

# *Revista* **DO IBEDAFT**



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

Ano 1, Vol 1 – jan/jun/2020



# Revista DO IBEDAFT



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

---

*AUTORES:*

<i>Adilson Abreu Dallari</i>	<i>Fernando Facury Scaff</i>
<i>Alexandre Ogêda Ribeiro</i>	<i>Francisco Pedro Jucá</i>
<i>Antonio Francisco Costa</i>	<i>José Mauricio Conti</i>
<i>Artur Giolito Melissopoulo</i>	<i>Kiyoshi Harada</i>
<i>Bruno César Lorencini</i>	<i>Laercio Guerra Silva</i>
<i>Christianne de Carvalho Stropp</i>	<i>Marcelo Campos</i>
<i>Eduardo Marcial Ferreira Jardim</i>	<i>Roque Antonio Carrazza</i>
<i>Érica Escolano</i>	<i>Weder de Oliveira</i>

---



Ano 1, Vol. 1 – jan/jun/2020

**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 – E-mail: *coutovsk@yahoo.com.br*

**Diagramação eletrônica:**

Maitê Silva: *maitescoelho@yahoo.com.br*

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

Revista do IBEDAFT : ano I, vol. I. – 1. ed. – Salvador : Editora  
Paginae, 2020.

Bibliografia  
ISBN 978-65-990707-5-4

1. Direito – Estudo e ensino 2. Direito administrativo 3.  
Direito financeiro 4. Direito tributário.

20-43918      CDU-34(07)

**Índices para catálogo sistemático:**

1. Direito : Estudo e ensino 34(07)

Maria Alice Ferreira - Bibliotecária - CRB-8/7964

# Sumário

<b>Estatuto do IBEDAFT .....</b>	<b>9</b>
<b>Diretoria e Conselho Fiscal do IBEDAFT .....</b>	<b>21</b>
<b>Palavras do Presidente do IBEDAFT .....</b>	<b>25</b>
<b>Apresentação.....</b>	<b>29</b>
<i>Marcelo Campos</i>	
 <b>I</b>	
<b>Controle das atividades e decisões do STF.....</b>	<b>31</b>
<i>Adilson Abreu Dallari</i>	
 <b>II</b>	
<b>Crimes de Responsabilidade do Chefe do Executivo ante a Lei 1.079/50 .....</b>	<b>53</b>
<i>Eduardo Marcial Ferreira Jardim</i>	
 <b>III</b>	
<b>Despesas de pessoal na Lei de Responsabilidade Fiscal.....</b>	<b>79</b>
<i>Kiyoshi Harada</i>	

## IV

<b>Lei de diretrizes orçamentárias: aspectos relevantes e desafios.....</b>	<b>107</b>
---	------------

*José Mauricio Conti*

*Weder de Oliveira*

## V

<b>Análise constitucional da criação de barreira legal imposta pelos artigos 23 e 24, parágrafo único, da Lei nº 13.988/2020 no acesso ao CARF.....</b>	<b>123</b>
---	------------

*Marcelo Campos*

*Érica Escolano*

## VI

<b>O poder político no Estado brasileiro.....</b>	<b>153</b>
---	------------

*Antonio Francisco Costa*

## VII

<b>O legislador orçamentário e o direito financeiro eleitoral.....</b>	<b>189</b>
--	------------

*Fernando Facury Scaff*

## VIII

<b>Da impossibilidade jurídica do acolhimento dos embargos declaratórios opostos contra a decisão de mérito prolatada nos autos do RE nº 574.706-PR .....</b>	<b>225</b>
---	------------

*Roque Antonio Carrazza*

## IX

<b>As prerrogativas das MPES no Projeto de Lei nº 1.292/1995 .....</b>	<b>257</b>
--	------------

*Christianne de Carvalho Stropp*

*Artur Giolito Melissopoulos*

X

**Governança e cultura organizacional na indústria financeira: o papel do supervisor e regulador bancário.....** 285

*Alexandre Ogêda Ribeiro*

XI

**Matizes da responsabilidade tributária dos sócios e a desconsideração da personalidade jurídica no âmbito tributário.....** 307

*Laercio Guerra Silva*

XII

**Sistema internacional de proteção de direitos humanos e seus impactos na ordem constitucional .....** 339

*Bruno César Lorencini*

XIII

**Finanças Públicas: Regulação Jurídica e Constituição.....** 365

*Francisco Pedro Jucá*



# **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, painéis, 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 IBEDAFT 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 IBEDAFT 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

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 1º 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.

## **Seção 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 terços), 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, § 3º, 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. Iveti 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

## COMPOSIÇÃO DO CONSELHO EDITORIAL

---

- Coordenador Geral: Marcelo Campos
- Coordenador de Direito Administrativo: Toshio Mukai
- 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 Dallari
- Antonio Francisco Costa
- Francisco Pedro Jucá
- Francisco Rezek
- Irene Nohara
- Ives Gandra da Silva Martins
- José Maurício Conti
- Marcelo Pires
- Maria Sylvia Zanela Di Pietro
- Massami Uyeda
- Sydney Sanches



*Inauguração do IBEDAFT*



## Palavras do Presidente do IBEDAFT



O Instituto Brasileiro de Estudos de Direito Administrativo, Financeiro e Tributário – IBEDAFT – veio preencher um vazio existente no setor de Institutos, Academias e Associações de natureza civil destinados ao estudo do Direito.

Existem inúmeras instituições, sob diferentes denominações, todas elas voltadas para os estudos específicos de determinados ramos do Direito. Mas, não existia uma instituição para promover estudos interligados entre as principais disciplinas de direito público.

O excesso de especialização em determinadas áreas do direito acaba atropelando os princípios e normas de outras disciplinas jurídicas, e até mesmo os princípios gerais de direito que norteiam o estudo de qualquer ramo do direito. A colidência entre o Direito Tributário e o Direito Financeiro é frequente, assim como contrariedade a preceitos fundamentais inscritos na Constituição. Prova disso são as duas propostas de reforma tributária em discussão, uma no Senado Federal (PEC nº 110/19) e outra na Câmara dos Deputados (PE nº 45/19) que liquidam o federalismo fiscal. Outrossim, seus autores esqueceram-se de que o sistema tributário está inteiramente exaurido na Constituição visando a preservação e proteção de valores erigidos em nível da cláusula pétreia que não podem ser alterados pelo Poder Reformador.

Foi pensando nisso que, com o apoio de uma plêiade de juristas de vários pontos do País, resolvemos fundar, em setembro de 2019, o IBEDAFT, em uma concorrida cerimônia, a fim de que possamos promover a interação entre os três grandes ramos do direito público, o Direito Administrativo, o Direito Financeiro e o Direito Tributário, tendo por base o Direito Constitucional.

A inclusão do Direito Constitucional no IBEDAFT resulta implícito, pois, o direito administrativo, o direito financeiro e o direito tributário são microssistemas jurídico-constitucionais extraídos do sistema constitucional global. Tanto é que o direito administrativo tem a sua matriz constitucional nos arts. 37 a 43 da CF; o direito financeiro, nos arts. 157 a 169 da CF, e, finalmente, o direito tributário está estruturado nos arts. 145 a 156 da Constituição Federal de forma completa e cabal.

Com esse propósito o IBEDAFT vem mantendo um site onde são disponibilizados artigos e pareceres pertinentes às quatro áreas do direito retro-apontadas, assim como, tem debatido, por meio de suas Comissões Técnicas, temas relevantes e atuais que estão na pauta de preocupação dos operadores do direito em geral.

Tem, também, debatido as propostas legislativas em discussão no Congresso Nacional, notadamente, na área do Direito Tributário, cujas conclusões alcançadas pelas Comissões Técnicas são objetos de deliberação pela Diretoria Executiva para expedição de ofícios dirigidos ao Relator do Projeto Legislativo, ao Presidente da Câmara dos Deputados e ao Ministro da Economia, conforme a hipótese.

Dentre as propostas examinadas figuram as de reforma tributária. O IBEDAFT ofereceu uma proposta alternativa de reforma, mantendo o Sistema Tributário em vigor, com pequenos ajustes nos dispositivos constitucionais, expurgando os vícios da complexidade e da dubiedade, para a redução dos litígios, deixando tudo o mais para alterações em nível infraconstitucional. O que o País necessita é a simplificação da legislação tributária ordinária, a fim de diminuir a incrível carga burocrática que vem emperrando as atividades econômicas dos contribuintes, principalmente, pela grande insegurança jurídica provocada por normas de menor hierarquia, elaboradas em escala industrial e sem a observância do princípio da hierarquia vertical das leis.

Outra finalidade do IBEDAFT é a realização de simpósios e congressos de direito, atividade essa prejudicada neste ano de calamidade pública, decorrente da Covid-19. Outrossim, tem o propósito de homenagear os juristas que compõem o seu quadro associativo, por meio de eventos em parceria com a Câmara Municipal de São Paulo. Estava programada para o início de março deste ano a solenidade de outorga de diploma “Juristas de Destaque” para cinco renomados profissionais do Direito indicados pelo IBEDAFT. Infelizmente, o isolamento social imposto pelas autoridades públicas, em decorrência

do estado de calamidade pública, prejudicou a realização desse importante evento.

Completando os objetivos institucionais o IBEDAFT lança, neste ano, a sua primeira revista – REVISTA DO IBEDAFT – reunindo os estudos de maiores juristas da atualidade e que certamente contribuirão em muito para a reflexão, a difusão e a melhor compreensão dos temas palpitantes na seara do direito público que tem desafiado diariamente a inteligência dos estudiosos.

Superada a fase da pandemia, temos a convicção de que as atividades do IBEDAFT terão prosseguimento em sua plenitude, possibilitando a realização de Congressos de Direito Público.

***Kiyoshi Harada***

Presidente

# Apresentação

*Marcelo Campos\**

Congregar expoentes do direito proporcionando-lhes condições de produtividade e livre debate de ideias zelando pela sustentação do primado do Direito e da Justiça e pesquisar institutos jurídicos com vistas ao estudo aprofundado nas áreas do Direito Administrativo, Financeiro e Tributário essas algumas das finalidades constantes do estatuto do Instituto Brasileiro de Estudos de Direito Administrativo Financeiro Tributário- IBEDAFT que se materializam já nesse primeiro volume da Revista do IBEDAFT.

Pretendendo se consolidar como um canal de informação e divulgação do conhecimento científico, nasce para ocupar lugar de destaque no meio jurídico editorial e tornar-se referência na pesquisa jurídica de qualidade no País.

Com periodicidade semestral, o primado pela qualidade de seu conteúdo se reflete no cuidado na composição de seu Conselho Editorial, bem como, na escolha do Quadro de Pareceristas sempre

---

\*. Coordenador Geral

com a participação de renomados professores doutores vinculados a instituições de ensino superior e centros de pesquisa reconhecidos no meio acadêmico e distribuídos pelos diversos estados da federação e de outros países.

Assim todos os trabalhos submetidos à revista serão avaliados por dois pareceristas, pelo sistema *double blind peer review*, garantindo o sigilo sobre a identidade do autor e dos avaliadores.

Reforçando o compromisso da Revista do IBEDAFT com a excelência da pesquisa no Brasil, completado o número de volumes necessário, além da utilização do International Standard Serial Number – ISSN, do Digital Object Identifier – DOI, muito em breve a revista será submetida a avaliação pelo Qualis Capes e indexada em diversas bases de dados nacionais e internacionais.

Por fim, temos que agradecer aos Autores por submeterem seus trabalhos nesse primeiro volume ainda em seu estágio embrionário como verdadeiro voto de confiança em nosso periódico.

# I

## Controle das atividades e decisões do STF

*Adilson Abreu Dallari\**

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. A separação de Poderes. 3. Controle das atividades não-jurisdicionais. 4. Decisões inconstitucionais.

### 1. INTRODUÇÃO

---

Não existem decisões jurisprudenciais e estudos doutrinários sobre a matéria tratada neste artigo. Não se tem notícia de qualquer processo pelo cometimento de crime de responsabilidade por algum

---

\* Professor Titular de Direito Administrativo pela Faculdade de Direito da PUC/SP; membro do Conselho Científico da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP; membro do Conselho Superior de Assuntos Jurídicos e Legislativos - CONJUR, da FIESP; membro do Núcleo de Altos Temas – NAT, do SECOVI; membro do Conselho Superior de Direito da FECOMÉRCIO; membro fundador da Associação Brasileira de Direito Administrativo e Econômico – ABRADADE; membro do Conselho Superior de Orientação do Instituto Brasileiro de Estudos de Direito Administrativo, Financeiro e Tributário – IBEDAFT; membro do Instituto dos Advogados de São Paulo (IASP); Consultor Jurídico.

ministro do Supremo Tribunal Federal, não obstante a previsão expressa no Art. 39 da Lei nº 1.079 de 10/04/50: “São crimes de responsabilidade dos Ministros do Supremo Tribunal Federal: 1- alterar, por qualquer forma, exceto por via de recurso, a decisão ou voto já proferido em sessão do Tribunal; 2 - proferir julgamento, quando, por lei, seja suspeito na causa; 3 - exercer atividade político-partidária; 4 - ser patentemente desidioso no cumprimento dos deveres do cargo; 5 - proceder de modo incompatível com a honra dignidade e decôro de suas funções”. Não obstante a amplitude dos tipos penais, ao longo do tempo sempre se observou uma respeitabilidade com relação aos ministros, que efetivamente se comportavam de maneira adequada à dignidade do cargo. A respeitabilidade do órgão era devida também aos integrantes; nada que se assemelhasse a temor reverencial, mas sim, a um devido e merecido respeito.

Lamentavelmente, no momento atual, é realmente espantoso o desprestígio dos ministros, que são alvos de chacotas, ofensas generalizadas e até ameaças (gratuitas e inverossímeis), especialmente nas redes sociais. Em grande parte essa desmoralização decorre de uma excessiva exposição midiática de ministros que opinam publicamente sobre tudo, com um marcado viés político, dado que a quase totalidade dos atuais componentes do STF foi nomeada por uma corrente política identificada como de esquerda e tisonada pela corrupção. O que se pode observar é que, em muitas decisões, se percebe uma evidente proteção aos antigos dirigentes do país, paralelamente a uma perseguição aos atuais governantes. Há, inegavelmente, um facciosismo muito mal disfarçado nas decisões, predominantemente monocráticas. Não é o caso de se destacar determinadas decisões (por exemplo a alteração da jurisprudência com relação à prisão após segunda instância, que teve endereço certo, livrando o ex-presidente da prisão, nada importando a leva de criminosos com isso beneficiada), sendo suficiente examinar o fato que deflagrou uma cisão absoluta entre o STF e a sociedade civil em geral, inclusive na imprensa.

Esse fato é a instauração do inquérito nº 4.701, presidido pelo ministro Alexandre de Moraes, designado arbitrariamente (por decisão pessoal; sem sorteio, como determinam as normas vigentes) pelo ministro Dias Toffoli, Presidente do STF, com base no Art. 43 do Regimento Interno, que dispõe: “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”. O problema começa em que não se trata de algo ocorrido no âmbito do Tribunal e, muito menos, da apuração de algum crime. Trata-se de apurar a autoria de críticas, deboches e supostas ameaças aos ministros, num conjunto designado popularmente como “fake news”. Não há algo determinado a ser apurado, mas, sim, de vasculhar a vida de um considerável contingente de pessoas, para ver se existe algum comportamento sancionável.

Não há um específico fundamento legal invocado para a instauração do inquérito, que poderia ter alguma base na Lei nº 7.170, de 14/12/83 (portanto da época da chamada ditadura militar), que define os crimes contra a segurança nacional e a ordem política e social, em cujo Art. 26 está tipificado como crime: “Caluniar ou difamar o Presidente da República, o do Senado Federal, o da Câmara dos Deputados ou o do Supremo Tribunal Federal, imputando-lhes fato definido como crime ou fato ofensivo à reputação”. O parágrafo único entende a penalidade a quem propaga ou divulga tais fatos. Porém, os tempos são outros; naquela época nem havia a internet e as redes sociais. Agora a Constituição em vigor garante a liberdade de expressão do pensamento, a liberdade de opinião e, especialmente, a liberdade de imprensa. “Fake News” é um nome de fantasia para notícias falsas, que podem configurar injúria, difamação ou calúnia; crimes contra a honra, de ação privada, dependentes de queixa do ofendido.

Não há como examinar os fatos e as opiniões que causaram esse conflito, senão recorrendo à imprensa, começando com fragmentos

de matéria publicada pelo jornalista Carlos Alberto Di Franco: Por 10 votos a 1, o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu no passado dia 18 pela legalidade do inquérito das *fake news*, que apura suposta disseminação de notícias falsas, ofensas e ameaças a integrantes da Corte. Ao se manifestar de forma oposta aos demais magistrados, o ministro Marco Aurélio Mello fez críticas ao modo como o inquérito foi instaurado.

O ministro também considerou “seríssima” a forma de escolha do relator, o ministro Alexandre de Moraes, que se deu por decisão do presidente do STF, e não por distribuição eletrônica (sorteio), como normalmente é feito. Mello considerou o inquérito “natimorto” por ter sido aberto por iniciativa do próprio STF, à revelia da Procuradoria-Geral da República. “No Direito, o meio justifica o fim, jamais o fim justifica o meio. O Judiciário é um órgão inerte, há de ser provocado para poder atuar. Toda concentração de poder é perniciosa”, afirmou. O respeito devido ao Supremo Tribunal e aos demais Poderes da República não pode ser encarado como uma blindagem para abusos praticados por aqueles que, momentaneamente, integram a Corte. O STF não é dono do Brasil. Seus ministros são servidores públicos. Devem ser guardiões das normas constitucionais, e não ativistas judiciais em defesa de interesses pessoais, políticos ou ideológicos”. (OESP, 29/06/20). Cabe apenas destacar que a decisão por 10 x 1, longe de representar uma firme convicção, comprova o formidável corporativismo dos componentes desse órgão.

O fato é que o ministro Alexandre de Moraes atua concomitantemente, como vítima, acusador, investigado e julgador, conduzindo um inquérito secreto, no curso do qual foi feito um espetaculoso e clamorosamente inconstitucional “arrastão” no domicílio de muitas pessoas, sem qualquer justificativa. De novo, é preciso recorrer à imprensa, transcrevendo parte de um texto do jornalista José Roberto Guzzo: “Em 15 meses de diligências, o inquérito secreto do ministro Moraes não conseguiu descobrir nada que possa ser considerado minimamente sério contra os investigados – cuja situação legal, até

hoje, continua ignorada por seus próprios advogados. (Indiciados eles não são, pois não foram acusados de crime nenhum pelo Ministério Público – que nem sequer participa do caso. Também não são réus, pois não há processo nenhum contra eles. Suspeitos, talvez? O STF não informa.) O fato é que todo esse vendaval não descobriu até agora a mais remota prova de uma conspiração objetiva contra as instituições, ou indícios de alguma atividade de guerrilha, ou sinais de treinamento paramilitar, ou um esconderijo de armas – o máximo que se conseguiu, ao que parece, foram uns rojões de São João que, aliás, nunca estiveram escondidos”. (OESP, 28/06/20).

As situações comentadas pela imprensa vão muito além da judicialização ou do ativismo judicial. A judicialização, causando um enorme volume de pendências judiciais, se deve ao caráter detalhista e minucioso do texto constitucional, multiplicador de demandas sobre constitucionalidade. Sobre o ativismo judicial, nada melhor que transcrever um texto do, então, Professor Luiz Roberto Barroso: “O ativismo judicial é caracterizado: a) pela aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto, e independentemente da manifestação do legislador ordinário; b) a declaração de inconstitucionalidade dos atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; c) a imposição de condutas e abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas. (BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*, In Revista de Direito do Estado, ano 4, nº 13:71-91 jan/mar, 2009, p.75.)

Na questão em exame, voltando a recorrer a textos publicados na imprensa, convém detalhar um pouco mais o entendimento do ministro Marco Aurélio, no sentido de estar ocorrendo uma invasão da competência do Ministério Público, pois, para ele, a expressão máxima do sistema penal acusatório está contida no art. 129, inciso 1º, da CF que separa as funções de acusar e julgar.

De acordo com S. Exa. o órgão responsável pela acusação necessariamente não será responsável pelo julgamento. "Se o órgão que acusa é o mesmo que julga não há garantia de imparcialidade". O ministro explicou que o juiz que investiga se vincula aos resultados da sua investigação. Por isso, ressaltou o ministro, juízes devem se manter distantes do momento pré-processual. "Estamos diante de um inquérito natimorto, um inquérito do fim do mundo, sem limites", afirmou. Em sentido contrário e sustentando a legitimidade de sua decisão, o ministro Toffoli afirmou que a instauração do inquérito se impõe "não porque queremos", mas porque "não podemos banalizar ataques e ameaças ao Supremo Tribunal Federal". Para Toffoli, trata-se de reação institucional necessária em razão da escalada das agressões contra membros do STF, em especial, quando da inércia de outros órgãos, insinuando a omissão do MP. Registre-se, entretanto, que o Ministério Público não se omitiu, mas, ao contrário, se manifestou claramente pelo descabimento do inquérito, postulando seu simples arquivamento. O fato é que o malsinado inquérito, que já andou por 15 meses, foi agora (no momento em que este texto está sendo escrito) prorrogado por mais 60 dias.

Neste mesmo instante, de intensa conflituosidade, ministros do Supremo, em sede do TSE, abrem uma nova polêmica, sobre um suposto abuso de poder religioso. Sustenta o ministro Facchin: "A imposição de limites às atividades eclesásticas representa uma medida necessária à proteção da liberdade de voto e da própria legitimidade do processo eleitoral, dada a ascendência incorporada pelos expoentes das igrejas em setores específicos da comunidade". Do lado oposto, o ministro Alexandre de Moraes adverte que: "Não se pode transformar religiões em movimentos absolutamente neutros sem participação política e sem legítimos interesses políticos na defesa de seus interesses assim como os demais grupos que atuam nas eleições". (Abuso de poder religioso, OESP 02/07/20).

O posicionamento do ministro Facchin, como oportunista e faccioso, foi destacado em artigo do jornalista Fernão Lara Mesquita (“Notícia de falecimento”, OESP, 07.07.20), lembrando que, na caminhada para a tomada do poder, um passo importante foi “cooptar a Igreja Católica, que tinha a capilaridade nacional, sem a qual não se chega ao poder”. “Mas o mundo dá voltas...A partidarização da Igreja Católica fez a maioria dos brasileiros mudar de religião, Não por acaso, o ministro Facchin, que veio desse catolicismo militante, teve a ideia de propor que também o “abuso de poder” religioso” seja declarado “antidemocrático”, o bastante para derrubar um governo eleito”.

Neste texto, que trata especificamente do controle da atuação de membros do STF, é forçoso destacar dois pontos. Primeiro, que a influência recíproca entre governo e religião sempre existiu, desde que o mundo é mundo. No Brasil, a religião católica já foi oficial e durante muito tempo foi absolutamente predominante. Há uma infinidade de cidades e acidentes geográficos com nomes de santos católicos e os feriados religiosos são também católicos. Nada foi feito contra isso, pois se trata de um valor aceito pela coletividade social brasileira. Segundo, no momento atual, há um sensível crescimento das igrejas cristãs evangélicas, com uma forte representação no Legislativo, merecendo destaque o fato de que o Presidente da República, que é evangélico, pode ser candidato à reeleição. Em resumo, não se pode ignorar que o ministro Facchin foi ativista de esquerda e está adotando um posicionamento claramente político, travestido de questão constitucional.

O STF mudou. Perdeu a antiga respeitabilidade, que precisa ser restaurada. A saída de alguns ministros e a chegada de novos é um caminho, que pode ser acelerado pela responsabilização, nos termos do Art. 39 da Lei nº 1.079 de 10/04/50, daqueles que incidirem nas condutas aí tipificadas.

## 2. A SEPARAÇÃO DE PODERES

---

Diante da gravidade dos fatos e da relevância das considerações acima formuladas, é essencial deixar bem claro que o presente estudo se insere numa linha de pensamento há muito tempo sustentada e devidamente publicada, a respeito da separação de poderes e do controle do poder pelo poder:

*“O objetivo fundamental da chamada teoria da separação de Poderes, ou, mais exatamente, da especificação das funções de cada Poder, é exatamente evitar o absolutismo, o exercício do Poder Público em termos absolutos, sem qualquer limitação, pois isso levaria inevitavelmente à tirania. Evidentemente, não se pode logicamente entender que a tripartição do Poder tenha tido como propósito criar três Poderes absolutamente autônomos e independentes, pois isso corresponderia, nada mais nada menos, a triplicar a tirania. O objetivo fundamental dessa teoria é a criação de instrumentos de contenção do Poder, possibilitando que cada um dos Poderes controle cada um dos outros Poderes.”<sup>1</sup>*

Não é possível, portanto, interpretar qualquer dispositivo constitucional isolado (e muito menos qualquer artigo da legislação ordinária, decreto, regulamento, regimento etc.) desconsiderando, contornando, aniquilando ou mesmo enfraquecendo o princípio da independência e harmonia dos poderes, cujo conteúdo ou significado foi assim descrito pela doutrina tradicional:

*“O princípio da separação dos poderes (ou divisão, ou distribuição, conforme a terminologia adotada) significa, portanto, entrosamento, coordenação, colaboração,*

---

1. DALLARI, Adilson Abreu. “Controle Compartilhado da Administração da Justiça”, in *Revista Brasileira de Direito Público*, RBDP, 07, out/dez. 2004, Editora Forum, Belo Horizonte, p. 15.

*desempenho harmônico e independente das respectivas funções, e ainda que cada órgão (poder), ao lado de suas funções principais, correspondentes à sua natureza, em caráter secundário colabora com os demais órgãos de diferente natureza, ou pratica certos atos que, teoricamente, não pertenceriam à sua esfera de competência.*

*É nesse sentido que a Constituição brasileira não fala, como já observamos, em “separação de poderes”, mas apenas em “harmonia e independência dos poderes”, e declara serem poderes da União o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, “independentes e harmônicos entre si”.<sup>2</sup>*

A desejada harmonia não pode significar leniência, em detrimento da independência. Nem a independência pode ser invocada para a quebra despropositada da harmonia. Os dois termos do binômio devem conviver, para o que é essencial o fiel e completo cumprimento das atribuições conferidas a cada um dos poderes. A omissão ou o abuso por parte de qualquer um dos poderes certamente quebrará o equilíbrio constitucionalmente estabelecido.

Os ensinamentos da doutrina tradicional permanecem válidos e são integralmente corroborados pela doutrina mais recente, conforme se pode notar nas passagens que são abaixo transcritas:

*“Esse é um princípio geral do Direito Constitucional que a Constituição inscreve como um dos princípios fundamentais que ela adota. Consta de seu art. 2º que são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário são expressões com duplo sentido. Expressem, a um tempo, as funções legislativa,*

---

2. J. H. MEIRELLES TEIXEIRA, constantes de seu “Curso de Direito Constitucional” (atualizado por MARIA GARCIA, Ed. Forense Universitária, 1991, pág. 585).

*executiva e jurisdicional e indicam os respectivos órgãos, conforme descrição e discriminação estabelecidas no título da organização dos poderes (respectivamente, nos arts. 44 a 75, 76 a 91 e 92 a 135)."*

*"A harmonia entre os poderes verifica-se primeiramente pelas normas de cortesia no trato recíproco e no respeito às prerrogativas e faculdades a que mutuamente todos têm direito".*

*"Tudo isso demonstra que os trabalhos do Legislativo e do Executivo, especialmente, mas também do Judiciário, só se desenvolverão a bom termo, se esses órgãos se subordinarem ao princípio da harmonia, que não significa nem o domínio de um pelo outro nem a usurpação de atribuições, mas a verificação de que, entre eles, há de haver consciente colaboração e controle recíproco (que, aliás, integra o mecanismo), para evitar distorções e desmandos. A desarmonia, porém, se dá sempre que se acrescem atribuições, faculdades e prerrogativas de um em detrimento de outro".<sup>3</sup>*

Fica perfeitamente claro, portanto, que o Art. 2º da Constituição Federal (independência dos poderes) não pode ser interpretado senão em conjunto com a disposição dos artigos 44 a 75, e, muito especialmente do disposto no §3º do Art. 58, que se transcreve:

*"§3º. As comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para a apuração de fato determinado e por prazo certo,*

---

3. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, Malheiros Editores, 14ª edição, 1997, p. 112.

*sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores”.*

Fato determinado não significa um único fato. Obviamente, a CPI pode ter como objeto alguns fatos determinados; no plural. Além disso, a prática reiterada de atos determinados pode revelar uma conduta (que também é matéria de fato) suspeita de ilicitude. Não é possível instalar uma CPI (ou qualquer outra investigação) aleatória, aberta, desmedida, para que, no seu curso, talvez venha a ser descoberto um fato sancionável

Diante de todo o acima exposto, salta aos olhos que não há qualquer colisão entre a separação de poderes e o exercício de funções de fiscalização expressamente consignadas pela Constituição Federal ao Poder Legislativo. Mas, vale repetir, a omissão do dever de fiscalizar pode ensejar o desequilíbrio entre os poderes.

### **3. CONTROLE DAS ATIVIDADES NÃO-JURISDICIONAIS**

---

Todos os poderes exercem atividades típicas e atípicas. Todos eles desenvolvem atividades meramente administrativas, instrumentais, necessárias à execução das atividades que lhes são próprias e exclusivas. Para os fins deste artigo, é preciso deixar bem claro que não se cogita de colocar o Poder Legislativo como um revisor ordinário das decisões jurisdicionais regulares adotadas pelo STF. O foco está no desempenho das atividades não jurisdicionais e, ao final, nas excepcionais atividades jurisdicionais abusivas, despropositadas e flagrantemente violadoras do equilíbrio entre os poderes.

O controle das atividades não jurisdicionais já foi expressamente admitida pelo STF, em decisão proferida, há muito tempo, pelo atual decano:

*“O postulado da separação de poderes, no entanto, ainda que traduza uma clara limitação material ao poder*

*de investigação parlamentar do Congresso Nacional, não pode ser invocado para excluir a possibilidade de responsabilização penal ou disciplinar dos magistrados faltosos”*,

STF, Ministro Celso de Mello, no *Habeas Corpus* 79441-6 – DF de 15/09/1999.

Magistrados faltosos são aqueles que descumprem seus deveres funcionais, seja pela violação de normas administrativas, inclusive contábeis e financeiras, seja por violação dos deveres de isenção e imparcialidade, como ocorre na retenção indevida de processos ou na pura e simples venda de decisões jurisdicionais. Não há dúvida alguma, portanto, sobre a possibilidade de fiscalização de atos incompatíveis com o exercício regular das competências de magistrados, em qualquer nível.

Em um caso concreto, de requerimento de instalação de CPI, formulado pelo Senador Alessandro Vieira (a chamada CPI da Lava Toga), a Advocacia do Senado Federal, em manifestação, assinada pelo Advogado-Geral Fernando Cesar Cunha, destinada a subsidiar a decisão do Presidente do Senado Federal. Inicialmente manifestou-se no sentido da viabilidade, em tese, da CPI:

*“Em todo caso, dentro da ideia de República e de Estado Democrático de Direito, nenhuma autoridade ou poder está acima da lei e da Constituição, de sorte que desvios de conduta podem e devem ser investigados pelas instâncias competentes, independentemente do ramo de Poder onde tenham se dado.”*

...

*“A independência e a harmonia dos Poderes, da essência do Estado Democrático de Direito, não é manto protetor para acobertar a prática de abusos que eventualmente tenham ocorrido em qualquer seara do poder público.”*

O requerimento deixava absolutamente claro o reconhecimento de que o Congresso Nacional não tem competência para revisar os atos jurisdicionais dos magistrados, nem questionar os fundamentos de dada decisão judicial. Ninguém contesta que não cabe ao Legislativo reformar decisões judiciais tomadas no exercício da competência jurisdicional, de dizer o direito. O requerimento postulava a investigação sobre atividades instrumentais, auxiliares, necessárias e indispensáveis para que possam ser exercidas as atividades típicas, como é o caso das atividades de administração da estrutura e funcionamento dos órgãos de cada poder. Todos eles exercem funções de aplicação dos seus recursos, de gestão do seu pessoal e de ordenação das atividades de todos os órgãos e todas as pessoas físicas que lhe são vinculadas.

No caso específico, o requerimento de CPI não foi aceito porque, no rol de assuntos a serem examinados, havia fatos determinados e fatos indeterminados, tendo o presidente do Senado decidido que estes (fatos indeterminados) maculavam o pedido e impediam a instauração da CPI.

Mas ficou indubitavelmente claro que membros do Poder Judiciário também exercem funções administrativas; ou seja, praticam atos administrativos. Tais atos nunca são imunes a controle. Administração pública é a atividade de quem não é dono, toda atuação administrativa, toda e qualquer decisão administrativa tem que ser, necessariamente, fundamentada e devidamente motivada. Isso que já era manso e pacífico na doutrina e na jurisprudência, ficou ainda mais claro com os artigos adicionados à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB, pela Lei nº 13.655, de 25/04/18. Nenhuma autoridade pode praticar qualquer ato administrativo por pura vontade pessoal, conforme lhe aprouver. A necessidade de fundamentação e motivação foi sendo incrementada exatamente para possibilitar o controle de condutas e decisões de agentes públicos.

É incontestável (e até inerente ao ser humano) que agentes públicos podem praticar atos lícitos ou ilícitos. Algumas ilicitudes são patentes, evidentes, visíveis e identificadas de plano, por conterem erros grosseiros, indiscutíveis; puras arbitrariedades. Porém existem condutas e decisões ilícitas que não são perceptíveis de plano, dada sua aparente legalidade. É o que acontece com o denominado desvio de poder.

Desvio de poder é uma ilegalidade disfarçada; é uma ilicitude com aparência de legalidade. Ao vício propriamente jurídico agrega-se o vício ético; o embuste, a intenção de enganar. Pelo desvio de poder violam-se, simultaneamente, os princípios da legalidade e da moralidade administrativa.

O desvio de poder nunca é confessado, somente se identifica por meio de um feixe de indícios convergentes, dado que é um ilícito caracterizado pelo disfarce, pelo embuste, pela aparência de legalidade, para encobrir o propósito de atingir um fim contrário ao direito, exigindo um especial cuidado em sua apuração.

Se no âmbito do Poder Executivo já é difícil apurar decisões tomadas com desvio de poder ou desvio de finalidade, essa dificuldade é imensamente potencializada quando se trata de decisões administrativas tomadas por magistrados. A essa dificuldade natural soma-se a suposta intangibilidade da pessoa física do magistrado. Na prática, Juízes de primeiro grau podem ser punidos, Desembargadores nem tanto, mas Ministros desfrutam da aura da santidade e do mito da inimizabilidade por sua conduta.

Essa presunção absoluta é totalmente inadmissível nos dias atuais. Não só pelos avanços havidos no tocante ao conceito de separação de poderes (conforme acima demonstrado), mas pela predominância de decisões monocráticas, de decisões contraditórias em casos idênticos, por preferências e engavetamentos inexplicáveis, por pedidos de vista estratégicos, pela promiscuidade entre julgadores e partes interessadas. Embora isso também ocorresse

no passado, tudo ficava “intra muros”. Atualmente, na era das comunicações, com a revolução da informática, nada é secreto e é muito fácil fazer ligações entre comportamentos, dentro e fora dos Tribunais, ao longo do tempo.

Note-se que qualquer um dos comportamentos acima mencionados, se fosse isolado ou eventual não suscitaria suspeitas de desvio de poder, mas a constância, a reiteração e a insistência em sua prática, permite que se façam ilações sobre a conduta do agente público. Uma coisa é uma decisão facciosa; outra coisa muito diferente é a repetição de decisões facciosas. O problema não está na decisão, mas na conduta ilícita ou imoral.

Para terminar este capítulo e eliminar qualquer dúvida remanescente, é preciso deixar claro que o desvio de poder ocorre (e deve ser combatido) mesmo na prática de atos legislativos e jurisdicionais, conforme a mais autorizada doutrina:

*“Acolhida, amplamente, na generalidade dos sistemas administrativos, a noção de desvio de poder como tipo de ilicitude administrativa alcançou entre nós consagração legislativa e jurisprudencial.*

*Sustentamos, em estudo especial sobre o tema, que a teoria do desvio de poder como vício de legalidade vai além do controle dos atos e contratos administrativos.*

*Tanto o desvio de poder legislativo, como o desvio de poder jurisdicional, se podem caracterizar na medida em que o legislador ou o juiz destoem, de forma manifesta, do âmbito de seus poderes que, embora de reconhecida amplitude, não são ilimitados e atendem a fins que lhe são próprios e definidos.”<sup>4</sup>*

---

4. TÁCITO, Caio. *Temas de Direito Público – Estudos e Pareceres*, 1º Volume, Editora Renovar, Rio de Janeiro, 1997, p. 340.

Diante dessa advertência doutrinária, fica perfeitamente asentado que os atos não-jurisdicionais praticados no âmbito do Judiciário não são insuscetíveis de controle e não geram qualquer inimizabilidade. O que não se pode admitir são subterfúgios para criar imunidade ao controle.

