, rechaçando a tese da constitucionalidade superveniente de uma lei[13].

13. STF-Pleno. Ementa do Acórdão do RE nº 346.084/PR, rel. para o acórdão min. Marco Aurélio, *DJU* de 1º/9/2006: "CONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE – ARTIGO 3º, § 1º, DA LEI Nº 9.718, DE 27 DE NOVEMBRO DE 1998 – EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20, DE 15 DE DEZEMBRO DE 1998. O sistema jurídico brasileiro não contempla a figura da constitucionalidade superveniente. TRIBUTÁRIO – INSTITUTOS

Então, no período anterior à EC nº 20/1998, o conceito de faturamento permanece sendo aquele definido pela LC nº 70/91: "a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza".

O STF evoluiu para consolidar orientação no sentido de que o faturamento abrange não só o produto da venda de mercadorias e serviços, mas o produto de todo o rol das demais atividades que integram o objeto social da empresa.

Assim é que por ocasião do julgamento do EDAgR RE nº 400.479/RJ, o então relator ministro Cezar Peluso[14], esmiuçou o conceito constitucional de faturamento, ainda antes da Emenda Constitucional nº 20/1998, como as receitas provenientes da realização do objeto social da empresa, mesmo que não decorram da venda de mercadoria ou de prestação de serviços.

Em seu voto, o ministro Cezar Peluso ilustra diversas receitas que, embora não correspondam à venda de mercadorias ou prestação de serviços, integrem o resultado auferido no exercício do conjunto das atividades empresariais desenvolvidas pela empresa, na promoção de suas finalidades sociais. Dentre as quais, destaque-se: receitas de intermediação financeira de bancos e de prêmios de seguros porque, repete-se, integrantes do conjunto de negócios ou operações

– EXPRESSÕES E VOCÁBULOS – SENTIDO. A norma pedagógica do artigo 110 do Código Tributário Nacional ressalta a impossibilidade de a lei tributária alterar a definição, o conteúdo e o alcance de consagrados institutos, conceitos e formas de direito privado utilizados expressa ou implicitamente. Sobrepõe-se ao aspecto formal o princípio da realidade, considerados os elementos tributários. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL – PIS – RECEITA BRUTA – NOÇÃO – INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º DO ARTIGO 3º DA LEI Nº 9.718/98. A jurisprudência do Supremo, ante a redação do artigo 195 da Carta Federal anterior à Emenda Constitucional nº 20/98, consolidou-se no sentido de tomar as expressões receita bruta e faturamento como sinônimas, jungindo-as à venda de mercadorias, de serviços ou de mercadorias e serviços. É inconstitucional o § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98, no que ampliou o conceito de receita bruta para envolver a totalidade das receitas auferidas por pessoas jurídicas, independentemente da atividade por elas desenvolvida e da classificação contábil adotada."

14. *Informativo do STF* nº 556, in tf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo556.htm. STF-2ª Turma. RE 400.479, rel. min. Cezar Peluso, *DJ* 10/10/2006.

desenvolvidos por essas empresas no desempenho de suas atividades econômicas peculiares.

Noutro giro, o ministro Peluso apontou, a partir do critério da receita operacional, diversas situações em que receitas não comporão o conceito de faturamento. Destaque-se a) receitas financeiras de empresas comerciais ou industriais, não decorrentes de sua atividade-fim; b) a venda de imóveis, se for empresa de outro ramo de atividade que se esteja desfazendo de parcela do ativo imobilizado; c) receitas de aluguéis de móveis ou imóveis próprios de empresa que não se dedique a alugar; e assim por diante.

Concluiu assim o ministro Cezar Peluso o seu voto:

> Não quadraria desenvolver rol exaustivo que correlacionasse todas as espécies possíveis de receitas aos variados tipos de atividades e objetos sociais empresariais, bastando que se estabeleça com segurança o critério jurídico, afirmando-se a tese de que a expressão "faturamento" corresponde, como conceito histórico, à "soma das receitas oriundas das atividades empresariais". Esta grandeza compreende, além das receitas de vendas de mercadorias e serviços, as receitas decorrentes do exercício efetivo do objeto social da empresa, independentemente de seu ramo de atividade. Tudo o que desborde dessa definição específica não poderá ser tributado por PIS/Cofins.

Transcreva-se a síntese, engendrada por Víctor Coutinho Leal, tradutora do raciocínio do ministro Cezar Peluso sobre o conceito, até então, de faturamento, equiparado a receita bruta:

> a) o conceito de faturamento, ainda que historicamente tenha sido interpretado como sinônimo de receita de vendas de bens e serviços deveria ser atualizado, de modo a acompanhar a evolução das atividades empresariais;
>
> b) a palavra faturamento nunca teve no contexto da Constituição Federal o significado de vendas

correspondentes à emissão de faturas e, que a adoção de faturamento do corpo constitucional não se reduziria a essa definição antiquada e em franco desuso de vendas acompanhadas de faturas;

c) a noção jurídica de faturamento deveria ser formulada segundo a perspectiva, a natureza e as finalidades da atividade empresarial, devendo ser o termo entendido como a expressão da receita fruto da realização das atividades fins da empresa, descrita em seu objeto social[15].

Nesse diapasão, o STF e o Superior Tribunal de Justiça (STJ) passaram a aplicar essa orientação, como por exemplo, para incluir como faturamento a receita proveniente de locação de bens imóveis, quando esta for a atividade principal da empresa. (STF-2ª Turma, AgR RE 371.258, relator ministro Cezar Peluso, *DJ* 27/10/2006, p. 59; STJ-1ª Seção, REsp 929.521/SP, relator ministro Luiz Fux, in *RSTJ* vol. 41 p. 29).

Nessa senda, o STJ editou a Súmula nº 423 com o seguinte teor: *A Contribuição para Financiamento da Seguridade Social – Cofins – incide sobre as receitas provenientes das operaçõese locação de bens móveis*.

Por sua vez, as receitas financeiras recebidas por empresas que não tenham como atividade principal sua obtenção, tal qual sucede com os bancos, não foram consideradas faturamento (STF-Pleno, RE 527.602, relator para o Acórdão ministro Marco Aurélio, in *DJe*-213, 13/11/2009).

Nessa esteira, os Tribunais Superiores exararam várias decisões no sentido de que o faturamento é o produto das receitas provenientes do objeto social da empresa, ou aquilo que cada empresa aufere em razão do exercício das atividades que lhe são próprias e

15. LEAL, Víctor Coutinho. *O conceito constitucional de faturamento: para a contribuição ao PIS e a COFINS* (*e-book*), Belo Horizonte: Editora Dialética, 2021, posição 3122.

típicas, enquanto lhe conferem propósito e razão de ser, e não mais tão somente o resultado da venda de mercadorias e da prestação de serviços[16].

Já a legislação posterior à edição da EC nº 20/1998, pôde, perfeitamente, promover uma mudança de cenário ou uma consequente alteração de rumo jurisprudencial. A esse respeito, registre-se o

16. Transcrevam-se as seguintes Ementas de Acórdãos, que, p. ex., incluem como faturamento a receita proveniente de locação de bens imóveis, quando esta for a atividade principal da empresa:STF-2ª Turma. RE 371.258 AgR/SP, rel. min. Cezar Peluso, *EMENTA: Recurso Extraordinário. COFINS. Locação de bens imóveis. Incidência. Agravo regimental improvido. O conceito de receita bruta sujeita à exação tributária envolve, não só aquela decorrente da venda de mercadorias e da prestação de serviços, mas a soma das receitas oriundas do exercício das atividades empresariais.* (*DJ* de 27/10/2006, p. 722).STJ-1ª Seção, REsp 929.521/SP, rel. min. Luiz Fux, *EMENTA: 1. A Contribuição para Financiamento da Seguridade Social – COFINS – incide sobre as receitas provenientes das operações de locação de bens móveis, uma vez que "o conceito de receita bruta sujeita à exação tributária envolve, não só aquela decorrente da venda de mercadorias e da prestação de serviços, mas a soma das receitas oriundas do exercício das atividades empresariais" (Precedente do STF que versou sobre receitas decorrentes da locação de bens imóveis: RE 371.258 AgR, relator: min. Cezar Peluso, Segunda Turma, julgado em 03.10.2006, DJ 27.10.2006). Precedentes das Turmas de Direito Público do STJ acerca de receitas decorrentes da locação de bens móveis: AgRg no Ag 1.136.371/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 04.08.2009, DJe 27.08.2009*; *AgRg no Ag 1.067.748/RS, rel. ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 19.05.2009, DJe* 01.06.2009; REsp 1.010.388/PR, rel. ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 03.02.2009, *DJe* 11.02.2009; e AgRg no Ag 846.958/MG, rel. ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 05.06.2007, *DJ* 29.06.2007.*Deveras, "a base de incidência da COFINS é o faturamento, assim entendido o conjunto de receitas decorrentes da execução da atividade empresarial e (b) no conceito de mercadoria da LC 70/91 estão compreendidos até mesmo os bens imóveis, com mais razão se há de reconhecer a sujeição das receitas auferidas com a operações de locação de bens móveis à mencionada contribuição" (REsp 1.010.388/PR, rel. ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 03.02.2009, DJe 11.02.2009; e EDcl no REsp 534.190/PR, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em19.08.2004, DJ 06.09.2004).3. Consequentemente, a definição defaturamento/receita bruta engloba as receitas advindas das operações de locação de bens móveis, que constituem resultado mesmo da atividade econômica empreendida pela empresa...* (*RSTJ*vol. 41 p. 29). STJ-2ª Turma. REsp 1.101.974/RJ, rel. min. Humberto Martins, *EMENTA: TRIBUTÁRIO. SHOPPING CENTER. ... ADMINISTRAÇÃO IMOBILIÁRIA.[...]2. A obrigação tributária surge com o resultado da atividade-fim do agente passivo, in casu, sobre a receita oriunda da intermediação de negócios imobiliários, tais como compras, alugueres, venda de imóveis próprios ou de terceiros. Em outros termos, incide contribuição social sobre o faturamento bruto da administradora de Shopping Center.Recurso especial improvido.* (*DJe*19/5/2009)

pertinente magistério do desembargador do Tribunal Regional Federal da 4ª Região Leandro Paulsen:

> Mas, embora faturamento e receita bruta sejam grandezas distintas, a EC nº 20/98 ampliou a base econômica para permitir a instituição de seguridade social sobre "receita ou faturamento", de modo que a diferenciação de tais conceitos é desnecessária no que diz respeito às leis supervenientes, que regem o PIS e a Cofins, tanto no regime não cumulativo, como na Lei nº 10.833/3003, como no regime cumulativo, como na Lei nº 12.973/2014 ao alterar a Lei nº 9.718/98.
>
> Após a EC nº 20/98, quaisquer receitas do contribuinte, reveladoras de capacidade contributiva, podem ser colocadas, por lei, como integrante da base de cálculo da Cofins [e do PIS]. Assim, não apenas as receitas provenientes da venda de mercadorias e serviços, mas também as receitas financeiras, as receitas com *royalties*[17]. (Destaquei em negrito)

Assim, diante da nova redação da alínea *b*do inc. I do art. 195 da Constituição Federal, com a redação dada pela EC nº 20/1998, como o constituinte derivado autorizou o legislador infraconstitucional a instituir contribuições para seguridade social da empresa sobre *receita<u>ou</u>faturamento*, estou que não chega a conduzir à injuridicidadeo mau emprego de técnica legislativa de o art. 3º, § 2º da Lei nº 9.718/1998, com redação dada pelo art. 52 da Lei nº 12.973/2014, não expressar que as contribuições para PIS/Pasep e da Cofins do regime cumulativo têm, como fato gerador e base de cálculo, a receita bruta, mas sim que estava dispondo sobre contribuições sobre o faturamento, anda que tenha equiparado ou igualado o faturamento com a receita bruta.

17. PAULSEN, Leandro; VELLOSO, Andrei Pitten. *Contribuições no sistema tributário brasileiro* (*e-book*), 4ª edição, São Paula: Saraiva Educação, 2019, p. 273.

Ora, dizer, com má técnica legislativa, a norma legal que o faturamento compreende ou corresponde a receita bruta, isto significa que o que está sendo disciplinado, de verdade, é contribuição para a seguridade social sobre receita bruta das empresas[18].

O faturamento, identificado ou compreendido pela nova legislação como receita bruta, ainda que, de conformidade com jurisprudência que vinha expedindo os Tribunais Superiores, fossem faturamento e receita bruta grandezas díspares, passou a ter o sentido mais amplo, que deveria ser aplicado apenas para a receita bruta, alcançando todo e qualquer rendimento recebido pela pessoa jurídica com repercussão na sua capacidade contributiva e, ainda que não decorra de sua normal atividade empresarial, como ganho de capital pela venda de bens do ativo fixo da empresa ou ganho com aplicações financeiras, ainda que não seja essa empresa banco ou instituição financeira.

A Lei nº 10.637, de 30 de dezembro de 2002, que instituiu o *regime não-cumulativo do PIS/Pasep*, e a Lei nº 10.833, de 29 de dezembro de 2003, que instituiu o *regime não-cumulativo da Cofins*[19], quando já vigente a alteração dada pela EC nº 20/1998, determinaram, em harmonia com a norma constitucional vigente do art. 195, *caput*, inc. I, alínea *b*, a incidência, sobre as empresas

18. Segundo a corrente doutrinária adotada por LEAL, Víctor Coutinho, *opus citatum* (*e-book*), posição 3271 a 3405: Se o legislador *desejasse que o leque de valores sobre os quais devem incidir* contribuições para a seguridade social PIS e Cofins cumulativas *fosse maior, deveria ter instituído* essas contribuições *sobre a receita, como o fez ao instituir o regime não-cumulativo, entretanto buscou somente modificar o conceito de faturamento como forma de aumentar a base de cálculo das contribuições ao PIS e a Cofins.* Para que essa incidência fosseconstitucional*, seria necessário que a lei modificasse a regra matriz de incidência tributária para prever, expressamente, como aspecto material "auferir receita" e como base de cálculo "a receita". No caso da Cofins e da contribuição ao PIS, a Lei nº 9.718/98 determina que estes incidam sobre "faturamento", consequentemente, esse deve ser tomado no significado presente na Constituição, ainda que tenham outras acepções para receita bruta.*

19. Cf. alterações promovidas pelos arts. 53 e 54 da Lei 12. 973/2014 a dispositivos das Leis 10.637/2002 e 10.833/2003, que tratam respectivamente das contribuições para PIS/Pasep e Cofins do regime não-cumulativo.

do regime da não-cumulatividade, das contribuições sobre o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica, isto é, sobre a *receita bruta* (Lei 10.637/2002, art. 1º; Lei 19.833/2003, art. 1º, art. 12 do Decreto-Lei 1.598/1977), que revelem capacidade contributiva, independentemente de sua denominação ou classificação contábil, compreendendo esse total de receitas as receitas brutas das venda de bens e serviços, o resultado auferido nas operações de conta alheia, outras receitas da atividade ou do objeto principal da pessoa jurídica e todas as demais receitas auferidas pela pessoa jurídica, espelhando capacidade contributiva, inclusive as receitas acidentais, excluídos as ressalvas legais e, naturalmente, aquilo que não é receita, mas simples ingresso ou entrada, que não representa um signo presuntivo de capacidade contributiva.

A seu turno, a Lei nº 12.973, de 13 de maio de 2014, a par de alterar a Lei nº 9.718/1998, a Lei nº 10.637/2002 e a Lei nº 10.833/2003 e o art. 12 do Decreto-Lei nº 1.598/1977, no seu art. 52, estabeleceu, para as empresas *não submetidas à técnica da não-cumulatividade*, a incidência das contribuições PIS/Pasep e Confins sob o *faturamento* das pessoas jurídicas de direito privado, continuando a equiparar faturamento com receita bruta, ressalvadas as receitas acidentais, compreendida, então, esta receita bruta como o produto da venda de bens nas operações de conta própria, o preço da prestação de serviços em geral, o resultado auferido nas operações de conta alheia e, também, outras receitas da atividade ou do objeto principal da pessoa jurídica, desde que espelhem capacidade contributiva.

Assim, o art. 52 da Lei nº 12.973/2014 alterou a redação do art. 3º da Lei nº 9.718/1998, dispondo que o *faturamento das contribuições sob o regime cumulativo para o PIS/Pasep e a Cofins* compreende a receita bruta de que trata o art. 12 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977, tendo, entretanto, tal legislação infraconstitucional ido menos do que a EC 20/1988 havia autorizado para receita ou receita bruta, de modo que continuou não prevendo a configuração de receitas acidentais (rendimentos de aplicações financeiras, vendo do

ativo fixo ou permanente, aluguéis de imóveis, não sendo a empresa imobiliária) como parcela da receita bruta tributável.

Assim, para além da definição de receita bruta para fins do imposto de renda da pessoa jurídica, para fins, também, das contribuições cumulativas para o PIS/Pasep e da Cofins, o artigo 12, *caput*, incisos I ao IV, do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977, com redação dada pela Lei nº 12.973/2014 (artigo 208 do Decreto nº 9.580, de 22 de novembro de 2018 – RIR/2018), equipara o vocábulo faturamento com receita bruta, embora, repise-se, tradicionalmente existiam duas grandezas diferentes, mas, de qualquer forma, a nova redação da alínea *b* do inciso I, do artigo 195 da Lei Suprema (EC 20/1998) ampliou a competência de a União instituir contribuições para a seguridade social das empresas tanto sobre o faturamento quanto sobre a receita. Transcreva-se o art. 12 do DL nº 1.598/1977, *in verbis*:

> Art. 12. A receita bruta compreende:
>
> I – o produto da venda de bens nas operações de conta própria;
>
> II – o preço da prestação de serviços em geral;
>
> III – o resultado auferido nas operações de conta alheia;
>
> IV – as receitas da atividade ou objeto principal da pessoa jurídica não compreendidas nos incisos I a III.

Não obstante, como Leandro Paulsen adverte, com pontuais complementações que aduzo:

> *Não se pode interpretar* ampliações dos conceitos de faturamento, compreendido como receita bruta, *de modo a que alcance rubrica que, em verdade não revelam qualquer capacidade contributiva.*
>
> Efetivamente, embora o conceito de receita seja mais largo do que o de faturamento, nem todo ingresso ou lançamento contábil a crédito constitui ingresso patrimonial [ou, completo: receita que possa incidir a multa do

CADE]. A análise da amplitude da base econômica "receita" precisa ser analisada sob a perspectiva dos princípios constitucionais, dentro os quais o do não confisco e o da isonomia [como também, os princípios do art. 5º, LIV, da CF, da razoabilidade e da proporcionalidade].

Nem tudo o que contabilmente seja considerado como receita poderá, tão só por isso, ser considerado como receita bruta para fins de incidência de multas do CADE. Tampouco é dado à SRF [ou ao CADE] ampliar por atos normativos o que se deva considerar como tal. A receita, para ser tributada [ou sofrer multas do CADE], deve constituir riqueza reveladora de capacidade contributiva e patrimonialidade.

[...]

Do mesmo modo, não pode o legislador [muito menos a autoridade administrativa] fazer incidir contribuição sobre indenizações[20] ou ressarcimentos e recuperações de custos tributários[21]. Assim, na repetição de indébito tributário, não incide Cofins[22]. Do mesmo modo, não incide Cofins sobre os créditos de ICMS, IPI, PIS e Cofins que evitam a cumulatividade de tais tributos; a sua utilização em compensação com tributo devido, o seu ressarcimento em dinheiro pelo Fisco ou mesmo o ingresso decorrente da cessão a terceiro não integram a base de cálculo das contribuições sobre a receita. Também não poderá incidir sobre créditos presumidos do IPI, de que trata a Lei nº 9.363/96, que visam a compensar o

20.. Cf. a esse respeito, SEHN, Solon. Não-incidência de PIS/Pasep e da Cofins sobre reembolsos e indenizações, in "Revista Dialética de Direito Tributário" – *RDDT* – nº 162, São Paulo: Ed. Dialética, março de 2009, p. 58 a 69.

21. Cf. MINATEL, José Antônio. *Conteúdo do conceito de receita e regime jurídico para sua tributação*, revista do *MP*, 2005, p. 218 a 259.

22. Cf. IN SRF 25/2003: *Art. 2º Não há incidência da [...] Cofins e do PIS/Pasep sobre os valores recuperados a título de tributo pago indevidamente*.

PIS/Pasep e a Cofins suportados de fato pelo exportador quando da aquisição de produtos[23].

Também não é dado ao legislador tributar [ou fazer incidir penalidades pecuniárias] todo e qualquer ingresso nas contas do contribuinte como se faturamento fossem, na medida em que eventualmente podem configurar ingressos em nome de terceiros.

Aliás a Lei nº 9.718/98, em seu art. 3º, § 2º, III, chegou a determinar a exclusão da base de cálculo da Cofins e do PIS/Pasep, dos valores que, computados como receita, tivessem sido transferidos para outra pessoa jurídica. Ocorre que o dispositivo remetia a normas regulamentares que jamais foram editadas, restando, posteriormente, revogado pela MP nº 2.158-35/2001, tornada permanente por força da EC nº 32/2001, Ives Gandra da Silva Martins e Fátima Fernandes Rodrigues de Souza manifestaram-se, então, no sentido de que o referido inciso III constituía simples explicitação dos parâmetros constitucionais para a incidência de contribuições[24].

[...]

Hoje, com a Lei nº 12.937/2014, resta claro que, quanto às operações em conta alheia, só incide sobre o resultado[25].

23. Nesse sentido, cf. Acórdão do STJ-2ª Turma, do REsp nº 1.003.029/RS, rel. min. Castro Meira, agosto/2008.

24. MARTINS, Ives Gandra da Silva. SOUZA, Fátima Fernandes Rodrigues de. *PARECER:Exclusão das receitas de terceiros da base de cálculo das contribuições ao PIS e Cofins devidas pelo contribuinte. Direito que decorre da norma de competência relativa a cada uma dessas contribuições e do princípio da capacidade contributiva. Inconstitucionalidade da MP 2.037 que pretendeu obstá-lo mediante revogação do inciso III do § 2º do art. 3º da Lei 9.718;98*, in "RDDT" nº 70, São Paulo: Ed. Dialética, julho de 2001, p. 150 a 164.

25. PAULSEN, Leandro. VELLOSO, Andrei Pitten. *Opus citatum*, *Contribuições no sistema tributário brasileiro* (*e-book*), p. 273 a 277.

> A respeito de receita de terceiro, cobrada ou descontada pelo contribuinte, para oportuno recolhimento para o verdadeiro dono dessa receita, não possa ser considerada receita do contribuinte, traga-se à lume, a título de corroboração, o entendimento de Paulsen: *O que se deve observar, necessariamente, é que, sendo a receita ou faturamento elencados como riqueza a ser tributada, não é dado ao legislador tributar todo e qualquer ingresso nas contas do contribuinte, na medida em que eventuais ingressos de valores em nome de terceiros não constituem receita sua*[26].

Ademais, por força da norma constitucional do § 7º do artigo 195 da Lei Maior, são imunes de contribuição para a seguridade social, portanto não podem ser consideradas receitas para fins de incidência do PIS e da Cofins, as das entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei.

Da mesma forma, não podem compor o faturamento bruto ou a receita bruta para fins de incidência de multas do CADE ou para a incidência do PIS e da Cofins, as receitas decorrentes de exportação, por força da imunidade do inciso I do § 2º do artigo 149 da Lei Suprema.

Ressalte-se, a Lei Complementar nº 70/1991, fiel à Constituição Federal, afastou, no parágrafo único do seu artigo 2º, a possibilidade de incidir-se, na base de cálculo da COFINS, o valor devido a título do imposto sobre produtos industrializados – IPI – e das vendas canceladas, das devolvidas e dos descontos a qualquer título concedidos incondicionalmente.

Afastou, pois, o retromencionado disposto legal do âmbito do faturamento ou da receita bruta das empresas os valores que sequer podem ser considerados como receitas, pois não pertencem a elas ou não acrescenta o patrimônio empresarial como elemento novo e

26. PAULSEN, Leandro. *Constituição e código tributário comentados à luz da doutrina e da* jurisprudência, 18ª edição, São Paulo: Saraiva, 2017, p. 538.

positivo, de modo que esses valores não podem servir de base para incidências de multas do CADE.

No que concerne a impossibilidade de ingressos ou entradas decorrentes do ICMS, IPI e ISSQN poderem ser inclusos na base de cálculo do PIS e da Cofins e, consequentemente, não poderem tais valores servirem de base para incidências de multas do CADE, por não representarem receitas, não configurando, pois, parcelas do faturamento ou da receita bruta, transcrevam-se as seguintes Ementas de Acórdãos do Plenário do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

> RE 240.785/MG
> EMENTA: TRIBUTO – BASE DE INCIDÊNCIA – CUMULAÇÃO – IMPROPRIEDADE. Não bastasse a ordem natural das coisas, o arcabouço jurídico constitucional inviabiliza a tomada de valor alusivo a certo tributo como base de incidência de outro. COFINS – BASE DE INCIDÊNCIA – FATURAMENTO – ICMS. O que relativo a título de Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e a Prestação de Serviços não compõe a base de incidência da Cofins, porque estranho ao conceito de faturamento[27].

> RE 574.706 RG/PR TEMA 69
> EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS E COFINS. DEFINIÇÃO DE FATURAMENTO. APURAÇÃO ESCRITURAL DO ICMS E REGIME DE NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO PROVIDO. 1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS. 2. A análise jurídica do princípio

27. STF-Pleno. RE 240.785/MG, rel. min. Marco Aurélio, in *DJe*-246, 16/12/2014.

da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação. 3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, *in fine*, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações. 4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS[28].

RE 574.706 ED RG/PR TEMA 69
EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO DO PIS E CONFINS. DEFINIÇÃO CONSTITUCIONAL DE FATURAMENTO/RECEITA. PRECEDENTES. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE DO JULGADO. PRETENSÃO DE REDISCUSSÃO DA MATÉRIA. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA. MODULAÇÃO DOS EFEITOS. ALTERAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA COM EFEITOS VINCULANTES E ERGA OMNES. IMPACTOS FINANCEIROS E ADMINISRTATIVOS DA DECISÃO. MODULAÇÃO DEFERIDA DOS EFEITOS DO JULGADO, CUJA PRODUÇÃO HAVERÁ DE SE DAR DESDE 15.3.2017 – DATA DE JULGAMENTO DE MÉRITO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 574.706 E FIXADA A TESE COM REPERCUSSÃO GERAL DE QUE "O

28. STF-Pleno. RE 574.706/PR, relatora ministraCármen Lúcia, *DJe*-223 2/10/2017.

> ICMS NAO COMPÕE A BASE DE CÁLCULO PARA FINS DE INCIDÊNCIA DO PIS E DA COFINS" –, RESSALVADAS AS AÇÕES JUDICIAIS E PROCEDIMENTOS ADMINISTRATIVOS PROTOCOLADAS ATÉ A DATA DA SESSÃO EM QUE PROFERIDO O JULGAMENTO DE MÉRITO. EMBARGOS PARCIALMENTE ACOLHIDOS[29].

Comente-se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido da exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições ao PIS e da Cofins, deveu-se ao raciocínio de que meros ingressos ou simples entradas de dinheiro nos cofres das empresas não representarem receitas nem faturamento, já que não repercutem no incremento patrimonial das empresas, assim, por exemplo, tributo é uma receita pública, que já nasce com a titularidade determinada por lei, ainda que transite, provisoriamente, pelos cofres do sujeito passivo tributário, não pertence a empresa que, meramente fez a cobrança ou o desconto, sem ser dono do seu valor, para, em seguida, transferir o valor resultante para o ente tributante, da mesma forma que valores recebidos a título de indenizações não acrescem o patrimônio das empresas como elemento novo, positivo e definitivo, mas apenas recupera esse patrimônio, de modo que esses valores não podem ser considerados receita nem faturamento, não podendo, por isso, compor a base de cálculo da contribuição para o PIS nem da Cofins, ainda que a legislação desses tributos assim não admita expressamente.

Destarte, constata-se a injuridicidade da base das multas que vem sendo aplicadas pelo CADE, tendo em vista que a Lei nº 12.529/2011 determina sua incidência sobre faturamento bruto, grandeza considerada pelo próprio CADE como receita bruta, e, na prática, tal órgão tem extrapolado essa base legal, fazendo incidir suas multas sobre aquilo que sequer é receita, mas mero ingresso ou simples entrada quantias, que não fazem parte do patrimônio das empresas sancionadas, que

29. STF-Pleno. RE 574.706 EMB DECL/PR, relatora ministraCármen Lúcia, in *DJe*-160 12/8/2021.

não guardam qualquer relação com as suas idoneidades econômicas para pagar as multas aplicadas.

3. CONCLUSÃO

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, decorrente dos julgamentos do RE 240.785/MG e doRE 574.706 RG/PR Tema 69, assentou a interpretação constitucional sobre o conceito de faturamento equivalente ao da receita bruta. Ao delimitar o conceito de faturamento/receita bruta, superou-se a indeterminação do texto constitucional, atribuindo ao conteúdo decisório as características de coerência e universalidade.

Havendo divergência de interpretações sobre os conceitos das palavras "faturamento" ou "receita bruta", prevista em documentos legislativos diferentes, deve-se recorrer à interpretação constitucional, sob pena de o aplicador do direito poder desvirtuar o conceito constitucional e adaptá-lo segundo o seu melhor interesse.

É que as leis devem ser interpretadas conforme à Constituição e não a Constituição deve ser interpretada conforme a lei.

Estão submetidos à reserva legal as definições de infrações e as cominações de penalidades, ainda que administrativas.

A definição do que poderia ser "faturamento bruto" é estabelecida pelo CADE como equivalente à receita bruta, contudo, o aludido órgão, em contrariedade ao estabelecido pelas leis e jurisprudências vigentes sobre os termos "receita", "receita bruta" e "faturamento", inclui, por ato administrativo, na receita bruta, simples ingressos ou meras entradas de dinheiro nos cofres de empresas, inserindo impostos na base de suas multas aplicadas.

É possível, pois, inferir que, para o CADE, a expressão "faturamento bruto" refere-se à "receita bruta", mas isso em uma concepção muito especial, elaborada a nível administrativo, em flagrante contrariedade com a lei e com a jurisprudência pátria, do que sejam *faturamento* e *receita bruta*.

Segundo jurisprudência firmada pela Corte Constitucional brasileira, o conceito de receita bruta, igualado ao de faturamento bruto, aplicável também para as multasdo CADE, significa a totalidade das receitas da atividade da empresa que integram definitivamente o patrimônio da empresa, o acrescentando, como elemento novo e positivo, sem baixa patrimonial futura correspondente, não considerando o mero trânsito contábil – a exemplo dos ônus fiscais destinados a integrar o patrimônio da pessoa jurídica de direito público tributante.

Indevidamente, o CADE tem considerado faturamento bruto ou receita bruta aquilo que, para a Ciência das Finanças, que, inclusive, orienta o Direito Tributário e o Direito Administrativo, sequer é receita, mas mera entrada, ou seja, simples ingresso de dinheiro já destinado a terceiro, recurso que representa, a rigor, uma predeterminada despesa, sem qualquer relação com a capacidade contributiva, bem como toma valores alusivos a certos impostos (por exemplo: IPI, ICMS, ISSQN) como que pudessem fazer parte, e não podem, da base de incidência de outros tributos sobre o faturamento ou receita bruta.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (RE 240.785/MG e do RE 574.706 RG/PR Tema 69) assentou a exclusão do ICMS da base de cálculo das contribuições ao PIS e da Cofins, e esta conclusão deveu-se ao raciocínio de que meros ingressos ou simples entradas de dinheiro nos cofres das empresas não representarem receitas nem faturamento, já que não repercutem no incremento patrimonial das empresas, assim, por exemplo, tributo é uma receita pública, que já nasce com a titularidade determinada por lei, ainda que transite, provisoriamente, pelos cofres do sujeito passivo tributário, não pertence a empresa que, meramente fez a cobrança ou o desconto, sem ser dono do seu valor, para, em seguida, transferir o valor resultante para o ente tributante, da mesma forma que valores recebidos a título de indenizações não acrescem o patrimônio das empresas como elemento novo, positivo e definitivo, mas apenas recupera esse patrimônio, de modo que esses valores não podem ser considerados como se receitasfossem nem faturamento, não podendo, por isso, compor a base de cálculo da

contribuição para o PIS/Pasep nem da Cofins, ainda que a legislação desses tributos assim não admita expressamente.

Sinopticamente, infere-se pela injuridicidade da base das multas aplicadas pelo CADE, tendo em vista que a Lei nº 12.529/2011 determina sua incidência sobre faturamento bruto, grandeza considerada pelo próprio CADE como receita bruta, e, na prática, tal órgão tem extrapolado essa base legal, fazendo incidir suas multas sobre aquilo que sequer é receita, mas mero ingresso ou simples entrada quantias, que não fazem parte do patrimônio das empresas, que não guardam qualquer relação nem com suas idoneidades econômicas para pagar as multas aplicadas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à ciência das finanças,* 17ª edição, Hugo de Brito Machado Segundo (atualizador), Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

BRASIL, *GUIA PARA ENVIO DE DADOS AO DEPARTAMENTO DE ESTUDOS ECONÔMICOS DO CADE*, Brasília, uma publicação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica/Ministério da Justiça e da Segurança Pública, abril de 2019.

BRASIL, STF-Pleno. STF-Pleno. RE 240.785/MG, rel. min. Marco Aurélio, in *DJe*-246, 16/12/2014.

BRASIL, STF-Pleno. RE 574.706/PR, relatora ministraCármen Lúcia, *DJe*-223 2/10/2017.

BRASIL, STF-Pleno. STF-Pleno. RE 574.706 EMB DECL/PR, relatora ministra Cármen Lúcia, in *DJe*-160 12/8/2021.

LEAL, Víctor Coutinho. *O conceito constitucional de faturamento: para a contribuição ao PIS e a COFINS* (*e-book*), Belo Horizonte: Editora Dialética, 2021.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. SOUZA, Fátima Fernandes Rodrigues de. *PARECER*: *Exclusão das receitas de terceiros da base de cálculo das contribuições ao PIS e Cofins devidas pelo contribuinte. Direito que decorre da norma de competência relativa a cada uma dessas contribuições e do princípio da capacidade contributiva. Inconstitucionalidade da MP 2.037 que pretendeu obstá-lo mediante revogação do inciso III do § 2º do art. 3º da Lei 9.718;98*, in "Revista Dialética de Direito Tributário" nº 70, São Paulo: Ed. Dialética, julho de 2001, p. 150 a 164.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*, 20ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MINATEL, José Antônio. *Conteúdo do conceito de receita e regime jurídico para sua tributação*, revista do *MP*, 2005, p. 218 a 259.

PAULSEN, Leandro; VELLOSO, Andrei Pitten. *Contribuições no sistema tributário brasileiro* (*e-book*), 4ª edição, São Paula: Saraiva Educação, 2019.

PAULSEN, Leandro. *Constituição e código tributário comentados à luz da doutrina e da* jurisprudência, 18ª edição, São Paulo: Saraiva, 2017.

SEHN, Solon. Não-incidência de PIS/Pasep e da Cofins sobre reembolsos e indenizações, in "Revista Dialética de Direito Tributário" nº 162, São Paulo: Ed. Dialética, março de 2009, p. 58 a 69.

VIII

O aparente regime de exceção instituído no STF

The apparent regime of exception instituted in the "STF"

Antonio Francisco Costa*

RESUMO: O Brasil vem atravessando um momento de incertezas políticas e sociais, de insegurança jurídica em setores do Estado, com partícipes dos poderes institucionais e agentes públicos. O artigo presente visa analisar o poder exercido no Brasil, atualmente, pelo órgão do Supremo Tribunal Federal em suas funções e limites de suas competências constitucionais, tendo como base a Constituição Federal de 1988.

ABSTRACT: Brazil has been going through a moment of political and social uncertainties, of legal uncertainty in sectors of the State, with participants from institutional powers and public agents. The present article aims to analyze the power exercised in Brazil, currently, by the body of the Federal Supreme Court in its functions and limits of its constitutional competences, based on the Federal Constitution of 1988.

(*) Especialista em ciência jurídica, ex-coordenador do Curso de Direito da Universidade Católica do Salvador, Professor de Direito Internacional, Professor de Direito Civil e Processual Civil da UNIFACEMP, Membro do Instituto dos Advogados da Bahia, do Instituto Brasileiro de Governança Corporativa – IBGC, da Academia Maçônica de Letras da Bahia, Diretor Consultor do Escritório ANTONIO FRANCISCO COSTA Advogados Associados, Membro do Instituto Brasileiro de Estudos do Direito Administrativo, Financeiro e Tributário-IBEDAFT, Presidente do Instituto Baiano de Direito Empresarial – IBADIRE. E-mail: afccosta49@hotmail.com.

Palavras-chaves: Direito Constitucional; Supremo Tribunal Federal (STF); competências constitucionais; abuso de poder; Democracia; Estado Democrático de Direito; Constituição Federal.

KEYWORDS: Constitutional right; Supremo Tribunal Federal (STF) – Federal Supreme Court; constitutional competences; Power abuse; Democracy; Democratic state; Federal Constitution.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Competência do Supremo Tribunal Federal. 3. Analisando o conceito de democracia. 4. Estado democrático de direito e devido processo legal. 5. A doutrina do jurista Gilmar Mendes. 6. Camuflagem do autoritarismo inconstitucional do STF. 7. Conclusão. 8. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Na comunidade irracional, assim como no estado subdesenvolvido, o poder é exercido por quem tem a ganância por ele, tem a força e a ousadia de exercê-lo ao seu livre-arbítrio, com as razões e o rótulo que desejar mostrar, no que facilmente convence a maioria que se queda ao temor de lhe desagradar e ser punida.

Com muita tristeza e desgosto, pode-se assim ser retratado o poder exercido no Brasil, atualmente, pelo órgão do Supremo Tribunal Federal. Para a maioria, por conseguinte, para a Corte, parece não existir a sagrada Constituição Federal e nenhum compromisso da Nação com os Tratados Internacionais que versam sobre os direitos e garantias individuais do cidadão, notadamente o da liberdade de ir e vir, da liberdade de expressão; direito ao devido processo legal, a um julgamento público, transparente e imparcial, respeito à dignidade humana.

Aflora, dos seus extravagantes atos e decisões, aparente ambição de dominação do poder geral sobre o Estado brasileiro e o controle do povo, descartando ou relevando a função jurisdicional constitucional de garantia da segurança jurídica e promotora do bem-estar e da paz social.

Não sendo suficientemente bastante, ou não merecendo importância o quanto insculpido na norma do artigo 5º da Constituição Federal, no que diz respeito aos direitos e garantias individuais do cidadão, também parece não merecer nenhuma atenção ou valorização as justificativas preambulares editadas em caráter universal na Declaração Universal dos Direitos dos Homens, onde as Nações Unidas afirmaram que:

> Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo;
>
> Considerando que o desconhecimento e o desprezo dos direitos do Homem conduziram a atos de barbárie que revoltam a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que os seres humanos sejam livres de falar e de crer, libertos do terror e da miséria, foi proclamado como a mais alta inspiração do Homem;
>
> Considerando que é essencial a proteção dos direitos do Homem através de um regime de direito, para que o Homem não seja compelido, em supremo recurso, à revolta contra a tirania e a opressão;
>
> Considerando que é essencial encorajar o desenvolvimento de relações amistosas entre as nações;
>
> Considerando que, na Carta, os povos das Nações Unidas proclamam, de novo, a sua fé nos direitos fundamentais do Homem, na dignidade e no valor da pessoa humana, na igualdade de direitos dos homens e das mulheres e se declaram resolvidos a favorecer o progresso social e a instaurar melhores condições de vida dentro de uma liberdade mais ampla;
>
> Considerando que os Estados membros se comprometeram a promover, em cooperação com a Organização das Nações Unidas, o respeito universal e efetivo dos direitos do Homem e das liberdades fundamentais;

> Considerando que uma concepção comum destes direitos e liberdades é da mais alta importância para dar plena satisfação a tal compromisso: A Assembleia Geral proclama a presente Declaração Universal (...).[1]

Assim, após descrever com precisa clareza os respectivos sagrados direitos universais do homem, notadamente das liberdades de manifestação do pensamento, de credo e de ir e vir, do respeito e proteção à dignidade humana, concluiu com o artigo 30 proclamando que "*Nenhuma disposição da presente Declaração pode ser interpretada como o reconhecimento a qualquer Estado, grupo ou pessoa, do direito de exercer qualquer atividade ou praticar qualquer ato destinado à destruição de quaisquer dos direitos e liberdades aqui estabelecidos*".

Para os crentes na justiça, em verdade para os cultuadores do direito, os reiterados atos de violação dos sagrados preceitos jurídicos insculpidos na Declaração Universal dos Direitos dos Homens e da própria Constituição Federal, pelo "STF", destroça a segurança jurídica e deixa a Nação atordoada, além de refletir uma perniciosa imagem negativa do País para a comunidade jurídica internacional, cravando uma nódoa terrível na própria Corte, difícil de ser removida.

Será somente a vaidade pessoal que leva o indivíduo ao exercício arrogante do poder, ao ponto de não enxergar os seus limites? Falta de uma boa formação e sensibilidade aos princípios de sociabilidade aos deveres éticos? Seja qual for a "justificativa", parece algo inconcebível e incoerente para um estado democrático de direito.

A Corte Suprema tem o dever de inspirar a confiança do povo na justiça, guiara credibilidade na segurança jurídica, como um instrumento da pacificação, da ordem e do bem-estar social. A imagem do juiz não pode ser a do temível justiceiro, carrasco e vingador.

1. Assembleia Geral da ONU. (1948). *Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH).* Paris. Disponível em https://brasil.un.org/sites/default/files/2020-09/por.pdf. Acesso em 20 fev. 2022.

2. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Preservando-se o estado democrático de direito, a competência do Supremo Tribunal Federal se exaure nos limites do quanto disposto nos artigos 101 a 103 da Constituição Federal, nada mais, além disso. O seu necessário Regimento Interno rege-se pelo contido na Constituição, não podem ser criadas regras extravagantes.

O Supremo Tribunal Federal deve exercer a sagrada função de guardião da Constituição Federal, fiscalizando as ações dos poderes Executivo e Legislativo, mediante provocação adequada através do devido processo legal, garantindo que aqueles poderes atuem dentro da constitucionalidade.

Na esfera da atividade jurisdicional, ressalvadas as hipóteses legais da Ação Direta de Inconstitucionalidade e da Reclamação Constitucional, essa função constitucional é efetivada através do adequado e corretamente interposto Recurso Extraordinário, para aferir a constitucionalidade ou não, se houve ou não violação da norma constitucional quando do julgamento do caso concreto nas instâncias ordinárias.

Ao Supremo Tribunal Federal cuja composição deve obedecer às regras básicas definidas no artigo 101 da CF, compete, precipuamente, a guarda da Constituição, como disciplina seu artigo 102, cabendo-lhe:

> I – processar e julgar, originariamente:
>
> a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;
>
> b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República;
>
> c) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes

da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente;

d) o *habeas corpus*, sendo paciente qualquer das pessoas referidas nas alíneas anteriores; o mandado de segurança e o *habeas data* contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal;

e) o litígio entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Território;

f) as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta;

g) a extradição solicitada por Estado estrangeiro;

h) (Revogado pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

i) o **habeas corpus**, quando o coator for Tribunal Superior ou quando o coator ou o paciente for autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância;

j) a revisão criminal e a ação rescisória de seus julgados;

l) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões;

m) a execução de sentença nas causas de sua competência originária, facultada a delegação de atribuições para a prática de atos processuais;

n) a ação em que todos os membros da magistratura sejam direta ou indiretamente interessados, e aquela em que mais da metade dos membros do tribunal de origem estejam impedidos ou sejam direta ou indiretamente interessados;

o) os conflitos de competência entre o Superior Tribunal de Justiça e quaisquer tribunais, entre Tribunais Superiores, ou entre estes e qualquer outro tribunal;

p) o pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade;

q) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal;

r) as ações contra o Conselho Nacional de Justiça e contra o Conselho Nacional do Ministério Público;

II – julgar, em recurso ordinário:

a) o *habeas corpus*, o mandado de segurança, o *habeas data* e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão;

b) o crime político;

III – julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

a) contrariar dispositivo desta Constituição;

b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;

c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.

d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

§ 1.º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

§ 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.

Com referência às destacadas ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade, disciplina o artigo 103 da CF, que somente tem legitimidade para propô-las:

I – o Presidente da República;

II – a Mesa do Senado Federal;

III – a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV – a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;

V – o Governador de Estado ou do Distrito Federal;

VI – o Procurador-Geral da República;

VII – o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VIII – partido político com representação no Congresso Nacional;

IX – confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

§ 1º O Procurador-Geral da República deverá ser previamente ouvido nas ações de inconstitucionalidade e em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal.

§ 2º Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

§ 3º Quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Advogado-Geral da União, que defenderá o ato ou texto impugnado.

§ 4.º (Revogado pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

Art. 103-A. 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.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá

> ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.
>
> § 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

3. ANALISANDO O CONCEITO DE DEMOCRACIA

Se a ninguém é dado desconhecer a lei, despiciendo dizer que assim se exaure a competência funcional jurisdicional do Supremo Tribunal Federal, definida pela Constituição Federal de 1988!

Não há dúvidas de que o respeito e o zelo à Constituição Federal caracteriza respeito e zelo pela democracia, forma de governo que remete à ideia de governo do povo, governo do cidadão, sistema abraçado pela Nação brasileira.

Como é sabido, a Democracia é uma forma política de governo pela qual todo cidadão tem o direito de expor sua opinião em debate público e, quando necessário, de votar pela decisão de determinado assunto de interesse geral, o que se define como democracia.

Circunscritos às suas funções, cada um dos três poderes que constituem o estado brasileiro, representa o Estado em si, comprometido com os justos e regulares interesses da Nação, com o dever de fidelidade ao princípio constitucional e universal de que o Estado deve ser gerido com foco no que é justo, naquilo que é de interesse geral, objetivando-se o bem comum, a prosperidade e a harmonia social. No estado moderno não se concebe que alguém queira se alvorar como dono do poder e impor suas vontades e concepções políticas particulares. O Estado é o povo organizado segundo a vontade coletiva, regular e previamente normatizada, o Estado deve ser de leis e não de homens; os homens, o povo, constituem a Nação plural.

São as leis que estabelecem e asseguram a liberdade. A partir do momento em que o agente público, a "autoridade", puder fazer, livremente, o que bem quiser, como se nada lhe fosse impossível, a democracia se transforma em tirania. Não haveria como se pensar na efetividade do bem comum, seria o reino da tirania do individualismo egoísta e inibidor do bem-estar social.

A Democracia deve ser soberana, mesmo com as necessárias limitações em favor da unidade coletiva, da harmonia social e do bem–estar comum, não devendo os interesses individuais interferir no poder legal previamente definido dos órgãos de deliberação e julgamento, que constituem poderes coletivos expressos em uma constituição, nem negar o dever de agir de acordo com as leis.

Não se pode abster da consciência de que no Brasil, desde a época de um governo mais disciplinador, mais vigilante com a conduta patriótica, à época do Governo de regime militar, a Constituição Federal de 1969, retificando a forma de governo democrático no País, estabeleceu em seu artigo 1º, § 1º que: "Todo o poder emana do povo e em seu nome é exercido", desenhando o modelo de Democracia Representativa.

Coerente com o momento político e pensamento ideológico dos constitucionalistas eleitos para sua discussão e elaboração, a Constituição Federal de 1988, repetidamente, ratificando a forma democrática para o governo brasileiro, estabeleceu em seu artigo 1º, parágrafo único que: "Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição", refletindo a concepção de uma forma de Democracia Mista, democracia representativa e democracia participativa – sem qualquer registro de possibilidade de recepção a atos de tirania ou abuso de poder.

Deste modo, na Constituição Brasileira vigente, não se verifica uma delegação plena de poder aos representantes eleitos para os processos legislativos e de governança. Com fundamento na parte final do artigo 1º, parágrafo único, suso referido, onde está escrito,

"ou diretamente, nos termos desta Constituição", o constituinte já deixou definido na Carta Magna, o que não poderia ser diferente, quais as formas de atuação direta do povo no poder estatal: através do plebiscito, do referendo popular, do poder de iniciativa das leis, e mediante a participação na administração pública por meio de comissões formadas por representantes da sociedade civil.

Portanto, nem o povo exerce o poder de governo diretamente, nem o Poder é totalmente delegado para os representantes do povo, os eleitos em eleições públicas, muito menos para quem não foi eleito.

4. ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E DEVIDO PROCESSO LEGAL

Apesar de aparentar de difícil compreensão, a expressão "Estado Democrático de Direito"tem sua concepção insculpida no núcleo fundamental da Constituição Federal, que definiu que é por meio dessa forma de Estado que o Brasil é constituído, como se vê do seu artigo 1º:

> *A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal,* **constitui-se em Estado Democrático de Direito** *e tem como fundamentos (...)." (grifos nossos)*

No Estado Democrático de Direito, a intangível regra a que não se pode ameaçar é a de que o **Poder Legislativo** criará as leis, o **Poder Executivo** fará valer as leis por meio do governo, e o **Poder Judiciário mediante provocação,** julgará, através do devido processo legal, público, transparente e imparcial.

É incerto aonde quer chegar o Supremo Tribunal Federal quando, extravagantemente, decide instaurar, de ofício, "inquéritos" contra atos públicos dos cidadãos, inclusive parlamentares, sem o imprescindível pronunciamento do Ministério Público Federal.

Este ambicioso poder não está no âmbito das competências que lhe são atribuídas pela Constituição Federal – artigos 101 a 103 –,

nem o seu Regimento Interno poderia nem poderá criar competências além daquelas constitucionalmente definidas.

O inquérito é um procedimento de natureza investigativa, pré-processual, a partir de indícios de autoria e materialidade, que tem por finalidade a elucidação de um suposto fato criminoso investigado, com o objetivo de demonstrar a justa causa da ação penal, inclusive para evitar o ajuizamento de ações infundadas.

O Supremo Tribunal Federal teria competência para tanto? Absolutamente que não.

Seria uma interpretação extravagante pretender justificar tal inconcebível ato inconstitucional com distorcida interpretação do artigo 43 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF)[2], onde está disposto que:

> Art. 43. Ocorrendo infração à lei penal **na sede ou dependência do Tribunal**, o Presidente instaurará inquérito, **se envolver autoridade ou pessoa sujeita à sua jurisdição,** ou delegará esta atribuição a outro Ministro. (grifamos).

Traduz ignorância jurídica ou abuso de interpretação da norma regimental, portanto abuso de autoridade, a justificativa de que pode ser considerado *"sede ou dependência do Tribunal"*, todo território nacional. Ou que qualquer ato praticado por qualquer cidadão, em qualquer lugar do País, que por entendimento de qualquer dos seus Ministros for entendido como crime cometido contra o STF ou seus membros, deva ser considerado como se praticado "na sede ou dependência do tribunal"!

Não tem justificativa nem razoabilidade, fora da concepção de tirania e abuso de autoridade, se admitir que qualquer crime cometido contra o STF e/ou seus membros, em qualquer lugar do território nacional, possa ser investigado a partir de inquérito iniciado de ofício

2. BRASIL, 2020.

pela Corte, sob o frágil fundamento de que o ministro é ministro em qualquer lugar, como se fosse uma extensão do Supremo Tribunal.É desconhecer ou fazer *tabula rasa* ao princípio jurídico de que a jurisdição é processualizada e o processo jurisdicionalizado. Não há jurisdição sem processo, não há juiz sem processo.

Na ocorrência de fatos públicos que venham a melindrar o Supremo Tribunal Federal ou seus ministros, entendidos como ilicitude penal, deverão ser comunicados a Procuradoria Geral da República, com os necessários elementos de informação, solicitando que se proceda com as investigações através da Polícia Federal, para que, ao final, se convencendo a PGR da ilicitude do ato investigado, possa oferecer a denúncia, e, deste modo se instaurar o devido processo legal.