Ministros são seres humanos e, como tal, podem cometer simples erros. Além disso, a interpretação das normas jurídicas comporta divergências. Mas não é disso que se trata neste estudo. O problema é bem mais grave, como demonstram os fatos acima referidos.

Entre os onze ministros do STF, existem alguns notoriamente facciosos, mas existem também ministros que têm demonstrado correção em sua conduta e coerência em suas decisões. Mas jamais se viu algum ministro verberar o escandaloso facciosismo de outro. Nenhum jamais protestou contra a escandalosa decisão do então ministro presidente, Ricardo Lewandowski, ao “fatiar” o parágrafo único do Art. 52, da CF, mantendo os direitos políticos da presidente cassada (mas integrante da corrente política por ele professada) e absolutamente ninguém se manifestou sobre o engavetamento, pela ministra Rosa Weber (também nomeada pela mesma corrente política) do mandado de segurança impetrado contra aquela aberrante decisão. Não há como ignorar o silêncio cúmplice por parte de quem protege, resguarda ou simplesmente silencia, seja por puro corporativismo, seja por esperar o mesmo tratamento, caso, eventualmente, venha a ser necessário.

Não há dúvida de que muito dos fatos acima referidos poderiam configurar crimes de responsabilidade, mas existe um sério problema de ordem prática, qual seja o fato de que compete ao STF o julgamento dos Senadores. Ninguém quer se indispor com ninguém. Ou, talvez, os parlamentares sigam os ensinamentos bíblicos: “Não julgueis, para que não sejais julgados” (Mateus 7:1).

#### 4. DECISÕES INCONSTITUCIONAIS

---

Conforme o disposto no Art. 102 da CF, compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, função essa que sempre exerceu ao longo da história, conferindo a todos os brasileiros a indispensável e fundamental segurança jurídica. Porém, conforme demonstram os fatos relatados na parte inicial do presente estudo, no momento atual, o STF tem-se comportado de maneira flagrantemente abusiva, ou, dizendo mais corretamente: não é a instituição que se desencaminhou, mas seus atuais ministros, a quase totalidade cultores de teorias políticas de esquerda, que têm proferido decisões que se chocam frontalmente com os princípios e preceitos constitucionais, suspendendo arbitrariamente os direitos e garantias fundamentais enunciados no Art. 5º da CF, levando a uma gravíssima situação de insegurança jurídica. Qualquer pessoa, a qualquer momento, pode ser presa ou ter seu domicílio invadido e seus bens sequestrados, sem que saiba, ao menos, por qual motivo. Na quase totalidade, são simplesmente investigados por supostos delitos de opinião.

O cenário institucional parece configurar o que pode ser designado “abuso de Estado de Direito”, conforme ensina Fernando Lobo D’Eça, citando John Finnis<sup>5</sup>:

*“Mais recentemente, ao traçar os limites do Estado de Direito, a melhor Doutrina refere-se ao que denomina de “abuso do Estado de Direito” (“abuse of rule of law”) para descrever o tipo de “regime tirânico dedicado a fins perniciosos que não tem nenhuma razão autossuficiente para submeter-se à disciplina de operar de forma consistente através dos processos exigentes do direito” e se caracteriza, de um lado, por ser “explorador”, na*

---

5. *Natural law & natural rights*. 2. ed. New York: Oxford University Press, 2011. v. 5. p. 273-274

*medida em que os “governantes estão simplesmente empenhados em seus próprios interesses, independentemente dos interesses do resto da comunidade”, e, de outro lado, “ideológico”, na medida em que os “governantes estão perseguindo um objetivo que consideram bom para sua comunidade, mas perseguindo-o fanaticamente, sublimando os outros aspectos básicos”.<sup>6</sup>*

Admita-se ou não a configuração desse estado de coisas, é indiscutível que, em algumas decisões, os membros do STF praticam abusos de direito, violando a Constituição que deveriam guardar. No capítulo anterior foram abordados os possíveis comportamentos sancionáveis praticados no exercício de atividades instrumentais: não jurisdicionais. Entretanto, é preciso enfrentar o problema que surge quando ministros do STF proferem decisões inconstitucionais. Nem se diga, como comodamente dizem alguns, que isso é impossível, pois os ministros do Supremo são também dotados do dogma da infalibilidade do Papa, pois Supremo, conforme registram os dicionários, é o que está acima de todos.

No Brasil, por força do parágrafo único do Art. 1º da CF, todo poder emana do povo, cujos representantes são todos, em todos os ramos do poder, subordinados à Constituição. O Supremo Tribunal Federal é apenas um órgão do Poder Judiciário, que está acima dos demais órgãos desse mesmo Poder. Supremo é o órgão, o colegiado, não seus integrantes individualmente. Estes são apenas ministros, tais como os outros ministros, integrantes dos tribunais superiores. Em síntese, o Poder Judiciário é apenas um dos poderes da República; não é superior (nem muito menos supremo) com relação aos demais. Obviamente, os ministros do STF, no desempenho de todas as suas atividades, devem submeter-se à Constituição.

---

6. D’EÇA, Fernando L Lobo. *Direito Tributário e Delitos Penais*, da série Pesquisas Tributárias, Coord. Ives Gandra da Silva Martins, Ed Lex Magister, Porto Alegre, 2019, p. 211.

Não há dúvida de que eventuais abusos cometidos pelo Legislativo ou pelo Executivo podem ser corrigidos pelo Judiciário: em última análise, pelo STF. Mas o grande problema surge quando se trata de ilicitudes, abusos e arbitrariedades cometidas no âmbito do Judiciário. É essencial que se procure uma solução para corrigir decisões do STF que violam, ou mesmo violentam, a Constituição. A suposta, mas infelizmente real, intangibilidade das decisões inconstitucionais proferidas pelos membros do STF é apenas de fato; não jurídica.

Um ponto de partida (um simples ponto de partida; não uma conclusão definitiva e muito menos um dogma) estaria no Art. 142 da CF, que se transcreve: “As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem”. A menção expressa à garantia dos poderes constitucionais pode significar a possibilidade de se recorrer às Forças Armadas para a defesa da integridade de um dos poderes contra a invasão perpetrada por qualquer dos outros poderes. Quando o STF, desbordando dos limites constitucionais profere decisões gritantemente inconstitucionais, está invadindo a esfera dos outros poderes.

A doutrina tradicional, num eloquente silêncio, se conforma em que não há solução para o problema de decisões inconstitucionais do STF, pois haveria uma lacuna, insuscetível de ser preenchida, no sistema jurídico brasileiro. Sem dúvida é uma posição bastante cômoda, mas que não pode ser aceita pela moderna doutrina. Cabe a esta buscar a solução, mediante um exame mais aprofundado do texto constitucional.

Em estudo pioneiro, o Prof. Ives Gandra deixa claro que o Art. 142 pode ser aplicado se o STF desobedecer, confrontar ou conflitar

com os mandamentos constitucionais, destacando que as Forças Armadas nunca podem descumprir a CF; sua atuação não seria para romper a ordem, mas, sim, para recompor a ordem constitucional. Confirma-se com o que foi publicado pela Gazeta do Povo: "Ives Gandra da Silva Martins acompanhou muito de perto os trabalhos da Constituinte, próximo ao relator Bernardo Cabral. Em diversas e recentes manifestações, Gandra Martins assegura a intenção normativa e a finalidade político-institucional do art. 142 de prever uma intervenção pontual das Forças Armadas, uma espécie desidratada de poder moderador, para garantir os poderes da República e também a lei e a ordem, sempre que convocadas por esses mesmos poderes e nos estritos limites do chamamento".<sup>7</sup>

Em momento algum, o consagrado mestre conferiu às Forças Armadas a condição de Poder Moderador, mas sua menção, a título de exemplo a "uma espécie desidratada de poder moderador", foi o suficiente para que solertes juristas fizessem um ululante alarme no sentido de que, na CF em vigor, não existe Poder Moderador. Isso sem dúvida foi uma forma de fugir do problema e insistir na intangibilidade das decisões inconstitucionais do STF.

No mesmo sentido do entendimento do Prof. Ives Gandra, mas numa análise mais detalhada, em texto publicado no informativo Migalhas de 08/06/20<sup>8</sup>, Amauri Feres Saad pondera que, no texto constitucional vigente, "O povo é a fonte do poder que a Constituição disciplina e não se pode admitir que um dos poderes possa atuar fora dos limites que lhe são traçados". Examinando, cuidadosamente, textos produzidos durante os trabalhos da Constituinte, demonstra que havia uma preocupação muito grande no sentido de buscar

---

7. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/vozes/cronicas-de-um-estado-laico/o-stf-o-poder-moderador-e-as-forcas-armadas>. Acesso em 30 jul. 2020.

8. Migalhas de Peso. Mecanismos constitucionais de superação de crises – Quem tem medo do art. 142 da Constituição?

meios para evitar a repetição de revoluções, crises institucionais, e repetidas alterações constitucionais de ocasião, o que lhe permite afirmar que “O primeiro aspecto a ser levado em conta na compreensão da intervenção prevista pelo art. 142 é a sua natureza de mecanismo constitucional de superação de crises. Dito de outra forma: o equilíbrio entre poderes na atual constituição leva em consideração necessariamente o conteúdo do art. 142 e não pode ser compreendido sem ele”. Ressalta o jurista que não há um desequilíbrio em favor do executivo, pois a proteção prevista no Art. 142 está disponível para todos os poderes, e completa: “Quando se analisa a dinâmica do seu funcionamento, resta inevitável a conclusão de que a intervenção das forças armadas prevista no art. 142 faz parte do equilíbrio institucional desejado pelo constituinte de 1988”. Ou seja: ambos os juristas concordam em que o Art. 142 deve ser aplicado para recompor o equilíbrio entre os poderes.

Neste ponto, é preciso que se faça uma importante observação: Não se trata de colocar o Poder Executivo, exercido pelo Presidente da República, Chefe das Forças Armadas, como um superpoder, acima dos demais. Cabe lembrar que, no sistema constitucional republicano presidencialista brasileiro, o Presidente da República é Chefe do Poder Executivo e, também, Chefe de Estado, e é nessa condição (de Chefe de Estado) que ele pode invocar a aplicação excepcional do disposto no Art. 142, para a garantia dos poderes constitucionais.

Em síntese, não há como, numa perspectiva estritamente jurídica e absolutamente fiel ao texto da Constituição Federal, negar que o STF está desbordando de suas atribuições, invadindo a esfera de competência de outros poderes. Aquilo que era havido como impossível, está de veras acontecendo. Esse grave problema precisa ser solucionado pelos juristas.

Resta uma última e importante consideração: não se pode confundir a instituição Supremo Tribunal Federal, com os atuais

ocupantes de seus cargos; ela é permanente e eles são temporários. Não é possível deixar de considerar que a quase totalidade dos ministros foi nomeada por uma determinada corrente política agora em declínio. No corrente ano, haverá troca de presidente e aposentadoria de um ministro, abrindo-se a perspectiva de que o STF venha a recuperar sua antiga dignidade, seu prestígio e o respeito da coletividade.

## II

# Crimes de Responsabilidade do Chefe do Executivo ante a Lei 1.079/50

*Eduardo Marcial Ferreira Jardim\**

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. Responsabilização do Presidente da República e hipóteses de deposição no Brasil e no plano comparado. 2. O crime de responsabilidade e o *impeachment* na primeira Constituição Republicana de 1891 e nas Cartas de 1934, 1937, 1946, 1967, 1969 e 1988. 2.1. Síntese conclusiva. 3. Matizes eficaciais das normas sob exame. 4. O tema ao lume do sistema parlamentar de governo instaurado em 1961. 5. A Lei n. 1.079, de 10 de abril de 1950, sob o prisma da vigência e eficácia a contar de 1961. 5.1. Impossibilidade de repristinação. 6. A questão no pretório excelso. 7. Conclusão. Referências.

## INTRODUÇÃO

---

Preliminarmente, cumpre esclarecer que o título focaliza o elenco de crimes de responsabilidade do Chefe do Poder Executivo,

---

\*. Mestre e Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e Professor Titular de Direito Tributário na Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Membro da Academia Paulista de Letras Jurídicas, Cadeira n. 62. Membro Fundador do Instituto Brasileiro de Estudos de Direito Administrativo, Financeiro e Tributário. Sócio de Eduardo Jardim e Advogados Associados.

compreendendo, assim, as hipóteses de cometimento de tais condutas por parte do Presidente da República, Governadores e Prefeitos, todos sujeitos a eventual responsabilização que pode culminar com a deposição do cargo, também denominada de *impeachment*, afora possíveis sanções políticas, administrativas, cíveis e criminais.

A bem ver, com relação ao Presidente da República, a Constituição Federal cuida do assunto por meio do art. 85, incisos I *usque* VII, e Parágrafo único, enquanto nas esferas das demais unidades federativas a referida responsabilização pode constar das Constituições dos Estados, bem assim do Distrito Federal e da Lei Orgânica dos Municípios, por força do disposto nos arts. 25, 29 e 32 do Texto Supremo, os quais determinam que sejam organizados em harmonia com os princípios da Carta Magna.

Como sabido e ressabido, em poucas décadas o Brasil conviveu com o *impeachment* de dois Presidentes da República, sem contar casos pontuais de Governadores e Prefeitos, os quais foram apenados com fulcro na Lei n. 1.079/50, cuja vigência e eficácia será questionada nos desdobres do presente Estudo.

Como se vê, o problema tematizado reveste importância e relevância decididamente extraordinária, mercê da própria história recente do país, senão também em face de possível comprometimento da segurança jurídica que circunda o exercício do Poder por parte do Chefe dos Executivos nos múltiplos níveis de Governo.

Posto isto, a questão será objeto de reflexões à luz de postulado da Ciência do Direito, sem quaisquer matizes de índole política, tudo com o desígnio de mostrar o *quid juris* então suscitado.

Por derradeiro, impende destacar, também, que o Estudo será informado por uma visão contextual do Direito, a qual, diga-se *à vol d'oiseau*, não é apenas a melhor, mas a única. O asserto ressoa no magistério de **Rudolf Stammler**, que assim atremou: “Ao aplicar

um artigo do Código, o intérprete deve aplicar todo o Código”. (STAMMLER, 1923, p. 266, § 129). Parafraseando o grande mestre, o *Manual de Direito Financeiro e Tributário* de **Eduardo Marcial F. Jardim** aduz, por oportuno: “Não só todo o Código, mas todo o Direito (JARDIM, 2019, p. 393).

## 1. RESPONSABILIZAÇÃO DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA E HIPÓTESES DE DEPOSIÇÃO NO BRASIL E NO PLANO COMPARADO

---

O cometimento de determinadas condutas pode ensejar a responsabilidade do Presidente da República, a ponto de culminar na perda do cargo, medida extrema que consiste em sua deposição ou *impeachment*, conforme expressão do Direito norte-americano incorporada à nossa cultura.

Cumpra ponderar que o instituto da deposição ou *impeachment* somente pode ocorrer em Estados Democráticos com a forma republicana de governo, até porque em regimes autocráticos inexiste a possibilidade de deposição em face do regime de força que os configura, embora não tenha lugar, também, nas monarquias, mesmo democráticas, uma vez que o Rei ou Rainha não exercem poderes que pudessem propiciar a referida sanção.

Não se pode olvidar, também, que nos regimes parlamentares de Governo, o Presidente não desfruta de poderes que possam resultar na aludida penalidade capital, a exemplo da França, entre outros.

No Brasil, como sabido e ressabido, em poucas décadas tivemos a deposição de dois Presidentes da República, a primeira referente a Fernando Collor de Melo, e a segunda em relação a Dilma Roussef.

Por oportuno, cabe destacar que no Brasil o *impeachment* pode alcançar não só o Presidente da República, mas também os chefes do governo local que, no caso brasileiro seriam os Governadores

ou Prefeitos, dada a simetria que vigora entre nós com fulcro nos artigos 25, 29 e 32 da Constituição Federal. Tal sorte se verifica, outrossim, noutros países que adotam a forma federativa e Estado, cujo modelo assemelha-se afigura-se compatível com a figura sob exame, a exemplo da Constituição dos Estados Unidos da América em seu art. I, Seção III, item 6, combinado com o art. II, item 6, bem como o faz também a Constituição da República Portuguesa em seu art. 133, item 3.

## **2. O CRIME DE RESPONSABILIDADE E O *IMPEACHMENT* NA PRIMEIRA CONSTITUIÇÃO REPUBLICANA DE 1891 E NAS CARTAS DE 1934, 1937, 1946, 1967, 1969 E 1988**

---

Vejamos, pois, o tema questionado ao lume das Constituições ao longo da história, desde 1891 até o Texto Excelso de 1988. Assim, a primeira Constituição Republicana promulgada em 24 de fevereiro de 1891, então denominada Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, versou o assunto da seguinte forma, *in verbis*:

### ***Da Responsabilidade do Presidente***

**Art. 53** - O Presidente dos Estados Unidos do Brasil será submetido a processo e a julgamento, depois que a Câmara declarar procedente a acusação, perante o Supremo Tribunal Federal, nos crimes comuns, e nos de responsabilidade perante o Senado.

Parágrafo único - Decretada a procedência da acusação, ficará o Presidente suspenso de suas funções.

**Art. 54** - São crimes de responsabilidade os atos do Presidente que atentarem contra:

- 1º) a existência política da União;
- 2º) a Constituição e a forma do Governo federal;
- 3º) o livre exercício dos Poderes políticos;

4º) o gozo, e exercício legal dos direitos políticos ou individuais;

5º) a segurança interna do País;

6º) a probidade da administração;

7º) a guarda e emprego constitucional dos dinheiros públicos;

8º) as leis orçamentárias votadas pelo Congresso.

§ 1º - Esses delitos serão definidos em lei especial.

§ 2º - Outra lei regulará a acusação, o processo e o julgamento.

§ 3º - Ambas essas leis serão feitas na primeira sessão do Primeiro Congresso. (BRASIL, 1891).

No ano de 1932 dera-se a Revolução Constitucionalista deflagrada pelo Estado de São Paulo, que se insurgiu contra o Governo Central, a qual, derrotada embora, abriu espaço para a instalação de uma nova ordem constitucional instalada por meio da Constituição promulgada em 16 de julho de 1934.

Com efeito, o Texto de antanho cuidou do assunto por intermédio dos arts. 57 e 58, a saber:

**Art. 57** - São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República, definidos em lei, que atentarem contra:

a) a existência da União;

b) a Constituição e a forma de Governo federal;

c) o livre exercício dos Poderes políticos;

d) o gozo ou exercício legal dos direitos políticos, sociais ou individuais;

e) a segurança interna do País;

- f) a probidade da administração;
- g) a guarda ou emprego legal dos dinheiros públicos;
- h) as leis orçamentárias;
- i) o cumprimento das decisões judiciais.

**Art. 58** - O Presidente da República será processado e julgado nos crimes comuns, pela Corte Suprema, e nos de responsabilidade, por um Tribunal Especial, que terá como presidente o da referida Corte e se comporá de nove Juizes, sendo três Ministros da Corte Suprema, três membros do Senado Federal e três membros da Câmara dos Deputados. O Presidente terá apenas voto de qualidade.

§ 1º - Far-se-á a escolha dos Juizes do Tribunal Especial por sorteio, dentro de cinco dias úteis, depois de decretada a acusação, nos termos do § 4º, ou no caso do § 5º deste artigo.

§ 2º - A denúncia será oferecida ao Presidente da Corte Suprema, que convocará logo a Junta Especial de Investigação, composta de um Ministro da referida Corte, de um membro do Senado Federal e de um representante da Câmara dos Deputados, eleitos anualmente pelas respectivas corporações.

§ 3º - A Junta procederá, a seu critério, à investigação dos fatos argüidos, e, ouvido o Presidente, enviara à Câmara dos Deputados um relatório com os documentos respectivos.

§ 4º - Submetido o relatório da Junta Especial, com os documentos, à Câmara dos Deputados, esta, dentro de 30 dias, depois de emitido parecer pela Comissão competente, decretará, ou não, a acusação e, no caso afirmativo, ordenará a remessa de todas as peças ao Presidente do Tribunal Especial, para o devido processo e julgamento.

§ 5º - Não se pronunciando a Câmara dos Deputados sobre a acusação no prazo fixado no § 4º, o Presidente da Junta de Investigação remeterá cópia do relatório e documentos ao Presidente da Corte Suprema, para que promova a formação do Tribunal Especial, e este decrete, ou não, a acusação, e, no caso afirmativo, processe e julgue a denúncia.

§ 6º - Decretada a acusação, o Presidente da República ficará, desde logo, afastado do exercício do cargo.

§ 7º - O Tribunal Especial poderá aplicar somente a pena de perda de cargo, com inabilitação até o máximo de cinco anos para o exercício de qualquer função pública, sem prejuízo das ações civis e criminais cabíveis na espécie. (BRASIL, 1934).

Na trajetória das múltiplas Constituições ao longo da história, sobreveio a Carta de 1937, promulgada em 10 de novembro daquele ano, a qual fundou o chamado Estado Novo da Era Vargas. Como sói acontecer, sob pretexto de inimigos imaginários e inexistentes e usurpando uma falsa vontade popular, foi instaurada uma fase ditatorial no país.

Em que pese ao autoritarismo, a Constituição de então enumerou hipóteses de crimes de responsabilidade do Presidente da República, fazendo-o por meio dos arts. 85 a 87, as quais, a bem da verdade, jamais seriam aplicadas uma vez que o Presidente detinha plenos poderes, bem como voz no Conselho Federal e maioria no Congresso Nacional.

Vejamos, pois, a matéria *in casu*, consoante à referida Carta:

### **DA RESPONSABILIDADE DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA**

**Art. 85** - São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República definidos em lei, que atentarem contra:

- a) a existência da União;
- b) a Constituição;
- c) o livre exercício dos Poderes políticos;
- d) a probidade administrativa e a guarda e emprego dos dinheiros público;
- e) a execução das decisões judiciais.

**Art. 86** - O Presidente da República será submetido a processo e julgamento perante o Conselho Federal, depois de declarada por dois terços de votos da Câmara dos Deputados a procedência da acusação.

§ 1º - O Conselho Federal só poderá aplicar a pena de perda de cargo, com inabilitação até o máximo de cinco anos para o exercício de qualquer função pública, sem prejuízo das ações cíveis e criminais cabíveis na espécie.

§ 2º - Uma lei especial definirá os crimes de responsabilidade do Presidente da República e regulará a acusação, o processo e o julgamento.

**Art. 87** - O Presidente da República não pode, durante o exercício de suas funções, ser responsabilizado por atos estranhos às mesmas. (BRASIL, 1937).

Após a Era Vargas, a Carta autoritária de 1937 cedeu espaço para o advento de uma Constituição republicana e democrática, a qual foi promulgada em 18 de setembro de 1946. O Texto, a seu turno, cuidou dos crimes de responsabilidade, fazendo-o por meio dos arts. 88 e 89, consoante estampado abaixo, senão vejamos:

### **Da Responsabilidade do Presidente da República**

**Art. 88** - O Presidente da República, depois que a Câmara dos Deputados, pelo voto da maioria absoluta dos seus membros, declarar procedente a acusação, será submetido a julgamento perante o Supremo Tribunal

Federal nos crimes comuns, ou perante o Senado Federal nos de responsabilidade.

Parágrafo único - Declarada a procedência da acusação, ficará o Presidente da República suspenso das suas funções.

**Art. 89** - São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentarem contra a Constituição federal e, especialmente, contra:

I - a existência da União;

II - o livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário e dos Poderes constitucionais dos Estados;

III - o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais;

IV - a segurança interna do País;

V - a probidade na administração;

VI - a lei orçamentária;

VII - a guarda e o legal emprego dos dinheiros públicos;

VIII - o cumprimento das decisões judiciárias.

Parágrafo único - Esses crimes serão definidos em lei especial, que estabelecerá as normas de processo e julgamento. (BRASIL, 1946).

A Constituição Republicana de 1946 sucumbiu ao regime militar instalado em março de 1964 e, no ano de 1967, foi editada uma nova Carta que foi promulgada em 14 de janeiro de 1967, a qual tratou do assunto no art. 84, cujo comando foi praticamente reproduzido pela Emenda n.1 de 17 de outubro de 1969. Vejamos, pois:

### **Constituição de 1967**

#### ***Da Responsabilidade do Presidente da República***

Art. 84 - São crimes de responsabilidade os atos do Presidente que atentarem contra a Constituição federal e, especialmente:

- I - a existência da União;
- II - o livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário e dos Poderes constitucionais dos Estados;
- III - o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais;
- IV - a segurança interna do País;
- V - a probidade na administração;
- VI - a lei orçamentária;
- VII - o cumprimento das decisões judiciárias e das leis.

Parágrafo único - Esses crimes serão definidos em lei especial, que estabelecerá as normas de processo e julgamento.

Art. 85 - O Presidente, depois que a Câmara dos Deputados declarar procedente a acusação pelo voto de dois terços de seus membros, será submetido a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal, nos crimes comuns, ou, perante o Senado Federal, nos de responsabilidade.

§ 1º - Declarada procedente a acusação, o Presidente ficará suspenso de suas funções.

§ 2º - Decorrido o prazo de sessenta dias, se o julgamento não estiver concluído, o processo será arquivado. (BRASIL, 1967).

### **Constituição de 1969 - Emenda nº 1**

#### **Da Responsabilidade do Presidente da República**

Art. 82. São crimes de responsabilidade os atos do Presidente que atentarem contra a Constituição Federal e, especialmente:

- I - a existência da União;

II - o livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário e dos Podêres constitucionais dos Estados:

III - o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais;

IV - a segurança interna do País;

V - a probidade na administração;

VI - a lei orçamentária; e

VII - o cumprimento das leis e das decisões judiciais.

*Parágrafo único.* Êsses crimes serão definidos em lei especial, que estabelecerá as normas de processo e julgamento.

Art. 83. O Presidente, depois que a Câmara dos Deputados declarar procedente a acusação pelo voto de dois terços de seus membros, será submetido a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal, nos crimes comuns, ou perante o Senado Federal, nos de responsabilidade.

§ 1º Declarada procedente a acusação, o Presidente ficará suspenso de suas funções.

§ 2º Se, decorrido o prazo de sessenta dias, o julgamento não estiver concluído, será arquivado o processo. (BRASIL, 1969).

O regime militar perdurou mais de vinte anos, ao contrário da proposta inicial que teria justificado a ruptura da ordem constitucional de então. Entrementes, a sociedade acalentava a redemocratização, que também sensibilizou uma parcela expressiva do próprio partido do Governo, no caso a Arena.

As manifestações da sociedade civil, bem assim da oposição floresceram e tudo culminou com a promulgação de uma nova Constituição da República, a qual foi aprovada em 5 de outubro de 1988, reinstalando, assim, a Democracia no país.

A novel *Lex Legum*, a seu turno, manteve a tradição com referência à possibilidade de responsabilização do Presidente da República e sua consequencial deposição, caso incorra num dos crimes enumerados no art. 85 e seus desdobres, a saber, *in verbis*:

## **DA RESPONSABILIDADE DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA**

**Art. 85.** São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra:

I - a existência da União;

II - o livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos Poderes constitucionais das unidades da Federação;

III - o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais;

IV - a segurança interna do País;

V - a probidade na administração;

VI - a lei orçamentária;

VII - o cumprimento das leis e das decisões judiciais.

Parágrafo único. Esses crimes serão definidos em lei especial, que estabelecerá as normas de processo e julgamento.

**Art. 86.** Admitida a acusação contra o Presidente da República, por dois terços da Câmara dos Deputados, será ele submetido a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal, nas infrações penais comuns, ou perante o Senado Federal, nos crimes de responsabilidade.

§ 1º O Presidente ficará suspenso de suas funções:

I - nas infrações penais comuns, se recebida a denúncia ou queixa-crime pelo Supremo Tribunal Federal;

II - nos crimes de responsabilidade, após a instauração do processo pelo Senado Federal.

§ 2º Se, decorrido o prazo de cento e oitenta dias, o julgamento não estiver concluído, cessará o afastamento do Presidente, sem prejuízo do regular prosseguimento do processo.

§ 3º Enquanto não sobrevier sentença condenatória, nas infrações comuns, o Presidente da República não estará sujeito a prisão.

§ 4º O Presidente da República, na vigência de seu mandato, não pode ser responsabilizado por atos estranhos ao exercício de suas funções. (BRASIL, 1988).

## 2.1. Síntese conclusiva

---

Como visto, desde o nascimento da República até o figurino constitucional de 1988, cumpre notar que o Brasil produziu seis Constituições e todas, sem exceção, cuidaram das hipóteses de crime de responsabilidade do Chefe do Executivo e da previsão de *impeachment*.

Outrossim, embora tenhamos traços diferenciais muito claros em relação ao procedimento legislativo ou judicial, sobreleva reconhecer um aspecto comum, o qual consiste num rol de descrições de condutas qualificadas como crimes, bem como a respectiva responsabilização por meio de *impeachment* ou deposição.

Posto isto, no tópico seguinte será examinada a natureza eficaz das normas que versam a matéria, o que, no ver do presente estudo, haverá de revelar a existência de graves equívocos em relação à pena capital aplicada ao Presidente Collor e à Presidente Dilma Roussef.

### 3. MATIZES EFICACIAIS DAS NORMAS SOB EXAME

---

Por todas as veras, as Constituições de 1891 *usque* 1988 cuidam do assunto por meio de regras que descrevem condutas susceptíveis de responsabilização por crime de responsabilidade, fazendo-o com manifesta incompletude, reportando-se, outrossim, à edição de norma integrativa que venha a definir o perfil tipológico dos crimes *in casu*, senão também o processo aplicável à espécie.

Com efeito, o conteúdo das aludidas normas constitucionais rende ensanchar a um exame detido de seus contornos eficaciais e, para tanto, torna-se de mister seja feita uma breve incursão ao magistério abalizado de dois clássicos sobre o tema, no caso a renomada obra *Aplicabilidade das normas constitucionais*, de **José Afonso da Silva**, bem assim o festejado livro *Norma constitucional e seus efeitos*, de **Maria Helena Diniz**.

Primeiramente, convém observar que a expressão eficácia não se confunde com vigência, embora, por vezes, haja uma certa imprecisão no emprego dessas importantes palavras no cenário jurídico.

Tanto assim é que a própria Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro alude à **vigência** com o sentido de produção de efeitos jurídicos o que, em veras, não é **vigência**, mas, sim, **eficácia**.

A palavra **vigência**, como quer **HansKelsen**, hospeda a carga semântica unívoca de existência, donde a lei vigente ou em vigor é aquela que existe no universo do direito. Ouçamo-lo, pois, num breve excerto ao bordar o assunto em sua monumental *Teoria Pura do Direito*, a saber: “Com a palavra vigência designamos a existência específica de uma norma”. (KELSEN, 1974, p. 28).

Ademais, o mestre de Viena aduz que a **vigência** com a acepção de existência da norma não se confunde com a **eficácia** que é a condição de ser efetivamente aplicada e observada. (KELSEN, 1974, p. 29).

**Geraldo Ataliba** define eficácia como a aptidão pela qual os atos jurídicos produzem os seus efeitos (ATALIBA, 1967, p. 21), assim como **Emílio Fernández Vásquez** que, ao tratar do ato administrativo, também alude à sua eficácia com o sentido de produção de efeitos jurídicos (VÁSQUEZ, 1981, p. 263). Na mesma senda, ao aludir à eficácia, o consagrado mestre **Miguel Reale** utiliza a sinonímia efetividade, o que confere foros de clareza e compreensão da exata dimensão e acepção da palavra *sub examen* (REALE, 2010, p. 112).

Outrossim, doutrinadores estrangeiros e pátrios deram conta da existência de graus diferenciados de eficácia no tocante às normas constitucionais. Entre nós, merece destaque a lição pioneira de **Ruy Barbosa**, seguido por **Victor Nunes Leal**, **Pontes de Miranda**, **José Afonso da Silva**, **Geraldo Ataliba** e **Maria Helena Diniz**, dentre outros.

Nessa trilha, na doutrina norte-americana, por meio de **Thomas Cooley** procedeu a distinção de disposições auto executáveis e não auto-executáveis, aquelas se caracterizam por hospedar um mandamento completo, enquanto estas abrigam comandos incompletos e dependem de suplementação integrativa para que operem todos os seus efeitos (COOLEY, 1903, p. 109).

Colocadas em curso essas premissas, cumpre lembrar que as regras categorizadas como autoexecutáveis se desdobram-se em níveis de eficácia plena e eficácia contida ou reduzidas. As primeiras são dotadas de completude e plenitude e, por isso, não comportam suplementação, enquanto as segundas, embora completas também, comportam, outrossim, o advento de normação integrativa.

Ao tratar do tema sob o ponto de vista eficaz específico, **José Afonso da Silva** contempla as normas constitucionais nas três categorias prefaladas, quais sejam: eficácia plena; eficácia contida; e eficácia limitada ou reduzida (SILVA, 2012, p. 81).

Assim, as primeiras compreendem as normas que desde logo produzem todos os seus efeitos essenciais ou podem produzi-los,

uma vez que são dotadas de normatividade suficiente para incidir direta e imediatamente sobre a matéria que representa o seu objeto (SILVA, 2012, p. 82). Exemplo de regras com esse perfil seria, dentre outras, aquelas que abrigam um juízo categórico, assim como o pacto federativo ou a forma republicana de governo.

Já as segundas, denominadas de eficácia contida, assim como as de eficácia plena, também produzem os seus efeitos imediatamente, mas podem ser implementadas pelo legislador infraconstitucional por determinação imersa na própria norma. Exemplifica o caso o comando inserto no art. 5º, inciso XII, do Texto Excelso, o qual assegura a inviolabilidade das comunicações, mas prevê a possibilidade pela qual o legislador pode autorizar a interceptação comunicacional para efeito de investigação criminal ou instrução do processo penal. É dizer, com lei integrativa ou não e vedação, opera efeito imediatamente, podendo, no entanto, o legislador disciplinar o *modus faciendi* do chamado *grampo telefônico*.

A aludida eficácia contida mereceu uma arguta reflexão de **Maria Helena Diniz**, para quem as regras desse jaez são qualificadas como de eficácia relativa restringível, a exemplo do art. 5º, XII, retrocitado, não podendo, outrossim, serem ampliadas (DINIZ, 2009, p. 117).

Finalmente, a terceira categoria se caracteriza pela incompletude da mensagem interserta na regra constitucional, cujo comando estabelece um princípio a ser complementado pelo legislador, desdobrando-se em mandamentos que versam sobre a organização do Estado ou compreendem preceitos que cuidam de programas de governo na ordem social, cultural, econômica e outras. As primeiras podem ser qualificadas como institutivas, enquanto as segundas podem ser categorizadas como programáticas.

Ante os comentários trazidos à colação, força é reconhecer que, desde 1891 até 1988, todas as Constituições enumeraram hipóteses de condutas tipificáveis como crimes de responsabilidade, fazendo-o com manifesta incompletude e, por isso, reportaram-se à

lei integrativa, a qual foi incumbida de definir o perfil tipológico do referido crime, cabendo-lhe, também, estabelecer o *modus faciendi* do rito processual aplicável ao caso.

Por óbvio, regras dessa natureza não são suficientes para a produção de todos os seus efeitos, razão porque são configuradas como não-autoaplicáveis, dependendo, pois, de superveniente legislação específica para que ganhe plenitude eficaz.

A contar de 1950, o Congresso Nacional editou a Lei n. 1.079, de 10 de abril de 1950, que definiu com detença os crimes de responsabilidade e dispôs sobre o processo cabível *in casu*, donde, a partir daquele átimo temporal, a legislação foi dotada de potencialidade no sentido de incidir sobre as condutas acoimadas como ilícitas por parte do Chefe do Executivo.

Sobremais, importa destacar que a Lei em apreço estipula a pena de deposição do Presidente, conforme estampado no art. 34 do referido texto legal, assim averbado: “Art. 34. Proferida a sentença condenatória, o acusado estará, *ipso facto* destituído do cargo”.

Entrementes, como diria Drummond<sup>1</sup> surgiu uma pedra no caminho, o que será perscrutado na sequência do presente Estudo, tudo com o desígnio de revelar à sociedade o que de real existe em relação à Lei n. 1.079/50, em especial no pertinente à vigência e à eficácia.

#### **4. O TEMA AO LUME DO SISTEMA PARLAMENTAR DE GOVERNO INSTAURADO EM 1961**

---

A Emenda Constitucional n. 4, de 2 de setembro de 1961, instalou o sistema parlamentar de governo e, ao revés de crimes de responsabilidade, estabeleceu hipóteses de crimes comuns, de um

---

1. ANDRADE, Carlos Drummond. *Alguma poesia*. São Paulo: Companhia das Letras, 2013, p. 36.

lado, e crimes funcionais, de outra parte. Estes se resumem a quatro modalidades, quais sejam: os atos que atentarem contra a existência da União ou contra o livre exercício dos Poderes; o exercício dos poderes políticos, individuais e sociais; e, ainda, contra a segurança interna do país. Nada mais.

Como se pode notar, a referida Emenda modificou a redação original em relação aos crimes de responsabilidade constantes do Texto Original da Carta de 1946, dentre os quais aqueles que atentassem contra a probidade na administração e contra a lei orçamentária, dentre outros, os quais, diga-se de passo, voltaram a integrar a ordem constitucional posterior à aludida Emenda.