O devido processo legal é um imperativo constitucional e orientação básica do direito internacional, da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Como se pode observar, o artigo 5º do nosso Código de Processo Penal[3]dispõe que nos *crimes de ação pública o inquérito policial será iniciado:*

> I – de ofício;
>
> II – mediante requisição da autoridade judiciária ou do Ministério Público, ou a requerimento do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.

O inciso I deste artigo orienta que o inquérito presidido pela polícia judiciária – a Polícia Federal ou a Polícia Civil–, o delegado de polícia pode iniciar o inquérito de ofício.

Já no inciso II, vamos observar o disciplinamento sobre a requisição de abertura de inquérito por iniciativa do MP ou do próprio juiz.

Seria mesquinhez de interpretação querer entender o espírito da lei desprezando os princípios gerais de direito, notadamente os princípios constitucionais. Daí ser imprescindível se entender em quais circunstâncias fáticas está legitimada a prerrogativa de o juiz

3. BRASIL, 1941.

determinar ao delegado abertura de inquérito quando a notícia-crime chega ao seu conhecimento ou quando do crime ele tenha conhecimento, em virtude da notoriedade e importância do fato.

Não podemos abdicar do princípio da inércia da jurisdição que somente se ativa pela legítima provocação, tanto quanto da imparcialidade do juiz. É que, no âmbito do sistema acusatório, o juiz é sujeito inerte e imparcial, e os atos de ofício integram o sistema inquisitório, consequentemente, não há razoabilidade na ideia de o magistrado instaurar inquérito ou determinar que autoridade, que tem a competência de decidir pela abertura ou não, que o faça. Estaríamos diante do mais absoluto autoritarismo.

Por outro lado, o juiz, ao determinar a abertura de um inquérito, porque entendeu que aquele fato é ilícito ou tem características de ilicitude, se tornaria prevento e teria que julgar um fato cujas características jurídicas foram por ele criadas ou imaginadas! Além de pesar forte parcialidade no julgamento do caso, porque já partiria de uma concepção formada, agrediria o princípio do juiz natural.

Não sendo observadas estas imperiosas disciplinas pedagógicas dos princípios gerais do direito, na interpretação do aludido artigo 5º do Código de Processo Penal, estaríamos diante de um irracional e injustificável conflito com a norma do artigo 40 do mesmo instrumento processual, onde está disciplinado que, "*quando, em autos ou papéis de que conhecerem, os juízes ou tribunais verificarem a existência de crime de ação pública, remeterão ao Ministério Público as cópias e os documentos necessários ao oferecimento da denúncia.*" Ao Ministério Público competirá analisar e decidir sobre o oferecimento ou não da denúncia, nenhuma autoridade pode lhe impor uma coisa ou outra, senão a autoridade da Lei.

Não há nenhum fundamento jurídico ou razoabilidade para a ideia arbitrária e autoritária de abertura de inquérito pelo Supremo Tribunal Federal. É interpretação ininteligente do artigo 43 do Regimento Interno da Corte, cega aos princípios constitucionais e de direito a que se subordina toda e qualquer norma jurídica, e, ainda,

extrapola os limites de competência delineados nos artigos 101 a 103 da Constituição Federal. É extremamente vaga a pretensão de se conferir entendimento extensivo ao disposto no destacado artigo 43 do RISTF, conquanto o conceito de "*sede ou dependência do Tribunal"*, circunscreve-se na delimitação do espaço físico, nada além.Mesmo que se diga que o artigo 43 é norma especial, ela, a norma, está subordinada a Constituição Federal e aos princípios gerias de direito.

A debatida norma jurídica regimental é simples e precisa, o inquérito, com fundamento no RISTF, somente poderá ser instaurado em virtude de crimes ocorridos na Sede da Corte e quando envolver pessoa sujeita à sua jurisdição.

Por respeito à Democracia, à Constituição Federal e aos princípios gerais do direito, tanto quanto aos preceitos éticos, não podem os juristas e acadêmicos quedarem-se silenciosos aos perniciosos e aberrantes equívocos praticados por membros do Supremo Tribunal Federal, extrapolando suas competências e maculando a credibilidade da Corte em atos que retratam flagrante ativismo político.

Os equívocos jurídicos da comentada prisão do Senhor Roberto Jefferson, que por prolongado tempo tem composto reiteradas manchetes de jornais e TVs do País e do mundo afora, constituem péssimos precedentes que podem contaminar a estrutura infraconstitucional do judiciário brasileiro, em prejuízo da ordem jurídica e, principalmente, da camada social mais pobre, incapacitada de contratar defesas mais bem aparelhadas.

Como se tornou público e notório, por determinação do ministro do Supremo Tribunal Federal, Alexandre de Moraes, a Polícia Federal prendeu o senhor Roberto Jefferson, presidente do PTB(Partido Trabalhista Brasileiro) e ex-deputado, explícito apoiador do presidente Jair Bolsonaro, no dia 13 de agosto de 2020, quando foi decretada a sua "*custódia cautelar"*, sobo incompreensível argumento de suposta participação em uma "*organização criminosa digital montada para atacar a democracia*".

Um estudante de direito perguntaria: Determinando prisões, está o Ministro do Supremo Tribunal Federal, fazendo *tabula rasa* aos princípios do devido processo legal, do juiz natural, da presunção da inocência, e da ampla defesa e do contraditório? Sim! É triste, mas é verdade, ato típico da tirania dos regimes de exceção!

Como esse extravagante processo tornou-se público, dele confere-se que o antijurídico pedido de prisão do Roberto Jefferson foi formulado pela Polícia Federal e, de plano, acolhido pelo ministro Alexandre de Moraes, quando fundamentou a sua ordem de prisão e custódia na *"garantia da lei e da ordem e conveniência da instrução criminal", argumentando que* foram *inequivocamente demonstrados nos autos os fortes indícios de materialidade e autoria dos crimes de calúnia, difamação, injúria, incitação ao crime, apologia ao crime ou criminoso, associação criminosa, além de delitos previstos na Lei de Segurança Nacional e no Código Eleitoral.* E mais, nas justificativas da decisão, asseverou o ministro que nas publicações do "acusado" continham *"discursos de ódio"* e comentários *"homofóbicos"*, com referência a ministros do Supremo Tribunal Federal, que ameaçam *"corroer as estruturas do regime democrático e a estrutura do Estado de Direito"*.

Como evidência de que o senhor Ministro Alexandre de Moraes já vinha se preparando para expedir a aludida ordem de prisão, mais da metade das páginas (38 páginas) de sua impiedosa decisão é destinada à reprodução de entrevistas onde Roberto Jefferson ataca o STF, destacando que *"Por meio da referida rede social, o representado publica vídeos e declarações, onde exibe armas, faz discursos de ódio, homofóbicos e incentiva a violência, além de manifestar-se, frontalmente, contra a Democracia e as Instituições essenciais à manutenção do regime democrático de direito, entre elas, o Supremo Tribunal Federal".*

Malgrado a exorbitante conduta ilícita do acusado, a decretação da prisão é absolutamente ilegal e padece da antijuridicidade.

É de elementar sabença que a decretação da prisão preventiva, nos termos da Constituição Federal e do Código de Processo Penal,

é uma medida de exceção. Ainda que se diga da valoração da gravidade dos fatos e dos antecedentes do acusado (não podemos dizer simplesmente investigado porque o paciente está preso), isto por si só não seria suficiente para a decretação da prisão preventiva, *ex vi* da inteligência do artigo 312, do Código de Processo Penal, onde está estabelecido que *"a prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado".*

*C*omplementa o §2º do citado dispositivo legal que a *"decisão que decretar a prisão preventiva deve ser motivada e fundamentada em receio de perigo e existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada"*. E o artigo 313, seguinte, em seu §2º, orienta que *"não será admitida a decretação da prisão preventiva com a finalidade de antecipação de cumprimento de pena ou como decorrência imediata de investigação criminal ou da apresentação ou recebimento de denúncia"*.

Focando na competente análise no Código de Processo Penal, podemos observar que, pedagogicamente, define o instrumento processual no artigo 315, que "*na motivação da decretação da prisão preventiva ou de qualquer outra cautelar, o juiz deverá indicar concretamente a existência de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada"*.

Assim, ainda que se diga de fácil comprovação a ocorrência de inúmeros delitos perpetrados pelo acusado Roberto Jefferson, consubstanciados, em tese, na existência de crime e nos flagrantes indícios de autoria, não há indicação na decisão do ministro Alexandre de Moraes, quando ordena a prisão, de que a permanência do acusado em liberdade ponha em risco a sociedade e/ou a instrução processual. Falta-lhe à ordem de prisão os pressupostos da juridicidade, o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*, demonstração do perigo que decorre do estado de liberdade do acusado.

Flagrantemente, a excepcional decisão do ministro do Supremo Tribunal Federal, Alexandre de Moraes, além de extrapolar a competência da Corte, não obedece ao ordenamento do Código de Processo Penal, no quanto delineado nas normas insculpidas no artigo 312, §2º, c/c artigos 313, §2º, e 315, §1º, além de, no mérito, agredir, como dito acima, aos princípios do devido processo legal, do juiz natural, da presunção de inocência e da ampla defesa e do contraditório.

No mesmo leito de ilegalidades e inconstitucionalidade, singra por entre as tempestades provocadas pelo ministro Alexandre de Moraes o processo instaurado, pelas vias oblíquas, no STF, que culminou com a prisão do Deputado Daniel Silveira.

A equivocada prisão determinada pelo ministro Alexandre de Moraes saiu do bojo do, também, inconstitucional "*Inquérito das Fake News"*, sob a justificativa de que estaria o Deputado Daniel Silveira, continuamente, cometendo crime contra a honra de ministros e a segurança nacional.

Por tanto quanto já dito acima, é aberrante a inconstitucionalidade de tal ordem de prisão, visto que o ministro Alexandre de Moraes não teria competência para decretar tal ato de restrição de liberdade do Deputado.

Não se vislumbra correlação entre o suposto crime apontado e aqueles, inconstitucionalmente, tidos como objeto do inquérito por ele presidido. Visivelmente está a violar o princípio constitucional do juiz natural, incluído dentre os direitos e garantias individuais do cidadão preconizados no artigo 5º da Constituição Federal.

Por outro lado, não existiu acusação nem pedido de prisão, e é deconhecimento comum que o Judiciário é poder inerte que não pode acusar, pedir e determinar a prisão, cumulativamente –princípio da inércia da jurisdição –, que não pode agir sem a regular e competente provocação.

Pelo fundamento da inconstitucional decisão teria o, ora preso, atentado contra a honra do Poder Judiciário e dos Ministros do

Supremo Tribunal Federal, e contra o Estado Democrático de Direito, praticando ato de violência ou grave ameaça, como tipificado na Lei nº 7.170/73, especificamente, nos artigos 17, 18, 22, incisos I e IV, 23, incisos I, II e IV e o artigo 26, para justificar a severa e inadequada ordem de prisão, e violando indiscutivelmente a norma do artigo 53 da Constituição Federal.

Ora, não se pode esquecer que o próprio Supremo Tribunal Federal, no julgamento da "ADI nº 5526", já havia consagrado a garantia da imunidade formal constitucional, assegurada pelo referido artigo 53, pelo qual somente é admissível a prisão de parlamentares em caso de flagrante delito por crime inafiançável, não se admitindo, pois, qualquer outra espécie de prisão cautelar, inclusive de prisão preventiva prevista no artigo **312** do Código de Processo Penal, **contra parlamentares**.

Neste caso em comento, não se verificaram atos concretos de violência nem de grave ameaça, senão manifestações contundentes de opinião de um parlamentar, talvez radical, pouco importando para o desfeche, como tal ocorrido, se reprovável ou não. Carece de competência o senhor Ministro do STF para a decretação da prisão.

Cristalino parece-nos que a prisão do deputado Daniel Silveira foi inconstitucional, ilegal e arbitrária, o que, ao nosso sentir, caracteriza crime de abuso de autoridade, e até mesmo pode configurar crime de responsabilidade do ministro que a determinou. Isto, em verdade, é que induz à possível risco para à democracia.

É, ainda, inconstitucional a ordem de prisão do Deputado Daniel Silveira porque expedida a partir dos autos de um inconcebível inquérito inconstitucional, violentamente abusivo, conquanto instaurado de ofício, pela mesma autoridade que o preside, produz as provas e julga! Até quando o Supremo Tribunal Federal assim irá se comportar? Aonde quer chegar?

É inimaginável, muito menos sustentável, que, em pleno regime democrático de direito, possa um juiz, agente de um poder

naturalmente inerte que só age por provação regular e competente, mediante o devido processo legal, se alvore no direito de exercer as funções de acusador, instaurador de inquérito e ele mesmo produza as provas de ofício, uma vez que o órgão acusador é o Ministério Público, por disciplinamento constitucional.

5. A DOUTRINA DO JURISTA GILMAR MENDES

Além da incompetência do *Ministro Alexandre de Moraes* para decretação das extravagantes prisões de visível cunho político, há um flagrante conflitode entendimento jurídico entre o Ministro, enquanto "representante" do Supremo Tribunal Federal, nos seus atos ordenatórios de prisão e a doutrina constitucionalista do jurista *Gilmar Ferreira Mendes*, também Ministro do Supremo Tribunal Federal, como se pode conferir em sua fantástica obra pedagógica, com 1.638 páginas, intitulada "Curso de DIREITO CONSTITUCIONAL[4]", editada em coautoria com o Professor Paulo Gustavo Gonet Branco, onde o jurista, Ministro constitucionalista, destaca:

> A disposição sobre o flagrante na Constituição Federal deve ser interpretada em sintonia com as demais garantias inerentes á regra geralde liberdade de locomoção, entre as quais a expressa garantia de que 'ninguém será levado à prisão, ou nela mantido, se a lei admitir a liberdade provisória com ou sem fiança (CF, art. 5º, LXVI).
>
> Exige o texto constitucional, portanto, mais do que a simples manutenção da prisão em flagrante quando atendidos os requisitos formais. Para que se mantenha alguém preso, em caráter cautelar, exige a Constituição Federal decisão judicial suficientemente fundamentada sobre o não cabimento da liberdade provisória, o que reforça ainda mais o caráter precário da prisão em flagrante, mesmo antes das inovações trazidas pela Lei n. 12.403/2011.

4. MENDES, 2018, p. 632.

Ora, nas referidas prisões decretadas pelo *Ministro Alexandre de Moraes*, além do Ministro não deter a competência que avocou para si, juízo das execuções penais, de penas por próprio estabelecidas, os fatos apontados como justificadores das prisões sequer estão tipificados na ordem jurídica como crime. "*Nullum crimem sine lege", "Nulla poena sine crimem*"!

Acentua ainda mais o constitucionalista (Ministro) Gilmar Mendes que:

> A regra geral que a nossa Lei Maior consigna é da liberdade de locomoção. Regra geral que se desprende do altissonante princípio da dignidade da pessoa humana (inciso III do art. 1º) e assim duplamente vocalizado pelo art. 5º dela própria, Constituição: a) "é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz" (inciso XV); b) "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal" (inciso LIV). Daí o instituto da prisão comparecer no corpo normativo da Constituição com explícita medida de exceção, a saber: "ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei" (inciso LXI do art. 5º da CF/88). Mais ainda, desse último dispositivo ressai o duplo caráter excepcional da prisão em flagrante: primeiro por se contrapor à regra geral da liberdade física ou espacial (liberdade de locomoção na linguagem da Magna Carta); segundo, por também se contrapor àquela decretada por ordem escrita e fundamentada da autoridade judicial competente. Donde a imprescindibilidade de sua interpretação restrita, até porque a flagrância é acontecimento fugaz do mundo do ser. Existe para se esfumar com o máximo de rapidez, de modo a legitimar o vetor interpretativo da distinção entre ela, prisão em flagrante, e a necessidade de sua continuação. Necessidade que vai depender da concreta aferição judicial da

> periculosidade do agente, atento o juiz aos termos do art. 312 do Código de Processo Penal.[5]

Essa postura, atual, adotado pelo Supremo Tribunal Federal, tem preocupado a comunidade jurídica que tem compromisso natural com o estado de direito. Propicia uma preocupação mais acentuada não se enxergar, nitidamente, por que então o Ministro, constitucionalista, *Gilmar Mendes*, não se contrapõe a isto, parecendo até comungar dessa nova postura incauta da Suprema Corte.A omissão caracteriza aceitação daquele que deveria se opor, vinculando-se à responsabilidade pelos efeitos e consequências dos atos irregulares.

Não podemos desconhecer que o "estado de direito", pressupõe um estado efetivamente constitucional, regido por uma constituição eficaz e respeitada, assimilada de forma geral com concentrada ordem jurídica normativa fundamental a que deverão estar vinculados e subordinados todos os poderes públicos, exemplarmente os três poderes que constituem os pilares de sustentação do Estado – legislativo, executivo e judiciário.

Quando o poder judiciário tenta funcionar à margem da Constituição, no estilo autoritário ditatorial, transforma-se na mais séria e grave ameaça ao Estado Democrático de Direito, incauta ameaça à democracia, ao bem-estar e à paz social, inclusive, influenciando negativamente o desenvolvimento econômico, por conseguinte, a própria sobrevivência dos cidadãos. A insegurança jurídica esfacela o setor produtivo.

Importante observar que o universalmente denominado *princípio da constitucionalidade* não se restringe ao princípio *da constitucionalidade das leis*, a ele se vinculam todos os atos de todos os poderes institucionais do Estado, indistintamente, sob pena de constituírem atos a flutuarem à margem da ordem constitucional, violando o sagrado "Estado de Direito". É o que podemos chamar de *princípio da*

5. *Ibidem,* p. 633.

primazia da Constituição, o que a ninguém é dado fazer *tabula rasa,* e mais notadamente, aos agentes públicos que, no âmbito de suas funções, agem como se fossem o próprio Estado.

Quando juridicamente se fala de *princípio constitucional da separação dos poderes,* não se refere simplesmente à autonomia e liberdade, mesmo porque não existe liberdade absoluta –liberdade absoluta é alienação, loucura, alheamento generalizado. Mas se alude também à responsabilidade pelos atos próprios do exercício das respectivas funções de um poder político estatal –desempenho de suas funções e tarefas das respectivas competências com responsabilidade.

6. CAMUFLAGEM DO AUTORITARISMO INCONSTITUCIONAL DO STF

Sob o rótulo, em aparente modulagem de *marketing* descabida de um poder inexistente, instaurou-se no Supremo Tribunal Federal um denominado "Inquérito das *Fake News*", instrumento investigatório, julgador e punitivo, iniciado e conduzido pelo próprio "ofendido", sem qualquer anuência do agente público competente, a Procuradoria Geral da República.

Postura autoritária do Judiciário, a partir da Corte Constitucional Suprema, estimula a modelagem autoritária de todo o judiciário nacional a agir sem a observância dos limites legais e do devido processo legal, desmerecendo os direitos e garantias constitucionais do cidadão, encaminhando toda a nação para o desconforto social e moral da insegurança jurídica pelo terror refletido da "Ditadura do Poder Judiciário", declarada, lucidamente, pelo jurista dos juristas brasileiros, Rui Barbosa, como a pior das ditaduras, porque dela não se há a quem recorrer.

É de assustar a comunidade jurídica, notadamente aos constitucionalistas, a escancarada atitude inconstitucional do Supremo Tribunal Federal, se alvorando no direito de, em instrumento rotulado de "Inquérito das *Fake News*", investigar, acusar e julgar em causa

própria, afrontando os mais elementares princípios constitucionais e princípios gerais do direito.

A dimensão ou natureza do fato ou ato jurídico praticado por cidadãos brasileiros que ofendeu e incomodou Ministros do Supremo Tribunal Federal, não justifica, legalmente, a implantação de um particular regime de exceção traduzido na instauração do atípico e inconstitucional do Inquérito de nº 4.781, das *Fake News*, violando a Constituição Federal e o direito infraconstitucional como todo.

É verdade absoluta que as pessoas inteligentes, patriotas esclarecidos e bem intencionados, jamais aplaudiram nem iriam comungar de extravagantes manifestações irresponsáveis e antidemocráticas, desprovidas da mínima razoabilidade de fechamento de Supremo Tribunal Federal e agressões físicas aos seus membros, por mais equivocados que venham a ser os seus atos. Para todo e qualquer ato ilícito a ordem jurídica tem o respectivo eficaz remédio jurídico que pode ser aplicado, adequadamente, através do devido processo legal.

Na mesma linha de raciocínio, pode-se dizer sobre a debilidade mental de quem cria e propaga notícias falsas, sobre tudo de cunho difamatório e/ou de ameaça às instituições do poder público ou de seus respectivos agentes, o que, na verdade, não passa de translouca-das manifestações e movimentos de pequenos grupos sem representatividade, sem projetos ou programas definidos, em busca, apenas, de holofotes, sem compromisso com o seu próprio futuro. Devem ser controlados, naturalmente, por meio do devido processo legal.

Nada disso, porém, justifica o particular "regime de exceção", estranhamente, instituído, por vias oblíquas, no Supremo Tribunal Federal. Os atos ilícitos devem ser combatidos e corretamente punidos, todavia, seguindo os procedimentos sancionatórios regulares do ordenamento jurídico, previamente constituído, em vigor, com o devido respeito às competências dos órgãos institucionais e sob a luz das normas e princípios constitucionais.

Para tanto, seria imprescindível haver uma competente acusação formal, de iniciativa do Ministério Público, contra os responsáveis, para que o Poder Judiciário, uma vez provocado, pudesse, imparcialmente, julgar e decidir sobre a dimensão da punibilidade, ou não!

O que não se concebe, pois padece da inequívoca antijuridicidade, é que aquele que julga queira, também, acusar. O acusador não pode ser ao mesmo tempo o julgador!

É, exclusivamente, do Ministério Público o poder acusatório, respaldado nas investigações policiais, no escólio da norma insculpida no artigo 129 da Constituição Federal: – *Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei*; [...] A autoridade policial investiga, o Ministério Público denuncia e o Judiciário julga, não é razoável, muito menos, legal, que uma instituição tenha a iniciativa de investigar, formalizar a acusação e julgar a causa. Esta atitude oblíqua, ora em voga no Supremo Tribunal Federal, externa uma postura egocêntrica e inconcebivelmente autoritária.

Parece já ter passado da hora de o Supremo Tribunal fazer uma reflexão e necessária discussão no Colegiado, e retornar aos limites de suas funções constitucionais, para pacificação política do País e bem-estar social, quanto à segurança jurídica que deve inspirar ao cidadão, inclusive no que se refere à credibilidade da justiça, no que pertine ao dever de imparcialidade.

Infelizmente, o Supremo Tribunal Federal tem-se mostrado muito mais sensível com as críticas naturais que lhe são feitas, do que com o dever de zelar pela efetiva eficácia da Constituição Federal, extrapolando os limites de suas funções constitucionais, refletindo imaturidade ou autoritarismo! Levando-se em consideração a idade dos membros da Corte, aparenta mais o pernicioso autoritarismo. A Suprema Corte não pode desconhecer que, como órgão público que é, a serviço da Nação, a serviço do povo, estará, sempre, sujeita a críticas.

Cabe frisar que não há dúvidas, quanto ao que é publicamente conhecido, que as ameaças reveladas contra o Supremo Tribunal Federal são inaceitáveis, por isso devem ser combatidas com seriedade, através do devido processo legal, consoante bem delineado anteriormente. Não é em razão dos pequenos grupos extremistas, inconsequentes, sem representatividade, atualmente espalhados pelo País, com o intuito exclusivo de tumultuar a ordem, que as instituições democráticas tenham de sair dos seus limites constitucionais, maculando a Democracia. O Estado deve agir de pronto e eficazmente, através dos instrumentos constitucionalmente pré-estabelecidos na ordem jurídica, atento à definição da competência específica para cada instituição. Grupos ameaçadores da Democracia devem ser investigados pelos órgãos competentes, com o objetivo de auxiliar na denúncia a ser promovida pelo Ministério Público, provocando de forma legal e eficaz o Poder Judiciário para o devido julgamento e sanção legal pertinente, quando for o caso.

Mas, o que repercutiu excessivamente mal foi o surpreendente fato jurídico (jurídico porque produz efeitos jurídicos, embora, na realidade, antijurídico), produzido no Supremo Tribunal Federal, quando no dia 27/05/2020, o *Ministro Alexandre de Moraes*, espontaneamente, de ofício, determinou em face de aparente simples manifestações públicas de pensamento político, a execução de diligências de buscas e apreensões em residências e escritórios de pessoas de notória visibilidade político-social, especialmente do jornalista *Alan dos Santos* e do destacado empresário brasileiro *Luciano Hang*, que muito contribui para o desenvolvimento do País com a geração de milhares de empregos diretos, e recolhimento de muitos milhões de reais para os cofres públicos a título de tributo–embora tais atos de empreendedorismo não sugira impunidade, são coisas distintas. Tais diligências causaram maior espanto à comunidade jurídica, porque já se encontrava em judicioso debate na doutrina entre juristas acadêmicos, no âmbito do direito processual penal, a inconstitucionalidade da instauração de inquéritos de ofício pelo Supremo Tribunal Federal. A partir de então, o *Ministro Alexandre de Moraes* tomou gosto pela

nova competência que agregou às suas funções judicantes e seguiu na reiteração de fatos idênticos, inclusive, a partir de então já acrescendo aos seus mandados judiciais, ordens de prisão.

Infelizmente, vivemos um período triste de desaprovação do judiciário, notadamente do Supremo Tribunal Federal, cujo comportamento reflete amplamente sobre todo o Poder Judiciário. Seria, então, razoável que a Instituição se dispusesse a fazer uma autocrítica para identificar as razões do elevado grau de insatisfação dos jurisdicionados e promovesse uma revisão da postura institucional, espancando as vaidades, a arrogância e soberba que afloram do comportamento de alguns dos membros da Corte, que afrontam as demais instituições democráticas e a Nação como um todo, inclusive acautelando-se quanto às açodadas modificações da jurisprudência. Agindo assim, sem dúvidas, reverter-se-ia a externada insatisfação popular e encaminharia o País à pacificação política e toda a Nação à paz duradoura.

7. CONCLUSÃO

Inegavelmente, o Brasil vem atravessando sério momento de incertezas, de tumulto político e social, de perigosa insegurança jurídica que se alastra por todos os setores do Estado, com muitos dos partícipes dos poderes institucionais, agentes públicos, querendo se alvorar de dono único do Estado e da verdade. Sem dúvidas, reflexos negativos de uma postura autoritária e ditatorial assumida pelo Supremo Tribunal Federal, por vias oblíquas, tergiversando sobre suas funções e ultrapassando os limites de suas competências constitucionais.

O Estado Brasileiro já clama por uma conjuntura de harmonia e de segurança jurídica em que se possa conduzir a Nação à paz e ao bem-estar sociais, liberando o setor produtivo para buscar, com confiança, a desejada prosperidade, conduzindo o País para um patamar de equilíbrio econômico e financeiro sustentável.

Esta desejada harmonia político-social, segurança jurídica e confiança na justiça, parecem estar na dependência do Supremo Tribunal Federal se dispor a uma autorreflexão, e seus componentes abdicarem da extremada vaidade e arrogância, reservando-se ao dever de velar pelo respeito e eficácia absoluta da Constituição Federal, abandonarem os discursos e embates políticos, concentrando-se no exercício de suas funções, circunscritas aos limites de suas competências.

Infeliz é aquele que sonha em "concertar" o mundo ao seu modo de ser, segundo seu arbítrio, porque a infelicidade já está encravada dentro de si, e outra coisa não terá a partilhar senão a infelicidade. O desenvolvimento do mundo evolui na proporção do desenvolvimento individual de cada um de nós. Cumpra cada qual com os seus deveres, suas obrigações e siga livre no tanto quando puder avançar, no tempo e no espaço, em busca da felicidade, respeitando os espaços e os limites do outro, que não são seus.

É que, como dito acima, ao *princípio da constitucionalidade* se vinculam todos os atos de todos os poderes institucionais do Estado, indistintamente. Do contrário, os atos flutuarão à margem da ordem constitucional, contaminando o sagrado estado de direito, por violarem o *princípio da primazia da Constituição*, ao que a ninguém é dado fazer *"tábula rasa",* notadamente, aos agentes públicos que, no âmbito de suas funções, agem como se fossem o próprio Estado.

O *princípio constitucional da separação dos poderes* não constitui a simples autonomia e liberdade de ação, mas, responsabilidade consciente pelos atos próprios do exercício das respectivas funções do poder político estatal, valorizando-se o princípio da unicidade dos poderes. Funções exercidas com responsabilidade, competência e eficiência. Para a harmonia da Nação e o bem-estar social.

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Assembleia Geral da ONU. *Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH).* Paris, 1948. Disponível em:https://brasil.un.org/sites/default/files/2020-09/por.pdf. Acesso em: 20 fev. 2022.

BRASIL. *Código de Processo Penal.* decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del 3689.htm. Acesso em 18 fev. 2022.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: **Senado Federal**: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Regimento interno* [recurso eletrônico] / Supremo Tribunal Federal. – Brasília: STF, Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação, 2020. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/ legislação Regimento Interno/anexo/RISTF.pdf. Acesso em 20 fev. 2022.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 13ª Edição. Saraiva, 2018.

IX

Revisão de lançamento tributário e os juros moratórios

Tax review and moratory interest

Kristian Rodrigo Pscheidt*

RESUMO: O artigo 149 do Código Tributário Nacional autoriza a autoridade fazendária a promover a revisão do lançamento tributário, inclusive quando apurado fato não conhecido ou não provado por ocasião do lançamento anterior, em razão da verificação de novas tecnologias de aferição do fato imponível. A revisão do lançamento implica em uma nova constituição do crédito, ou seja, passa a instituir um novo valor a partir daquele ato, sendo impraticável a imputação de juros moratórios com relação ao valor lançado.

PALAVRAS-CHAVE: Lançamento. Revisão. Tributo. Juros moratórios.

ABSTRACT: Article 149 of the National Tax Code authorizes the State authority to revise the tax assessment, even when an unknown or unproven fact is verified at the time of the previous

(*) Professor de Direito, Pós-Doutorando em Direito do Estado pela UFPR, Doutor e Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (2018), pós-graduado em Gestão e Legislação Tributária pela Uninter (2018), possui L.L.M em Direito de Negócios pela FMU (2014), é especialista em Direito Tributário pelo Centro Universitário Curitiba (2010), possui graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2008), graduação em Jornalismo pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2004) e graduação técnica em Gestão Financeira pela Universidade Luterana do Brasil (2016). Membro do Instituto Brasileiro de Estudos de Direito Administrativo, Financeiro e Tributário (IBEDAFT), advogado e consultor.

assessment, due to the verification of new technologies for assessing the taxable fact. The revision of the entry implies a change in the constitution of the credit, that is, it starts to institute a new value from that act, making it impracticable the imputation of default interest in relation to the new value launched.

KEY WORDS: Tax. Revision. Moratory Interest.

SUMÁRIO: Introdução; 1. O lançamento tributário; 2. A irreversibilidade do lançamento tributário; 3. As hipóteses do artigo 149 do CTN; 4. Os juros moratórios decorrentes da revisão 5. Considerações finais. 6. Referências

INTRODUÇÃO

Suponha que determinada Fazenda Pública, no exercício de suas atribuições, realize um procedimento de revisão fiscal (artigo 149, VIII, do CTN) em que teria sido apurado o recolhimento a menor de tributo lançado de ofício, tal como o IPTU ou uma taxa. A proceder com a revisão, ao seu turno, promove o novo lançamento da diferença; mas ao perseguir a data do fato imponível e respectivo prazo de pagamento, opta em imputar juros de mora ante o suposto não pagamento do valor inicialmente lançado.

Desta forma, na situação hipotética acima, apura-se que houve a imputação de penalidade em desfavor do contribuinte de valor que sequer havia sido constituído, de modo que a aplicação de juros moratórios se torna questionável. Ocorre que, de outro lado, o prazo de pagamento na lei tributária abstrata estabelece de forma cogente o momento do pagamento, cabendo ao inadimplente o ônus moratório.

Surge assim esse conflito entre a dinâmica tributária e a disposição expressa da lei, momento em que se pretende indicar, por meio deste singelo estudo, qual seria a solução para o caso, sem qualquer pretensão de exaurimento do tema. É importante sinalizar que as conclusões buscarão o rigor técnico doutrinário, muito embora é provável que o leitor encontre posicionamentos jurisprudenciais divergentes.

Busca-se responder ao seguinte questionamento: é lícita a imputação de juros moratórios na revisão de lançamento tributário? Para a

resposta da questão controvertida, utiliza-se o método hipotético-dedutivo, estruturado sobre uma pesquisa doutrinária e jurisprudencial.

De conseguinte, ao avançar sobre a questão controvertida, necessário também tecer breves comentários sobre o lançamento tributário, sua natureza e funcionalidade; bem como trazer a lume a questão do princípio da confiança, inerente ao lançamento de ofício perpetrado pela Fazenda Pública. Necessário traçar, também brevemente, em que consiste os juros moratórios para que, ao final, esboçar uma conclusão do tema, lastreado sobre a teoria tributária mais aceita e em consonância com os contornos jurisprudenciais.

1. O LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO

O lançamento tributário encontra previsão expressa no artigo 142 do Código Tributário Nacional, e possui como função constituir o crédito tributário. Trata-se de um ato jurídico específico, que se reflete em um escrito formal, que confere exigibilidade a obrigação tributária. De tal forma, o lançamento tributário não cria ou constitui a obrigação tributária, mas sim a reconhece e lhe confere a possibilidade de ser cobrada.

É certo reconhecer as críticas acerca do distanciamento entre a obrigação tributária e o lançamento, conquanto que o crédito nasceria no exato momento em que irrompe o laço obrigacional, ou seja, no espaço físico exterior em que ocorre o evento hipoteticamente descrito na lei. O isolamento do crédito em face da obrigação atentaria contra a integridade lógica da relação. Como leciona Paulo de Barros Carvalho, "o Código Tributário Nacional optou em criar uma figura do lançamento tributário. Todavia, crédito é elemento integrante da estrutura lógica da obrigação, de tal sorte que ostenta a relação de parte para com o todo"[1].

1. CARVALHO, Paulo de Barros. *Custo de Direito Tributário*. 29ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 493.

Por isso melhor compreender o lançamento como uma exigência de matriz financeira, em que o "crédito integra a prestação tributária, representando logicamente a contranota do débito e, nessa proporção, faz parte do direito subjetivo da Fazenda Pública"[2]. O crédito compõe, portanto, o elemento pecuniário do tributo, sendo expresso pelo recurso financeiro no qual ele se traduz.

Ainda que muitos enunciem que o lançamento é um procedimento administrativo[3], a constituição do crédito tributário se caracteriza pelo ato final, despacho decisório, de um procedimento realizado pela Fazenda Pública, de forma vinculada, que irá verificar e declarar o fato jurídico tributário, determinando a matéria tributável, calculando o montante do tributo devido, identificando o sujeito passivo e, sendo caso, propondo a aplicação da penalidade cabível.

Como bem exposto na teoria dos atos sucessivos de eficácia do tributo de Alberto Xavier[4], na obrigação tributária ganha-se *existência*, com o lançamento torna-se *atendível*, e com o vencimento do prazo de pagamento torna-se *exigível*. Ainda, a inscrição em dívida ativa o tornaria *exequível*. Nessa linha, Luciano Amaro[5] indica que "a obrigação tributária nasce com a ocorrência do fato gerador [...] tendo o lançamento a virtude de dar nascimento ao crédito tributário".

Não obstante as diversas conceituações sobre o tema, reputa-se a noção de Paulo de Barros Carvalho[6] como o melhor conceito analítico do lançamento tributário, a seguir indicado:

2. JARDIM, Eduardo Marcial Ferreira. *Curso de Direito Tributário.* São Paulo: Noeses, 2013, p. 320.

3. Nesse sentido: HARADA, Kiyoshi. *Direito Financeiro e Tributário.* 25ª ed. São Paulo: Atlas. 2016. p. 225.

4. XAVIER, Alberto. *Do lançamento:* teoria geral do ato, do procedimento e do processo tributário. São Paulo: Forense, 1997, p. 561.

5. AMARO, Luciano. Direito Tributário Brasileiro. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 365.

6. CARVALHO, Paulo de Barros. *Op. cit.,* p. 423.

> Lançamento tributário é o ato jurídico administrativo, da categoria dos simples, constitutivos e vinculados, mediante o qual se insere na ordem jurídica brasileira uma norma individual e concreta, que tem como antecedente o fato jurídico tributário e, como consequente, a formalização do vínculo obrigacional, pela individualização dos sujeitos ativo e passivo, a determinação do objeto da prestação, formado pela base de cálculo e correspondente alíquota, bem como estabelecimento dos termos espaço-temporais em que o crédito há de ser exigido.

A eficácia do lançamento, apesar das controvérsias sobre o tema[7], se relaciona à produção de efeitos jurídicos, no caso, efeitos diante de situações jurídicas existentes antes e depois da realização do ato de lançamento tributário. Comporta duas modalidades de eficácia, declaratória e constitutiva, que coexistem simultaneamente. Detém caráter dúplice, pois declara a obrigação tributária e constitui o crédito.

Trata-se de ato vinculado pela autoridade Fiscal, que deve reportar-se a lei vigente na data da ocorrência do fato gerador. É a redação do artigo 144 do Código Tributário Nacional, indicando que o lançamento se reporta à data da ocorrência do fato gerador da obrigação e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada.

Entra aí, em específico na indicação desse dispositivo, a natureza declaratória do tributo, referindo-se a uma data pretérita, ou seja, ao nascimento da obrigação tributária. De conseguinte, o crédito tributário deve constituir essa obrigação tributária tal qual a norma indicava no momento da realização do fato jurídico tributário.

---

7. Nesse sentido, Estevão Horvarth sinaliza a tese de que o lançamento tem eficácia declaratória, pois certifica a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária (HORVATH, Estevão. *Lançamento Tributário e "Autolançamento"*. São Paulo: dialética, 1999, p. 57). Do outro lado, uma outra concepção defende que a eficácia do lançamento é a constitutiva, pois este importa na formação, no surgimento de algo até então inexistente no procedimento impositivo, o crédito tributário. Nesse sentido ver, entre outros, PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *Questões Polêmicas sobre o Lançamento Tributário*. Revista Científica da FASETE 2019.1.

E nessa verificação, a norma tributária contém, previsão [assim como os aspectos e critérios da hipótese de incidência], acerca do momento em que deverá ser pago o tributo. A norma abstrata, a hipótese incidência, indicará o momento do pagamento do tributo; de modo que o descumprimento dessa disposição resultará na aplicação da penalidade tributária, qual seja, os juros moratórios.

A obrigação tributária não é preterida no tempo pelo lançamento, e tampouco a norma que ali tinha vigência e eficácia. O lançamento confere a exigibilidade do tributo, mas não altera os elementos essenciais deste, dentro os quais inclui-se o momento do pagamento.

De mais a mais, é possível identificar ao menos três modalidades de lançamento. Em primeiro lugar, há o lançamento direto ou de ofício, que consiste naquele efetuado pelo agente público competente sem qualquer ajuda do sujeito passivo.

Nessa modalidade de lançamento, o fisco age por conta própria, diretamente, verificando a ocorrência do fato gerador, determinando a matéria tributável, calculando o montante do imposto devido, identificando o sujeito passivo e promovendo sua notificação. "É o lançamento por excelência, onde a atuação privativa do agente administrativo fiscal é inafastável", como indica Kiyoshi Harada[8].

No lançamento misto ou por declaração, a Fazenda Pública age embasada em comunicação prestada pelo sujeito passivo. Essa declaração destina-se a registrar os dados fáticos que, de acordo com a lei do tributo, sejam relevantes para a consecução, pela autoridade administrativa, do ato de lançamento. "Se o declarante indicar fatos verdadeiros, e não omitir fatos que deva declarar, a autoridade administrativa terá todos os elementos necessários à efetivação do lançamento"[9].

8. HARADA, Kiyoshi. *Direito Financeiro e Tributário.* 25ª ed. São Paulo: Atlas. 2016. p. 225.

9. AMARO, Luciano. *Op. cit*. p. 366

Por último, cita-se o lançamento por homologação, que se aplica aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa no que concerne à sua determinação. Opera-se pelo ato em que a autoridade, tomando conhecimento da determinação feita pelo sujeito passivo, expressamente a homologa (CTN, art. 150)[10].

2. A IRREVERSIBILIDADE DO LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO

O art. 145 do Código Tributário Nacional consagra o princípio da inalterabilidade do lançamento, de modo que regularmente notificado o sujeito passivo, aquele ato deve conferir segurança e credibilidade para o regular pagamento. O pagamento, ao seu turno, na forma do artigo 156 do CTN, extingue a relação e confere quitação às partes.

Portanto, em princípio, se torna definitivo com a notificação regular, não podendo mais ser alterado pela autoridade administrativa, exceto nas hipóteses arroladas no referido artigo.Essa é a regra que deve ser perseguida, sendo que o procedimento de revisão tributária deve ser entendido como situação excepcional, pois poderia atentar a moralidade dos atos antes praticados. Não por menos, exige-se fundamentada justificação pela Fazenda Pública.

Existem três hipóteses que o CTN autoriza a modificação do lançamento realizado. Na dicção do artigo 145, o lançamento regularmente notificado ao sujeito passivo só pode ser alterado em virtude de impugnação do sujeito passivo e recurso de ofício; e ainda poderá ser revisto de ofício nos casos previstos no artigo 149.

Como se percebe pela redação legal, o termo "alteração" é empregado para as hipóteses em que há a reapreciação do lançamento (impugnação do sujeito passivo e recurso de ofício), e o termo "revisão" é utilizado quando ocorre a iniciativa de ofício da autoridade administrativa, nos casos previstos no artigo 149 do CTN.

10. MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário.* 19ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

Alterar é modificar o que já foi feito, enquanto revisar é verbo transitivo direto que significa "visar de novo", "refazer alguma coisa". Portanto, revisão implica em refazer o lançamento anterior, e não apenas ajustar algo já realizado. E a possibilidade de refazer/revisar o lançamento deve ser empreendido com intensa parcimônia, especialmente em razão do sobreprincípio da segurança jurídica.

E essa observação se torna ainda mais estridente na modalidade de ofício/direto, em que não há a interferência do sujeito passivo no ato administrativo. Apesar do ato administrativo nulo, no Direito Administrativo, possa ser revisto em qualquer situação[11] no lapso decadencial previsto no artigo 54 da Lei 9.784/1999, o Direito Tributário confere contornos próprios à atuação da Fazenda Pública. Na ponderação de princípios, prevalece a noção de segurança jurídica.

Por isso que, como leciona Sacha Calmon Navarro Coelho, o lançamento tributário já definitivamente constituído é irrevisível pela Administração em caso de erro de direito ou de valoração jurídica dos fatos: "entre nós, ganhou foros de cidade a irrevisibilidade por erro na interpretação da lei ou por alteração nos critérios de sua aplicação quando com erronia agiu a própria Administração"[12].

É dizer, em razão da segurança jurídica, o lançamento é afetado pelo princípio da inalterabilidade do lançamento. Somente em hipóteses excepcionais é que o lançamento pode ser revisto, a rigor do artigo 145 do Código Tributário Nacional.

Os critérios jurídicos (art. 146, CTN) reiteradamente aplicados pela Administração na feitura de lançamentos têm conteúdo

11. Referenda tal assertiva as Súmulas 473 [A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial] e 346 [A administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos] do Supremo Tribunal Federal.

12. COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de Direito Tributário Brasileiro,* 16ª edição. São Paulo: Grupo GEN, 2018, p.573

de precedente obrigatório. Significa que tais critérios podem ser alterados em razão de decisão judicial ou administrativa, mas a aplicação dos novos critérios somente pode dar-se em relação aos fatos geradores posteriores à alteração [13]. Tudo em nome da certeza e da segurança jurídicas e para que a Administração se esmere nos seus misteres.

Segundo Misabel Abreu Machado Derzi [14] a modificação de um ato administrativo, na esfera administrativa, "poderá ser feita por meio de revogação ou anulação; mas a revogação supõe que a Administração desfaça ou refaça o ato, por iniciativa própria, fundada em razões de conveniência e oportunidade". Não obstante, como o lançamento é ato administrativo plenamente vinculado (arts. 3° e 142, parágrafo único), não pode ser revogado, por motivo de conveniência ou oportunidade, inexistindo margem de discricionariedade administrativa.

Portanto, a sua revisão não poderá ser levada a cabo através de revogação. Sendo o lançamento defeituoso, por desrespeito aos requisitos e pressupostos legais que ditam o critério de validade a ser observado, cabe à Administração apenas anulá-lo em decorrência da ilegitimidade, do vício. Assim, a Administração Fazendária, por meio de recurso de ofício ou nas hipóteses elencadas no art. 149, poderá por iniciativa própria revisar e anular lançamento anterior.

Por isso não se admite a revisão de lançamento já definitivo por erro de qualquer espécie imputável à Administração. Nesse caso, mesmo que ainda não ocorrida a decadência, a Fazenda encontra-se impedida de reanalisar atos legitimamente exarados. O lançamento irrevisível equivale à decisão judicial transitada em julgado (coisa julgada material e formal)[15].

13. *Idem*, p.575

14. DERZI, Misabel Abreu Machado. *Direito Tributário Brasileiro.* 11ª ed. atualizada de Aliomar Baleeiro. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 809.

15. COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Op. cit.*, p.575

A fiscalização não pode alterar o lançamento já efetuado, sob pena de violar o ato jurídico perfeito. Como leciona Leandro Paulsen[16], "a imutabilidade do ato contém uma dupla proteção. Uma, ao contribuinte, que tem a garantia de não ser perseguido pelo Fisco, e duas, ao funcionário que terá a validade de seu trabalho respeitada".

O Superior Tribunal de Justiça reconhece a tese da irrevisibilidade do lançamento definitivamente constituído pela Administração sob a alegação de erro de direito ou mudança nos critérios jurídicos de interpretação. Cita-se como exemplo o REsp nº 1.303.543/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 22.02.2011, apreciado sob a sistemática dos recursos repetitivos (Tema nº 387), em que o Tribunal fez constar expressamente:

> 6. Ao revés, nas hipóteses de erro de direito (equívoco na valoração jurídica dos fatos), o ato administrativo de lançamento **tributário revela-se imodificável**, máxime em virtude do princípio da proteção à confiança, encartado no artigo 146, do CTN [...].

O extinto Tribunal Federal de Recursos também já se pronunciava nesse sentido por meio da Súmula nº 227: "A mudança de critério jurídico adotado pelo Fisco não autoriza a revisão de lançamento". Tudo isso visando evitar a insegurança jurídica, pois permitiria a reapreciação de fatos já preteritamente existentes.

Por isso que Estevão Horvath[17] reforça que "(...) não se admite a alteração do lançamento que tenha sido motivada pela modificação de critério jurídico anteriormente adotado para sua prática". Explica o autor que se exclui a possibilidade de revisão do lançamento por erro de direito, presumindo-se que a autoridade administrativa competente para lançar conhece o Direito e deve aplicá-lo corretamente. Por isso, não se tolera a revisibilidade do lançamento como

16. PAULSEN, Leandro. *Direito tributário*: constituição e código tributário à luz da doutrina e da jurisprudência. 9. ed. Ver. Atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado: ESMAFE, 2007. p. 952

17. HORVATH, Estevão. *Op. cit.* p. 67.

decorrência de eventual mudança nos critérios jurídicos adotadas para sua realização[18].

Nessa linha de entendimento, tem decidido o Egrégio Superior Tribunal de Justiça ser incabível o lançamento suplementar motivado por erro de direito:

> [...] Aceitando o Fisco a classificação feita pelo importador no momento do desembaraço alfandegário ao produto importado, a alteração posterior constitui-se em mudança de critério jurídico vedado pelo CTN. Ratioessendi da Súmula 227/TFR no sentido de que 'a mudança de critério jurídico adotado pelo fisco não autoriza a revisão do lançamento.' Incabível o lançamento suplementar motivado por erro de direito." (Recurso Especial 412.904/SC, Relator Min. Luiz Fux, DJU 27.05.2002). No mesmo sentido: STJ, RESP 202958/RJ, Relator Min. Franciulli Netto, Segunda Turma, DJU 22.03.2004; STJ, RESP 171.119/SP, Relator Min. Eliana Calmon, DJU 29.09.2001). Da mesma forma, a posição do E. STF: RE 74385/MG, Relator Min. Barros Monteiro, 2.ª Turma, DJU 09.04.1973, com a seguinte ementa: "Lançamento Fiscal. Erro de direito não autoriza a revisão. Interpretação acertada, senão razoável, da lei, a determinar a aplicação da Súmula n° 400

Em igual direção a lição precisa de Paulo de Barros Carvalho[19], para quem a autoridade administrativa não está autorizada a majorar pretensão tributária, com base em mudança de critério jurídico. Pode fazê-lo, sim, provando haver erro de fato. Mas como o direito se presume conhecido por todos, a Fazenda não poderá alegar desconhecê-lo, formulando uma exigência segundo determinado critério e, posteriormente, rever a orientação, para efeito de modificá-la.

18. JURACI, Altino de Souza. A Revisão do Lançamento no Direito Tributário. Disponível em http://www.fiscosoft.com.br/main_online_frame.php?home=federal&secao=2&secao=2&page=index.php?PID=133109. Acesso em: 21 mai 2021.

19. CARVALHO, Paulo de Barros. *Op. cit*. p. 278.

Isso porque a prática tem demonstrado a frequência de tentativas da Administração, no sentido de alterar lançamentos, fundando-se em novas interpretações de dispositivos jurídico-tributários. A providência, entretanto, tem sido reiteradamente barrada nos tribunais judiciários, sobre o fundamento explícito no art. 146 do Código Tributário Nacional.

Assim, complementa Misabel Abreu Machado Derzi[20] ao afirmar que não admite a alteração do lançamento por erro de direito, de modo que o legislador está impedido, por força do princípio da irretroatividade do ato administrativo, de autorizar a ampla revisão do lançamento regularmente notificado ao sujeito passivo.

> Observe-se que todas as hipóteses elencadas no art. 149 de revisão referem-se, antes, a erro da Administração, provocado por culpa, omissão, dolo ou fraude do próprio contribuinte ou de terceiro. Não é possível alterar lançamento por erro de direito ou por singela mudança de critério jurídico a que a própria Administração deu causa.

Deve-se confiar na Administração Pública. O princípio da proteção da confiança legítima garante o cidadão contra modificações substanciais inesperadas, mas também daqueles casos cuja permanência de certas situações jurídicas, pelo decurso do tempo ou pela prática continuada da Administração, já não autoriza a revogação ou a anulação do ato administrativo, para fazer valer uma legalidade incongruente com a confiabilidade adquirida.

A Administração deve respeitar esse estado de confiança legítima e, ao mesmo tempo, controlar os seus atos em conformidade com o respeito à confiança dos indivíduos na ação dos órgãos estatais[21]. "A

20. DERZI, Misabel Abreu Machado. *Op. cit.* p. 811.

21. TORRES, Heleno Taveira. Boa-fé e confiança são elementares no Direito Tributário. Disponível em https://www.conjur.com.br/2013-abr-24/consultor-tributario-boa-fe-confianca-sao-elementares-direito-tributario. Acesso em: 27 out. 2020.

autoridade administrativa não está autorizada a majorar a pretensão tributária, com base em mudança de critério jurídico"[22].

O princípio da boa-fé, que há muito norteia o direito privado, deve pautar também as relações entre os particulares e o Poder Público. Embora o princípio da boa-fé seja de origem privada, irradiou sua influência para o campo das relações jurídico-públicas, pois se refere ao exercício de qualquer direito e também, por extensão, ao exercício de poderes. Sobretudo quando se aponta que os casos em que é o cidadão que defrauda a confiança da Administração joga de boa-fé e não se enquadra no princípio da confiança legítima[23].