Art. 5º São crimes funcionais os atos do Presidente da República que atentarem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra:

I - a existência da União;

II - o livre exercício de qualquer dos poderes constitucionais da União ou dos Estados;

III - o exercício dos poderes políticos, individuais e sociais;

IV - a segurança interna do país. (BRASIL, 1961).

Como se pode notar, afora as hipóteses enumeradas no comando ora estampado, força é admitir que algumas modalidades de crimes de responsabilidade deixaram de existir, dentre as quais os de improbidade administrativa ou de descumprimento da lei orçamentária.

Entrementes, o sistema parlamentar de governo teve vida fugaz, pois foi revogado pela Emenda Constitucional n. 6, de 23 de janeiro de 1963, a qual restabeleceu o sistema presidencial de governo, instituído pela constituição de 1946.

Outrossim, após a restrição das hipóteses de crimes de responsabilidade, a matéria tornou a ganhar plenitude com o advento da Carta de 1967, que reiterou um elenco amplo de condutas

susceptíveis à referida criminalização, conforme faz certo o disposto no art. 82 daquele Texto Excelso.

A apontada trajetória de modificações efetuadas no patamar constitucional rende ensanchas a uma reflexão concernente a um ponto lacunoso no plano legal, máxime porque sobreveio uma lacuna quanto aos crimes de improbidade administrativa e o de inobservância da lei orçamentária que não foram encampados pela ordem instalada por meio da Emenda n. 4/1961.

## **5. A LEI N. 1.079, DE 10 DE ABRIL DE 1950, SOB O PRISMA DA VIGÊNCIA E EFICÁCIA A CONTAR DE 1961**

---

Conforme visto no tópico precedente, a Lei n. 1.079 em questão implementou as normas relativas aos crimes de responsabilidade enumerados no art. 88 e seus incisos, os quais, a exemplo dos Textos anteriores, revestiam a natureza de eficácia limitada ou reduzida, mercê de sua incompletude.

A propósito, o seu parágrafo único estabelecia em alto e bom som que a matéria seria objeto de legislação integrativa preordenada a definir os crimes, cabendo-lhe, outrossim, estipular as regras de processo aplicável ao assunto.

Com efeito, não demasia recordar que o art. 5º da Emenda 4/1961 restringiu as hipóteses de crimes de responsabilidade aos atos contrários à existência da União, ao livre exercício dos Poderes, ao exercício dos Poderes Políticos, Individuais e Sociais e a Segurança interna do País.

Portanto, a ordem constitucional de então deixou de incluir no aludido rol de crimes de responsabilidade aqueles concernentes à improbidade administrativa e à lei orçamentária, razão pela qual, nesse ponto, os arts. 9º e 10º da Lei n. 1.079, de 10 de abril de 1950, perderam vigência a contar de então, uma vez que perderam fundamento de validade e por consequência não foram recepcionados pela referida Emenda.

## 5.1. Impossibilidade de repristinação

---

Ora, se a lei em apreço deixou de vigorar em 1961, por óbvio jamais poderia tornar a vigorar a partir das Constituições de 1967, 1969 e 1988, ainda que houvesse harmonia entre o questionado diploma legal e os Textos mencionados, máxime porque tal hipótese configuraria repristinação, que é uma figura expressa vedada em nosso Direito por meio do art. 2º, § 3º, do provecto Decreto-lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942, agora imerso na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

De conseguinte, é forçoso reconhecer que a Lei n. 1.079/50 foi revogada por não recepção à ordem constitucional instalada em 2 de setembro de 1961 e, por isso mesmo, sob o ponto de vista da Teoria Geral do Direito jamais poderia ser aplicada, como foi, ao ensejo da deposição dos Presidentes Fernando Collor e Dilma Roussef.

O asserto citado faz coro com a lição abalizada do Professor Alexandre de Moraes, festejado constitucionalista e Ministro do Pretório Excelso, que assim comentou o assunto:

Repristinação é o nome que se dá ao fenômeno que ocorre quando uma norma revogadora de outra anterior, que, por sua vez, tivesse revogado uma mais antiga, recoloca esta última novamente em estado de produção de efeitos. Esta verdadeira restauração de eficácia é proibida em nosso Direito, em nome da segurança jurídica, salvo se houver expressa previsão da nova lei, conforme preceitua o art. 2º, § 3º, da Lei de Introdução ao código civil. Assim, a legislação que tenha perdido sua eficácia anteriormente à edição da nova Constituição Federal não irá readquiri-la com sua promulgação. Nesse sentido, decidiu o STF que 'Existe efeito repristinatório em nosso ordenamento jurídico, impondo-se, no entanto, para que possa atuar plenamente, que a repristinação encontre suporte em cláusula normativa que a preveja expressamente, pois a repristinação não se presume (MORAES, 2009, p. 642-3).

Diante dessas considerações e com esteio no primado da razoabilidade tão bem esculpido por **Recaséns Siches**, impõe-se depreender que a Lei n. 1.079/50, deixou de vigorar em abril de 1961 e, logicamente, não poderia ser restaurada, razão pela qual resta evidente que há uma incrível lacuna em nosso Direito, senão também uma censurável aplicação de legislação revogada a mais de meio século! (SICHES, 2010).

## **6. A QUESTÃO NO PRETÓRIO EXCELSO**

---

Em que pese os argumentos trazidos à baila, todos no sentido de objurgar e repudiar a questionada vigência da Lei n. 1.079, de 10 de abril de 1950, o Pretório Excelso admitiu a repristinação do aludido diploma legal, a exemplo da emenda constante do *decisum* abaixo transcrito, *in verbis*:

**MS 21564/ DF - DISTRITO FEDERAL**

**MANDADO DE SEGURANÇA**

**Relator(a): Min. OCTAVIO GALLOTTI**

**Relator(a) p/ Acórdão: Min. CARLOS VELLOSO**

**Julgamento: 23/09/1992**

**Órgão Julgador: Tribunal Pleno**

**Publicação**

DJ 27-08-1993 PP-17019 EMENT VOL-01714-02 PP-00164

RTJ VOL-00169-01 PP-00080

Impeachment: Jurisprudência, STF, 1996, p. 104

**Parte(s)**

IMPTE. : FERNANDO AFFONSO COLLOR DE MELLO

ADVDO.: JOSÉ GUILHERME VILLELA

IMPDO.: PRESIDENTE DA CÂMARA DOS DEPUTADOS

ADVDO.: LUIZ CARLOS LOPES MADEIRA

## **Ementa**

CONSTITUCIONAL. "IMPEACHMENT". PROCESSO E JULGAMENTO: SENADO FEDERAL. ACUSAÇÃO: ADMISSIBILIDADE: CÂMARA DOS DEPUTADOS. DEFESA. PROVAS: INSTÂNCIA ONDE DEVEM SER REQUERIDAS. VOTO SECRETO E VOTO EM ABERTO. RECEPÇÃO PELA CF/88 DA NORMA INSCRITA NO ART. 23 DA LEI 1079/50. REVOGAÇÃO DE CRIMES DE RESPONSABILIDADE PELA EC 4/61. REPRISTINAÇÃO EXPRESSA PELA EC N. 6/63. C.F., ART. 5., LV; ART. 51, I; ART. 52, I; ART. 86, "CAPUT", PAR. 1., II, PAR. 2.; EMENDA CONSTITUCIONAL N. 4, DE 1961; EMENDA CONSTITUCIONAL N. 6, DE 1.963. LEI N. 1.079/50, ART. 14, ART. 23. I. - "IMPEACHMENT" DO PRESIDENTE DA REPUBLICA: COMPETE AO SENADO FEDERAL PROCESSAR E JULGAR O PRESIDENTE DA REPUBLICA NOS CRIMES DE RESPONSABILIDADE (C.F., ART. 52, I; ART. 86, PAR. 1., II), DEPOIS DE AUTORIZADA, PELA CÂMARA DOS DEPUTADOS, POR DOIS TERCOS DE SEUS MEMBROS, A INSTAURAÇÃO DO PROCESSO (C.F., ART. 51, I), OU ADMITIDA A ACUSAÇÃO (C.F., ART. 86). E DIZER: O "IMPEACHMENT" DO PRESIDENTE DA REPUBLICA SERÁ PROCESSADO E JULGADO PELO SENADO. O SENADO E NÃO MAIS A CÂMARA DOS DEPUTADOS FORMULARA A ACUSAÇÃO (JUÍZO DE PRONUNCIA) E PROFERIRA O JULGAMENTO (C.F., ART. 51, I; ART. 52, I; ART. 86, PAR. 1., II, PAR. 2.). II. - NO REGIME DA CARTA DE 1988, A CÂMARA DOS DEPUTADOS, DIANTE DA DENUNCIA OFERECIDA CONTRA O PRESIDENTE DA REPUBLICA, EXAMINA A ADMISSIBILIDADE DA ACUSAÇÃO (C.F., ART. 86, "CAPUT"), PODENDO, PORTANTO, REJEITAR A DENUNCIA OFERECIDA NA FORMA DO ART. 14 DA LEI 1079/50. III. - NO PROCEDIMENTO DE ADMISSIBILIDADE DA DENUNCIA, A CÂMARA DOS DEPUTADOS PROFERE JUÍZO POLÍTICO. DEVE SER CONCEDIDO AO ACUSADO PRAZO PARA DEFESA, DEFESA QUE

DECORRE DO PRINCÍPIO INSCRITO NO ART. 5., LV, DA CONSTITUIÇÃO, OBSERVADAS, ENTRETANTO, AS LIMITAÇÕES DO FATO DE A ACUSAÇÃO SOMENTE MATERIALIZAR-SE COM A INSTAURAÇÃO DO PROCESSO, NO SENADO. NESTE, E QUE A DENUNCIA SERÁ RECEBIDA, OU NÃO, DADO QUE, NA CÂMARA OCORRE, APENAS, A ADMISSIBILIDADE DA ACUSAÇÃO, A PARTIR DA EDIÇÃO DE UM JUÍZO POLÍTICO, EM QUE A CÂMARA VERIFICARA SE A ACUSAÇÃO É CONSISTENTE, SE TEM ELA BASE EM ALEGAÇÕES E FUNDAMENTOS PLAUSÍVEIS, OU SE A NOTICIA DO FATO REPROVÁVEL TEM RAZOÁVEL PROCEDÊNCIA, NÃO SENDO A ACUSAÇÃO SIMPLEMENTE FRUTO DE QUIZILIAS OU DESAVENÇAS POLITICAS. POR ISSO, SERÁ NA ESFERA INSTITUCIONAL DO SENADO, QUE PROCESSA E JULGA O PRESIDENTE DA REPUBLICA, NOS CRIMES DE RESPONSABILIDADE, QUE ESTE PODERÁ PROMOVER AS INDAGAÇÕES PROBATÓRIAS ADMISSÍVEIS. IV. - RECEPÇÃO, PELA CF/88, DA NORMA INSCRITA NO ART. 23 DA LEI 1079/50. VOTAÇÃO NOMINAL, ASSIM OSTENSIVA (RI/CÂMARA DOS DEPUTADOS, ART. 187, PAR. 1., VI). V. - **ADMITINDO-SE A REVOGAÇÃO, PELA EC N. 4, DE 1961, QUE INSTITUIU O SISTEMA PARLAMENTAR DE GOVERNO, DOS CRIMES DE RESPONSABILIDADE NÃO TIPIFICADOS NO SEU ARTIGO 5., COMO FIZERA A CF/46, ART. 89, V A VIII, CERTO E QUE A EC N. 6, DE 1.963, QUE REVOGOU A EC N. 4, DE 1961, RESTABELECEU O SISTEMA PRESIDENCIAL INSTITUÍDO PELA CF/46, SALVO O DISPOSTO NO SEU ART. 61 (EC N. 6/63, ART. 1.). E DIZER: RESTABELECIDO TUDO QUANTO CONSTAVA DA CF/46, NO TOCANTE AO SISTEMA PRESIDENCIAL DE GOVERNO, OCORREU REPRISTINAÇÃO EXPRESSA DE TODO O SISTEMA.** VI. - **MANDADO DE SEGURANÇA DEFERIDO, EM PARTE, PARA O FIM DE ASSEGURAR AO IMPETRANTE O PRAZO DE DEZ SESSÕES, PARA APRESENTAÇÃO DE DEFESA.**

### Decisão

O Tribunal, por maioria de votos, deferiu, em parte, o mandado de segurança, ou seja, apenas para manter a medida cautelar que aumentara, de cinco (05) para dez (10) sessões, o prazo para manifestação do impetrante perante a Câmara dos Deputados. Ficaram vencidos, em parte, os Ministros Relator (Octavio Gallotti) e Ilmar Galvão, que deferiram o mandado de segurança, não só para tal fim, mas também para determinar o cumprimento do art. 217, § 1º e seus incisos do Regimento Interno da Câmara dos Deputados e, também, o Ministro Paulo Brossard, que indeferiu o mandado de segurança. O Ministro Moreira Alves ficou vencido, em maior extensão, pois deferiu o mandado de segurança para os fins referidos nos votos mencionados e, também, para reconhecer o direito do impetrante à votação secreta naquela Casa. Votou o Presidente. Relator para o acórdão o Ministro Carlos Velloso. Afirmaram suspeição os Ministros Marco Aurélio e Francisco Rezek. Falaram: pelo impetrante, o Dr. José Guilherme Villela; pelo impetrado, o Dr. Luiz Carlos Lopes Madeira; e, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Aristides Junqueira Alvarenga. Procurador-Geral da República. Plenário, 23.09.92. (BRASIL, 1992).

Como se vê, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a revogação dos crimes de responsabilidade *in casu*, mas decidiu por legitimar a repristinação, consoante estampado na Ementa, fazendo-o de forma explícita e inequívoca, donde, apesar das objeções suscitadas, a Lei n. 1.079/50 continua a vigor à luz do Direito oficial.

O presente Estudo reafirma a sua irresignação com relação à vigência da aludida Lei, mas é instado a lembrar a inolvidável lição de **Herbert Hart**, para quem o Direito é o que o Tribunal diz que é. (HART, 1986, p. 195).

## 7. CONCLUSÃO

---

Sob o ponto de vista teórico conjugado com postulados de interpretação, bem assim ante o disposto no art. 2º, § 3º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, força é dessumir que a Lei n. 1.079, de abril de 1950, perdeu vigência em 2 de setembro de 1961, mas ante o precedente Pretoriano estaria a vigor em sua plenitude, ainda que com todas as objurgatórias do presente Estudo.

## REFERÊNCIAS

---

ATALIBA, Geraldo. *Decreto-lei na Constituição de 1967*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1967.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm). Acesso em: 20 nov. 2019.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm). Acesso em: 20 nov. 2019.

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm). Acesso em: 20 nov. 2019.

BRASIL. Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. (Redação dada pela Lei n. 12.376, de 2010). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del4657.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm). Acesso em: 23 nov. 2019.

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm). Acesso em: 20 nov. 2019.

BRASIL. Emenda Constitucional n. 4, de 2 de setembro de 1961. Revogada pela EMC nº 6, de 1963. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc\\_anterior1988/emc04-61.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc04-61.htm). Acesso em: 23 nov. 2019.

BRASIL. Emenda Constitucional n. 6, de 23 de janeiro de 1963. Revoga a Emenda Constitucional nº 4 e restabelece o sistema presidencial de governo instituído pela Constituição Federal de 1946. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc\\_anterior1988/emc06-63.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc06-63.htm). Acesso em: 23 nov. 2019.

- BRASIL. Constituição do Brasil, de 24 de janeiro de 1967. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm). Acesso em: 20 nov. 2019.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 17 de outubro de 1969. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc\\_anterior1988/emc01-69.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm). Acesso em: 20 nov. 2019.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Legislação Federal. Senado Federal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 20 nov. 2019.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 21564/ DF - **DISTRITO FEDERAL MANDADO DE SEGURANÇA. Relator(a): Min. OCTAVIO GALLOTTI. Relator(a) p/ Acórdão: Min. CARLOS VELLOSO. Julgamento: 23/09/1992.**
- BRASIL. Lei n. 1.079, de 10 de abril de 1950. Define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo de julgamento. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l1079.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l1079.htm). Acesso em: 23 nov. 2019.
- COOLEY, Thomas M. A. *Treatise on the constitutional limitations which rest upon The Legislative Power of the States of the American Union*. 7. ed. Boston: Little Brown & Company, 1903.
- DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. Tradução A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1986.
- JARDIM, Eduardo Marcial Ferreira. *Manual de Direito Financeiro e Tributário*, 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 3. ed. Coimbra: Armênio Amado – Editor, 1974.
- MIRANDA, Jorge. *Constituições de diversos países*, Vols. I e II. Lisboa: Imprensa nacional-Casa da Moeda, 1979.
- MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 27. ed. 9ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2010.
- SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, 8. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.
- SICHES, Recaséns. *Filosofia del Derecho*. 20. ed. México: Editorial Porrúa, 2010.
- STAMMLER, Rudolf. *Lehrbuch der Rechts Philosophie*. Berlin-Leipzig: Walter de Gruyter, 1923.
- VÁSQUEZ, Emilio Fernández. *Diccionario de derecho público*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1981.

### III

## Despesas de pessoal na Lei de Responsabilidade Fiscal

*Kiyoshi Harada\**

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Conceito de despesa com pessoal. 3. O conteúdo do § 1º do art. 18. 4. Limite global das despesas com pessoal. 4.1 Flexibilização dos limites máximos. 5. Limite das despesas com pessoal por Poder. 5.1 Exagero do percentual fixado em relação ao Poder Legislativo Municipal. 5.2 Inclusão das despesas de pessoal dos Tribunais de Contas nos limites de despesas do Poder Legislativo. 6. Controle da despesa total com pessoal. 6.1 Mecanismos de controle das despesas com pessoal. 6.2 Providências para eliminação do excesso e punições. 7. Considerações finais.

#### 1. INTRODUÇÃO

---

A Lei de Responsabilidade Fiscal veio à luz como um dos instrumentos para minimizar os efeitos da crise moral que se abateu sobre a

---

\* Especialista em Direito Tributário e em Ciência das Finanças pela FADUSP e parecerista em matéria de Direito Público. Mestre em Processo Civil pela UNIP. Presidente do Instituto Brasileiro de Estudos de Direito Administrativo, Financeiro e Tributário – IBEDAFT. Ex-Procurador Chefe da Consultoria Jurídica do Município de São Paulo.

Administração Pública em geral, por conta dos imensos desperdícios de recursos financeiros brutalmente retirados do setor privado. Teve por objetivo a implantação de uma política de gestão fiscal responsável promovendo o estreitamento dos canais por onde os recursos financeiros, costumeiramente, eram consumidos com voracidade e de forma desordenada: folha de pessoal e serviço da dívida.

Daí o enquadramento dos administradores públicos em geral com sacrifício das autonomias locais e regionais e das diferentes esferas de Poder. Para tutelar penalmente a Lei de Responsabilidade Fiscal foi sancionada a Lei nº 10.028, de 19-10-2000, criminalizando condutas que, antes, configuravam simples infrações administrativas.

Os 75 artigos que compõem a LRF, inseridos em 10 capítulos subdivididos em inúmeras seções e subseções, acham-se interligados visando a formulação da política de gestão fiscal responsável antes referida. Por isso, ao abordarmos o tema “Despesas com pessoal na Lei de Responsabilidade Fiscal” inserido nas subseções I e II, da seção II, do capítulo IV, procuraremos interpretar os textos legais pertinentes considerando a LC nº 101/2000 como um todo e levando em conta, ainda, a ordem jurídica global.

## **2. CONCEITO DE DESPESA COM PESSOAL**

---

A Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF – por ser de aplicação no âmbito nacional (§ 9º, do art. 165 da CF) instituiu um amplo conceito de “despesa total com pessoal” uniformizando a linguagem<sup>1</sup> e dispondo em seu art. 18 *in verbis*:

---

1. Ver art. 2º onde estão estabelecidos os conceitos básicos de diversas figuras e categorias jurídicas utilizadas na LRF.

*“Art. 18. Para os efeitos desta Lei Complementar, entende-se como despesa total com pessoal: o somatório dos gastos do ente da Federação com os ativos, os inativos e os pensionistas, relativos a mandatos eletivos, cargos, funções ou empregos, civis, militares e de membros de Poder, com quaisquer espécies remuneratórias, tais como vencimentos e vantagens, fixas e variáveis, subsídios, proventos da aposentadoria, reformas e pensões, inclusive adicionais, gratificações, horas extras e vantagens pessoais de qualquer natureza, bem como encargos sociais e contribuições recolhidas pelo ente às entidades de previdência:*

*§ 1º Os valores dos contratos de terceirização de mão-de-obra que se referem à substituição de servidores e empregados públicos serão contabilizados como “Outras Despesas de Pessoal”.*

*§ 2º A despesa total com pessoal será apurada somando-se a realizada no mês em referência com as dos onze imediatamente anteriores, adotando-se o regime de competência.”*

Não há necessidade de discorrer sobre o extenso rol exemplificativo do art. 18, cuja compreensão deriva de simples leitura ocular. Apenas em relação a “encargos sociais e contribuições recolhidas pelo ente às entidades de previdência” vale a pena lembrar que: a) por encargos sociais entendem-se as obrigações do ente político enquanto empregador, tais como os recolhimentos ao PIS-PASEP e ao FGTS; b) por contribuições, aquelas previstas no art. 195, I, a, da CF recolhidas ao INSS e pertinentes a servidores contratados e exercentes de cargos em comissão ou temporários, que integram o regime de previdência geral (§ 13, do art. 40 da CF), como também, aquelas contribuições recolhidas aos órgãos previdenciários de cada entidade política, relativamente a servidores exercentes de cargos efetivos, que integram o regime previdenciário de caráter contributivo e solidário (art. 40 da CF).

Resumindo, tudo que diz respeito à contraprestação pelo serviço prestado entra no conceito de despesa com pessoal, o que exclui a verba indenizatória.

Esse amplo conceito de despesa com pessoal serve de parâmetro na fixação de despesas a esse título por diferentes esferas políticas e por Poder e órgão de que cuidam os arts. 19 e 20, respectivamente.

### **3. O CONTEÚDO DO § 1º DO ART. 18**

---

Dispõe o art. 18 em seu § 1º:

*“§ 1º. Os valores dos contratos de terceirização de mão-de-obra que se referem à substituição de servidores e empregados públicos serão contabilizados como ‘Outras Despesas de Pessoal’.”*

Em razão da impropriedade redacional, esse dispositivo tem merecido críticas azedas por setores da doutrina especializada. De fato, o texto deficiente dá a entender que é possível terceirizar serviço público a ser exercido por servidor público.

É verdade que não existe, nem pode existir, terceirização de serviço que deva ser executado por servidor público, como é proclamado pelos estudiosos da matéria. É uma decorrência do princípio do acesso a cargos e empregos públicos por meio de concurso público de provas ou de provas e títulos (art. 37, II da CF). Os casos de contratação por tempo determinado de que cuida o inciso IX, do art. 37, da CF estão disciplinados na Lei nº 8.745, de 9-12-1993, que instituiu o processo seletivo simplificado (art. 3º). Mesmo nesta última hipótese não há terceirização que pressupõe uma empresa intermediária para a contratação de pessoas físicas determinadas. Ora, ao teor da Súmula 256 do TST é ilegal a contratação de trabalhador por meio de empresa interposta, ressalvados os casos de trabalhadores temporários previstos nas Leis nºs. 6.019/74 e 7.102/83. Posteriormente, o Enunciado nº 333 do TST passou

a permitir a contratação de serviços de vigilância, conservação e limpeza, desde que não implique vínculo de emprego com os órgãos da administração direta, indireta ou fundacional.

Por tais razões, Ivan Barbosa Rigolim afirma que a despesa com terceirização de mão-de-obra não poderia ser incluída no item de *“outra despesa de pessoal” nem aqui, em nosso País, e nem na residência do demônio de sete barbas de Mesopotânea*<sup>2</sup>.

O parágrafo sob comento, ao incluir as despesas decorrentes dos contratos de terceirização de mão-de-obra nas “Outras Despesas de Pessoal”, que integram a categoria econômica de Despesas Correntes na subclassificação de Despesas de Custeio, de acordo com os arts. 12 e 13 da Lei nº 4.320/64, não se preocupou com o aspecto da constitucionalidade, ou não, dessa contratação, nem com o de sua licitude ou ilicitude. O legislador preocupou-se, tão somente, com o objetivo da LRF de conter as despesas com pessoal, um dos grandes ralos por onde escoam os recursos financeiros arrecadados à dura pena.

Consoante escrevemos, o legislador procurou neutralizar *“os efeitos danosos da velha prática antes referida, consistente em burlar, através de expedientes ilegais, o limite total de despesa com pessoal*<sup>3</sup>. *Na verdade, essa prática de terceirização de mão-de-obra constitui ato de improbidade administrativa por atentatória aos princípios da administração pública, conforme prescrição do art. 11 da Lei nº 8.429/92. Para a LRF pouco importa se essa prática é legal, ilegal ou inconstitucional. Em havendo despesa, cumpre considerá-la para efeito de limite global da despesa de pessoal*<sup>4</sup>”.

O legislador, por meio do § 1º do art. 18, eliminou a possibilidade de contornar o princípio limitador das despesas com pessoal,

---

2. “Serviço terceirizado não é, nunca foi e jamais, será despesa de pessoal. DCAP, IOB Informações Objetivas, Ano V, nº 3, março/ 2011, p. 18.

3. Antes da LRF a matéria era regulada pela Lei Complementar nº 96/99.

4.. Cf nosso *Responsabilidade fiscal*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 81.

proibindo que os valores oriundos de contratos de “terceirização de mão-de-obra” sejam contabilizados na rubrica “Serviços de Terceiros”. Agora, é obrigatória a inclusão dessas despesas na rubrica “Outras Despesas de Pessoal”.

De fato, não seria lógico nem justo punir quem ultrapassa os limites por meio de pagamentos regulares, e, deixar de punir aqueles que superam esses limites por intermédio de manobras que caracterizam ato de improbidade administrativa.

Outro não é o entendimento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro quando sustenta: *“Sendo inadmissível o contrato de fornecimento de mão-de-obra, o dispositivo deve ser entendido no sentido de que, se celebrado, a despesa correspondente será levada em consideração para fins de cálculo das despesas com pessoal”*<sup>5</sup>.

Como bem assinalado pelo STF, o § 1º, do art. 18 *“visa a evitar que a terceirização de mão-de-obra venha a ser utilizada com o fim de ladear o limite de gasto com pessoal. Tem, ainda, o mérito de erguer um dique à contratação indiscriminada de prestadores de serviço, valorizando o servidor público e o concurso”*<sup>6</sup>.

Por fim, nunca é demais explicitar que a terceirização consistente na empreitada de obras e serviços (arts. 610 a 619 do CC) e aquela pertinente à locação de serviços (arts. 594 a 609 do CC) que estão disciplinadas no âmbito do Poder Público pela Lei nº 8.666/93, lei de licitação, nada têm a ver com a terceirização sob a modalidade de fornecimento de mão-de-obra de que cuida o § 1º, do art. 18, na verdade, vedada pela Carta Política, como vimos.

---

5. *Comentários à lei de responsabilidade fiscal*, obra coletiva, organizadores Ives Gandra da Silva Martins e outros. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 137.

6. Adimc nº 2.238-DF, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. em 9-8-2007, *DJe* divulgado em 11-9-2008 e publicado em 12-9-2008.

#### 4. LIMITE GLOBAL DAS DESPESAS COM PESSOAL

---

Tendo como referência o amplo conceito de despesas com pessoal, previsto no art. 18, o art. 19 da LRF estatuiu limites máximos de despesas a esse título para cada ente da Federação nos seguintes termos:

*“Art. 19. Para os fins do disposto no caput do art. 169 da Constituição, a despesa total com pessoal, em cada período de apuração e em cada ente da Federação, não poderá exceder os percentuais da receita corrente líquida, a seguir discriminados:*

*I - União: 50% (cinquenta por cento);*

*II - Estados: 60% (sessenta por cento);*

*III - Municípios: 60% (sessenta por cento).*

*§ 1º Na verificação do atendimento dos limites definidos neste artigo, não serão computadas as despesas:*

*I - de indenização por demissão de servidores ou empregados;*

*II - relativas a incentivos à demissão voluntária<sup>7</sup>;*

*III - derivadas da aplicação do disposto no inciso II do § 6º do art. 57 da Constituição;*

*IV - decorrentes de decisão judicial e da competência de período anterior ao da apuração a que se refere o § 2º do art. 18;*

*V - com pessoal, do Distrito Federal e dos Estados do Amapá e Roraima, custeadas com recursos transferidos pela União na forma dos incisos XIII e XIV do art. 21 da Constituição e do art. 31 da Emenda Constitucional nº 19;*

---

7. A jurisprudência de nossos tribunais já decidiu de conformidade com a doutrina que o programa de “demissão voluntária” nada tem de voluntário, gerando direito à indenização.

*VI - com inativos, ainda que por intermédio de fundo específico, custeadas por recursos provenientes:*

*a) da arrecadação de contribuições dos segurados;*

*b) da compensação financeira de que trata o § 9º do art. 201 da Constituição;*

*c) das demais receitas diretamente arrecadadas por fundo vinculado a tal finalidade, inclusive o produto da alienação de bens, direitos e ativos, bem como seu superávit financeiro.*

*§ 2º Observado o disposto no inciso IV do § 1º, as despesas com pessoal decorrentes de sentenças judiciais serão incluídas no limite do respectivo Poder ou órgão referido no art. 20º.*

Como se vê, o texto fixou a despesa máxima com pessoal na base de 50% da receita corrente líquida para a União e 60% para os Estados e Municípios em cada período de apuração.

Receita corrente líquida significa aquela disponível.

Receitas correntes são aquelas provenientes de receitas derivadas (tributos), receitas originárias (patrimonial, agropecuária, industrial, de serviços e outras), além das provenientes de recursos financeiros recebidos de outras pessoas de direito público ou privado, quando destinadas a atender despesas classificáveis como Despesas Correntes (§ 1º do art. 11 da Lei nº 4.320/64).

A expressão “em cada período de apuração” deve ser entendida em consonância com o regime de competência referido no § 2º do art. 18. Regime de competência é aquele em que todas as receitas e despesas são atribuídas aos exercícios de conformidade com a data da ocorrência do fato gerador, independentemente da data do efetivo recebimento ou do pagamento. Daí porque, encerrado o período de vigência do orçamento anual, as despesas empenhadas e não pagas, assim como as receitas lançadas e não arrecadadas, passam

a constituir resíduos passivos e ativos, respectivamente. Os resíduos passivos deverão ser pagos nos exercícios posteriores como restos a pagar, ao passo que, os resíduos ativos devem ser cobrados nos exercícios posteriores na conta de receita a arrecadar.

#### **4.1 Flexibilização dos limites máximos**

---

O § 1º, do art. 19 flexibilizou os limites máximos excluindo, expressamente, as despesas referidas nos incisos I a VI. Não iremos analisar cada um desses incisos, porque a clareza da maioria desses textos dispensa comentários, mas faremos uma rápida abordagem em torno de alguns deles.

A exclusão de despesas decorrentes de condenação judicial prevista no IV, do art. 19 deve ser interpretada em conjugação com o disposto no seu § 2º, a fim de concluir-se pela inclusão das despesas correspondentes a vencimentos, subsídios, proventos, pensões ou vantagens pessoais de qualquer natureza, cujos pagamentos ocorram em mês incluído no período de competência (período compreendido entre o mês em que é feita a apuração do total mais os onze meses mediatamente anteriores). Somente as despesas decorrentes de condenação judicial anteriores a esse período de competência é que ficam excluídas do limite global.

No que tange as exclusões previstas na letra *a*, do inciso VI cumpre esclarecer que existem servidores – empregados públicos seria a designação mais adequada – vinculados ao regime geral da previdência social (art. 201, da CF) e os estatutários ligados ao regime da previdência pública de natureza contributiva (art. 40, da CF). Em relação a estes últimos, enquanto os entes da Federação não instituírem o regime previdenciário de caráter contributivo correndo as despesas com proventos dos inativos por conta do Poder Público, onerando a respectiva dotação orçamentária, essas despesas são incluídas no limite global estabelecido no *caput* do art. 19. Quando essas despesas são pagas com recursos originários de

contribuições dos empregados públicos (regime geral da previdência social), ou dos servidores efetivos (regime previdenciário de caráter contributivo) são excluídas do limite global de despesas do ente da Federação, ainda que, os pagamentos tenham sido operados por intermédio de fundo específico<sup>8</sup>.

Como se sabe, a Lei nº 9.717, de 27-11-1998 dispõe sobre regras gerais para a organização e o funcionamento dos regimes próprios de previdência social dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e dos militares dos Estados e do Distrito Federal. Com suposto amparo na EC nº 20/1998 que autorizou a instituição do regime de previdência no setor público para os servidores exercentes de cargos efetivos, a União sancionou a Lei 9.783, de 28-1-1999, instituindo a contribuição em relação, também, aos aposentados e pensionistas, além de ter criado uma tributação progressiva em função dos valores dos vencimentos ou dos proventos e pensões. A tributação dos inativos, bem como a tributação progressiva foram declaradas inconstitucionais pelo STF<sup>9</sup>. Como resultado da decisão da Corte Suprema foi promulgada a EC nº 41/2003 promovendo nova alteração do art. 40, da CF para incluir, expressamente, os aposentados e pensionistas dentre os contribuintes da previdência de caráter contributivo e solidário. O que é pior, o art. 4º dessa emenda determinou a aplicação retroativa para atingir aqueles que já ostentavam a condição de aposentados e pensionistas. Há, na verdade, dupla inconstitucionalidade. Sem benefício específico para os inativos e pensionistas, a contribuição

---

8. Sobre o conceito de fundo específico ver art. 71 da Lei nº 4.320/1964.

9. Em sede de medida cautelar na Adin nº 2.010/ DF, Rel. Min. Celso de Mello foi reconhecida a inconstitucionalidade da contribuição em relação aos aposentados e pensionistas, bem como da tributação progressiva, j. em 30-9-99. Boletim Informativo nº 164. No mesmo sentido: Adimc nº 2.049-RJ, Rel. Min. Néri da Silveira, Adimc nº 2.087-AM, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Adimc nº 2.169-RJ, Rel. Min. Moreira Alves, AAGG nºs 393.301-MG e 393.509-DF, Rel. Min. Carlos Velloso, AAGG nºs 397.817-PA e 408.549-DF, Rel. Min. Celso de Mello.

social subsume-se à hipótese de imposto de renda, cujo fato gerador está previsto no art. 43 do CTN (disponibilidade econômica ou jurídica de rendas ou proventos de qualquer natureza) incidindo na dupla tributação do IR, ferindo o princípio de isonomia. A segunda inconstitucionalidade diz respeito à violação do ato jurídico perfeito. Houve desfazimento da situação jurídica consumada ao tempo da aposentadoria, refazendo aquela situação em condições mais onerosas para o inativo. Só faltou prescrever a reversão à ativa seguida de aposentadoria após completar a idade mínima estatuída pela ordem constitucional superveniente. Mas, por decisão política, o STF julgou válida a tributação dos aposentados e pensionistas surpreendidos pelo art. 4º, da EC nº 41/2003<sup>10</sup>, desviando o foco da discussão para a tese da inexistência de imunidade tributária absoluta, que não estava em discussão na Adin, nem constava da sua inicial.

Nos termos da letra *b*, do inciso VI sob comento ficam, também, excluídos do limite global as despesas com inativos custeados com recursos provenientes de compensação financeira de que trata o § 9º, do art. 201, da CF, ou seja, daquelas aposentadorias decorrentes de contagem recíproca dos tempos de atividades no setor privado e no setor público.

Finalmente, na forma da letra *c*, do inciso VI, do § 1º, do art. 19 ficam de fora do limite as despesas com inativos custeadas por recursos provenientes *“das demais receitas diretamente arrecadadas por fundo vinculado a tal finalidade, inclusive o produto de alienação de bens, direitos e ativos, bem como seu superávit financeiro”*.

---

10. Adin nº 3.105. Rel. Min. Ellen Gracie, Rel. para acórdão Min. Cezar Peluzo. j. em 18-8-2004, DJ de 18-2-2005, p. 004. Porém, é sabido que a Constituição ou Emenda não criam tributos, pois sua instituição está reservada à lei em sentido estrito (art. 150, I, da CF). Daí é razoável sustentar que a Corte Suprema não dispensou ao legislador ordinário, que vier a instituir a contribuição social sobre os proventos da aposentadoria e pensões, o requisito do benefício específico que é a contrapartida do pagamento dessa contribuição social, por expressa determinação contida no § 5º, do art. 195, da CF.