Nesse sentido que a revisão do lançamento tributário deve ser entendida como uma hipótese excepcional, em que novos critérios ou aferições permitam a autoridade fazendária reapreciar o fato tributável, momento em que constatada a incongruência com o lançamento anterior, este é novamente levado à cabo, desde que obedecido o prazo decadencial.

3. AS HIPÓTESES DO ARTIGO 149 DO CTN

O lançamento tributário pode ser revisado pelas hipóteses indicadas no artigo 149 do CTN, trazendo a lume nove situações taxativas em que o Fisco está autorizado a atuar. Sustenta-se na ideia de que a Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos.

"O rol do artigo 149 é vasto cobrindo, em boa parte, situações objetivas em que o Estado não pode ficar a mercê de providências que cabem, por lei, ao sujeito passivo"[24]. São requisitos do ato

22. CARVALHO, Paulo de Barros. *Op. cit.*, p. 560.

23. GUIMARÃES, Vasco Branco. A *responsabilidade civil da administração fiscal emergente da obrigação de imposto*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 54.

24. CARVALHO, Paulo de Barros. *Op. cit.*, p. 558.

administrativo a competência, objeto, motivo, finalidade e forma, de modo que Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que os requisitos são condições necessárias à existência e validade de um ato administrativo, complementado da seguinte maneira:

> Nulos são os atos que não podem ser convalidados, entrando nessa categoria: os atos que a lei assim o declare; os atos em que é materialmente impossível a convalidação, pois se o mesmo conteúdo fosse novamente produzido, seria reproduzida a invalidade anterior (é o que ocorre com os vícios relativos ao objeto, à finalidade, ao motivo, à causa); seriam anuláveis os que a lei assim declare; os que podem ser praticados sem vício (é o caso dos praticados por sujeito incompetente, com vício de vontade, com defeito de formalidade)[25].

Alberto Xavier[26] considera serem três as hipóteses de revisão do lançamento:

i) fraude ou falta funcional;

ii) omissão de ato ou formalidade essencial (vício de forma); e

iii) existência de fato não conhecido ou não provado por ocasião do lançamento anterior (erro de fato).

Tais hipóteses correspondem a vícios do lançamento autorizadores da sua anulação ou reforma mediante revisão de ofício por parte da autoridade administrativa. São três os fundamentos da revisão do lançamento:

i) a fraude ou falta funcional da autoridade que o praticou;

ii) a omissão de ato ou formalidade essencial;

iii) a existência de fato não conhecido ou não provado por ocasião do lançamento anterior.

25. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. C*urso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 76.

26. XAVIER, Alberto. *Op. cit.* p. 241

Novamente na doutrina de Misabel Abreu Machado Derzi[27], é possível sintetizar a normativa dos incisos do art. 149.O inciso II prevê a substituição do lançamento com base em declaração pelo lançamento de ofício, quando a declaração não seja prestada, por quem de direito, no prazo e na forma da legislação tributária, contemplando hipótese de omissão total.

De conseguinte, o inciso III já refere aos casos de omissão parcial de declarações, não atendimento, recusa ou insuficiência de esclarecimentos prestados pelo declarante, que também autorizam o procedimento do lançamento de ofício. Avançando, o inciso IV contempla as hipóteses de falsidade, erro ou omissão comprovados, que levarão à prática de lançamento ou revisão de ofício e, eventualmente, poderão acarretar o arbitramento, disciplinado pelo art. 148.

Já o inciso V refere-se à omissão ou inexatidão comprovadas por parte da pessoa obrigada ao lançamento por homologação, o que autoriza a efetuação de procedimento para lançar de ofício e, sendo imprestável a escrita ou os documentos mantidos pelo sujeito passivo, recorrerá a autoridade à técnica do arbitramento, contemplada no art. 148.

Ainda, o inciso VI regula a hipótese de ação ou omissão passíveis de aplicação de penalidade ao sujeito passivo, embora todas as omissões, falsidades e erros comprovados e referidos nos itens anteriores sejam ilícitos sancionáveis. Tais ilícitos podem configurar descumprimento de dever acessório isoladamente (como é o descumprimento do dever de colaboração em geral com a Administração) ou em conjugação com o descumprimento do dever de pagar o tributo propriamente dito.

Com relação ao inciso VII menciona as hipóteses de dolo, fraude ou simulação que são apenas desdobramento do item anterior, uma vez que configuram ilícitos passíveis de aplicação de penalidade. O

27. DERZI, Misabel Abreu Machado. Notas de atualização ao art. 149. In: BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro.* 11. ed., atualizado por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2003. pp. 825-826.

inciso VIII, por sua vez, contempla a hipótese de revisão de ofício se ocorrer fato não conhecido ou não provado na ocasião do lançamento. Restringe-se o inciso à revisão de ofício de lançamento originário, quer de ofício, quer com base em declaração ou por homologação, decorrente de "erro de fato", em regra provocado voluntária ou dolosamente pelo sujeito passivo;

Por fim, o inciso IX regula o lançamento de ofício em caso comprovado de fraude, falta funcional ou omissão da autoridade lançadora, quer a atividade ilícita da autoridade beneficie ou prejudique o sujeito passivo. Disciplina, assim, caso de ilícito administrativo, que pode ser leve ou grave e mesmo configurar crime (de excesso de exação, art. 316 do CP; prevaricação, art. 319 do CP; falsidade ideológica, etc.). A revisão de ofício poderá beneficiar ou agravar a situação do sujeito passivo.

Pode, assim, dizer-se que os vícios que suscitam a anulação ou reforma do ato administrativo de lançamento são a fraude, o vício de forma e o erro. Perceba-se que, de todas as situações, oito delas se relacionam a condutas omissivas ou não do sujeito passivo, sempre tendentes a reduzir a carga tributária. São passíveis, portanto, de enquadramento como crimes tributários, em especial o artigo 1º e 2º da Lei 8.137/1990.

Porém, ganha destaque aquela que não se refere a conduta do sujeito passivo, mas sim na atividade interna da própria Fazenda Pública. Trata-se da disposição indicada no artigo 149, VIII do CTN, em que o lançamento deve ser reapreciado em razão de fato não conhecido ou não provado por ocasião do lançamento anterior.

A previsão legal do artigo 149, VIII, do Código Tributário Nacional indica que é possível a revisão fiscal quando deva ser apreciado fato não conhecido ou não provado por ocasião do lançamento anterior. Essa possibilidade, por certo, destaca-se da atuação do contribuinte. O desconhecimento de fato não significa omissão do declarante, a exemplo dos lançamentos de ofício, mas sim de falha no procedimento interno de apuração da Fazenda Pública.

Essa situação evidencia, com maiores contornos, a insegurança que a revisão tributária resulta. Todavia, é um instituto permitido, presente, aplicado e de constante figuração na prática do contribuinte. E nessa constante, uma vez admitida a revisão, é que questiona-se a possibilidade de estipulação dos juros moratórios. Sobre este aspecto, tema central deste estudo, avança-se no tópico seguinte.

4. OS JUROS MORATÓRIOS DECORRENTES DA REVISÃO

Estabelecidos, de forma resumida, os conceitos acerca do lançamento tributário, mister é avançar sobre a questão controvertida que se pretende investigar neste estudo. Uma vez revisado o lançamento, é cabível a imputação de juros moratórios pela falta do pagamento do tributo à época do lançamento "primitivo"?

A dúvida surge no momento que a revisão tributária também deve reportar-se a lei vigente na data da ocorrência do fato gerador. Em específico na indicação do artigo 144, dada a natureza declaratória, referindo-se a uma data pretérita, ou seja, o crédito tributário deve constituir a obrigação tributária tal qual a norma indicava no momento da realização do fato jurídico tributário.

E nessa verificação, a norma tributária previa, tal qual os aspectos e critérios da hipótese de incidência, o momento em que deverá ser pago o tributo. A norma abstrata, a hipótese incidência, indica o momento do pagamento do tributo; de modo que o descumprimento dessa disposição resultaria na aplicação da penalidade tributária, qual seja, os juros moratórios. É correto esse posicionamento dirigido pela Fazenda Pública?

Por juros moratórios entende-se a "a remuneração que o credor pode exigir do devedor por se privar de uma quantia em dinheiro"[28], e, como tal, diversamente da correção monetária, representam

28. VENOSA, Sílvio Salvo. *Direito Civil*: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009. v. 2. p. 157.

acréscimo ao patrimônio do credor. Assim, no âmbito tributário, possuem natureza compensatória, pois se a Fazenda tivesse o dinheiro em mãos já poderia tê-lo aplicado com ganho ou quitado seus débitos em atraso, livrando-se, agora ela, da mora e de suas consequências[29].

Na forma do artigo 161 do CTN, o crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária. Constitui-se em uma penalidade, que deve ser tratada como tal, e jamais integra a obrigação tributária (como equivocadamente prevê o artigo 113, §3º do CTN).

Portanto, perceba-se que a redação legal não exige o pagamento da obrigação tributária, mas somente do crédito já constituído pelo novo lançamento. Desta forma, não há mora a ser compensada, conquanto o vencimento daquele crédito ainda não ocorreu. "Uma vez instalada a obrigação, o tributo torna-se devido mas não exigível, donde o momento relativo ao nascimento da obrigação não se confunde com aquele que deve ser realizado o pagamento"[30].

Essa conclusão é aplicável a todas as modalidades de revisão elencadas no artigo 149 do CTN, com especial ênfase na previsão do inciso VIII, quando ocorre a revisão fiscal em razão de fato não conhecido ou não provado por ocasião do lançamento anterior. A esse dispositivo, parece evidente não ser possível cogitar a aplicação de juros moratórios em desfavor do contribuinte.

Porém, questiona-se: os juros moratórios também não se aplicam nas demais oito hipóteses em que o sujeito passivo atuou de forma dolosa, seja omitindo declarações ou fraudando documento visando reduzir a carga tributária?

---

29. COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Liminares e Depósitos Antes do Lançamento por Homologação* – Decadência e Prescrição. 2ª ed. São Paulo: Dialética, 2002, pág. 26.

30. JARDIM, Eduardo Marcial Ferreira. *Op. cit*. p. 254.

A resposta é positiva, conquanto que o lançamento, na sua lógica constitutiva, não cria nada de forma retroativa, ou seja, o crédito é sempre para frente (*ex nunc*). Pensar de maneira contrária é desvirtuar a própria eficácia do lançamento. O que se imputará aos sujeitos passivos que atuaram dolosamente são os rigores da lei de crimes tributários, em especial o artigo 1º e 2º da Lei 8.137/1990.

Na Lei de Crimes Tributários o sujeito passivo poderá ser punido com multa, de modo a compensar a Fazenda Pública pela atuação contrária ao direito. Todavia, não se permite adicionar, também, os juros moratórios, conquanto não se operou o vencimento do prazo para a quitação do crédito, conforme enuncia o artigo 161 do CTN.

Como arremata Paulo de Barros Carvalho, o "ato de imposição de sanções, enquanto atividade de aplicação do direito ao caso concreto, reveste da mesma dinâmica do ato formalizados do crédito tributário"[31]. Os parágrafos 1º e 2º do artigo 144 do CTN, ao reger os critérios e métodos de fiscalização e apuração do crédito tributário, para fins de lançamento pode ser posterior à ocorrência do evento tributário, preservam a ideia de que os tributos incidam uma só vez, dentro de períodos determinados.

Porém, o Código Tributário Nacional optou, ao instituir o lançamento tributário, que o crédito tributário se torne exigível somente com o lançamento; e eventual acréscimo que se verifique com a revisão é constituído somente dali em diante. A norma abstrata que delimita o momento do pagamento, desta forma, é preterida de acordo com a formalização do crédito, pois é a lógica do procedimento inerente ao pagamento. Não se pode pagar um crédito tributário que nunca fora constituído, e esta constituição [nascimento] exige que o pagamento seja considerado a partir daquele instante, nunca retroativamente.

31. CARVALHO, Paulo de Barros. *Op. cit.* p. 565.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A questão envolvendo a aplicação de penalidades remete ao direito sancionatório, que deve ser entendido de maneira restrita e literal. Não permite dilações e aplicações generalizadas, e sempre deve ter como requisito prévio a existência de um ato ilícito. Sem ato ilícito, não se aplicam sanções.

Por isso, é pressuposto dos juros moratórios o não pagamento do tributo no prazo. Porém, esse prazo não se exaure tão somente pela disposição abstrata e genérica da norma tributária, ao definir o aspecto temporal da hipótese de incidência. O prazo de pagamento do tributo somente irá ocorrer após etapas específicas, concretizadas pelo lançamento tributário. É assim que a lei tributário quis, e não o contribuinte.

Por vontade do Código Tributário Nacional, na forma do artigo 142, sem lançamento tributário, o tributo não é exigível. E se não é exigível, não há prazo para pagamento. Impossível considerar, dessa maneira, qualquer ato ilícito do contribuinte que justifique a imposição dos juros moratórios antes do vencimento do prazo de pagamento.

Sendo assim, a revisão do lançamento tributário significa fazer novamente, não apenas corrigir algo que foi equivocamente realizado. Trata-se de criar algo novo, de modo que o prazo para o pagamento da revisão dá início no momento em que o contribuinte é notificado a proceder com o pagamento, o que é possível concluir pela própria natureza constitutiva do lançamento.

E essa conclusão é aplicável a todas as modalidades de revisão elencadas no artigo 149 do CTN. Porém, questiona-se: os juros moratórios não se aplicam mesmo nas oito hipóteses em que o sujeito passivo atuou de forma omissiva ou não visando reduzir a carga tributária de maneira ilícita?

A resposta é positiva, conquanto que o lançamento, na sua lógica constitutiva, não cria nada de forma retroativa, ou seja, o crédito é sempre para frente (*ex nunc*). Pensar de maneira contrária é desvirtuar

a própria eficácia do lançamento. O que se imputará aos sujeitos passivos que atuaram dolosamente como penalidade pecuniária são os rigores da lei de crimes tributários, em especial o artigo 1º e 2º da Lei 8.137/1990.

6. REFERÊNCIAS

AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014;

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2012;

CARVALHO, Paulo de Barros. *Custo de Direito Tributário*. 26ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2019;

COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*, 16ª edição. São Paulo: Grupo GEN, 2018;

_____. *Liminares e Depósitos Antes do Lançamento por Homologação:* Decadência e Prescrição. 2ª ed. São Paulo: Dialética, 2002;

DERZI, Misabel Abreu Machado. *Direito Tributário Brasileiro*. 11ª ed. atualizada de Aliomar Baleeiro. Rio de Janeiro: Forense, 2000;

_____. Notas de atualização ao art. 149. In: BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro*. 11. ed., atualizado por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2003;

GUIMARÃES, Vasco Branco. *A responsabilidade civil da administração fiscal emergente da obrigação de imposto*. Belo Horizonte: Fórum, 2007;

HARADA, Kiyoshi. *Direito Financeiro e Tributário*. 25ª ed. São Paulo: Atlas. 2016;

HORVATH, Estevão. *Lançamento Tributário e "Autolançamento".* São Paulo: Dialética, 1999;

JARDIM, Eduardo Marcial Ferreira. *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Noeses, 2013;

JURACI, Altino de Souza. *A Revisão do Lançamento no Direito Tributário*. Disponível em http://www.fiscosoft.com.br/main_online_frame.php?home=-federal&secao=2&secao=2&page=index.php?PID=133109. Acesso em: 21 mai 2021.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 19ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

PAULSEN, Leandro. *Direito tributário:* constituição e código tributário à luz da doutrina e da jurisprudência. 9. ed. Ver. Atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado: ESMAFE, 2007;

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *Questões Polêmicas sobre o Lançamento Tributário*. Revista Científica da FASETE 2019;

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial nº 1.303.543/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 22.02.2011;

TORRES, Heleno Taveira. *Boa-fé e confiança são elementares no Direito Tributário.* Disponível em https://www.conjur.com.br/2013-abr-24/consultor-tributario-boa-fe-confianca-sao-elementares-direito-tributario. Acesso em: 04jun. 2021.

VENOSA, Sílvio Salvo. *Direito Civil:* teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009. v. 2;

XAVIER, Alberto. *Do lançamento: teoria geral do ato, do procedimento e do processo tributário.* São Paulo: Forense, 1997.

X

Reflexões sobre o Tribunal Constitucional: de legislador negativo a positivo?

Reflections on the constitutional court: from negative to positive legislator?

Andrea Rodrigues Seco*

Pedro Inácio da Silva**

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo analisar a interpretação constitucional no Brasil, tarefa confiada ao Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição Federal e defensor da concreção dos projetos nela formulados. Em breve incursão histórica pretendeu-se examinar a evolução da interpretação do Direito até o momento atual, quando o juiz constitucional, instigado a solucionar casos difíceis, no ambiente do constitucionalismo contemporâneo, avança para espaços reclamados pelo Poder Legislativo. Ao final as reflexões realizadas buscam analisar se de virtual legislador negativo, como defendeu Kelsen, o Tribunal Constitucional assume nos dias atuais uma feição de legislador positivo.

ABSTRACT: This article aims to analyze a constitutional interpretation in Brazil, a task entrusted primarily to the Supreme

(*) Andréa Rodrigues Seco. Advogada. Mestranda em Ciências Jurídicas pela Universidade Autônoma de Lisboa/UAL. Especialista em Direito Processual Civil pela PUC/SP.

(**) Pedro Inácio da Silva. Desembargador Federal do Tribunal Regional do Trabalho da 19ª. Região. Diretor da Escola Judicial do TRT19. Mestrando em Ciências Jurídicas pela Universidade Autônoma de Lisboa/UAL.

Federal Court, as guardian of the national Constitution and of the defender of the concretization of formulated projects in them. In brief the research history intended to examine the evolution of the interpretation of the Law until the present moment, when the constitutional judge, prompted to solve difficult cases, in the environment of contemporary constitutionalism, advances to spaces claimed by the Legislative Power. In the end, the reflections made seek to analyze if of virtual negative legislator, as Kelsen defended, the Constitutional Court assumed nowadays the character of positive legislator.

PALAVRAS-CHAVE: Interpretação Constitucional. Tribunal Constitucional. Kelsen. Legislador negativo. Legislador positivo.

KEY WORDS: Constitutional Interpretation. Constitutional Court. Kelsen. Negative legislator. Positive legislator.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 1.1 Notas históricas sobre a interpretação judicial. 1.2 A criação do tribunal constitucional e o controle concentrado de constitucionalidade. 2. O tribunal constitucional como legislador negativo. 2.1 O conceito de legislador negativo. 2.2 Nova interpretação constitucional – pós-positivismo e neoconstitucionalismo. 3. O tribunal constitucional como legislador positivo. 3.1 Decisões intermédias e as técnicas interpretativas. 3.2 O Supremo Tribunal Federal como legislador positivo. 4. Conclusão. 5. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

A jurisdição constitucional como a conhecemos hoje surge ao final da Segunda Guerra, na emergência dos Estados Democráticos de Direito, orientados pela necessária defesa dos direitos fundamentais.

De fato, as Constituições democráticas do pós-guerra passaram a exibir um vasto catálogo de direitos fundamentais voltados, particularmente, para a proteção da dignidade da pessoa humana e as chamadas Cortes Constitucionais assumem fundamentalmente a tarefa de garantir esses direitos e realizar os objetivos nelas traçados.

Por outro lado, a efetividade das normas constitucionais a cada dia é posta em causa, desafiando a inteligência e criatividade dos juízes constitucionais, que têm reconhecido, como se verá, que a Constituição

concebida sob a perspectiva do Estado Democrático de Direito aspira "uma força própria, motivadora e ordenadora da vida do Estado"[1], uma força normativa, que deve ser defendida.

A partir dos anos 1920 do século passado a jurisdição constitucional dava os primeiros passos na Europa, com a criação do Tribunal Constitucional Austríaco, inspirado nas ideias de Kelsen, que defendeu que ao proclamar a inconstitucionalidade da lei, sua maior tarefa, excluindo-a do ordenamento jurídico, o Tribunal estaria funcionando como legislador negativo[2].

Porém, os novos desafios da Jurisdição Constitucional, notadamente quando chamada a julgar casos densos, de grau de dificuldade elevada, levaram tais cortes especiais a decidir para além do legislador negativo, avançando para espaços antes reservados ao Poder Legislativo.

A atualidade do tema, a sua relevância, as críticas e os enfrentamentos das Cortes Constitucionais quando operam nos limites de suas atribuições de defensores da Constituição, são os fundamentos básicos deste artigo que busca trazer reflexões se na atualidade os limites da interpretação do Supremo Tribunal Federal no Brasil (STF), como guardião da Constituição do país, ao enfrentar temas inerentes a validade e/ou extensão das legislações infraconstitucionais tem em suas decisões ido além de invalidar normas jurídicas.

1.1. Notas históricas sobre a interpretação judicial

A questão acerca da interpretação constitucional tem desafiado calorosos debates no âmbito da Filosofia do Direito e do Direito

1. HESSE, Conrad. *A força Normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1991, p. 9-12.

2. KELSEN, Hans. *A Garantia Jurisdicional da Constituição (A Justiça Constitucional).* Revista de Direito Público nº 1, jul/ago/set/2003. Lisboa. Disponível em https://www.studocu.com/pt/document/universidade-de-lisboa/direito-constitucional-i/outro/hans-kelsen. Acesso em: 15 set. 2020.

Constitucional, seja no que toca à especificidade desse exame em comparação às interpretações da lei e do contrato, assim como sobre os próprios limites da interpretação constitucional. Essa particularidade decorre da alteração qualitativa da hierarquia das fontes, que colocou a Constituição no vértice do sistema, substituindo o antigo "leycentrismo" do modelo estatal da França estabelecido a partir do Código de Napoleão de 1804[3].

A importância da interpretação levada a cabo pelos juízes já era objeto de atenção bem antes de tal data, notadamente a partir do lançamento da obra *O Espírito das Leis*, de Montesquieu, em 1748, em plena efervescência do Iluminismo, quando o filósofo francês proclamou que na separação dos poderes, no âmbito dos julgamentos "os juízes da nação, como já dissemos, são apenas a boca que pronuncia as palavras da lei (...)"[4].

O "juiz boca da lei" foi expressão inserida em sua aclamada obra como crítica ao vínculo que subordinava o Poder Judiciário ao Estado, além de ter tratado de outros temas importantes para seu tempo, notadamente ao defender a separação dos poderes, a abolição da escravidão e a subordinação do Estado ao império da lei, que reverberariam por muitas décadas e influenciariam de forma cabal em campos como a Ciência Política e o Direito Constitucional.

Naquele momento histórico não se cogitava que uma sentença de um Tribunal pudesse invalidar ato legislativo, muito menos reconstruir o sentido de uma norma através da interpretação constitucional[5].

3. COMANDUCCI, Paolo. Modelos e Interpretación de la Constitución. In: *Teoria del Neoconstitucionalismo. Ensayos Escogidos.* Miguel Carbonell (coord.). Madrid: Editorial Trotta, 2007, p. 52.

4. MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Barão de – *O Espírito das Leis.* Trad. Cristina Muracho. Martins Fontes: São Paulo. 2000, p. 167-178.

5. PALMA, Maria Fernanda. *O legislador Negativo e o Intérprete da Constituição*. Anuário Iberoamericano de Justicia Constitucional. Nº 12, Madrid (2008), p. 319-210. Disponível em: http://docplayer.com.br/20444199-O-legislador-negativo-e-o-interprete.html. Acesso em: 13 set. 2020.

Não é por outra razão que a Constituição Francesa de 1791 dispôs, no Título III, Capítulo V, art. 3º, que os juízes não poderiam interferir no Poder Legislativo, suspender a execução de leis ou assumir funções administrativas[6], adotando rigorosamente o princípio da separação dos poderes.

O espírito da época era o da restrição ao poder dos juízes, que estavam atrelados às estruturas do antigo regime. Foi só com a Revolução Francesa que rompeu-se a organização de poder do Absolutismo e inaugurou-se uma nova ordem jurídica, que foi ser aprimorada com o advento do Código Civil de 1804.

É sob o impacto do Código Civil Francês, que promoveu outra revolução na França, que surge a primeira escola de interpretação do século XIX, a Escola da Exegese, que firmou as bases interpretativas das leis, com repercussões até os dias de hoje no ensino jurídico e na prática judiciária. O primado dessa escola foi a neutralidade do juiz e a interpretação fundada no texto da lei, concepções herdadas dos pensadores do século XVIII, que consagraram o culto ao Estado, a onipotência do legislador e o racionalismo, ou seja, a lei deve ser interpretada racionalmente, cabendo ao juiz revelar seu sentido[7].

O julgador ficava restrito ao exame dos fatos, a partir de uma subsunção. Tratava-se do império objetivista do texto produzido pelo legislador. Apenas o disposto no Código Civil ou na lei, era objeto dessa interpretação, pois se buscava o que dizia o texto, cultuava-se as palavras da lei, e como decorrência emergiu o culto ao direito, o direito positivo.

---

6. "*Article 3.* Les tribunaux ne peuvent, ni s'immiscer dans l'exercice du Pouvoir législatif, ou suspendre l'exécution des lois, ni entreprendre sur les fonctions administratives, ou citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions." Disponível em: https://www.conseil-constitutionnel.fr/les-constitutions-dans-l-histoire/constitution-de-1791. Acesso em: 24 out 2020.

7. DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. 9ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p.50-56.

Em caso de lacuna da lei o juiz se serviria do raciocínio lógico, racional, admitindo-se a analogia, para a solução do caso. A moral, a história e a experiência não interessam ao juiz[8]. A interpretação devia ser objetiva, gramatical, considerando que a vontade do legislador expressa no texto devia ser a vontade do intérprete.

Refira-se sobre a visão positivista de que se o Direito correspondia à lei e a lei estava subordinado ao Direito, fechava-se o círculo que retratava a completude do Direito, que se bastava, daí os limites estreitos da interpretação.[9]

A partir dos exegetas emergiu na Alemanha novos estudos doutrinários, apoiados na tradição romanista, com a Escola Pandectística, que teve Windscheid como o mais célebre representante, e que, assim como os intérpretes do Código Francês, também se apoiavam no texto legal, fonte preponderante do Direito, mas que avançaram para admitir o uso dos costumes na interpretação jurídica[10].

Essas teorias reafirmam um dos traços marcantes do positivismo na conceituação do Direito que é a separação entre Direito e Moral, limitando esse conceito aos dois elementos que o define: a legalidade nos termos do ordenamento jurídico de um lado e do outro a autoridade e eficácia social. Ao juiz não era dado, ao interpretar a lei, produzir direito, pois somente o legislador, que atuava por delegação da nação soberana, teria o poder de criar.[11]

8. GLISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. Trad. A. M. Hespanha; L.M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1979, p. 513-518.

9. Karl Engisch expôs criticamente a ideia de que o Direito nunca falha, ou da completude do ordenamento jurídico, que por isso não abre espaço para lacunas. "Efectivamente, houve quem desenvolvesse teoremas segundo os quais a 'plenitude (fechamento ou completude) da ordem jurídica' foi transformada em dogma e contestada a existência de genuínas lacunas jurídicas". ENGISH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico.* Trad. J. Baptista Machado. 6ª. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988, p. 275-309.

10. GLISENN, John. *Op. cit.* p. 516.

11. GLISENN, John. *Idem.*

Kelsen diria mais tarde que a lei não tem um sentido objetivo, não exibe todas as possibilidades de sua aplicação, daí a necessidade de interpretação. Em outras palavras, a lei deixa várias possibilidades em aberto e a determinação da posição quanto aos interesses em conflito será submetido à produção de um ato de produção normativa que emergirá de um ato de conhecimento, que vai ser posto, que é a sentença judicial.[12]

Com isso, a ideia da completude do Direito foi superada, pois diante dos inumeráveis casos de indeterminação ou lacuna da lei abrem-se várias possibilidades à interpretação jurídica. A discricionariedade judicial é reconhecida, porém Kelsen tenta limitá-la formulando a tese da moldura jurídica, segundo a qual toda decisão jurídica autorizada pelas possibilidades de aplicação dentro desse quadro estaria conforme o Direito.[13] Além disso, essa abertura na discricionariedade judicial encontra limites na própria concepção da teoria pura do direito, que escoima a decisão judicial de qualquer juízo moral ou político, na medida em que se propunha a excluir do conhecimento do Direito tudo que lhe é estranho.

Nesta construção histórica de pensamentos e teorias, encontra-se um dos momentos mais altos do constitucionalismo americano no julgamento pela Suprema Corte dos Estados Unidos do caso *Marbury v. Madison*, de 1803, quando pela primeira vez se acolheu a tese de que as Constituições encerram normas jurídicas fundamentais e superiores a quaisquer outras, devendo sempre o juiz aplicar a Constituição quando confrontada com norma inferior que com ela conflite. Nascia assim o controle judicial de constitucionalidade das leis que para além de consagrar a supremacia da Constituição, de igual modo a interpretação

12. KELSEN, Hans, *Teoria Pura do Direito*. 6ª. ed. Trad. João Batista Machado. Coimbra: Armênio Amado Editora. 1984, p. 469.

13. "O Direito a aplicar forma, em todas essas hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo o acto que se mantenha dentro desse quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível". *Idem,* p. 466-467.

das leis agora era tarefa reconhecida aos juízes *(judicial review)*, e entre essas desponta a lei constitucional, que se confrontada deve prevalecer frente às leis hierarquicamente inferiores.[14]

1.2. A criação do Tribunal Constitucional e o controle concentrado de constitucionalidade

O sistema difuso-incidental de controle constitucional do direito dos Estados Unidos era o único modelo estudado pelos juristas do início do Século XX, segundo o qual a jurisdição constitucional era exercida por juízes e tribunais, em qualquer processo em curso.

O modelo americano não foi sufragado, todavia, pela maioria dos juristas europeus, que até o início do Século XX não recepcionaram a tese da jurisdição constitucional.

Foi por obra de Hans Kelsen que a doutrina americana veio se consolidar em território europeu, ao defender o controle constitucional das leis confiada a um Tribunal criado exclusivamente com essa atribuição. Propôs então a criação do Tribunal Constitucional, com atuação em controle concentrado, em abstrato, em oposição ao controle difuso do sistema americano, proposição que foi acolhida, pela primeira vez, pela Constituição da Áustria de 1920[15].

A adoção desse sistema foi defendida, em oposição ao modelo jurídico dos países de língua inglesa, subordinados ao princípio do *stare decisis*, buscando evitar uma infindável quantidade de ações discutindo o mesmo tema constitucional, abrindo a possibilidade de julgamentos contraditórios, com indesejável incerteza no direito.[16]

Por isso Kelsen propôs a criação de um Tribunal que concentrasse a tarefa de proclamar a constitucionalidade das leis, com eficácia *erga*

14. JÚNIOR, Dirley da Cunha. *Curso de Direito Constitucional.* Salvador: Edições Juspodivm, 2007, p.261.

15. BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.*, p. 309.

16. JÚNIOR, Dirley da Cunha. *Op. cit.*, p. 274.

omnes, afastando indesejáveis conflitos entre tribunais e incertezas jurídicas, com a peculiaridade da possibilidade do Tribunal Constitucional não se integrar ao Poder Judiciário, eis que não funcionaria como tribunal de apelação ou tribunal de primeira instância.[17]

Por outro lado, esse modelo de controle de constitucionalidade conferiria presteza e celeridade à decisão, pois submetida a ação diretamente ao órgão competente, que teria legitimidade para suspender de imediato a eficácia da norma proclamada inconstitucional.[18]

A partir da construção de tais ideias dois modelos de justiça constitucional, sob o ponto de vista da organização institucional, despontam nos sistemas judiciais: o modelo unitário, pelo qual todos os tribunais do país tem competência para conhecer sobre a constitucionalidade de norma aplicável ao feito submetido ao seu julgamento, que está vinculado ao chamado controle difuso – como é o caso dos Estados Unidos –, sem prejuízo do controle abstrato e direto, como o modelo adotado no Brasil; e o modelo de separação no qual a justiça constitucional é entregue a um Tribunal que institucionalmente está separado dos outros tribunais, e que exerce o controle concentrado de constitucionalidade, modelo adotado na maioria dos países da Europa.

2. O TRIBUNAL CONSTITUCIONAL COMO LEGISLADOR NEGATIVO

2.1. O conceito de legislador negativo

Atribui-se a Kelsen a designação do Tribunal Constitucional, no exercício de sua tarefa de guardião da Constituição, como legislador

17. ROSÁRIO, Pedro Trovão do.– *Tribunal Constitucional – ¿Un Legislador Negativo o Positivo?* Disponível em: http://hrevistas.uned.es/index.php/RDUNED/article/view/15284. Acesso em set. 2020.

18. MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional.* 3ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 241.

negativo. O conceito seria derivado da célebre controvérsia que se estabeleceu entre Kelsen e Carl Schmitt, além de outros juristas que se opunham à criação de um Tribunal Constitucional, nos idos de 1928, quando da realização do Encontro Vienense dos Professores de Direito do Estado.[19] Superada a querela, prevaleceu a tese da importância do Tribunal Constitucional, que teria a função de cassar ou anular as normas editadas em desconformidade com o texto constitucional.

Quando Kelsen escreveu que o princípio metodológico fundamental da teoria pura do Direito, na qual deveria se excluir a religião, a moral, fatores psíquicos, ideologias, ou seja "os elementos que lhe são estranhos".[20] talvez já sinalizasse que a mesma pureza metodológica seria aplicada na definição do legislador negativo, a dizer que na construção das leis o parlamento estaria influenciado por aqueles mesmos elementos que a teoria pretendia excluir do objeto do Direito[21], daí não concorrer com o Parlamento na criação de normas, senão com ele contribuir.

De fato, Kelsen admite que a anulação de uma lei por um órgão distinto do legislativo importa em invasão de poder, mas ressalta que se o órgão que examina as leis inconstitucionais é organizado como um Tribunal independente, não substitui a função do outro Poder, que é controlado pela jurisdição constitucional, o que justifica essa atuação. Mas objetivamente aduz que "a anulação de uma lei possui o mesmo caráter de generalidade que sua elaboração, sendo uma elaboração com valor negativo (...)".[22]

19. DIAS, Gabriel Nogueira. "*Legislador negativo" na obra de Kans Kelsen: origem, fundamento e limitações à luz da própria Reine Rechtsiehre.* Disponível em: https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/6238. Acesso em: 15 set. 2020.

20. KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, p. 17.

21. Gabriel Nogueira Dias aprofunda o ponto, e alude a três pilares para a compressão do que seja legislador negativo: a pureza metodológica da ciência do direito, a teoria da estrutura escalonada das normas e a teoria da democracia. *Idem, ibidem.*

22. KELSEN, Hans. *A Garantia Jurisdicional da Constituição (A Justiça Constitucional*). Revista de Direito Público nº 1, jul/ago/set/2003. Lisboa. Disponível em: https://www.

No sistema clássico de freios e contrapesos cumpriria ao Poder Judiciário a função de aplicação da lei ao caso concreto. Mas a tarefa do Juiz Constitucional não é só essa, pois quando nega validade às leis inconstitucionais, limitando o abuso do Poder Legislativo na edição de leis que afrontam a Constituição, se projeta o Poder Judiciário como legislador negativo, ao excluir do ordenamento as normas declaradas inválidas, em oposição ao Poder que as cria.

No Brasil se observam reiterados julgamentos do Supremo Tribunal Federal reafirmando sua natureza de legislador negativo, a exemplo do que se colhe na ADI nº 2.062/DF relatado pelo Min. Celso de Mello, que ao declarar a inconstitucionalidade de lei que criava contribuição para aposentados, assentou que "(...) o controle de constitucionalidade, por isso mesmo, transforma o Supremo Tribunal Federal em verdadeiro legislador negativo (...)".[23]

Contudo, a superação da teoria do legislador negativo no atual estágio evolutivo da jurisdição constitucional é evidente em função da clara ampliação da interpretação constitucional de normas que protegem valores, com a aplicação de princípios, colisões entre normas constitucionais, o uso da ponderação na solução desses conflitos, em textos cujo alcance e sentido necessitam de intervenção criativa. Tais desafios alargaram exponencialmente a tarefa dessas Cortes justificando assim as palavras de Maria Palma no sentido de que "o juiz que 'pronuncia as palavras' da Constituição, o juiz constitucional é apenas um meio de tornar vivo um texto e de o desenvolver para além da atividade legislativa".[24]

---

studocu.com/pt/document/universidade-de-lisboa/direito-constitucional-i/outro/hans-kelsen. Acesso em: 15 set. 2020.

23. SUPREMO Tribunal Federal. Acórdão com o nº ADI 2.062/DF, de 11/03/2004. Relator Ministro Celso de Mello. Disponível em: https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14801670/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-2062-df-stf. Acesso em: 19 set. 2020.

24. PALMA, Maria Fernanda. *Op. cit.*

2.2. Nova interpretação constitucional – pós-positivismo e neoconstitucionalismo

Um dos pontos culminantes do estudo do Direito no século passado foi alcançado com a obra de Hans Kelsen, que ainda exibe seus traços na Ciência Jurídica dos dias de hoje. De fato, tanto o formalismo, cujo elemento fundamental é a ideia de que o intérprete da norma jurídica utilizará do silogismo para a solução do caso posto, quanto o dogmatismo, que submete o Direito a princípios e conceitos rígidos incorporados à tradição jurídica, ainda encontra eco no ensino jurídico hodierno.[25]

A partir da segunda metade do Século XX, na emergência do Estado Democrático Constitucional, timbrado pela defesa dos direitos fundamentais, desenvolve-se um constitucionalismo compromissário e um novo modelo de interpretação constitucional, fundamentado na crítica ao positivismo jurídico e na aproximação entre Direito e Moral, que vem a ser designado por muitos juristas como pós-positivismo.

Com efeito, o pós-positivismo se desenvolveu como teoria geral do direito defendendo como pressuposto pragmático a conexão entre Direito e Moral, matriz filosófica desse novo direito constitucional, com pretensões de repensar a teoria das fontes, da interpretação, entre outros pilares do direito constitucional contemporâneo, calcado em forte influência dos estudiosos Ronald Dworkin e Robert Alexy.

Ao lançar o que chamou de "ataque fundamental ao positivismo", Dworkin criticou o sistema de regras primárias e secundárias, a identificação de normas jurídicas pelo *pedigree,* ou de uma regra de reconhecimento, bem como a tese da discricionariedade do juiz, segundo a qual nos casos densos o juiz deve escolher *sponte própria* a interpretação a ser ministrada. Apresentou, então, o sistema que diferencia regras e princípios, aduzindo que na interpretação daquelas são

25. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 6ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 277.

aplicáveis a subsunção, enquanto nestes as razões de decidir podem se amparar em outros princípios, e aplicados em cada caso concreto.[26]

A partir desse estudo, a questão da interpretação constitucional ganha projeção com a distinção entre princípios e regras feitas por Robert Alexy, com as determinações no espaço das circunstâncias de fato e de direito, que devem ser aplicadas pelo método da subsunção, a colisão entre normas constitucionais, que tem na ponderação o método de superação desses conflitos, além da afirmação de que os princípios são "mandatos de optimización que estan caracterizados por el hecho de que puedem ser cumplidos em diferente grado", ou seja, que seu cumprimento depende tanto de possibilidades reais como jurídicas.[27]

Na Europa e no Brasil a teoria da normatividade dos princípios é objeto da atenção de vários juristas. Canotilho afirma que "o sistema jurídico do Estado de Direito Português é um sistema aberto de regras e princípios"[28], e ao "abandonar" a velha metodologia que distinguia normas e princípios, fala em superconceito de norma, e no seu âmbito exibe-se a dualidade entre regras e princípios, distinção que se apresenta complexa para o intérprete, que deve utilizar critérios vários para definir se o caso envolve uma ou outro.[29]

---

26. DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 22-48.

27. ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*.Trad. para o espanhol de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Polyticos y Constitucionales, 2002, p. 86.

28. CANOTILHO, J.J. Gomes. *Op. cit.* p. 1.159.

29. Eis os critérios distintivos sugeridos: "a) grau de abstração: os princípios são normas com um grau de abstracção relativamente elevado; de modo diverso, as regras possuem uma abstracção relativamente reduzida. b) grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto: os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislados, do juiz), enquanto as regras são susceptíveis de aplicação directa. c) carácter de fundamentalidade no sistema das fontes do direito: os princípios são normas de natureza estruturante ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex.: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex.: princípio do Estado de Direito).d) proximidade da

Paulo Bonavides, assim como Canotilho, reconhece a emergência da atual fase da teoria constitucional como pós-positivista, e assinala que a teoria dos princípios chega a este momento definitivamente consolidada, despontando os princípios como essenciais a um legítimo sistema jurídico, que assim ganha congruência, equilíbrio e fundamento.[30]

Isto significa uma virada na teoria das fontes do direito, pois os princípios, que de última fonte de integração do direito, de aplicação recomendada quando a analogia e os costumes não pudessem ser usados, migram para o centro do ordenamento jurídico, convertendo-se "no oxigênio das Constituições na época pós-positivista".[31]

Nessa breve síntese, pode-se considerar como principais preocupações teóricas do pós-positivismo um reposicionamento na teoria das fontes e a sua indeterminação, e a defesa da conexão necessária entre Direito e Moral, particularmente sob a perspectiva da decisão judicial nos casos difíceis e indeterminados.[32]

Com essa concepção de interpretação constitucional, no qual o critério de decisão, notadamente nos casos difíceis, está pautado

idéia de direito: os princípios são "Standards" juridicamente vinculantes radicados na exigência de "justiça' (Dworkin) ou na "idéia de direito" (Larenz; as regras podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional. e) natureza normogenética: os princípios são fundamento de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a ratio de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogenética fundamentante". CANOTILHO, *Op. cit*. p. 1160 – 1161.

30. A defesa de Bonavides à teoria dos princípios é eloquente: "Postos no ápice da pirâmide normativa, elevam-se, portanto, ao grau de norma das normas, de fonte das fontes. São qualitativamente a viga-mestra do sistema, o esteio da legitimidade constitucional, o penhor da constitucionalidade das regras de uma Constituição. BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.,* p. 294.

31. *Idem,* p.288.

32. "El centro de atención se ha desplazado a la indeterminación y a la solución de los casos indeterminados. Los casos difíciles ya no serían vistos como casos excepcionales para el estudio del derecho sino que ocupa el centro de la agenda de la teoria del derecho". CALSAMIGLIA, Albert. *Postpositivismo*. Doxa. Cuadernos de Filosofia del derecho. Nº 21, 1998, p. 211-215. Disponível em: http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcbk215. Acesso em: 24 out. 2020.

nos princípios, desponta uma nova corrente de juristas que pretende explicar o direito constitucional contemporâneo, abrigados no que foi chamado de neoconstitucionalismo.[33]

Convém anotar, entretanto, que o neoconstitucionalismo não se pretende teoria geral do direito, mas uma leitura da incorporação pela Constituição de uma axiologia moral, viabilizada pelos princípios constitucionais e os direitos fundamentais, defendendo uma interpretação constitucional fundada em princípios constitucionais e com a utilização de método que vai além da subsunção positivista.

O neoconstitucionalismo não é unanimidade na doutrina, designadamente no manejo do critério da ponderação, como sustenta Paolo Comanducci, para quem a técnica da ponderação é particularmente perigosa na interpretação da Constituição, porque a opção de não se instituir hierarquias explícitas entre os princípios, pelo menos em grupos de casos, ampliam em muito os poderes dos juízes constitucionais ou, como enfatiza, "implica la atribuición a los jueces constitucionales de un margen tan amplio de discrecionalidad que los convierte no solo em legisladores sino incluso, em algunos casos, em coautores de la misma Constituición".[34]

Para Lenio Streck, crítico do neoconstitucionalismo "à brasileira" e da discricionariedade judicial imoderada, ainda que esse movimento tenha contribuído para a afirmação da força normativa da Constituição na Europa, no Brasil ocorreu uma "recepção acrítica da Jurisprudência dos Valores, da teoria da argumentação de Alexy (que cunhou o procedimento da ponderação como instrumento pretensamente racionalizador da decisão judicial) e do ativismo judicial norte-americano"[35]. Sustenta, em complemento, que o uso sem critério da teoria de Alexy

33. MARTINS, Ricardo Marcondes. *Neoconstitucionalismo*. São Paulo: Enciclopédia Jurídica da PUCSP, 2017, p. 7. Disponível em: https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/134/edicao-1/neoconstitucionalismo. Acesso em: 16 set. 2020.

34. COMANDUCCI, Paolo. *Op. cit.* p. 66.

35. STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 35.

alterou o seu significado, transformando a regra da ponderação em um princípio, manejada pelos Tribunais brasileiros como um "enunciado performático, uma espécie de álibi teórico capaz de fundamentar os posicionamentos mais diversos".[36]

Além disso, existe a preocupação com a chamada desneutralização política do Judiciário e com os limites que lhe são impostos pelo princípio da separação dos poderes, pois ainda não existe um mecanismo que trate da discricionariedade judicial com eficácia.

Decerto que esses movimentos pretendem traduzir a construção desse novo direito produzido democraticamente, sob o signo de Constituições com força normativa e de uma jurisdição que se pretende integral, que vem a ser o constitucionalismo contemporâneo.

Cabe, portanto, examinar se a atuação do Supremo Tribunal no Brasil, em casos concretos, configura mera superação do legislador negativo ou afirmação do Estado Democrático de Direito e da força normativa da Constituição.

3. O TRIBUNAL CONSTITUCIONAL COMO LEGISLADOR POSITIVO

3.1. Decisões intermédias e as técnicas interpretativas

Nesse atual momento de interpretação constitucional surgem novas técnicas de decisão em matéria de controle ou fiscalização de constitucionalidade, que têm levado os Tribunais Constitucionais à superação da mera declaração de nulidade da lei que contraria a Constituição e, consequentemente, o dogma do legislador negativo.

Os Juízes Constitucionais ao utilizar essas novas técnicas de julgamento assumem uma posição de verdadeira intromissão na competência legislativa própria do Poder Legislativo, que é legitimado

36. Idem, p. 50.

no sistema democrático pela representação outorgada pelo voto popular. Nesse passo, o uso dessas técnicas deve ser analisado em conformidade com o Estado Democrático de Direito, mas também na perspectiva da defesa da dignidade da pessoa humana, materializada na proteção dos direitos fundamentais.[37]

As sentenças proferidas nesses casos têm recebido nomenclatura diferenciada na doutrina variando as denominações de sentenças intermédias, interpretativas, integrativas, normativas, manipulativas e aditivas. São aplicadas em casos densos, em áreas nebulosas, nas quais em alguns momentos se vai além da simples proclamação da constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma em causa.

Jorge Miranda assinala que essas decisões ainda que "conexas com o juízo de inconstitucionalidade escapam àquela contraposição fundamental", e propõe três modalidades de sentenças intermédias: interpretativas ou de fixação de uma interpretação, limitativas ou limitativas de efeitos da decisão, e aditivas ou modificativas.[38]

As sentenças mais simples, de declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei, ato normativo ou norma, é a afirmação pelo Supremo Tribunal Federal da validade ou invalidade da norma posta em causa.

No que refere aos juízos ou decisões intermediárias ou intermédias, nos quais se enfrentam situações que encerram dúvidas sobre validade de norma de conteúdo polissêmico, as técnicas manejadas pelos tribunais vão além da opção radical de declarar a inconstitucionalidade da lei excluindo-a do ordenamento ou de proclamar sua constitucionalidade, autorizando sua aplicação de modo irrestrito. Ou como diz Maria Lucia Amaral, "as sentenças 'intermédias' não são

37. ÁVILA, Ana Paula Oliveira. *Técnicas de Decisão na Jurisdição Constitucional e Garantia de Direitos Fundamentais das Minorias pelo STF*. Revista Novos Estudos Jurídicos – Eletrônica, Vol. 20 – N. 2 – mai-ago 2015. p. 599. Disponível em: https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/7884. Acesso em: 22 set. 2020.

38. MIRANDA, Jorge. *Fiscalização da Constituição.* Coimbra: Almedina, 2017, p. 69-97.

nem sentenças puras de rejeição [do pedido de inconstitucionalidade], nem sentenças puras de acolhimento [do pedido]".[39]

São nessas decisões que o problema do legislador positivo emerge, pois como anota Pedro Trovão do Rosário "las sentencias interpretativas y sentencias manipulativas, aditivas y substitutivas son bastante más complejas e implican una actuación «creativa de los jueces», dejando de ser meros legisladores negativos y asumiendo el papel de legislador positivo".[40]

As sentenças interpretativas dão ênfase à supremacia da Constituição, mas reconhecem a legitimidade das leis e sua origem decorrente do processo democrático, atuando tais decisões como mecanismo de correção dos excessos do Poder Legislativo.[41]

No Brasil a interpretação conforme a Constituição, na qual o Tribunal declara que a norma é constitucional com a interpretação que lhe conferiu não é incomum. Trata-se de uma declaração condicional de constitucionalidade da norma, que será constitucional na medida da leitura do que dela fez o Tribunal. Isto se viu, exemplificativamente, na ADPF nº 46 – versando sobre a constitucionalidade da Lei 6.538/78 –, na qual o STF declarou a Lei Constitucional, desde que a expressão monopólio fosse entendida como "exclusividade ou privilégio".[42]

Canotilho sustenta que a interpretação conforme a Constituição constitui meio de neutralizar violações constitucionais, "escolhendo

39. AMARAL, Maria Lúcia. *As decisões intermédias na jurisprudência constitucional portuguesa.* Disponível em: https://www.icjp.pt/sites/default/files/media/414-362.pdf. Acesso em: 22 set. 2020.

40. ROSÁRIO, Pedro Trovão do. *Op.cit.*

41. JÚNIOR, Gabriel. *Sentenças Interpretativas e Aditivas: (In) aplicabilidade no âmbito do Direito Tributário.* Revista dos Tribunais, vol. 975, 2017. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RTrib_n.975.16.PDF. Acesso em: 22 set. 2020.

42. SUPREMO Tribunal Federal. Acórdão com o nº ADPF 46-7/DF, de 5/8/2009. Relator Ministro Marco Aurélio. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608504. Acesso em: 22 set. 2020.

a alternativa interpretativa conducente a um juízo de compatibilidade do acto normativo com a Constituição".[43]

Outra técnica é a declaração parcial de nulidade sem redução do texto, que consiste na declaração de inconstitucionalidade de determinada hipótese de aplicação de parte da lei ou ato normativo. Abstratamente a norma é constitucional, mas haverá vedações de sua aplicação em situações concretas definidas no julgado.

A declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto é defendida como hipótese de maior clareza e segurança jurídica do que a interpretação conforme, pois expresso na decisão a hipótese de interpretação em que a norma não incidirá[44], a exemplo do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº4.661-DF.[45]

Essas decisões que escapam do modelo binário inconstitucional/constitucional, exibem as exigências dos casos concretos que obrigam soluções conciliadoras na interpretação constitucional com as necessidades da segurança jurídica.[46]

No Brasil, essa modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade se observa no art. 27 da Lei Federal n° 9.868/99 ao

43. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Op. cit*. p. 958.

44. NOVELINO, Marcelo. *Curso de Direito Constitucional*. 14ª. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2019, p. 251.

45. SUPREMO Tribunal Federal. Acórdão nº ADI 4.661-DF, de 20/11/2011. Relator Ministro Marco Aurélio. "AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – DECRETO – ADEQUAÇÃO. Surgindo do decreto normatividade abstrata e autônoma, tem-se a adequação do controle concentrado de constitucionalidade. TRIBUTO – IPI – ALÍQUOTA – MAJORAÇÃO – EXIGIBILIDADE. A majoração da alíquota do IPI, passível de ocorrer mediante ato do Poder Executivo – artigo 153, § 1º –, submete-se ao princípio da anterioridade nonagesimal previsto no artigo 150, inciso III, alínea "c", da Constituição Federal. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – IPI – MAJORAÇÃO DA ALÍQUOTA – PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE NONAGESIMAL – LIMINAR – RELEVÂNCIA E RISCO CONFIGURADOS. Mostra-se relevante pedido de concessão de medida acauteladora objetivando afastar a exigibilidade da majoração do Imposto sobre Produtos Industrializados, promovida mediante decreto, antes de decorridos os noventa dias previstos no artigo 150, inciso III, alínea "c", da Carta da República". Disponível em: https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:supremo.tribunal.federal;plenario:acordao;adi:2011-10-20;4661-4145604. Acesso em: 22 set. 2020.