## **5. LIMITE DAS DESPESAS COM PESSOAL POR PODER**

---

Após fixar os limites globais de despesas com pessoal para cada ente da Federação, a LRF tratou de estabelecer limites individuais para cada Poder e órgãos referidos no art. 20, nos seguintes termos:

*“Art. 20. A repartição dos limites globais do art. 19 não poderá exceder os seguintes percentuais:*

*I - na esfera federal:*

*a) 2,5% (dois inteiros e cinco décimos por cento) para o Legislativo, incluído o Tribunal de Contas da União;*

*b) 6% (seis por cento) para o Judiciário;*

*c) 40,9% (quarenta inteiros e nove décimos por cento) para o Executivo, destacando-se 3% (três por cento) para as despesas com pessoal decorrentes do que dispõem os incisos XIII e XIV do art. 21 da Constituição e o art. 31 da Emenda Constitucional nº 19, repartidos de forma proporcional à média das despesas relativas a cada um destes dispositivos, em percentual da receita corrente líquida, verificadas nos três exercícios financeiros imediatamente anteriores ao da publicação desta Lei Complementar;*

*d) 0,6% (seis décimos por cento) para o Ministério Público da União;*

*II - na esfera estadual:*

*a) 3% (três por cento) para o Legislativo, incluído o Tribunal de Contas do Estado;*

*b) 6% (seis por cento) para o Judiciário;*

*c) 49% (quarenta e nove por cento) para o Executivo;*

*d) 2% (dois por cento) para o Ministério Público dos Estados;*

*III - na esfera municipal:*

a) 6% (seis por cento) para o Legislativo, incluído o Tribunal de Contas do Município, quando houver;

b) 54% (cinquenta e quatro por cento) para o Executivo.

§ 1º Nos Poderes Legislativo e Judiciário de cada esfera, os limites serão repartidos entre seus órgãos de forma proporcional à média das despesas com pessoal, em percentual da receita corrente líquida, verificadas nos três exercícios financeiros imediatamente anteriores ao da publicação desta Lei Complementar.

§ 2º Para efeito deste artigo entende-se como órgão:

I - o Ministério Público;

II- no Poder Legislativo:

a) Federal, as respectivas Casas e o Tribunal de Contas da União;

b) Estadual, a Assembléia Legislativa e os Tribunais de Contas;

c) do Distrito Federal, a Câmara Legislativa e o Tribunal de Contas do Distrito Federal;

d) Municipal, a Câmara de Vereadores e o Tribunal de Contas do Município, quando houver;

III - no Poder Judiciário:

a) Federal, os tribunais referidos no art. 92 da Constituição;

b) Estadual, o Tribunal de Justiça e outros, quando houver.

§ 3º Os limites para as despesas com pessoal do Poder Judiciário, a cargo da União por força do inciso XIII do art. 21 da Constituição, serão estabelecidos mediante aplicação da regra do § 1º.

§ 4º Nos Estados em que houver Tribunal de Contas dos Municípios, os percentuais definidos nas alíneas a e c do

*inciso II do caput serão, respectivamente, acrescidos e reduzidos em 0,4% (quatro décimos por cento).*

*§ 5º Para os fins previstos no art. 168 da Constituição, a entrega dos recursos financeiros correspondentes à despesa total com pessoal por Poder e órgão será a resultante da aplicação dos percentuais definidos neste artigo, ou aqueles fixados na lei de diretrizes orçamentárias”.*

Várias inconstitucionalidades foram levantadas em relação a esse dispositivo, a começar pela afronta ao princípio da não vinculação das receitas de impostos a fundos, órgãos ou despesas (art. 167, IV da CF). Confundiu-se vinculação de receitas com fixação de despesas máximas, que é coisa bem diversa.

A outra objeção diz respeito à autonomia política, administrativa e financeira dos entes da Federação e dos Poderes e órgãos referidos no art. 20 (arts. 18, 99, § 1º e 127, §§ 1º e 2º da CF).

Aparentemente esses limites por Poderes atiram com o princípio federativo.

No magistério de Regis Fernando de Oliveira “no âmbito da legislação concorrente (art. 24 da CF) a competência da União para legislar para todos os entes federais esgota-se na edição de normas gerais”. Para ele, nessa divisão do limite máximo por Poder “há manifesta agressão ao princípio federativo (inciso I, do § 4º do art. 60), uma vez que, em matéria de Direito Financeiro, compete à União, apenas e tão-somente o estabelecimento de normas gerais.... Logo, não pode, em Direito Financeiro, a União, ainda que por lei complementar (não basta dizer que é complementar a lei para que nela possa caber qualquer norma limitadora das demais entidades federativas), fixar limites específicos a Estados e Municípios. Na medida em que estabelece percentuais para definir limites de gasto com pessoal, descendo a minúcias de cada órgão de Poder, a lei agrediu o princípio da federação”<sup>11</sup>.

---

11.. *Responsabilidade fiscal*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002, p. 55-56.

Certamente, o art. 20 da LRF extrapola os limites do § 1º, do art. 24, da CF por descer em minúcias incompatíveis com o conceito de normas gerais<sup>12</sup>.

Porém, não se pode esquecer que a regra do § 1º, do art. 24, da Constituição está expressamente excepcionada pelo art. 169<sup>13</sup> da mesma Constituição que confere à lei complementar a missão de fixar os limites máximos das despesas com pessoal. Esse art. 20, ao conferir eficácia ao disposto no art. 169, da CF, não ofendeu qualquer dispositivo constitucional.

A grande verdade é que, sem a divisão do limite global que, repita-se, tem matriz constitucional no citado art. 169 não seria possível respeitar esse limite. Como seria possível ao Estado-membro, por exemplo, ater-se ao limite global de 60% (art. 19, II da LRF) sem a distribuição desse percentual entre os diferentes Poderes (Executivo, Judiciário e Legislativo) e o órgão ministerial?

Seria o mesmo que três pessoas se dirigir a um supermercado para que cada um faça compras diversas, limitadas, porém, ao valor total de 300 reais, sem prévia divisão dos limites individuais. A observância do limite global seria inexecutável!

Da mesma forma, sem o limite individual, o art. 19 da LRF, que visa implementar o disposto no art. 169 da CF, ficará sem eficácia.

---

12. Escrevemos que “o critério acertado para identificação de normas gerais, ao nosso ver, está na sua função uniformizadora. Assim, ao conferir à União o poder de editar normas gerais sobre determinada matéria, a Lei Maior está a outorgar-lhe a faculdade de coordenadora em relação àquela matéria, o que veda o poder de a União discipliná-la de forma pormenorizada, exaurindo o assunto” (Cf. nosso *Direito financeiro e tributário*, 18. ed. São Paulo: Atlas 2009, p.19).

13. Art. 169. A despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar.

A grita que se levantou contra o limite por Poder não se justifica do ponto-de-vista jurídico. Embora vetado o § 6º, do art. 20, que possibilitava a aplicação de outros limites estabelecidos na Lei de Diretrizes Orçamentárias – LDO – o § 5º faculta a utilização de percentuais fixados na LDO para a entrega, em duodécimos, dos recursos financeiros pertencentes ao Legislativo, ao Judiciário, ao órgão ministerial e à Defensoria Pública.

Outrossim, não há de se confundir o princípio da independência e harmonia dos Poderes, com independência e autonomia dos Poderes. Nem, autonomia orçamentária, com autonomia financeira do Judiciário, mediante interpretação literal do art. 99 da CF<sup>14</sup>.

Há, na verdade, uma tendência de evolução do princípio da independência e harmonia para independência e autonomia, aumentando as funções atípicas dos três Poderes, como se pudessem coexistir três Estados dentro do Estado Federal Brasileiro.

O Poder Executivo, que já legisla por meio de medidas provisórias, só falta desempenhar o contencioso administrativo para concentrar as atividades típicas dos três Poderes. O Judiciário, também, caminha a passos largos no sentido de agir como legislador positivo.

Na verdade, a função de gerir recursos financeiros não se harmoniza com a missão de legislar, nem com a de julgar, pois é própria do Executivo, único Poder vocacionado para esta função e que dispõe de órgãos próprios de planejamento, gestão, controle e fiscalização das despesas públicas, além de sujeitar-se, obviamente, ao controle externo da execução orçamentária pelo Congresso Nacional, com o auxílio do Tribunal de Contas da União.

---

14.. Em relação ao Ministério Público, igualmente incluído no limite individual da despesa com pessoal não aparece a expressão “autonomia financeira”, mas apenas a expressão “independência funcional”, como se vê no § 1º, do art. 127, da CF.

Quanto à crítica generalizada de que na fixação de limites por Poder não se levou em conta as peculiaridades de cada região, colocando em todos uma camisa de força moldada, não se sabe sob que critérios, cabe esclarecer que os percentuais previstos no art. 20 incidem sobre a receita corrente líquida de cada ente da Federação, que varia de um ente para outro. O Estado de São Paulo, por exemplo, detém o segundo maior orçamento do País e certamente, a segunda maior receita líquida. Os 3% e 6% dessa receita líquida cabentes ao Legislativo e ao Judiciário, respectivamente, não se comparam com os mesmos percentuais atribuídos aos Estado do Maranhão e do Piauí, por exemplo. Há, portanto, um critério proporcional, fundado no princípio da razoabilidade.

Contudo, se exequível fosse, o ideal seria deixar a critério das leis de iniciativa do Presidente da República, do Presidente do Senado Federal, do Presidente da Câmara dos Deputados e do Presidente do Supremo Tribunal Federal a fixação desses limites individuais. O mesmo critério seria obedecido nos âmbitos estaduais e municipais.

Apesar das críticas, o limite individual previsto no art. 20 foi considerado constitucional, por maioria de votos, pelo STF<sup>15</sup>. Como assinalado no v. acórdão proferido em sede de Medida Cautelar, *“para tornar eficaz o limite, há de se dividir internamente as responsabilidades”*.

### **5.1 Exagero do percentual fixado em relação ao Poder Legislativo Municipal**

---

Com relação aos Municípios, parece exagerada a fixação de 6% para o Poder Legislativo, isto é, o dobro do destinado ao legislativo estadual (3%) e mais do dobro em relação ao legislativo federal (2,5%). A ausência de Poder Judiciário no Município não pode servir

---

15. Adin nº 2.238-5, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. em 11-10-2000, *DJ* e *DOU* de 17-8-2007.

de base para exacerbação das despesas com o Poder Legislativo. Deveria ter rebaixado o limite global previsto no art. 19 em relação aos Municípios, de 60% para 50%. Parece óbvio que a ausência de Poder Judiciário no Município implica menos despesas com pessoal em confronto com a União e os Estados-membros.

E mais, além de exagerado o limite global de 60% para os Municípios, a influir na divisão do limite por Poder (6% para o Legislativo), sua eventual superação não poderá ser impugnada, porque o § 1º, do art. 29-A, da CF dispõe que a “*Câmara Municipal não gastará mais de 70% (setenta por cento) de sua receita<sup>16</sup> com folha de pagamento<sup>17</sup>, incluído o gasto com o subsídio de seus vereadores*”.

A recente Emenda Constitucional de nº 58, de 23-09-2009, criando milhares de novos cargos de vereadores em todo o País é o reflexo dessa situação anômala, que permite o esbanjamento de recursos públicos.

## **5.2 Inclusão das despesas de pessoal dos Tribunais de Contas nos limites de despesas do Poder Legislativo**

---

Nota-se que as despesas dos Tribunais de Contas estão incluídas nos limites de despesas do Poder Legislativo (art. 20, I, *a*, art. 20, II, *a* e art. 20, III, *a*). Esse fato tem levado alguns estudiosos a considerar as Cortes de Contas como órgãos auxiliares do Legislativo, o que é um grande equívoco. Como se verifica do art. 71, da CF o Tribunal de Contas da União recebeu diretamente da Carta Política atribuições próprias (incisos II, III, V, VI, VIII, IX, XI). Quando o *caput* do art.

---

16. Refere-se ao total da dotação consignada na Lei Orçamentária Anual, pois a Câmara não tem receita própria.

17. Essa expressão restringe o conteúdo da despesa com pessoal, pois não inclui os valores dos contratos de terceirização de mão-de-obra referidos no § 1º, do art. 18 da LRF. Não houve uniformização de orientação política, nem de linguagem entre o legislador constituinte e o legislador infraconstitucional.

71, da CF prescreve que “o controle externo a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o **auxílio do Tribunal de Contas da União**” não está a afirmar que a Corte de Contas é um órgão auxiliar do Legislativo. Está dito que a fiscalização e controle da execução orçamentária a ser exercida pelo Congresso Nacional, pelo sistema de controle externo, será feita **com auxílio** do Tribunal de Contas. É o que se depreende da leitura conjugada dos artigos 70 e 71, da CF.

Por força do disposto no art. 75, da CF aplicam-se as disposições pertinentes ao TCU, no que couber, à organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

## 6. CONTROLE DA DESPESA TOTAL COM PESSOAL

---

O assunto é regulado pelo art. 21 da LRF:

*“Art. 21 É nulo de pleno direito o ato que provoque aumento da despesa com pessoal e não atenda:*

*I - as exigências dos arts. 16 e 17 desta Lei Complementar, e o disposto no inciso XIII do art. 37 e no § 1º do art. 169 da Constituição;*

*II - o limite legal de comprometimento aplicado às despesas com pessoal inativo.*

*Parágrafo único. Também é nulo de pleno direito o ato de que resulte aumento da despesa com pessoal expedido nos cento e oitenta dias anteriores ao final do mandato do titular do respectivo Poder ou órgão referido no art. 20”.*

Constitui ato inválido, incapaz de produzir qualquer efeito jurídico o ato que provoque aumento de despesa com pessoal sem atender as prescrições do artigo 21 e seu parágrafo único.

Resumindo, é nulo de pleno direito o aumento da despesa com pessoal:

I - se não houver prévia estimativa de custos para o triênio e se não houver a declaração do ordenador da despesa de que há dotação orçamentária suficiente na Lei Orçamentária Anual – LOA – e que o aumento previsto é compatível com o Plano Plurianual – PPA – e com a Lei de Diretrizes Orçamentárias – LDO;

II - decorrente de vinculação ou equiparação de qualquer espécie remuneratórias para o efeito de remuneração do pessoal do serviço público vedada pelo inciso XIII, do art. 37, da CF;

III - se não houver previsão na dotação orçamentária própria, o suficiente para atender às projeções das despesas com pessoal e os acréscimos delas decorrentes, bem como se faltar autorização específica na LDO<sup>18</sup>, ressalvadas as empresas públicas e as sociedades de economia mista que dela prescindem;

IV - se não observar o limite legal a ser aplicado às despesas com pessoal inativo<sup>19</sup>;

---

18. O STF firmou entendimento de que a *“ausência de autorização específica, na lei de diretrizes orçamentárias, de despesa alusiva a nova vantagem funcional, não acarreta a inconstitucionalidade da lei que a instituiu, face à norma do art. 169, parágrafo único, inc. II, da CF, impedindo tão-somente a sua aplicação”* (Adin nº 1.292-MT, Rel. Min. Ilmar Lex – Jurisprudência do STF – 205/91).

19. Os §§ 1º e 2º, da Lei nº 9.717, de 27-11-1998, estabelecem o percentual de 12% da receita corrente líquida em cada exercício financeiro a título de despesa líquida com pessoal inativo e pensionistas. Entende-se por despesa líquida a diferença entre a contribuição total do ente político para o regime próprio de previdência social dos servidores e dos militares e o valor total da contribuição dos segurados. Essa despesa líquida não pode superar os 12% da receita de cada exercício. Ver conceito de receita líquida no art. 2º, VI da LRF. Entretanto, o STF conferiu ao inciso II, do art. 21 interpretação conforme a Constituição para que se entenda como limite legal o previsto em lei complementar (Adimc nº 2.238-DF, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. em 9-8-2007, *DJe* divulgado em 11-9-2008 e publicado em 12-11-2008). Não há, ainda, lei complementar estabelecendo esse limite.

V - nos cento e oitenta dias anteriores ao final do mandato do respectivo titular do Poder ou do órgão referido no art. 20.

Essa disposição, referida no inciso V, de elevado teor ético, visou colocar um ponto final no festival de benesses com que eram contempladas determinadas categorias de servidores públicos, no final de governo, com o objetivo de deixar uma boa lembrança e, às vezes, para criar embaraços ao sucessor opositorista.

A inobservância dessa proibição legal caracteriza crime contra a ordem financeira, previsto no art. 359-G do Código Penal, acrescido pela Lei nº 10.028/2000, sujeitando o infrator à pena de 1 a 4 anos de reclusão.

Importante compreender que a norma do parágrafo único, do art. 21, da LRF não proíbe os reajustes de vencimentos, nem impede os atos de investidura. É preciso, contudo, que as investiduras não impliquem superação dos limites de despesas com pessoal estabelecidos no art. 20.

## **6.1 Mecanismos de controle das despesas com pessoal**

---

O art. 22 da LRF estabelece os mecanismos de controle das despesas com pessoal nos seguintes termos:

*“Art. 22- A verificação do cumprimento dos limites estabelecidos nos arts. 19 e 20 será realizada ao final de cada quadrimestre.*

*Parágrafo único. Se a despesa total com pessoal exceder a 95% (noventa e cinco por cento) do limite, são vedadas ao Poder ou órgão referido no art. 20 que houver incorrido no excesso:*

*I - concessão de vantagem, aumento, reajuste ou adequação de remuneração a qualquer título, salvo os*

*derivados de sentença judicial ou de determinação legal ou contratual, ressalvada a revisão prevista no inciso X do art. 37 da Constituição;*

*II - criação de cargo, emprego ou função;*

*III - alteração de estrutura de carreira que implique aumento de despesa;*

*IV - provimento de cargo público, admissão ou contratação de pessoal a qualquer título, ressalvada a reposição decorrente de aposentadoria ou falecimento de servidores das áreas de educação, saúde e segurança;*

*V - contratação de hora extra, salvo no caso do disposto no inciso II do § 6º do art. 57 da Constituição e as situações previstas na lei de diretrizes orçamentárias”.*

A verificação do cumprimento dos limites de despesas com pessoal é feita por intermédio do Relatório de Gestão Fiscal – RGF – a ser emitido pelos titulares de Poder e dos órgãos referidos no art. 20, no final de cada quadrimestre (arts. 54 e 55, I, a).

O RGF deverá ser publicado até 30 dias após o período a que corresponder, com amplo acesso público, inclusive por meio eletrônico, sob pena de o ente político responsável ficar impedido de receber transferências voluntárias e sofrer restrições na contratação de operações de crédito (§ § 2º e 3º, do art. 55).

A despesa total será apurada somando-se aquela realizada no mês em referência com as dos onze meses anteriores, adotando-se o regime de competência (art. 18, § 2º). Logo, o quadrimestre a que se refere o art. 22 poderá ter início em qualquer mês do exercício financeiro.

Se o total das despesas exceder a 95% do limite previsto, fica vedada ao Poder ou órgão referido no art. 20, que houver incorrido no excesso, a prática de atos discriminados nos incisos I a V, do parágrafo único, do art. 22.

## **6.2 Providências para eliminação do excesso e punições**

---

O art. 23 da LRF disciplinou a hipótese de o Poder ou órgão referido no art. 20, ultrapassar os limites de despesas com pessoal nos seguintes termos:

*“Art. 23. Se a despesa total com pessoal, do Poder ou órgão referido no art. 20, ultrapassar os limites definidos no mesmo artigo, sem prejuízo das medidas previstas no art. 22, o percentual excedente terá de ser eliminado nos dois quadrimestres seguintes, sendo pelo menos um terço no primeiro, adotando-se, entre outras, as providências previstas nos §§ 3º e 4º do art. 169 da Constituição.*

*§ 1º No caso do inciso I do § 3º do art. 169 da Constituição, o objetivo poderá ser alcançado tanto pela extinção de cargos e funções quanto pela redução dos valores a eles atribuídos. (Vide ADIN 2.238-5)*

*§ 2º É facultada a redução temporária da jornada de trabalho com adequação dos vencimentos à nova carga horária. (Vide ADIN 2.238-5)*

*§ 3º Não alcançada a redução no prazo estabelecido, e enquanto perdurar o excesso, o ente não poderá:*

*I - receber transferências voluntárias;*

*II - obter garantia, direta ou indireta, de outro ente;*

*III - contratar operações de crédito, ressalvadas as destinadas ao refinanciamento da dívida mobiliária e as que visem à redução das despesas com pessoal.*

*§ 4º As restrições do § 3º aplicam-se imediatamente se a despesa total com pessoal exceder o limite no primeiro quadrimestre do último ano do mandato dos titulares de Poder ou órgão referidos no art. 20”.*

Ultrapassados os limites globais fixados no art. 20, o Poder ou órgão ministerial deverá eliminar o excesso, no prazo de dois quadrimestres, sem prejuízo das medidas previstas no art. 22, sendo que pelo menos um terço do excedente deverá ser eliminado no primeiro quadrimestre<sup>20</sup>.

As providências para a redução de despesas com pessoal são aquelas indicadas nos §§ 3º e 4º do art. 169 da CF (redução em pelo menos 20% das despesas com cargos em comissão e funções de confiança; exoneração de servidores não estáveis; exoneração de servidores estáveis, desde que o ato normativo motivado de cada um dos Poderes especifique a atividade funcional, o órgão ou unidade administrativa objeto da redução de pessoal).

Na hipótese de redução das despesas com cargos comissionados e funções de confiança o objetivo poderá ser alcançado, tanto pela extinção de cargos e funções, quanto “*pela redução de valores a eles atribuídos*” (§ 1º, do art. 23). A redução de valores a que se refere o texto do § 1º não pode atingir servidores em exercício, por força do princípio da irredutibilidade de subsídio e vencimentos dos ocupantes de cargos e empregos públicos (art. 37, XV da CF). Daí porque foi determinada pelo STF a suspensão da expressão “*quanto pela redução dos valores a eles atribuídos*”<sup>21</sup>.

O § 2º que faculta a redução temporária da jornada de trabalho com a adequação dos vencimentos à nova carga horária foi declarado inconstitucional pelo STF, por infringir o princípio da irredutibilidade de vencimentos acima mencionado<sup>22</sup>.

---

20. O prazo referido no art. 23 será duplicado no caso de crescimento real baixo ou negativo do Produto Interno Bruto (PIB) nacional, regional ou estadual por período igual ou superior a quatro trimestres, conforme prescreve o art. 66 da LRF.

21. Adin nº 2.238-DF, Rel. Min. Ilmar Galvão, *DJe* divulgado em 11-9-2008 e publicado em 12-9-2008.

22. Adin nº 2.238-DF, Rel. Min. Ilmar Galvão, *DJe* divulgado em 11-9-2008 e publicado em 12-9-2008

O § 3º prescreve punições para o ente político que não alcançar a redução no prazo estabelecido, e enquanto perdurar o excesso. Essas punições consistem na proibição de:

- I- receber transferências voluntárias<sup>23</sup>;
- II- obter garantia, direta ou indireta, de outro ente;
- III- contratar operações de créditos, ressalvadas as destinadas ao refinanciamento da dívida mobiliária e as que visem à redução das despesas com pessoal.

O § 4º determina aplicação imediata das sanções previstas no parágrafo anterior se a despesa total com pessoal exceder o limite no primeiro quadrimestre do último ano de mandato dos titulares de Poder ou de órgãos referido no art. 20.

Verifica-se dos incisos I a III, do § 3º que todas as sanções estão voltadas para o Poder Executivo, apesar de o texto referir-se ao ente político. De fato, apenas o Executivo recebe transferências voluntárias, bem como somente ele promove operações de crédito.

Contudo, as sanções dos incisos I e II são, na realidade, inconstitucionais, pois a Constituição Federal já prescreveu no § 2º de seu art. 169, a sanção pelo descumprimento de prazos fixados na lei complementar, limitada à suspensão dos repasses de verbas federais ou estaduais aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios. O legislador constituinte não deu margem ao legislador infraconstitucional para estatuir outras sanções, principalmente como as previstas nos incisos sob comento, que invadem as atribuições do Senado Federal (art. 52, VII e VIII da CF). Outrossim, as operações de crédito por antecipação de receitas – AROs – têm expressa previsão no § 8º, do art. 165, da CF, constituindo-se em um dos instrumentos

---

23..É 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 (art. 25 da LRF).

de independência político-administrativa dos entes regionais e locais, que não podem ficar submetidos às exigências casuísticas da lei federal, ainda que aprovadas por maioria absoluta.

A única proibição válida no que tange às AROs é aquela prevista no art. 167, X, da CF, consistente na realização de operação de crédito para pagamento de despesas com pessoal ativo, inativo e pensionistas dos entes da Federação.

Essas inconstitucionalidades, ainda, não foram objetos de apreciação pela Corte Suprema. Porém, encontra-se em tramitação o PLC nº 132/2007, que dá nova redação ao § 3º, do art. 23, da LRF substituindo a palavra “ente” pela expressão “Poder ou órgão”, esvaziando parcialmente a eficácia da norma em questão. Vale dizer, a punição recairá sobre o Poder ou órgão que deixar de promover a redução das despesas com pessoal no prazo legal. Na prática, não haverá sanção para os Poderes Judiciário e Legislativo e órgão referido no art. 20, pois operações de crédito, bem como o recebimento de transferências voluntárias são típicas do Executivo, como antes assinalado.

## **7. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

---

Pelo exame das Leis Orçamentárias Anuais dos últimos anos pode-se concluir que não houve a esperada redução das despesas com pessoal a partir do advento da LRF. Os cargos em comissão e as funções de confiança, introduzidos pelo Regime Militar em 1964, continuam firmes como rochas. A cada extinção de 1.000 desses cargos ou funções segue-se, imediatamente, a criação de outros 4.000 cargos comissionados e funções de confiança. A LRF não teve força suficiente para reverter essa cultura dos governantes de distribuir cargos e funções às pessoas que não prestaram concurso público, como determina a Constituição Federal. Os servidores efetivos, hoje, acham-se alijados dos cargos e funções mais relevantes da administração pública.

Por outro lado, o crescimento da folha de remuneração resulta, quer do elevado percentual das despesas globais (50% da receita líquida para a União e 60%, para os Estados e Municípios), quer da superação dos limites individuais pelos Poderes e órgãos referidos no art. 20 da LRF, sem aplicação de qualquer tipo de sanção, quer, finalmente, dos sucessivos aumentos da carga tributária que implicam elevação da receita líquida sobre a qual incidem os percentuais máximos das despesas com pessoal.

É possível, entretanto, que sem a LRF as despesas com pessoal seriam ainda maiores.

A grande verdade é que somadas as despesas com pessoal com aquelas pertinentes ao serviço da dívida pouco resta para as despesas de capital, notadamente, para as despesas de investimentos, imprescindíveis para assegurar a qualidade de vida às gerações futuras.



## IV

# Lei de diretrizes orçamentárias: aspectos relevantes e desafios<sup>1</sup>

*José Mauricio Conti\**

*Weder de Oliveira\*\**

**SUMÁRIO:** 1. O sistema brasileiro de planejamento da ação governamental e as funções da lei de diretrizes orçamentárias. 2. O planejamento orçamentário, a plurianualidade e a Lei de Diretrizes Orçamentárias. 3. Contextualização histórica, desafios e considerações finais. Referências bibliográficas.

### 1. O SISTEMA BRASILEIRO DE PLANEJAMENTO DA AÇÃO GOVERNAMENTAL E AS FUNÇÕES DA LEI DE DIRETRIZES ORÇAMENTÁRIAS<sup>2</sup>

---

O planejamento da ação governamental é hoje, indiscutivelmente, imprescindível para boa gestão do setor público. A dimensão

---

\*. Mestre, Doutor e Livre Docente em Direito Financeiro pela USP. Professor de Direito Financeiro da USP. Consultor em Direito Financeiro.

\*\* . Mestre e Doutorando em Direito Financeiro pela USP. Professor do IDP – Instituto Brasileiro de Direito Público. Ministro-Substituto do Tribunal de Contas da União.

1. O texto ora apresentado tem base em textos escritos pelos autores, conforme consta da bibliografia, com reproduções parciais de trechos, nem todas as vezes entre aspas, em face de ajustes nas redações.
2. Trecho introdutório conforme, em boa parte, aos textos CONTI, José Mauricio, *A Lei de Diretrizes Orçamentárias e a autonomia financeira do Poder Judiciário*,

de uma administração pública como a do Brasil, com suas complexidades de diversas naturezas, especialmente em função de sua organização federativa, exige convivência harmônica e cooperativa entre várias administrações públicas autônomas e independentes, o que só se faz com um bom sistema de planejamento.

O planejamento é o mais importante instrumento para atingir os objetivos fundamentais da República, tal como expostos no art. 3º da Constituição, de forma mais eficiente, com melhor aproveitamento dos recursos materiais, humanos e financeiros. Administrar sem planejamento, especialmente em se tratando de organizações complexas e de grandes dimensões, como o é o conjunto das administrações públicas que compõe nossa República Federativa, é algo impensável.

No ordenamento jurídico brasileiro podemos identificar duas grandes dimensões do planejamento.

A primeira delas é o planejamento em sentido mais amplo, abrangendo a coordenação das atividades governamentais voltadas ao futuro, em uma perspectiva macroeconômica, para perseguir objetivos que alterem a situação econômica e social, a partir de uma visão do Estado. Um planejamento de âmbito nacional, em que, politicamente, serão feitas as escolhas destinadas a conduzir o Estado na direção de atingir os objetivos fundamentais consagrados na Constituição. É o que pode ser chamado de *planejamento econômico governamental*, e tem sua expressão jurídica no art. 174 da Constituição.

No entanto, a viabilização do planejamento leva à necessidade de redução deste, em algum momento, aos orçamentos públicos,

---

2012; LDO é instrumento eficiente para a administração pública (in CONTI, José Mauricio, *Levando o Direito Financeiro a sério*, 2019); e CONTI, José Mauricio, *Planejamento orçamentário da administração pública*, 2020.

compreendidos estes em seu sentido mais amplo, abrangendo não somente as leis orçamentárias anuais, mas também os planos plurianuais e as leis de diretrizes orçamentárias (para exemplificar na hipótese brasileira) – ou seja, mediante a utilização de um sistema de *planejamento orçamentário da Administração Pública*.

Ao planejar a ação do Estado, uma vez feitas as escolhas, há necessidade de concretizá-las, transformando-as em medidas efetivas que permitam conduzir a Administração Pública, caso em que o planejamento passa a assumir uma função de natureza mais técnica, reduzindo-se a discricionariedade do administrador, a quem competirá dar cumprimento ao que foi estabelecido. O sistema de planejamento orçamentário passa a ser um caminho institucional percorrido para o cumprimento dos objetivos fundamentais da República brasileira e a consequente realização dos direitos sociais.

É o que se pode denominar de *planejamento orçamentário da Administração Pública*, quando as escolhas políticas que resultaram em definição concreta das ações governamentais a serem implementadas serão transformadas em documentos – no caso brasileiro, essencialmente, nas leis orçamentárias (PPA, LDO e LOA, como se verá a seguir).

A materialização jurídica desse planejamento vem prevista, principalmente, no art. 165 da Constituição. Nesse contexto que se insere a lei de diretrizes orçamentárias, tal como positivada no ordenamento jurídico brasileiro, como será explicitado a seguir.

O sistema de planejamento e orçamento brasileiro prevê a utilização de três leis de natureza orçamentária, todas de iniciativa do chefe do Poder Executivo: a lei do plano plurianual, a lei de diretrizes orçamentárias e a lei orçamentária anual, esta última materializando o orçamento.

O *plano plurianual*, abrangendo um período de quatro anos, estabelecerá, de forma regionalizada, as diretrizes, os objetivos e

as metas da Administração Pública para as despesas de capital e outras delas decorrentes, bem como para as relativas aos programas de duração continuada (CF, art. 165, I e § 1º).

*A lei de diretrizes orçamentárias*, elaborada anualmente, compreenderá as metas e as prioridades da Administração Pública, incluindo as despesas de capital para o exercício financeiro subsequente, orientará a elaboração da lei orçamentária anual e disporá sobre as alterações na legislação tributária, bem como estabelecerá a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento (CF, art. 165, II e § 2º).

Introduzida no texto da Constituição em 1988, a LDO é obrigatória para todos os entes federados e compõe o sistema, uniforme em nossa federação, de planejamento da ação governamental. Estados e Municípios diferem da União em alguns detalhes, como o prazo de encaminhamento e aprovação, que atualmente, no âmbito federal, está regulado, ainda provisoriamente, pelo artigo 35, § 2º, II do ADCT, que determina seja o projeto de lei encaminhado pelo Poder Executivo ao Poder Legislativo “até oito meses e meio antes do encerramento do exercício financeiro e devolvido para sanção até o encerramento da sessão legislativa” – daí a data de 15 de abril que se avizinha. Outros entes federados, por vezes, estabelecem datas diferentes, como é o caso do Estado de São Paulo, que prevê o encaminhamento do projeto até o dia 30 de abril (Constituição Estadual, art. 174, § 9º, 2).

Desde a promulgação da Constituição, passando pela Lei de Responsabilidade Fiscal, em 2000, até os dias atuais, a lei de diretrizes orçamentárias foi tendo suas atribuições ampliadas, representando um papel cada vez mais importante na organização das finanças públicas, exercendo hoje funções bem maiores do que aquelas inicialmente estabelecidas, de orientação da lei orçamentária e fixação das diretrizes e metas da administração pública, como se verá ao longo desse texto.

A *lei orçamentária anual* tem a finalidade de discriminar a receita e despesa de forma a evidenciar a política econômico-financeira e o programa de trabalho do Governo (Lei nº 4.320/64, art. 2º).

A função dessas três leis de natureza orçamentária é estabelecer um sistema planejado e coordenado de ações governamentais, em consonância com a tendência de utilizar os orçamentos como instrumentos para atingir os objetivos de interesse público.

Com a crescente intervenção estatal na ordem econômica e social, os orçamentos deixaram de ter função meramente contábil de registro de receitas e despesas, e passaram a ter novas funções, transformando-se em um “instrumento de programação econômica, de programação da ação governamental”, dando origem à técnica do orçamento por programa ou orçamento-programa, “um tipo de orçamento vinculado ao planejamento das atividades governamentais”, não sendo apenas uma peça financeira, mas sobretudo “um instrumento de execução de planos e projetos de realização de obras e serviços, visando ao desenvolvimento da comunidade”<sup>3</sup>.

Tais funções orçamentárias já se mostram bastante claras na Lei nº 4.320, de 1964, ainda vigente para regular a elaboração e execução dos orçamentos públicos brasileiros, que em seu art. 2º estatui que a lei orçamentária “conterá a discriminação da receita e despesa de forma a *evidenciar a política econômico-financeira e o programa de trabalho do Governo*”. No mesmo sentido está o Decreto-lei nº 200, de 1967, ao prever que a ação governamental deverá obedecer a planejamento norteado por planos e programas, tendo como um de seus instrumentos básicos o orçamento-programa anual (art. 7º).

O sistema de planejamento de ação governamental brasileiro, fundado nas três leis de natureza orçamentária anteriormente mencionadas, aperfeiçoou-se com a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei

---

3. SILVA, José Afonso, *Orçamento-programa...*, p. 41.

Complementar nº 101, de 2000), que ampliou a função planejadora da lei de diretrizes orçamentárias e da lei orçamentária anual, consoante se constata das atribuições que lhes foram acrescidas pelo disposto nos artigos 4º e 5º.

Além das especificamente relacionadas ao planejamento da ação governamental, destacam-se também aquelas voltadas à regulamentação de atos de execução orçamentária, suprimimento de lacunas da Lei nº 4320, fiscalização e controle das despesas públicas e transferências de recursos, dentre outras.

## **2. O PLANEJAMENTO ORÇAMENTÁRIO, A PLURIANUALIDADE E A LEI DE DIRETRIZES ORÇAMENTÁRIAS<sup>4</sup>**

---

O sistema jurídico que regula a atividade financeira do Estado exige periodicidade, sendo necessário estabelecer prazos para as leis orçamentárias, a fim de que seja possível determinar nelas os atos de arrecadação, gestão, gasto de recursos e demais relacionados com a atividade financeira, permitindo também o respectivo controle.

O ato de planejar envolve sempre, e necessariamente, a previsão sobre o futuro. Antecipar fatos, situações e, a partir de então, estabelecer a forma de condução com vistas a atingir determinados objetivos em face desse cenário desenhado.

O que se revela, adiante-se, talvez um dos principais problemas que afetam o ato de planejar e transformá-lo em normas, tornando necessário que proporcionem segurança jurídica, de modo que possam orientar não só a ação do Estado, como também de todos aqueles com os quais se relaciona.

---

4. Trecho conforme, em boa parte, ao texto CONTI, José Mauricio, *Planejamento orçamentário da administração pública*, 2020.

Com isto, há que se estabelecer prazos rígidos e delimitados para as leis orçamentárias, especialmente a lei orçamentária anual.

No entanto, a atividade financeira da administração pública não se esgota no âmbito de um exercício financeiro anual, o que justifica a existência de um sistema de planejamento em que coexistam, e estabeleçam-se vínculos, entre leis de planejamento orçamentário de prazo mais amplo, como é o nosso plano plurianual, de quatro anos, e de prazo mais curto, como a lei de diretrizes orçamentárias.

Investimentos de alto valor, como obras públicas de grande porte, programas de duração continuada, entre outros, exigem uma proteção jurídica, e isto importa em um desafio a ser vencido pelo ordenamento jurídico em matéria de planejamento e orçamento.

Cria-se, assim, uma necessária convivência e compatibilidade entre a anualidade orçamentária e a plurianualidade da atividade financeira do Estado, que precisa integrar o sistema jurídico.

Vê-se ter havido uma evolução da anualidade orçamentária, passando para um sistema que admite e reconhece a plurianualidade como um conceito mais adequado às modernas técnicas de gestão e planejamento, o que fica bem evidenciado no direito francês, como se vê com clareza nos textos do professor Michel Bouvier. Ao tratar da questão do planejamento de médio prazo na França, o professor Michel Bouvier relembra frase escrita em 1976 por Renaud de la Genière: “A programação plurianual constitui a síntese mais avançada das concepções orçamentárias modernas”. Segundo o jurista francês, apesar desse reconhecimento da importância da programação plurianual, compartilhado há muito tempo pelos especialistas em finanças públicas, a implantação de um dispositivo eficaz nunca ocorreu de maneira definitiva, mas “tem sido admitido que programar permite aos gestores disporem do tempo necessário para executar uma política e de uma duração e de uma visibilidade que

lhes são indispensáveis para agirem e se sentirem responsáveis”<sup>5</sup>. A anualidade restringe a ação administrativa ao curto prazo e impede que sejam medidos os impactos das decisões orçamentárias a longo prazo; no entanto, o princípio da anualidade tem feito parte dos dogmas orçamentários por razões de natureza política, eis que, historicamente, as exigências do regime representativo impuseram uma periodicidade breve, que garantisse a eficácia do controle parlamentar sobre as finanças públicas.<sup>6</sup>

Exemplos da necessidade de compatibilização entre a plurianualidade e a anualidade aparecem em visíveis falhas do ordenamento jurídico que se evidenciam na anualidade orçamentária, como é o caso dos “restos a pagar”, em que se transferem despesas para o orçamento subsequente, ante a inviabilidade de serem satisfeitas até o final do exercício, e gerando distorções na execução orçamentária.<sup>7</sup>

Ou ainda as conhecidas despesas apressadas ocorridas no final do exercício, realizadas com a finalidade de esgotar as dotações orçamentárias e impedir a respectiva redução na formação do orçamento seguinte, em face da prevalência do sistema de orçamento incrementativo.<sup>8</sup>

A lei de diretrizes orçamentárias acaba assumindo importantes funções em matéria de compatibilização entre a plurianualidade e a anualidade, entre as quais está a de acolher no ordenamento jurídico brasileiro o sistema de “planejamento deslizante”, permitindo uma

- 
5. BOUVIER, Michel; ESCLASSAN, Marie-Christine; LASSALE, Jean-Pierre. *Finances publiques*, p. 289. (Tradução livre)
  6. BOUVIER, Michel; ESCLASSAN, Marie-Christine; LASSALE, Jean-Pierre. *Finances publiques*, p. 284. (Tradução livre)
  7. Sobre essa questão, ver “O final de ano, as dívidas e os restos a pagar” (in CONTI, José Mauricio, *Levando o Direito Financeiro a sério*, 2019, pp. 215-218).
  8. Vide, sobre esse tema, o texto “Natal é tempo de correr com a execução orçamentária” (in CONTI, José Mauricio, *Levando o Direito Financeiro a sério*, 2019, pp. 211-214).

melhor coordenação entre as leis de natureza orçamentária, além de conferir flexibilidade jurídica com maior segurança.

No sistema jurídico brasileiro, a lei de diretrizes orçamentárias tem sido o instrumento de viabilização do planejamento deslizando, especialmente após a inclusão, pela Lei de Responsabilidade Fiscal, em seu art. 4º, §§ 1º a 3º, dos anexos de metas e riscos fiscais, e do anexo com previsão de agregados fiscais (Constituição, art. 165, § 12). O Banco Mundial dá destaque à utilização da LDO brasileira como instrumento da modalidade “*medium-term framework*” que tem sido útil para sinalizar o ajuste fiscal por meio da fixação das metas fiscais.<sup>9</sup>

A lei de diretrizes orçamentárias, a partir da LRF, assumiu a responsabilidade de dispor sobre o equilíbrio entre receitas e despesas (LRF, art. 4º, I, *a*), estando entre os instrumentos importantes para cumprir essa missão o Anexo de Metas Fiscais. Este passa a integrar o projeto de LDO, sendo nele “estabelecidas metas anuais, em valores correntes e constantes, relativas a receitas, despesas, resultados nominal e primário e montante da dívida pública, *para o exercício a que se referirem e para os dois seguintes*” (LRF, art. 4º, § 1º, grifo nosso). Com o Anexo de Riscos Fiscais, documento no qual “serão avaliados os passivos contingentes e outros riscos capazes de afetar as contas públicas, informando as providências a

---

9 “The Budget Guidelines Law (LDO) is formulated every year, around April. It defines revenue, expenditure, and fiscal balance targets in a three-year rolling framework, thus classifying it as an MTF. While its purpose is to link the PPA with annual budgets, this integration has not been successful, and the prioritization and resource allocations defined in the PPA have not been reflected in the annual budgets. The importance of the LDO has grown as a consequence of the strong fiscal adjustment implemented since 1999 and enactment of the Fiscal Responsibility Law (LRF) in 2000 (as a result of which the MTF became fully functional in 2001). The LDO presents fiscal targets in terms of primary surpluses for three years (including the current budget year). These targets are crucial in signaling the government’s fiscal adjustment efforts” (WORLD BANK. *Beyond the annual budget*. Global experience with medium-term expenditure frameworks, p. 193).

serem tomadas, caso se concretizem”, constrói-se um sistema que permite garantir com maior segurança jurídica o avanço planejado das ações governamentais, de modo a asseverar a estabilidade e a sustentabilidade do desenvolvimento, com minimização dos riscos de desequilíbrios fiscais.

O que releva notar, nesse sistema, é que, sendo a LDO anual, e tendo o Anexo de Metas Fiscais a obrigação de estabelecer as metas anuais de receitas, despesas, resultados nominal e primário e montante da dívida pública, não somente para o exercício seguinte, mas também para os dois subsequentes, há, ainda que apenas nesses campos, uma previsão extremamente importante para o planejamento de médio prazo da ação governamental. Planejamento este que, pela periodicidade anual da LDO, renovar-se-á ano a ano, de modo que fica bem caracterizado o sistema de planejamento deslizante, recomendado para as mais modernas técnicas de planejamento e orçamentação, favorecendo a adaptação das alterações ocorridas no decorrer da execução de forma suave, não abrupta, flexibilizando adequadamente o planejamento, sem prejuízo à credibilidade e à segurança jurídica, fundamentais para a eficácia das normas que os veiculam.

Os sistemas que implantaram mecanismos viabilizando um planejamento deslizante aperfeiçoaram o planejamento orçamentário governamental de médio prazo, pois permitiram a indicação aos agentes econômicos e demais atores envolvidos das diretrizes e objetivos da administração pública, ao mesmo tempo que asseguraram mecanismos de adaptação às inevitáveis mudanças ocorridas nos cenários. A existência de documentos confiáveis, que sinalizam periodicamente eventuais alterações de rumos, de forma suave e previsível, com clareza e transparência, confere às normas de planejamento maior credibilidade, impedindo desvios bruscos do caminho traçado pelo ente ou órgão.

No Brasil, a técnica de planejamento deslizante mostra-se especialmente relevante em função de nossa organização federativa,

sem coincidência de mandatos, e com a obrigação de cada ente da federação adotar seu planejamento de médio prazo, por meio dos planos plurianuais, em períodos não coincidentes.

### **3. CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA, DESAFIOS E CONSIDERAÇÕES FINAIS<sup>10</sup>**

---

A história do orçamento no Brasil registra, até o advento da Constituição de 1967, a centralidade da lei orçamentária anual na alocação de recursos. Ali introduziu-se o orçamento plurianual de investimentos (OPI).

A Lei Complementar nº 3/1967 inaugurou um processo decisório integrado: planos, orçamento plurianual de investimento e orçamentos anuais. Respeitadas as diretrizes do plano nacional de desenvolvimento, o OPI, aprovado por lei e de duração trienal, relacionaria as despesas de capital e os recursos anualmente destinados à sua execução.

A Constituição Federal de 1988 deu seguimento à integração entre planos e orçamentos. Mas o fez de forma inovadora e complexa, criando um processo orçamentário sequenciado de três instrumentos, elaborados pelo Poder Executivo e aprovados pelo Congresso Nacional, mediante leis: o plano plurianual (PPA), as diretrizes orçamentárias e os orçamentos anuais.

A grande inovação da Constituição foi a instituição da lei de diretrizes orçamentárias. O plano plurianual<sup>11</sup>, embora também um novo

---

10. Para ampla visão sobre a LDO, vide OLIVEIRA (2017), *Lei de diretrizes orçamentárias: gênese, funcionalidade e constitucionalidade / retomando as origens*.

11. Vide OLIVEIRA (2017), *Lei de diretrizes orçamentárias*, p. 32: “Em realidade, a compreensão do que vem a ser o plano plurianual (PPA) é de mais difícil alcance do que parece à primeira vista, dado que não é um plano equivalente aos antigos planos nacionais quinquenais de desenvolvimento nem tampouco um orçamento plurianual de investimentos. Trata-se de instrumento mais

instrumento, não se qualificava como algo até então desconhecido, sendo percebido como evolução da tradição inaugurada na Constituição de 1967: formulação de um orçamento plurianual de investimentos como expressão financeira de médio prazo das despesas de capital derivadas do planejamento governamental (planos nacionais quinquenais, planos e programas setoriais e regionais).

As “diretrizes orçamentárias”, contudo, não eram assimiláveis a nada anteriormente existente. Representavam uma instituição nova, raramente estudada em profundidade pela comunidade do direito financeiro e que pouco interesse despertou nos constitucionalistas.

Vivia-se, durante a Constituinte, um ambiente político de revigoração democrático e reconstrução das esperanças de desenvolvimento nacional planejado a partir de uma Constituição dirigente que embalava o fortalecimento do Congresso para participar das grandes decisões nacionais, das decisões estratégicas, das quais o regime militar o havia afastado. Especificamente, em matéria orçamentária, o papel do Legislativo estava amesquinhado, sobrando-lhe pouco mais do que dar destinação a subvenções sociais.

Numa atmosfera de racionalidade formalista e *empoderamento do Congresso Nacional*, a ideia de um instrumento de decisão orçamentária prévio à elaboração da lei orçamentária e conectado a um plano geral suscitava natural adesão. Se o Executivo exercia fortemente o poder discricionário e político de decidir a especificação das dotações genéricas, que então o Legislativo se assegurasse de definir, ainda antes da elaboração do orçamento detalhado, as prioridades.

---

indefinido e complexo. Nos termos da Constituição, o PPA seria ao mesmo tempo um macroplano governamental nacional orientador de planos nacionais, regionais e setoriais (art. 165, §4º), um instrumento de gestão estratégica - que define diretrizes, objetivos e metas para administração pública federal, regionalizadas, para as despesas de capital e para os programas de duração continuada (art. 165, §1º) - e um presumido plano financeiro-orçamentário de investimentos plurianuais (art. 167, §1º)”.

Na visão constituinte, a lei de diretrizes orçamentárias seria um *pré-orçamento*, em que se discutiriam “definições fundamentais de alocação de recursos”, “grandes prioridades e grandes alocações”, “alocações globais, por áreas ou setores”; seria o lócus da “apreciação geral da matéria orçamentária”, informada por “indicadores econômicos e sociais”. O Orçamento seria dividido em dois “níveis de discussão”: um global e outro particular.

Na União, o maior desafio desse modelo orçamentário é o de estruturar a compatibilidade entre as peças do sistema, de forma a dar-lhe a organicidade presumidamente pretendida pela Constituição. Organicidade fundada numa concepção tão clara em sua teorização quanto complexa, imensamente complexa, de se pôr em efetivo funcionamento (política, operacional e normativamente), qual seja: (1) o plano plurianual, definindo todos os investimentos plurianuais e as diretrizes, objetivos e metas de médio prazo, regionalizadamente, para as despesas de capital e os programas de duração continuada; (2) uma lei de diretrizes orçamentárias, definindo prioridades e metas para a administração, a partir do planejamento plurianual prévio; e (3) a lei orçamentária, compreendida como plano operacional, definindo recursos para concretização da metas.

Sob outra perspectiva, a jurídica, está posto outro grande desafio: a lei de diretrizes orçamentárias, lei de vigência anual, com funções inexistentes em outros ordenamentos constitucionais-orçamentários, foi dotada, pela Constituição de 1988, de poderes normativos potencialmente intensos, e estabelece com as leis a que se vincula relações de compatibilidade ainda pouco estudadas e das quais derivam complexas consequências jurídicas e de efetividade de suas funções constitucionais<sup>12</sup>.

---

12. OLIVEIRA, *Lei de diretrizes orçamentárias*, p. 293 - “A teoria das leis reforçadas e as leis orçamentárias”.

Considerando as funções que lhe estão determinadas pela Constituição Federal, identificam-se relações internormativas com: (i) a lei do plano plurianual; (ii) a lei orçamentária anual; (iii) leis e medidas provisórias que alterem a lei orçamentária; (iv) leis que alteram a legislação tributária; (v) leis das quais derivam aumento de despesa com pessoal (remuneração, benefícios pecuniários, admissões e contratações); (vi) leis que tratam de operações de fomento realizadas pelos bancos e outras instituições financeiras estatais; (viii) leis complementares que disponham sobre matérias veiculadas no art. 163 da Constituição; (ix) leis complementares que regulem as matérias expressas no art. 165, §9º; (x) leis que estabelecem planos nacionais, regionais e setoriais; e (xi) leis ordinárias permanentes que tratam de orçamento e direito financeiro.

O processo legislativo orçamentário tem sido criticado por não pautar as discussões pelos grandes números das finanças e das políticas públicas; por não estruturar as decisões anuais num quadro de estimativas e balizas plurianuais; por não haver maior envolvimento das comissões temáticas, especializadas nas políticas setoriais; por não controlar a excessiva vinculação de receitas e o aumento das despesas obrigatórias; por pulverizar recursos, em vez de direcioná-los às mais relevantes prioridades nacionais; por não se voltar à conexão das alocações com o alcance de resultados; por resultar em obras inacabadas, e desperdício de bilhões de reais; por haver excessivo direcionamento da intervenção parlamentar para emendas “paroquiais”; por gerar programações que não serão cumpridas (“peça de ficção”), entre outras críticas<sup>13</sup>.

A recente crise fiscal reacendeu discussões sobre a funcionalidade das instituições orçamentárias, resultando, em 2016, na aprovação da “Emenda Constitucional do Teto do Gasto Público”. Como razões da crise, aponta-se o crescimento contínuo da despesa

---

13. OLIVEIRA (2015), *Curso de Responsabilidade Fiscal*, p. 319.

primária, especialmente despesas previdenciárias e de pessoal; a expressiva e ineficiente elevação dos gastos tributários; a política de concessão de crédito subsidiado ao BNDES, mediante acentuado endividamento da União, para fomentar o investimento privado; a incapacidade do processo político de lidar com as questões fiscais estruturais.

Muitas dessas questões encontrariam na lei de diretrizes orçamentárias o *locus* obrigatório e apropriado de enfrentamento, pois a Constituição dotou essa lei singular com atribuições de diferenciado e forte poder de balizamento da gestão, das políticas e das finanças (orçamento, tributação e dívida pública).

No entanto, a LDO tem avançado mais em espaços legislativos não ocupados pelo ato legislativo competente (lei complementar, lei orçamentária, leis ordinárias) do que no desenvolvimento mais intenso de suas expressas funções constitucionais, o que concorre para distanciá-la de seu sentido no sistema e de sua gênese: ser o *locus* dos grandes debates e decisões orçamentárias, macroeconômicas e de políticas públicas.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AFONSO, José Roberto Rodrigues. *Memória da Assembléia Constituinte de 1987/88: as finanças públicas*. Disponível em <<http://federativo.bndes.gov.br>>. Acesso em 2003.
- BOUVIER, Michel; ESCLASSAN, Marie-Christine; LASSALE, Jean-Pierre. *Finances publiques*. 12. ed. Paris: LGDJ, 2013.
- CONTI, José Mauricio. *Orçamentos públicos*. A Lei 4320/1964 comentada. 4<sup>a</sup> ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.
- \_\_\_\_\_. *Levando o Direito Financeiro a sério – a luta continua*. São Paulo: Blucher, 2019.
- \_\_\_\_\_. A Lei de Diretrizes Orçamentárias e a autonomia financeira do Poder Judiciário. *Cadernos Jurídicos da Escola Paulista da Magistratura*. São Paulo, ano 13, número 34, p. 91-99, jan/abr 2012. Publicado também em *Revista Forum de Direito Financeiro e Econômico – RFDFFE*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 27-37, mar/ago 2012.

- \_\_\_\_\_. *Planejamento orçamentário da administração pública*. São Paulo: Blucher, 2020 (no prelo).
- OLIVEIRA, Weder de. *Lei de Diretrizes Orçamentárias: gênese, funcionalidade e constitucionalidade – retomando as origens*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2017.
- OLIVEIRA, Weder de. *Curso de Responsabilidade Fiscal: Direito, Orçamento e Finanças Públicas*. Editora Fórum, 2ª ed., 2015.
- SALOMÃO, Luís Felipe. Magistratura – sua participação na elaboração da proposta orçamentária do Poder Judiciário e a transparência administrativa. *Revista Jurídica Consulex*, ano VII, n. 160, p. 41-47, 15 set. 2003.
- SILVA, José Afonso da. *Orçamento-programa no Brasil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.
- WORLD BANK. *Beyond the annual budget*. Global experience with medium-term expenditure frameworks. Washington: World Bank, 2013.

# V

## Análise constitucional da criação de barreira legal imposta pelos artigos 23 e 24, parágrafo único, da Lei nº 13.988/2020 no acesso ao CARF

*Marcelo Campos\**

*Érica Escolano\*\**

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. O processo administrativo brasileiro e a consagração do princípio constitucional da ampla defesa na Constituição Federal de 1988. 1.1. O princípio constitucional da ampla defesa no processo administrativo. 2. A inconstitucionalidade dos artigos 23 e 24, parágrafo único, da Lei nº 13.988/2020 e a violação aos princípios constitucionais da ampla defesa e da isonomia. 3. Consequências práticas da barreira legal para acesso ao CARF. Conclusão. Referências.

**RESUMO:** O presente artigo tem por objetivo analisar o disposto nos artigos 23 e 24, parágrafo único, da Lei nº

---

\*. Advogado, Professor de Direito Tributário na Universidad de Buenos Aires – UBA, Acadêmico e Presidente do Conselho Diretor da Academia Brasileira de Direito Tributário – ABDT e Vice Presidente do Instituto Brasileiro de Estudos de Direito Administrativo, Financeiro e Tributário – IBEDAFT.

\*\* Advogada, Mestre em Direito Político e Econômico e Pesquisadora junto ao CNPQ no Grupo de Pesquisa “Pacto Federativo, Tributação e Financiamento dos Direitos Sociais”, na Universidade Presbiteriana Mackenzie.

13.988/2020, do ponto de vista da sua inconstitucionalidade, na medida em que o legislador infraconstitucional instituiu verdadeira barreira legal que impede o acesso ao CARF, nos processos administrativos do contencioso tributário de pequeno valor e que tenha como sujeito passivo pessoas físicas, microempresas e empresas de pequeno porte. Tal restrição viola flagrantemente os princípios da isonomia e da ampla defesa, garantias constitucionais que devem ser observadas no âmbito do processo administrativo, e também, no processo administrativo tributário de modo a resguardar os contribuintes.

**PALAVRAS-CHAVES:** processo administrativo; tributário; inconstitucionalidade; isonomia; ampla defesa.

**ABSTRACT:** The purpose of this article is to analyze the provisions of Articles 23 and 24 of law number 13.988/2020, from the point of view of its unconstitutionality, to the extent that the infraconstitutional legislature established a real legal barrier that prevents access to Carf, in the administrative proceedings of small-value tax litigation and that has as a taxpayer individuals, micro-enterprises and small businesses. Such a restriction flagrantly violates the principles of isonomy and broad defense, constitutional guarantees that must be observed in the context of the administrative process, and also, in the tax administrative process in order to protect taxpayers.

**KEYWORDS:** administrative process; tax; unconstitutionality; isonomy; broad defense.

## INTRODUÇÃO

---

O processo administrativo no Brasil teve grandes avanços, em especial com a Constituição Federal de 1988, que trouxe extenso rol de garantias e direitos que resguardam as relações processuais na esfera administrativa, destacando-se os princípios da igualdade, devido processo legal, ampla defesa e contraditório.

De igual sorte, o processo administrativo tributário, que também possui regramento próprio, garante aos contribuintes a estrita observância dos princípios constitucionais acima destacados.

No entanto, com a entrada em vigor da Lei nº 13.988/2020, que dispõe sobre a transação tributária, a redação do artigo 23 e do artigo 24, parágrafo único, trouxeram mudanças significativas e que merecem análise e atenção, na medida em que a definição proposta para o conceito de contencioso tributário de pequeno valor impôs limites para acesso ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF, com base no valor da lide tributária e capacidade econômica dos sujeitos passivos no processo administrativo.

Em vista da redação desses dispositivos, o presente trabalho irá tratar da inconstitucionalidade dos referidos artigos da lei, posto que incompatíveis com o sistema constitucional vigente, na medida em que violam garantias constitucionais expressas no ordenamento jurídico brasileiro.

## **1. O PROCESSO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO E A CONSAGRAÇÃO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA AMPLA DEFESA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

---

O processo administrativo brasileiro, do ponto de vista histórico e legislativo teve profunda evolução ao longo do tempo. De acordo com Aurélio Pitanga Seixas Filho, o contencioso administrativo passou por significativas mudanças a partir da Constituição da República de 1891, sobretudo, com relação ao julgamento dos recursos administrativos em matéria tributária, até a promulgação do Decreto nº 70.235/1972<sup>1</sup>, que passou a dispor, especificamente, sobre o processo administrativo fiscal.

Assim como todo o direito, o processo administrativo é regido pelos princípios constitucionais vigentes, em especial, com o advento

---

1. SEIXAS FILHO, Aurélio Pitanga. Métodos para Revisão do Lançamento Tributário. *In*: Grandes questões atuais do direito tributário. 13º volume, vários autores, coordenador Valdir de Oliveira Rocha. São Paulo: Dialética, 2009, p. 26/31.

da Constituição Federal de 1988, na medida em que Administração Pública, no exercício das suas atribuições atualmente possui limites constitucionais bem definidos no texto, sobretudo, no tocante à fixação expressa dos direitos e garantias dos contribuintes.

Quanto ao conceito de procedimento administrativo, oportuno trazer à baila a definição clássica de Celso Antônio Bandeira de Mello como sendo *“uma sucessão encadeada de atos administrativos que tendem, todos, a um resultado final e conclusivo”*<sup>2</sup>.

Sendo assim, a partir desse conceito, é possível a melhor compreensão do procedimento administrativo de modo geral, mas também, o processo administrativo fiscal, propriamente dito.

Isso porque a autoridade administrativa tributária, no exercício de sua atividade de fiscalização, realiza atos administrativos para fins de verificação do cumprimento das obrigações tributárias pelos sujeitos passivos dos respectivos fatos geradores. Este procedimento administrativo, é o denominado lançamento, que está prescrito no artigo 142, caput, do Código Tributário Nacional<sup>3</sup>:

**Art. 142.** Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

- 
2. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 348.
  3. BRASIL. Planalto. Código Tributário Nacional. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l5172.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172.htm) . Acesso em: 06/07/2020.

No tocante ao lançamento, Marcos Vinícius Neder e Maria Tereza Martínez<sup>4</sup> López ponderam:

(...) o lançamento é ato administrativo, que decorre de um procedimento fiscal, de caráter declaratório de um fato ocorrido, imponível e constitutivo de uma relação jurídico-tributária entre o sujeito ativo, representado funcionalmente pelo agente fiscal do ato, e o sujeito passivo a quem fica acometido um dever jurídico, cujo objeto é o pagamento de uma obrigação pecuniária.

Desta forma, a obrigação tributária nasce através do lançamento, quando de ofício, instrumentalizado através do Auto de Infração, sendo facultado ao contribuinte oferecer Impugnação, no caso de se tratar de exação ilegítima.

Ou seja, a impugnação do lançamento dá início ao processo administrativo tributário, em que a Constituição Federal de 1988, dentre os seus princípios e garantias expressos, assegura ao contribuinte o direito ao contraditório e a ampla defesa, desenvolvidos num *devido processo legal*, ou seja, por meio de processo legal adequado, que deverá observar os princípios constitucionais pertinentes como: legalidade, impessoalidade, moralidade, eficiência, juiz natural, motivação e publicidade.

Quanto ao princípio do devido processo legal, eis o ensinamento de Paulo de Barros Carvalho<sup>5</sup>

“O postulado do devido processo legal, que anima a composição de litígios promovida pelo Judiciário, e que garante ampla liberdade às partes para exhibir o teor de

- 
4. NEDER, Vinícius. LÓPEZ, Maria Tereza Martínez. *Processo Administrativo Fiscal Federal Comentado*. 2ª ed. São Paulo: Dialética, 2004, p. 115.
  5. CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.p.153

juridicidade e o fundamento de justiça das pretensões articuladas em Juízo, se aplica com assomos de princípio capital também aos procedimentos administrativos e, entre eles, os que ferem matéria tributária. O *devido processo legal* é instrumento básico para preservar direitos e assegurar garantias, tornando concreta a busca da tutela jurisdicional ou a manifestação derradeira do Poder Público, em problemas de cunho administrativo. É com estribo nessa orientação que não se concebe, nos dias atuais, alguém ser apenado sem que lhe seja dado oferecer as razões que justifiquem ou expliquem seu comportamento. É princípio que merece referência aberta em nossa Carta Constitucional, consoante se vê do art. 5º, LV, *in verbis*: ***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.***

Ademais, nas lições de Ives Gandra da Silva Martins<sup>6</sup> tais princípios poderão ser entendidos como:

(...) o conjunto dos seguintes direitos e garantias: a) é direito de todos os litigantes; b) é direito que deve ser exercido nos processos administrativos e judiciais; c) é garantia a quem for alvo de acusação de qualquer natureza; d) tem como consequência o contraditório e a ampla defesa nos litígios administrativos e judiciais; e) assegura todos os recursos e meios inerentes a seu exercício pela Constituição Federal.

Após o oferecimento da impugnação, haverá a instrução do processo que se dará por meio de diligências, assim como é permitida a produção de prova documental e pericial, para o posterior

---

6. *Apud* Marcos Vinícius Neder e Maria Tereza Martinez López, “Processo Administrativo Fiscal Federal Comentado”, 2.ª edição, Dialética, São Paulo, 2004, p. 43.

juízo por um colegiado formado exclusivamente por membros da fiscalização. E, considerando as garantias constitucionais, é direito do litigante a interposição de recurso para órgão superior, colegiado e paritário para buscar a reforma da decisão proferida.

Conforme pondera Hugo de Brito Machado, a depender da estrutura do órgão superior, pode haver a possibilidade de interposição de recurso especial, cuja finalidade essencial é preservar a uniformidade dos julgados do órgão<sup>7</sup>.

No âmbito do processo administrativo fiscal, desde 2009, por meio da Lei nº 11.941/2009<sup>8</sup>, que dentre outras disposições, alterou a redação do artigo 25 do Decreto nº 70.235/1972, instituindo o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF, competente para o julgamento em segunda instância, nos termos do inciso II que dispõe:

**Art. 25.** O julgamento do processo de exigência de tributos ou contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal compete:

II - em segunda instância, ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, órgão colegiado, **paritário**, integrante da estrutura do Ministério da Fazenda, com atribuição de julgar recursos de ofício e voluntários de decisão de primeira instância, bem como recursos de natureza especial.

No que diz respeito ao CARF, é importante trazer para o presente estudo as definições quanto à sua origem e sua função, trazidas pelo próprio Ministério da Economia<sup>9</sup>:

- 
7. MACHADO, Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário. 37ª ed, rev., atual e ampl. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 463.
  8. BRASIL. Planalto. Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/11941.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/11941.htm). Acesso em: 06/07/2020.
  9. BRASIL. Ministério da Economia. Qual a origem do Carf? Disponível em: <http://idg.carf.fazenda.gov.br/perguntas-frequentes>. Acesso em: 06/07/2020.

O CARF surgiu com a unificação dos três Conselhos de Contribuintes então existentes, a partir da edição da Lei 11.941, de maio de 2009. **A medida decorreu de estudos que apontavam para a necessidade de eliminar redundâncias, racionalizar as atividades administrativas, otimizar os tramites processuais e imprimir maior celeridade na solução dos litígios administrativos fiscais.**

Os Conselhos de Contribuintes deram uma contribuição histórica na solução dos litígios na esfera administrativa, responsáveis pelo desenvolvimento de valores importantes como ampla defesa e segurança jurídica no âmbito tributário e aduaneiro, garantidos por decisões técnicas e imparciais.

Merece registro que o contencioso administrativo remonta ao Brasil colônia, passando pelo império com o Erário Régio, posteriormente com os Conselhos de Contribuintes e, nos dias atuais, pelo CARF.

O CARF é um órgão colegiado, formado por representantes do Estado e da sociedade, com atribuição de julgar em segunda instância administrativa, os litígios em matéria tributária e aduaneira. **Compete também ao CARF a uniformização da jurisprudência do órgão, mediante recurso especial das partes, quando ocorrer divergência de entendimento entre os colegiados de julgamento.** (grifo nosso)

Em igual sentido, dispõe o Regimento Interno do CARF, Anexo 1<sup>10</sup>, quanto a natureza e finalidade do Conselho:

---

10. BRASIL. Ministério da Economia. Regimento Interno CARF 2019. Disponível em: <http://carf.economia.gov.br/aceso-a-informacao/institucional/regimento-interno/ricarf-multivigente.pdf/view> . Acesso em: 06/07/2020.

## CAPÍTULO I

### DA NATUREZA E FINALIDADE

Art. 1º O Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF, órgão colegiado, paritário, integrante da estrutura do Ministério da Fazenda, tem por finalidade julgar recursos de ofício e voluntário de decisão de 1ª (primeira) instância, bem como os recursos de natureza especial, que versem sobre a aplicação da legislação referente a tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB).

Tais considerações feitas, são pertinentes para a melhor compreensão do tema proposto, na medida em que será objeto do presente artigo a análise do dispositivo legal que impede o acesso ao CARF, conforme se verificará a seguir.

Assim, o princípio do contraditório e da ampla defesa estampado no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal de 1988, apresenta-se como uma consequência natural do Estado Democrático de Direito e, portanto, deve ser rigorosamente observado pela Administração Pública, no âmbito do processo administrativo.

### **1.1 O princípio constitucional da ampla defesa no processo administrativo**

---

Com o advento da Constituição Federal de 1988, o artigo 5º, caput, consagrou o princípio da igualdade, e no inciso LV<sup>11</sup>, consagrou-se o princípio da ampla defesa, inclusive no âmbito do processo administrativo ao prescrever:

**Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros**

---

11. BRASIL. Planalto. Constituição de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 05/07/2020.

e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

**LV - 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; (grifo nosso)

Acerca desse princípio, oportuno mencionar José Afonso da Silva<sup>12</sup> ao destacar os ensinamentos de Liebman:

Garante-se a plenitude de defesa, agora mais incisivamente assegurada no inc. LV do mesmo artigo: *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*. Agora a seguinte passagem do magistério de Liebman tem ainda maior adequação ao Direito Constitucional brasileiro: “O poder de agir em juízo e o de defender-se de qualquer pretensão de outrem representam a garantia fundamental da pessoa para a defesa de seus direitos e competem a todos indistintamente, pessoa física e jurídica, italianos [brasileiros] e estrangeiros, como atributo imediato da personalidade e pertencem por isso à categoria dos denominados *direitos cívicos*.”

Pela redação do inciso LV, fica expresso que o princípio da ampla defesa, contempla o direito de recorrer dos litigantes.

Com relação ao processo administrativo, a Lei nº 9.784/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração

---

12. SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 28ª ed., rev., atual. até a E.C n. 53 de 19.12.2006. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p.431.

Pública Federal<sup>13</sup>, reforça a garantia constitucional da ampla defesa e também ao direito de recorrer ao dispor:

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, **ampla defesa**, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

(...)

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

(...)

X - garantia dos direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à **interposição de recursos, nos processos de que possam resultar sanções e nas situações de litígio;** (grifo nosso)

Acerca da interpretação do princípio e da sua relevância na esfera administrativa, explica Hely Lopes Meyrelles<sup>14</sup>:

Como ressaltado, a Lei 9.784/99, no art. 2º, prevê expressamente a observância por parte da Administração Pública dos princípios da ampla defesa e do contraditório. Regula, assim, na esfera infraconstitucional o cumprimento do disposto na Constituição Federal, em especial no seu art. 5º, LV, que assegura “aos litigantes, em processo (...) administrativo”, o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

---

13. BRASIL. Planalto. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9784.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm). Acesso em: 05/07/2020.

14. MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 36ª ed., atual. até a EC nº 64/2010. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 104.

Ao falar em “litigantes”, ao lado dos “acusados”, a atual Carta Magna acabou por jurisdicionalizar o processo administrativo. Sem dúvida, em relação aos “acusados” a garantia da ampla defesa e do contraditório já havia; porém, quanto aos “litigantes”, não. Esta é sem dúvida, uma das grandes novidades da Constituição Federal de 1988. É o fenômeno da processualidade administrativa.

Ainda, Maria Sylvia Zanella Di Pietro faz uma ressalva importante, no sentido de que a ampla defesa é aplicável em qualquer tipo de processo que envolva situações de litígio ou o poder sancionatório do Estado sobre as pessoas físicas e jurídicas, que decorre do artigo 5º, LV, da Constituição Federal e do disposto na Lei nº 9.784/1999, artigo 2º<sup>15</sup>.

Desse modo, nota-se que o preceito constitucional, foi repisado no texto da lei que rege o processo administrativo, assegurando maior amplitude de atração àqueles que vêm questionar as decisões proferidas em vias administrativas, incluindo, o procedimento administrativo fiscal.

Assim, a Constituição Federal de 1988 garantiu aos litigantes a observância do devido processo legal em sua mais ampla acepção afastando, quaisquer outros obstáculos previstos pela legislação infraconstitucional que tolham o acesso à defesa dos interesses lesados.

Tais ressalvas inaugurais, acerca do princípio da ampla defesa, são relevantes tendo em vista o questionamento quanta a inconstitucionalidade do dispositivo que limita a possibilidade de determinado grupo de contribuintes, recorrer ao CARF, no denominado contencioso tributário de pequeno valor, conforme se verificará.

---

15.. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 704.

## 2. A INCONSTITUCIONALIDADE DOS ARTIGOS 23 E 24, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI Nº 13.988/2020 E A VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA AMPLA DEFESA E DA ISONOMIA

---

A Medida Provisória nº 899 de 2019<sup>16</sup>, denominada “MP do Contribuinte Legal”, foi convertida, no vigente ano, na Lei nº 13.988/2020<sup>17</sup> que dispõe sobre a transação tributária. Referida lei trouxe alguns pontos polêmicos, no tocante ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF, em especial, o disposto no artigo 23, que será objeto da análise do presente artigo.

Nesse sentido, a Lei nº 13.988/2020, em seu capítulo IV, tratou da hipótese de transação por adesão no contencioso tributário de pequeno valor, nos termos do artigo 23:

Art. 23. Observados os princípios da racionalidade, da economicidade e da eficiência, ato do Ministro de Estado da Economia regulamentará:

**I - o contencioso administrativo fiscal de pequeno valor, assim considerado aquele cujo lançamento fiscal ou controvérsia não supere 60 (sessenta) salários mínimos;**

II - a adoção de métodos alternativos de solução de litígio, inclusive transação, envolvendo processos de pequeno valor.

**Parágrafo único. No contencioso administrativo de pequeno valor, observados o contraditório, a**

---

16. BRASIL. Planalto. Medida Provisória nº 899, de 16 de outubro de 2019. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/Mpv/mpv899.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Mpv/mpv899.htm). Acesso em: 05/07/2020.

17. BRASIL. Planalto. Lei nº 13.988, de 14 de abril de 2020. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2020/Lei/L13988.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L13988.htm). Acesso em: 05/07/2020.

**ampla defesa e a vinculação aos entendimentos do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, o julgamento será realizado em última instância por órgão colegiado da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil**, aplicado o disposto no Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, apenas subsidiariamente.

Ao passo que no artigo 24, parágrafo único, a Lei nº 13.988/2020 trouxe o conceito de contencioso tributário de pequeno valor delimitado a partir dos sujeitos passivos litigantes:

Art. 24. A transação relativa a crédito tributário de pequeno valor será realizada na pendência de impugnação, de recurso ou de reclamação administrativa ou no processo de cobrança da dívida ativa da União.