46. CANOTILHO, J, J, Gomes. *Op. cit*. p. 959.

disciplinar as ações diretas de inconstitucionalidade e diretas de constitucionalidade.

Entre as sentenças intermédias avulta como muito relevantes as sentenças aditivas, nas quais "a inconstitucionalidade deletada não reside tanto naquilo que a norma preceitua quanto naquilo que ela não preceitua", como diz Jorge Miranda[47]. São, com efeito, aquelas nas quais a inconstitucionalidade é declarada por ausência de previsão de algo que devia conter ou estar contido na norma. As sentenças aditivas têm como desiderato denunciar silêncios que resultam em descumprimento de norma constitucional pelo legislador, criando assim desigualdades banidas pela Constituição, ou quando se intenta eliminar certas prescrições não admitidas ou desproporcionais a direitos e garantias fundamentais.[48]

São, portanto, na definição de Carlos Blanco de Morais, sentenças "positivas de inconstitucionalidade de cujo conteúdo resulte, tanto um juízo de invalidade, como a indicação de uma norma ou de um princípio normativo que assegurem a criação de condições para que o direito objeto da mesma sentença se compatibilize futuramente com a Constituição".[49]

No Brasil é recente o estudo das sentenças intermédias ou interpretativas. Ao tratar da evolução da jurisprudência do STF sobre o tema, quando proferiu seu voto na ADPF nº 54/DF, o Ministro Gilmar Mendes abriu um capítulo que nomeou como "Da decisão com efeitos aditivos", e demonstrou que em muitos casos aquele Tribunal não se atentou para os limites tênues entre a interpretação conforme

47. MIRANDA, Jorge. *Op. cit.* p. 91.

48. MORAIS, Carlos Blanco de. *Sobre o conteúdo possível das sentenças aditivas constitucionalmente obrigatórias.* Instituto de Ciências Jurídico-Político da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2009, p.2. Disponível em: https://www.icjp.pt/content/sobre-o-conteudo-possivel-das-sentencas-aditivas-obrigatórias. Acesso em: 22 set. 2020.

49. *Idem, ibidem.*

de conteúdo negativo e a decisão que modifica os sentidos originais construídos pelo legislador.[50]

Certo é que todos esses modelos de decisões reconfiguraram os Tribunais Constitucionais, que assumiram um protagonismo não visto antes, mas que decorre, e há consenso doutrinário quanto ao ponto, do modelo constitucional contemporâneo que ganhou lugar após a redemocratização do país. O compromisso do Tribunal com a defesa da Constituição e das garantias nelas asseguradas, com postulados democráticos que delas sobressaem, impõe a tomada de decisões importantes quando em jogo a violação da igualdade entre pessoas, que vêm a ser os destinatários das normas, além de servir como freio às decisões legislativas majoritárias que contrariam os direitos humanos e os direitos fundamentais.

São decisões, todavia, que exigem cautelas adicionais, notadamente quanto aos fundamentos, que devem ter amparo direto na Constituição dado a sua força obrigatória e alcance. Como adverte Maria Fernanda Palma, somente "um método interpretativo rigoroso e controlado limita a invasão pelos tribunais constitucionais da esfera legislativa e impede a atividade judicativa de se tornar um 'contra-poder' legislativo".[51]

Mas essas considerações não têm poupado os Tribunais Constitucionais de críticas, acusados de rompimento da divisão de competência com o Parlamento, construindo normas a partir da interpretação, como verdadeiro legislador positivo, gerando especiais repercussões quando tais decisões acabam por confrontar dogmas religiosos, políticas públicas e direitos sociais ou ainda quando se discute o sistema de justiça criminal.

50. No voto há indicação das decisões proferidas nas ADI 3324, ADI 3046, ADI 2652, ADI 1946, ADI 2209, ADI 2596, ADI 2332, ADI 2084, ADI 1797, ADI 2087, ADI 1668, ADI 1344, ADI 2405, ADI 1105, ADI 1127, que teriam natureza de sentenças intermédias. SUPREMO Tribunal Federal. Acórdão com o nº ADPF 54/DF, de 12/04/2012. Relator Ministro Marco Aurélio. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334. Acesso em: 09 mar. 2020.

51. PALMA, Maria Fernanda. *Op. cit.*

3.2. O Supremo Tribunal Federal como legislador positivo

Em verdade, no Brasil o Supremo Tribunal Federal tem exercido um protagonismo cada vez maior como principal intérprete da Constituição Federal. A solução dos chamados *hard cases* sempre desperta a ira de determinados setores afetados em suas convicções, daí se falar em um certo ativismo judicial, em razão do conteúdo e alcance que essas decisões encerram.

Porém, como já referido, é tarefa da Corte Constitucional definir o alcance e sentido de texto de norma acusada de inconstitucionalidade, seja para invalidá-la por completo, seja para dar-lhe um novo sentido via interpretação, ou para preencher vazios normativos decorrentes de omissão do legislador. De outro lado, não há como obscurecer a legitimidade que ostentam os Tribunais Constitucionais na proteção dos direitos fundamentais.

Uma das decisões que marcaram a evolução da jurisprudência do STF na superação do paradigma kelseniano do legislador negativo foi a proferida no recurso em Mandado de Segurança n° 22.307/DF através da qual o Tribunal, alicerçado no princípio da igualdade, estendeu aos servidores públicos federais civis reajuste concedido apenas aos servidores públicos militares.[52]

A partir daí outras decisões do STF, passo a passo, consolidaram sua atuação como legislador positivo.

Entre as mais relevantes, colhe-se a proferida na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132,[53] relatada pelo

52. SUPREMO Tribunal Federal. Acórdão com o nº RMS 22.307, de 19.02.1997. Relator Ministro Marco Aurélio. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=115796. Acesso em: 09 abr. 2020.

53. SUPREMO Tribunal Federal. Acórdão com o nº ADPF 132/RJ, de 05/05/2011. Relator Ministro Carlos Ayres de Brito. Na ementa está bem delineado um dos aspectos nucleares do acórdão: "(...) 2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER(GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO

Ministro Carlos Ayres de Brito, julgada em 05/05/2011, na qual foi conferido interpretação conforme à Constituição ao art. 1.723 do Código Civil, e se reconheceu à união estável entre pessoas do mesmo sexo, para fins de percepção de benefício que era concedido pelo Estado do Rio de Janeiro.

Tanto o art. 226, § 3º da Constituição Federal quanto o art. 1.723 do Código Civil reconheciam como entidade familiar a união entre homem e mulher permitindo a tais interessados deliberar sobre uma série de assuntos, como patrimônio, adoção, questões sucessórias, entre outros. O que se reconheceu no acórdão foi além da simples deliberação dos casais homoafetivos sobre os temas acima referidos, pois se procedeu uma interpretação constitucional extensiva do art. 226, § 3º cuja leitura dava a entender um contraste com os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana, que estão entre os princípios e direitos fundamentais da própria Constituição.

O Tribunal considerou que o caso era de lacuna legislativa, superada por integração e interpretação analógica, pois o fato de proteger a união estável entre homem e mulher não sinalizava a Constituição para a desproteção da união homoafetiva.

Decisões corajosas desta natureza geram críticas, mas deixam evidente que em situações limite os Tribunais Constitucionais devem atuar positivamente, notadamente nas omissões legislativas que vulneram direitos fundamentais, como o de liberdade da pessoa para constituir união homoafetiva, despontando daí o preconceito em razão da orientação sexual, como consignado no acórdão. O Ministro Celso de Mello registrou ainda em seu voto "o papel do Supremo Tribunal Federal na proteção das minorias, analisada na perspectiva de uma concepção material de democracia constitucional".

PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA." Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633. Acesso em: 29 set. 2020.

Outra decisão de grande repercussão foi a proferida na ADPF nº 54, de 12/04/2012, relatada pelo Min. Marco Aurélio de Mello[54], que autorizou a prática de aborto em casos de fetos anencefálicos, hipótese de exclusão de ilicitude não prevista no Código Penal. Na ação, movida pela Confederação dos Trabalhadores na Saúde, alegou-se que estavam sendo violados os princípios da dignidade da pessoa humana, da legalidade, liberdade e autonomia privada, todos com assento constitucional, e o direito à saúde, sendo requerido o emprego da técnica da interpretação conforme a Constituição, para que fosse restringido ao feto saudável a hipótese da punição pelo crime de aborto.

A decisão foi tomada por maioria, proclamando o Tribunal considerar inconstitucional interpretação de que a interrupção da gravidez de feto anencefálico seria conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal. A decisão teve grande repercussão por envolver questões de ordem moral e religiosa e não por outra razão o Relator consignou como primeiro argumento: "O Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões". Vale dizer, os interesses das religiões nem sempre coincidem com direitos fundamentais e com a Constituição.

Como salientado no acórdão pelo Min. Gilmar Mendes, melhor seria o Poder Legislativo ter tomado a frente do caso e procedido a alteração da norma, mas certo é que o Tribunal ao fim e ao cabo legislou sobre uma nova exclusão de ilicitude do crime de aborto, não prevista no Código Penal.

Porém, é no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão – ADO n° 26/DF, de 13/09/2019, que cintila com muita clareza a natureza de sentença aditiva, designadamente na perspectiva do legislador positivo do STF, através da qual ficou definido que o disposto na Lei nº 7.716/91 – que tipifica o crime de racismo – seria aplicável nos casos de homofobia e transfobia.

54. SUPREMO Tribunal Federal. Acórdão nº ADPF 54/DF, de 12/04/2012. Relator Ministro Marco Aurélio. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334. Acesso em: 09 mar. 2020.

Na conclusão do voto do relator, acompanhado por sete dos onze ministros do Tribunal, foi proclamada a omissão inconstitucional do Poder Legislativo ao não implementar mandado de incriminação a que se referem os incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição, para efeito de proteção penal aos integrantes do grupo LGBT[55].

Foi superado no voto o difícil tema do princípio da reserva legal, inscrito no art. 5º, XXXIX da Constituição Brasileira, que consagra que não há crime sem lei anterior que o defina.

Há que se ponderar que o Supremo Tribunal, mesmo proclamando a inconstitucionalidade por omissão, e equiparando a homofobia ao crime de racismo social, estabeleceu que a decisão valeria até que o Congresso Nacional edite lei sobre a matéria, a demonstrar que não estava a atuar em substituição ao Poder que a Constituição reservou para legislar.

São, portanto, exemplos de técnicas alternativas de que a jurisdição constitucional se valeu para, de fato atuando como legislador positivo, dar efetividade a direitos fundamentais e garantir direitos assegurados na Constituição Federal.

55. No dispositivo do acórdão está consignado, e não deixa dúvidas sobre o seu efeito aditivo: " (...) dar interpretação conforme à Constituição, *em face dos mandados constitucionais de incriminação* inscritos *nos incisos XLI* e *XLII do art. 5º* da Carta Política*, para enquadrar a homofobia* e *a transfobia*, qualquer que seja a forma de sua manifestação, nos diversos tipos penais definidos na Lei nº 7.716/89, até que sobrevenha *legislação autônoma*, editada *pelo Congresso Nacional*, seja por considerar-se, nos termos deste voto, *que as práticas homotransfóbicas* qualificam-se como espécies do gênero *racismo*, na dimensão *de racismo social* consagrada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento 154 Em elaboração ADO 26 / DF plenário do HC 82.424/RS (*caso Ellwanger*), na medida em que tais condutas importam *em atos de segregação* que inferiorizam membros integrantes do grupo LGBT, em razão *de sua orientação sexual* ou *de sua identidade de gênero*, seja, *ainda*, porque *tais comportamentos de homotransfobia* ajustam-se ao conceito de atos de discriminação e de ofensa a direitos e liberdades fundamentais daqueles que compõem o grupo vulnerável em questão". SUPREMO Tribunal Federal. Acórdão com o nº ADO 26/DF, de 13/06/2019. Relator Ministro Celso de Melo. Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26votoMCM.pdf. Acesso em: 09 mar. 2020.

4. CONCLUSÃO

A grande transformação pela qual passou o Direito Constitucional nas últimas décadas do século XX, quando as novas Constituições acentuaram a importância axiológica dos princípios como o da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da igualdade, do Estado de Direito, da democracia, promoveu uma reviravolta na intepretação constitucional, que passa a operar com conceitos abertos, ou com matérias que antes estavam circunscritas ao espaço dos Códigos, e que migraram para a Constituição.

É nesse cenário que desponta o papel dos juízes constitucionais como os intérpretes por excelência das Constituições, e o Tribunal Constitucional é alçado à condição não só de guardião da Constituição, mas de concretizador de suas promessas.

Se de um lado se reconhece que com mais frequência os Tribunais Constitucionais são chamados a decidir sobre questões com grande densidade jurídica e repercussões na sociedade, por outro constata-se que para o enfrentamento desses temas foi necessário a superação do silogismo positivista e a utilização de novas técnicas interpretativas, ou interpretações criativas, impondo-se atuações corajosas amparadas na Constituição, que em alguns casos foram criticadas e designadas como ativismo judicial.

A atuação do Tribunal Constitucional – no Brasil entregue ao Supremo Tribunal Federal – nessas hipóteses demonstrou uma evolução que ainda está em curso, pois já não basta a declaração de inconstitucionalidade da norma para a solução do conflito, impondo-se, como demonstrado em casos recolhidos na jurisprudência, a reconstrução da norma seja através de uma interpretação que se ajuste à Constituição, escolhendo entre diferentes interpretações uma adequada à norma posta em causa, ou superando omissões legislativas que potencialmente os efetivamente afrontem direitos fundamentais, alterando de tal maneira o sentido da norma que ela passa a ter outra conformação.

Não se ignora que essa atuação das Cortes Constitucionais tem gerado tensões com outros Poderes e tem sido alvo de críticas, que devem ser temperadas em razão de posições afetadas pela necessária intervenção dos juízes constitucionais, que não podem recusar o julgamento dos casos trazidos à sua apreciação.

Decerto que a contraposição de ideias é próprio das ciências e, designadamente, do Direito, porém, nesse espaço dialético é desejável para o seu aprimoramento que os operadores do Direito, nas suas intervenções críticas aos Tribunais Constitucionais, se pautem sempre em argumentos fundamentados, sem as banalizações que atrai holofotes, antes compreendendo a grandeza dessas Instituições na defesa dos postulados democráticos, na perspectiva dos limites que as Constituições lhes outorgam e dos desafios contemporâneos, sem perder de vista as palavras de Maria Fernanda Palma, para quem "o juiz constitucional é, no fundo, a 'boca que pronuncia', no caso concreto, as palavras da Constituição. Por isso não é um legislador obstáculo".[56]

5. BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Trad. para o espanhol de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Polyticos y Constitucionales, 2002.

ALEXY, Robert. *El Concepto y Validez del Derecho*. Trad. para o espanhol de Jorge M. Seña. Barcelona: Gedisa, 1994.

AMARAL, Maria Lúcia. *As decisões intermédias na jurisprudência constitucional portuguesa*. Disponível em: https://www.icjp.pt/sites/default/files/media/414-362.pdf. Acesso em: 22 set. 2020.

ARIGÓN, Mario Garmendia. *Derecho, Ley, Constituición; Del Juez "Boca de la Ley" al Juez "Hermeneuta"*. Biblioteca Digital do Tribunal Regional da 3ª. Região. Belo Horizonte, 2018. Disponível em: https://as1.trt3.jus.br/bd-trt3/bitstream/handle/11103/42482/Revista%20TRT-3-98-45-58.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 13 set. 2020.

56. PALMA, Maria Fernanda. *Op. cit.*

ÁVILA, Ana Paula Oliveira. *Técnicas de Decisão na Jurisdição Constitucional e Garantia de Direitos Fundamentais das Minorias pelo STF*. Revista Novos Estudos Jurídicos – Eletrônica, Vol. 20 – N. 2 – mai-ago 2015. p. 595/627. Disponível em: https://siaiap32.univali.br//seer/index.php/nej/article/view/7884 . Acesso em: 22 set. 2020.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 6ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 18ª. ed. São Paulo: 2006.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CALSAMIGLIA, Albert. *Postpositivismo*. Doxa. Cuadernos de Filosofia del derecho. Nº 21, 1998, p. 211-215. Disponível em: http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcbk215. Acesso em: 24 out. 2020.

CASARA, Rubens R. R. *Estado Pós-Democrático. Neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis*. 3ª. edição. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2018, p. 29.

COMANDUCCI, Paolo. Modelos e Interpretación de la Constitución. In: *Teoria del Neoconstitucionalismo. Ensayos Escogidos.* Miguel Carbonell (coord.). Madrid: Editorial Trotta, 2007.

DIAS, Gabriel Nogueira. "*Legislador negativo" na obra de Kans Kelsen: origem, fundamento e limitações à luz da própria* ***Reine Rechtsiehre****.* Disponível em: https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/6238 . Acesso em: 15 set. 2020.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. 9ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p.50-56.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ENGISH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. Trad. J. Baptista Machado. 6ª. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988.

GLISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. Trad. A. M. Hespanha; L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1979.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1991.

JÚNIOR, Dirley da Cunha. *Curso de Direito Constitucional.* Salvador: Edições Juspodivm, 2007.

JÚNIOR, Gabriel. *Sentenças Interpretativas e Aditivas: (In) Aplicabilidade no Âmbito do Direito Tributário.* Revista dos Tribunais, vol. 975, 2017. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divul-gacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RTrib_n.975.16.PDF . Acesso em: 22 set. 2020.

KELSEN, Hans, *Teoria Pura do Direito*. 6ª. ed. Trad. João Batista Machado. Coimbra: Armênio Amado Editora. 1984.

KELSEN, Hans. *A Garantia Jurisdicional da Constituição (A Justiça Constitucional*). Revista de Direito Público nº 1, jul/ago/set/2003. Lisboa. Disponível em: https://www.studocu.com/pt/document/universidade-de-lisboa/direito-constitucional-i/outro/hans-kelsen . Acesso em: 15 set. 2020.

MARTINS, Ricardo Marcondes. *Neoconstitucionalismo*. São Paulo: Enciclopédia Jurídica da PUC/SP, 2017. Disponível em: https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/134/edicao-1/neoconstitucionalismo . Acesso em: 16 set. 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional*. 3ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MIRANDA, Jorge. *Fiscalização da Constituição.* Coimbra: Almedina, 2017.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Barão de – *O Espírito das Leis.* Trad. Cristina Muracho. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MORAIS, Carlos Blanco de. *Sobre o conteúdo possível das sentenças aditivas constitucionalmente obrigatórias.* Instituto de Ciências Jurídico-Político da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2009, p.2. Disponível em: http://www.icjp.pt/content/sobre-o-conteudo-possivel-das-sentencas-aditivas-constitucionalmente-obrigatorias. Acesso em: 22 set. 2020.

NOVAIS. Jorge Reis. *Em Defesa do Tribunal Constitucional – Resposta aos Críticos*. Coimbra: Almedina, 2016.

NOVELINO, Marcelo. *Curso de Direito Constitucional*. 14ª. ed. Salvador: Editora Jusoodivm, 2020.

PALMA, Maria Fernanda. *O legislador Negativo e o Intérprete da Constituição*. Anuário Iberoamericano de Justicia Constitucional. Nº 12, Madrid (2008). Disponível em: http://docplayer.com.br/20444199-O-legislador-negativo-e-o-interprete.html. Acesso em: 13 set. 2020.

POZZOLO, Sussana. O Neoconstitucionalismo como último desafio do positivismo jurídico. In: DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLLO, Sussana. *Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico. As faces da Teoria do Direito em Tempos de Interpretação Moral da Constituição*. São Paulo: Landy Editora. 2010.

ROSÁRIO, Pedro Trovão do – *Tribunal Constitucional – ¿Un Legislador Negativo o Positivo?* Disponível em: http://hrevistas.uned.es/index.php/RDUNED/article/view/15284. 13 set. 2020.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

XI

O resgate da ideia de República como parâmetro de controle judicial em matérias tributária e financeira: valores republicano e democrático como propulsores da regra da (quase) unanimidade e do princípio do benefício de Wicksell

The rescue of the idea of republic as a parameter of judicial control in tax and financial matters Republican and democratic values as drivers of the (almost) unanimity rule and the Wicksell benefit principle

Thiago Buschinelli Sorrentino*

RESUMO: Este estudo sugere o emprego dos valores republicanos e democrático para justificar a inserção da regra da (quase) unanimidade e do princípio do benefício de Wicksell como parâmetros do controle jurisdicional da tributação e dos gastos públicos. Para tanto, ele descreve a insuficiência da estratégia semântico-analítica sectários (não obstante sua importância) para oferecer estabilidade num ambiente marcado pela busca

(*) Mestre em Direito Tributário pela PUC/SP. Doutorando em Ciências Jurídicas. Professor do IBMEC/BSB. Foi assessor de ministros do Supremo Tribunal Federal por mais de uma década.

pela maximização de interesses individuais e faccionais–, com a subsequente sugestão de sua complementação pela estratégia legitimadora. A ideia de legitimação é reconstruída a partir da formação de tipos para *República* e *Democracia* (*Contra--Democracia*), especialmente de modo centrado na avaliação individual acerca do custo de aquisição de bens ou de serviços públicos. Rejeita-se a atuação de membros da política, da burocracia e do Judiciário como vicários dos indivíduos, que seriam insubstituíveis nas respectivas avaliações e valorações. Por fim, acentua-se o caráter propositivo da inserção da regra da (quase) unanimidade e do princípio do benefício como parâmetros de controle (baseada em incentivos e desincentivos), em oposição a uma solução imanente, natural ou historicamente determinada.

PALAVRAS-CHAVE: tributação; gasto público; controle judicial; Escolha Pública; Republicanismo; Contra-Democracia;princípio do benefício; regra da (quase) unanimidade.

ABSTRACTY: This study suggests the use of republican and democratic values to justify the insertion of Wicksell´s (almost) unanimity rule and the benefit principle as parameters of jurisdictional control of taxation and public spending. To this end, it describes the insufficiency of the semantic-analytical strategy (notwithstanding its importance) to offer stability in an environment marked by the search for the maximization of individual and factional interests, with the subsequent suggestion of its complementation by the legitimizing strategy. The idea of legitimation is reconstructed from the concepts of Republic and Democracy (Counter-Democracy), especially centered on the individual´s assessment of the cost of acquiring public goods or services. It rejects the role of politicians, bureaucrats and judges as vicars of individual agency and choice, who would be irreplaceable in their respective evaluations and valuations. Finally, we emphasize the propositional character of the insertion of the (almost) unanimity rule and the principle of benefit as control parameters (based on incentives and disincentives), as opposed to an immanent solution, naturally or historically determined.

KEYWORDS: taxation; public expenditure; judicial review; public choice; republicanism; counter-democracy; benefit principle; (almost) unanimity rule.

SUMÁRIO: 1 – Introdução; 2 – Transcendência da usurpação do espaço público em matérias tributária e financeira; 3 – A mudança de paradigma: do modelo semântico ao modelo

legitimador; 4 – República e liberdade republicana; 5 – Legitimidade na perspectiva de Pierre Rosanvallon; 6 – República e contra-democracia como propulsores do princípio do benefício e da regra da (quase) unanimidade de Wicksell ao parâmetro de constitucionalidade; 7– Conclusão; 8– Referências bibliográficas

> *(...) sob certo aspecto, é mais fácil aos indivíduos levianos, e requer menor responsabilidade, descrever com palavras as coisas inexistentes do que as existentes, mas com o historiador respeitoso e consciencioso dá-se justamente o contrário: não há nada que fuja tanto à descrição por meio de palavras e que seja mais necessário apresentar aos homens do que certas coisas que não têm aparência real e cuja existência não se pode comprovar, mas que, justamente pelo fato de indivíduos respeitosos e conscienciosos as tratarem como coisas existentes, são levadas a dar mais um passo em direção do ser e da possibilidade de nascer.*
>
> **Herman Hesse**

1. INTRODUÇÃO

Este estudo sugere o emprego dos valores republicanos e democrático para justificar a inserção da regra da (quase) unanimidade e do princípio do benefício de Wicksell como parâmetros do controle jurisdicional da tributação e dos gastos públicos.

A sugestão pelo resgate dos valores republicanos e democráticos, bem como das ideias de Wicksell, parte da constatação acerca da erosão do tradicional modelo semântico-analítico de controle, em prol de modelos mais próximos das racionalidades procedimental e pragmática, vivenciadas nesta quadra espaçotemporal. De fato, a prática do discurso que busca dar aos textos jurídicos um sentido intencional (*purposive*) coerente com objetivos ou consequências econômicas está particularmente sujeita ao mau uso, de modo a reduzi-la a mero pretexto para legitimação *ex post facto* da tomada de decisões baseadas em interesses e preferências pessoais ou faccionais, na linha operacional descrita por STINCHCOMBE(1970).

Em sentido diverso, conjecturamos que a regra da (quase) unanimidade e o princípio do benefício oferecem parâmetros menos sujeitos à manipulação e à captura por minorias bem representadas politicamente, à medida que forem construídos em atenção às salvaguardas típicas da República e da Contra-Democracia.

Precursor de um trabalho de maior densidade vocacionado asuperar o papel meramente reprodutivo de parte das instituições de ensino[1] e de sua redução como *clearing houses* de capital simbólico, este texto aborda sucintamente as ideias angulares da usurpação do espaço público em matérias tributária e financeira, República, Democracia e Contra-Democracia, a regra da (quase) unanimidade e o princípio do benefício.

Por fim, o texto sintetiza as conjecturas iniciais que deverão ser confirmadas, infirmadas ou servirem de ponto de partida para novas veredas investigativas dentro do tema.

2. TRANSCENDÊNCIA DA USURPAÇÃO DO ESPAÇO PÚBLICO EM MATÉRIAS TRIBUTÁRIA E FINANCEIRA

O debate relacionado ao modo como o Estado obtém e despende recursos tende a ser marcado por dois tipos de discurso.

Fundado na escolha racional, os discursos modelados segundo as preferências individuais dos agentes têm por denominador comum o pressuposto de que o Estado sempre tentará maximizar utilidades que sejam favoráveis aos seus agentes, quer políticos, quer burocratas[2]. Nos campos da tributação e do gasto público, presume-se que o Estado sempre tentará a aumentar seus recursos, com o objetivo de custear o que quer que seja de interesse de seus membros num dado momento (remuneração, prestígio, tempo livre, reeleição, serviços).

1. (BOURDIEU, 2014)
2. (DUNLEAVY, 2016; NISKANEN, 1994)

Em complemento, um sujeito passivo tenderá a buscar a obtenção do maior retorno possível em bens e serviços públicos, com o menor pagamento forçado.

Em ambos os casos, a posição ideal para o político, para o burocrata e para o sujeito passivo é a obtenção de serviços e bens sem qualquer tipo de contraprestação (*free riding*).

Um ambiente marcado pelo **incentivo** à busca incondicional de benefícios inextensíveis à coletividade, em prol de certos indivíduos ou facções[3] é insustentável econômica e socialmente. Para debelar a tendência entrópica desse tipo de ambiente, devemos anotar que qualquer modelo proposto deve levar a sério os incentivos para evitar a corrida desenfreada pela ocupação ineficiente dos nichos do espaço público (*free for all*).

Já no discurso idealista, de apelo mítico, Estado e sujeito passivo apresentam-se como parágonos de justiça, conforme a crença do interlocutor. Ora o Estado é apresentado como entidade essencial à adequada distribuição dos recursos disponíveis, dado que todo direito tem um custo, ora ele é estigmatizado na figura do fisco voraz. De modo semelhante, o sujeito passivo entra no palco como a força motriz e criadora da inovação e da riqueza, ou como usurpador egoísta do espaço público, sempre pronto a transferir a terceiros sua cota-parte no custeio de bens e de serviços públicos.

A retórica do modelo mítico tem pouco poder de convencimento racional, porquanto é relativamente simples provar a falsidade de suas premissas. A experiência cotidiana confirma as preleções clássicas sobre a inevitabilidade do abuso de poder[4]. Percebe-se que o aumento dos campos de atuação do Estado se dá a título de uma alegada demanda pública quando, de fato, consiste na obtenção de vantagem por

3. (no sentido em que MADISON usa a palavra em Federalista 10 – HAMILTON et al., 2006, p. 51–58)

4. (DAHBERG, JOHN EMERICH EDWARD, 1887; MONTESQUIEU, 2000; HAMILTON et al., 2006, p. 125–129)

um único setor[5]. Quer pelo aumento do respectivo orçamento[6], quer pela concentração de capital simbólico e elitização[7], o espaço público tende a ser ocupado para fins pessoais. Conforme expôs Kołakowski[8], ninguém, o que inclui o Estado, pode prometer que as pessoas serão felizes. No melhor dos mundos possíveis, os conflitos inerentes serão tratados por meio de compromissos ou de soluções parciais[9].

Além desses modos agonistas de abordar as questões da tributação e do gasto público, há também a saída da catarse.

Bell narra a seguinte experiência de um professor na busca pela restituição de um tributo:

> Um professor de Minas Gerais contou sua experiência ao esperar uma década pelo reembolso de uma taxa que pagara para poder dar seu curso.
>
> Quando o dinheiro foi, finalmente, devolvido, o professor fez o grande gesto de doá-lo ao Estado.
>
> O funcionário encarregado de pagamento pedira-lhe que ficasse com o dinheiro que, com a inflação, se reduzira a uma ninharia, alegando que o processo significaria uma outra tramitação longa. Exemplos de demoras desta natureza nos processos governamentais podem multiplicar-se ao infinito[10].

A utilização do processo tributário como catarse aparentemente desafia a compreensão costumeira das relações tributárias e financeiras como discursos ideológicos faccionais ou como discursos fundados na maximização dos interesses pessoais.

5. (BUCHANAN et al., 1999b, p. 186–187)
6. (NISKANEN, 1994)
7. (DUNLEAVY, 2016)
8. (1990, p. 225–227)
9. (KOLAKOWSKI, 2005, 1.210)
10. (BELL, 1972, p. 85)

De fato, a tributação e o dispêndio de recursos públicos podem transcender interesses granulares, para participar da corporificação dos valores da sociedade.

Dados o potencial da tributação e dos gastos públicos para influenciar as liberdades individuais, bem como as positivações democrática e republicana como respectivos fundamentos de validade, deve-se buscar remédios mais eficientes em sistemas marcados pela baixa representatividade do indivíduo nos processos decisórios político-legislativos, nos quais o apelo às soluções analítico-semânticas (legalistas) é superado pelas soluções ideológicas e estratégico-pragmáticas (egoístas). Por conjectura, sugerir-se-á que a tomada de decisão judicial seja aferida e mensurada num modelo estratégico, no qual o parâmetro principal é a influência da decisão sobre os princípios do benefício e da (quase) unanimidade.

O Estado brasileiro promete uma série de prestações ativas e passivas aos seus súditos. Para cumpri-las, eles necessitam cada vez mais de recursos[11]. Kelsen observa que a liberdade do cidadão é assegurada por um Estado livre e soberano[12].

De fato, disse o *Justice* Holmes:

> Taxes are what we pay for civilized society[13]. (grifo nosso)

Porém, ao examinar a constitucionalidade de lei que permitia a **esterilização compulsória de mulheres** consideradas promíscuas, o mesmo *Justice* Holmes afirmou, *verbatim*:

> We have seen more than once that the public welfare may call upon the best citizens for their lives. It would be strange if it could not call upon those who already *sap the strength of the State* for these lesser sacrifices, of ten not felt to be such by those concerned, to prevent

11. (cf. HOLMES et al., 2011; MURPHY et al., 2005)

12. (KELSEN, 2013, p. 33)

13. (SUPREME COURT OF THE UNITED STATES, 1927)

> our beings *wamped with in competence. It is better for all the world, if instead of waiting to execute degenerate off spring for crime, or to let them starve for their imbecility, society can prevent those who are manifestly unfit from continuing their kind.* The principle that sustains compulsory vaccination is broad enough to cover cutting the Fallopian tubes[14]. (*grifos nossos*)

A legislação declarada constitucional vige ao menos até o momento em que esta pesquisa foi feita (2021).

Combater o custeio do aparato estatal destinado a esterilizar mulheres tidas por inconvenientes pode transcender o mero interesse monetário no não-pagamento de valor de tributo. Assim como há uma dimensão da desobediência civil que merece proteção do Judiciário, a recusa ao custeio do Estado como forma de participação política deveria contar com proteção jurisdicional.

De fato, deve-se a episódios de litígio tributário e financeiro algumas das vitórias mais significativas na formação da concepção moderna de Estado, como a *Magna Charta* de 1215, a Guerra da Independência Norte-Americana[15] e a Inconfidência Mineira. Ademais, citem-se como exemplo a ação que impulsionou os direitos de igualdade entre homens e mulheres quanto ao tratamento fiscal, patrocinada pela então advogada e futura *Justice da Corte Suprema dos Estados Unidos* Ruth Bader Ginsburg[16]; a ADI 3.300, na qual se buscava, aqui no Brasil, a derrocada das ações afirmativas pelo viés do reconhecimento de um suposto monopólio das instituições de ensino privadas à formatação da imunidade tributária; e a ADI 173, em que se reconheceu o direito constitucional de ir e vir para quem tivesse dívidas fiscais.

14. (SUPREME COURT OF THE UNITED STATES, 02/005/1927)

15. (KRAMER, 2004, p. 16–18)

16. (469 F.2d 466 – 10th Cir. 1972)

A ideia de que toda a tributação e gasto público dependeriam da prévia concordância dos interessados iniciou a transformação de súditos em cidadãos e faz parte dos conceitos mais universais de democracia e de república. De signo de submissão[17], o tributo passa a instrumento cooperação e de participação do indivíduo na vida política do Estado.

Conjuntamente à coerção e ao princípio do benefício, a representação popular democrática elenca-se como uma das principais fontes de legitimação do Poder de Tributar do Estado. Contudo, nos modelos atuais de democracia, nem sempre é trivial observar uma ligação muito forte entre o assentimento popular e a tributação, especialmente no campo da destinação do produto arrecadado e dos gastos públicos.

Tal como apresentado no caso norte-americano, pode-se conjecturar que nem todos os cidadãos desejem pagar por um Estado comprometido com a esterilização compulsória e eugenia de membros "indesejáveis" de seus estamentos sociais. Neste caso, quais instrumentos possuiriam esses dissidentes irreconciliáveis para não se submeterem às exações destinadas a custear tais atividades?

3. A MUDANÇA DE PARADIGMA: DO MODELO SEMÂNTICO AO MODELO LEGITIMADOR

No Brasil, os tributaristas são treinados a manipular a vacuidade e a ambiguidade dos textos jurídicos para identificar a incompatibilidade das normas jurídicas aos respectivos fundamentos de validade, quer a Constituição, quer a normas reconstruídas a partir de outros suportes qualificados. Toda a sua atenção volta-se ao custeio, até como meio de firmar historicamente a independência do Direito Tributário frente à Ciência das Finanças e ao Direito Financeiro. Somente em tempos recentes é que os juristas têm se debruçado sobre questões ligadas à destinação do produto arrecadado como pressuposto de validade

17. (e.g., MAOMÉ, 2017, p. 157)

da própria exação, em parte por pressão do uso da espécie tributária **contribuição** para fugir dos limites impostos pela Constituição.

A estratégia **semântica** ou **lógico-semântica** (Teoria Analítica) de abordagem das questões tributárias apresenta muitas vantagens[18], mas sua deficiência diante de ambiguidades e vacuidades **incentiva** a discricionariedade. Mais: é necessário ampliar o escopo do instrumental disponível, para entender como a tributação afeta a liberdade do indivíduo. Afinal, o pressuposto fundamental do Estado Fiscal é a representação popular política (democrática), resumida no grito de ordem *no tax ation with out representation*.

Diante de vacuidade e de ambiguidade do texto constitucional, como devo proceder?

A primeira ordem de problemas enfrentada se refere à motivação do julgador. Diante da vacuidade e da ambiguidade do texto jurídico, o juiz pode confirmar ou infirmar a cobrança instituída com base nas seguintes motivações possíveis:

Figura 1 – Modelos decisórios



18. (cf. CARVALHO, 2018)

A segunda ordem de problemas surge com o escopo da solução.

Suponha-se que um indivíduo possua postura irreconciliável com o custeio de aparato destinado a esterilizar compulsoriamente mulheres tidas por indignas. Diante desse cenário, teríamos as seguintes soluções possíveis:

a) Qualquer solução dever-se-ia dar do lado da prestação, com a modificação ou extinção das normas de esterilização, mediante o procedimento político adequado ("revogação");

b) Qualquer solução dever-se-ia dar do lado da prestação, com a modificação ou extinção das normas de esterilização, com a eventual declaração de sua incompatibilidade constitucional ("invalidação");

c) É juridicamente cabível solução do lado do custeio, com a exoneração do indivíduo ao dever de pagar o tributo, devido à **ilegitimidade** da prestação custeada.

É juridicamente cabível solução do lado do custeio, reconhecido um direito de Desobediência Civil estendido, nos moldes propostos por ARENDT (1972), devido à **ilegitimidade** da prestação custeada.

Neste esforço, perguntamo-nos se a **ilegitimidade** (política) é hipótese de **invalidade** da norma que institui o tributo.

A mesma questão pode ser aplicada a qualquer dúvida relativa ao (i) **desvio de finalidade** de valores arrecadados a título de tributo, (ii) aos **gastos tributários** (e.g., imunidade, isenção, créditos presumidos) e à própria (iii) **autorização orçamentária para gastos** (cf., e.g., ADI 4.048).

Conquanto imprescindível, para bem investigar o quadro é insuficiente examinar as questões ligadas ao controle de validade e à legitimidade republicano-democrática como fundamento desse controle. Faz-se necessário também examinar os **modelos decisórios** que orientam os julgadores, os incentivos que eles têm para a tomada

de decisões e os incentivos que suas preferências pessoas projetam uma vez que as escolhas ocorram.

Assim, esta pesquisa propõe utilizar as seguintes categorias como modelos: pragmático, procedimental, semântico e legítimo, sempre tendo em consideração o desiderato de vitória ou de segundo melhor resultado possível (modelo geral estratégico).

Devido à ambiguidade e à vacuidade inerentes a qualquer corpo de linguagem natural, o modelo analítico tem por limite a obtenção de n-soluções possíveis para cada problema. A impossibilidade de obter-se uma única solução verdadeira para cada problema abre margem à discricionariedade do Estado, tanto em sua atuação legislativa quanto especialmente jurisdicional.

Essa deficiência é potencializada pela relativamente recente adoção de modelos decisórios estratégicos por alguns agentes estatais. Esses agentes invocam ostensivamente a análise das consequências, dos incentivos e dos desincentivos das decisões para fundamentarem a tomada de decisões.

Porém, a invocação do modelo não implica sua utilização adequada, e não é impossível que a Análise Econômica do Direito, expressa apenas em rótulo, acabe por escamotear um modelo pragmático marcado pela tomada de decisões meramente segundo as preferências pessoais do julgador. Dada a devida licença pela adaptação da frase de Schmitt, sem o emprego cuidadoso da técnica, "quem fala em consequências (para justificar sua decisão), quer (tão-somente) enganar (convencer)".

Esse cenário projeta duas dimensões para a presente pesquisa. Inicialmente, há a oportunidade de contribuir para diminuição do défice cognitivo acerca da constante transição pendular entre modelos, especialmente os modelos analíticos (semântico-legalista e procedimentalista) e estratégicos (suas variantes pragmático e legítima).

Tabela 1 – Modelos de racionalidade

Modelo/ caract.	Pragmático	Procedimental	Legalidade (semântico-analítico)	Legitimação
Ponto focal	Arrecadação como uma finalidade virtuosa em si mesma	Processo legislativo	Textos legais (especialmente Constituição)	Objetivos do Estado
Método	Máxima efetividade da arrecadação	Análise da representatividade política de maioria e de minorias	Constructivismo lógico-semântico	Análise da eficiência da tributação para atingir objetivos previamente determinados
Virtudes	Nenhuma	Ênfase no Legislativo; diminui a noocracia judiciária	Confere proteção que as eleições livres, universais e periódicas não conseguem conferir	Distribuição da riqueza
Vícios	Confirma a captura do Estado pelos grupos hegemônicos	Poliarquia torna bastante difícil divisar equilíbrio político	Linguagem é sempre vaga e ambígua; nível de proteção pode ser insuficiente.	Pagamento de privilégios e de benefícios; incentivo à captura do Estado por grupos de interesse

Especialmente em matéria tributária, o movimento pendular poderia ser creditado hipoteticamente à utilização do Direito Tributário como instrumento de oposição durante o período ditatorial (1964-1985), no qual a aplicabilidade do modelo analítico deixava de conflitar diretamente com o componente político da tomada de decisão Estatal. Diferentemente, na quadra atual, em que a própria legitimidade democrático-republicana estatal pode ser questionada, há espaço para modelos procedimentalistas baseados em *Carolene-Products*ou estratégicos, baseados numa interpretação intencional (*purposive*).

Não menos importante, o estudo também pode contribuir para dar mais precisão ao uso do modelo estratégico no controle de validade do crédito tributário ou do gasto público, de modo a impedir que a AED se reduza a pretexto para justificar decisões motivadas verdadeiramente pela preferência pessoal do julgador.

4. REPÚBLICA E LIBERDADE REPUBLICANA

Aproveitaremos a ideia de república e de liberdade republicana de Phillip Pettit para construir os instrumentos de calibração da atividade estatal tributária e financeira. Um conceito chave para a construção do espaço de liberdade republicana é a dominação.

A ausência de dominação é inconfundível com a ideia de auto-maestria, na medida em que é possível estar infenso à maestria (dominação) por terceiros, sem que o indivíduo tenha alcançado a própria maestria[19].

Para conceituar a ausência de dominação (*non domination*), Pettit parte do exemplo posto pela relação entre senhores e escravos, caracterizando-a como arbitrária. Crê-se que PETTIT está a se referir às características idiossincrática, imotivada, desarrazoada, irracional ou desproporcional da conduta. Como a decisão intempestiva do Velho Marinheiro ao alvejar o Albatroz, "com um zunido de [seu] arco balestra".

A abordagem da conceituação é muito mais intuitiva do que definitória. De fato, Pettit utiliza muitos exemplos, como a dependência do assistido à mercê do burocrata (funcionário público) para obter um benefício estatal alimentar para os próprios filhos, ou como a hipótese de agressão doméstica sem a possibilidade de remediação jurídica. Não se trata de um problema formal de ausência normativa, mas de ausência de justificação substancial.

Nesse sentido, a simples existência de um sistema jurídico é insuficiente para assegurar a liberdade republicana. Faz-se necessário que esse sistema possua mecanismos que impeçam o exercício imotivado da força física ou simbólica.

Porém, isoladamente considerada, a presença de motivação também é insuficiente. Tem-se uma condicionante necessária, conquanto não suficiente.

19. (PETTIT, 1997)

Como mecanismos de salvaguarda capazes de descaracterizar a dominação, mesmo no caso de interferência, Pettit menciona dois. O primeiro mecanismo mencionado refere-se à interferência que é realizada no interesse do indivíduo. O próximo mecanismo é possibilidade de contestação ou de oposição à interferência pretendida[20].

O mecanismo fundado numa motivação substancial quanto ao interesse do indivíduo deve ser recebido com severas ressalvas. Em termos lógicos e de verossimilhança semântica, é plenamente possível justificar a dominação como particularmente benéfica e de interesse do próprio indivíduo. Observe-se o argumento de Aristóteles acerca da aplicação virtuosa (*arete*) de objetos e pessoas (*telos*), segundo a qual haveria pessoas nascidas e talhadas para a servidão, enquanto outras atenderiam ao molde de mestres e de senhores[21].

Afinal, mesmo em Utopia, há escravos[22].

Para conservar as condições de não-dominação, um espaço republicano deve expor com clareza **quem** e **em qual medida** é beneficiado pela tributação e pelos gastos públicos. Os indivíduos, isoladamente ou organizados, devem contar com instrumentos eficientes para conhecer e para questionar as escolhas políticas, cuja presunção de legitimidade por interesse público deve ser rejeitada.

5. LEGITIMIDADE NA PERSPECTIVA DE PIERRE ROSANVALLON

Lê-se no preâmbulo da Constituição dos Estados Unidos da América que referido Estado foi formado pelo Povo ("*Wethe People*"). Difere do modo verbal como os Estados brasileiro e português escolheram para atribuir a autoria das respectivas cartas constitucionais: "*[n]ós, representantes do povo brasileiro*" e "[a] *Assembleia Constituinte afirma*

20. (PETTIT, 1997, p. 43).

21. (FELTON, p. 41–45)

22. (MORE, 2004)

a decisão do povo português [...]". Trata-se, possivelmente, de lapsos de língua (*lapsus linguae*) que traem o modo vicário e paternalista como o corpo político de ambos os países enxergam a legitimação para agir em nome da população, tida por tutelada.

De todo o modo, a noção de legitimidade é cardinal para a compreensão da forma como o fundamento democrático do poder de tributar afeta a liberdade, e se há algum modo de realizar controle de validade sobre ele (*judicial review*).

EmYeats, o declínio da humanidade será marcado pela apatia de nossos melhores quadros, eclipsada pela intensidade passional de nossos piores semelhantes. Alguns observam essa apatia na arena política, com a evasão cada vez maior do indivíduo dos processos eleitorais, pontuada por manifestações de desgosto e de aversão ao político profissional. Porém, o desbaste da legitimidade proveniente das urnas deve ser lido conjuntamente ao aparecimento de novas formas de manifestação popular. Nesse contexto, haveria não a deserção, as a migração do povo para formas diferentes de fazer política[23].

Democracia projeta-se e fraciona-se em três dimensões, segundo Rosanvallon: democracia de expressão (i), democracia de envolvimento (ii) e democracia de intervenção (iii). A dimensão expressiva permite a articulação do discurso, de modo a que os indivíduos possam apresentar em uníssono, ou ao menos de modo coerente, suas

23. (ROSANVALLON, 2008, p. 19) "The number of people participating in strikes or demonstrations, signing petitions, and expressing collective solidarity in other ways suggests that the age is not one of political apathy and that the notion that people are increasingly withdrawing into the private sphere is not correct. It is better to say that citizenship has changed in nature rather than declined. There has been simultaneous diversification of the range, forms, and targets of political expression. As political parties eroded, various types of advocacy groups and associations developed. Major institutions of representation and bargaining saw their roles diminish as ad hoc organizations proliferated. Citizens now have many ways of expressing their grievances and complaints other than voting". Rosanvallon (2008, p. 19).

opiniões, desejos e anseios. Na dimensão de envolvimento, os indivíduos articulam-se para obter os resultados pretendidos, conforme as ações perpetradas no plano da intervenção[24].

É no período medieval do Séc. XIII que o consentimento político passa lentamente à forma pela qual seria reconhecido na modernidade, a partir publicização da fórmula privatista do *Corpus Iuris Civilis*: *quod omnes tangit ab omnibus approbiter* (ou *Quod omnes tangit, omnibus tractari et approba ridebet*– trad. livre: *tudo aquilo que afeta a todos deve ser aprovado por todos*)[25].

Nem sempre a ampliação dos sujeitos e dos processos comunicacionais é empiricamente possível[26]. Por exemplo, há pessoas mais preocupadas em não serem incomodadas, na acepção de liberdade negativa de Berlin.

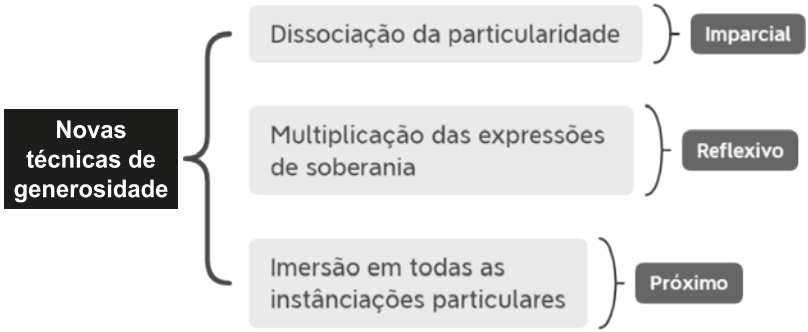
Para compensar o enfraquecimento da legitimidade eleitoral e da legitimidade burocrática, Rosanvallon sugere a construção de novos apoios para a democracia. Esses novos apoios decorrem de três modelos diferentes de legitimação: a legitimação pela imparcialidade (**imparcial**), a legitimação por reflexo (**reflexiva**) e a legitimação por proximidade (**proximal**). Nenhuma dessas novas formas de legitimação pressupõe a unção pela urna. Dessa forma, cortes constitucionais e agências regulatórias independentes podem assumir papel na sustentação democrática:

24. (ROSANVALLON, 2008, p. 20)

25. (ROSANVALLON, 2008, p. 125; POST, 1950, p. 66; GREENBERG et al., 2013, 1.039)

26. (LUHMANN, 1996)

Figura 2 – Novas técnicas de generalidade de Rosanvallon



Numa posição que parece convergir com o princípio do benefício de Wicksell (bem como da ideia da (quase) unanimidade), Rosanvallon também fala na legitimação por eficiência, que toma os indivíduos como usuários de serviços públicos[27].

Cônscio das falácias projetadas pela democracia eleitoral puramente representativa, Rosanvallon propõe ampliar as instanciações do controle de legitimidade. Para complementar o sistema, a abordagem reflexiva aumenta o número de instituições credenciadas a realizar o controle de legitimidade, liberadas do confinamento imposto pelos períodos eleitorais[28]. Em tese, a multiplicação dos órgãos decisórios desconcentra o poder e coloca limites ao exercício individual[29].

27. (2011, p. 174)

28. (2011, p. 123) "What is reflexive democracy? It is democracy's attempt to correct and compensate for these three flawed assumptions. This gives rise to what I will call a generality of multiplication. In contrast to negative generality, which, as we have seen, depends on creating a new position from which the demand for unanimity can be satisfied, here the method is to multiply various more limited approaches so as to achieve a relatively comprehensive vision of the whole. The strategy is one of pluralization rather than detachment and has two components: adding complexity to democratic forms and subjects on the one hand and regulating the mechanisms of the majoritarian system on the other." Rosanvallon (2011, p. 123).

29. (2011, p. 129)

Diz-se *em tese*, pois é teoricamente possível que diversos órgãos fracionários de controle atuem em conluio para legitimarem reciprocamente as próprias decisões, independentemente de seus conteúdos. Essa patologia deve ser levada em consideração no desenho do sistema de freios e de contrapesos (*checksand balances*) de um sistema.

Na perspectiva reflexa (democracia reflexiva), as cortes constitucionais e o controle de validade (*judicial review*) assumem protagonismo. A democracia já não se exaure no voto periódico. Compete à corte constitucional dar voz ao *Povo como princípio*, com base nas normas constitucionais. De modo semelhante, cabe-lhe a integração das minorias insulares (grupos mal representados politicamente) na comunicação democrática. O risco de abuso governamental e das legislaturas é contrabalanceado pelo texto constitucional, que é uma programação de longo prazo (em oposição às eleições e à atuação de terceiros, como as agências reguladoras). A teoria democrática serve de antídoto aos rompantes populistas das maiorias de ocasião, lastreadas tão-somente nos resultados das urnas (2011, p. 149)[30].

Outra sugestão para ampliar a representação reflexiva é o resgate do papel acadêmico, apesar do histórico de deficiências. Os acadêmicos teriam um papel de custódios do futuro, de forma a assegurar os interesses de grupo sem representação atual. Não obstante, há de se acautelar contra os riscos da reprodução acadêmica[31] tendentes à usurpação do instrumental acadêmico por grupos bem representados politicamente. Rosanvallon parece ter ciência desses riscos, ao apontar que as instituições de controle lateral devem ser compostas tanto por especialistas como por membros leigos da população, e que mesmo os especialistas não devem ficar confinados aos respectivos ramos de conhecimento.

30. (ROSANVALLON, 2011, p. 149) "For example, democratic theory is essential for preventing governments from arrogantly wrapping themselves in the folds of electoral legitimacy alone."Rosanvallon (2011, p. 149).

31. (BOURDIEU, 2014).

Curiosamente, uma das propostas de Rosanvallon encontra eco na legislação brasileira. Referido autor argumenta que os agentes públicos "*deveriam ser obrigados a antecipar as consequências futuras econômicas, sociais, ambientais e geopolíticas das respectivas decisões*"[32]. Esse dever está espelhado no art. 20 da LINDB[33].

Rosanvallon acentua que coube a Benjamin Constant a identificação de duas formas diversas de desconfiança: (i) antiga, baseada no repúdio à imposição arbitrária, e (ii) moderna, fundada no risco de abuso promovido por regimes supostamente lastreados na vontade popular[34]. Em relação à segunda forma, também chamada de desconfiança democrática, sugere uma série de salvaguardas agrupadas no que convencionou chamada de "contra-democracia". Tais salvaguardas incluem instrumentos de supervisão, prevenção e testes aplicados às tomadas de decisão governamental.

A soberania negativa permite à sociedade bloquear certas ações estatais. Esse bloqueio é visível e palpável, muito mais do que a simples tentativa de impor uma adstrição absoluta ("mandato imperativo" ou "cogente") ou mesmo de induzir a adoção de alguma política específica[35]. A população pode utilizar instrumentos como as manifestações simbólicas, de rua e na mídia.

A judicialização da política é uma função direta da perda da representatividade e reflexividade governamental[36], marcada pelo aumento do desejo por responsabilização (*accountability*).

---

32. (trad. livre – ROSANVALLON, 2011, p. 150)

33. "Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas."

34. (ROSANVALLON, 2008, p. 21)

35. (ROSANVALLON, 2008, p. 28)

36. (ROSANVALLON, 2008, p. 16)

Figura 2 – Instrumentos de contra-democracia de Rosanvallon



Partindo-se da perspectiva reflexiva, o Judiciário tem uma função importante a cumprir; porém, o juiz não pode substituir o indivíduo. O juiz não é tutor, nem curador do cidadão. Nada há na realidade que possa sugerir ser o membro do Poder Judiciário uma pessoa mais bem equipada para decidir em nome do sujeito. A peculiar compreensão do membro do judiciário é irrelevante, pois a ele compete garantir o benefício **segundo a percepção do próprio beneficiário.**

Eis o ponto de extensão da reflexividade pelo princípio do benefício: quem deve valorar se a utilidade aferível com a aquisição de um bem público é compatível com o respectivo custo de aquisição é a pessoa, não o membro de Poder.

Assim, as instituições devem refletir os interesses dos indivíduos e não os interesses que elas tenham por mais adequados aos indivíduos.

6. REPÚBLICA E CONTRA-DEMOCRACIA COMO PROPULSORES DO PRINCÍPIO DO BENEFÍCIO E DA REGRA DA (QUASE) UNANIMIDADE DE WICKSELL AO PARÂMETRO DE CONSTITUCIONALIDADE

Com o desgaste dos instrumentos democráticos tradicionais representados pela eleição e pela burocracia, surge o incentivo para o desenvolvimento de calibração patrocinado pelo Judiciário, conhecido como racionalidade ou modelo procedimental.

Historicamente, o modelo procedimental não inaugurou a demarcação do Judiciário como uma entidade capaz de impor limitação ao poder de outros centros estatais. Essa honra cabe à prática inglesa do *habeas corpus*[37]. Não obstante, o apelo à disfuncionalidade dos processos de representação democrática é um dos mecanismos atualmente utilizados para justificar a tomada de decisões concretas quanto aos resultados.

De acordo com o modelo procedimental, por padrão, o Judiciário deve deferência ao Legislativo, pois os juízes não são mais bem equipados para refletir os valores de uma sociedade do que representantes eleitos. Especialmente uma Suprema Corte só deve agir se houver desequilíbrio no sistema de representação[38], para corrigir o próprio sistema ou para reverberar os interesses minoritários[39].

Ely propõe dois critérios alternativos para reconhecimento do mau funcionamento do sistema, que são a incapacidade do sistema para promover mudanças na representação, numa espécie de "entropia", bem como a perseguição sistemática e arbitrária de minorias[40].

37. (HALLIDAY, 2010)

38. (ELY, 2002, p. 102)

39. (FISS, 1976, p. 153) "For the judiciary could be viewed as amplifying the voice of the powerless minority; the judiciary is attempting to rectify the injustice of the political proccess as a method of adjusting competing claims." Fiss (1976, p. 153).

40. (ELY, 2002, p. 103)

Ocorre que, conforme exposto por Dahl, a experiência política é composta pela constante formação e decomposição de maiorias e de minorias[41], de modo a superar a trivialidade da identificação desses grupos insulares. Ademais, é plenamente possível que minorias bem-organizadas politicamente apoderem-se de serviços e de bens estatais em detrimento da maioria formada por todo o resto da sociedade.

O modelo procedimental tem dificuldade em identificar essa usurpação do espaço público por minorias bem representadas ou o mal causado às minorias não tradicionais como desvios capazes de romper com o sistema de representação.

O modelo de legitimação tenta corrigir essas deficiências ao partir da constatação de que o sistema de representação política é inerentemente agonista. De fato, a busca por vantagens pessoais ou sectárias não é uma anomalia, mas é a regra se tomarmos a orientação racional como critério determinante da conduta humana.

É nesse ponto que as ideias de Wicksell podem ser úteis. Com a regra da (quase) unanimidade e o princípio do benefício[42], assumimos que a medida para reconhecer a legitimidade de um gasto público ou a cobrança de um tributo está no próprio indivíduo. Como agente racional, o indivíduo aquiesceria ao dispêndio e ao respectivo custeio de algo cujo custo de aquisição fosse-lhe igual ou menor do que a respectiva utilidade.

Visões antagônicas da regra da (quase) unanimidade e do princípio do benefício discutem se eles se tratam de um ponto de chegada ou de um ponto de partida, como advogam Musgrave e Buchanan, respectivamente[43]. Do ponto de vista dogmático-normativo, a ideia básica de que o Estado somente pode exigir e dispender algo em prol do indivíduo, cujo custo de aquisição seja igual ou menor do

41. (DAHL, 2015)

42. (WICKSELL, 1967)

43. (BUCHANAN et al., 1999a)

que a respectiva utilidade impõe ao Estado um dever mais robusto de fundamentação.

Com esse dever, o Estado somente poderá cobrar um tributo se conseguir demonstrar como ele irá reverter-se efetivamente em favor do indivíduo. A mesma racionalidade é aplicável ao dispêndio. Ademais, o Estado tem o ônus majorado de expor como a tributação e o dispêndio incentivam ou desincentivam condutas relevantes para os indivíduos.

Por exemplo, tome-se a concessão de um benefício fiscal. Benefícios fiscais são gastos tributários, porquanto a respectiva concessão reduz a capacidade de arrecadação do ente. Na perspectiva republicana-democrática, informada pelas ideias da regra da (quase) unanimidade e do princípio do benefício, o benefício fiscal somente poderia ser concedido se o Estado demonstrar para além de qualquer dúvida razoável que o indivíduo pagaria pela utilidade perseguida.

No caso de um benefício a um dado setor industrial, o Estado teria por dever demonstrar como a utilidade reduziria preços, introduziria novos produtos e melhorias, ampliaria a oferta a grupos até então excluídos etc. Sem essa demonstração, o benefício seria inconstitucional, por violação do princípio republicano.

7. CONCLUSÕES

A devolução do indivíduo à centralidade pode auxiliar a combater a tendência de ampliação da tributação e de usurpação dos gastos públicos em favor de preferências individuais de indivíduos e de facções bem representadas politicamente, em função de seu efeito catártico.

Apesar de suas virtudes, o modelo semântico-analítico de aferição do acerto ou do desacerto de uma tomada de posição política ou jurisdicional é incapaz de descrever com fidedignidade o processo decisório em ambos os teatros político e político-jurisdicional, na medida em que essa estratégia deixa de levar em consideração que os agentes atuam para maximizar as preferências pessoas e de suas

facções (inclusive os membros do Judiciário, que ostensivamente atuam a pretexto de interpretar os textos legais).

Tal como um Sistema Educacional descrito por Bordieu, não só o Legislativo, mas também o Judiciário, podem agir para reproduzir uma dada disposição de partilha e de manutenção de capital simbólico.

Nessa linha, o Judiciário reduzir-se-ia a instrumento de legitimação aparente de arranjos reciprocamente vantajosos às facções relevantes em cada âmbito (Legislativo e Judiciário), por ritualisticamente confirmá-las *ex post facto* (semelhante à operacionalização descrita por Stichcombe).

Conjectura-se que, para solução da insuficiência do modelo semântico-analítico, pode-se utilizar a ideia de um modelo por legitimação, em que a ação dos agentes políticos e políticos-jurisdicionais é medida em função dos benefícios projetados a partir de suas decisões, bem como a respectiva aderência à regra da (quase) unanimidade.

Nesse contexto, o papel ideal de um político ou de um juiz não é substituir a vontade do indivíduo (postura vicária ou paternalista – *o que eu acho melhor*), mas compete-lhe simplesmente reproduzir a vontade da razão de ser da democracia (*o que o indivíduo acha melhor para si*).

A colocação do indivíduo como centro de emanação do parâmetro de controle, com o auxílio da ideia do benefício, isto é, de que a pessoa avalia o valor de um serviço público do mesmo modo que avaliaria a aquisição de um serviço ou de um bem privado, tem por virtude incentivar o intérprete a afastar a idiossincrasia do representante em favor da peculiar visão do sujeito.

A estratégia de parametrização com base na legitimidade não decorre instintivamente do sistema, fundado na tendência de maximização de interesses pessoais que ele é; ela é uma proposta para criar incentivos contrários à usurpação do espaço público (nesse sentido, poderia ser descrito como *antinatural*).

No campo da tributação e do dispêndio público, esse mecanismo antinatural sugere que cada ação deve ser mensurada para revelar quantitativa e qualitativamente quais e em qual medida indivíduos e facções madisonianas estão adquirindo bens e serviços públicos por valores iguais ou inferiores à utilidade a eles atribuída.

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARENDT, Hannah – *Crises of the Republic: Lying in politics ; Civil disobedience ; Onviolence ; Thoughtson politic sand revolution. New York, NY: Open Road Integrated Media, Inc.*; Mariner Books, 1972. 1 online resource. (Harvest book). 978-0-547-70515-6.

BELL, Peter D. – *Brasil. In HONEY, John C. – Estratégia para o Desenvolvimento da América Latina*. Rio de Janeiro: Librador, 1972. 20 p. p. 83–102.

BOURDIEU, Pierre – *A reprodução: Elementos para uma teoria do sistema de ensino. Petrópolis*: Editora Vozes, 2014. 275 p. (Coleção Textos Fundantes de Educação). 978-8532636515.

BUCHANAN, James M.; MUSGRAVE, Richard A. – *Public finance and public choice: Two contrast in visions of the state*. Cambridge, Mass: MIT Press, 1999a. vii, 272 p. 978-0262024624.

BUCHANAN, James M.; TULLOCK, Gordon – *The Calculus of Consent: Logical-Foundations of Constitutional Democracy – Portable Library of Liberty* [Em linha]. Indianapolis: Liberty Fund, 1999b. [Consult. 2019-07-02]. 270 p. (The Collected Works of James M. Buchanan; vol. 3). Disponível em WWW: <URL:http://files.libertyfund.org/files/1063/Buchanan_0102-03_EBk_v6.0.pdf>.

CARVALHO, Paulo de Barros – *Direito tributário: Linguagem e método*. 7th ed. São Paulo: Noeses, 2018. xlv, 1017 p. 9788583101048.

DAHBERG, JOHN EMERICH EDWARD – *Acton-Creighton Correspondence [1887] [Em linha]. Indianapolis: Liberty Fund, 1887*. [Consult. 2019-07-18]. Disponível em WWW: <URL:https://oll.libertyfund.org/titles/2254#Acton_PowerCorrupts1524_3>.

DAHL, Robert A. – *Poliarquia: Participação e oposição*. 1st ed. São Paulo: EdUSP, 2015. 235p. (Clássicos; vol. 9). 978-8531404092.

DUNLEAVY, Patrick – *Democracy, Bureaucracy and Public Choice: Economic Approaches in Political Science*. 1st ed. Londres: Routledge, 2016.

ELY, John Hart. – *Democracy and distrust: A theory of judicial review*. 14th ed. Cambridge: Harvard University Press, 2002. 268 p. 0674196376.

FELTON, C. C. – *Greece, Ancient and Modern.: Lectures Delivered before the Lowell Institute*. Boston: J.R. Osgoodand Co.

FISS, Owen – *Group sand the Equal Protection Clause. Philosophy&Public Affairs*[Em linha]. 5:2 (1976) 107–177. [Consult. 2021-07-19]. Disponível em WWW: <URL:https://www.jstor.org/stable/2264871>.

GREENBERG, Janelle; SECHLER, Michael – *Constitutionalism Ancient and Early Modern: The Contributions of Roman Law, Canon Law, and English Common Law*. Cardozo Law Review. 2013:34 (2013) 1021–1048.

HALLIDAY, Paul D. – *Habeas corpus: From England to empire*. Cambridge Mass.: Belknap Press of Harvard University Press, 2010. ix, 502. 9780674049017.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John – *The federalist*. New York: Barnes & Noble Books, 2006. 510 p. 9781593082826.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. – *El costo de los derechos: Por qué la libertad depende de los impuestos*. Buenos Aires: SigloVentiuno Editores, 2011. 262 p. (Derecho y política). 9789876291545.

KELSEN, Hans – *The Essenceand Value of Democracy*. New York: ROWMAN & LITTLEFIELD PUBLISHERS, INC., 2013.

KOLAKOWSKI, Leszek – *Main currents of Marxism*. New York: W. W. Norton &Company, 2005.

_____ – *Modernity on endless trial*. Chicago: University of Chicago Press, 1990. vii, 261 p. 0226450457.

XII

Princípio da seletividade aplicável ao ICMS sobre energia elétrica e telecomunicações

Principle of selectivity applicable to ICMS on electricity and telecommunications

Adriano Luiz Batista Messias*

Resumo: O direito positivo consiste em um conjunto de normas jurídicas válidas dentro de determinados âmbitos de tempo e espaço, que tem como objetivo regular as condutas intersubjetivas. Para tanto, utiliza a linguagem prescritiva modalizando os comportamentos em proibidos, permitidos ou obrigatórios, cuja interpretação sistemática demanda análise do conjunto de preferências valorativas sintaticamente postas como princípios no ordenamento. Neste contexto, o presente trabalho visa elucidar a questão sobre a aplicabilidade do princípio da seletividade ao ICMS sobre as específicas materialidades de fornecimento de energia elétrica e prestação de serviços de telecomunicações, considerando sua essencialidade prevista constitucionalmente. O presente artigo se mostra atual e indispensável para compreensão de aplicabilidade do primado

(*) Doutorando e Mestre em Direito Tributário PUC/SP. Especialista em Direito Tributário pela COGEAE-PUC/SP. Professor de Especialização em Direito Tributário da COGEAE-PUC/SP. Professor assistente do mestrado e orientador de monografias da PUC/SP e do IBET – Instituto Brasileiro de Estudos Tributários. Membro do Grupo de Estudos do Professor Paulo de Barros Carvalho e do IBET Florianópolis, SC. Advogado. Sócio do Escritório Martins Paes & Messias Advogados. adriano.messias1@hotmail.com

da seletividade e seus efeitos em relação ao ICMS. Utiliza, para tanto, os métodosempírico-dialético e hermenêutico-analítico, através de pesquisa bibliográfica baseada em obras correlatas, legislações e doutrinas especializadas, além de demonstrar o atual panorama jurisprudencial acerca do tema.

PALAVRAS-CHAVE: ICMS. Princípio da Seletividade. Essencialidade das mercadorias e dos serviços.

ABSTRACT: Positive law consists of a set of legal norms valid within certain scopes of time and space, which aim to regulate intersubjective conduct. Therefore, it uses prescriptive language, modalizing behaviors into prohibited, permitted or mandatory, whose systematic interpretation demands analysis of the set of evaluative preferences syntactically placed as principles in the order. In this context, the present work aims to elucidate the question about the applicability of the principle of selectivity to ICMS on the specific materialities of electricity supply and provision of telecommunications services, considering its constitutionally foreseen essentiality. This article is current and indispensable for understanding the applicability of the primacy of selectivity and its effects in relation to ICMS. It uses, for that, the empirical-dialectical and hermeneutic-analytical methods, through bibliographical research based on related works, legislation and specialized doctrines, besides demonstrating the current jurisprudential panorama about the subject.

KEYWORDS: ICMS. Principle of Selectivity. Essentiality of goods and services.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Direito positivo como regulador de condutas intersubjetivas. 3. Princípios como normas válidas no sistema do direito positivo. 4. Incursões lógicas acerca do princípio da seletividade aplicável ao ICMS. 5. Relação entre o princípio da seletividade em função da essencialidade presente no ICMS e os princípios da isonomia e da capacidade contributiva. 6. Panorama do tema no Supremo Tribunal Federal. 7. Proposições conclusivas. 8. Referências

1. INTRODUÇÃO

O princípio da seletividade tem por finalidade estabelecer distinções na tributação, imputando diferentes ônus tributários a partir de determinados parâmetros previamente eleitos. É na Constituição

Federal que encontramos os critérios a serem utilizados para concretização da seletividade, mediante prescrições objetivamente postas, ou no cotejo do confronto com objetivos ou parâmetros indicados.

Considerando a outorga constitucional de competência, o ICMS trata-se de imposto incidente sobre operações de circulação de mercadorias, prestação de serviços de transporte intermunicipal e interestadual, e de serviços de comunicação.Trata-se, portanto, de tributo incidente sobre o consumo. Assim, na venda de energia elétrica – considerada mercadoria – e na prestação de serviços de telecomunicações, há a incidência de ICMS.

Não obstante, em relação ao ICMS, o Supremo Tribunal Federal iniciou julgamento acerca da aplicabilidade do primado da seletividade em relação às específicas materialidades de incidência sobre energia elétrica e telecomunicações. Trata-se doTema 745, com repercussão geral reconhecida pelo Plenário Virtual da Corte, tendo como *leading case* o RE 714.139, de relatoria do Ministro Marco Aurélio.

Nos termos do artigo 155, § 2º, III, da Constituição Federal, o ICMS "poderá ser seletivo, em função da essencialidade das mercadorias e dos serviços". Diferentemente, no caso do IPI, a Constituição Federal determina que "será seletivo, em função da essencialidade do produto" (art. 153, § 3º, I).Em que pese a proposta de modulação de efeitos para aplicabilidade da decisão, certo é que se encontra em jogo a constitucionalidade de normas de incidência do ICMS com majoração de alíquotas à prestação de serviços de telecomunicações e ao fornecimento de energia elétrica, que são considerados serviços e bens essenciais.

Neste aspecto, há de se considerar se os termos constantes dos dispositivos constitucionais, ao atribuírem poder de tributar aos Estados e Distrito Federal, exprimem também uma relação de dever. Assim, através de pesquisa bibliográfica baseada em obras correlatas, legislações e doutrinas especializadas, o presente artigo utiliza as premissas dos métodos empírico-dialético e hermenêutico-analítico para adjudicar a característica normativa aos princípios no direito

positivo, destacando as propriedades lógicas aplicáveis ao primado da seletividade em relação ao ICMS, esua relação com os princípios da isonomia e da capacidade contributiva.

Considerações desse jaez permitirão afirmar qual modal deôntico se enquadra a prescrição normativa que prevê a aplicação do princípio da seletividade em relação ao ICMS e, ainda, tecer críticas em relação ao posicionamento jurisprudencial acerca do tema.

2. DIREITO POSITIVO COMO REGULADOR DE CONDUTAS INTERSUBJETIVAS

O direito busca igualdade, segurança e justiça, envolvido com a história e suas tormentas. Segundo Lourival Vilanova[1], "o Direito é, essencialmente, um esforço humano no sentido de realizar o valor justiça. Essa dimensão ideal existe na norma jurídica. Pois, a norma não se reduz a uma mera forma de relacionar atos, com total indiferença para o valor. Se a norma é dever-ser, é dever-ser de algo".

O direito positivo é conjunto de normas que regem a vida do indivíduo e de determinada sociedade, dentro de um espaço temporal de vigência e em determinada territorialidade, através da expressão de juízo axiológico dos comportamentos prescritos. Tem sua estrutura de linguagem correspondente à Lógica Deôntica, ou do dever-ser, cujas proposições serão válidas ou não válidas.

A Ciência do Direito, por sua vez, guarda relação com o entendimento sistematizado, objeto de estudo científico do Direito, distinguindo-lhe de atribuições morais, aplicando-se a Lógica Apofântica, em que as proposições formuladas pelo jurista terão valores de verdade e falsidade. Suas linguagens, portanto, são distintas. O direito positivo consiste num postulado material que visa, justamente, na atribuição de dado valorativo a determinado comportamento social. Já a Ciência do Direito busca enunciados que visam o conhecimento

1. VILANOVA, 1947, pp. 85-86

do objeto, vindos da própria matéria, desprovida da influência de valores e da moral no direito, afastando-se (mas não totalmente) dos elementos do subjetivismo e do relativismo. Ambos pertencem à categoria dos sistemas sociais, cujo elemento comunicacional os integra.

O direito positivo constitui nível de linguagem distinta da linguagem da Ciência do Direito, encontrando-se em lugar autônomo desta. Assim, a linguagem do direito positivo, por si só, não tem o condão de modificar a realidade social, bem como a linguagem da Ciência do Direito não pode alterar o direito positivo.

O direito posto, um contínuo de normas, possui heterogeneidade de conteúdo voltado à pretensão de regular as condutas intersubjetivas no contexto social.No campo em que se irradia a regulação da conduta humana, através de comandos normativos, a liberdade é um pressuposto ontológico, cujo exercício tem limites.

As normas jurídicas formam um sistema, relacionando-se por meio de um princípio unificador através da linguagem prescritiva, pertencente à região ôntica dos objetos culturais, ou seja, possui determinada valoração sobre os bens naturais trazidos ao homem. Pelo fato das normas do sistema do direito encontrarem-se postas em uma estrutura hierarquizada, fundamentada ou derivada que opera tanto no aspecto material quanto no formal ou processual, imprimindo-lhe possibilidade dinâmica, auto regulatória de sua criação e transformações, o sistema empírico do direito é unitário e homogêneo[2].

O direito, portanto, procede da consciência humana e realiza os valores que emergem do social buscando formalização e efetividade, podendo ser classificado como um produto cultural e social. Contudo, o fenômeno jurídico não se reduz a puro instrumento normativo, pois do fato social projetam-se interesses, carências e aspirações a suscitar a regulação. Portanto, sendo o direito dever-ser, refere-se, necessariamente, a algo, razão pela qual não pode ser totalmente desvinculado da concretude das condutas intersubjetivas.

2. (MESSIAS, 2020, p. 169)

A regulação dos comportamentos humanos se dá com a inserção de normas jurídicas no sistema por autoridade competente. A atribuição de poder, através do exercício de competência constitucional, impõe correlato dever à pessoa política, pois "em todo poder se encerra um dever: o dever de não exercitar o poder, senão dadas as condições, que legitimem o seu uso, mas não deixar de o exercer, nas condições que o exijam"[3].

Neste contexto, as normas jurídicas definidoras da competência tributária, sintaticamente postas na Constituição Federal, não descrevem como o poder de tributar *é* ou *foi* exercido pelos Entes da Federação, em razão do seu caráter eminentemente prescritivo. Nas palavras de Humberto Ávila[4]:

> [...] não se pode afirmar que as regras de competência, por meio dos termos que compõem suas hipóteses e consequências, tenham a função de descrever como o poder de tributar foi, tem sido ou está sendo exercido pelos entes federados. Fazê-lo implicaria retirar-lhe totalmente o caráter prescritivo, pelo afastamento da vinculação ao parâmetro material superior que deve ser observado pelo ente federado.

O que caracteriza o sistema normativo do direito não é a coerção ou atribuição de sanção ao ilícito, é exatamente a coatividade. O sistema do direito é o único que coage levando ao extremo da restrição da liberdade e execução forçada. Coativo é o sistema que tem condições de efetivar o dever que foi descumprido. O direito, portanto, não informa ou sugere como as coisas *são*, mas prescreve como *devem ser* as condutas intersubjetivas.

3. (BARBOSA, 1932, p. 151)

4. (ÁVILA, 2018, p. 27)

3. PRINCÍPIOS COMO NORMAS VÁLIDAS NO SISTEMA DO DIREITO POSITIVO

Qualquer objeto de estudo é conceituável, falando-se em objeto se este se apresentar em correlação com um conceito. O conceito, em comparação com os processos intuitivos, está mais distante da realidade que, por sua vez, é constituída de individualidade, elementos heterogêneos, formando seres únicos de sua espécie, fenômenos singulares. Portanto, "da multiplicidade das coisas, fenômenos, propriedades, atributos, relações, o conceito escolhe alguns. Tem ele uma função seletiva em face do real. Em rigor, implica um ponto de vista, a partir do qual encara o ser em sua inabordável heterogeneidade"[5].

Assim, o conceito de norma jurídica trata-se, antes de tudo, de um esquema em cujos limites o real é pensado e, sendo assim, somente aquilo que do real cai dentro da órbita desse esquema é objeto que, por sua vez, é o contraposto delineado pelo conceito.

As normas são resultantes da interpretação lógica e semântica dos enunciados, desde que analisados em conjunto para atribuição da significação deôntica. Assim, as significações são o espelho das normas, sem aferição do seu teor axiológico no seu sentido amplo, mas aquelas que se articularem na forma lógica dos juízos hipotético-condicionais, ou seja, definem a referência de certos comportamentos e a relação que neles se instalarão, entre dois ou mais indivíduos envolvidos, em seu sentido estrito.

Interessante lição dada por Daniela de Andrade Braghetta[6], para quem o plano do conjunto de significações dos enunciados, como subsistema da compreensão, classifica-se em

i) enunciados prescritivos, compreendendo enunciados que estabelecem entidades, procedimentos, modais, limites de espaço, limites de tempo e determinam competência ou capacidade; e

5. (VILANOVA, 2003, p. 7)

6. (BRAGHETTA, 2003, pp. 52-59)

ii) enunciados principiológicos, que compreendem enunciados que estabelecem valores e que estabelecem limites objetivos.

Os enunciados prescritivos estipulam regramentos ao interlocutor, cujos aspectos relevantes são estabelecidos para posterior visualização da norma jurídica com sentido deôntico completo. Percebe-se a existência de fatos sociais juridicizados, que serão objeto da subsunção, ou seja, operação de incidência da norma, antes mesmo da formação da norma jurídica em sentido estrito.

Estabelecendo entidades, os enunciados prescritivos definem bens jurídicos, sujeitos, bases de cálculo e alíquotas. Ao estabelecer procedimentos, os enunciados prescritivos constituem ou criam a ação, reveladores do fato juridicamente relevante em determinado tempo e espaço, que se elege a fato jurídico. Os enunciados prescritivos que estabelecem modais informam como o direito positivo se expressa: permitido, obrigatório e proibido. Determinando competência ou capacidade, os enunciados prescritivos delimitam as ações lícitas ou ilícitas que o sistema jurídico admite como possíveis aos sujeitos de direito. Os enunciados prescritivos que estabelecem limites de espaço são aqueles que determinam o âmbito de validade da norma dentro do sistema jurídico, ainda que não expressamente, podendo ser subdivididos em:

a) enunciados que estabelecem âmbito de validade territorial;

b) enunciados que estabelecem áreas ou regiões específicas para ocorrência de determinada ação; e

c) enunciados que estabelecem o local determinado para ocorrência do fato típico.

Por fim, os enunciados prescritivos que estabelecem limites de tempo dizem respeito as regras referentes aos limite temporal dentro do qual se desenvolverá a ação, podendo ser subdivididos em:

a) enunciados que estabelecem limites temporais de constituição;

b) enunciados que estabelecem limites temporais que determinam o dia de entrada em vigor de um diploma normativo;

c) enunciados que estabelecem o lapso temporal que durará um ordenamento ou conjunto de disposições concretas;

d) enunciados que estabelecem limites prazos derrogatórios;

e) enunciados relativos à prazo de decadência e prescrição; e

f) enunciados que estabelecem limites temporais referentes ao fato jurídico instituído na hipótese.

Os enunciados principiológicos dizem respeito a núcleos significativos de grande magnitude que influenciam a orientação das cadeias normativas, servindo de alicerce em que será construído o sistema jurídico. No plano da definição do conceito de princípio, facilmente se encontram quatro usos para o vocábulo princípio, de acordo com Paulo de Barros Carvalho[7], como norma jurídica privilegiada, com valor expressivo; norma privilegiada que estipula limites objetivos; valores insertos em normas de posição privilegiada, mas que valem por si mesmos; e como limite objetivo estipulado em regra de forte hierarquia, tomado sem levar em conta a estrutura da norma.

Leciona Jonathan Barros Vita[8]que:

> [...] dentro destas variações possíveis, a partir do sistema de referência adotado para a estruturação das comunicações jurídicas e a forma de tratamento dos valores pelo direito, é precisado que os princípios são encarados, apenas, como normas. Portanto, tratar sobre princípios é tratar de normas jurídicas que são agregadas por um núcleo comum, é a generalidade/especificidade dos princípios em ação, como a formação de uma ideologia (conjunto de preferências valorativas) aplicável a um dado jurídico. Logo, os princípios, neste contexto, são agrupações de preferibilidades semânticas com um núcleo comum, que seja um conceito específico que é

7. (CARVALHO, 2013)

8. (VITA, 2009, pp. 197-209)

> utilizado em um dado contexto, formuladas sob a forma, apenas, no direito, de normas.

Tratam-se, portanto, de regras positivadas que introduzem valores relevantes para o sistema, cuja conotação axiológica influi na orientação dos setores da ordem jurídica. Oportuno ressaltar que a perspectiva quanto às finalidades ou quanto à conduta devida influenciam na distinção de uma norma em regra ou princípio.

Enunciados principiológicos que estabelecem valores, portanto, são aqueles contidos e positivados pelo direito, sendo impossível verificar valores no mero ato de por normas no sistema, não existindo consistência no fato de dizer que o sentido (valor) do direito seria regular condutas humanas com um fim determinado.

Valor é um núcleo de preferibilidade, é um adjetivo vinculado a um objeto por um sujeito, é a forma de expressão de preferências e qualificações por um dado sujeito. Exemplo em sede de direito tributário da concepção de princípio como valor de um sistema com função eminentemente hermenêutica temos, em enfraquecimento do teor normativo, a teoria de Roque AntonioCarrazza[9], para quem "princípio jurídico é um enunciado lógico, implícito ou explícito, que, por sua grande generalidade, ocupa posição de proeminência nos vastos quadrantes do Direito e, por isso mesmo, vincula, de modo inexorável, o entendimento e aplicação das normas jurídicas com que ele se conectam".

Ora, valores não são, fundamentalmente, normas. Entretanto, estão contidos no consequente de normas jurídicas que informam ao sujeito competente como exercer a competência. Neste ponto, lembra-se que a competência aludida e os sujeitos competentes são para a produção de qualquer espécie normativa, que seja simplesmente, norma.

Entende-se, portanto, que os princípios são normas que informam a competência e como ela deve ser exercida, possuindo no seu

9. (CARRAZZA, 2009, p. 44)

consequente um valor que é objeto da conduta de produzir norma jurídica segundo esta característica. Normas que estabelecem regras de competência, portanto, são dotadas de prescritividade. Conforme as palavras de Mario Jori e Anna Pintore[10]:

> As definições legislativas não podem se plausivelmente qualificadas como definições lexicais, porque não há sentido que um sistema normativo voltado a guiar o comportamento humano, como é o direito, se dedique à descrição de usos linguísticos como se fosse um dicionário de uma língua.

Neste cenário, destaca-se o aparente conflito entre princípios deve ser resolvido pela técnica da ponderação de valores, pois transcorre na dimensão do peso, isto é, do valor, sendo necessária a identificação do bem jurídico tutelado e associá-lo a determinado valor, isto é, ao princípio constitucional ao qual se reconduz, para, então, traçar o âmbito de incidência de cada norma, sempre tendo como referência máxima os preceitos fundamentais do constituinte.

Neste compasso, a restrição imposta a um interesse deve ser a mínima possível para que seja indispensável à sua convivência com o outro, de forma a que nenhum deles desapareça por completo e, por isso, filia-se à ideia de que a preponderância de determinado interesse é possível – desde que não desapareça o outro interesse – coordenada por sua ponderação, cujo pressuposto é a convivência harmônica dos interesses.

4. INCURSÕES LÓGICAS ACERCA DO PRINCÍPIO DA SELETIVIDADE APLICÁVEL AO ICMS

Para uma relação projetar-se no campo das condutas intersubjetivas e adentrar aos domínios do *ser*, necessariamente haverá a produção de nova linguagem social, para que traspasse os domínios do *dever-ser*.

10. (JORI; PINTORE, 1995, p. 5)

A lógica proposicional reconstrói em abstrato certas relações de inferência observadas entre as proposições concretas. Assim, generalizam-se os modos de derivar umas proposições de outras, se isolam e se identificam as condições que permitem distinguir um raciocínio válido de outro falacioso.

O ordenamento jurídico regula a conduta humana de três formas possíveis (modais deônticos): *proibida*, *permitida* e *obrigatória*.

O termo modal designa a proposição na qual a cópula recebe uma determinação complementar qualquer. Numa determinada estrutura lógica a proposição "p" (que contém dentro de si um sujeito e um predicado) constitui por sua vez, toda ela, o sujeito de uma proposição maior, onde o predicado é o que se disse de "p". Trata-se de predicado de segundo nível: o primeiro nível é a descrição de um estado de coisas; o segundo aparece quando se disse algo sobre aquela descrição. A partir dos modais é possível estabelecer diferenças de predicação, ou seja, diferenças que podem ser produzidas pela referência de um predicado ao sujeito da proposição.

A lógica modal deôntica se refere às condutas subjetivas, ou seja, à regulação de comportamentos e, assim, suas proposições serão: "proibido" (Vp), "permitido" (Pp) e "obrigatório" (Op). Aspecto importante consiste no relacionamento entre os modais deônticos (proibido, obrigatório e permitido) e seus modos ontológicos: o que as normas prescrevem requerem o contexto das possibilidades fáticas, não se admitindo prescrição de condutas impossíveis ou o que é factualmente necessário, sob pena de carecerem de sentido semântico, conservando-se, contudo, sua estrutura sintática.

Considerando a lei deontológica do quarto excluído, o comportamento facultativo não se trata de um quarto modal, mas de uma permissão bilateral, onde é permitido cumprir a conduta e permitido também omiti-la (Pp.P¬p).

Há um vínculo entre o sistema dedutivo e o setor da realidade que dito sistema intenta reconstruir. As noções de obrigação, proibição e

permissão, da Lógica Deôntica, são tomadas da linguagem normativa e buscam reconstruir o sistema com significados precisos e vinculação mediante relações inequívocas.

No campo das modalidades aléticas, relativas às situações de estado de coisas, existe um ponto de contato entre as proposições modais e as não modais (entre o *mundo da necessidade e possibilidade* com o *mundo da realidade*), pois uma proposição necessária é verdadeira e uma proposição verdadeira é possível.

Contudo, não se pode, analogicamente, estabelecer um vínculo entre a realidade e as modalidades deônticas (ou entre o *mundo do ser* e o *mundo do dever-ser*, a que alude Hans Kelsen).Ainda que se faça analogia daquilo que é necessário com aquilo que é obrigatório, não há que se falar em convergência entre os mundos do ser (aléticos) e do dever-ser (deônticos).

Como a lei não contém palavras inúteis, cada palavra e cada expressão contida na Lei Fundamental têm um potencial normativo apreciável, capaz de orientar os principais responsáveis pela ordem constitucional, dotadas de eficácia (*verba cum effectu, sunt accipienda*). Neste aspecto, o legislador constitucional não descreve sugestões, mas prescreve comportamentos, que se irradiam a todo o sistema. Carlos Maximiliano[11] nos ensina:

> [...] as expressões do Direito interpretam-se de modo que não resultem frases sem significação real, vocábulos supérfluos, ociosos, inúteis. Pode uma palavra ter mais de um sentido e ser apurado o adaptável à espécie, por meio do exame do contexto ou por outro processo; porém a verdade é que sempre se deve atribuir a cada uma a sua razão de ser, o seu papel, o seu significado, a sua contribuição para precisar o alcance da regra positiva. Este conceito tanto se aplica ao Direito escrito, como aos atos jurídicos em geral, sobretudo aos contratos, que são

11. (MAXIMILIANO, 1996, pp. 250-251)

> leis entre as partes. Dá-se valor a todos os vocábulos e, principalmente, a todas as frases, para achar o verdadeiro sentido de um texto; porque este deve ser entendido de modo que tenham efeito todas as suas provisões, nenhuma parte resulte inoperante ou supérflua, nula ou sem significação alguma.

Neste aspecto, no campo das condutas intersubjetivas, dizer que é permitida a conduta ou ação (Pp) equivale (≡) a dizer que não é obrigatório não realizar a conduta ou ação (¬O¬p), e que não é proibida a conduta ou ação (¬Vp). Ainda, nos modais deônticos, dizer que é permitido não realizar a conduta (P¬p) equivale logicamente (≡) a dizer que não é obrigatório realizar a conduta (¬Op), e não é proibido não realizar a conduta (¬V¬p). Diferentemente, dizer que não é permitido não realizar a conduta (¬P¬p), equivale (≡) a dizer que é obrigatória a conduta (Op) e, ainda, que é proibido não realizar a conduta (V¬p)[12].

Ainda que seja possível inferir a interdefinibilidade dos modais deônticos, a utilização de termos vagos e potencialmente ambíguos não retira caráter de prescritividade do sistema, pois o que caracteriza o sistema normativo do direito é exatamente a coatividade. As proposições jurídicas são válidas no sistema e, portanto, sua observância não está condicionada ao talante ou contingências dos sujeitos de direito, tampouco permanecem inócuas em relação à sua aplicabilidade: ao exercer a competência para instituir tributos, o legislador está obrigado a fazê-lo dentro dos ditames constitucionais.

Em relação ao ICMS, ainda que oartigo 155, § 2º, III, da Constituição Federal, prescreve que aquele "poderá ser seletivo, em função da essencialidade das mercadorias e dos serviços", certo é que a relação de poder consubstancia correlato dever, razão pela qual a prescrição de conduta de aplicação da seletividade às mercadorias e serviços

12. Há, ainda, uma quarta possibilidade lógica de interdefinibilidade dos modais deônticos: dizer que não é permitida a conduta (¬Pp) equivale (≡) a dizer que é obrigatório não realizar a conduta (O¬p), e que é proibida a conduta (Vp).

essenciais não é discricionária, tampouco facultativa: a conduta é modalizada deonticamente como obrigatória.

5. RELAÇÃO ENTRE O PRINCÍPIO DA SELETIVIDADE EM FUNÇÃO DA ESSENCIALIDADE PRESENTE NO ICMS E OS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA

Com consuetudinário brilhantismo, leciona Paulo de Barros Carvalho[13] que "a capacidade contributiva do sujeito passivo sempre foi o padrão de referência básico para aferir-se o impacto da carga tributária e o critério comum dos juízos de valor sobre o cabimento e a proporção do expediente impositivo".

Comunga-se com o entendimento de Fernando Vicente-Arche Domingo[14], no sentido de que deve o legislador escolher os fatos que exibam conteúdo econômico, sendo esta a capacidade contributiva absoluta, sem aplicação do cânone da igualdade tributária, onde serão demonstradas as condições dos entes que serão tributados em contribuir ao Erário. Ato seguinte, no plano da igualdade tributária, ocorre quando o legislador, após definido o suposto de normas tributárias fatos que demonstrem signos de riqueza, dosa igualitariamente a carga impositiva de acordo com o tamanho econômico do evento, sendo esta a obediência ao princípio da capacidade contributiva relativa.

A seletividade do ICMS em função da essencialidade da mercadoria ou serviço não é algo sujeito a variações conjunturais a não ser em casos excepcionalíssimos em que haja repentina e excessiva demanda por determinada mercadoria ou serviço. Entretanto, nesta hipótese, a variação da alíquota deveria ser para menos, nunca para mais. Outrossim, haverá hipótese de majoração do ICMS no caso de algo que era considerado essencial passe a ser supérfluo.

13. (CARVALHO, 2013, p. 172)

14. (DOMINGO, 1967, p. 190)

A própria Constituição prescreve que suas alíquotas serão seletivas em função da essencialidade das mercadorias e dos serviços, fixando um critério que leva o legislador ordinário a estabelecer percentuais mais elevados para os produtos supérfluos, apresentando relevantíssima utilidade na política econômica interna.

Ora, se o Texto Constitucional prescreve comando expresso no sentido de aplicação da seletividade de alíquotas ao ICMS em razão da essencialidade das mercadorias ou serviços, o exercício de competência dos Entes Federados fica limitado à observação dessa norma jurídica. Observe-se que, diferentemente do âmbito do Direito Privado, onde aquilo que não está proibido é permitido, o pressuposto ontológico do Direito Público é no sentido de que somente será permitida a conduta positivamente prevista, sendo todas as demais (e não previstas), proibidas.

A integração analógica que visa preencher a lacuna legislativa não se confunde, portanto, com a interpretação extensiva com vistas a definir o conteúdo e o alcance da lei[15]. Rigorosamente não existe interpretação analógica, mas integração analógica, cuja interpretação que dá completude ao sistema jurídico não prescinde da aplicação dos princípios constitucionais, sejam eles explícitos ou implícitos.

O princípio da capacidade contributiva se encontra nos desdobramentos do primado da isonomia, conjugado, no caso do ICMS, com a seletividade prevista constitucionalmente. Com consuetudinária propriedade, Roque Antonio Carrazza[16]afirma que:

> [...] o ICMS *deverá* ser seletivo em função da essencialidade das mercadorias e dos serviços. (...) Assim, as alíquotas do ICMS deverão variar, para mais ou para menos, em razão da essencialidade das mercadorias e dos serviços. Com isto, a carga econômica do ICMS haverá de ser distribuída diversamente conforme o tipo

15. (AMARO, 1999, p. 202)

16. (CARRAZZA, 2003, p. 323-325)

> de mercadoria ou de serviço. Em exemplário armado ao propósito, a comercialização dos 'gêneros de primeira necessidade' deverá ser menos gravada, por meio de ICMS, que os 'supérfluos'.

O ICMS é imposto de competência estadual, com nítida feição nacional, que tem na não-cumulatividade e na seletividade suas características essenciais, em que suas regras-matrizes possuem também função de extrafiscalidade. Definido que compete aos Estados e Distrito Federal instituir referido tributo, temos que, por excelência, trata-se de imposto extrafiscal, ou seja, em plano paralelo à fiscalidade, seus objetivos transcendem os eminentemente tributários (arrecadatórios), dirigido às políticas econômicas e regulatórias, dificultando o acesso da população a produtos supérfluos e até prejudiciais à saúde, em atendimento à primazia do interesse público.

É notória a essencialidade da *energia elétrica*, pois sua ausência acarreta total paralização do processo produtivo, impossibilitando a circulação de riquezas e manutenção de necessidades básicas. Igualmente, os serviços de *telecomunicação*são imprescindíveis ao atual contexto econômico-social, em sociedade cuja transmissão de informações se dá de forma cada vez mais dinâmica, em rede interconectada mundialmente. Tratam-se de bens e serviços essenciais ao desenvolvimento social e econômico e, portanto, ambas hipóteses subsomem-seno conceito constitucional de essencialidade.

6. PANORAMA DO TEMA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Conforme exposto alhures, o Supremo Tribunal Federal iniciou julgamento acerca da aplicabilidade do primado da seletividade em relação às específicas materialidades de incidência do ICMS. Encontra-se em discussão a constitucionalidade da cobrança do ICMS sobre operações com energia elétrica e sobre prestações de serviços de telecomunicação com alíquota de 25%, a qual é superior à alíquota interna geral de 17%, considerando a previsão do artigo 19, inciso I,

alínea "a", da Lei estadual nº 10.297, de 26 de dezembro de 1996, do Estado de Santa Catarina.

Trata-se do Tema 745, com repercussão geral reconhecida pelo Plenário Virtual da Corte, tendo como *leading case* o RE 714.139, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, que votou pelo parcial provimento do recurso extraordinário, reconhecendo o direito da impetrante ao recolhimento do ICMS incidente sobre energia elétrica e serviços de telecomunicação, considerada a alíquota geral de 17%, aplicável ao caso concreto. Eis a tese de repercussão geral sugerida:

> Adotada, pelo legislador estadual, a técnica da seletividade em relação ao Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS, discrepam do figurino constitucional alíquotas sobre as operações de energia elétrica e serviços de telecomunicação em patamar superior ao das operações em geral, considerada a essencialidade dos bens e serviços.

O Ministro Alexandre de Moraes divergiu parcialmente, votando pelo parcial provimento do recurso extraordinário apenas para afastar a alíquota de 25% sobre serviços de telecomunicação, determinando a aplicação da alíquota geral. Eis a tese de repercussão geral sugerida:

> I. Não ofende o princípio da seletividade/essencialidade previsto no art. 155, § 2º, III, da Constituição Federal a adoção de alíquotas diferenciadas do ICMS incidente sobre energia elétrica, considerando, além da essencialidade do bem em si, o princípio da capacidade contributiva.
>
> II. O ente tributante pode aplicar alíquotas diferenciadas em razão da capacidade contributiva do consumidor, do volume de energia consumido e/ou da destinação do bem.
>
> III. A estipulação de alíquota majorada para os serviços de telecomunicação, sem adequada justificativa, ofende o princípio da seletividade do ICMS.

O Ministro Dias Toffoli entendeu que não foi intenção do constituinte atribuir a obrigatoriedade de adoção da seletividade na instituição do ICMS. Ressaltou a diferença semânticacom o dispositivo constitucional relativo ao IPI, justificadora da discricionariedade para adoção, ou não, da seletividade no ICMS pelos legisladores estaduais. Argumentouque o dimensionamento do ICMS, quando presente sua seletividade em função da essencialidade damercadoria ou do serviço, pode levar em conta outros elementos, além daqualidade intrínseca da mercadoria ou do serviço. Conclui que, uma vez adotada a seletividade no ICMS, o critério dessa seletividade deve ser o da essencialidade da mercadoria ou do serviço, ou seja, o que é facultativa é a adoção da seletividade no ICMS, e não o critério dessa seletividade. Assim, decidiu que a eficácia negativa da seletividade impede a cobrança, como regra, do ICMS sobre energia elétrica com alíquota superior àquela incidente sobre as operações em geral. Em relação às telecomunicações, propôs a modulação dos efeitos da decisão, estipulando que ela produza efeitos a partir do início do próximo exercício financeiro.

Em sessão virtual no Supremo Tribunal Federal de 11/06/2021 a 18/06/2021, o Ministro Gilmar Mendes pediu vistas dos autos.

7. PROPOSIÇÕES CONCLUSIVAS

A Constituição Federal prescreve, no art. 155, § 2º, III, que o ICMS poderá ser seletivo, em função da essencialidade das mercadorias e dos serviços. A seletividade não se trata de princípio autônomo no sistema, desconexo com os demais valores que se irradiam pelo ordenamento. A interpretação literal não pode ser empregada isoladamente, para fins de compreensão de dispositivos legais, pois, sendo o direito uma linguagem, a construção de sentido pela interpretação decorre da consciência cognoscente.

O legislador estadual não pode simplesmente desconsiderar a norma constitucional, por conta da potestatividade inerente à expressão "poderá ser seletivo". Ora, ao travar contato com a base material do

texto, imediatamente o intérprete inicia o processo de elaboração de sentido, já no plano do conteúdo da norma, atribuindo valores aos signos que encontrou justapostos, obtendo, assim, significações.

Mas a interpretação acerca da suposta facultatividade de aplicação do princípio da seletividade em relação ao ICMS demanda análise do contexto geral da Constituição Federal. Além da função fiscal, arrecadatória, o tributo tem, também, função extrafiscal, concretizadora de determinados valores eleitos pelo legislador constituinte. As palavras ostentam significação base e contextual, visto que não há texto sem contexto. Em relação à legislação, não é possível compreender o conteúdo semântico dos vocábulos utilizando-se somente a interpretação sintática. Neste sentido, a norma jurídica, portanto, é significação e não suporte físico.

Obviamente que há mercadorias e serviços considerados essenciais, com alíquota reduzida, e aqueles considerados supérfluos, cuja alíquota pode (e deve) ser maior. Trata-se de característica extrafiscal do ICMS, condicionadas à natureza essencial, ou não, do bem ou serviço. Estabelecendo o legislador estadual alíquotas diferenciadas de ICMS para diversas situações, lhe é vedada a equiparação de produtos e serviços essenciais a supérfluos. Tal critério para definição do percentual orienta-se pelas alíquotas incidentes nas operações internas em geral. Este é a alcance do art. 155, § 2º, III, da Constituição Federal, que prevê a aplicação do princípio da seletividade ao Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS.

A opção legislativa aplicável ao exercício da competência consiste na adoção pelo legislador por alíquota única em relação ao ICMS ou, se o legislador estadual optar por prescrever alíquotas diferenciadas em razão de determinadas mercadorias ou serviços, obrigatoriamente deverá ser observado princípio da seletividade, em função de sua essencialidade.

Não se parte do pressuposto de que não é obrigatório o método da seletividade do imposto, mas sim de que se deve construir, a partir do comando constitucional, norma jurídica no sentido de orientar-se

a discriminação, quanto às alíquotas, pela regra da essencialidade, sendo fixado percentual maior para produto supérfluo e menor no caso de item essencial.

Em suma, considerando a essencialidade do fornecimento de *energia elétrica* e da prestação de serviços de *telecomunicação*, a adoção de alíquotas diferentes pelo legislador estadual para sua tributação por meio do ICMS deverá observar, obrigatoriamente, o princípio da seletividade.

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARO, Luciano da Silva. *Direito tributário brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

ÁVILA, Humberto. *Competências tributárias:* um ensaio sobre a sua compatibilidade com as noções de tipo e conceito. São Paulo: Malheiros, 2018

BARBOSA, Rui. *Comentários à Constituição Federal Brasileira* (coligidos por Homero Pires). vol. I. São Paulo: Saraiva, 1932.

BRAGHETTA, Daniela de Andrade. *Tributação no comércio eletrônico*, São Paulo: QuartierLatin, 2003.

CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

CARRAZZA, Roque Antonio. *ICMS*. 9. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2003.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*, 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário:* linguagem e método, 5. ed. São Paulo: Noeses, 2013.

DOMINGO, Fernando Vicente-Arche, *Seminario de DerechoFinancieiro de laUniversidad Complutense*, org. Fernando Sainz de Bujanda, Madrid, 1967.

JORI, Mario; PINTORE, Anna. *Manualedi Teoria GeneraledelDiritto*, 2. ed. Torino: Giappichelli, 1995.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 3. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1984.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

MESSIAS, Adriano Luiz Batista. *Teoria da norma jurídica:* interpretação concretizadora e as relações tributárias. São Paulo: Noeses, 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Repercussão Geral disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4307031&numeroProcesso=714139&classeProcesso=RE&numeroTema=745# Acesso: 20/07/2021, às 3h12m.

VILANOVA, Lourival. *Escritos Jurídicos e Filosóficos*, vol. I. São Paulo: AxisMvndi/IBET. 2003.

VILANOVA, Lourival. *Sobre o conceito de direito*. Recife: Imprensa Oficial, 1947.

VITA, Jonathan Barros. Classificação e cálculo de princípios. *In*: *Revista de Direito Tributário*, v. 104. São Paulo: Malheiros, 2009.