Parágrafo único. **Considera-se contencioso tributário de pequeno valor aquele cujo crédito tributário em discussão não supere o limite previsto no inciso I do caput do art. 23 desta Lei e que tenha como sujeito passivo pessoa natural, microempresa ou empresa de pequeno porte.** (grifo nosso)

De acordo com a redação dos artigos supracitados, o legislador definiu o conceito de contencioso tributário de pequeno valor, bem como limitou o acesso ao CARF para os sujeitos passivos elencados no parágrafo único do também citado artigo 24.

Importante ressaltar que o Regimento Interno do CARF<sup>18</sup> define a competência para julgamento dos recursos de pequeno valor:

---

18. BRASIL. Ministério da Economia. Regimento Interno CARF 2019. Disponível em: <http://carf.economia.gov.br/aceso-a-informacao/institucional/regimento-interno/ricarf-multivigente.pdf/view> . Acesso em: 06/07/2020.

Art. 23-B As turmas extraordinárias são competentes para apreciar recursos voluntários relativos a exigência de crédito tributário ou de reconhecimento de direito creditório, até o valor em litígio de 60 (sessenta) salários mínimos, assim considerado o valor constante do sistema de controle do crédito tributário, bem como os processos que tratem: (Redação dada pela Portaria MF nº 329, de 2017)

E no que diz respeito ao julgamento dos recursos, dispõe o artigo 53, § 2º do Regimento Interno<sup>19</sup>:

§ 2º Poderão ser julgados em sessões não presenciais os recursos em processos cujo valor original seja inferior a R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) ou, **independentemente do valor, forem objeto de súmula ou resolução do CARF, ou de decisões definitivas do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça** proferidas na sistemática dos arts. 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, ou dos arts. 1.036 a 1.041 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 - Código de Processo Civil. (Redação dada pela Portaria MF nº 152, de 2016) (grifo nosso)

Como visto, o próprio Regimento Interno do CARF não faz restrições com base no valor discutido, mas leva em consideração a matéria que é passível de julgamento e que independentemente do valor ser menor ou não, possui relevância jurídica e deve ser apreciada pelo conselho, de modo a evitar decisões contraditórias, arbitrárias e também contrária as súmulas.

---

19. BRASIL. Ministério da Economia. Regimento Interno CARF 2019. Disponível em: <http://carf.economia.gov.br/aceso-a-informacao/institucional/regimento-interno/ricarf-multivigente.pdf/view> . Acesso em: 06/07/2020.

Qualquer tratamento diverso dado ao contribuinte, implicará em desigualdade ao excluir da apreciação do CARF o recurso somente com base no valor discutido no processo administrativo.

Tal restrição imposta pela lei fere o “princípio da pluralidade de instâncias”, conforme pondera Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>20</sup>:

O princípio da pluralidade de instâncias decorre do poder de autotutela de que dispõe a Administração Pública e que lhe permite rever os próprios atos, quando ilegais, inconvenientes ou inoportunos; esse poder está reconhecido pelo STF, conforme Súmulas nºs 346 e 473.

Levando em conta que é dado ao superior hierárquico rever sempre os atos dos seus subordinados, como poder inerente à hierarquia e independente de previsão legal, haverá tantas instâncias administrativas quantas forem as autoridades com atribuições superpostas na estrutura hierárquica. O administrado que se sentir lesado em decorrência de decisão administrativa, pode ir propondo recursos hierárquicos até chegar à autoridade máxima da organização administrativa. Na esfera federal, esse direito de recorrer foi limitado a “três instâncias administrativas, salvo disposição legal diversa”, conforme artigo 57 da Lei 9.784/99. Isto significa que o administrado pode recorrer apenas a três níveis de decisão dentro da organização hierárquica, ressalvadas as hipóteses em que a lei específica sobre determinadas matérias disponha de modo diverso, que para ampliar quer para restringir. O que não se pode impedir é o direito de recorrer, já que ele é assegurado pelo artigo 5º, inciso LV, da Constituição, como inerente ao direito de defesa e ao contraditório.

---

20. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 707 e 708.

Desse modo, considerando o entendimento supra, o artigo 23 não restringe o direito de recorrer em razão de matéria, mas sim, trata-se de verdadeiro impedimento de interposição de recurso, tendo em vista apenas o valor discutido no processo administrativo, inferior à sessenta salários mínimos, sem sequer levar em consideração as matérias neles discutidas, especialmente, eventuais arbitrariedades praticadas pela autoridade tributária, nulidades formais e materiais que impedem o regular prosseguimento do processo administrativo e que, por consequência implique na anulação de todo procedimento, bem como decisões que violem entendimento sumulado.

Ou seja, a barreira legal imposta pela Lei nº 13.988/2020, implica em grave violação ao princípio constitucional da ampla defesa e ao princípio da igualdade. Nesse sentido, imperioso ressaltar o entendimento de Hely Lopes Meirelles<sup>21</sup>, no tocante aos recursos administrativos:

Os recursos administrativos são um corolário do Estado de Direito e uma prerrogativa de todo administrado ou servidor atingido por qualquer ato da Administração. Inconcebível é a decisão administrativa única e irrecurável, porque isto contraria a índole democrática de todo o julgamento que possa ferir direitos individuais e afronta o princípio constitucional da ampla defesa, que pressupõe mais de um grau de jurisdição. Decisão única e irrecurável é a consagração do arbítrio, não tolerado pelo nosso Direito. A Lei 9.784/99 consagrou esse entendimento ao estatuir, no capítulo dos “Recursos”, que das “decisões administrativas cabe recurso, em face de razões de legalidade e de mérito” (art. 56).

---

21. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 36ª ed., atual. até a EC nº 64/2010. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 706.

Nesse sentido, oportuna a ponderação feita por Hugo de Brito Machado<sup>22</sup> ao tratar do princípio da igualdade na área tributária:

As dificuldades no pertinente ao princípio da isonomia surgem quando se coloca a questão de saber se o legislador pode estabelecer hipóteses discriminatórias, e qual o critério de discrimine que pode validamente utilizar. Na verdade a lei sempre discrimina. Seu papel fundamental consiste precisamente na disciplina das desigualdades naturais existentes entre as pessoas. A lei, assim, forçosamente discrimina. O importante, portanto, é saber como será válida essa discriminação. **Quais critérios admissíveis, e quais os critérios que implicam lesão ao princípio da isonomia.**

**A este propósito existem formulações doutrinárias interessantes, entre as quais se destaca aquela segundo a qual o critério de discrimine deve ter um nexó plausível com a finalidade da norma.** (grifo nosso)

A partir do referido entendimento doutrinário, pode-se notar que a redação do artigo 24, parágrafo único, por consequência, também revela-se inconstitucional, uma vez que ao definir o que é contencioso tributário de pequeno valor, também delimita os sujeitos passivos que não poderão recorrer ao CARF, sem sequer descrever na norma eventual critério específico e objetivo para diferenciar tais sujeitos passivos dos demais, de modo a justificar o tratamento desigual no procedimento tributário, o que implica em verdadeira afronta ao princípio da igualdade, consagrado no caput, do artigo 5º da Constituição Federal de 1988.

---

22. MACHADO, Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário. 37ª ed, rev., atual e ampl. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 38.

De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello, o princípio da igualdade interdita tratamento desuniforme às pessoas<sup>23</sup>. Isso porque o princípio da isonomia, originariamente, está relacionado com a igualdade perante a lei, mas sua interpretação não pode ser restrita a apenas por esse aspecto. Ademais, o princípio da igualdade também deve ser observado em se tratando das pessoas jurídicas, de igual modo ao princípio da ampla defesa.

Oportuno ainda destacar as lições de José Afonso da Silva, no tocante o conceito de igualdade e de justiça<sup>24</sup>:

A justiça formal consiste em “um princípio de ação, segundo o qual os seres de uma mesma categoria essencial devem ser tratados da mesma forma”. Aí a justiça formal se identifica com a igualdade formal. A justiça concreta ou material, seria, para Perelman, a especificação da justiça formal, indicando a característica constitutiva da categorial essencial, chegando-se às formas: a cada um segundo a sua necessidade, a cada um segundo seus méritos; a cada um a mesma coisa. Porque existem desigualdades, é que se aspira à igualdade real ou material (continua p. 214) que busque realizar a igualização das condições desiguais, do que se extrai que a lei geral, abstrata e impessoal que incide em todos igualmente, levando em conta apenas a igualdade dos indivíduos e não a igualdade dos grupos, acaba por gerar mais desigualdades e propiciar a injustiça, daí por que o legislador, sob “o impulso das forças criadoras do direito [como nota Georges Sarotte], teve progressivamente de publicar leis setoriais para

---

23. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais. 1ª ed. 4ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 12.

24. SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 28ª ed., rev., atual. até a E.C n. 53 de 19.12.2006. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p.212, 213, 214.

poder levar em conta diferenças nas formações e nos grupos sociais.

Ademais, em consonância com o princípio da isonomia, estão os princípios gerais da atividade econômica elencados no artigo 170, da Constituição Federal de 1988, em especial o princípio expresso no inciso IX<sup>25</sup>:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

**IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País;**  
(grifo nosso)

Acerca da interpretação desse princípio, relevante pois, o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI nº 4.033/DF<sup>26</sup>, ao reconhecer que o tratamento diferenciado para as microempresas e empresas de pequeno porte não violam o princípio da isonomia, mas visa assegurar condições equivalentes:

O fomento da micro e da pequena empresa foi elevado à condição de princípio constitucional, de modo a orientar todos os entes federados a conferir tratamento favorecido aos empreendedores que contam com menos recursos para fazer frente à concorrência. Por tal motivo, a literalidade da complexa legislação tributária

---

25. BRASIL. Planalto. Constituição de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 05/07/2020.

26. BRASIL. STF. ADI nº 4.033/DF, Relator Ministro Joaquim Barbosa, data do julgamento: 15/09/2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=618678>. Acesso em: 06/07/2020.

deve ceder à interpretação mais adequada e harmônica com a finalidade de assegurar equivalência de condições para as empresas de menor porte.

No entanto, situação totalmente diversa se observa na hipótese dos já citados artigos da Lei nº 13.988/2020, visto que o legislador fez justamente o contrário do que decidiu o STF ao interpretar o princípio, uma vez que as pessoas físicas, microempresas e empresas de pequeno porte serão tratadas de forma desigual, de modo a prejudicá-las, ao cercear o direito de defesa e serem impedidas de recorrerem ao CARF, privilegiando os sujeitos passivos detentores de maior poder econômico, em total afronta não somente ao princípio da igualdade, mas também aos princípios que regem as atividades econômicas.

É pertinente ao presente estudo rememorar, que num passado próximo, o que se discutia era a exigência do depósito recursal de 30% do crédito tributário em discussão, como pressuposto de admissibilidade recursal. Referido depósito foi estipulado, por meio da Medida Provisória, que foi convertida na Lei nº 10.522/2002, que alterou a redação do artigo 33 do Decreto nº 70.235/1972<sup>27</sup>. Tal imposição legal, foi levada ao STF que declarou a inconstitucionalidade do artigo 33, §2º do decreto, por meio de controle difuso, e também por controle concentrado.

Em sede de controle difuso<sup>28</sup>, o STF não só ponderou a violação ao princípio da ampla defesa, mas também ponderou que o depósito

---

27. BRASIL. Planalto. Decreto nº 70.235/1972. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D70235cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D70235cons.htm). Acesso em: 06/07/2020.

Art. 33. Da decisão caberá recurso voluntário, total ou parcial, com efeito suspensivo, dentro dos trinta dias seguintes à ciência da decisão.

§ 2º Em qualquer caso, o recurso voluntário somente terá seguimento se o recorrente arrolar bens e direitos de valor equivalente a 30% (trinta por cento) da exigência fiscal definida na decisão, limitado o arrolamento, sem prejuízo do seguimento do recurso, ao total do ativo permanente se pessoa jurídica ou ao patrimônio se pessoa física.

28. BRASIL. STF. RE nº 388.359-3/PE. Votos: Ministro Ricardo Lewandowski e Ministro Cezar Peluso, j. 28/03/2007. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/>

recursal implicava em ofensa ao princípio da isonomia, na medida em que somente os contribuintes que tivessem capacidade financeira poderiam recorrer:

À luz da Carta Magna em vigor, creio, *data venia*, que essa exigência é absolutamente inconstitucional. Primeiramente, como ressaltado pelo eminente Relator e também, agora, pelo eminente Ministro Joaquim Barbosa, **porque há uma clara afronta, a meu juízo, ao princípio da isonomia, sobretudo porque coloca cidadãos em situação de desigualdade perante a Administração tendo em vista os seus recursos materiais.** Ademais, penso que essa exigência fere o direito de petição e de representação, previstos no art. 5º inciso XXXIV, da Carta Magna, e, também, o direito ao contraditório e ampla defesa, agora, estendidos, como se sabe, aos processos administrativos (art. 5º, inciso LV, da Carta Magna).

**A exigência de depósito prévio para fins de admissibilidade de recurso administrativo importa, a meu juízo, clara ofensa ao primado da isonomia.** Ninguém nega que a admissibilidade de recurso, qualquer que seja sua natureza, pode, senão que deve submeter-se a certas exigências. Mas tampouco se nega que, dentre estas, não pode figurar nenhuma que implique ou envolva discriminação baseada na condição financeira do interessado.

(...)

**O contribuinte sem recursos seria aí vistosamente prejudicado, pois, incapaz de atender à condição legal, ficaria exposto à imediata exigibilidade de todo o montante do crédito pretendido,** ainda quando

convicto da existência de razões factuais e jurídicas que, conspirando contra a pretensão do fisco, lhe seriam oponíveis já na esfera administrativa. **O critério de tal discrimen não encontra fundamento racional.** (grifo nosso)

No tocante ao controle concentrado, por meio da ADI/MC nº 1922-9/DF e ADI nº 1.976-7/DF<sup>29</sup>, foi declarado inconstitucional o depósito, mas também o arrolamento de bens, como pressuposto de admissibilidade recursal. Dentre os fundamentos proferidos pelo Ministro Relator<sup>30</sup>, destacam-se os princípios fundamentais que rigorosamente devem ser observados no processo administrativo:

Entendo, pois, que tornar o procedimento administrativo impossível ou inviável, por meios indiretos, constitui ofensa ao princípio da legalidade. E inúmeras vezes, a infração ao princípio da legalidade, e mais especificamente, à legalidade em matéria de procedimento, leva à violação de direitos fundamentais.

(...)

Da necessidade de se proporcionar um procedimento administrativo adequado surge o imperativo de se consagrar a possibilidade de se recorrer dentro do próprio procedimento. O direito ao recurso em procedimento administrativo é tanto um princípio geral de direito como um direito fundamental.

Desse modo, observa-se que o legislador infraconstitucional, mais uma vez, tenta limitar e impedir o direito do contribuinte

---

29. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 1.976-7/DF. Ministro Relator Joaquim Barbosa. j. 28/03/2007. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=456058>. Acesso em: 06/07/2020.

30. *Idem*.

recorrer, o que reforça o entendimento de que a redação dos dispositivos objeto do presente estudo são totalmente contrários à posição pacificada do STF, sobretudo, no tocante a interpretação e observância das garantias constitucionais da ampla defesa, contraditório e do próprio princípio da igualdade, que permeia todo o sistema constitucional.

Como dito, tais direitos não podem ser suprimidos, tampouco restringidos, de modo a prejudicar a defesa do contribuinte e o seu direito ao recurso na esfera administrativa.

Logo, os artigos em análise são incoerentes e incompatíveis com o atual sistema vigente. Não se sabe ao certo as razões do legislador ao impor tais barreiras que impedem o acesso ao CARF, sendo que tal limitação, com base no valor discutido no processo administrativo viola sobremaneira todas as garantias constitucionais expostas no presente trabalho.

Por isso, frente ao princípio da isonomia e os princípios gerais da atividade econômica a inconstitucionalidade do artigo 23 e por consequência do artigo 24, parágrafo único é latente e tal restrição deve ser declarada inconstitucional na medida em que o tratamento diferenciado, nesta hipótese é flagrantemente incompatível com o sistema constitucional.

### **3. CONSEQUÊNCIAS PRÁTICAS DA BARREIRA LEGAL PARA ACESSO AO CARF**

---

Conforme já exposto, o artigo 23 é verdadeira barreira legal que impede que pessoas físicas, microempresas e empresas de pequeno porte tenham acesso ao CARF, sendo certo que tal impedimento terá efeitos de natureza prática.

Isso porque, de acordo com a pesquisa elaborada pelo Sebrae, os dados oficiais demonstram que as microempresas e as empresas de pequeno porte representam 98,5% do total de empresas privadas

no Brasil, o que equivale a 27% do PIB e são responsáveis por 54% dos empregos formais existentes no Brasil<sup>31</sup>.

Não obstante, conforme se extrai dos relatórios gerenciais do CARF, disponibilizados pelo Ministério da Economia, o estoque por faixa de valor, relativamente ao mês de maio de 2020, os processos administrativos com valores abaixo de R\$ 120.000,00 (cento e vinte mil reais) correspondem a 65.313 mil (sessenta e cinco mil, trezentos e treze) processos, sendo que os processos administrativos com valores acima de cento e vinte mil reais), somados, correspondem a 44.497 (quarenta e quatro mil, quatrocentos e noventa e sete)<sup>32</sup>.

Como se pode observar, a restrição no acesso ao CARF imposta pelo legislador infraconstitucional, implicará em tratamento desigual e cerceamento de defesa com relação às microempresas e empresas de pequeno porte, que como visto, correspondem a mais de 90% das empresas privadas no Brasil.

Ou seja, somente as empresas de médio e grande porte, detentoras de maior poder econômico, é que terão seus recursos apreciados pelo Conselho. Outra consequência é o próprio esvaziamento do CARF, especialmente, das turmas extraordinárias, que são competentes para julgar os recursos com valor até sessenta salários mínimos, na medida em que o maior volume de recursos pendentes de julgamento perante o Órgão correspondem aos de menor valor, consoante acima demonstrado.

---

31. BRASIL. Sebrae. Perfil das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte. Disponível em: <https://m.sebrae.com.br/Sebrae/Portal%20Sebrae/UFs/RO/Anexos/Perfil%20das%20ME%20e%20EPP%20-%2004%202018.pdf>. Acesso em: 05/07/2020.

32. BRASIL. Ministério da Economia. CARF. Dados abertos Maio 2020. Disponível em: <http://carf.economia.gov.br/dados-abertos/relatorios-gerenciais/2020/dados-abertos-maio.pdf/view>. Acesso em: 29/06/2020.

## CONCLUSÃO

---

Claramente se reitera a tentativa de restrição de acesso aos recursos administrativos a totalidade dos contribuintes com uma nova roupagem. Se no passado a exigência do depósito recursal como documento essencial ao seguimento do recurso restringiria o acesso ao Processo Administrativo completo, hoje o que se pretende é restringir esse acesso em face do valor envolvido na lide tributária.

A nós quer parecer que a lição dada pela Suprema Corte ou foi esquecida ou não foi compreendida por completo. O que se decidiu no passado e se aplica enquanto não retirado do texto constitucional a garantia da ampla defesa com os recursos a ela inerentes também no processo administrativo, é que se trata de uma garantia constitucional do contribuinte, que não pode sofrer restrição de forma diferenciada, sobretudo em função dos valores, pois a própria ilegalidade do ato da administração não aceita graduações a partir de valores.

Um ato da administração não é mais ou menos ilegal na medida em que exige um valor maior ou menor sem suporte na norma de incidência de determinado tributo.

Parece que a dificuldade está em compreender o processo administrativo como uma sequência de atos tendentes a aferir o comportamento da Administração e não do contribuinte, atividade desenvolvida, à luz do artigo 142 do CTN, quando do lançamento. Definitivamente, em um processo administrativo tributário o que está sob revisão é o lançamento, cuja legalidade não se mede monetariamente.

Ressalte-se que o tratamento diferenciado que se pretende dar em função do valor (que se configurará ou não como objeto de legítima arrecadação) é a análise do ato da administração por pessoas estranhas a própria administração.

A composição paritária com membros representativos do fisco e dos contribuintes é, sem dúvidas, uma característica importante das câmaras de julgamento do CARF, cujo acesso não se pode restringir para alguns.

Mais do que isso esses alguns, que como visto são maioria, estariam sendo diferenciados a partir de uma finalidade contrária ao que professa o texto constitucional. Ao garantir a ampla defesa com os recursos que lhe são inerentes a Constituição o faz expressamente a todos com máxima abrangência "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral".

Em termos objetivos, cumpre por primeiro observar a medida de comparação de que se vale o dispositivo legal para conferir tratamento distinto para contribuintes que se encontram em mesma situação, qual seja, aplica-se o dispositivo ao universo de Contribuintes que exercem a ampla defesa em processo administrativo tributário onde se revisa o lançamento. Comparando-os para restringir, para uma parte desses, a amplitude da defesa sob o crivo valorativo do próprio lançamento. Assim a medida de comparação entre os contribuintes que se encontram em mesmíssima situação lançamento fiscal ou controvérsia não supere 60 (sessenta) salários mínimos.

Em um primeiro momento poderia se alegar que a medida de comparação estaria adstrita aos valores envolvidos na discussão e não entre contribuintes. Duas simples observações afastam essa presunção a primeira de forma mais abrangente, é o próprio princípio da capacidade contributiva, assim a presunção que envolva litígios tributários menores presume-se estarem afetas a contribuintes de menor capacidade contributiva. Por segundo e de compreensão mais direta se extrai do parágrafo único do artigo 24, retro transcrito que adiciona a definição adotada pela lei de "contencioso tributário de pequeno valor" (alvo da implementação do conceito de restrita defesa) processos que tenham como parte: *pessoa natural, microempresa ou empresa de pequeno porte*.

Parece evidente até aqui, posto que essa verdade se alcança através de interpretação literal, que através da medida de comparação, capacidade econômica do contribuinte, se distingue, e, por conseguinte se afasta, como finalidade, o acesso a um julgamento administrativo por um colegiado, que, como visto, apresenta composição paritária com membros representativos do fisco e dos contribuintes.

Como observa Humberto Ávila<sup>33</sup>:

Se é a finalidade a ser perseguida que, em última análise, vai permitir verificar a correção da medida de comparação utilizada, a sua definição assume extrema relevância, pois a sua manipulação pode significar não apenas deixar de promover uma finalidade constitucionalmente posta, como expressar a restrição oblíqua da própria igualdade.

Quer nos parecer ser essa “restrição da própria igualdade” justamente o efeito que se obtém através dos artigos 23 e 24 parágrafo único, multi citados. De que outra maneira observar a exclusão de acesso plasmada no dispositivo legal à luz da amplitude conferida à garantia constitucional.

Quando a nova ordem constitucional entrou em vigor em 1988, por não se tratar de uma Constituição inaugural, recepcionou em boa parte o direito positivo até então existente e retirando a sustentação dos dispositivos que lhe seriam contrários.

Assim, o Decreto nº 70.235/1972 adquiriu *status* de lei ordinária e teve por recepcionado sua sistemática de garantia do exercício da ampla defesa, que posteriormente restou ampliada com a criação do colegiado já em primeira instância.

---

33. ÁVILA, Humberto. Teoria da Igualdade Tributária, 3ª Ed., São Paulo, Malheiros, 2015, p.66

Dessa forma, claramente os artigos tratados pretendem contrariamente ao que estabelece o texto constitucional restringir o espectro da defesa por parte daqueles que se valem dessa garantia constitucional, os identificando a partir da capacidade econômica o que implica na sua inconstitucionalidade.

## REFERÊNCIAS

---

- ÁVILA, Humberto. Teoria da Igualdade Tributária, 3ª Ed., São Paulo, Malheiros, 2015.
- BRASIL. Ministério da Economia. CARF. Dados abertos Maio 2020. Disponível em: <http://CARF.economia.gov.br/dados-abertos/relatorios-gerenciais/2020/dados-abertos-maio.pdf/view>. Acesso em: 29/06/2020.
- BRASIL. Ministério da Economia. Regimento Interno CARF 2019. Disponível em: <http://CARF.economia.gov.br/acesso-a-informacao/institucional/regimento-interno/riCARF-multivigente.pdf/view>. Acesso em: 06/07/2020.
- BRASIL. Planalto. Código Tributário Nacional. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l5172.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172.htm). Acesso em: 06/07/2020.
- BRASIL. Planalto. Constituição de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 05/07/2020.
- BRASIL. Planalto. Decreto nº 70.235/1972. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D70235cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D70235cons.htm). Acesso em: 06/07/2020.
- BRASIL. Planalto. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9784.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm). Acesso em: 05/07/2020.
- BRASIL. Planalto. Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/l11941.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l11941.htm). Acesso em: 06/07/2020.
- BRASIL. Planalto. Lei nº 13.988, de 14 de abril de 2020. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2020/Lei/L13988.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L13988.htm). Acesso em: 05/07/2020.
- BRASIL. Planalto. Medida Provisória nº 899, de 16 de outubro de 2019. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/Mpv/mpv899.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Mpv/mpv899.htm). Acesso em: 05/07/2020.
- BRASIL. Sebrae. Perfil das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte. Disponível em: <https://m.sebrae.com.br/Sebrae/Portal%20Sebrae/UFs/RO/>

- Anexos/Perfil%20das%20ME%20e%20EPP%20-%2004%202018.pdf.  
Acesso em: 05/07/2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 4.033/DF. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=618678>. Acesso em: 06/07/2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 1.976-7/DF. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=456058>. Acesso em: 06/07/2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 388.359-3/PE. Votos: Ministro Ricardo Lewandowski e Ministro Cezar Peluso., j. 28/03/2007. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=466308>. Acesso em: 06/07/2020.
- CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- MACHADO, Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário. 37ª ed, rev., atual e ampl. São Paulo: Malheiros, 2016.
- MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 36ª ed., atual. até a EC nº 64/2010. São Paulo: Malheiros, 2010.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais. 1ª ed. 4ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2015.
- NEDER, Vinícius. LÓPEZ, Maria Tereza Martínez. Processo Administrativo Fiscal Federal Comentado. 2ª ed. São Paulo: Dialética, 2004.
- ROCHA, Valdir de Oliveira. Grandes questões atuais do direito tributário. 13º volume, vários autores, coordenador Valdir de Oliveira Rocha. São Paulo: Dialética, 2009.
- SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 28ª ed., rev., atual. até a E.C n. 53 de 19.12.2006. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

## VI

# O poder político no Estado brasileiro

*Antonio Francisco Costa\**

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Do poder legislativo. 3. Do poder executivo. 4. Do poder judiciário. 5. A uniformização do direito infraconstitucional. 6. O Anarquismo. 6.1 Modelos de Anarquismo. 7. A Democracia. 8. Coerência ideológica. Referências.

**RESUMO:** O presente estudo visa analisar os limites de competências e funções dos três poderes que regem a organização do Estado democrático de direito do Brasil, visto que somente através do devido e necessário respeito às suas competências funcionais, à Carta Magna e à Democracia, promove-se um cenário de desenvolvimento, com menor custo e maior conforto para a Nação.

**PALAVRAS-CHAVES:** Estado brasileiro; Poderes: organização e competências; Controle de Constitucionalidade; Controle do Estado; Anarquismo x Democracia.

---

\*. Jurista, professor universitário, especialista em ciência jurídica, ex-coordenador do Curso de Direito da Universidade Católica do Salvador, Membro do Instituto dos Advogados da Bahia, da Academia Maçônica de Letras da Bahia, da Academia de Cultura da Bahia, do Instituto Brasileiro de Estudos do Direito Tributário, Administrativo e Financeiro, Presidente do Instituto Baiano de Direito Empresarial – IBADIRE, Embaixador da Rede Internacional de Excelência Jurídica, no Estado da Bahia, Escritor e Poeta.

## 1. INTRODUÇÃO

---

No momento em que observamos uma perigosa “pandemia” do socialismo anarquista, o Brasil vive uma crise “epidêmica” grave, ameaçadora da democracia, que é a escancarada ambiciosa disputa, um tanto antiética e amoral, entre as respectivas unidades da tríade constitucional do poder político, pela concentração do “PODER”. Controle do Estado.

O poder político institucional do Estado é uno, embora dividido em três unidades que devem dar efetividade às suas respectivas competências e funções de forma autônoma e independente, todavia, harmonicamente, confluindo todas as particulares ações para o bem-estar social, para o bem comum, para um desenvolvimento econômico equilibrado com justiça social, concorrendo para a paz e a segurança da sociedade, garantindo, assim, a unicidade do poder.

Cada unidade trina do poder político estatal deve concentrar suas ações na circunscrição de sua competência, com o cauteloso e sagrado respeito devido à competência da outra unidade. Zelando pela efetividade de suas competências, sem ultrapassar as fronteiras das competências dos demais poderes.

A tríade una do poder do Estado está constituída pelo **Poder Legislativo**, competente em razão do poder constitucionalmente outorgado pelo povo, para elaboração das leis que regerão a Nação: o Estado constitucional, ente de direito, e o próprio povo; o **Poder Executivo**, exercido por pessoas escolhidas pelo povo, é o Poder encarregado da gestão administrativa do Estado, controle e administração das finanças, da segurança, da saúde, da educação e do desenvolvimento do Estado; e o **Poder Judiciário**, detentor da competência jurisdicional, uma competência sagrada que é inerte, não podendo se manifestar sem a devida e regular provocação, sem o devido processo legal, detém a competência para interpretar, aplicar as leis e fazer cumprir as suas decisões, garantindo a eficácia do direito e da ordem jurídica.

Se cada uma das unidades da tríade do poder constituído do Estado se concentrasse nos limites de suas competências e funções, com o necessário zelo e efetividade, e com o devido e necessário respeito às competências funcionais das outras duas, o Estado, sem dúvida viveria uma paz social duradoura e um desenvolvimento contínuo, com menor custo e maior conforto para a Nação.

A ambiciosa disputa pela concentração do poder, entre as unidades do poder constituído, é tão perniciosa que chega a estimular a desobediência civil e a organização de grupos que se auto intitula com poderes de dominação e condução da sociedade. Aí se vê a imprensa não se contentando em divulgar as notícias, mas querendo conduzir a sociedade aos seus ideais particulares; membros do Ministério Público, muitas vezes, se achando com poderes e competência jurisdicional, agentes da Defensoria Pública se auto investindo nas competências e funções particulares do Ministério Público e os Tribunais de Contas a praticar atos que são da competência jurisdicional, exclusiva do Poder Judiciário, etc., etc. e etc...

Em verdade dois únicos pilares sustentam o homem, o poder e o sexo. Todavia, lamentavelmente, é o poder que parece dar sentido à vida do homem, animal político que não sobrevive isoladamente porque tem carência de poder de dominação.

Na percepção do natural do continuado desenvolvimento humano, na sociedade mundial, assistimos a justa luta das mulheres pela igualdade de direitos com relação aos homens. Perfeito. Será que se limita a isto? Não. Como todo ser humano a luta da mulher é pela dominação. Certo ou errado? Natural. É o poder, no seio político social, que parece dar sentido à vida!

Em qualquer sentido, poder é sempre a capacidade de dominação, comando e controle, ainda que seja o “simples” poder de convencimento, ou de conquista. Poder é uma palavra que vem do latim *potere* e significa a **capacidade ou faculdade de fazer alguma coisa**, força de **mando e de imposição da vontade**.

É, pois, a ambição incontrolada de poder que leva os Estados ao totalitarismo, um perverso regime político que centraliza os instrumentos do poder. Quão seria maravilhoso se as Instituições brasileiras compreendessem que, para uma sociedade civilizada, cada unidade de poder deve se concentrar nas suas competências e na eficiência de sua execução.

## **2. DO PODER LEGISLATIVO**

---

Consoante estabelece o artigo 44 da Constituição Federal, o Poder Legislativo, que detém a competência regular constitucional de ditar as LEIS do País, é exercido pelo Congresso nacional, composto pela Câmara dos Deputados e o Senado Federal. Um poder bicameral.

A Câmara é composta por 513 deputados federais, tidos como representantes do povo, eleitos pelo sistema proporcional em cada estado, em cada território e no Distrito Federal, com mandato de quatro anos. Este número de deputados estabelecido é proporcionalmente dividido em relação à população do estado ou do Distrito Federal, com o limite mínimo de oito e máximo de setenta deputados para cada um dos respectivos entes federativos.

O Senado Federal, por sua vez, é composto de 81 Senadores, sendo que cada estado e o Distrito Federal elegem três senadores, com mandato de oito anos, renovados de quatro em quatro anos, alternadamente, por um e dois terços.

Examinando as competências do Congresso Nacional, podemos observá-las reunidas em três conjuntos: primeiro o das atribuições relacionadas às funções do Poder Legislativo federal; Segundo o das atribuições das Casas do Congresso – Câmara e Senado –, quando exercendo as funções próprias, isoladamente; e terceiro o das atribuições pertinentes ao funcionamento das chamadas comissões mistas e das sessões conjuntas, quando atuam em conjunto, os deputados federais e os senadores, ainda que tenham que votar separadamente.

Somam-se a esta função de representação como descrita, ao Congresso, as atribuições legislativas e de fiscalização e controle.

No que pertine à função legislativa, cabe ao Congresso, por suas duas Casas constitutivas do Poder Legislativo, legislar sobre as matérias de competência da União, mediante elaboração das leis comuns, “leis ordinárias”, das emendas constitucionais, das leis complementares, e de outros atos normativos com força de lei.

Na sua função fundamental de limitação dos poderes, a Constituição Federal, no seu artigo 48, lista os diversos assuntos que podem ser objeto de leis, que dependem da aprovação do Congresso e da sanção do Presidente da República. Nada obstante que, sendo a competência legislativa do Congresso Nacional, este pode desfazer o veto do Presidente da República impondo ao Estado a lei aprovada pelo Congresso.

Para evitar o choque de competências, definiu o legislador constituinte, no artigo 49 do Diploma Político Maior, a relação das competências exclusivas do Congresso, as quais são veiculadas por meio de decreto legislativo, para o qual não há necessidade da sanção presidencial.

Quanto à função fiscalizadora do Poder Legislativo, o artigo 70 da Constituição Federal ordenou a competência para a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, mediante o auxílio do Tribunal de Contas da União.

No exercício dessa função constitucional fiscalizadora, de fiscalização e controle, o Poder Legislativo Federal, pode, ainda, fazer a convocação de Ministro de Estado ou de titulares de órgãos vinculados à Presidência da República para prestar informações sobre assunto previamente determinado; encaminhar pedidos de informações a essas autoridades pelas Mesas da Câmara e do Senado; fazer a instalação de comissões parlamentares de inquérito, em conjunto por ambas as casas ou separadamente, para apuração de fatos relevantes prejudiciais à administração pública.

Na efetividade dos procedimentos legislativos, em regra, a Câmara Federal e o Senado, articuladamente, funcionam de forma separada, em especial na elaboração das leis ordinárias e complementares, quando a primeira funciona como iniciadora do processo e o Senado como colegiado revisor. Todavia a Constituição Federal no seu artigo 51 estabelece as competências que são privativas da Câmara, *in verbis*:

**“Art. 51.** Compete privativamente à Câmara dos Deputados:

I - autorizar, por dois terços de seus membros, a instauração de processo contra o Presidente e o Vice-Presidente da República e os Ministros de Estado;

II - proceder à tomada de contas do Presidente da República, quando não apresentadas ao Congresso Nacional dentro de sessenta dias após a abertura da sessão legislativa;

III - elaborar seu regimento interno;

IV - dispor sobre sua organização, funcionamento, polícia, criação, transformação ou extinção dos cargos, empregos e funções de seus serviços, e a iniciativa de lei para fixação da respectiva remuneração, observados os parâmetros estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias;

V - eleger membros do Conselho da República, nos termos do art. 89, VII.”

E no seu artigo 52, a Constituição estabelece as competências privativas do Senado:

**“Art. 52.** Compete privativamente ao Senado Federal:

I - processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha,

do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles;

II- processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade;

III- aprovar previamente, por voto secreto, após arguição pública, a escolha de:

*a)* magistrados, nos casos estabelecidos nesta Constituição;

*b)* Ministros do Tribunal de Contas da União indicados pelo Presidente da República;

*c)* Governador de Território;

*d)* presidente e diretores do Banco Central;

*e)* Procurador-Geral da República;

*f)* titulares de outros cargos que a lei determinar;

IV- aprovar previamente, por voto secreto, após arguição em sessão secreta, a escolha dos chefes de missão diplomática de caráter permanente;

V- autorizar operações externas de natureza financeira, de interesse da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios;

VI- fixar, por proposta do Presidente da República, limites globais para o montante da dívida consolidada da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

VII- dispor sobre limites globais e condições para as operações de crédito externo e interno da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, de suas autarquias e demais entidades controladas pelo poder público federal;

VIII- dispor sobre limites e condições para a concessão de garantia da União em operações de crédito externo e interno;

IX- estabelecer limites globais e condições para o montante da dívida mobiliária dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

X- suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;

XI- aprovar, por maioria absoluta e por voto secreto, a exoneração, de ofício, do Procurador-Geral da República antes do término de seu mandato;

XII- elaborar seu regimento interno;

XIII - dispor sobre sua organização, funcionamento, polícia, criação, transformação ou extinção dos cargos, empregos e funções de seus serviços, e a iniciativa de lei para fixação da respectiva remuneração, observados os parâmetros estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias;

XIV- eleger membros do Conselho da República, nos termos do art. 89, VII.