XIII

A construção dos direitos humanos reais no Brasil

The construction of real human rights in brazil

Gizella Maia Ribeiro Bolognese*

RESUMO: Com a Declaração Universal dos Direitos Humanos o mundo deu os primeiros passos para a efetivação de direitos universais, mas essa história seguiu um caminho povoado de paradoxos, e alguns desvios de rota resultando em várias historias ainda em construção. Este artigo disserta a respeito dos principais documentos e Declarações que proclamaram os Direitos Humanos no mundo, e a importância de refletir sobre a recepção dos mesmos no Continente Americano, no Brasil em especial. Por fim, aborda a influência do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, a relutância do governo brasileiro em acatar as decisões da Corte e a necessidade de fortalecer e renovar a cidadania para garantir a concretização desse direito.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Humanos; Direito Internacional; Constituição; Sistema Interamericano

ABSTRACT: With the Universal Declaration of Human Rights the world took the first steps towards the realization of universal rights, but this history followed a path full of paradoxes, and some detours resulting in several histories still under construction. This article discusses the main documents and

(*) Mestranda em Direito pela FADISP; Especialista em Direito civil e Processo Civil pela Universidade Cândido Mendes; bolognese70@hotmail.com

declarations that proclaimed human rights in the world, and the importance of reflecting on their reception in the American Continent, and in Brazil in particular. Finally, it addresses the influence of the Inter-American System of Human Rights, the reluctance of the Brazilian government to comply with the decisions of the Court, and the need to strengthen and renew citizenship to ensure the realization of this right.

KEYWORDS: Human Rights; International Right; Constitution; Inter-American System

SUMÁRIO: Introdução. 1. A evolução dos direitos humanos. 1.1 Um pouco dessa história. 1.2 Os direitos humanos na América Latina. 2 O discurso dos direitos humanos: realidade ou retórica? 3 Os direitos humanos no Brasil. 4 Conclusão. 5 Referências.

INTRODUÇÃO

Ao falar sobre direitos humanos é indispensável fazer uma excursão pelos meandros da ciência jurídica destacando momentos históricos da civilização humana que constituíram os primeiros passos para a institucionalização da sociedade e contou com contribuições como a Declaration dês Droits de l'Homme et Du Citoyen (Declaração Francesa), fonte de inspiração para a Declaração Universal dos Direitos Humanos instituída em 1948 e que, definitivamente, é um marco na história desses direitos.

Não obstante a influência europeia na construção dos Direitos Humanos no Continente Latino-Americano, é fundamental o olhar crítico para os fatos que são divulgados sob a perspectiva dos dominadores. Este artigo faz uma análise histórica dos acontecimentos que desencadearam na elaboração de um projeto de direitos humanos para a América Latina e, consequentemente aborda os desafios importantes na aplicação desses direitos, tanto na comunidade latino-americana como no Brasil. Na realização dessa tarefa, importou reconhecer a flexibilidade dos conceitos de direitos humanos conforme o discurso provenha do dominador ou dos dominados, bem como avaliar consistentemente que sendo a proteção dos direitos humanos um processo,

como tal se efetivará em cada momento do desenvolvimento de um povo, em sua luta por direitos individuais ou coletivos.

Portanto, a título de introdução buscou-se, nesta análise, trazer uma visão problematizadora dos direitos humanos, enfatizando algumas inquietações com relação à abordagem tradicionalmente positivista e eurocêntrica de alguns historiadores e fortalecer um debate crítico-libertador dos direitos enquanto valores que orientam tanto a sociedade, como as leis por ela e para ela elaboradas.

No primeiro tópico foi esclarecido que o direito é um vir a ser histórico e definiu-se a metodologia dialética para a compreensão dos conceitos que se constroem de forma dinâmica com o passar do tempo. Uma retrospectiva histórica também foi elaborada buscando manter uma análise crítica da realidade evitando o discurso dominante que ignora o percurso dos oprimidos e explorados. No tópico Direitos Humanos na América Latina, foram relacionados os principais eventos que buscaram consolidar um modelo democrático salvaguardando os direitos essenciais do homem na América Latina, desde o início em Chapultepec até a instituição do Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

Reflete-se, igualmente, sobre o discurso humanista que trata os Direitos Humanos com uma alta carga de idealismo e afirma-se a continuidade do processo de colonização, ainda não superado. Por fim, fala-se de avanços e retrocessos e das promessas de mudanças inauguradas pela Constituição de 1988, reforçando a necessidade de garantir um direito que tenha real influência na vida das pessoas, dando-lhes condições de dignidade e mais do que isso, de humanidade.

1. A EVOLUÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

É indispensável salientar que o direito é "um processo, um vir a ser histórico" e que somente uma compreensão dialética permite captá-lo em todas as suas conexões e sentidos. É um processo não linear e como tal, nutre-se de avanços e retrocessos. Por essa razão,

para entendermos a evolução dos direitos humanos no Brasil, urge que busquemos abrigo na história universal, pois que, sendo direitos do homem, hão de ser frutos de uma construção histórico-ideológica, construídos, gradativamente, a cada etapa do desenvolvimento humano em meio a lutas por liberdade contra poderes envelhecidos e contra a opressão.[1]

Assim, com esses parâmetros, pode-se afirmar que os direitos humanos, por serem direitos inerentes à condição humana, são direitos essenciais a todos os cidadãos, logo provém de todos os povos, antigos e por todos os tempos, que perceberam e reconheceram que a própria existência é condicionada à concretização desses direitos.

Uma consequência dessa historicidade é que a problemática da efetivação da proteção dos direitos humanos não é uma narrativa consumada. Ao contrário, dada a complexidade natural das relações entre pessoas e entre as nações trata-se de um fenômeno atual, por cuja herança histórica permanece presente nas sociedades e em evolução constante. Por outro lado, "A manifestação específica desses direitos nos obriga a considerá-los como objetos científicos com campo de estudo determinado, se se quiser que o respeito a eles não seja ditado pelos imperativos formais de uma dogmática, mas, ao contrário, se apoie em dados científicos".[2]

1.1. Um pouco dessa história

Pode-se dizer que o contexto histórico do nascimento dos direitos humanos foi a civilização europeia onde, desde a origem, foram "intimamente relacionados com todo o processo que fez da história da Europa a história do Mundo".[3] Mas essa história começou, de fato, muito antes da Declaração de Direitos da Inglaterra (1689) ou da

1. REALE, (2010); BOBBIO, (1992)
2. MBAYA, (1997)
3. TOSI, (2003)

Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão da França (1789). Essas Declarações foram influenciadas pelas concepções clássicas presentes no Código de Hamurabi há 1960 a.C., na Grécia antiga, na origem do Cristianismo e na Idade Média, dentro de uma concepção jusnaturalista como possuindo atributos peculiares e imperativos à própria humanidade.[4]

Vimos em Margarida Genevois[5] que, no final da Idade Média, S. Thomás de Aquino aborda os Direitos Humanos dando-lhes uma fundamentação teológica e, certamente, ambígua, pois ao mesmo tempo que conferia direitos naturais concedidos por Deus ao ser humano, justificava o absolutismo como um direito igualmente natural e de origem divina.

Os iluministas do século XVIII, chamado de "século das luzes", também tiveram o seu papel na afirmação da dignidade humana, inaugurando um direito natural de cunho racionalista. O principal filósofo iluminista, Immanuel Kant, contribuiu de forma inestimável para a defesa desses direitos. [6]

Na Inglaterra, com o crescimento da burguesia verificou-se o crescimento também dos Direitos Humanos. Em 1215 a Carta Magna considerada a base das liberdades no país, começa a limitar o poder do soberano inglês, no entanto, o conceito de "homem livre" que o documento inaugura, "limita-se àqueles que integram o clero, a nobreza e uns poucos burgueses. Os nobres ingleses queriam direitos diante do rei, mas não para todos". A Carta Magna foi reeditada 3 vezes e sofreu várias modificações no correr dos anos vindo a tornar-se depois, a inspiração para a Constituição dos Estados Unidos.[7]

4. PFAFFENSELLER, (2007)

5. Genevois é ativista de Direitos Humanos, brasileira conhecida como "a Dama dos Direitos Humanos". Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/margarid.htm.

6. PFAFFENSELLER, (2007)

7. CRIVELARO; TREVISAM e AMARAL, (2006)

Esse direito natural antigo e medieval deu lugar ao moderno jusnaturalismo que verificou-se nos séculos XVII e XVIII quando da ascensão da nova classe burguesa.[8]Com ela, o aflorar do pensamento liberal clássico expressava a valorização da segurança e da ordem, e se justificava pela necessidade que o Estado burguês tinha de se legitimar organizando-se socialmente e politicamente.

Já na Idade Moderna, destacam-se alguns documentos voltados para a garantia dos direitos fundamentais:

1) a Declaração de Direitos (Bill of Rights) de 1668 que resultou da "revolução inglesa" e consistiu no documento constitucional mais importante da Inglaterra levando à formação da monarquia parlamentar;

2) a Declaração dos Direitos do Estado da Virgínia de 1777, base da declaração da Independência dos Estados Unidos da América[9]; e

3) a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, da Revolução Francesa de 1789, a qual abriu caminho para a proclamação da República.[10]

No entanto, lá como aqui, a afirmação de que "os homens nascem e são livres e iguais", ainda é um sonho a se realizar para a maioria dos homens da comunidade global. De início, a grande contradição que se impõe é que, apesar de serem proclamados os direitos universais do homem, paralelamente a essas conquistas nos países europeus, crescia o movimento de colonização e de exploração dos povos extra-europeus.[11]

8. TOSI, (2003)

9. A Declaração da Virgínia foi o evento histórico da maior importância para o avanço dos Direitos Humanos onde ficou proclamado que: – *"todos os homens são, por natureza, igualmente livres e independentes, e têm certos direitos inatos".* (BRIGOLA, 1992)

10. (BRIGOLA, 1992)

11. TOSI, (2003)

O período posterior à Declaração de Virgínia e à Declaração Francesa (Declaration dês Droits de l'Homme et Du Citoyen) caracterizou-se essencialmente pela positivação dos direitos humanos no conjunto de normas constitucionais. Aliás, os movimentos constitucionais modernos que tiveram origem nas Constituições francesa e dos Estados Unidos, trouxeram consigo "um mito do sistema jurídico: a lei". A lei passa a ser o único instrumento a legitimar os direitos dos cidadãos e surge como uma reivindicação da sociedade contra os limites absolutos dos reis. Para os autores[12], a lei como expressão máxima dos direitos dos cidadãos foi imortalizada na Declaração Francesa de 1789, em seu art. 6º, segundo o qual a lei "é a expressão da vontade geral". "Esse instrumento conformador da liberdade dos cidadãos passa a ser considerado o único a legitimar a limitação dos seus direitos. Somente a lei válida poderia impor obrigações aos cidadãos".

Pelas razões expostas, é impossível deixar de reconhecer a importância histórica da influência europeia nas Constituições sul-americanas, mas também não é possível desconsiderar que os aspectos puramente eurocêntricos da história dos direitos do homem, camuflam a identificação "do 'nosso' lugar, enquanto latino-americanos, neste processo de constituição de uma história mundial".[13]

A reconstrução da história dos direitos do homem formulada por Tosi[14]retrata e elabora uma crítica a essa face simplista da história, que inicia com a Magna Charta Libertatum[15], passa pela Revolução Gloriosa Inglesa até a Revolução Americana e Francesa do Século XVIII e finalmente conclui com a Declaração Universal das Nações Unidas do Século XX. "A Europa e o Ocidente aparecem, assim, como o espaço onde progressivamente, ainda que com contradições, se forja

12. FERNANDES e BICALHO (2011).

13. TOSI, (2003)

14. Op. cit, (2003)

15. A Carta Magna tinha seu foco na elite fundiária da Inglaterra, no entanto, trazia no seu bojo a ideia de governo representativo, além de direitos que seriam, depois, universalizados alcançando todos os indivíduos.

a emancipação do homem, que é, posteriormente, estendida a toda a humanidade como modelo a ser seguido".[16]

Os horrores da guerra que golpearam mortalmente os direitos e liberdades inerentes à condição humana acabaram por provocar um alerta para a condição sem a qual não se poderia almejar uma paz duradoura: a promoção dos "direitos naturais" do homem. Então, como resultado das trágicas experiências vividas durante os dois eventos bélicos, os líderes políticos das nações vencedoras, criaram em 24 de outubro de 1945, em São Francisco, a Organização das Nações Unidas (ONU), com o objetivo de encorajar ações positivas para o estabelecimentos de planos internacionais em prol do respeito pelos direitos das pessoas na esfera global.[17]

A Carta de S. Francisco, como é chamado o "tratado institutivo" da ONU, incorpora a temática de direitos humanos em várias passagens do texto, numa reação evidente à "barbárie nazista". No entanto, a Carta não continha o rol dos direitos essenciais, razão porque, para coroar efetivamente o processo de universalização da proteção dos direitos humanos, um dos primeiros atos da Assembleia Geral das Nações Unidas foi a proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, a única e mais importante declaração de ética cujo primeiro artigo enuncia que: "Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e em direitos". O texto da Declaração Universal dos Direitos Humanos é uma obra coletiva dos intelectuais mais importantes da época, em todos os continentes, e resultado da síntese de cada uma das conquistas jurídicas que a precederam em todas as nações.[18]

Fica evidente que os massacres ocorridos durante a Segunda Guerra Mundial, estavam presentes na concepção daqueles intelectuais quando da elaboração do texto, como uma resposta da comunidade internacional aos horrores perpetrados durante a Segunda Guerra

16. RAMOS, (2021) e TOSI, (2003)

17. TOSI, (2003)

18. RAMOS, (2021); SORTO, (2008)

Mundial. "Esse reconhecimento universal de igualdade humana só foi possível quando, ao término da mais desumanizadora guerra de toda história, percebeu-se que a ideia de superioridade de uma raça, [...], põe em risco a própria sobrevivência da humanidade".[19]

A Declaração elenca os direitos mais fundamentais do homem, principalmente aqueles que estão na sua essência e que não podem ser negados ou violados. Também reflete um processo ético cujo teor comporta o reconhecimento da igualdade entre todos os seres, independente das diferenças étnicas, de sexo, religião ou "qualquer outra condição".[20]

Aqui já nos parece que diferentes alcances e prerrogativas hão de povoar a história dos Direitos Humanos na América Latina, pois que são claros a ambivalência e o paradoxismo na relação entre teoria e prática desses direitos. Convém, no entanto, elencar ainda outros documentos que antecederam as conquistas do Continente Latino-Americano concernente aos Direitos Humanos:

1) a Constituição Mexicana (1917);

2) a Constituição Soviética (1918);

3) a Constituição Alemã da República de Weimar (1919) a qual faz surgir um conteúdo social "que permite ao cidadão ter direito à educação, saúde, segurança [...]";

4) o Pacto da Sociedade das Nações (Liga das Nações, 1919);

5) a Convenção de Genebra (1926 – tratamento dos prisioneiros de guerra);

6) a Carta das Nações Unidas (1945); e

7) a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948).

19. COMPARATO, (2019)

20. BAETS, (2010); COMPARATO, (2019)

São documentos históricos que se fundamentaram no jusnaturalismo, constituindo "um conjunto de direitos e liberdades individuais". No entanto, esses direitos "proclamados" moldam-se, tanto para mobilizar grupos marginalizados em busca de inclusão, como para a perpetuação de múltiplas relações de dominação e exploração dos seres humanos e da própria natureza.[21]

1.2. Os direitos humanos na América Latina

Sérgio Garcia Ramirez delimita o início da história dos Direitos Humanos na América Latina que, segundo ele, foi povoada de sombras, na Conferência de Chapultepec (1945), no México. Conhecida como "La Conferencia Interamericana sobre Problemas de la Guerra y de la Paz", deu especial atenção às questões nacionais e muito especificamente, ao problema de melhorar as condições de vida dos países latino-americanos.[22]

Seguiu-se, a IX Conferência Interamericana em Bogotá (1948) que produziu bons frutos apesar dos conflitos internos decorrentes de uma guerra civil a qual parecia não mais acabar. Foram resultados dessa Conferência:

1) a Carta da Organização dos Estados Americanos;
2) a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, primeiro instrumento internacional a declarar direitos humanos, antecipando a Declaração Universal dos Direitos Humanos aprovada seis meses depois;
3) a Carta Internacional Americana de Garantias Sociais que declarava os princípios fundamentais que devem amparar os trabalhadores e constitui o mínimo de direitos que eles devem gozar nos Estados Americanos; e

21. PETRY (2008).

22. RAMIREZ, (2014).

4) as Convenções de Direitos Civis e Políticos da Mulher. Esses eventos constituíram as primeiras pedras na edificação no nosso Ius Commune sobre direitos Humanos.[23]

Em novembro de 1969 realizou-se a Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em São José da Costa Rica. Durante a Conferência, foi redigida a Convenção Americana sobre Direitos Humanos que só entrou em vigor quase 10 anos depois, em 1978. O Pacto de São José da Costa Rica como é conhecida popularmente a Convenção Americana de Direitos Humanos, é um tratado assinado pelos membros que compunham a Organização de Estados Americanos (OEA). Como objetivo, a Convenção buscou estabelecer os direitos fundamentais da pessoa humana, proibindo a escravidão e a servidão humana e, ao longo dos anos tornou-se o "pilar do constitucionalismo transformador latino-americano". O tratado, que procurou consolidar entre os países americanos um regime de liberdade e de justiça, somente foi ratificado pelo Brasil em setembro de 1992. [24-25]

Para salvaguardar os direitos essenciais do homem no Continente Americano a Convenção instituiu dois órgãos com competência para averiguar violações aos direitos humanos:

1) a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, criada anteriormente, em 1959, e

2) a Corte Interamericana de Direitos Humanos, esta com sede em São José da Costa Rica, e composta por 07 juízes nacionais dos Estados-Membros da OEA eleitos para um mandato de 6 anos.

Esses dois órgãos constituem o que hoje se denomina Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos.[26]

23. RAMIREZ, (2014)

24. RAMIREZ, (2014)

25. BRASIL, (1992)

26. RAMIREZ, (2014)

As leis internacionais de direitos humanos têm diferentes níveis, incluindo o sistema global no qual o ator principal é a ONU e os sistemas regionais que abarcam 3 partes do mundo: a África, as Américas e a Europa, sendo a Organização dos Estados Americanos (OEA) a organização matriz no caso das Américas. Embora tenham sido questionados, os sistemas regionais ampliam os espaços para que valores regionais sejam levados em conta, permitindo a adoção de mecanismos que se harmonizam melhor com as condições locais.[27]

Contribuindo com essa revisão histórica, é pertinente recordar que a Corte Interamericana é um tribunal permanente. Com efeito, ela desempenha "permanentemente" suas funções jurisdicionais, ainda que seus integrantes não estejam "constantemente" reunidos na sede de São José.Cabe dizer também que é uma Corte reguladora democratizadora, que não se concentra apenas em litígios individuais, mas que avança até definições continentais e, neste sentido, se assemelha aos tribunais constitucionais internos, dotados de maior competência.[28]

No entanto, os tribunais não promovem as mudanças sozinhos, e um constitucionalismo transformador se define a partir dos desafios que enfrenta. Na América Latina esses desafios são determinados por vários fatores que se traduzem nas diferentes faces da desigualdade: violência generalizada, exclusão social, debilidade de instituições, corrupção, riqueza de poucos que afronta a pobreza de muitos, racismo, entre tantas outras obscenidades.[29]

São portanto, grandes os riscos e desafios que o sistema interamericano enfrenta na sua agenda de reformas, as quais visam ao fortalecimento do próprio sistema e à "pavimentação de um ius commune latino americano em matéria de direitos humanos". Em parte as causas das dificuldades referem-se ao paradoxo de ter nascido em ambiente acentuadamente autoritário que desde sua origem se viu assediado

27. REYNS; PADILLA e ZWAAK, (2006)

28. RAMIREZ, (2014)

29. BOGDANDY, (2019)

por forças centrípetas e centrífugas, tensões e disputas.[30] Mas, contraditoriamente, não pode haver luta por direitos, quaisquer que sejam, sem conflitos e é neste cenário de grandes resistências que o sistema interamericano se legitima como importante e eficaz instrumento para a proteção dos direitos humanos, quando as instituições nacionais se mostram falhas e omissas.

2. O DISCURSO DOS DIREITOS HUMANOS: REALIDADE OU RETÓRICA?

Esta viagem histórica sobre os Direitos Humanos obriga um retorno à Europa para lembrar o grande impulso que o tema "Direitos Humanos" recebeu com a 2ª Conferência Mundial dos Direitos Humanos que ocorreu em Viena em 1993 e que produziu documentos fundamentais, tratando a promoção e a proteção dos Direitos Humanos como questões prioritárias para a Comunidade Internacional. Entre os documentos dela emanados, podem ser citados:

1) a Agenda 21 da Conferência do Rio de Janeiro para o meio ambiente e o desenvolvimento, e

2) a Declaração e o Programa de Ação de Viena para os Direitos Humanos. Nesta última, a Declaração reza sobre o Direito dos Tratados qual seja:

> [...] acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos [...][31-32]

Circunstâncias contraditórias desse evento apontam para a euforia arrogante e ilusória que entusiasmou políticos e ideológicos do

30. RAMIREZ, (2014)

31. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. Viena, 23 maio 1969.

32. CAMILO, (2017); RAMIREZ, (2014); ALVES, (1994)

Primeiro Mundo durante todo o período preparatório para a Conferência: a "vitória do Ocidente capitalista e liberal na Guerra Fria, confirmada emblematicamente [...] pela queda do Muro de Berlim", enquanto o mundo presenciava a degradação econômica dos povos do Terceiro Mundo, as intrincadas questões migratórias, o crescimento do islamismo, o desemprego no mundo desenvolvido e a recrudescência do racismo e da xenofobia.[33]

Neste "navegar" de altos e baixos, para usar a figura literal utilizada por Ramirez, não obstante a importância teórica e prática do conceito de Direitos Humanos, a sua aplicação tem sido banalizada. É que o termo transporta uma alta carga de idealismo suscitando dificuldades em determinar o real alcance desses direitos. "Com efeito, o caráter abstrato e geral não impede que, na tentativa de se fixar esse alcance, ocorram também a manipulação, sem oposições, e a perpetuação da opressão e das violações".[34]

Essa ideologia humanista, ou melhor, humanizadora dos direitos humanos inebriou os movimentos revolucionários ocorridos no Continente Europeu e as clássicas Declarações de Direitos Humanos servindo de referência para a construção da cidadania no continente latino-americano.No entanto, representam os interesses e os privilégios de uma burguesia ascendente e, nesse pesar, "selecionam os afortunados" e definem "a humanidade do homem".[35-36]

Não é de estranhar, portanto, que apesar de, e até por causa do processo de dominação colonial que impunha uma sofrida escravidão física e ideológica aos povos nativos do continente sul-americano, os movimentos de independência desses povos declaravam, igualmente e contraditoriamente, a evidente igualdade entre todos os homens.

33. ALVES, (1994)

34. ARIFA, (2018)

35. WOLKMER e BRAVO, (2016)

36. ROMANGUERA, TEIXEIRA e BRAGATO, (2014)

Uma citação magistral de Roberto Lyra Filho, evidencia esse paradoxo no processo de construção dos Direitos Humanos na América Latina.[37]

> Direito é processo, dentro do processo histórico: não é uma coisa feita, perfeita e acabada; é aquele vir-a-ser que se enriquece nos movimentos de libertação das classes e grupos ascendentes e que definha nas explorações e opressões que o contradizem, mas de cujas próprias contradições brotarão as novas conquistas.

Uma conclusão desse pensamento histórico-dialético é constatar que a dominação colonial não se encerrou com a independência formal das colônias, persistindo no que Petry denomina de "colonialidade do poder". A colonialidade do poder, segundo o autor é um padrão de poder em escala mundial que transcende as relações políticas e econômicas do colonialismo e justifica a "superioridade dos povos europeus e de suas formas de ver, sentir e interpretar o mundo". Portanto, desde a sua origem, na Europa, "os direitos humanos realmente existentes", apresentam um caráter ambíguo, pois pode ajustar-se e tem se ajustado eficazmente ao longo dos tempos, tanto para a emancipação como para a dominação de indivíduos e de povos.[38-39]

Imbricado ideologicamente ao tema, a democracia forma, com os Direitos Humanos, um binômio incindível. "Direitos humanos e democracia se reclamam e se condicionam mutuamente; o que ocorre ´num extremo repercute no outro, assim como faces de uma só medalha".[40]

Com tal compreensão, o Brasil se constitui um dos melhores exemplos do quanto a ausência de democracia implica na escassez de direitos, impondo-se uma reflexão sob o olhar dos excluídos. Pode-se afirmar "que o projeto dos direitos humanos como hoje se apresenta, não somente não é de fato universal, mas tampouco pode

37. Citado por WOLKMER e BRAVO, (2016)

38. PETRY, (2008)

39. VITÓRIA e REBOUÇAS, (2019)

40. RAMIREZ, (2014)

ser "universalizável", porque precisa reproduzir continuamente a contradição excluídos/incluídos, emancipação/exploração, dominantes/dominados".[41]

Indo além nessa esteira, o discurso dos direitos humanos e democracia revela um duplo esforço para justificar tanto a guerra como a paz. "Violam-se os direitos humanos e a democracia, paradoxalmente em nome dos direitos humanos e da democracia".[42]

Explica-se essa contradição, porque o contexto sul-americano guarda uma característica muito especial. Na história de cada país, a modernização e democratização não podem ser medidas com a mesma regularidade dos países europeus. A passagem de uma época de intensas violações de direitos para o Estado Democrático de Direito deixou cicatrizes que não desapareceram, em consequência, a luta pela democracia na América Latina ainda é uma jornada difícil descrita a seguir:[43]

> As lutas históricas em prol da democracia nos mostram quão duro é alcança-la, e muito mais do que isto, conservá-la. É evidente que a "questão da democracia" nasce lado a lado com o processo de formação da sociedade organizada e do Estado. [...]. A América Latina, em especial, não tem sido pródiga em exemplos de democracia. Com efeito, mergulhada até há pouco tempo em ditaduras militares, as sequelas ainda se mostram bem visíveis [...].

Fica cristalino o entendimento de que os povos latino-americanos continuam subjugados, dominados não pelos colonizadores europeus, mas pelo mercado que assegura ao capital "o acesso às nossas riquezas naturais" e à mão de obra barata, além de outros privilégios. Mudam os sujeitos da dominação, agora, entre uma minoria rica e a maioria miserável, desnudando-se, aos olhares atentos, o caráter destrutivo das

41. TOSI, (2003)

42. VITÓRIA e REBOUÇAS, (2019)

43. STRECK e MORAIS (2014):

relações capitalistas. Por esse motivo rechaçamos "todas as formas de supremacia racial, nacional, étnica, de gênero, sexual ou de qualquer outra natureza" e "apostamos em uma ressignificação dos direitos humanos desde as premissas éticas, políticas e epistemológicas [...] coerentes com a busca de um mundo onde caibam muitos mundos".[44]

3. OS DIREITOS HUMANOS REAIS NO BRASIL

Recapitulando, a década de 90 inaugurou o discurso explicitamente democrático das Nações Unidas, segundo o qual há clara vinculação entre os regimes democráticos e a promoção dos direitos humanos de forma que ambos se apresentam indissociáveis. Todavia, no Brasil, os problemas são muitos e vêm de longe, remontam aos tempos coloniais, como a exploração indígena e o extrativismo, por exemplo.[45]

É inegável que alguns avanços foram conquistados, pois afinal, os europeus não governam o Continente há mais de dois séculos, no entanto "estamos atrasados e com pressa. Por essa razão, é preciso ir buscar soluções e respostas originais, fora da caixa".[46]

Confirmando o que se defendeu em tópicos anteriores, cada nação tem a sua própria história, são conjunturas diversas e as dificuldades bem como as soluções se apresentam conforme a trajetória percorrida. Daí porque "o debate de ideias deve ser universal, mas as soluções devem ser particulares". Repetindo Albert Einstein, "we cannot solve our problems with the same thinking we used when we created them"[47].

O Brasil, como a maioria dos países da América Latina entrou em processo de democratização apenas na década de 80, portanto, quase meio século depois da Declaração Universal de Direitos Humanos

44. VITÓRIA e REBOUÇAS, (2019)

45. BARROSO, (2015)

46. BARROSO, (2015)

47. "não podemos resolver nossos problemas pensando do mesmo modo como pensávamos quando os criamos" (BARROSO, 2015)

de 1948. Logo, na década de 70 quando se deu a assinatura do Tratado de São José da Costa Rica, o país vivia um período de grande repressão de direitos, silenciando sobre torturas e assassinatos de dissidentes e presos políticos no país.E quando se fala de violação aos direitos humanos é preciso esclarecer aqui que se trata dos crimes perpetrados pelos agentes do Estado contra o direito internacional dos direitos humanos e que somente com a democracia é possível proteger esses direitos.Dessa forma, com a transição democrática o Brasil e os demais países latino-americanos, inauguraram um novo caminho introduzindo, em suas Constituições princípios emanados nos tratados internacionais de direitos humanos.[48]

A Constituição Federal brasileira é um marco jurídico de direitos humanos fato esse perfeitamente justificável pois sucedeu um momento histórico de superação de um regime de repressão. Natural, portanto, que os direitos humanos, tantas vezes violados durante mais de duas décadas, tenham sido objeto de atenção dos constituintes. Logo no primeiro artigo ela rompe com um modelo patrimonialista e coloca como um dos fundamentos do Estado brasileiro, pela primeira vez na história de todas as constituições anteriores, a dignidade da pessoa humana. No 3º artigo, ao elencar os objetivos fundamentais do Estado brasileiro, reafirma novamente, a dignidade da pessoa humana: construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; e por fim promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade ou qualquer outra forma de discriminação. Todas essas metas estão atreladas à afirmação da dignidade da pessoa humana além do que, literalmente, a Constituição promove os direitos humanos e se compromete a cumprir as decisões emanadas da Corte Interamericana de Direitos Humanos.[49]

48. BOGDANDY, (2019)

49. BRASIL, (1988)

Um pouco mais que 3 décadas depois o Brasil se destaca como um dos dez países mais desiguais do mundo e não se destaca somente no campo da desigualdade, é também campeão de violências além de conviver ainda com reminiscências do regime ditatorial, e com a impunidade. Considere-se, neste aspecto, que a transição para a democracia no Brasil se deu numa atmosfera limitada pelo processo de anistia e nutrida com a noção do perdão e do esquecimento dos crimes cometidos, evitando o julgamento dos que foram responsáveis por torturas e outros crimes.

Sem dúvida que o novo caminho aberto pela Constituição Democrática, ainda que tenha muitos desvios na sua trajetória, aponta para mudanças. Constitucionalismo transformador significa compreender o Direito Constitucional como instrumento de mudanças e, embora o Constitucionalismo transformador seja um fenômeno global, tem na América Latina e no Brasil em particular, suas singularidades, sendo apoiado não só pela Constituição do país especificamente, mas também pela Comissão e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Os juízes nacionais encarregados da justiça constitucional, os membros do Ministério Público e a Defensoria Pública, bem como as ONGs, através de um diálogo, complementam o sistema, apoiando-se mutuamente e dessa forma, fortalecem as mudanças.[50]

É nesse contexto que surge o conceito de Controle de Convencionalidade, um conceito difundido pela Corte e que reflete o respeito dos Estados signatários da Convenção Interamericana de Direitos Humanos avaliando que as obrigações assumidas internacionalmente pelos países sejam cumpridas independentemente de seu ordenamento interno. "Isso significa que uma norma interna pode deixar de ser aplicada para que o texto da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) ou de outros tratados de Direitos Humanos integrantes do sistema Interamericano sejam contemplados".[51]

50. BOGDANDY, (2019)

51. CAMILO, (2017)

É evidente que a Corte Interamericana de Direitos Humanos tem objetivos voltados para o fortalecimento dos direitos humanos no âmbito interno dos Estados, com isso evitando retrocessos. As sentenças proferidas, buscam esses objetivos e a identificação das dificuldades, porém quer no campo político, quer no social, enfrentam revezes para o cumprimento das decisões onde as principais dificuldades consistem na resistência dos agentes públicos brasileiros de aplicar o direito internacional.Entre as justificativas se destaca a que "nega a possibilidade de responsabilização pelas violações cometidas aos direitos humanos com base nos institutos jurídicos da prescrição e da anistia". Embora, tais institutos não sejam aplicáveis aos crimes de lesa-humanidade, segundo os ditames da própria Corte, os agentes políticos brasileiros não acompanham esse entendimento.[52]

De acordo com a análise acima, algumas considerações precisam ser refletidas:

1) as sentenças da Corte se baseiam em normas internacionais incorporadas ao direito brasileiro, portanto não necessitam de homologação do Superior Tribunal de Justiça (STJ);

2) o Brasil comprometeu-se, de acordo como §1º do artigo 68 da Convenção a cumprir as decisões emanadas da Corte o que significa que as sentenças da Corte têm caráter vinculante;

3) os Estados devem cumprir suas obrigações internacionais de boa-fé conforme o princípio *pacta sunt servanda,* e o artigo 27 da Convenção de Viena sobre o Direitos dos Tratados, que nega aos Estados apelar para disposições do seu direito interno a fim de justificar o descumprimento de um tratado.[53]

Concluindo, em caso de incompatibilidade entre a sentença da Corte e um ato do Poder Executivo, Legislativo ou Judiciário nacional, a solução deve considerar os compromissos assumidos na Convenção

52. CEIA, (2013)

53. CEIA, (2013)

sob pena de nova responsabilização do País. Neste sentido, a Constituição da República Federativa do Brasil se define igualmente pela escolha da superioridade dos tratados de Direitos Humanos: [54, 55]

> [...] artigo 5º, § 2º– Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. § 4º– O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão[56].

Rememorando os fatos e os conceitos, a Convenção Interamericana de Direitos Humanos concede aos órgãos do Sistema Interamericano um mandato para possibilitar, na América Latina, um constitucionalismo transformador, mandato esse que consiste no fundamento jurídico de uma jurisprudência em direitos humanos o qual versa sobre os problemas cruciais da região, como: "instituições fracas, exclusão social e violência. Essa jurisprudência, "constitui um tipo de Ius Constitucional e Commune na América Latina, um direito comum dos direitos humanos que tem influência real na vida das pessoas".[57]

4. CONCLUSÃO

Tratando-se de tradições culturais diferentes e principalmente pela vivência de histórias igualmente diversas, a construção dos direitos humanos no Brasil não seguiu e nem seguirá o mesmo caminho

54. CAMILO, (2017)

55. CEIA, (2013)

56. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF, 1988

57. BOGDANDY, (2019)

trilhado pelos europeus, e nem mesmo pelos vizinhos sul-americanos. Como resultado desse caminhar mais lento e laborioso, o respeito aos tratados firmados no decorrer dessa história, ainda está distante de um consenso.

Em meio às mazelas vividas pela sociedade brasileira onde a desigualdade se impõe como um modelo de iniquidade, somam-se as injustiças do próprio sistema jurídico. Existem, no Brasil e em algumas outras partes desse globo, pessoas que passam pela vida sem conhecer a humanidade tão propalada nas Declarações e Tratados de Direitos Humanos. Daí porque este artigo "navega" na história dos direitos humanos, porém com cortes profundos que caracterizam o caminhar pelos países da América.

Buscou-se, na elaboração do texto, fugir da ideologia humanista que impregna a grande maioria dos discursos sobre Direitos Humanos e focar a análise na origem colonial dos Direitos Humanos realizando uma abordagem crítica e expondo as problemáticas que tantas vezes são dissimuladas.

Com esse foco, a título de conclusão deseja-se destacar alguns pontos que fazem a diferença entre a evolução dos Direitos Humanos dentro de uma visão puramente humanística e a historiografia crítica que leva em conta as arestas presentes na transição para a democracia nos países da América Latina.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos sacralizou os direitos fundamentais, transmitindo essa sacralidade ao ordenamento jurídico dos países latino-americanos, inclusive o Brasil. Essa história foi contada aqui, ressaltando que esses direitos por muitos anos foram ignorados e que o retorno à Democracia se deu não sem que a sociedade e o sistema jurídico fizessem algumas concessões.

Um desses pontos que precisa ser lembrado, é a inserção das Leis de Anistia no Sistema Jurídico dos países sul-americanos com objetivos de facilitar a transição e suprimir as arestas. O artigo refere-se a essas leis como obstáculos para a construção definitiva dos

Direitos Humanos, pois ainda hoje, a Lei da Anistia justifica, como demonstrado no decorrer deste trabalho, a impunidade aos crimes cometidos pelos agentes públicos.

Outro enfoque importante é a "colonialidade do poder" aqui definida como um padrão de poder, que impõe aos latino-americanos um modelo distorcido da realidade e um controle dos seus recursos naturais e culturais.

No Brasil o reconhecimento dos problemas é fundamental para que se pense num futuro melhor. Daí a importância de compreender os meandros das lutas pelos Direitos Humanos no decorrer da história desde o período colonial até os dias atuais, e daquelas que ainda virão, para que os brasileiros (todos) conquistem uma vida com dignidade. A contribuição que este artigo traz para essa compreensão pretende ultrapassar conceitos que o mundo contemporâneo valoriza, até porque esses conceitos são e ainda bem que o são, cambiantes.

Também discorreu-se sobre o Direito Internacional dos Direitos Humanos que representam um avanço em defesa da paz e dos Direitos Humanos, mas o grande e maior desafio é a efetivação desses direitos o que ainda parece estar em estado embrionário no Brasil. Quando se reflete sobre as dificuldades que o Sistema Interamericano de Direitos Humanos enfrenta para interagir com o sistema nacional de proteção, fica clara a evidência de que processo de internacionalização dos Direitos Humanos no Brasil passa, definitivamente, pela reconstrução da cidadania, sendo essa uma condição indispensável para promover esses direitos na sociedade.

É inegável que o processo de democratização possibilitou a reinserção do Brasil no campo de proteção dos direitos humanos, mas ainda são necessárias algumas medidas para o completo comprometimento do país nessa luta. Ainda perdura uma atitude de reserva do Estado Brasileiro à competência jurisdicional da Corte Interamericana e a superação dessa postura representa a superação definitiva do período de autoritarismo, ainda muito presente no país, quer entre agentes do Estado, quer na própria sociedade.

Finalizando, há que se reafirmar e renovar o conceito de cidadania envolvendo não só os direitos previstos nacionalmente, mas inclusive os direitos internacionalmente enunciados, ampliando as garantias de forma que os direitos humanos sejam assegurados nacional e internacionalmente.

5. REFERÊNCIAS

ALVES, José Augusto Lindgren. *Direitos Humanos, o significado político da Conferência de Viena.* Lua Nova (32), abril, 1994. https://doi.org/10.1590/S0102-64451994000100009

ARIFA, Bethânia Itagiba Aguiar. *O conceito e o discurso dos direitos humanos:* realidade ou retórica? Boletim Científico ESMPU, Brasília, a. 17 – n. 51, p. 145-173 – jan./jun. 2018

BAETS, Antoon de. O impacto da Declaração Universal dos Direitos Humanos no estudo da História. In: *História da historiografia,* Ouro Preto, número 05, setembro, 2010, p. 86-114

BARROSO, Luís Roberto. *Contramajoritário, representativo e iluminista*: os papéis das cortes constitucionais nas democracias contemporâneas. Disponível em: https://www.conjur.com.br/dl/notas-palestra-luis-robertobarroso.pdf. Acesso em 09.10.2021.

BOBBIO, Noberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOGDANDY, Armin von. *O mandato transformador do Sistema Interamericano*: Legalidade e Legitimidade de um processo jurisgenético extraordinário. Revista Brasileira de Políticas Públicas. V. 09, n. 02, ago, 2019.

BRASIL, 1992. Decreto n. 678 de 6 de Novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) de 22 de novembro de 1969. Casa Civil da Presidência da República. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm

BRASIL, 1988. Constituição da República Federativa do Brasil. Presidência da República. Casa Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 09.10.2021

BRIGOLA, João Carlos. Declaração dos Direitos da Virgínia. In: Marcos Históricos dos Direitos do Homem. Universidade Nova de Lisboa, 1992. Disponível em: http://rdpc.uevora.pt/bitstream/10174/24099/1/A%20Declara%C3%A7%C3%A3o%20dos%20Direitos%20da%20Virg%C3%ADnia%20%28...%29.pdf . Acesso em 09.10.2021.

CAMILO, Guilherme Vitor de Gonzaga. *A aplicação dos tratados e a doutrina do controle de convencionalidade*: bases jurídicas e efetivação. Revista de Direito Brasileira. São Paulo, SP, v. 17, n. 7, pp. 18 – 39, Mai./Ago. 2017

CEIA, Eleonora Mesquita. *A Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Desenvolvimento da Proteção dos Direitos Humanos no Brasil*. R. EMERJ, Rio de Janeiro, v. 16, n. 61, p. 113-152, jan.-fev.-mar. 2013.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 12. ed. ISBN 9788553607846. São Paulo: Saraiva, 2019.

CRIVELARO, Dandara L. Amaral; TREVISAN, Thiago Valentin; AMARAL, Sérgio Tibiriçá. *O legado jurídico da magna carta de 1215*. II Encontro De Iniciação Científica e I Encontro de Extensão Universitária. V. 2, n. 2, 2006

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella. Do positivismo ao pós-positivismo jurídico. *O atual paradigma jusfilosófico constitucional*. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 48 n. 189 jan./mar. 2011.

GENEVOIS, Margarida. Direitos Humanos na História. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/margarid.htm. Acesso em: 09.10.2021

HEYNS, Christof; PADILLA, David; ZWAAK, Leo. *Comparação Esquemática dos Sistemas Regionais de Direitos Humanos*: uma atualização. Revista Internacional de Direitos Humanos, N. 4, Ano 3, 2006

MBAYA, Etienne-Richard. *Gênese, evolução e universalidade dos direitos humanos frente à diversidade de culturas*. Estudos Avançados 11 (30), 1997.

PETRY, Almiro.A Democracia e os Direitos Humanos na América Latina. *Universidade do vale do rio dos sinos formação humanística eixo*: AMÉRICA LATINA. UNISINOS, 2008

PFAFFENSELLER, Michelli. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Revista Jurídica da Presidência da República. v. 9, n. 85 (2007)

RAMIREZ, Sérgio Garcia. La *Navegacion Americana de los Derechos Humanos*: Haciaun Ius Commune. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2014

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 8.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

REALE, Miguel. A filosofia do direito e as formas do conhecimento jurídico. In: *Doutrinas Essenciais de Direito Civil*. São Paulo: RT, out. 2010, p. 696, vol.1.

HEYNS, Christof; PADILLA, David; ZWAAK, Leo. *Comparação esquemática dos sistemas regionais de direitos humanos*: uma atualização. Revista internacional de direitos humanos. Número 4, Ano 3, 2006.

ROMANGUERA, Daniel Carneiro Leão; TEIXEIRA, João Paulo Allain; BRAGATO, Fernanda Frizzo. *Por uma crítica descolonial da ideologia humanista dos direitos humanos*. Derecho y Cambio Social, 2014

SORTO, Fredys Orlando. A Declaração Universal dos Direitos Humanos no seu sexagésimo aniversário. In: *Verba Juris*, ano 7, n. 7, jan./dez. 2008 – ISSN 1678-183X

STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan. de. C*iência Política & Teoria do Estado*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

TOSI, Giuseppe. História e atualidade dos direitos humanos. Disponível em: em: http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/tosi/tosi_hist_atualidade_dh.pdf. Acesso em 07.10.2021

VITÓRIA, Paulo Renato; REBOUÇAS, Gabriela Maia. *Direitos Humanos na América Latina*: avanços e desafios à atual conjuntura política. Revista Brasileira de Políticas Públicas. Vol. 09, N. 02, ago/2019.

WOLKMER, Antonio Carlos; BRAVO, Efendy Emiliano Maldonado. Horizontes para se repensar os Direitos Humanos numa Perspectiva Libertadora. In: LEAL, Jackson da Silva; FAGUNDES, Lucas Machado. *Direitos Humanos na América Latina. Coleção Pensar Direito*. Curitiba: Multideia Editora LTDA.

XIV

Direito penal e direito administrativo sancionador: reflexões sobre o *ne bis in idem*

Criminal and sanctioning administrative law: reflections on ne bis in idem

Renan Clemente Gutierrez*

RESUMO: Cuida-se de artigo em que se busca demonstrar que a administrativização do Direito Penal pode acabar gerando uma dupla punição aos jurisdicionados. A duplicidade de sanções, no entanto, é um fenômeno não albergado pela lógica constitucional vigente e deve ser evitada, sob a pena de se violar garantias constitucionalmente previstas. Entretanto, tal trabalho não é fácil e demanda uma delicada análise de cada caso concreto. Para tanto, é preciso tecer considerações e procurar distinguir ilícito penal de ilícito administrativo, identificar o critério que deve ser aplicado que deve ser empregado para a distinção dos ilícitos, como os critérios quantitativo e da ofensividade. Após esse exercício, o estudioso/aplicador do Direito deverá aplicar os princípios fundamentais do Direito como elementos capazes

(*) Renan Clemente Gutierrez. Mestrando em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Especialista em Direito Tributário pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Possui cursos de extensão em ICMS e Processo Tributário Analítico, ambos ministrados pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET), e de capacitação em tributos, ministrado pela Fundação Getúlio Vargas (FGV). Advogado da banca Bergamini Sociedade de Advogados. E-mail: renan-clemente@hotmail.com.

de distinguir a instância penal da instância administrativa e, assim, começar a clarear o cenário para se evitar a dupla sanção e, portanto, garantir os direitos fundamentais dos administrados.

PALAVRAS-CHAVE: Ilicitude; Ofensividade; Direito sancionador; Duplicidade de sanções; Independência mitigada.

ABSTRACT: This article seeks to demonstrate that the administrativeization of criminal law can end up generating a double punishment for the parties under judgement. The duplicity of sanctions, however, is a phenomenon not covered by the current constitutional logic and must be avoided, under the penalty of violating constitutionally provided guarantees. However, such work is not easy and demands a delicate analysis of each concrete case. Therefore, it is necessary to make considerations and try to distinguish criminal offenses from administrative offenses, identify the criteria that must be applied and that must be used to distinguish between offenses, such as quantitative and offensive criteria. After this exercise, the scholar/applyer of Law must apply the fundamental principles of Law as elements capable of distinguishing the criminal from the administrative instance and, thus, begin to clarify the scenario in order to avoid double sanctions and, therefore, guarantee the fundamental rights of the culprits.

KEYWORDS: Offensiveness; Sanction law; Duplicate sanctions; Mitigated independence**.**

SUMÁRIO: 1. Brevíssimas considerações sobre o conteúdo do princípio *ne bis in idem*. 2.Critérios para a identificação da natureza do ilícito.2.1. Critério quantitativo e a ofensividade para a distinção dos ilícitos. 2.2. Princípios fundamentais como balizadores da distinção entre as instâncias.3.Teoria da autonomia e independência entre as instâncias penal e administrativa e a teoria da unidade.4.Duplicidade de sanções incidentes sobre o ilícito penal e o ilícito administrativo. Princípio do *ne bis in idem*.5.Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: princípio do ne bis in idem como complemento do rol de garantias individuais. Conclusão.

INTRODUÇÃO

O Direito Penal é, por excelência, um dos mecanismos do Direito que o Estado utiliza para a proteção dos bens jurídicos. Este ramo,

inclusive, está em notória expansão, dados novos desafios e realidades sociais, ocorrendo, inclusive, o fenômeno desua "administrativização", que representa uma conexão do Direito PenalEconômico com o Direito Administrativo para apuração e até mesmo imposição de sanção de condutas ilícitas.

Desse fenômeno de administrativização do Direito Penal nasce a ideia de"Direito Administrativo sancionador", cuja discussão gerou bastante reflexão sobre sua intervenção em detrimento do Direito Penal para o exercício do poder punitivo estatal ante violações de bens jurídicos, afastando-se a ideia de que o Direito Penal seria o ramo do direito exclusivo para proteção de bens jurídicos.

Há flagrante controvérsiana identificação de atuação do Direito Penal e do Direito Administrativosancionador para a resolução de conflitos, e a doutrina muito tem se debruçado sobre o tema para identificar o(s) ponto(s) que venha(m) a separar os dois ramos, pois a relação entre eles não é harmoniosa e, por vezes, eivada de inconstitucionalidade em virtude de imposição de dupla sanção para o mesmo fato.

Portanto, cumpre-nos destacar os elementos de diferenciação entre os campos de atuação do Direito Penal e do Direito Administrativosancionador, para que tenhamos uma política integrada sancionadora, com observância do princípio do *ne bis in idem*, visto que o presente artigo demonstra preocupação com a aplicação de sanções em duplicidade sobre o mesmo fato, contestando assim a ideia de independência absoluta entre as instâncias.

Para tanto, inicialmente, abordaremos, ainda que sem esgotamento da matéria, as considerações acerca do próprio princípio do *ne bis in idem*. A partir desse momento, analisaremos pontos do Direito Comparado, para analisarmos como outros países lidam com o tema (em especial, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos)[1].

1. Como será demonstrado, a aplicação do princípio decorre dos direitos fundamentais.

A jurisprudência pátria também nos auxiliará no deslinde desta breve pesquisa, justamente para analisarmos como o Brasil trata a questão em estudo.

Iremos nos debruçar sobre o recentíssimo julgamento da Reclamação 41.557/SP pelo Supremo Tribunal Federal, de dezembro de 2020, onde o Pretório Excelso aplica a figura da independência mitigada entre as instâncias para se evitar a dupla sanção, aplicada por instâncias distintas, quando houver identidade de partes e acervo probatório.

Desta breve introdução, podemos destacar de pronto a nossa investigação:

i) Quais as características do princípio do *ne bis in idem*?

ii) Como podemos identificar a natureza do ilícito?

iii) Identificado a natureza do ilícito, devem as instâncias sancionadoras gozar de autonomia e independência para aplicar, cada uma delas, as sanções dispostas na legislação?

iv) Caso negativo, devem as instâncias abraçarem a chamada teoria da unidade para respeitar ao *ne bis in idem*?

v) É o princípio do *ne bis in idem* um direito fundamental e deve ser respeitado, sob a ótica da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal?

1. BREVÍSSIMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE O CONTEÚDO DO PRINCÍPIO *NE BIS IN IDEM*

Indiscutível é a importância do presente tópico para o estudo em voga, pois a duplicidade de sanções sobre o mesmo fato e sob os mesmos fundamentos encontra sua barreira exatamente no conteúdo do princípio do *ne bis in idem*.Não fosse pelo conteúdo do referido princípio, a corrente que defende a possibilidade de instauração de punições para o mesmo fato nas instâncias penal e administrativa teria muito mais força.

O princípio do *ne bis in idem* tem seu berço na Idade Média. Partindo de sua concepção semântica, temos por evidente que o referido princípio quer dizer que "*o (idem) não deve ser repetido (ne bis)"* [2].

Parece-nos claro que a ideia de vedação à duplicidade de sanções nos moldes da presente investigação repousa no campo da segurança jurídica, sobreprincípio constitucional que objetiva à Certeza do Direito – sobreprincípio interligado com a segurança jurídica. Ambos os sobreprincípios são basilares do Direito pátrio e, segundo Paulo de Barros Carvalho, *"o princípio da certeza jurídica é implícito, mas todas as magnas diretrizes do ordenamento operam no sentido de realizá-lo"*[3][4].Nessa escorreita lição, temos que o princípio do *ne bis in idem* tem, em seu berço, a proteção dos valores da liberdade e da segurança jurídica.

Segundo Arêdes, *"entendeu-se que seria contrária ao Estado de Direito a perene situação de incerteza que recai sobre a pessoa submetida a vários procedimentos instaurados para averiguação do mesmo fato"*.E, conclui que esse cenário levaria o jurisdicionado a ter de provar a sua inocência diversas vezes perante o Estado pelo mesmo fato[5]. A mesma autora ainda ressalta que o princípio do *ne bis in idem* possui duas vertentes de aplicação, como sendo a vertente processual e a vertente material[6].