XV- avaliar periodicamente a funcionalidade do Sistema Tributário Nacional, em sua estrutura e seus componentes, e o desempenho das administrações tributárias da União, dos Estados e do Distrito Federal e dos Municípios.

Parágrafo único. Nos casos previstos nos incisos I e II, funcionará como Presidente o do Supremo Tribunal Federal, limitando-se a condenação, que somente será proferida por dois terços dos votos do Senado Federal, à perda do cargo, com inabilitação, por oito anos, para o exercício de função pública, sem prejuízo das demais sanções judiciais cabíveis.

Deste modo, a competência e função do Poder Legislativo são bem delineadas na nossa Carta Magna, a Constituição Federal. Por que, então, ambicionar um poder maior do que aquele que a Constituição Federal lhe outorga? Virtuoso é o dever de se desincumbir, plenamente, de suas obrigações, única verdade fática que gera direito. D'outra forma seria usurpação.

### **3. DO PODER EXECUTIVO**

---

O Poder Executivo, como dito no introito, exercido por pessoas escolhidas pelo povo, encarregado da gestão administrativa do Estado, controle e administração das finanças, da segurança, da saúde, da educação e do desenvolvimento do Estado, pelo mesmo véis regular das normas constitucionais, tem as suas competências e funções bem precisas e delimitadas pela Constituição Federal e suas normas complementares.

O termo “Poder Executivo” é bastante popular. O importante, contudo, é se compreender quais são as suas efetivas atribuições enquanto Poder encarregado da gestão do Estado e dos interesses gerais da Nação.

Como conceituado anteriormente, o Poder Executivo é uma das unidades trinas do PODER ÚNICO do Estado, que executa, pondo em prática as questões previamente deliberadas pelo Poder Legislativo, atuando, privilegiadamente, como representante do povo, dos cidadãos, extraindo do papel os direito e deveres e fazendo-os efetivos.

Os gestores do Poder Executivo, o Presidente da República, os Governadores e os Prefeitos, bem como os seus vices, são eleitos por meio do voto popular no sistema majoritário, através do que lhes são outorgados os respectivos poderes inerentes ao cargo de cada um. Isto significa dizer que o candidato que obtiver o maior número de votos, mais de 50% dos votantes, de forma simples, será o eleito.

Não se alcançando este percentual de votos, inicia-se o segundo turno com os dois mais bem votados, de forma a conseguir o objetivo

de *metade dos votos mais um, com uma* ressalva nas eleições para prefeito que, nas cidades com menos de 200.000 (duzentos mil) habitantes, onde vencerá quem obtiver o maior número de votos válidos, independentemente do percentual alcançado. O mandato do cargo é de quatro anos, com a permissão de concorrer, apenas, para mais um mandato subsequente, podendo, portanto, permanecer por um período de no máximo oito anos consecutivos de exercício no Poder Executivo.

Para o efetivo exercício desse poder privilegiado, o Poder Executivo é dotado de poderes especiais, quanto a sua natureza, como o poder hierárquico, disciplinar, regulamentar e de polícia, sempre vinculados aos sagrados princípios que devem reger suas atividades, como legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Este é o Poder encarregado de tirar a lei da abstração e dar a ela caráter prático e funcional e efetivo a serviço da Nação, a serviço dos cidadãos.

Vê-se, então, que as funções primordiais do Poder Executivo são administrar os interesses do povo, governar segundo a relevância pública, dar efetividade às leis e dividir entre os três níveis de governo, federal, estadual e municipal, a gestão administrativa e financeira, segundo a disciplina jurídica legal; a gestão administrativa da educação, saúde, segurança e mobilidade urbana.

A nível federal de governo, o Presidente da República representa o País no âmbito do cenário internacional e delibera sobre as políticas internas regidas pela Constituição Federal. Não é da competência do legislativo nem do judiciário se imiscuir no poder de deliberar sobre as políticas internas regidas pela Constituição.

No âmbito da circunscrição estadual são os governadores os encarregados da administração do respectivo estado, com políticas voltadas somente para sua porção territorial, sob o amparo e a orientação da sua respectiva Constituição Estadual.

Já âmbito das unidades políticas básicas da nação—os Municípios—, a competência de gestão de Poder Executivo é do Prefeito, sempre regido pela chamada Lei Orgânica do Município, necessariamente, subordinado às Constituições, Estadual e Federal.

Todos os três níveis de governo, intransigentemente, sempre vinculados aos sagrados princípios que devem reger as atividades administrativas do estado, como princípio da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência.

#### 4. DO PODER JUDICIÁRIO

---

Como dito anteriormente, o *Poder Judiciário* é a unidade de poder detentora da competência jurisdicional, uma competência sagrada, que é inerte, não podendo se manifestar sem a devida e regular provocação, sem o devido processo legal, titular única da competência para interpretar, aplicar as leis e fazer cumprir as suas decisões, garantindo a eficácia do direito e da ordem jurídica.

Deste modo, sempre em que houver conflitos sobre a interpretação ou a efetividade do direito, nos moldes estabelecidos na ordem jurídica, o Poder Judiciário deverá ser provocado, e, obrigatoriamente, exercer a sua função jurisdicional de dizer o direito, interpretando-o, decidindo e fazendo cumprir suas decisões. Nem mais, nem menos que isto.

O estudo etimológico da palavra jurisdição mostra, na base originária do termo, a junção das palavras latinas: *jus*, ou *juris* (direito) e *dictio*, *dictionis* (ação de dizer). Portanto ação de dizer o direito que se inicia quando o Estado, provocado, assume, compulsoriamente, responsabilidade de solucionar os conflitos.

Sem o mínimo aplauso, é possível lembrar que no período moderno, a jurisdição era totalmente privada, integrava o feudo dos senhores feudais, período em que os Donatários das Capitâneas Hereditárias, no Brasil colonial, dispunham da jurisdição *civil e criminal*

nos respectivos territórios de seu domínio que os tinham como seu estado autônomo, particular, apenas uma unidade territorial integrante da Nação Brasileira, fatiada entre “senhores especiais” chamados de DONATÁRIOS.

Ainda a época da monarquia brasileira, tínhamos a chamada *jurisdição eclesiástica*, com competência especial em matéria de direito de família, o que, felizmente, se extinguiu quando da separação da Igreja do Estado.

Sem prejuízo da nobre alternativa de justiça privada, consubstanciada no instituto da *ARBITRAGEM*, pelo qual a nossa ordem jurídica brasileira autoriza que os particulares possam, livremente, levar seus conflitos, que versem, exclusivamente, sobre direito disponível, à solução por árbitros ou tribunais arbitrais privados, garantindo a eficácia executória e tais decisões irrecorríveis, quando preservou para o Estado o monopólio da jurisdição, confiada a certos funcionários públicos revestidos de necessárias garantias, que são os *magistrados*.

Vale dizer, então, que a jurisdição é monopólio do Poder Judiciário, consoante disciplinado pela Constituição Federal em seu artigo 5º, XXXV. Assim, se justifica que na hipótese do descumprimento de uma decisão ou sentença arbitral, a competência executória coercitiva é do Poder Judiciário, que, mesmo não podendo adentrar no mérito da questão decidida pelo árbitro ou tribunal arbitral, é quem detém o monopólio da função jurisdicional, de compelir, coercitivamente, o indivíduo ou pessoa ao cumprimento das decisões judiciais.

Consoante bem disciplina a Constituição Federal, em seus artigos 92 a 126, compete ao Poder Judiciário a distribuição de justiça, mediante a aplicação da lei em caso de conflito de interesses, através do devido processo legal onde, e somente, onde, o magistrado exercita a função jurisdicional, aplicando a lei em caso de litígios surgidos entre os particulares, ou entre o particular e o Estado. Tais conflitos são solucionados pelos competentes órgãos do Poder Judiciário, com

devida fundamentação em *ordens gerais, abstratas*, que são *ordens legais*, integrantes das leis, dos costumes ou de simples padrões gerais, que devam ser aplicados por eles, ao caso concreto.

Assim, juízes e tribunais devem atuar decidindo conforme o direito objetivo, não podendo estabelecer critérios particulares ou pessoais, privados ou próprios. Segundo a ordem jurídica brasileira, o juiz, obrigatoriamente, deve adotar os critérios editados pelo legislador.

De conformidade com o critério orgânico, jurisdição é aquilo que o legislador constituinte incluiu na competência dos órgãos do Poder Judiciário, de modo que ato jurisdicional é o que emana dos órgãos jurisdicionais no exercício de sua competência constitucional, concernente à solução de conflito de interesses.

Então, a função jurisdicional exercida pela *ordem judiciária* do país, compreende: a) um órgão de cúpula nos termos do artigo 92, I, da Constituição Federal, como guarda da Constituição, que é o Supremo Tribunal Federal; b) um órgão de articulação e defesa do direito objetivo federal, voltado à uniformização do direito, artigo 92, II, que é o Superior Tribunal de Justiça, chamados, também, Cortes de Superposição; c) as estruturas e sistemas judiciários, compreendidos pelos Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais, Tribunais e Juízes do Trabalho, Tribunais e Juízes Eleitorais e Tribunais e Juízes Militares, artigo 92, III-VI; d) os sistemas judiciários dos Estados e do Distrito Federal, artigo 92, VII.

Pela disposição do artigo 92, a Constituição Federal acolheu a doutrina que vem sustentando pacificamente a unidade da jurisdição nacional, agora submetida à do Tribunal Pleno Internacional, conforme o disposto no artigo 5º, § 4º.

A jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro, foi definida como instrumento de defesa da Carta Magna, estatuto consolidado da expressão

dos valores sociais e políticos, com a relevante função de julgar os conflitos de natureza constitucional, assegurando a supremacia da Carta Constitucional em todo o território, contudo não se trata de uma simples Corte Constitucional. Inobstante, a sua competência reduzida à matéria constitucional, o legislador constituindo conferiu-lhe diversas outras prerrogativas, como se vê dos artigos 102 e 103, ainda porque, a defesa da Constituição Federal não é atribuição exclusiva sua do STF.

Além da função de *guarda da Constituição Federal*, definida no seu artigo 102, guarda dos valores constitucionais, é, também, sua função julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, como dito no artigo 102, III, como tribunal de julgamento do caso concreto, que sempre conduz à preferência pela decisão da lide, a despeito dos valores constitucionais em jogo.

É o Supremo Tribunal Federal composto por *onze Ministros*, nomeados pelo Presidente da República, após a aprovação da escolha pelo Senado Federal, dentre cidadãos brasileiros, natos, reconhecidos como de notável saber jurídico e reputação ilibada, conforme preceitua o artigo 12, § 3º, IV, com mais de trinta e cinco anos e menos de sessenta e cinco anos de idade, assim estabelecido no artigo 101, ambos da Constituição Federal.

É do Supremo Tribunal Federal a função jurisdicional *constitucional da liberdade*, provocada por remédios constitucionais, destinados à defesa dos direitos fundamentais, como no caso do *habeas corpus*, quando o paciente for autoridade federal, segundo define o artigo 102, I, d, da Constituição Federal ou, quando o coator ou o paciente for tribunal, autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à sua jurisdição única, ou, quando se trate de crime sujeito a essa mesma jurisdição em uma única instância, como definido no artigo 102, I, i.

Ainda, a *jurisdição constitucional sem controle de constitucionalidade*, que compõe litígio de natureza constitucional, que é diverso

do que existe no controle da constitucionalidade das leis. É o caso dos crimes cometidos por membros de outros Poderes, conforme dispõe o artigo 102, I, b e c; as demandas com Estados estrangeiros ou organismos internacionais e as entidades federativas brasileiras, ou entre as próprias entidades federativas, incluindo-se os órgãos da Administração indireta, artigo 102, I, “e” e “f”; e a extradição solicitada por Estados estrangeiros, nos termos do artigo 102, I, g, da Constituição Federal.

Ainda que não de forma satisfatória, para os anseios da sociedade, o controle externo do Judiciário é exercido Conselho Nacional de Justiça, que não se trata de um Poder, muito menos de órgão de função jurisdicional, a razão de sua existência é a necessidade de um organismo não judiciário para o exercício de certas funções de controle administrativo, disciplinar e de desvios de conduta da magistratura.

Compete ao Conselho Nacional de Justiça o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes.

## **5. A UNIFORMIZAÇÃO DO DIREITO INFRACONSTITUCIONAL**

---

A supremacia da legislação federal é revelada no Superior Tribunal de Justiça, que podemos chamar de Suprema Corte Infraconstitucional, incumbida da uniformização do direito no País.

É que o Superior Tribunal de Justiça, como órgão do Poder Judiciário, foi instituído com a promulgação da Constituição Federal de 1988, com a finalidade de julgar questões federais da justiça comum no Brasil, garantindo a primazia da legislação federal em todo território e promovendo a uniformização da interpretação do direito entre os tribunais inferiores.

Trata-se de uma Corte composta por, no mínimo, 33 ministros, nomeados pelo presidente da República, dentre brasileiros

considerados como de notável saber jurídico e reputação ilibada, com mais de 35 anos e menos de 65 anos, depois de aprovada a escolha presidencial pela maioria absoluta dos membros do Senado Federal, como orienta o artigo 104, parágrafo único da Constituição Federal.

Um terço da composição da Corte vem dos Tribunais Regionais Federais; um terço é escolhido dentre os desembargadores dos Tribunais de Justiça, indicados em lista tríplice elaborada pelo próprio Tribunal e outro terço, em partes iguais, é escolhido dentre advogados e membros do Ministério Público Federal, do Estadual e do Distrito Federal, alternadamente, indicados em lista sêxtupla pelos órgãos de representação das respectivas classes, da qual o Tribunal formará lista tríplice, enviando-a ao Poder Executivo, que, nos 20 dias subsequentes, escolherá um de seus integrantes para nomeação, como se vê das normas estabelecidas nos artigos 94 e 104, da Constituição Federal.

A competência funcional jurisdicional do Superior Tribunal de Justiça está dividida em três áreas específicas: 1 - *competência originária* para processar e julgar as questões relacionadas no inciso I do artigo 105, da Constituição Federal; 2- competência para julgar, *em recurso ordinário*, as causas definidas no inciso II do referido artigo 105; 3 - competência para julgar, *em recurso especial*, as causas indicadas no respectivo inciso III, do mesmo artigo.

Dentre as atribuições de natureza jurisdicional do Superior Tribunal de Justiça, algumas constituem matéria de *jurisdição constitucional da liberdade*, como por exemplo, a competência para processar e julgar o *habeas data* contra ato de Ministro de Estado, dos Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ou do próprio tribunal; o *habeas corpus*, quando a autoridade coatora ou o paciente for qualquer das pessoas mencionadas no artigo 105, I, a, da Constituição Federal; e o *mandado de injunção*. E, ainda, tem competência para julgar, *em recurso ordinário*, os *habeas corpus* e os mandados de segurança decididos em única ou última instância

pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados e do Distrito Federal, quando a decisão for denegatória. Também é da sua competência o julgamento das causas em que forem partes, de um lado, Estado estrangeiro ou organismo internacional, e do outro, Município ou pessoa residente ou domiciliada no país, consoante estabelecido pela norma do citado artigo 105, I, b, c e h, e II, a, b e c.

No âmbito dos crimes comuns, é da competência do Superior Tribunal de Justiça julgar os governadores dos Estados e do Distrito Federal; nos crimes comuns e de responsabilidade, julgar os desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal; os conflitos de jurisdição; a homologação das sentenças estrangeiras e a concessão de *exequatur* das cartas rogatórias.

Em sede de *recurso especial*, nos limites do que poder ser revisto, o Superior Tribunal de Justiça julga as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados e do Distrito Federal, quando a decisão recorrida: a) *contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência*; b) *julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal*; c) *der à lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal*.

O Artigo 96, da Constituição Federal, no que diz respeito às questões administrativas organizacionais, definiu a competência particular dos tribunais estabelecendo que: *compete privativamente*:

I - aos tribunais:

a) *eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos*;

b) *organizar suas secretarias e serviços auxiliares e os dos juízos que lhes forem vinculados, velando pelo exercício da atividade correicional respectiva*;

*c)*prover, na forma prevista nesta Constituição, os cargos de juiz de carreira da respectiva jurisdição;

*d)*propor a criação de novas varas judiciárias;

*e)* prover, por concurso público de provas, ou de provas e títulos, obedecido o disposto no art. 169, parágrafo único, os cargos necessários à administração da justiça, exceto os de confiança assim definidos em lei;

*f)*conceder licença, férias e outros afastamentos a seus membros e aos juízes e servidores que lhes forem imediatamente vinculados;

II- ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores e aos Tribunais de Justiça propor ao Poder Legislativo respectivo, observado o disposto no art. 169:

*a)*a alteração do número de membros dos tribunais inferiores;

*b)*a criação e a extinção de cargos e a remuneração dos seus serviços auxiliares e dos juízos que lhes forem vinculados, bem como a fixação do subsídio de seus membros e dos juízes, inclusive dos tribunais inferiores, onde houver;

*c)*a criação ou extinção dos tribunais inferiores;

*d)*a alteração da organização e da divisão judiciárias;

III- aos Tribunais de Justiça julgar os juízes estaduais e do Distrito Federal e Territórios, bem como os membros do Ministério Público, nos crimes comuns e de responsabilidade, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral.

Sensatamente, afastando-se das armadilhas da vaidade, todo magistrado deve focar no zelo do exercício das funções jurisdicionais, de modo a contribuir, solidamente, para o desenvolvimento de uma justiça independente e soberana que reflita a segurança e o orgulho de um povo socialmente organizado.

O homem juiz, enquanto ser político, tanto pode quanto deve ter amigos, até para aprimorar a vida em sociedade. Todavia, enquanto magistrado, agente administrativo detentor da competência jurisdicional, deve, apenas, fidelidade à lei e a justiça, por meio da intangibilidade de sua consciência sadia, vinculada às sagradas proposições divinas do caráter moral e ético.

Deus espera que os homens enxerguem e pratiquem o que é bom e o que é justo e que concorram para que cada qual tenha o que é seu.

Os magistrados devem se afastar de toda e qualquer vaidade e inspirarem-se nos princípios humanitários da ciência do direito, estimulando a convivência harmônica e contribuindo para o desenvolvimento de uma sociedade justa, segura e progressista, onde a dignidade humana seja a maior expressão de valor da vida.

Assim como agrada a Deus a oração, levando-se até ele (o Deus), uma súplica, a crença em uma cura ou n'um perdão do pecado, submetendo-se às penitências suportáveis, devem os magistrados, entender que neles (magistrados), o povo deposita as esperanças, em especial, da proteção contra os violadores dos seus direitos, como instituição que fará justiça, sempre, dizendo a dimensão exata do seu direito ou de sua penitência.

Não é racional que o magistrado cubra-se com o pernicioso manto da vaidade, isolando-se em gabinetes como o tirano da última palavra. Deve, sim, aprofundar-se no conhecimento dos limites de sua jurisdição e da responsabilidade perante a sociedade, pela paz duradora e a harmonia social.

O magistrado antes de tudo é gente, ser que sente todas as necessidades regulares quais sentem os homens normais, que tem os mesmos direitos e desejos de convivência social segura e de uma vida feliz, tal como deve enxergar os jurisdicionados.

Logo, não se trata de nada complexo concluir-se que está sedimentado, em nossa Carta Política que a função legislativa, do *Poder*

*Legislativo*, é de elaboração de leis, que se impõe coativamente a todos; que a função executiva, do *Poder Executivo*, é a de formulação de políticas governamentais e sua implementação, de acordo com a as leis elaboradas pelo Poder Legislativo; e que a função jurisdicional, do *Poder Judiciário*, é, quando provocado, de interpretação e aplicação das normas, em caso de falta de entendimento ou conflito surgido no seio da sociedade, entre os particulares ou mesmo entre o particular e o Estado.

Violar estas delimitações constitucionais é agredir a própria Constituição Federal, pondo em risco a *democracia* e a paz social, uma indução ao *anarquismo* ou, até mesmo a desobediência civil.

## 6. O ANARQUISMO

---

Espinosa, *Baruch (Benedictus) Espinosa*, em sua inacabada obra “Tratado Político”, publicada em 1677 (inacabada porque faleceu em 1677, antes de concluí-la), analisando diversas formas de governo, exalta a verdadeira liberdade, puramente racional, para mostrar as vantagens da democracia, obra que nos impõe um dever de leitura para uma salutar reflexão.

Logo após a pacificação das nações, com o fim da Segunda Guerra Mundial, as nações unidas chegaram à conclusão de ser a Democracia o regime de governo mais justo e mais adequado a concorrer para o desenvolvimento socioeconômico dos Estados e impulsionar o desenvolvimento humano.

Lamentavelmente, depois de tanto reveses suportados pela humanidade, na irracional mera disputa de poder, holocausto, bombas de Hiroshima e Nagasaki, Guerra do Vietnã, Invasão do Iraque, Bombardeios da Síria, etc., ainda assistimos grande parte da sociedade mundial, que parece não anuir com o ideal da paz social, da convivência harmônica, da valorização e respeito às instituições e a estrutura sólida de um estado voltado para o desenvolvimento

econômico equilibrado, com segurança e justiça social. Estas pessoas deliram na ideia de convivência sustentável n'um sistema anárquico.

Dizia Espinosa, em sua obra “ÉTICA”, 1677, que o homem, enquanto é determinado a fazer alguma coisa pelo fato de ter ideias inadequadas, não se pode dizer absolutamente que age por virtude; mas, sim, somente enquanto é determinado pelo fato de ter um conhecimento.

Agir absolutamente por virtudes não é, em nós, outra coisa que agir, viver, conservar o seu ser, sob a direção da Razão, segundo o princípio da procura da utilidade.

Como academicamente é sabido, a ANARQUIA, palavra originada na Grécia, a partir da palavra *anarkhia*, que, em tradução livre, significa ausência de governo, constitui uma teoria política daqueles que, simplesmente, rejeitam a existência de um governo. Cuida-se de uma ideologia que não admite nenhum mecanismo ou tipo de hierarquia ou dominação imposta. Não aceitam a imposição de normas de conduta. Em verdade, estrio senso, não significa, em princípio, desordem!

É um **sistema político** que proclama a importância da **autonomia da sociedade**, lutando **contra os regimes estatais e a autoridade** que os governos impõem.

Um **sistema que defende as bandeiras de autonomia coletiva**, horizontalidade, tanto nas relações políticas quanto nas relações sociais, imaginando ser possível, assim, a construção de uma **sociedade igualitária**, livre de relações de poder, com base na **autogestão** para a coletividade manter-se, atuando com uma economia de subsistência.

O Anarquista defende o conceito de que a sociedade deve ter uma organização social, porém, desde que ela não seja imposta, mas sim, fruto de acordo entre os cidadãos. Não concebendo a existência de divisão por classes sociais e nem o domínio de um grupo sobre outro, partindo da ideia central de que sem a “opressão do

autoritarismo”, a sociedade seria mais fraterna e igualitária, como resultado do esforço de cada cidadão. Despreza a concepção racional de que, liberdade absoluta, é alienação, e a de que, somente a ordem pública e a segurança podem garantir a paz social!

Conforme se pode observar, a diferença entre anarquismo e anarquia é muito tênue. Enquanto a anarquia é a teoria, a ideia, ou o conceito, o anarquismo seria o sistema político.

Desta forma, e com essa concepção, os idealistas construíram o símbolo da anarquia como sendo uma bandeira preta, representando a negação de qualquer forma de opressão, com um “O” no centro, para representar a palavra “ordem”, sobrepondo à letra “A” que representa a palavra Anarquia. Todavia não há como esconder que se constitui em um movimento absolutamente autoritário.

Os anarquistas ostentam a bandeira da **revolução** como forma de quebrar com os paradigmas capitalistas, como os ideais de consumo em massa, indústria cultural e desigualdade social. Portanto pessoas que não escondem posturas agressivas, invasivas e de revolta.

Nos dias atuais, um momento delicado na política e na economia que o mundo atravessa, muito se ouve falar em **anarquia** e nos seus sistemas diferenciados de sociedade. Alguém, ainda, pode acreditar que por este caminho o estado poderia se encaminhar para o desenvolvimento econômico, sustentável, com justiça social? O anarquismo contribuiria de alguma forma para o desenvolvimento humano?

## 6.1 Modelos de Anarquismo

---

A **anarquia** é um conceito político que já circulou o mundo, razão pela qual se apresenta em variados modelos ou tipos, conforme as adaptações em diferentes culturas regionais em torno do imutável eixo central, que é a quebra do Estado com a construção de nova regra social.

Duas convenções, nessa linha de idealismo político, se destacam: o *anarquismo individualista* e o *anarquismo coletivo*.

O modelo de Anarquismo individualista parte da ideia de que **a coletividade pode ocasionar um autoritarismo**, colocando, então, as vontades individuais acima dos desejos coletivos. Assim, os anarquistas que defendem essa modalidade de anarquismo consideram que, quando um grupo com pensamentos em comum se junta, passa a exercer autoridade sobre os demais, equiparando-se à mesma lógica estatal que condenam.

Já o Anarquismo Coletivista, parte, justamente, da ideia oposta, afirmando que **o combate ao controle estatal e às regras do capitalismo, só pode acontecer quando existe um coletivo**, uma comunidade com interesses em comum e que, o **anarquismo individualista** pode incorporar a lógica capitalista, que considera as vontades individuais sobrepostas aos desejos do povo. Ambas as formas, contudo, gravitam em torno mesmo e imutável eixo central, que é a quebra do Estado com a construção de nova regra social.

No Brasil, começamos a falar em **anarquismo** no período da Revolução Russa, quando, organizações operárias planejaram e promoveram grandes greves nos Estados de São Paulo e do Rio de Janeiro, momento em que, a partir desses movimentos, criou-se o **Partido Comunista Anarquista**, que posteriormente se transformou no **Partido Comunista**. Foi este movimento político que influenciou a criação do **sindicalismo revolucionário**, o modelo do sindicalismo brasileiro fundamentado nos princípios anarquistas, sob suposta justificativa de objetivo de luta em prol dos direitos dos trabalhadores na sociedade e da garantia de evolutivas condições de trabalho favoráveis.

## 7. A DEMOCRACIA

---

Mais universalmente popular, a Democracia, originária da Grécia antiga, no bojo da história da filosofia, é uma forma de governo que remete à ideia de *governo do povo*, governo do cidadão.

A Democracia é uma forma política de governo segundo a qual todo cidadão tem o direito a expor sua opinião em debate público e, quando necessário, de votar pela decisão de determinado assunto de interesse geral, o que se convencionou como democracia direta.

Em sua universal obra “*Política*”, Aristóteles distinguiu regimes políticos e formas ou modelos de governo, e quanto a regime político, referiu-se o filósofo ao critério que separa quem governa e o número de governantes, e, deste modo, discorreu sobre três regimes políticos definidos: a *monarquia*, como o poder de um só, a *oligarquia*, o poder de alguns poucos, e a *democracia*, como o poder de todos.

No que concerne às formas de governo, debruçou-se sobre o que se governa e com qual finalidade se governa. Porém, o correto é que todos os Governos devem governar com foco no que é justo, naquilo que é de interesse geral, objetivando o bem comum, a prosperidade e a harmonia social.

É que se classificam em seis as formas de governo: o governo que é um só para todos, a *realeza*; governo de alguns para todos para todos, a *aristocracia*; e o governo de todos para todos, chamado regime *constitucional*, formas originárias. E outras três, *tiranía*, *oligarquia* e *democracia*, que são tidas como mutações das três anteriores, pois, estas, em verdade, não são formas de governo que, na essência da filosofia política, objetivam o bem comum.

Quando Aristóteles fez sua análise crítica sobre o meio pelo qual é distribuído o poder nas cidades, concluiu que a cada um é dado o poder proporcional que lhe cabe.

Para Aristóteles a coexistência política é o maior bem. Para os oligarcas e os democratas, o melhor seria viver sozinho. Mas isto não parece racional, não é salutar. Todos nós dependemos do poder de todos para proteção de cada um e conseqüente proteção geral. Aristóteles, em princípio, sugeria que o poder deveria ser de todos os cidadãos, porém com algumas necessárias restrições, em especial ao

conceito de liberdade, conquanto não se pode viver, absolutamente, livre, como bem entender. Como dissemos anteriormente, liberdade absoluta é sinônimo de alienação, é loucura.

As leis são o que constitui a liberdade. A partir do momento em que o povo puder fazer, livremente, o que quiser, como se nada fosse impossível, a democracia se transforma em uma tirania. Não se haveria como pensar na efetividade do bem comum, seria a tirania do individualismo.

A Democracia deve ser soberana, mas com limitações em favor da unidade coletiva, da harmonia social e do bem-estar comum, não devendo os interesses individuais se sobrepor ao poder 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. Nessa direção, Aristóteles firmou a ideia de que o povo delibera e julga melhor que o indivíduo, mas com o pré-requisito de que exista um número suficiente de homens de bem para qualificar as decisões, caso contrário, a realeza se torna imprescindível.

Convencemo-nos, com as lições de Aristóteles, de que o homem é um animal político, não sobrevive sozinho, daí a justificada criação das cidades e organização dos estados.

Um dos maiores teóricos do pensamento grego, Jean-Pierre Vernant, definiu a relação entre razão e política, afirmando o seguinte:

“De fato, é no plano político que a Razão, na Grécia, primeiramente se exprimiu, constituiu-se e formou-se. A experiência social pôde tornar-se entre os gregos o objeto de uma reflexão positiva, porque se prestava, na cidade, a um debate público de argumentos. O declínio do mito[e o surgimento da filosofia]data do dia em que os primeiros Sábios puseram em discussão a ordem humana, procuraram defini-la em si mesma, traduzi-la em fórmulas acessíveis à sua inteligência [...] Assim se destacou e se definiu um pensamento propriamente

político, exterior à religião [caráter laico da política], com seu vocabulário, seus conceitos, seus princípios. Este pensamento marcou profundamente a mentalidade do homem antigo; caracteriza uma civilização que não deixou, enquanto permaneceu viva, de considerar a vida pública como o coroamento da atividade humana. Para o grego, o homem não se separa do cidadão". In, - VERNANT, Jean-Pierre. As origens do pensamento grego. Difel, 1984: 94-95 -.

Com o desenvolvimento das cidades, a organização dos Estados, com o crescimento das populações e a evolução política, a Democracia dividiu-se em duas formas, **Democracia Direita e Democracia Indireta**.

A Democracia Direta, também chamada Democracia Participativa, é uma forma de governo democrático onde os cidadãos discutem e votam diretamente sobre as principais questões de seus interesses, sem necessidade de intermediação, o povo **tem o direito de participar diretamente das tomadas de decisões sobre a organização e administração do Estado, todavia**, este é um modelo puramente Aristotélico, o originário da cidade de Atenas, na Grécia Antiga, do período em que o sistema de governo consistia na participação popular para a tomada das principais decisões, quando o povo reunindo-se em praça pública, discutia e votava as questões políticas e decidia as soluções para os problemas da cidade. Embora não fosse todo cidadão que gozava desse direito de participação nas decisões sobre a gestão pública. Somente, os homens que fossem filhos ou netos de atenienses é que eram considerados cidadãos, ainda assim, as mulheres, os negros e os mestiços, não tinham o direito de participar dos debates e decisões sobre as questões da cidade.

Com o grande crescimento da população das nações, este modelo de democracia tornou-se impraticável, razão maior para o surgimento do modelo alternativo denominado de **Democracia Representativa**.

Na **Democracia Representativa**, ou indireta, o povo escolhe os seus representantes políticos por meio de eleições e os cidadãos eleitos, passam a ser responsáveis por representar, em tese, os interesses do povo na tomada das decisões de âmbito público, no âmbito do Estado.

Por justificadas razões e coerência com o momento político, à época do Governo militar no Brasil, a Constituição Federal de 1969, confirmando 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**”. Democracia Representativa.

Nos sistemas democráticos modernos, convivemos com modalidades distintas de Democracia, inclusive a chamada **democracia direta**, ou democracia participativa, na qual o cidadão debate e vota as principais questões de interesse geral, ou do seu interesse, e expressa sua opinião sem intermediários. Trata-se, entretanto, de um modelo aplicável apenas a populações e territórios pequenos, por isso bem sucedido nos primeiros experimentos políticos em ATENAS, na antiga Grécia, onde o sistema de governo consistia na participação popular direta para a tomada das principais decisões. Tempos em que os cidadãos se reuniam em praça pública para discutir e votarem assuntos políticos e problemas administrativos da cidade. Impraticável nos dias atuais.

Também coerente com o momento político e pensamento ideológico dos constitucionalistas eleitos, a Constituição Federal de 1988, 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**”. Democracia Participativa? É uma forma de Democracia Mista!

Neste caso da 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”**, contudo 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 Poder é totalmente delegado para os representantes do povo, os eleitos em eleições públicas, nem o povo exerce o poder de governo diretamente.

Observando-se a disciplina definida nas Constituições Brasileiras, na atual e na anterior, a diferença é muito sutil, mas muito marcante. Na ordem constitucional anterior o poder era delegado integralmente aos seus representantes. Já na Constituição vigente, nada obstante a delegação de poder, o povo exerce, também, o poder nos termos da prescrição constitucional. Claro que não se cuida evidentemente do modelo de democracia direta dos tempos idos de Atenas, mas, por conta desse poder constitucionalmente outorgado ao povo brasileiro, temos várias leis importantes originárias da iniciativa popular, a exemplo da Lei da Ficha Limpa, pela qual o povo determinou que pessoas ímprobas não podem concorrer às eleições públicas. Não podem concorrer a cargos eletivos.

## **8. COERÊNCIA IDEOLÓGICA**

---

Nos dias atuais, tempos de uma população mundial descontroladamente crescente, de indomável desenvolvimento tecnológico, em especial no campo digital, e ao mesmo tempo, de carência de gêneros alimentícios para subsistência da população, é inconcebível a ideologia **anarquista**.

O mundo civilizado se encaminha para as políticas de integração, com a constituição de Blocos Econômicos, imprescindíveis

para a conquista, pelos Estados, do desenvolvimento econômico equilibrado com justiça social, onde as diferenças entre as Nações sejam reduzidas o máximo, mediante mecanismos intercambiais que propiciem aos integrantes do Bloco a mesma capacidade de produção e a mesma capacidade de consumo. Isto não se conquista sem uma ordem jurídica bem estruturada e respeitada, no tocante a organização do Estado e ao direito privado, disciplinamento das relações políticas e sociais, normas de conduta e de organização, sólida regulação unificada das relações fundamentais para a convivência e sobrevivência da sociedade.

O homem é um ser político que não sobrevive sozinho, portanto, é necessário que se desenvolva e popularize-se a consciência de cidadania, o conceito e sentimento de solidariedade, e a valorização da dignidade humana. É necessário que se trabalhe o indivíduo para a vida em sociedade. É importante que componham os elementos de formação da criança e do jovem os chamados direitos e garantias individuais do cidadão: o direito à liberdade de ir e vir e de expressão, de religião, de proteção à vida e a saúde, direito a educação, direito de moradia, direito ao trabalho digno, com a visão de que estes são direitos universais de todo cidadão; que cada indivíduo deve enxergar estes como direitos de todos, aos quais devemos respeitar almejando bem estar do próximo, e não imaginar, egoisticamente, que são direitos puramente individuais, somente seu, que não podem ser violados por ninguém! É racional que se compreenda que nós dependemos de todos e todos dependem de nós.

Se o indivíduo começa a imaginar que ele, individualmente, desfruta da liberdade absoluta, goza de todos os direitos e garantias individuais, sem a conscientização de que estes direitos são universais e inerentes a todo e qualquer cidadão, logo, logo verá que ele não dispõe de direito algum. É como o rei, ou o governante que, autoritariamente, fica sozinho e acha que goza do respeito do povo.

Uma sociedade bem educada e bem formada, que tem como sagrada a ordem jurídica fundamental, a sua Carta Política, viverá,

harmonicamente, em paz e em prosperidade, inclinada para construção do bem comum, do bem estar coletivo e sem conflitos ideológicos ou de poder. Como disse o filósofo grego *Pitágoras*, 450 anos antes de Cristo, “*educai as crianças e não será preciso punir os homens*”.

É imprescindível a compreensão geral de que o bem-estar humano depende da vida harmônica em sociedade, e a paz e a prosperidade, dependem da efetiva organização social que se constitui mediante a definição de um transparente ordenamento jurídico, com objetivo no bem comum, e no desenvolvimento sustentável com justiça social.

Todavia é dever fundamental de todo e qualquer cidadão que está sob o manto de um ordenamento jurídico, inclusive os agentes públicos, a obediência às leis, ao que se classifica como obrigação política do cidadão.

Por conseguinte, o Estado, por seus agentes públicos, tem o dever de construir a efetividade da legitimação do poder, dando exemplo de respeito às leis, assegurando a sua eficácia e encorajando o cidadão à obediência, conquanto a obediência às leis é obrigação e a sua desobediência constitui ato ilícito suscetível de punição. Lei que não traz sanção não é lei, é mera disposição. A consolidação do Estado Democrático de Direito depende dessa eficiente postura sócio-política, do Estado e do cidadão.