A vertente processual do princípio do *ne bis in idem*é aquela em que se deve conferir certeza e segurança à pessoa de que, finalizado o processo em que se apure a prática de determinado ilícito, não

2. MAIA, Rodolfo Tigre. *O princípio do* ne bis in idem *e a Constituição Brasileira de 1988*. Boletim Científico, Brasília, ano. 4, n. 16, p. 11-75, jul./ set. 2005. P. 27.

3. A denominação de sobreprincípios decorre do fato de que, segundo Paulo de Barros Carvalho – *Curso de Direito Tributário* (2017) p. 172 –, tais princípios estão acima de outros princípios e deles decorre a ordem jurídica pátria. São decorrentes do Princípio da Justiça.

4. CARVALHO, Paulo de. *Curso de Direito Tributário*. 28ª ed. Saraiva. 2017. P. 173.

5. *Ob. cit.* P. 208.

6. *Ob. cit.* P. 208.

haverá revisão do Estado. Ou seja, o Estado não irá instaurar novo processo para perseguir o mesmo fato, já estabilizado pela decisão passada em julgado.

A vertente material do princípio em estudo, por seu turno, consagra o entendimento de que *"defende-se a impossibilidade de duplo sancionamento não apenas no interior da esfera administrativa ou da penal, mas também, por uma infração penal e outra administrativa, quando idênticos sujeitos, fatos e fundamentos."*[7].

Não há dispositivo constitucional que discipline a aplicação do princípio que, como visto, é decorrente de sobreprincípios (valores constitucionais sagrados), e a sua aplicação decorre da própria ordem jurídica pátria, com a jurisprudência pátria começando a apontar neste sentido, pois a teoria de autonomia e independência entre as instâncias penal e administrativa ainda encontram amparo jurisprudencial, conforme será visto no momento oportuno.

2. CRITÉRIOS PARA A IDENTIFICAÇÃO DA NATUREZA ILÍCITO

Como ponto de início do presente artigo, é importante identificar que estamos diante do poder estatal para repressão de ilícitos de ordem administrativa e penal, o que é primordial para que ocorra a aplicação do Direito Administrativo sancionador ou do Direito Penal (não esgotando, aqui, a aplicação de outros ramos, como direito civil, direito tributário etc.) de forma acertada, evitando-se abusos por parte do poder estatal.

Sobre a diferenciação das ilicitudes no campo penal e administrativo, o jurista alemão Ernst von Beling asseverou que a única diferença de ilicitude, que pode ser encontrada em ambas as espécies de ilícitos, diz respeito à quantidade e grau, eis que o ilícito administrativo seria menor em relação ao ilícito penal[8].

7. *Ob. cit.* P. 209.

8. Die Lehre vom Verbrechen, 1906, pág. 131.

Um grande expoente, no sentido de ter trabalhado com destaque sobre a ideia de diferenciar o ilícito penal e o ilícito administrativo, foi James Goldschmidt, detidamente em sua obra intitulada como "Direito Penal Administrativo"[9].

A crítica que se formula sobre a estrutura do raciocínio de Goldschmidt é um ponto de partida para que possamos identificar qual ideia era trazida sobre a fronteira que distingue o campo de atuação do Direito Penal e do Direito Administrativo.Em apertadíssima síntese, o autor identifica que o ilícito de natureza penal corresponde a uma violação a um bem jurídico protegido pela norma, o que recebe o nome de "*Lucrum Emergens*". A extensão do dano, bem como a sua potencialidade e agressividade a um bem jurídico de extrema importância, fazem com que o intérprete se veja diante da figura do ilícito penal.

Portanto, no ilícito penal, para Goldschmidt, existe um prejuízo a um bem jurídico tutelado pela norma jurídica posta, positivada.

O ilícito administrativo, por seu turno, seria a não ocorrência de um resultado favorável para a administração do Estado. Existe, na realidade, a ausência de um benefício em prol da sociedade, como sendo um ilícito de mera ordenação social.Em outras palavras, o ilícito administrativo representaria uma ofensa a um bem público, situação em emerge a expressão "*Lucrum Cessans*", sendo a ilicitude no campo administrativo aquela em que o agente deixa de auxiliar a administração pública.

Portanto, o ilícito administrativo não comportaria uma ofensa a um bem jurídico posto pela norma, mas sim uma omissão quanto ao dever de cooperar com a administração, não sendo um delito de dano, daí a expressão "*Lucrum Cessans*".Daí já é possível concluir que existem outras formas de ilicitude não penais, mesmo que ausente bem jurídico a ser tutelado, como no caso dos ilícitos administrativos.

9. Das Verwaltungsstrafrecht (Eint Untersuchung der Grezgebiete zwischen Strafrecht Verwaltungsstrafrecht), 1902; "Was ist Verwaltungsstrafrecht?", in Strafrechtliche Zeitung, I, 1914.

O que essa ideia acarreta?

Essa ideia nos remete à indiscutível conclusão de que temos ilícitos qualitativamente diversos do Direito Penal, o que também nos remete à ideia de que existem ilícitos de outras naturezas, que invocam também outras áreas do direito para o tratamento.

Essa é, em linhas gerais, o raciocínio de Goldschmidt sobre a diferenciação do ilícito penal e do ilícito administrativo.Prossigamos.

Figueiredo Dias, autor que buscou também tratar sobre o tema, dispôs que nas infrações administrativas existe violação de bens jurídicos, mas o critério de distinção qualitativo entre o ilícito penal e o ilícito administrativo deve se referir ao valor ético e social da conduta ilícita[10].

Para melhor ilustrar, segue a síntese das condutas e do campo de atuação do Estado para sancionar:

a) Direito Penal: "conduta axiológico-socialmente relevante"

b) Direito Administrativo sancionador: "conduta axiológico-socialmente neutra"

Em outras palavras, para o autor, é conduta axiológico-socialmente relevante aquela que venha a ferir um valor moral relevante, no contrapasso de que a "conduta axiológico-socialmente neutra" é aquela que não representa um "desvalor" moral, cultural ou social.

Nessa toada, o ilícito penal seria uma modalidade de ilícito existente independentemente da proibição legal, ao contrário do que ocorreria com o ilícito administrativo, que se configuraria quando fosse praticada conduta ilícita que se relaciona com a proibição do ato.A distinção seria realizada, portanto, através de uma análise qualitativa[11].

10. *Temas básicos da doutrina penal*. Sobre os fundamentos da doutrina penal esobre a doutrina geral do crime. Coimbra: Editora Coimbra, 2001. P. 146.

11. O próprio autor reconheceu que a sua reflexão poderia sofrer alterações futuras;

No nosso sentir, o raciocínio do autor encontra origem na lição de Goldschmidt. (Existem, ainda, outras distinções sobre as instâncias). Entendemos, entretanto, alicerçados em outros autores, que essa diferenciação não se sustenta, muito embora seja um importante ponto de reflexão.

Existem ilícitos administrativos socialmente relevantes e graves. Não podemos admitir que o cidadão fosse tido meramente como um sujeito que coopera com a administração pública, vinculando-se com as prescrições administrativas. Com o devido acatamento aos entendimentos diversos, consideramos que o sistema não funciona assim[12].

As normas emanadas pelo Direito Administrativo são normas jurídicas que tutelam um bem jurídico, ainda que visassem o interesse da administração. Portanto, ambas as ilicitudes ocorrem sobre bens jurídicos, não podendo se admitir a doutrina de Goldschmidt neste átimo.

Nesse prisma, ressalta Nelson Hungria que "*ordens administrativas são ordens do Estado, e a desobediência contra estas é a essência, o substratum de todo e qualquer ilícito, e não uma peculiaridade do ilícito administrativo*"[13].Hungria defende a distinção quantitativa entre os ilícitos, bem como sobre as penalidades aplicáveis por conta da prática dos ilícitos, como no caso da multa administrativa e da multa penal[14].

Ora, ambas representam multas como penalidades, configurando-se em penas propriamente ditas.A multa administrativa é uma resposta ao ilícito administrativo, no mesmo passo que a multa penal é uma resposta ao ilícito criminal.É claro que a única multa que pode ter um desdobramento mais gravoso é a penal, eis que pode ser convertida em

12. Nelson Hungria ressalta, entretanto, que algumas condutas tomadas pelos cidadãos representa a hipótese de cooperação com a Administração Pública, como é o caso do contribuinte que declara Imposto sobre a Renda, onde presta as informações para o Fisco. Entretanto, não é a regra e a teoria de Goldschmidt não se sustenta nesse ponto.

13. Temas básicos da doutrina penal. Sobre os fundamentos da doutrina penal esobre a doutrina geral do crime. Coimbra: Editora Coimbra, 2001. P. 146.

14. *Ob. cit.* P. 27.

pena privativa de liberdade, mas o âmago da penalidade é o mesmo, e se aplica tanto para ilícitos administrativos, quanto penais.

Veja-se, portanto, que estamos mais uma vez diante de uma distinção quantitativa e formal, porquanto a multa penal, como bem ressaltado, possui natureza mais grave que a administrativa[15].

Então, esse caráter quantitativo que distingue ilícito penal e administrativo é de suma importância para a distinção da invocação dos campos, sendo a imputação da penalidade na esfera administrativa um ato de conveniência política, porquanto para o Direito Penal deveria ser reservada matéria de maior potencial ofensivo contra o interesse público.

Outra é a realidade do ilícito administrativo, pois este não invoca a necessidade de uma reprimenda tão severa e, de certa forma, até mesmo vexatória, como ocorre no âmbito do Direito Penal.

É claro, entretanto, que existem punições administrativas por vezes mais gravosas que algumas penais, sendo exceção, e não regra. Uma vez que o critério exclusivamente qualitativo não se sustenta para a distinção das instâncias penal e administrativa sancionadora, é necessário se debruçar sobre outros critérios.

2.1. Critério quantitativo e a ofensividade para a distinção dos ilícitos

Vimos que o critério isoladamente qualitativo, conforme proposto por Goldschmidt e criticado por Hungria, mostra-se insuficiente para que seja possível traçar uma linha tênue que separe o campo de atuação do Direito Penal e do Direito Administrativo sancionador.

Primeiramente, afastemo-nos da ideia de que ilícitos de mera ordenação deixam de proteger bens jurídicos e se reputam

15. Também Sirlene Nunes Arêdes defende a diferenciação através de critérios formais (e através de princípios constitucionais). Será visto no tópico 2.2;

exclusivamente à ausência de cooperação do particular com a Administração.

Essa ideia tornou-se obsoleta, pois os ilícitos administrativos, também chamados de ilícitos de mera ordenação, também violam bens jurídicos.Afinal, segundo Hungria, essa é a noção nuclear do ilícito[16].

Inclusive, os ilícitos administrativos podem comportar ofensa de natureza penal, com os elementos de dolo e culpa em seu núcleo. Ocorre que essa ofensa de natureza penal seria mais branda do que aquelas graves, onde se faz necessária a intervenção do poder punitivo estatal exercido pelo Direito Penal, ante o caráter da intervenção mínima, subsidiariedade/fragmentariedade e necessidade[17].

A violação de um bem jurídico de natureza penal mais branda deveria acarretar, de igual forma, punição mais branda, cuja incidência seria do Direito Administrativo sancionador em vez do Direito Penal.O estabelecimento dos critérios qualitativos de distinção entre Direito Penal e Direito Administrativo sancionador, leva-nos a analisar os limites materiais do Direito Penal, identidade do ilícito e as condições necessárias para que uma conduta seja alçada à condição de ilícito de ordem criminal.

E a limitação necessária à utilização do Direito Penal figura como um problema oriundo da administrativização do Direito Penal, e causa também confusão.

Isso porque, como sabido, restam criminalizadas matérias que de fato se trata de mera desobediência às balizas da Administração e condutas organizacionais, invocando a intervenção punitiva estatal através do Direito Penal em áreas que poderiam ser reguladas por outros ramos. Nesse sentido, sobre o problema decorrente da

16. *Ob. cit.* P. 26.

17. Sirlene Arêdes discorda que o Direito Penal apenas intervém quando da máxima necessidade e através do princípio da intervenção mínima.

administrativização do Direito Penal, Helena Regina Lobo da Costa assevera que:

> Desse modo, a administrativização promove, ainda, a não efetividade da norma penal, pois não consegue motivar o destinatário – que precisará, no mínimo, ter conhecimento dos comportamentos proibidos para que possa deixar de praticá-los. Elio Lo Monte, em idêntico sentido, afirma que 'o elevado número de preceitos, comandos, obrigações e proibições penalmente presididas representa uma das causas de inefetividade da resposta penalística.[18]

Com isso, o Direito Administrativo sancionador surge como uma via de intervenção estatal em matérias não tuteladas pelo Direito Penal, imprimindo efetividade à Administração, dada a ausência de fatores que invoquem a intervenção penal estatal para a resolução. O problema reside, efetivamente, na identificação do ilícito penal e do ilícito administrativo para essa se determinar essa intervenção de forma acertada para se evitar abusos e feridas aos princípios constitucionais[19].

Dizer que não há crime sem ofensa a um bem jurídico penal nos aproxima da propostada CF/88, visto que o Texto Maior, para a ofensa ao bem jurídico penal, exige que:

a) Deva existir bem jurídico penal como objeto de proteção da norma;

b) Deva se verificar potencial ou efetiva ofensividade ao bem jurídico tutelado pela norma.

Ora, já vimos que tanto o ilícito penal quanto o administrativo tutelam bens jurídicos. Entretanto, não basta a violação de um bem

18. Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada. 2013. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

19. Assim como ocorre também com outros ramos do Direito.

jurídico, mas sim a violação de bens jurídicos penais para a configuração do ilícito penal apto a ensejar a intervenção punitiva estatal penal[20].

O bem jurídico penal deve estar em relação analógica material com a Constituição, com o Direito Penal intervindo após um detido exame de necessidade dessa intervenção, afastando-se a ideia de tutela jurídico-penal mediata[21].

Com isso, será analisada a gravidade da ofensa praticada pelo agente para decidir se a tutela criminal se faz de fato necessária e eficiente[22]. De antemão, registramos que essa é corrente a qual concordamos.

Rogério Greco chega a salientar sobre a intervenção penalparte da premissa de que "*nem tudo lhe interessa, mas tão somente uma pequena parte, uma limitada parcela de bens que estão sob a sua proteção, mas que, sem dúvida, pelo menos em tese, são os mais importantes e necessários ao convívio em sociedade*"[23].

Eis o critério da ofensividade no caráter quantitativo, próprio do delito criminal, conjugada com a necessidade/subsidiariedade, próprio do campo dos princípios.

Esse ponto auxilia muito o intérprete a identificar o ilícito administrativo, visto que neste, a ofensividade não figura como elemento nuclear, ainda que existam ilícitos administrativos que possuam o elemento da ofensividade.A questão aqui posta é que o elemento da ofensividade, nos delitos de ordem administrativa, não é imprescindível. Nos delitos criminais, mostra-se imperativa.Sobre essa questão atinente ao princípio da ofensividade, registrou Fábio Roberto D´Ávila:

20. Existem ilícitos administrativos que violam bens jurídicos penais, entretanto, é de se concluir que nem todo ilícito contra ordenacional viola bens jurídicos penais.

21. Critério da ofensividade da conduta praticada.

22. Paralelo com o princípio da eficiência e da necessidade.

23. *Curso de Direito Penal I*. – 18. Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016. P. 109.

> Aqui está, pois, um dos principais pontos de distanciamento entre as ilicitudes penal e administrativa. A ofensividade não é, e não deve ser, uma preocupação do ilícito de mera ordenação social. E mais. Embora possa haver normas que atendam a exigência de ofensividade, como, de fato, há, o caráter normalmente bagatelar e prodômico de tais ilícitos faz com que a ofensa não seja, seguramente, a regra.[24]

No ilícito penal a coisa se desenvolve de outra forma, pois é necessária a configuração de ofensa a um bem jurídico penal que possa causar dano ao objeto jurídico tutelado, ainda que potencial.

Para o campo do Direito Administrativo sancionador restariam, assim, condutas que se configuram em lesões a bem jurídicos, cuja ofensividade é mais branda, ao ponto de não gerar uma reprovação jurídico-criminal.O Direito Administrativo sancionador atuaria, de acordo com essa corrente, para coibir tais ilícitos não tutelados pela intervenção penal – pautada pela subsidiariedade, intervenção mínima, proporcionalidade, estrita legalidade e necessidade.Essa questão acerca dos princípios será abordada no corpo do presente artigo como um elemento que pode vir a balizar a intervenção do Direito Penal e do Direito Administrativo sancionador.

2.2. Princípios fundamentais como balizadores da distinção entre as instâncias

Fora par a questão da ofensividade, tratada no último tópico, existem autores que buscam operar a distinção entre a intervenção do Direito Penal e do Direito Administrativo sancionador através dos princípios fundamentais.Na doutrina portuguesa, detidamente com Figueiredo Dias, a invocação dos princípios fundamentais e dos

24. Direito penal e direito sancionador. *Sobre a identidade do direito penal em tempos de diferença*. Revista Brasileira de Ciências Cirminais. Vol 60/2006. P. 09-35. 2006.

interesses de política criminal nem sempre podem explicar os seus resultados com base na valoração ético-social da conduta.

Nesse prisma, estabeleceu a distinção através de um critério qualitativo entre ilícito penal e administrativo, ou de mera ordenação social, tendo por fundamento o (des)valor ético da conduta[25].

Tal premissa parte do ponto de que:

a) Nem toda conduta desvaliosa é passível de sanção penal;

b) A configuração dessa condutano campo dos ilícitos administrativos não representa sua inexistência;

c) A conduta desvaliosa existe independentemente de tais premissas.

De acordo com as assertivas acima, nesse momento, o intérprete do Direito ficará diante de uma ilicitude penal, ilicitude administrativa ou, ainda, diante de nenhuma delas.

Também para Arêdes, a questão dos princípios é nuclear para a distinção entre as esferas penal e administrativa sancionadora para resolução de ofensas a bens jurídicos, resolvendo-se a questão de aplicação do Direito Penal e do Direito Penal administrativo no âmbito constitucional[26].

A autora também invoca a presença de requisitos formais para a distinção entre as esferas penal e administrativa sancionadora, que não devem ofender aos princípios constitucionais. Nesse mesmo sentido, dispôs Miguel Reale Júnior:

> [...] mesmo sob a perspectiva de uma diferença ontológica entre os ilícitos, reconhece-se que há de se observar os mesmos princípios ao impor o jus puniendi, seja no plano penal, como no administrativo. Nada justifica que

25. *Direito penal. Parte geral*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 147 s.

26. Âmbito constitucional de aplicação do direito penal e do direito administrativo sancionador. Revista dos Tribunais. 2021.

> ao exercer o direito de punir, para impor uma sanção criminal, devam-se respeitar princípios básicos de proteção do indivíduo perante o arbítrio estatal e o mesmo não seja exigido ao se impor uma sanção administrativa, por vezes mais grave do que a imposta pela lei penal.[27][28]

Pontual a consideração de Reale, pois a imposição de sanções sem a observância de princípios básicos impostos pela Constituição pode levar ao arbítrio e, no caso de independência das instâncias aqui estudado, à cumulatividade de sanções.E qual seria o cenário ideal para resolução dos conflitos sem afetar os princípios constitucionalmente consagrados?

As instâncias, no Brasil, acabam gozando de independência para aplicar as sanções sobre condutas que venham a ferir bens jurídicos por elas tutelados. É assim que enxerga, ainda, boa parte da doutrina e da jurisprudência sobre o tema.Posicionamo-nos a favor da configuração de interdependência entre as instâncias, pois não permitimos que diferentes instâncias apliquem penalidades concomitantemente, violando o princípio *ne bis in idem*, dentre outros princípios constitucionais seja para o âmbito penal, seja para o campo do Direito Administrativo sancionador.

As garantias constitucionais não estão postas no ordenamento jurídico apenas para o Direito Penal, sendo aplicáveis a todos os ramos do direito, inclusive, para o Direito Administrativo sancionador. Na ausência de interdependência entre as instâncias para aplicações de sanções, surge um problema grave, centro do presente artigo: a existência de sanção contra fatos puníveis em ambas as esferas, individualizadas, aventando-se a discussão sobre a vedação ao *ne bis in idem.*

27. Miguel Reale Júnior trata dos princípios da legalidade, irretroatividade de disposições desfavoráveis, segurança jurídica e a proporcionalidade. Importante destaque para a segurança jurídica, eis que Paulo de Barros Carvalho leciona que o princípio está em posição privilegiada em comparação aos demais, sendo chamado, inclusive, de arqui-princípios ou sobreprincípio.

28. *Ilícito Administrativo e o jus puniendi geral*. São Paulo, Ed. RT, 2007. P. 95.

Suplantada a questão acerca de qual critério nos parece adequado, ficaria vazia a ideia de identificação de ilícitos penais e administrativos sem o caráter da ofensividade da conduta que tem, *prima facie*, o condão de indicar qual a natureza dos ilícitos para, então, concluir qual a instância que deverá aplicar a penalidade cabível, uma vez que entendemos que a dupla punição, por parte de ambas as instâncias (penal e administrativa sancionadora) não representa o melhor caminho.

A conjugação entre a ofensividade com os princípios constitucionais garantidores dos direitos fundamentais é o caminho. E, assim, podemos caminhar acerca da correta teoria para aplicação de sanções.

É o que veremos a seguir.

3. TEORIA DA AUTONOMIA E INDEPENDÊNCIA ENTRE AS INSTÂNCIAS PENAL E ADMINISTRATIVA E A TEORIA DA UNIDADE

A teoria da independência e autonomia entre as instâncias decorre da competência a partir da identificação da natureza do ilícito.

No tópico anterior, debruçamo-nos sobre a natureza dos ilícitos penais e administrativos e a sua identificação. Apenas para repisar, consideramos que a ofensividade da conduta (acarretando sua reprimenda) é o critério adequado para essa identificação.

Nessa teoria, a doutrina aponta como ilícito administrativo pela autoridade competente para a imposição da penalidade, no caso, o Poder Executivo.

Ao considerar que os fatos possuem naturezas distintas, sob a ótica de diversas perspectivas normativas, encontra-se o fundamento da autonomia entre as instâncias.

A questão é que existe fundamento constitucional para tanto. Ora, se estamos a falar de competências, é inescapável olvidar que a Constituição Federal, em seus artigos 23, 24 e 30, inciso II, estabeleceu a competência comum, concorrente e suplementar.

Nesse sentido, há no ordenamento jurídico um emaranhado de dispositivos que determinam punição aos mesmos fatos em esferas distintas. Como exemplo de dupla sanção, podemos trazer o Código de Trânsito Brasileiro (CTB), Código de Defesa do Consumidor (CDC) e, como não poderia faltar, as normas que veiculam o Direito Ambiental. Em todos esses dispositivos existem previsões de punições por ilícitos, o que não exclui a incidência do Direito Penal, ou vice-versa (o caso de o Direito Penal não excluir a incidência de tais códigos/leis).

Uma hipótese bastante atraente para o estudo é aquela prevista pelo artigo 12 da Lei nº 8.429/92, que dispõe penas aos condenados por atos de improbidade administrativa "*independentemente das sanções penais, civis e administrativas*". Esse dispositivo é bastante claro no sentido de que o direito brasileiro permite punições reiteradas.

Por outro lado, o Direito pátrio também reconhece a interdependência entre as instâncias, mas quando houver lei que assim determine, o que retira dessa premissa a proteção aos direitos fundamentais do indivíduo e comporta mais uma faculdade ao Estado (através do legislador) decidir quando e como punir. Portanto, a teoria da independência das instâncias está compaginada ordenamento, ainda que altamente censurável sob a nossa perspectiva, bem como por parte da jurisprudência o que vai na contramão dos tratados firmados pelo Brasil em matéria internacional, bem como contrário ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos.

Por outro lado, de forma crítica à teoria da independência entre as instâncias, temos a teoria da unidade que, com respeito às posições divergentes, parece-nos mais acertada por levar em consideração o plexo de direitos e garantias constitucionalmente previstas. Essa teoria consigna que as instâncias são interdependentes e que a reiteração de punição por parte do ente estatal encontra óbice constitucional.

Aredês registrou o seguinte acerca da teoria da unidade:

> Assim, a atribuição do poder punitivo à Administração Pública não é vedada, todavia, como seu exercício caracteriza ônus impostos às pessoas pelo descumprimento

> de obrigações legais, não pode ocorrer simultaneamente com o exercício do mesmo poder por outros órgãos estatais ou outros entes federados. O exercício das competências estatais efetiva-se de forma diversa em razão de sua característica intrínseca. Se a atuação do Estado amplia direitos, o exercício simultâneo por diversos órgãos ou entes estatais não apenas é permitido, como é constitucionalmente determinado. Diferentemente ocorre com o poder punitivo, cujo exercício se caracteriza pela imposição da pena. Nessas hipóteses, a determinação constitucional de efetivação dos direitos fundamentais limita o exercício do poder punitivo, tendo em vista que ele se caracteriza pela restrição a direitos, as normas que o regulam devem ser interpretadas em favor das pessoas submetidas ao controle estatal.[29]

Isso porque o direito identifica o caráter repressivo e punitivo das sanções, de forma que a sua aplicação reiterada não comporta aspiração constitucional.Assim, conclui a autora que *"o reconhecimento do ne bis in idem nas relações entre o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador, bem como na imposição de diversas sanções administrativas pelo mesmo fato, é medida necessária à concretização de direitos fundamentais."*

Por levar em consideração o rol de garantias constitucionais, vedando ao Estado a dupla reprimenda sobre o mesmo fato, e não deixando de aplicar puni-lo, a teoria da unidade reconhece a interdependência entre as instâncias, de forma que está frontalmente contrária à teoria da independência e autonomia entre as instâncias.

É a teoria da unidade o melhor caminho.

Ora, vimos que é a partir dessa distinção que se opta pelo agente sancionador – se o Direito Penal, ou o Direito Administrativo.

29. *Ob. cit.* P. 225.

4. DUPLICIDADE DE SANÇÕES INCIDENTES SOBRE O ILÍCITO PENAL E O ILÍCITO ADMINISTRATIVO. PRINCÍPIO DO *NE BIS IN IDEM*

Vimos que a teoria da autonomia e independência entre as instâncias penal e administrativa, que permite a reiteração de punições, está impressa na repartição de competências no âmbito da Constituição Federal.Como adiantado quando do fechamento do capítulo anterior, existem fatos que são puníveis na esfera administrativa e na esfera penal, como no caso dos processos administrativos disciplinares.A duplicidade de sanções que eventualmente possa ocorrer nesses casos, tem o condão de violar o *ne bis in idem*?

No sentir de Nelson Hungria, o *ne bis in idem* resta maculado, porquanto a absolvição no campo penal deve também levar à absolvição no campo administrativo.Analisando o Direito Comparado, temos que há vedação do *ne bis in idem* no caso em estudo.Invocamos, mais uma vez, a lição de Nelson Hungria sobre o tema:

> A única solução lógica está em fixar-se a premissa de que ilicitude e penas administrativas e ilicitude e penas criminais são substancialmente análogas, não passando a separação entre o poder penal administrativo e o poder penal comum de um critério meramente oportunístico ou político. Assim, quando as duas sanções – a penal disciplinar e a penal comum – forem cominadas para o mesmo fato, não padece dúvida a necessidade e coordenação entre os dois poderes, para evitar-se o *ne bis in idem* ou a contradição de pronunciamentos sobre matéria substancialmente idêntica.[30][31]

Para tanto, o autor defende que a pena disciplinar, muitas vezes, deva desaparecer com a absolvição penal.Ressalta, por oportuno, que a pena disciplinar deve ser mantida quando, ainda após a absolvição

30. *Ob cit.* P. 28.

31. *Ob. cit.* P. 30

criminal, subsistir a falta disciplinar do agente.No Direito Comparado, temos algumas interpretações dissonantes quanto à aplicação do princípio. Sinteticamente, citemos algumas:

a) Espanha: em linhas gerais, a Espanha não dispõe expressamente do princípio, mas veda a cumulação de sanções penais e administrativas em matéria de meio ambiente;

b) Alemanha: expressamente vedada a cumulação das sanções em discussão;

c) França: existe normatização no sentido de que as pessoas absolvidas não podem ser acusadas pelos mesmos motivos, ainda que diante de uma qualificação distinta;

d) Itália: não há previsão legal expressa, mas veda a acusação de pessoa que foi absolvida ou condenada após o trânsito em julgado pelo mesmo fato.

Existem autores no direito pátrio que defendem a possibilidade de aplicação de sanções por um mesmo fato em esferas distintas, visto a independência entre as instâncias, conforme exposto.Um exemplo de autor que defende essa posição é Felipe Machado Caldeira, que chega a sustentarque uma prova colhida em um âmbito pode ser aproveitada por outro.[32]

Também como fora adiantado, a posição dominante da jurisprudência e doutrina nacional, no sentido de independência entre as instâncias, possibilitando a aplicação de sanções pela esfera administrativa e penal.

Com o devido respeito, pontuamos que esse raciocínio é ultrapassado e deve ser revisto, pois demonstra claramente que deve ser incluída na legislação vedação expressa ao princípio, visando uma política sancionadora integrada, evitando-se a sobreposição indevida das instâncias.

32. Caldeira, Felipe Machado. A *conformação constitucional do Direito Penal Econômico e a impossibilidade de sobreposição de sanções administrativas e penais*.

Para Regina Helena Lobo da Costa, a interpretação dada no sentido de independência entre as instâncias também não deve se sustentar:

> Em nossa doutrina e, especialmente, em nossa jurisprudência prevalece ainda o paradigma de independência entre as instâncias, que além de não apresentar fundamentação científica convincente, gera diversos resultados paradoxais. Além disso, constrói um modelo que pouco se coaduna com a ideia de unidade da ordem jurídica, como um sistema jurídico estruturado e dotado de racionalidade interna.[33]

A crítica à racionalidade do ordenamento jurídico surge como uma luz para a discussão, pois a estrutura interna do ordenamento jurídico deve ser conexa, e não contar com normas esparsas e desconexas, de forma que as decisões que definirem sobre a inexistência de um fato pela autoridade penal, não devem ser ignoradas pelo poder estatal administrativo.

Assim, tem-se que o *ne bis in idem* decorre também do princípio da proporcionalidade, eis que a cumulação de sanções impostas na via penal e na via administrativa tende a macular o princípio da necessidade.Em seu artigo sobre o tema, Marion Bach trouxe à baila a conceituação da chamada independência mitigada, com fulcro no direito comparado.

O Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) já se manifestou sobre o tema em 2014, quando da análise do caso Grande Stevens, que narrou suposta prática de ilícitos de empresários italianos no âmbito do mercado de capitais.

Vejamos o registro de Bach sobre julgamento proferido pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos:

33. *Direito penal econômico e direito administrativo sancionador:* ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada. 2013.Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

> No caso, o Tribunal analisou o art. 4[34] do Protocolo n. 7 à Convenção para Proteção de Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, que garante o direito a não ser julgado ou punido mais de uma vez pelo mesmo fato. Reconheceu, o TEDH, que, sendo admitida a natureza sancionatória do Direito Administrativo italiano, as punições advindas do Direito Penal e do Direito Administrativo, tendo como origem a mesma conduta, violam a convenção.[35]

Outro emblemático caso resolvido pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos foi a sentença prolatada em 29 de maio de 2001, no caso Franz Fischer em face da Áustria.No caso, um motorista embriagado cometeu um atropelamento a um ciclista, evadindo-se do local sem prestar socorro. O ciclista veio a óbito.Neste caso, o autor sofreu sanção administrativa e penal. Administrativa, primeiro, por conduzir o seu veículo sob a embriaguez e, posteriormente, penal por homicídio culposo.

Aredês, ao se debruçar sobre o estudo de Lucía Alarcón Sotomayor sobre este caso, registrou que:

> O TEDH decidiu que, embora pudesse parecer, à primeira vista, que existissem dois ilícitos, há situações em que um ilícito está contido em outro, de forma que o crime de homicídio culposo absorve a infração administrativa

34. Art. 4º: Direito a não ser julgado ou punido mais de uma vez.

    1. Ninguém pode ser penalmente julgado ou punido pelas jurisdições do mesmo Estado por motivo de uma infração pela qual já foi absolvido ou condenado por sentença definitiva, em conformidade com a lei e o processo penal desse Estado.

    2. As disposições do número anterior não impedem a reabertura do processo, nos termos da lei e do processo penal do Estado em causa, se fatos novos ou recentemente relevados ou um vício fundamental no processo anterior puderem afetar o resultado do julgamento.

    3. Não é permitida qualquer derrogação ao presente artigo com fundamento no artigo 15º da Convenção.

35. Direito Penal e Direito Administrativo Sancionador: Quando a aproximação se torna temerosa.

> de dirigir sob os efeitos de álcool. O Tribunal entendeu que, nestas situações, não há possibilidade de aplicação de duas penalidades sob pena de ofensa à vedação de bis in idem, garantida no art. 4 do Protocolo 7 do Convênio Europeu de Direitos Humanos.[36]

É possível fazer uma ligação entre ajurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos com a concepção trazida por Nelson Hungria no início deste tópico, de forma que a independência entre as instâncias para a aplicação de sanções, tendência essa da jurisprudência brasileira, deve ser revista.

Cumpre-nos, para o deslinde deste estudo, analisar o julgamento da RCL41557/SP, pelo STF, que tratou expressamente do novo conceito de independência mitigada das instâncias para se evitar a desproporcional punição e mácula do princípio do*ne bis in idem* no sistema jurídico pátrio.

5. JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: PRINCÍPIO DO *NE BIS IN IDEM* COMO COMPLEMENTO DO ROL DE GARANTIAS INDIVIDUAIS

Seguindo a ideia de que a doutrina e a jurisprudência pátria necessitavam de um novo olhar mais atento à evolução do direito, no que atine à questão da independência entre as instâncias.Analisando o Direito interno, temos que o Supremo Tribunal Federal já se debruçou sobre esse tema e, felizmente, chegou a indicar contrariedade ao entendimento majoritário da jurisprudência pátria, que reconhece a independência entre as instâncias.Sabemos que a teoria da independência entre as instâncias ainda é majoritária na Suprema Corte, mas saber que o próprio Supremo tem aberto divergência sobre o tema é animador para o estudioso da matéria.

36. AREDÊS, Sirlene Nunes. *Ne bis in idem*: direito fundamental constitucional aplicável na relação entre as esferas penal e administrativa geral no direito brasileiro. Direito, Estado e Sociedade. 52. P. 206. 2018.

E, ainda, apontamos que o Supremo tem recente julgado sobre o tema.

E o Supremo Tribunal o fez por considerar que o princípio do *ne bis in idem* é decorrente do plexo de garantias e direitos fundamentais, o que está acima das disposições contrárias positivadas no ordenamento. Isso porque, como sabido, os princípios têm valor normativo e podem resolver as chamadas "questões difíceis".

Quando do julgamento do HC 80.263/SP, a Suprema Corte balizou a questão e atestou que a incorporação do princípio do *ne bis in idem* é constitucional, justamente por decorrer dos valores da República esculpidos no Texto Maior. *In verbis*:

> A incorporação do princípio do *ne bis in idem* ao ordenamento jurídico pátrio, ainda que sem o caráter de preceito constitucional, vem, na realidade, complementar o rol dos direitos e garantias individuais já previstos pela Constituição Federal, cuja interpretação sistemática leva à conclusão de que a Lei Maior impõe a prevalência do direito à liberdade em detrimento do dever de acusar.

Pois bem.Mais do que isso, temos uma recentíssima decisão proferida pela Suprema Corte: a Reclamação 41.557/SP, onde o Supremo estendeu os efeitos de decisão no âmbito criminal para o campo administrativo.

A Reclamação em tela foi proposta em face de decisão da Justiça Federal que determinou indisponibilidade dos bens do réu em Ação Civil Pública por improbidade administrativa, cujo trancamento do processo em seu desfavor foi determinado pelo STF através do julgamento do HC 158.319/SP[37].Nasceu a controvérsia no átimo em que o Ministério Público Federal teria repetido os mesmos fatos contidos na ação trancada pelo Supremo, sem qualquer conteúdo probatório novo, para se apurar a autoria delitiva do réu.

37. Cuida-se da "Operação Alba Branca".

No julgamento, o Ministro Relator Gilmar Mendes cotejou a questão acerca da independência das instâncias com especial cuidado que o tema merece.Tratou dessa independência como uma "independência mitigada" entre as esferas penal e administrativa, o que visa privilegiar os princípios constitucionais que regem o sistema penal, dentre os quais se destacam o da necessidade, proporcionalidade e subsidiariedade (O próprio Supremo já havia se debruçado sobre o tema)[38].

Houve, inclusive, parecer do Procurador Geral da República no processo, o Dr. Augusto Aras. Eis o teor de sua manifestação, reconhecendo identidade entre os elementos do processo com decisão já balizada pela Corte:

> Em face do exposto, o PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA manifesta-se pela procedência da reclamação, com a confirmação da liminar deferida anteriormente, em razão da ocorrência de desrespeito à autoridade da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no HC 158319, mediante a prática do ato reclamado.

Com base na questão da independência mitigada entre as instâncias, a Corte decidiu, por maioria de votos, que a reclamação deveria ser julgada procedente.Isso porque, segundo o próprio julgado, verificou-se a identidade entre sujeito, conjunto fático probatório e sanções de natureza punitiva[39].

---

38. EMENTA: Processo administrativo e disciplinar. Cassação da aposentadoria. Constitucionalidade. Independência das esferas penal e administrativa. Precedentes. 1. O Supremo Tribunal Federal já se pronunciou no sentido da possibilidade de cassação da aposentadoria, em que pese o caráter contributivo do benefício previdenciário. 2. Independência entre as esferas penal e administrativa, salvo quando, na instância penal, se decida pela inexistência material do fato ou pela negativa de autoria, casos em que essas conclusões repercutem na seara administrativa, o que não ocorre na espécie. 2. Agravo regimental não provido. (STF, RE 1044681 Agr., rel. Min. Dias Toffoli, 6/3/2018).

39. EMENTA: "Reclamação Constitucional. 2. Direito Administrativo Sancionador. Ação civil pública por ato de improbidade administrativa. 3. Possibilidade de se realizar, em sede de reclamação, um cotejo analítico entre acervos probatórios de procedimentos distintos. Caracterizada a relação de aderência temática entre a decisão reclamada e a decisão precedente. 4. Identidade entre os acervos fático-probatórios da

Como já disposto neste artigo, julgamos necessária a expressa previsão sobre a vedação ao *ne bis in idem* no ordenamento jurídico pátrio, visando pacificar a questão e eliminar eventuais conflitos sobre o tema.

Enquanto não temos essa alteração no ordenamento jurídico, consideramos primordial que a doutrina e a jurisprudência passem a analisar a questão sob a ótica dos princípios e garantias constitucionais fundamentais, aplicando-se princípios em detrimento das normas isoladamente postas que, como demonstrado no presente artigo (com a devida vênia), estão em desacordo com o figurino constitucional.

CONCLUSÃO

No presente artigo restou delineado que existe uma distinção substancial entre a figura do ilícito penal e do ilícito administrativo, ainda que ambos tutelem bens jurídicos. O bem jurídico penal, cujos elementos devem estar presentes, deve invocar a necessidade de intervenção penal estatal.

> Distinguimos os ilícitos com base no critério quantitativo e da ofensividade, de forma que os ilícitos penais possam ser identificados em detrimento dos ilícitos administrativos em função da extensão do dano causado pela conduta ilícita.

Entretanto, não discordamos de que nos ilícitos administrativos estejam também envolvidos bens jurídicos penais, mas entendemos que o próprioDireito Administrativo sancionador irá servir para resolver essa questão quando a natureza do ilícito for mais branda.

---

ação de improbidade e da ação penal trancada pelo STF nos autos do HC 158.319/SP. 5. Negativa de autoria como razão determinante do trancamento do processo penal. Obstáculo ao reconhecimento da autoria na ação civil de improbidade. Independência mitigada entre diferentes esferas sancionadoras. Vedação ao bis in *idem.* 6. Liminar confirmada. Reclamação procedente. Determinado o trancamento da ação civil pública de improbidade em relação ao reclamante, com sua exclusão do polo passivo. Desconstituição definitiva da ordem de indisponibilidade de bens."

Do contrário, invoca-se a tutela punitiva estatal penal para a punição, sempre com atenção aos princípios da legalidade, proporcionalidade, subsidiariedade, necessidade e intervenção mínima[40].

> Superada a questão da identificação do campo de juridicidade do ilícito praticado, surge a controvérsia central do artigo.

A questão da vedação do *ne bis in idem*, em virtude da independência das instâncias no Brasil, é critério já ultrapassado e ainda acompanhado por parte da doutrina e jurisprudência.

A chamada teoria da independência e autonomia entre as instâncias não é o melhor caminho, sendo superada pela teoria da unidade, que evita a aplicação de dupla sanção ao jurisdicionado pelo mesmo fato.Constatamos, entretanto, que a teoria da independência e autonomia entre as instâncias é majoritária na jurisprudência pátria, na contramão do Direito Comparado e dos tratados de direitos humanos assumidos pelo Brasil.

Embora o cenário seja este, trouxemos o recentíssimo entendimento proferido pelo Supremo Tribunal Federal na Reclamação n° 41.557/SP, onde foi aderido o conceito da independência mitigada entre as instâncias, para a proteção constitucional de o sujeito não ser punido duas vezes pelo mesmo fato, quando houver identidade de agentes, do contexto fático e probatório já decidido em outra instância.

No nosso sentir, a independência mitigada, asseverada pelo julgado em tela, tem o condão de evitar que princípios constitucionais sejam feridos em função do conceito de independência entre as instâncias, como dito, já ultrapassado.

Para concluir, é necessário o empreendimento de esforços para que seja de fato empregada a ideia de interdependência entre as instâncias, como ocorre em alguns países citados no corpo deste artigo,

40. Como dito, também Miguel Reale invoca o princípio da segurança jurídica. Greco, da fragmentariedade.

para que o sistema funcione de forma mais eficiente e evite punições arbitrárias pelo Poder Público.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AREDÊS, Sirlene Nunes. *Âmbito constitucional de aplicação do Direito Penal e do Direito Administrativo sancionador*. Revista dos Tribunais. 2021;

AREDÊS, Sirlene Nunes. *Ne bis in idem*: direito fundamentalconstitucional aplicável na relação entreas esferas penal e administrativa geral nodireito brasileiro. Direito, Estado e Sociedade. P. 204 a 240. Jan/jun 2018

BACH, Marion. *Direito Penal e Direito Administrativo Sancionador*: quando a aproximação se torna temerosa. Disponível em: https://www.marionbach.com.br/direito-penal-e-direito-administrativo-sancionador-quando-a-aproximacao-se-torna-temerosa.

BELING, Ersnt Von. *Die Lehre vom Verbrechen*. 1906;

BUONICORA, Bruno Tadeu. *A vedação do bis in idem na relação entre Direito Penal e Direito Administrativo sancionador e o princípio da independência mitigada*. Disponível em: https://ibccrim.org.br/publicacoes/edicoes/741/8454;

CALDEIRA, Felipe Machado. *A conformação constitucional do Direito Penal Econômico e a impossibilidade de sobreposição de sanções administrativa e penal*. Disponível em: https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:rede.virtual.bibliotecas:artigo.revista:2012;1000950224.

CARVALHO, Paulo de. Curso de Direito Tributário. 28ª ed. Saraiva. 2017.

COSTA, Helena Regina Lobo da. *Direito Penal econômico e Direito Administrativo sancionador*: *ne bis in idem* como medida de política sancionadora integrada. 2013.Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013;

D'ÁVILA, Fábio Roberto. *Direito Penal e direito sancionador*. Sobre a identidade do Direito Penal em tempos de diferença. Revista Brasileira de Ciências Cirminais. Vol 60/2006. P. 09-35. 2006.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Temas básicos da doutrina penal*. Sobre os fundamentos da doutrina penal esobre a doutrina geral do crime. Coimbra: Editora Coimbra, 2001.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal. Parte geral*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

GOLDSCHMIDT, James. *Direito Penal Administrativo* (Das Verwaltungsstrafrecht) (Eint Untersuchung der Grezgebiete zwischen Strafrecht Verwaltungsstrafrecht), 1902;

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal I*. – 18. Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016.

MAIA, Rodolfo Tigre. *O princípio do* ne bis in idem *e a Constituição Brasileira de 1988*. Boletim Científico, Brasília, ano. 4, n. 16, p. 11-75, jul./set. 2005.

REALE JÚNIOR, Miguel. Ilícito Administrativo e o jus puniendi geral. In: PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal contemporâneo*: estudos em homenagem ao Professor José Cerezo MirSão Paulo, Ed. RT, 2007.

TORRES, Guilherme Coutinho. *O Direito Administrativo sancionador e sua relação com o Direito Penal*. 2019. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/73354/o-direito-administrativo-sancionador-e-sua-relacao-com-o--direito-penal.

XV

O direito à moradia e as políticas em favor das mulheres nos programas de incentivo à aquisição de imóveis residenciais urbanos

*José Marcelo Tossi Silva**

*Samantha Ribeiro Meyer-Pflug Marques***

SUMÁRIO: Introdução. 1. Igualdade formal e material entre homens e mulheres. 2. Direito à moradia. 3. A celebração de contratos e recebimento de direitos reais sobre imóveis urbanos nas Leis Minha Casa Minha Vida e Programa Casa Verde e Amarela e na Lei nº 13.465/2017. 3.1. A preferência da mulher para a celebração dos contratos e o recebimento de direitos reais. 3.2.A atribuição da propriedade nas hipóteses de separação, divórcio e extinção de união estável. 4. A prevalência da mulher para a aquisição de direito real e o registro imobiliário. Conclusões. Referências.

INTRODUÇÃO

O direito à moradia, que conta com tutela específica na Constituição Federal e passou a ser previsto como direito social a partir da

(*) Juiz de Direito em São Paulo. Mestre em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Especialista em Direito de Família e das Sucessões pela Escola Paulista da Magistratura – EPM, Doutorando em Direito Empresarial pela Universidade Nove de Julho – Uninove. marcelotossi@uol.com.br

(**) Doutora e Mestre em Direito pela PUC/SP. Professora do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da UNINOVE. Presidente da Academia Internacional de Direito e Economia-AIDE. samanthameyer@uol.com.br

Emenda Constitucional nº 26/2000, mantém estreita relação com o direito à propriedade e com o direito à posse passível de tutela jurídica segura em casos específicos de regularização fundiária[1].

Nesse sentido, incumbe ao Estado formular e implementar políticas públicas que garantam o direito à moradia dos cidadãos. Por outro lado, também é dever do Poder Público promover a organização das cidades em conformidade com critérios urbanísticos previamente definidos em legislação própria e realizar a regularização dos núcleos e assentamentos implantados de maneira informal ou irregular.

A concretização do direito à moradia, promovida por meio de políticas públicas que abrangem incentivos aos empreendedores imobiliários, concessão de créditos subsidiados aos adquirentes de imóveis e regularização fundiária. Em certos casos, precisa ser acompanhada de medidas que permitam a inclusão social e redução de desigualdades em prol das mulheres.

As mulheres representam mais da metade da população do Brasil, e a despeito da Constituição de 1988 garantir expressamente em seu art. 5°, inc.I: "a igualdade entre homens e mulheres nos termos desta Constituição", as mulheres ainda são consideradas minorias no que diz respeito a fruição de direitos. A desigualdade entre homens e mulheres se mostra mais acentuada no tocante aos direitos sociais, tendo em vista, que muitas mulheres se encontram fora do mercado de trabalho, se dedicando aos afazeres domésticos e aos cuidados com os filhos, ou atuam no mercado informal (sem os direitos trabalhistas e previdenciários assegurados), ganham menos que os homens ocupando os mesmos cargos, são vítimas de violência doméstica, de casamento precoces, dentre outros fatores.

Nesse contexto, assegurar o direito à moradia às mulheres, se mostra uma política pública de extrema relevância quando se tem

1. Os arts. 25 e seguintes da Lei nº 13.465/2017 dispõem sobre a legitimação de posse, na Regularização Fundiária Urbana, como instrumento para a aquisição do domínio do imóvel após o decurso dos prazos neles previstos.

em vista a necessidade de se empoderar meninas e mulheres como previsto na ODS n. 5 da Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas para o desenvolvimento sustentável. Não se pode alcançar o tão desejado desenvolvimento sustentável, deixando para trás mais da metade da população de um país no que diz respeito ao acesso à educação, trabalho, saúde, alimentação e moradia.

Desse modo, a conjunção de políticas públicas afirmativas dos direitos à moradia com medidas de redução de desigualdades em relação às mulheres foi prevista na Lei nº 11.977/2009 (Minha Casa Minha Vida) e reproduzida na Lei nº 14.118/2021 (Programa Casa Verde e Amarela).

De igual forma ocorre com a Lei nº 13.465/2017 que em seu art. 10, inc. XI, dispõe que na Regularização Fundiária Urbana (Reurb) os direitos reais serão preferencialmente outorgados em nome da mulher.

A regular implantação, que é a precedida das licenças urbanísticas e ambientais quando exigíveis e do respectivo registro no Registro Imobiliário, também se presta para a consecução de políticas públicas destinadas ao fomento da obtenção de moradia por meio do incentivo aos empreendedores e concessão de subsídios para a aquisição de imóveis pela população com menor renda. Vale dizer que as mulheres são maioria da população de baixa renda.

Destarte, mostra-se relevante, para a finalidade pretendida neste artigo, examinar a questão da preferência conferida à mulher como medida efetiva para diminuir a desigualdade de gênero e dar suporte à família que for por ela mantida.

Neste estudo serão analisadas detidamente as questões relacionadas com as políticas afirmativas para a aquisição de moradias com outorga preferencial dos títulos de propriedade para mulheres, incluindo aquelas que se separarem, divorciarem, ou romperem a união estável depois da celebração do contrato aquisitivo, em conformidade com os programas Minha Casa Minha Vida e Casa Verde e Amarela.

A metodologia empregada é a dedutiva e a pesquisa bibliográfica, documental e jurisprudencial.

1. IGUALDADE FORMAL E MATERIAL ENTRE HOMENS E MULHERES

O inc. I do art. 5° da Constituição Federal de 1988 é enfático ao estabelecer que homens e mulheres são iguais perante a lei, nos termos desta Constituição, ou seja, respeitadas as próprias distinções feitas pelo Texto Constitucional, como aposentadoria com idade menor que os homens. Assegurou-se expressamente a igualdade formal de homens e mulheres, o que representou uma grande conquista para as mulheres. Conforme José Afonso da Silva, a igualdade entre homens e mulheres contida na regra geral de igualdade perante a lei é, ainda, contemplada nas demais normas constitucionais que vedam a discriminação de sexo: "Essa igualdade já se contempla na norma geral da igualdade perante a lei. Já está também contemplada em todas as normas constitucionais que vedam discriminação de sexo (arts. 3º, IV, e 7º, XXX) (...)[2].

Contudo, a garantia do direito à igualdade perante a lei, de que a igualdade em direitos e obrigações é consequência, não basta para afastar as desigualdades que de fato se verificam entre os gêneros e que decorrem de fatores distintos, em especial os culturais que são estreitamente ligados aos sociais e aos econômicos. A igualdade material, que diz respeito à igualdade diante dos bens da vida, ainda é uma meta a ser alcançada pelo Estado.

Em nosso sociedade, em parte devido a divisão sexual do trabalho, ainda se atribui à mulher, de forma preponderante, a responsabilidade pelos cuidados diretos da casa, dos filhos e dos parentes idosos,

2. SILVA, José Afonso da, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 42ª ed., São Paulo: Malheiros, 2017, p. 219.

mesmo que ela esteja inserida no mercado de trabalho e obtenha renda dessa atividade[3].

A isso soma-se a dificuldade em obter formação escolar adequada para o exercício de atividades melhor remuneradas que, embora não restrita às mulheres, constitui fator impeditivo para a obtenção de renda suficiente para a aquisição de imóvel apto a proporcionar moradia digna, ou seja, dotado de construção adequada e com acesso aos serviços públicos essenciais. As mulheres normalmente optam por carreiras ligadas ao cuidado que são aquelas com menor remuneração, ao invés de carreiras como tecnologia da informação, engenharia que são mais bem remuneradas por exemplo.

Outro desafio reside na dificuldade de a mulher conciliar o trabalho com os afazeres domésticos, cuidado com os filhos, a denominada dupla jornada a que estão submetidas e que se constitui um obstáculo para o acesso ao trabalho formal, e também para sua ascensão na carreira.

Destarte, a igualdade formal que decorre das normas constitucionais e infraconstitucionais não basta por si só para afastar as desigualdades materiais entre os gêneros, masculino e feminino, o que demanda políticas públicas específicas, inclusive no que se refere ao direito à moradia, objeto desse estudo.

3. Segundo Hildete Pereira de Melo: "O avanço da industrialização e do seu corolário – a urbanização – separaram a mulher e sua família da esfera produtiva, tornando-a mera dona-de-casa. Esta uma figura criada pela sociedade moderna ao deslocá-la das antigas funções econômicas exercidas pelas famílias. O invisível é desvendado no plano simbólico quando se caracterizam os afazeres domésticos como trabalho complementar, acessório, de ajuda. O paradigma, da "naturalidade" da divisão sexual do trabalho, impõe às mulheres a responsabilidade pelo espaço doméstico, com um ônus alto pelo conjunto das funções reprodutivas. Mesmo o aumento de sua participação no mercado de trabalho não levou a uma maior distribuição das tarefas domésticas entre os membros da família, e tampouco gerou, ainda, uma ruptura total na estrutura patriarcal da família" (MELO, Hildete Pereira de, "Gênero e Pobreza no Brasil – Relatório Final do Projeto *Governabilidad Democratica de Gênero em America Latina y el Caribe*", Brasília:CEPAL/SPM, 2005, p. 4, disponível in file:///D:/Artigo%20-%20Propriedade%20Mulher/Relat%C3%B3rio%20G%C3%AAnero%20e%20Pobreza%20no%20Brasil.pdf, consulta 18.01.2022).

2. DIREITO À MORADIA

A Constituição da República em seu Título II dedica seu segundo Capítulo para tratar dos "direitos sociais" que possui seis artigos. Contudo, se limita no art. 6º apenas a enumerar quais são os direitos sociais, sem especificar de que maneira eles serão prestados. Na verdade, a regulamentação desses direitos só é verificável no Título VIII da Constituição, que cuida da "Ordem Social". Os demais artigos do capítulo tratam tão-somente dos direitos dos trabalhadores, ou seja, aqueles que possuem vínculo empregatício.[4]

O art. 6º do Texto Constitucional em sua redação original estabelecia que são direitos sociais: a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados, na forma prevista na Constituição. A Emenda Constitucional n. 26/2000 inseriu no referido rol o direito à moradia e, posteriormente a Emenda Constitucional n. 64/2010 introduziu o direito à alimentação. As primeiras Constituições no mundo a contemplar os direitos sociais foram a Constituição Mexicana de 1917 e a de Weimar de 1919, a partir delas a maioria das constituições posteriores passaram a contemplar os direitos sociais em seus textos.[5]

A Constituição de 1988 demonstrou uma grande preocupação com a garantia dos direitos sociais e ao enumerá-los expressamente em seu texto acabou por impor ao Poder Legislativo e Executivo a necessidade de formulação de políticas públicas para assegurá-los na prática. Explica Joaquim José Gomes Canotilho que: "são autênticos direitos subjetivos inerentes ao espaço existencial do cidadão, independentemente da sua justicialidade e exeqüibilidade imediatas."[6]

4. BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil.* São Paulo: Saraiva, 2º vol, 3ºed., 2004, p. 428.

5. Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*, 34ºed., São Paulo: Ed. Saraiva, 2008, p. 351.

6. CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição,* 6º ed., Coimbra: Almedina, 2002, 474.

Em virtude desse caráter social do texto constitucional é que se vislumbra o caráter dirigente de suas normas.[7]

No entanto, em virtude de os direitos sociais vincularem os demais poderes e necessitarem de verbas para serem implementados, tendo em vista a necessidade de se assegurar a força normativa da Constituição[8], a Lei Fundamental alemã de 1949 optou por não disciplinar os direitos sociais, deixando sua regulamentação para as leis infraconstitucionais. Todavia, nos países da América Latina, a maioria das Constituições assegura um amplo rol de direitos sociais e assim deve ser, pois é necessário conferir maior eficácia a esses direitos e evitar que a legislação infraconstitucional possa retirar a fruição desses direitos pelos cidadãos.

Os direitos sociais, direitos de segunda dimensão conferem ao indivíduo o direito a prestações estatais, ou seja, prestações positivas, como saúde, educação, trabalho, dentre outros. Contudo, na realidade observa-se que os Poderes Executivo e Legislativo não conseguem implementar as políticas públicas necessárias para a efetivação desses direitos de maneira satisfatória. As razões que levam a esse insucesso são inúmeras, dentre as quais, destacam-se os objetivos eleitorais, a própria incapacidade técnica dos agentes e a escassez de recursos.

Não há negar-se uma sociedade que não pode contar com serviços públicos de qualidade e os indivíduos não possam fruir dos seus direitos sociais, não logrará exercer sua cidadania de forma plena. Há que se reconhecer igualmente que a limitação de recursos constitui-se em impedimento para a efetivação plena dos direitos sociais[9].

7. Cf. CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição,* 6º ed., Coimbra: Almedina, 2002.

8. Cf. GUERRERO, Manuel Medina. *La vinculacion negativa del legislador a los derechos fundamentales*, Madrid: Estudios de Ciencias jurídicas, 1996.

9. VERONESE, Alexandre. "Art.6º. *In: Comentários à Constituição Federal de 1988*. Coordenadores: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 367.

Os direitos sociais são direitos de implementação progressiva, pois dependem de orçamento para tanto, isso não está a significar que sejam desprovidas de efeitos jurídicos[10]. Pelo contrário todas as normas constitucionais são dotadas de uma eficácia mínima.[11] E os direitos sociais conformam todo o sistema normativo, impedindo que normas em sentido contrário sejam editadas.

O direito à moradia consiste basicamente no direito a se ter um lar e está diretamente relacionado com a própria dignidade da pessoa humana. Trata-se de um direito fundamental e de um direito humano previsto na Declaração dos Direitos Humanos:

> Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis.

É o direito a morar em um local com as condições mínimas necessárias à sobrevivência, ou seja, saneamento básico, agua, energia elétrica, luz elétrica e coleta de lixo. Visa-se garantir o direito a morar em um lugar com dignidade e com acesso aos serviços públicos essenciais, escolas, hospitais, transportes, dentre outros. Nesse contexto, foram criados programas sociais com vistas a concretizar esse direito, como Minha Casa Minha Vida e Casa Verde e Amarela.

10. Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade.* São Paulo: Celso Bastos Editor; Publicação do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2ºed., 1999, p.47.

11. BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional* 2ºed. rev. e ampl. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999, p. 97

3. A CELEBRAÇÃO DE CONTRATOS E RECEBIMENTO DE DIREITOS REAIS SOBRE IMÓVEIS URBANOS NAS LEIS MINHA CASA MINHA VIDA E PROGRAMA CASA VERDE E AMARELA E NA LEI Nº 13.465/2017

A Lei nº 11.977/2009 instituiu o Programa Minha Casa Minha Vida – PMCMV que teve por finalidade incentivar a construção e a aquisição de novas unidades habitacionais e a requalificação dos imóveis urbanos e rurais, destinados às famílias com renda mensal originalmente fixada em até dez salários mínimos (Medida Provisória nº 514/2010) que foi posteriormente alterada para R$ 4.650,00 pela Lei nº 12.424/2011.

Para a finalidade da sua aplicação, o art. 1º, § 1º, inc. I da Lei nº 11.977/2009 previu como grupo familiar a "unidade nuclear composta por um ou mais indivíduos que contribuem para o seu rendimento ou têm suas despesas por ela atendidas e abrange todas as espécies reconhecidas pelo ordenamento jurídico brasileiro, incluindo-se nestas a família unipessoal".

Essa lei, que também regulamentou a regularização fundiária, foi parcialmente revogada e alterada pela Lei nº 13.465/2017 que, entre outras matérias, passou a dispor sobre a regularização fundiária urbana e rural.

O Programa Minha Casa Minha Vida, por sua vez, foi substituído pelo Programa Casa Verde e Amarela instituído pela Lei nº 14.118/2021.

Em sua formulação o programa Minha casa Minha Vida visou suprir a demanda habitacional das famílias que para efeito de contratação de financiamentos subsidiados foram divididas em faixas de renda definidas pelo Poder Executivo Federal[12].

12. Conforme o art. 3º, inciso II, da Lei nº 11.977/2009.

O Programa Casa Verde e Amarela, que substituiu o Minha Casa Minha Vida, também instituiu mecanismos para a concessão de subvenções econômicas para a aquisição de imóveis pelas famílias beneficiadas.

Sendo os imóveis destinados à moradia familiar, a Lei nº 11.977/2009 previu nos arts. 35 e 35-A a celebração dos contratados aquisitivos preferencialmente em nome da mulher chefe de família, com a ressalva de que nas hipóteses de dissolução de união estável, separação ou divórcio o título de propriedade será registrado em nome da mulher ou a ela transferido, independente do regime de bens, desde que adquirido no âmbito do programa Minha Casa Minha Vida e com recursos oriundos do orçamento geral da União, do FAR e do FDS.

Foi ressalvado, contudo, o registro ou a transferência do título de propriedade ao ex-marido, ou ex-companheiro, que receber a guarda exclusiva dos filhos menores, com posterior reversão da transmissão caso alterada a guarda, assim como excluiu dessas disposições os imóveis financiados com recursos do FGTS.

Essas disposições foram repetidas nos arts. 13 e 14 da Lei nº 14.118/2021 que instituiu o Programa Casa Verde e Amarela, inclusive no que se refere às hipóteses em que a guarda dos filhos for atribuída de forma exclusiva ao homem nos casos de separação, divórcio e extinção de união estável, salvo se for posteriormente alterada, caso em que a titularidade será revertida para a mulher (art. 14, parágrafo único, da Lei nº 14.118/2021).

Também no âmbito do Programa Casa Verde e Amarela a preferência conferida à mulher é afastada para os imóveis adquiridos ou regularizados com financiamentos firmados com recursos do FGTS (art. 13, § 2º, da Lei nº 14.118/2021).

Para a efetiva constituição do direito real em favor exclusivo da mulher chefe de família, que por ato *inter vivos* ocorre com o registro no Registro Imobiliário, o art. 13, *caput*, e seu § 1ª, da Lei nº 14.118/2021 determinam que a propriedade será registrada sem a

exigência dos dados relativos ao cônjuge ou companheiro e ao regime de bens, exceto no que se refere aos contratos de financiamento celebrados com recursos do FGTS.

Para essa finalidade, a celebração dos contratos e os respectivos registros independem da outorga do cônjuge, qualquer que seja o regime de bens, o que prevalece para os imóveis adquiridos, construídos ou regularizados pelo Programa Casa Verde e Amarela.

O art. 14 da Lei nº 14.118/2001 dispõe que a dispensa da outorga conjugal e a prevalência do direito exclusivo ao recebimento do direito real também ocorre nas hipóteses em que a guarda dos filhos é atribuída ao genitor, ocorrendo a separação, o divórcio ou a dissolução da união estável.

A dispensa da outorga conjugal, independente do regime de bens e da apresentação dos documentos relativos ao cônjuge, para efeito de celebração e registro do contrato, também foi prevista no art. 73-A da Lei nº 11.977/2009[13] que, porém, não remete de forma direta às hipóteses de outorga do direito real ao homem, cônjuge ou companheiro que permanecer com a guarda dos filhos.

Outrossim, o art. 15 da Lei nº 14.118/2021 dispõe que "Os prejuízos sofridos pelo cônjuge ou pelo companheiro em razão do disposto nos arts. 13 e 14 desta Lei serão resolvidos em perdas e danos", o que somente foi previsto no § 2º do art. 73-A da Lei nº 11.977/2009 que diz respeito aos contratos originalmente celebrados em nome da mulher chefe de família.

Por fim, a preferência da mulher para a aquisição dos imóveis regularizados com recursos fornecidos no âmbito do Programa Casa Verde e Amarela mantém consonância com o inc. XI do art. 10 da Lei

13. "Art. 73-A. Excetuados os casos que envolvam recursos do FGTS, os contratos em que o beneficiário final seja mulher chefe de família, no âmbito do PMCMV ou em programas de regularização fundiária de interesse social promovidos pela União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, poderão ser firmados independentemente da outorga do cônjuge, afastada a aplicação do disposto nos arts. 1.647 a 1.649 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil)".

nº 13.465/2017 que estabelece igual preferência para a concessão de direitos reais sobre os imóveis que forem objeto da Regularização Fundiária Urbana – Reurb nela regulamentada.

3.1. A preferência da mulher para a celebração dos contratos e o recebimento de direitos reais

Os programas Minha Casa Minha Vida e Casa Verde e Amarela se destinam à aquisição, construção, reforma e regularização de imóveis urbanos destinados à moradia de grupo familiar que, como previsto na Lei nº 11.977/2009, pode ser unipessoal.

Conforme Gilmar Ferreira Mendes, o direito à moradia, por ser fundamental, apresenta tanto natureza negativa, que decorre do direito de defesa, como natureza positiva. Afirma o autor:

> Como direito fundamental, o direito à moradia possui tanto natureza negativa quanto positiva. Em relação à natureza negativa, ou seja, direito de defesa, o direito à moradia impede o indivíduo de ser arbitrariamente privado de possuir uma moradia digna. Merece destaque, nesse aspecto, a proibição de penhora do chamado bem de família (Lei n. 8.009/99).
>
> A natureza positiva do direito à moradia apresenta-se, por sua vez, em "prestações fáticas e normativas que se traduzem em medidas de proteção de caráter organizatório e procedimental". Ingo Sarlet destaca que um bom exemplo de medidas de proteção e com caráter organizatório e procedimental é o Estatuto da Cidade (Lei n. 10.257/2001). Este, ao traçar as diretrizes gerais da política urbana, deu importante passo para garantia do direito à moradia condigna no Brasil e implementou instrumentos que visam sua concretização prática. [14]

14. MENDES, Gilmar Ferreira, Branco, Paulo Gustavo Gonet, *Curso de Direito Constitucional*, 15ª ed., São Paulo: Saraiva, 2020, p. 740.

A finalidade de propiciar moradia às famílias que necessitam de recursos subsidiados para a aquisição, reforma ou regularização de imóveis, entretanto, não afasta a adoção de critérios complementares para o atendimento das famílias com necessidades específicas, como ocorre com as formadas por pessoas portadoras de doenças crônicas, idosas, ou por alguma razão incapazes para prover o próprio sustento.

A finalidade dos referidos programas também não é incompatível com a adoção de políticas destinadas a reduzir desigualdade de gêneros, com fixação da preferência da celebração de contratos e outorga de direitos reais em favor das mulheres.

Como políticas afirmativas, foram previstas: a prioridade de atendimento das famílias em que incumbe às mulheres a responsabilidade pela unidade familiar (art. 3º, inc. IV, da Lei nº 1.977/2009) ou de que façam parte pessoas com deficiência, idosas, ou com prioridades definidas em leis específicas (art. 4º, inc. III, da Lei nº 14.118/2021); a preferência para a celebração dos contratos e registro em nome da mulher (art. 35 da Lei nº 1.977/2009 e 13, *caput*, da Lei nº 14.118/2017); a concessão do título de regularização fundiária preferencialmente para a mulher (Lei nº 3.465/2017)[15].

Não há controvérsia relevante sobre a adequação dessas políticas afirmativas como modo de redução das desigualdades de gênero.

Cabe lembrar que os financiamentos subsidiados dos programas Minha Casa Minha Vida e Casa Verde e Amarela são destinados a famílias com rendas não elevadas, que dificilmente obteriam recursos suficientes para o pagamento dos preços das aquisições dos imóveis, da sua reforma (readequação), construção ou regularização sem prejuízo do necessário ao restante do sustento familiar.

Portanto, a par da redução da desigualdade de gênero pela preferência à mulher e às famílias sob sua responsabilidade, a inclusão

15. Essa preferência foi mantida pela Lei nº 13.465/2017 que revogou o art. 58, § 2º, da Lei nº 11.977/2009.

das famílias ou com pessoas deficientes ou idosas também constitui política pública para a concretização do direito à moradia como direito social (art. 6º da Constituição Federal).

Essas normas, como anteriormente exposto, são aplicadas em conjunto com as que tratam da transmissão do direito real exclusivamente para a mulher nos casos de separação, divórcio e extinção da união estável ocorridos no curso do contrato de aquisição, ou mesmo após a outorga do direito real, exceto se o financiamento for promovido com recursos do FGTS ou a guarda dos filhos permanecer de forma exclusiva com o marido, que tiveram a constitucionalidade questionada em ações judiciais.

3.2. A atribuição da propriedade nas hipóteses de separação, divórcio e extinção de união estável

Nas situações de litígio entre homem e mulher, decorrentes do rompimento do relacionamento conjugal ou união estável no curso do contrato, questionou-se no Poder Judiciário a constitucionalidade da prevalência da mulher como única titular do direito real decorrente de contrato celebrado antes do referido rompimento, bem como a preferência conferida ao homem ou à mulher que permanecer com a guarda exclusiva dos filhos, com declaração, por alguns tribunais, da inconstitucionalidade dessas previsões por violação do princípio da isonomia e por caracterizar discriminação injustificada entre os sexos.

Celebrado o contrato em nome da mulher ou do homem casados ou em união estável pelo regime da separação de bens convencional[16],

16. Ou legal a partir da vigência do Código Civil de 2002, desde que não haja esforço comum para a aquisição odo bem. O Supremo Tribunal Federal, pela Súmula nº 377, editada em 03.04.1964, fixou o seguinte entendimento: "No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento". Por sua vez, o Superior Tribunal de Justiça manteve o reconhecimento da comunhão dos aquestos, no regime da separação legal de bens, mas desde que comprovado o esforço comum dos cônjuges ou companheiros para a sua aquisição. Nesse sentido o trecho da ementa:. Nos moldes do art. 258, II, do Código Civil de 1916, vigente à época dos fatos (matéria atualmente regida pelo art. 1.641, II, do Código Civil de 2002), à união estável de

não há razão para o título de domínio não seja outorgado em favor do comprador.

Entretanto, estabelecido regime de bens diverso, em que presumida a contribuição mútua para a aquisição do imóvel, em relação aos contratos vinculados à Lei nº 11.977/2009[17] questionou-se sobre a exclusão do homem, ou da mulher quando não receber a guarda dos filhos do casal, porque, nesse caso, seriam privados do direito real, especialmente em razão da inexistência de previsão especifica de recomposição do patrimônio mediante indenização[18].

---

sexagenário, se homem, ou cinquentenária, se mulher, impõe-se o regime da separação obrigatória de bens.

2. Nessa hipótese, apenas os bens adquiridos onerosamente na constância da união estável, e desde que comprovado o esforço comum na sua aquisição, devem ser objeto de partilha.

3. Embargos de divergência conhecidos e providos para negar seguimento ao recurso especial" (EREsp 1171820/PR, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 26/08/2015, DJe 21/09/2015).

17. Omitiu-se a curatela dos filhos com deficiência decorrente de doença mental incapacitante, situação semelhante à guarda dos filhos menores.

18. O Tribunal Regional Federal da 4ª Região decidiu pela incidência do art. 35-A da Lei nº 11.977/2009 na partilha de bens decorrente da dissolução da sociedade conjugal, em acórdão que teve a seguinte fundamentação: "*A autoridade coatora julgou improcedente ação de divórcio litigioso cumulada com partilha de bens e alimentos, ajuizada por R. F. contra F. C. O. F.. A sentença determinou que o imóvel – que havia sido adquirido através do Programa Minha Casa, Minha Vida, junto à impetrante – passaria a ser de propriedade exclusiva da ré F. Assim, foi ordenada a expedição de ofício à impetrante, a fim de excluir R. F. da relação contratual, já que os débitos do financiamento referente ao imóvel passariam a ser de responsabilidade exclusiva de F. O art. 35-A, da Lei n° 11.977/2009 – Lei que disciplina o Programa Minha Casa, Minha Vida – prevê que, em caso de dissolução da sociedade conjugal, o título da propriedade do imóvel será registrado em nome da mulher ou a ela transferido: Art. 35-A. Nas hipóteses de dissolução de união estável, separação ou divórcio, o título de propriedade do imóvel adquirido no âmbito do PMCMV, na constância do casamento ou da união estável, com subvenções oriundas de recursos do orçamento geral da União, do FAR e do FDS, será registrado em nome da mulher ou a ela transferido, independentemente do regime de bens aplicável, excetuados os casos que envolvam recursos do FGTS. (Grifou-se) O parágrafo único desse artigo trata apenas de uma exceção, quando o marido ou companheiro tenha a guarda exclusiva dos filhos do casal1. Porém, não é esse o caso dos autos, considerando que a guarda da filha do casal será exercida por Fernanda (de acordo com a fl. 45). Por fim, ressalte-se que está correta a decisão da autoridade coatora, não havendo ilegalidade ou abuso de poder, devendo ser denegada a segurança*" (TRF-4 – MS: 7867020154040000 PR 0000786-70.2015.404.0000, Terceira Turma, Relator

O art. 35-A da Lei nº 11.977/2009 foi declarado inconstitucional pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo na Arguição de Inconstitucionalidade nº 0083671-96.2015.8.26.0000[19], por acórdão que decidido que não há situação de desigualdade ou de vulnerabilidade, objetivamente considerados, que justifique o tratamento diferenciado dado à mulher em detrimento do homem, ou ao homem em detrimento da mulher (na manutenção da guarda dos filhos), o que viola o princípio da isonomia, além de caracterizar discriminação injustificada em razão do sexo que é vedada pelo art. 3º, inc. IV, da Constituição Federal, caracterizando ofensa ao princípio da razoabilidade e ao direito de propriedade[20].

Des. Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, j 29.04.2015 –cf. https://www2.trf4.jus.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=trf4&documento=7516889&hash=3ba76f27039b149120a4db01912049c3, consulta 20. 01. 2022).

19. Julgado em 09.03.2016, Relator Desembargador Ferreira Rodrigues.

20. Com fundamento na declaração de inconstitucionalidade pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento da Apelação Cível nº 1009583-57.2018.8.26.0132, 2ª Câmara de Direito Privado, Relator Des. José Joaquim dos Santos, j. 13.12.2021, foi determinada a partilha do imóvel entre os ex-companheiros, por acórdão com a seguinte ementa: "Ação de reconhecimento e dissolução de união estável cumulada com partilha de bens e alimentos – Sentença de parcial procedência – União estável mantida pelo período de 1º de agosto de 2007 a julho de 2018 – Partilha dos bens amealhados nesse interregno em 50% para cada parte – Alimentos devidos à filha fixados em 65% do salário mínimo – Sucumbência recíproca, condenando cada uma das partes no pagamento de metade das custas e dos honorários advocatícios do patrono do adverso, arbitrados em 10% do valor atualizado da causa, observando-se a gratuidade judiciária. Apelação cível do requerido – Sentença mantida – Apelante que não se desincumbiu de provar a separação do casal de 2012 a 2014, oportunidade em que adquiriu um terreno, nele edificando um imóvel – Partilha, portanto, que é de rigor – Elementos nos autos evidenciando possibilidade financeira suficiente para pagar os alimentos no percentual arbitrado, sendo pedreiro autônomo ou empreiteiro como afirma a parte contrária, reputando ínfimo o valor ofertado (1/3 do salário mínimo) – Recurso improvido. Recurso da autora – Sentença mantida – Inviável a partilha de terreno de propriedade de terceiros (genitor do apelado) – Bem, ademais, adquirido antes do início da união estável – Partilha do imóvel adquirido pela apelada, pelo Programa Minha Casa Minha Vida, mantida – Artigo 35-A da Lei 11.977/09 que viola o princípio da isonomia – Inconstitucionalidade do dispositivo reconhecida pelo col. Órgão Especial deste eg. Tribunal de Justiça, não havendo falar, destarte, em propriedade exclusiva do bem – Barco e carreta que não podem ser objeto de partilha na presente demanda, sendo incluída em sede de alegações finais, não observados o contraditório e ampla defesa – Majoração dos honorários recursais para 11% do valor

De igual modo foi decidido pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais na Arguição de Inconstitucionalidade nº 0542932-20.2012.8.13.0702[21].

No mesmo sentido, e por semelhantes fundamentos, posicionou-se o Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul no julgamento da Arguição de Inconstitucionalidade nº 01-95059-52.2019.8.21-7000 (nº 70082231507)[22], mas, porém, sem unanimidade entre os julgadores.

---

atualizado da causa – Recurso improvido" (cf. https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do;jsessionid=2F34F3030E8FD184237E2763972AA0CC.cjsg3, consulta em 20. 01. 2022).

21. Julgado em 11.03.2015, publicado 15.05.2015, Relator Desembargador Wagner Wilson Ferreira, constando na fundamentação do acórdão: "Não se nega a necessidade de o Estado intervir em algumas relações através de ações afirmativas, capazes de garantir a igualdade material e a justiça pluralista e compensatória. Contudo, essas ações afirmativas devem ser temporárias e limitadas à efetiva necessidade na busca da igualdade material das minorias, sob pena de se criar situações injustas e, efetivamente, desiguais. A mulher, historicamente, sofreu grande discriminação, entretanto, a luta pelo fim de todo tipo de discriminação, exclusão ou restrição baseada no sexo, vem alcançando importantes avanços, que não podem ser ignorados ou desrespeitados pela edição de lei, supostamente protecionista, que acaba criando odiosa discriminação. Ora, se os homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, de acordo com a Constituição Federal de 1988, como se justifica o regramento legal que cria um benefício patrimonial em favor da mulher, em evidente discriminação e prejuízo ao homem?" (Cf. https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/188946557/arg-inconstitucionalidade-arg-10702120542932002-mg, consulta em 08.01.2022).

22. Julgado em 10.10.2019, Relator Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos, por acórdão que teve o seguinte trecho da ementa: "O art. 35-A da Lei nº 11.977/2009 atribui o título de propriedade do imóvel, adquirido no âmbito do Programa Minha Casa Minha Vida, à mulher, nas hipóteses de dissolução da união estável, separação ou divórcio, independente do regime de bens aplicável. Excetua, apenas, quando os recursos utilizados forem oriundos do FGTS, ou quando o homem tiver a guarda exclusiva dos filhos do casal. 2. A despeito das boas intenções do instrumento legislativo, a atribuição da propriedade do bem imóvel integralmente à mulher – quando do divórcio, separação ou dissolução da união estável – ou integralmente ao homem – quando titular exclusivo do direito de guarda dos filhos – é inconstitucional, por violar o princípio da igualdade, inscrito nos artigos 3º, IV, e 5º, I, da CF/88. 3. Não se trata, pois, de defesa dos direitos do gênero masculino ou do gênero feminino, haja vista que o dispositivo questionado é nocivo para ambos. Não se pode confundir nítida violação do princípio da igualdade de gênero com ação afirmativa dos direitos da mulher. 4. Há, também, desrespeito à igualdade de direitos e deveres na sociedade conjugal, conforme leciona o artigo 226, §5º, da CF/88. 5. O dispositivo em comento vilipendia lições básicas de Direito Civil, referentes ao direito de propriedade e regime de partilha de bens, uma

Em seu voto vencido, o Desembargador Rui Portanova posicionou-se pela improcedência do incidente de arguição de falsidade porque, em suma:

I) o art. 35-A da Lei nº 11.977/2009 visa a implementação de política pública em que: "o Estado busca materializar, de certa forma, direitos e garantias fundamentais, inerentes à condição de indivíduo, buscando a efetiva promoção da cidadania";

II) as mulheres demandam proteção especial para que tenham pleno acesso aos seus direitos e nesse sentido devem ser consideradas minoria;

III) a Lei nº 11.977/2009 buscou amparar todas as formas de famílias possíveis, como uma política de bem-estar social;

IV) as ações afirmativas são contempladas no direito constitucional brasileiro;

V) na grande maioria das vezes, nas famílias monoparentais formadas pela ruptura da união estável ou do casamento a guarda dos filhos menores permanece com a mulher, como se verifica pelos dados do censo demográfico realizado no ano de 2010;

VI) em diferentes julgados o Supremo Tribunal Federal reconheceu que a responsabilidade das mulheres pelas famílias monoparentais;

VII) a norma visa reduzir a situação de violência, não física, decorrente do sofrimento a que a mulher pode ser submetida nas situações de ruptura que resultam na sua responsabilidade pela manutenção da família, o que gera medo e insegurança;

---

vez que desconsidera o pacto feito pelos cônjuges/conviventes e a contribuição que cada um efetivamente verteu para a aquisição do imóvel, em nítido desrespeito aos artigos 5º, XXII, e 170, II, da CF/88. POR MAIORIA, JULGARAM PROCEDENTE" (cf. https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=70082231507&conteudo_busca=ementa_completa, consulta em 09.01.2021).

VIII) embora algumas mudanças nas estruturas das famílias possam representar uma conquista das mulheres, também podem acarretar vulnerabilidade social:

IX) não há vedação para o ressarcimento, pela mulher, dos direitos que couberem ao homem em decorrência do regime de bens.

Por sua vez, a Desembargadora Denise Oliveira Cezar, em voto vencido, esclareceu que o Supremo Tribunal Federal, por decisão do Ministro Alexandre de Moraes, negou seguimento a Recurso Extraordinário contra decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, na forma do art. 35-A da Lei nº 11.977/2009, determinou a transferência do imóvel para a mulher que deverá assumir o pagamento das parcelas faltantes do financiamento, o que fez por considerar que não foi demonstrada pelo recorrente a repercussão geral, de forma que se trata de matéria situada no contexto normativo infraconstitucional em que as alegadas ofensas à Constituição seriam meramente indiretas.

Desse modo, a discussão sobre a constitucionalidade do art. 35-A, e seu parágrafo único, da Lei nº 11.977/2009 abrange questão da isonomia e, ainda, o direito à indenização ao ex-cônjuge ou ex-companheiro prejudicado pela perda do imóvel[23].

23. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em mais de uma oportunidade, decidiu que a atribuição do imóvel à mulher impõe a obrigação de ressarcimento ao ex-marido, ou ex-companheiro, do valor da meação incidente sobre as parcelas do financiamento pagas durante o relacionamento, em razão da inconstitucionalidade do art. 35-A da Lei nº 11.977/2009 declarada pelo Órgão Especial daquela Corte. Nesse sentido: Apelação Cível 1020329-35.2018.8.26.0309, Relator Des. Theodureto Camargo, 8ª Câmara de Direito Privado, j. 20.10.2021; Apelação Cível 1010087-84.2020.8.26.0361, Relator Des. Rodolfo Pellizari, 6ª Câmara de Direito Privado, j. 06.12.2021 e; Apelação Cível 1005688-14.2020.8.26.0037, Relator Augusto Rezende, 1ª Câmara de Direito Privado, 11.11.2021, o último com a seguinte ementa: "Preliminares do recurso – Alegação de nulidade processual – Inocorrência – Réu regularmente citado pessoalmente no endereço indicado nos autos, atendidas as exigências do art. 250 do CPC – Partilha de bens que é mera decorrência do reconhecimento e da dissolução da união estável – Inexistência de julgamento "extra" ou "ultra petita" – Rejeição. União estável – Ação de reconhecimento, partilha de bens, alimentos e guarda

O direito à indenização na Lei nº 11.977/2009 somente foi previsto no art. 73-A, § 2º, da Lei nº 11.977/2009 que prevê que os contratos em que o beneficiário final for mulher chefe de família, celebrados no âmbito do Programa Minha Casa Minha Vida e dos programas de regularização fundiária por interesse social, serão outorgados e registrados independente de outorga conjugal, qualquer que seja o regime de bens, resolvendo-se em perdas e danos os eventuais prejuízos do cônjuge.

Contudo, a redação do art. 73-A não é idêntica à prevista no art. 35-A, e seu parágrafo único, da Lei nº 1.977/2009, o que permite indagar, nos casos de atribuição dos direitos reais somente a um dos ex-cônjuges ou companheiros, por força das preferências previstas nos casos de separação, divórcio ou extinção de união estável, sobre a possibilidade, ou não, da exclusão do dever de indenizar o cônjuge prejudicado.

Ressalvadas as hipóteses de expropriação legalmente previstas, em que a perda da propriedade ocorre sem a correspondente indenização, não se encontra razão na Lei nº 11.977/2009 para que os prejuízos do cônjuge que perder ou que não obtiver o direito real não seja indenizado pelos prejuízos que sofrer.

Nos regimes da comunhão parcial e da comunhão universal de bens, que incidem no casamento e na união estável, são de propriedade comum os bens adquiridos a título oneroso, não incidindo a

---

de menor – Procedência parcial – Pretensão de redução da pensão alimentícia do filho menor, fixada em 30% dos rendimentos líquidos do genitor, quando empregado, e no valor correspondente a 40% do salário mínimo, em caso de desemprego – Inadmissibilidade – Percentuais adequados, compatíveis com as necessidades do alimentando e possibilidades do alimentante – Partilha de veículos corretamente determinada – Imóvel adquirido mediante financiamento imobiliário – Inconstitucionalidade do art. 35-A, da Lei nº 11.977/2009 já declarada pelo Órgão Especial deste Tribunal de Justiça – Reconhecimento, porém, do direito do réu a 50% das parcelas pagas durante a união, remanescendo a propriedade em nome da autora – Precedentes jurisprudenciais – Manutenção da sentença, mas por fundamento diverso do adotado pelo julgador no que se refere à partilha do bem imóvel – Recurso do réu não provido". " (cf. https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do;jsessionid=2F34F3030E8FD184237E2763972AA0CC.cjsg3, consulta em 20.01.2022).

presunção de comunhão em relação aos previstos no art. 1.659 e 1.668 do Código Civil que não pressupõem o esforço comum para a sua aquisição.

O esforço comum decorre das mais variadas formas de contribuição para a formação do patrimônio do casal, o que inclui os cuidados domésticos, dos filhos, dos parentes idosos, doentes ou por alguma razão incapazes.

Ausente previsão legal específica, a comunhão sobre os imóveis adquiridos a título oneroso na constância do casamento somente é afastada quando for promovida durante a separação de fato de que decorra a ausência de esforço comum[24].

Conforme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, na união estável a presunção de comunhão sobre os bens adquiridos a título oneroso incide em conformidade com a legislação vigente na época da aquisição[25], aplicando-se, nos regimes da comunhão de bens

24. Nesse sentido: "1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ). 2. O aresto recorrido está em sintonia com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, firmada no sentido de que a separação de fato põe fim ao regime de bens do casamento, motivo pelo qual os cônjuges não têm mais direito à meação dos bens adquiridos pelo outro. 3. Agravo interno não provido" AgInt nos EDcl no AREsp 1408813/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Terceira Turma, j. 16.12.2019, DJe 19.12.2019), cf. https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=CASAMENTO+SEPARA%C7%C3O+FATO&b=ACOR&p=false&l=10&i=12&operador=e&tipo_visualizacao=RESUMO, consulta 21.01.2022).

25. Nesse sentido: (...) 4. A presunção legal de esforço comum na aquisição do patrimônio dos conviventes foi introduzida pela Lei 9.278/96, devendo os bens amealhados no período anterior à sua vigência ser divididos proporcionalmente ao esforço comprovado, direto ou indireto, de cada convivente, conforme disciplinado pelo ordenamento jurídico vigente quando da respectiva aquisição. 5. Os bens adquiridos a título oneroso a partir de 10.5.1996 e até à extinção da união estável, em decorrência da morte do varão, integram o patrimônio comum dos ex-conviventes e, portanto, devem ser partilhados em partes iguais entre eles, nos termos dos arts. 5º da Lei 9.278/1996 e 1.725 do Código Civil. 6. A alteração da conclusão das instâncias de origem no tocante ao quanto os demandantes saíram vencedores ou vencidos, com a finalidade de apurar a ocorrência de sucumbência mínima ou recíproca, demanda o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, procedimento vedado no âmbito do recurso especial (Súmula 7/STJ. 7. Agravo interno e recurso especial providos" (AgInt no REsp 1519438/SP, Rel. Ministro Raul Araújo, Rel. para o acórdão Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, j. 17.12.2019, DJe 16.03.2020, cf. https://scon.stj.jus.br/

e da comunhão parcial presunção de esforço comum igual à existente no casamento.

Além da inexistência de previsão específica para a expropriação do patrimônio, a presunção do esforço comum para a aquisição do bem, o que inclui o pagamento do preço do financiamento, enseja o direito à indenização em favor do cônjuge ou companheiro prejudicado em razão da vedação a enriquecimento sem causa pelo que permanecer com a totalidade do direito real sobre o imóvel.

A vedação ao enriquecimento sem causa tem previsão expressa do Código Civil[26] e o dever de indenizar dele decorrente somente é afastado se a lei conferir outros meios para que o lesado seja ressarcido do prejuízo sofrido, como previsto no art. 886 do referido Código. Conforme Giovanni Ettore Nanni:

> Outrossim, não se pode esquecer que sendo o art. 884 do Código Civil de 2002 uma cláusula geral que proíbe o enriquecimento sem causa, preceito com ampla ocupação no direito obrigacional, merece uma posição de fonte autônoma na legislação, justamente pela circunstância de ser aplicável, em princípio, em qualquer relação jurídica[27].

Diante disso, e respeitadas as posições em contrário, não há incompatibilidade entre a previsão legal de atribuição exclusiva do imóvel em favor da mulher ou do cônjuge que permanecer com a guarda dos filhos, nos casos de separação, divórcio ou dissolução da união estável após o contrato de aquisição mediante financiamento, com ressarcimento ao prejudicado mediante indenização pelos prejuízos que sofrer.

SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=UNI%C3O+EST%C1VEL+ANTERIOR+C%D3DIGO+CIVIL&b=ACOR&p=false&l=10&i=10&operador=e&tipo_visualizacao=RESUMO, consulta em 21.01.2022).

26. Arts. 884 a 886.

27. NANNI, Giovanni Ettore, *Enriquecimento sem causa*, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 180.

Embora o direito à moradia seja direito social que é previsto na Constituição Federal em favor de todos, havendo litígio entre os cônjuges ou companheiros de que decorra a separação, divórcio ou a extinção da união estável, nos Programas Minha Casa Minha Vida e Casa Verde e Amarela o legislador fez opção pela prevalência da preservação desse direito em favor da mulher ou daquele que mantiver a guarda dos filhos.

A opção pela mulher decorreu da sua histórica e persistente inferioridade, em especial nas classes econômicas em que, por razões culturais, sociais e pela dificuldade de acesso à educação que permita o exercício de trabalho qualificado, a igualdade formal entre os gêneros, ou seja, a prevista em nossa Constituição e no restante da legislação, não basta para que também seja alcançada no campo material.

Cabe lembrar, nesse ponto, que a preferência para a celebração dos contratos de financiamento em nome das mulheres não decorre do fato de concorrerem para essas aquisições na qualidade de solteiras. Ao contrário, o casamento e a união estável ainda são formas de garantir estabilidade social e sustento, sendo aplicável também entre nós a seguinte constatação de Tove Stang Dahl, especialmente nas faixas de renda a que se destinam os programas Minha Casa Minha Vida e Casa Verde e Amarela:

> Poucas mulheres são suficientemente abastadas ou independentes para poderem considerar valer a pena permanecer solteiras. A maioria de nós está, neste aspecto, sujeita à pressão social e expectativas decorrentes do processo de socialização, do meio social, do meio de trabalho e do próprio sistema jurídico. Em quase toda parte, a dependência econômica, total ou parcial, é vista como o estado "mais adequado" e "mais natural" das mulheres. Quase todas as áreas (contratual, social, psicológica) se baseiam na presunção de que o sustento pelo marido é e deve ser a principal fonte de subsistência econômica das mulheres. Poucas usufruem de uma posição no mercado de trabalho suficientemente forte

> que lhes possibilite escolher uma vida independente, baseada nos seus próprios rendimentos de trabalho[28].

Por sua vez, a prevalência dos interesses das famílias com filhos incapazes levou à opção pela outorga do direito real ao ex-cônjuge ou companheiro que mantiver a guarda dos filhos, por se tratar de imóveis destinados à moradia de famílias de baixa renda, isto é, que sem os subsídios previstos nos referidos programas dificilmente teriam recursos suficientes para a aquisição de bem que, de outra forma, demandaria a destinação de elevada porcentagem da renda familiar.

Nesse ponto, entre a preferência da mulher e a da família que permanecer no imóvel, assim considerada a que for composta pelos filhos incapazes e o seu responsável, fez o legislador em favor dos filhos incapazes.

Essa opção, embora possa excluir a mulher da obtenção do direito real, é compatível com o dever de sustento e amparo aos filhos incapazes de decorre do poder familiar e da obrigação do exercício da paternidade e da maternidade de forma responsável, como previsto no art. 226, § 6º, da Constituição Federal.

Portanto, o reconhecimento da prevalência do direito à moradia em favor da mulher, ou de quem mantiver a guarda dos filhos, é medida afirmativa de direitos fundamentais adotada em favor dos membros da família em situação de inferioridade presumida pelo legislador e, desse modo, forma de assegurar a igualdade de condições para alcançar a dignidade da pessoa humana[29].

E o atendimento aos fins sociais e exigências do bem comum, na solução de litígios, tem previsão no art. 5º da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro.

---

28. DAHL, Tove Stang, *O DIREITO DAS MULHERES: uma introdução à teoria do direito feminista*, Lisboa: Serviço de Edução: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, p. 156.

29. A perda da propriedade sobre bem indivisível, mediante indenização, é prevista no art. 843 do Código Civil quando penhora para garantir o cumprimento de obrigação exclusiva do condômino ou do outro cônjuge: "Tratando-se de penhora de bem indivisível, o equivalente à quota-parte do coproprietário ou do cônjuge alheio à execução recairá sobre o produto da alienação do bem".

Entretanto, conforme anteriormente exposto, a prevalência do direito em favor da mulher, ou de quem mantiver a guarda dos filhos, não pode afastar a correspondente indenização ao prejudicado que, por isso, deve ser assegurada em todas as hipóteses em que essas preferências foram exercidas no âmbito do Programa Minha Casa Minha Vida instituído pela Lei nº 11.977/2009.

Por outro lado, o direito à indenização passou a ser expressamente previsto para os contratos de aquisição celebrados no âmbito do Programa Casa Verde e Amarela[30], com o que não há motivo para que, no âmbito desse programa, seja discutida a constitucionalidade do direito da mulher, ou de quem detiver a guarda dos filhos, para receber o direito real de propriedade nos casos de separação, divórcio ou extinção da união estável.

Por fim, igual solução deve ser adotada para a prevalência da mulher para receber direito real decorrente da regularização fundiária urbana, quando for prevista, especialmente havendo acessão ou benfeitorias feitas com contribuição do cônjuge ou companheiro[31].

Desse modo, a preferência da mulher para a aquisição do direito real nos Programas Minha Casa Minha Vida e Casa Verde e Amarela, e na regularização fundiária urbana, é medida efetiva para a redução da desigualdade de gêneros uma vez que confere segurança material, social e psíquica para que a beneficiada possa se manter de forma digna.

Por seu turno, a preferência da mulher como política afirmativa de gênero não se estende aos casais homoafetivos, porque são formados por duas pessoas do mesmo gênero.

Contudo, por também proteger a família, sendo a aquisição contratada por casal homoafetivo não se deve afastar a possibilidade de atribuição do direito real ao ex-cônjuge ou ex-companheiro que permanecer com a guarda dos filhos, restando ao prejudicado o direito à indenização pelos prejuízos que sofrer.

30. Art. 15 da Lei nº 14.118/2021.

31. Art. 10, in. XI, da Lei nº 13.465/2017.

4. A PREVALÊNCIA DA MULHER PARA A AQUISIÇÃO DE DIREITO REAL E O REGISTRO IMOBILIÁRIO.

O registro de contrato de aquisição com garantia real celebrado exclusivamente em nome da mulher não encontra obstáculo no casamento ou na união estável com regime de bens diverso da separação convencional ou legal, em razão do disposto no art. 73-A da Lei nº 11.977/2009 e no art. 13 da Lei nº 14.118/2017 que afastam a necessidade de outorga conjugal e preveem o registro independente da apresentação dos documentos relativos ao cônjuge ou companheiro.

Nesses casos, resta ao cônjuge ou companheiro o direito à indenização pelos prejuízos que sofrer pela não incidência do regime de bens adotado no casamento ou na união estável.

Por sua vez, ocorrendo a separação, o divórcio ou a extinção da união estável antes da outorga do contrato definitivo de compra e venda do imóvel não há impedimento para que seja registrado quando for celebrado exclusivamente em nome da mulher, ou do cônjuge ou companheiro que mantiver a guarda dos filhos, devendo essa condição constar no respectivo contrato.

Contudo, no contrato de aquisição com financiamento garantido por hipoteca ou por alienação fiduciária a propriedade é transmitida ao adquirente com o seu registro no Registro Imobiliário[32].

Uma vez constituído o direito real de propriedade em favor de ambos os cônjuges ou companheiros, a posterior transmissão do bem de forma exclusiva para a mulher, ou quem detiver a guarda dos filhos, deve ser feita mediante registro da partilha promovida em ação judicial de separação, divórcio ou extinção de união estável.

E não há impedimento para o registro de escritura pública de separação, divórcio ou extinção de união estável, com partilha em

32. Como previsto no art. 1.227 do Código Civil: "Os direitos reais sobre imóveis constituídos, ou transmitidos por atos entre vivos, só se adquirem com o registro no Cartório de Registro de Imóveis dos referidos títulos (arts. 1.245 a 1.247), salvo os casos expressos neste Código".

que prevista a transmissão do domínio exclusivo do imóvel para a mulher, quando não existirem filhos incapazes.

Nesses casos, por decorrer de expressa previsão legal, não há incidência do imposto de transmissão *inter vivos* em razão da transmissão do direito real exclusivamente para a mulher, ou para quem permanecer com a guarda dos filhos comuns.

Porém, depois do registro da quitação do financiamento e da sua averbação no registro imobiliário não resta direito real ainda a ser transmitido pelo vendedor do imóvel que, em geral, também é o construtor ou o loteador.

Em razão disso, a transmissão exclusiva da propriedade do imóvel para a mulher ou para quem permanecer com a guarda dos filhos, em razão de separação, divórcio ou extinção de união estável, deverá ser prevista na partilha de bens em que poderá ser fixada a indenização ao cônjuge prejudicado.

Maior dificuldade existirá, porém, quando houver alteração da guarda depois que for promovida a outorga do título de transmissão da propriedade e o registro da partilha em favor daquele que originalmente permaneceu com os filhos incapazes, com indenização em favor do prejudicado.

Essa nova alteração do domínio, que importará em indenização ao que perder a propriedade, tem natureza em tudo equivalente à compra e venda.

Cabe observar, contudo, que o pagamento de indenização somente será economicamente justificável se o cônjuge que assumir a guarda não puder, com esse valor, adquirir outro imóvel para a moradia sua e dos filhos incapazes, pois deverá ser feito de forma prévia porque a propriedade já foi consolidada, com exclusividade, para quem antes exercia a guarda.

Nesses casos, não havendo consenso para a compra e venda do imóvel entre os ex-cônjuges ou ex-companheiros, a nova modificação da propriedade com fundamento nas Leis nº 1.977/2009 e n.°

14.118/2017 dependerá de decisão judicial que constituirá o título para o registro da transmissão do domínio no Registro Imobiliário e que resolverá sobre o valor e a forma do pagamento da indenização.

CONCLUSÕES

O direito à moradia é um direito fundamental constitucionalmente assegurado que visa a garantir o lar digno aos individuais, ou seja, com condições mínimas necessárias à sobrevivência e acesso aos serviços públicos. Garantir a população carente acesso à moradia é uma medida de extrema relevância quando se visa a assegurar a dignidade humana e o desenvolvimento sustentável do País. Contudo, as mulheres a despeito da igualdade formal assegurada na Constituição de 1988, ainda não desfrutam da igualdade material, não estão em condições de igualdade com os homens.

A própria divisão sexual do trabalho, a dupla jornada a que estão submetidas com os cuidados do lar e dos filhos e o trabalho as coloca em uma situação de vulnerabilidade, somada ao fato de que as mulheres ainda ganham menos que os homens no exercício das mesmas funções, bem como no caso de uma eventual separação, na grande maioria das vezes, ficam responsáveis pelo cuidado com os filhos.

Com vistas a garantir a equidade de gênero, o direito à moradia e a proteção dos filhos é que os programas habitacionais levados a cabo pelo Poder Público passaram a dar preferência para as mulheres.

Os Programas Minha Casa Minha Vida e Casa Verde e Amarela instituíram e regulamentaram importantes instrumentos para a aquisição de imóveis residências pelas famílias de baixa renda, assim consideradas as que se encontram nas faixas de renda definidas pelo Poder Executivo.

Os subsídios para os financiamentos concedidos no âmbito dos referidos programas são necessários para a aquisição de imóveis que, de forma contrária, teriam custos dificilmente suportados pelas famílias beneficiadas.

Os privilégios concedidos às mulheres nas políticas afirmativas adotadas para assegurar o direito à moradia, incluídos os previstas para a regularização fundiária urbana, são compatíveis com o direito constitucional à igualdade de gêneros por reduzir as desigualdades decorrentes de fatores culturais, sociais e econômicos.

Esses privilégios conferem segurança material, social e psíquica para que a mulher tenha igualdade de condições para a manutenção de forma de vida digna. É uma medida importante na busca da igualdade entre homens e mulheres e na proteção da família.

A prevalência do direito em favor da mulher, ou de quem mantiver a guarda dos filhos, nos casos de separação, divórcio ou extinção da união estável depois da celebração do contrato, deve importar na correspondente indenização ao prejudicado, em razão da vedação do enriquecimento sem causa e por não existir fundamento para que seja expropriado do valor correspondente à sua meação nos bens comuns.

Assegurada a indenização ao prejudicado, não há inconstitucionalidade por violação do direito à igualdade de gênero.

REFERÊNCIAS

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil.* São Paulo: Saraiva, 2º vol, 3ºed., 2004.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional,* 2º ed. rev. e ampl. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição,* 6º ed., Coimbra: Almedina, 2002.

DAHL, Tove Stang, *O DIREITO DAS MULHERES: uma introdução à teoria do direito feminista*, Lisboa: Serviço de Edução: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*, 34ºed., São Paulo: Ed. Saraiva, 2008.

GUERRERO, Manuel Medina. *La vinculacion negativa del legislador a los derechos fundamentales*, Madrid: Estudios de Ciencias jurídicas, 1996.

MELO, Hildete Pereira de, "Gênero e Pobreza no Brasil – Relatório Final do Projeto *Governabilidad Democratica de Gênero em America Latina y el Caribe*",

Brasília:CEPAL/SPM, 2005, p. 4, disponível in file:///D:/Artigo%20-%20Propriedade%20Mulher/Relat%C3%B3rio%20G%C3%AAnero%20e%20Pobreza%20no%20Brasil.pdf,

MENDES, Gilmar Ferreira, Branco, Paulo Gustavo Gonet, *Curso de Direito Constitucional*, 15ª ed., São Paulo: Saraiva, 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade.* São Paulo: Celso Bastos Editor; Publicação do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2ºed., 1999

NANNI, Giovanni Ettore, *Enriquecimento sem causa*, São Paulo: Saraiva, 2004.

SILVA, José Afonso da, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 42ª ed., São Paulo: Malheiros, 2017.

VERONESE, Alexandre. "Art.6º. *In: Comentários à Constituição Federal de 1988*. Coordenadores: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 367.