Em nossa concepção conceitual do direito puro, o direito é o conjunto de benefícios que decorrem da efetividade dos respectivos deveres cumpridos, conquanto, não há direito sem correspondente obrigação. Este conceito não se dissocia do conceito de direito ligado à Teoria do Estado, ou Teoria Política, visto, consolidadamente, como ordenamento jurídico, conquanto, abrangente do conjunto de normas de conduta e de organização que constitui uma unidade, cujo conteúdo traduz a regulamentação das relações fundamentais necessárias à convivência e a sobrevivência dos grupos sociais.

Deste modo, o direito é visto como o instrumento necessário ao impedimento de ações que possam comprometer a estabilidade social, que propicia solução para os conflitos que ameaçam a integridade do cidadão e da sociedade, objetivando a consecução e a manutenção da ordem e da paz social.

Nos tempos atuais, de comunicação imediata entre as pessoas, de Nações com população descontroladamente crescente, de pluralidade ideológica e religiosa, de justa liberdade de expressão e de locomoção, o regime democrático representativo se apresenta como a melhor opção para se construir uma sociedade estável, próspera e harmônica, em ordem e paz, fulcrada no conceito filosófico de que ***“Todo o poder emana do povo e em seu nome é exercido”***. Democracia Representativa. Neste universo conceitual não há espaço para o ***“anarquismo”***.

Um grande problema é o fato de que, como disse Espinosa, *os homens são, por natureza, inimigos, e, apesar das leis que os unem e ligam, guardam a sua natureza*. Não exaurem os meios de luta pelo poder, pela dominação e prevalência de suas vontades, razões pelas quais, se o Estado não estiver disciplinadamente fortalecido em suas estruturas fundamentais, a Democracia tende ao anarquismo.

Todo ser vivo nasce com um sistema de orientação ou dispositivo perseguidor de objetivos, o que em termos gerais significa viver. Viver, no sentido de sobrevivência física, tanto individualmente quanto para a espécie. Este mecanismo embutido nos animais inferiores se limita a encontrar alimentos e abrigo, evitar e vencer inimigos e imprevistos, e procriar para garantir a perpetuação das espécies.

Nos animais superiores, os homens, agrega-se a ambição do poder, a ânsia da dominação.

É, pois, em decorrência desse elemento instintivo natural, inerente aos homens, que o Poder do Estado, é o resultado do conjunto dos poderes individuais dominantes. Em consequência, inevitável

é a rotatividade dos poderes, conquanto, tudo que nasce, morrerá um dia, nada é infinito, senão DEUS. O poder nasce, vai ao auge de sua força, entra em declínio e perece. O apogeu é o início da ruína.

Retroagindo no tempo, para oportuna reflexão, podemos enxergar claramente isto em relação a algumas grandes nações (ou cidades) dentre as mais importantes que, desde a antiguidade se destacaram e ganharam o título de centros comerciais e culturais, no entanto, que mostram bem o ciclo do poder, de acordo com os interesses mundanos que hoje em nada mudou, salvo o avanço e desenfreado desenvolvimento da tecnologia, coisa motriz da economia desde o início da civilização, hoje nossa *era digital*.

Pelo idos de 1600 a/c, a Cidade de Tebas, na antiga Grécia, foram os reis daquela cidade que unificaram o Egito por duas vezes, via comércio e troca de conhecimento e tecnologia. Isto acabou por dar poder político, diplomático e econômico à cidade, cujo maior produto passou a ser prestação de serviço, pioneira na história da civilização. Os tebanos exportavam sábios, filósofos, consultores etc. Foi a primeira cidade no mundo a comercializar o conhecimento e informação em si. O seu declínio se deu quando os egípcios pararam de importar a tecnologia grega e deixando de lado os contratos de consultoria, tendo como marco do seu declínio no ano de 1550 a/c, quando a capital do Egito passou para a cidade de Pi-Ramses II.

No ano 500 a/c, a Persépolis, na Pérsia, o Rei Dario a constituiu como capital do Império Persa, investindo toda a riqueza (a pilhagem) do reino que, na época, era em número imensurável, na construção civil, e tornou essa cidade uma verdadeira metrópole de pedra, de forma planejada, investindo, inclusive, além dos templos, prédios do estado, palácios etc., em ruas, praças, áreas de lazer e casas para a população. Isso atraiu para a cidade um enorme contingente de mão-de-obra que, por fim, acabou por girar a riqueza dentro da própria cidade, ou seja, foi a primeira cidade na história a criar um sistema interno de economia. Em outras palavras, foi o primeiro estado a deter o poder da economia de forma despótica.

O seu declínio teve início após a invasão de Alexandre, o Grande da Macedônia.

No século I, Roma, Império Romano, em seu apogeu, se transformou em uma cidade cultural, seguindo os preceitos gregos que, por fim, lhe deram o lugar de centro cultural, econômico, militar e, pela primeira vez na história do Homem, como um centro jurídico onde o Direito estava acima de quem exercia o poder. O seu declínio só se deu com o fim do Império, 400 anos depois, com as invasões bárbaras e a fuga do imperador Constantino para Bizâncio, cujo nome mudou para Constantinopla. Essa foi a capital do Império Romano do Oriente - Império Bizantino, mas nunca chegou próximo do que fora a Roma dos tempos primevos.

No ano de 1500, Florença, na Itália, cidade-estado que criou sua própria moeda, o *florim* e, sob as mãos astutas da família dos Médicis, se tornou um dos maiores centros urbanos e econômicos do Velho Mundo. Foi o primeiro povo na história a criar o conceito de banco, empréstimos e juros pré-estipulados, ou seja, foram os primeiros a vender dinheiro por dinheiro.

Florença, pois, pelo acúmulo de riqueza em dinheiro vivo, acabou por ser o berço da Renascença. O seu declínio ocorreu porque seus vizinhos, Espanha, França, Portugal, Inglaterra e Holanda haviam encontrado novas terras, trazendo a prata, o ouro e pedras preciosas, destronando os bancos venezianos e, conseqüentemente, a hegemonia de Florença que à época, chegou a ser o centro político dos povos da Itália.

Já em 1960, Nova York, nos Estados Unidos, cresceu de forma desenfreada após a Segunda Grande Guerra Mundial, com uma nova ordem baseada no livre comércio e na ideia de globalização. Foi sob seus habitantes, empresários, que surgiu a ideologia na prática dos ideais de liberalismo advindos dos pensadores e políticos dos países europeus após a Era dos Reis. Mesmo com a queda da bolsa em 1929, essa ainda se mantém como o centro cultural, político e econômico do mundo.

Temos muito que amadurecer no campo sócio-político para alcançarmos o desenvolvimento equilibrado e sustentável, um mundo estável e harmônico, no qual possamos sentir e viver a paz e o bem-estar social. Os Estados precisam, efetivamente, trabalhar em prol o desenvolvimento equilibrado com justiça social. Isto depende dos homens, da evolução humana, da humanização da natural ambição pelo poder.

O caminho para esta transformação necessária, evolução esperada do homem, passa pela conscientização do conceito de dignidade humana, respeito à vida, amor ao próximo, a prática das virtudes, da igualdade e da solidariedade; do repúdio aos vícios, à mentira e a hipocrisia; a tolerância das opiniões, a submissão às leis, o respeito aos direitos de outrem, a benevolência universal e a incorporação do espírito de fraternidade.

Antes de se criar direitos e imaginar o poder para si, devemos é buscar identificar e reconhecer nossos defeitos para superá-los. É estudando, e não, simplesmente, criticando o que nos desagrada, nos outros, que poderemos eliminar os nossos defeitos, que são muitas vezes semelhantes. Isto nos incitará à benevolência. Devemos ser tolerantes para com as opiniões e os atos dos nossos semelhantes. É preciso termos paciência e tolerância para evoluir social e moralmente, pois uma coisa está conectada a outra, conquanto, assim, o egoísmo que rege a maioria dos atos humanos deve desaparecer para dar lugar ao amor altruísta. DEMOCRACIA sim, ANARQUIA, não!

A tríade que constitui a unicidade do poder político no Brasil tem o dever de, no exercício independente e autônomo de suas funções, harmonicamente, respeitando as dimensões dos poderes de cada um, concorre para preservação da paz, da harmonia, do bem-estar social, e do progresso econômico da Nação, zelando pela democracia, não dando azo ao anarquismo. Cada poder específico tem suas competências e funções particulares, não há porque se imiscuir nos poderes que não são seus, gerando conflitos desnecessários na ordem política e a insegurança jurídica, por conseguinte, obstando

a expansão do desenvolvimento econômico. Sem desenvolvimento econômico não há desenvolvimento social.

Todos nós devemos estar conscientes de que na vida haverá, sempre, uma infinidade de possibilidades de prejuízos e de ruínas derivadas de causas superiores à previsão humana que ninguém é capaz de presumir ou evitar, mas o *caráter* o homem pode conservar incólume e empregar proveitosamente.

## REFERÊNCIAS

---

- BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco; **Dicionário de política**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 11<sup>a</sup> ed., 1998.
- BRASIL. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988.
- ESPINOSA. **Os Pensadores**. Editora Victor Cevita, 1979.
- MEIRELLES, Domingos. **1930: Os Órfãos da Revolução**, Rio de Janeiro: Record, 2005.
- VERNANT, Jean-Pierre. **As origens do pensamento grego**. Difel, 1984.



## VII

# O legislador orçamentário e o direito financeiro eleitoral

*Fernando Facury Scaff\**

**SUMÁRIO:** Objetivo do texto. I. Quem é o legislador orçamentário. II. Notas sobre o sufrágio democrático. III. O Direito Financeiro eleitoral. IV. O financiamento eleitoral por pessoas jurídicas e a ADI 4650. Conclusões.

### OBJETIVO DO TEXTO

---

**01.** Este texto analisa a correlação entre Direito Financeiro e as eleições, seja pelo uso dos Fundos públicos constituídos para o financiamento da democracia, seja pela vedação ao uso de doações de pessoas jurídicas para custeio de candidaturas. Afinal, que vence as eleições terá o domínio do Orçamento, e se constituirá no grande avalista para a consecução dos objetivos traçados pela Constituição. Trata-se de um importante capítulo na busca de um orçamento que seja mais republicano para o Brasil<sup>1</sup>.

---

\* Professor Titular de Direito Financeiro da Universidade de São Paulo. Livre docente e Doutor em Direito pela USP. Advogado, sócio do escritório Silveira, Athias, Soriano de Mello, Guimarães, Pinheiro e Scaff – Advogados.

## I. QUEM É O LEGISLADOR ORÇAMENTÁRIO

---

**02.** Um dos aspectos mais importantes de qualquer sistema de organização política é a forma de acesso ao poder. Em uma república, por força da isonomia, todos devem ter acesso garantido ao exercício dos cargos que representam o poder político, e aqueles que venham a exercer tal direito devem fazê-lo de modo a servir a sociedade, e não se servir desta. Os cargos públicos devem se consubstanciar como um serviço prestado à sociedade, e não como uma forma de dominação da sociedade ou em proveito pessoal ou de grupos. Isso serve para os cargos eletivos e os não eletivos, pois o exercício do poder político nas sociedades contemporâneas não se obtém apenas através de eleições, mas também pela possibilidade de acesso de todos aos cargos públicos disponíveis na estrutura de Estado, dentre os quais algumas funções políticas se destacam, como o Poder Judiciário, o Ministério Público e o Tribunal de Contas, cuja fórmula de acesso, no Brasil, não é através de eleições diretas<sup>2</sup>.

Dentre os cargos públicos cujo provimento se dá através de eleições diretas e periódicas, pelo sistema democrático, destacam-se o de Chefe do Poder Executivo e o dos componentes do Poder Legislativo, em todos os níveis da federação brasileira<sup>3</sup>. Estas duas funções eletivas exercem predominância na elaboração das leis em geral, o que pode ser analisado através da complexa sistemática do processo legislativo, e, em especial, para fins especificamente orçamentários, sendo, *predominantemente*, o Poder Legislativo o *legislador orçamentário* e o Poder Executivo o *gestor orçamentário*.

- 
1. Este texto se insere na análise mais ampla desenvolvida no livro SCAFF, Fernando Facury, *Orçamento republicano e liberdade igual*. Belo Horizonte, Ed. Fórum, 2018, da qual foram extraídos excertos.
  2. Para uma análise sobre o sistema de concursos públicos no Brasil, ver STRECK, Lenio. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 4. ed. São Paulo: RT, 2014. capítulo 1, dentre outras obras desse autor.
  3. Ver ALMEIDA NETO, Manoel Carlos de. *Direito eleitoral regulador*. São Paulo: RT, 2014.

Diz-se que isso ocorre de forma *teórica*, pois, em algumas matérias do sistema orçamentário brasileiro, essas funções se deslocam, tornando-se o Poder Executivo o verdadeiro *legislador orçamentário* – em especial no que se refere às *cláusulas pétreas orçamentárias*. Por ora, o foco será na forma de provimento desses cargos eletivos, sob a ótica do direito financeiro, pois será o *legislador orçamentário* que determinará as escolhas políticas do que será arrecadado e gasto, sempre sob a égide da Constituição. Tal *legislador orçamentário*, como regra, encontra-se no Poder Legislativo – embora, como mencionado –, em algumas situações isso seja *deslocado normativamente* para o Poder Executivo<sup>4</sup>.

Sendo o orçamento uma lei – e das mais importantes, como assinalam, dentre outros, Regis de Oliveira<sup>5</sup> e Heleno Torres<sup>6</sup> – é necessário observar essa correlação entre o direito financeiro e as normas de financiamento eleitoral correspondentes, pois tais regras influenciarão fortemente a composição dos órgãos encarregados da função de *legislador orçamentário*. Tal *recorte epistemológico* do direito financeiro é aqui denominado de *direito financeiro eleitoral*.

As regras de financiamento eleitoral são determinantes na composição dos órgãos políticos encarregados de dispor sobre o orçamento. Sua importância diz respeito à composição do poder político, *locus* do *legislador orçamentário*, analisando se a forma de financiamento eleitoral no Brasil atende ao princípio republicano

- 
4. Para uma análise do processo legislativo, centrado na questão dos direitos fundamentais, ver: OLIVEIRA, Marcelo Cattoni de. *Devido Processo Legislativo*, Belo Horizonte: Fórum, 2016, inclusive com um subitem (2.2) dedicado ao republicanismo. E também: BARCELLOS, Ana Paula de. *Direitos fundamentais e direito à justificativa*. Devido procedimento na elaboração normativa. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
  5. OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de direito financeiro*. 6. ed. São Paulo: RT, 2014. p. 584.
  6. TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional financeiro – Teoria da Constituição financeira*. São Paulo: RT, 2014. p. 346.

– afinal, pode ocorrer que, sendo *oligárquico* o modo de financiamento eleitoral, o resultado das eleições gere legisladores comprometidos com o sistema oligárquico e não com o sistema republicano. Aliás, frase proferida pelo Ministro Marco Aurélio, do STF<sup>7</sup>, a partir de uma das cadeiras mais altas do Poder Judiciário brasileiro, enfatiza que “não vivemos uma democracia autêntica, mas uma plutocracia – um sistema político no qual o poder é exercido pelo grupo mais rico, implicando a exclusão dos menos favorecidos”.

**03.** Reza o princípio da legalidade que todas as leis são elaboradas pelo Poder Legislativo e que, por força das normas atinentes ao *processo legislativo*, existem matérias cuja *iniciativa legislativa* incumbe ao Poder Executivo, e outras são de competência do próprio Legislativo ou do Judiciário, sem falar na possibilidade, permitida pela Constituição brasileira, de leis de iniciativa popular (art. 14, III e art. 61, §2º).

Do mesmo modo, existe o *poder de veto*, atribuído ao Chefe do Poder Executivo, que o torna elemento importantíssimo nesse sistema de criação legislativa, bem como a possibilidade de *rejeição do veto*, que é de competência do Poder Legislativo. Isso se insere no sistema de *freios e contrapesos* que cada ordenamento jurídico-político estabelece para reger essa matéria. No Brasil o *processo legislativo* é constitucionalizado, sendo prevista, inclusive, a possibilidade de edição de *medidas provisórias*, o que se constitui em uma forma excepcional de produção normativa no país – embora vetada para fins orçamentários (art. 62, §1º, I, “d”).

Existe certo grau de liberdade para o *legislador orçamentário* até mesmo no âmbito da escolha do que deve ser inserido na proposta de lei orçamentária anual, como bem aponta esse acórdão do Tribunal de Contas da União<sup>8</sup>:

---

7. Acórdão da ADI 4650, p. 170-171.

8. Acórdão 2691/2016 Plenário (Tomada de Contas Especial, Ministro-Substituto Weder de Oliveira)

Competência do TCU. Ente da Federação. Autonomia administrativa. Débito. Orçamento. LOA. O TCU não pode determinar ao prefeito a inclusão no orçamento municipal de recursos para satisfazer débito que foi imputado ao município, pois inexistente norma legal ou constitucional que imponha ao prefeito essa obrigação ou que atribua ao Tribunal tal poder mandamental. Exceto no que tange às despesas obrigatórias, encontra-se na esfera de autonomia do chefe do Poder Executivo decidir a programação a constar nos projetos de leis orçamentárias ou nos de créditos adicionais.

O processo legislativo é a atividade rotineira das casas legislativas brasileiras – Câmara dos Deputados, Senado Federal, Assembleias Legislativas e Câmara dos Vereadores – e muitas vezes determinada norma passa anos a fio em debate, seja nas diversas comissões parlamentares, seja em plenário, até que seja votada.

*No sistema brasileiro só existem duas normas que obrigatoriamente devem ser discutidas e votadas todos os anos, que é a Lei de Diretrizes Orçamentárias e a Lei Orçamentária Anual. É até mesmo vedada a interrupção da sessão legislativa sem que tenha sido votado o projeto de Lei de Diretrizes Orçamentárias (art. 57, §2º, CF). Historicamente esse é o cerne da atividade legislativa – controlar o Poder Executivo, em especial no âmbito orçamentário, isto é, no exercício do poder de arrecadar e de gastar. Pode ocorrer que o Poder Legislativo passe toda uma sessão legislativa sem aprovar nenhum projeto de lei – exceto os dois projetos de lei que se referem à matéria orçamentária, mesmo de forma intempestiva. Isso pode parecer irreal, porém não raro acontece em pequenos Municípios espalhados ao longo do território brasileiro.*

Logo, estas duas leis possuem uma importância e uma trajetória diferenciada em face das demais, pois, sendo temporárias, obrigam o Poder Legislativo a deliberar sobre elas todos os anos, rotineiramente. Por outro lado, como lei temporária e com forte rigidez

locacional de recursos – tanto os “a crédito”, quanto os “a débito” –, essa trajetória deve ser lida por períodos, não se verificando grandes mudanças macroeconômicas no orçamento de um ano para outro.

*Sendo estas leis orçamentárias de enorme relevância para os destinos do país, e considerando que são as duas únicas normas de obrigatoria apreciação anual pelos parlamentos, é de extrema importância a análise acerca do financiamento eleitoral para a composição desses corpos políticos normativos, eleitos de conformidade com diversas regras democráticas, mas que devem ter componentes republicanos, que efetivamente permitam que cada indivíduo tenha acesso a esses cargos políticos. Regras restritivas de acesso a tais cargos ofenderão o princípio republicano e gerarão distorções na composição dos órgãos político-legislativos, influenciando fortemente a produção normativa daí decorrente. Como ter um legislador orçamentário que estabeleça um orçamento republicano<sup>9</sup>, se os eleitos não se submetem à regras isonômicas na disputa dos cargos? É preciso que haja isonomia na disputa pelo acesso aos cargos político-eleitorais – a chamada *paridade de armas*.*

Lucas S. Grosman sintetiza essa ideia de forma precisa:

A igualdade estrutural de oportunidades aspira igualar o impacto da estrutura social sobre as oportunidades das pessoas. [...] Em nossa sociedade, esses processos são eminentemente competitivos. Por isso, a igualdade estrutural de oportunidades é especialmente sensível à dimensão competitiva das interações sociais. [...] *O processo eleitoral é o arquétipo da competição: está organizado em torno da ideia de ganhadores e perdedores, e o recurso que reparte é nada menos do que o poder político, o poder de conduzir o Estado*<sup>10</sup>.

9. Para o conceito de orçamento republicano, ver SCAFF, Fernando Facury, *Orçamento republicano e liberdade igual*. Belo Horizonte, Ed. Fórum, 2018.

10. GROSMAN, Lucas S. *Escasez e Igualdad – Los Derechos sociales en la Constitución*. Buenos Aires: Libreria, 2008. p. 85.

Pode-se acrescentar à afirmativa de Grosman: quem tem o poder político, tem o poder sobre o orçamento público, isto é, o poder de decidir quem deve pagar e deixar de pagar os tributos, e decidir quem deve ou não receber as prestações sociais e as vantagens governamentais. É a isso que Machado de Assis, de forma literária, denominou de “*ao vencedor, as batatas*”<sup>11</sup>.

Usualmente adota-se na seara jurídica uma visão *estática* desse processo social. Idolatra-se o princípio da legalidade, destaca-se o princípio da reserva legal, enfatiza-se ser necessário obedecer à lei – porém não se dá o devido destaque sobre *quem compõe os poderes que produzem a lei e como essas pessoas têm acesso a tais cargos*. É certo que se deve assegurar que “o vencedor leve as batatas”, mas, será que as regras que determinam essa disputa no Brasil atual são republicanas? Será que *o direito financeiro aplicado ao direito eleitoral* vem sendo utilizado de forma a permitir o mais amplo acesso de todos aos cargos políticos de nossa sociedade? Estará havendo isonomia financeira nessa disputa pelo poder político de dirigir o orçamento e, com ele, regular os destinos financeiros do país? Como regra, de legisladores oligárquicos advém leis orçamentárias oligárquicas.

A Constituição brasileira trata do assunto no art. 14, §9º, de forma a “proteger [...] a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico”. Registra-se que no art. 14, §10, a Constituição prevê a possibilidade de impugnação do mandato eletivo na hipótese de *abuso* de poder econômico – um conceito diferente do de *uso* do poder econômico, bem como distinto de *influência* do poder econômico, este previsto no art. 14, §9º, CF,

---

11. ASSIS, Machado de. *Quincas Borba*. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 1994. Capítulo VI. Esta obra foi escrita entre 1886 e 1891, fase histórica brasileira de grande efervescência política, pois abrange a abolição da escravidão (1888), a proclamação da república (1889) e os debates constituintes que culminaram na 1ª Constituição republicana brasileira (1891).

aspectos fortemente debatidos no *leading case* da ADI 4650, julgado pelo STF em setembro de 2015.

É instigante a afirmação de Pablo Lucas Verdú, ao tratar da separação de poderes e a questão eleitoral na atualidade:

A separação de poderes, não versa agora tanto sobre os clássicos poderes executivo, legislativo e judicial, aos quais acrescia Hariou, o poder do sufrágio, porque, como indicamos, apareceram outros poderes mais temíveis: *as finanças, a partidocracia e a mídia oligopólica, influenciando eficazmente nos correspondentes órgãos e instituições.* [...]

*Por um lado, os partidos dominantes dependem das finanças, mas estas, por sua vez se politizam; por outro lado, a mídia oligopólica condiciona os partidos, mas estes, em contrapartida, colorem ideologicamente a mídia. Não há imprensa, radiodifusão e televisão neutras, independentes*<sup>12</sup>.

O Ministro Teori Zavascki, em texto doutrinário, dá destaque à correlação entre o direito financeiro e as eleições ao afirmar que: “O dinheiro pode fazer muito mal à democracia, mas ele, na devida medida, é indispensável ao exercício e à manutenção do regime democrático”<sup>13</sup>.

Com os olhos voltados à realidade brasileira, o Ministro Luiz Fux, em voto proferido no acórdão da ADI 4650, destacou o custo das

---

12. LUCAS VERDÚ, Pablo. La Constitución en la Encrucijada (palingenesia iuris politici). *Revista Pensamiento Constitucional*, ano IV, n. 4, p. 134-135, 1997.

13. ZAVASCKI, Teori. Financiamento empresarial de partidos políticos: a questão constitucional. In: NORONHA, João Otávio de; KIM, Richard Pae (coord.). *Sistema político e direito eleitoral brasileiros* – Estudos em homenagem ao Ministro Dias Toffoli. São Paulo: Atlas, 2016. p. 738. Registre-se que essa mesma frase consta de seu voto no acórdão da ADI 4650. p. 139.

campanhas eleitorais no Brasil<sup>14</sup>, o que também justifica a *análise jusfinanceira* sobre esse o acesso aos cargos políticos eleitorais em nosso país, sob uma ótica republicana. Se a disputa é marcada por privilégios oligárquicos, o resultado obtido espelhará essa realidade, e o orçamento será, muito provavelmente, um instrumento financeiro dessa oligarquia.

## II. NOTAS SOBRE O SUFRÁGIO DEMOCRÁTICO

---

**04.** A democracia é algo extremamente tormentoso na história da humanidade, havendo uma correlação difícil e recente entre a apuração dos anseios populares e a deliberação política.

Durante a democracia grega, não se utilizava o voto para realizar o acesso aos cargos políticos em geral, que eram majoritariamente providos por sorteio. O voto era utilizado para a deliberação *direta* de assuntos relevantes para a sociedade e não para a eleição de representantes do povo ou para a direção dos cargos políticos como um todo. Foi a fase da democracia direta.

No período romano clássico, em especial durante a realeza, os reis eram eleitos, porém com direito a terem dinastias, a hereditariedade no poder. Posteriormente, isso foi atribuído a outros órgãos, como o Senado, que também não era eleito pelo povo. Era reservado ao povo algumas deliberações específicas, como relatado por Políbio<sup>15</sup>.

Durante o Estado Liberal adveio a ideia de democracia representativa, com prevalência do voto censitário, pelo qual só votavam aquelas pessoas que tivessem certo nível de renda ou propriedades, ou exercessem determinadas profissões. E mesmo em alguns países

---

14. Acórdão da ADI 4650, p. 25-26.

15. POLÍBIO. *Historias*. Traduzido do grego para o espanhol por Cristóbal Rodríguez Alonso. Madrid: Akal, 1986.

uma das Câmaras legislativas não era eleita (Câmara dos Lordes, na Inglaterra, e Câmara dos Senhores, na Alemanha).

A ideia de que a cada homem corresponde um voto, e que há uma representatividade para o exercício do poder político, é uma instituição da Idade Moderna, existindo a pouco mais de 100 anos. A partir de então se passou a ter acesso ao Parlamento, que rege o princípio da legalidade, pelo voto – daí a importância das regras de acesso aos cargos políticos através das eleições<sup>16</sup>. Como estabelecer isonomia, ou, de forma mais ampla, como assegurar *o princípio republicano* para esse acesso aos cargos políticos?<sup>17</sup>

Um bom exemplo dessa correlação entre *liberdade e igualdade* pode ser vista na questão envolvendo o voto do analfabeto ao final do período imperial brasileiro. A Constituição de 1824 previa o voto censitário, consoante a renda dos candidatos e dos eleitores. Poderia votar, em eleições indiretas, quem tivesse renda líquida anual acima de “200 mil réis por bens de raiz, indústria, comércio, ou emprego” (art. 94, I). E poderia ser eleito deputado quem tivesse pelo menos 400 mil réis de renda líquida anual, apurada da mesma forma (art. 95, I). Não havia menção à exclusão do direito de voto aos analfabetos, o que se revelava uma regra inócua para fins dos escravizados, pois esses já estavam excluídos pelo critério censitário.

Somente dez anos após a promulgação da Lei do Ventre Livre, de 28 de setembro de 1871 (Lei 2.040/1871)<sup>18</sup>, que tornava liberto o filho de escrava, é que foram estabelecidas eleições parlamenta-

---

16. Sobre esse aspecto, ver também: SCAFF, Fernando Facury *Responsabilidade civil do Estado intervencionista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. em especial o capítulo 3.

17. Um texto de relevo sobre o tema é *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*, de Friedrich Müller (São Paulo: Max Limonad, 1998), sendo de igual importância o Prefácio da obra, escrito por Fábio Konder Comparato.

18. “Art. 1º Os filhos de mulher escrava que nascerem no Império desde a data desta lei, serão considerados de condição livre.”

res diretas no país através da Lei Saraiva (Decreto 3.029, de 9 de janeiro de 1881), tendo sido excluídos os analfabetos do direito de votar, embora tenha sido mantido o voto censitário<sup>19</sup>. Dessa forma, quando os escravos foram libertados em 13 de maio de 1888, pela Lei Áurea (Lei 3.353/1888)<sup>20</sup>, não obtiveram o direito ao voto, pois eram quase todos analfabetos em língua portuguesa; sendo assim, mesmo os que eram alfabetizados estavam afastados pelo voto cen-

- 
19. “Art. 26. O cidadão que requerer sua inclusão no alistamento deverá provar, além da renda legal pelo modo estabelecido no Capítulo 2º deste Regulamento: §2º Saber ler e escrever. Será provada esta habilitação pela letra e assignatura do cidadão que requerer a sua inclusão no alistamento, uma vez que a letra e a firma estejam reconhecidas por tabellião no requerimento que para este fim dirigir.” É interessante a análise da participação de Ruy Barbosa nos debates legislativos que geraram essa norma. Há quem o coloque como contrário ao direito de voto aos analfabetos, como Michele de Leão (Lei Saraiva (1881): se o analfabetismo é um problema, exclui-se o problema. *AEDOS – Revista do Corpo Discente do Programa de Pós-Graduação em História da Universidade Federal do Rio Grande do Sul* (eletrônica), n. 11, v. 4, set. 2012, p. 602-615, com indicação bibliográfica. Todavia, analisando as fontes, verifica-se que tal assertiva não é adequada, pois a posição de Ruy Barbosa foi a favor do voto universal para todos, “inclusive para a mendicidade”, temendo pelas fraudes possíveis em decorrência das exigências burocráticas estabelecidas no projeto de lei que restringia tal direito e o condicionava a exigências burocráticas periódicas, em especial para a comprovação da pessoa ser ou não analfabeta. Esse trecho do discurso de Ruy é emblemático, respondendo a um aparte: “Mas o que o ano passado pedíamos era que o título de eleitor dependesse de verificação de certos rudimentos de instrução primária no alistado. Ora, essa aptidão careceria ser apreciada; e essa apreciação, quer a entregássemos aos qualificadores, quer a entregássemos a autoridades profissionais, corresponderia a um arbítrio, que, em matéria de eleição, neste país, forçosamente determinaria infinitos abusos. A meu ver, esse é o argumento decisivo contra a fórmula ampla de exclusão dos analfabetos.” (Discurso de Ruy Barbosa na Câmara dos Deputados: ANNAES DO PARLAMENTO BRASILEIRO, Tomo II, 1880, Rio de Janeiro. [Anais]. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1880.p. 355. Disponível em: <https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/27741>. Acesso em: 13 jul. 2020).
20. Essa lei, de tão grande importância para o Brasil, possui apenas dois artigos: “Art. 1º: É declarada extinta desde a data desta lei a escravidão no Brasil. Art. 2º: Revogam-se as disposições em contrário.”

sitário<sup>21</sup>. Em face da libertação ocorrida, tornaram-se formalmente iguais a todos, porém não poderiam votar como os demais, tendo sido faticamente desiguais<sup>22</sup>.

Ao longo do tempo, através de pressão social, o voto foi estendido àquelas pessoas que só tinham como propriedade sua força de trabalho, encerrando o famigerado voto censitário.

Existe ainda a restrição aos analfabetos, que no Brasil não podiam votar até 1988<sup>23</sup>, embora continuem impedidos de ser eleitos<sup>24</sup>. Um caso emblemático ocorreu nas eleições de 2010, em que o Ministério Público Eleitoral de São Paulo ingressou com ação penal acusando o deputado federal Francisco Everardo Oliveira Silva, conhecido como *Palhaço Tiririca*, de falsidade ideológica<sup>25</sup> por ter se declarado alfabetizado, quando, segundo alegado, era analfabeto. *Tiririca* recebeu mais de 1,3 milhão de votos, tendo sido o deputado federal mais votado nas eleições de 2010. Foi a segunda maior votação proporcional em toda a história do Brasil, atrás apenas do médico Enéas Carneiro, que teve 1,5 milhão de votos em 2002.

---

21. Comparato registra outros episódios históricos envolvendo o direito de voto e a escravidão (COMPARATO, Fábio Konder. Brasil: verso e reverso constitucional. *Cadernos Instituto Humanitas Unisinos – IHU*, São Leopoldo, n. 197, p. 11 e 18, 2013).

22. Registre-se um excelente filme sobre os entraves burocráticos estabelecidos aos negros estadunidenses até meados de 1960, e sua luta, liderada pelo pastor Martin Luther King: *Selma, uma luta pela igualdade*, dirigido por Ava DuVernay, e lançado em 5 de fevereiro de 2015, tendo por sinopse: “Cinebiografia do pastor protestante e ativista social Martin Luther King, Jr (David Oyelowo), que acompanha as históricas marchas realizadas por ele e manifestantes pacifistas em 1965, entre a cidade de Selma, no interior do Alabama, até a capital do estado, Montgomery, em busca de direitos eleitorais iguais para a comunidade afro-americana.” (<http://www.adorocinema.com/filmes/filme-175581/>).

23. Constituição de 1967, com a alteração promovida pela Emenda Constitucional n. 1, de 1969, art. 147, §1º, “a”.

24. CF, art. 14, §4º.

25. Havia também a acusação de ocultação de bens de seu patrimônio, que não foi comprovada.

O deputado Tiririca foi obrigado a se submeter a uma perícia perante a Justiça Eleitoral para comprovar se sabia ler e escrever. O caso foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal na AP 567, relatada pelo Ministro Gilmar Mendes, pela validação da eleição e comprovação de sua condição de alfabetizado.

Paulatinamente, com ritmo diverso em cada país, as mulheres foram incluídas no rol de pessoas que podiam votar e ser votadas, sendo que, em vários locais, permaneceram fora do sistema eleitoral até após a II Grande Guerra<sup>26</sup>.

Outra forma de regulação do acesso aos cargos políticos é através da delimitação de idade para seu exercício, que no Brasil atual é de 16 anos, bem como estabelecendo idades mínimas para o exercício de cada cargo eletivo.

Também possuem restrições eleitorais no Brasil atual as pessoas que tiverem sido condenadas criminalmente por decisão transitada em julgado, enquanto esta perdurar<sup>27</sup>.

**05.** Ocorre que a ampliação do direito de voto em uma sociedade de massas, ativo (*ius suffragii*, direito de votar) e passivo (*jus honorum*, direito de ser votado), depende fortemente de dinheiro.

---

26. Comparato aponta que o primeiro país a reconhecer o direito de voto às mulheres foi a Nova Zelândia, em 1893, sendo que o último a o fazer foi a Suíça, em 1971, mas não em todos seus cantões. Itália e França só admitiram o voto feminino após a II Grande Guerra. COMPARATO, Fábio Konder. *Ética – Direito, moral e religião no mundo moderno*. 3. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p. 650, nota de rodapé 138. No Brasil foi fundado em 1910 o Partido Republicano Feminino que buscava, dentre outras pautas, o direito de voto das mulheres, ver: FUJITA, Gabriela. Há 106 anos, Brasil teve um partido feminista para lutar pelo voto da mulher. *Uol*, São Paulo, 28 nov. 2016. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2016/11/28/sabia-que-o-brasil-ja-teve-um-partido-feminista-e-faz-mais-de-um-seculo.htm>. Acesso em: 13 jul. 2020.

27. CF/88, art. 15, III.

É quase impossível a uma pessoa sem recursos financeiros – próprios ou de terceiros – ter acesso aos cargos políticos em um país como o Brasil. É necessário angariar fundos de campanha, antes mesmo de angariar votos. É necessário captar os *grandes eleitores financeiros*, que são aquelas pessoas que financiam as campanhas eleitorais. Quanto maior for o número de *grandes eleitores financeiros* captados por um candidato, maiores são suas chances de êxito eleitoral. Afinal, havendo muitos candidatos, e poucos doadores, o mercado vencerá, e o doador se transformará em um *grande eleitor*. *Isso distorce o preceito que determina que a cada indivíduo corresponda um voto, fundamento isonômico do princípio republicano.*

Como afirmou o Ministro Dias Toffoli na ADI 4650: “Sem o voto censitário, sem o voto de cabresto, restou às forças econômicas do país atuar no financiamento das campanhas”<sup>28</sup>. Ou, na síntese proclamada pelo Ministro Marco Aurélio: “O dinheiro faz as vezes do eleitor”<sup>29</sup>.

O sistema eleitoral brasileiro atual faz com que os eleitos sejam mais fiéis aos financiadores de suas campanhas do que aos eleitores que neles votam. Os financiadores são *identificados*, já o eleitorado é *difuso*, e obtêm-se votos a partir de locais e de bandeiras eleitorais que não se sabe ao certo se geraram os votos esperados. Não há como medir com exatidão essa correlação entre o voto difusamente concedido, em diversas circunscrições eleitorais, se não for adotado algum mecanismo que permita melhor identificação entre o eleitor e o candidato – e, mesmo assim, a disputa por verbas apenas se repetirá, presume-se que em menor escala.

---

28. Acórdão da ADI 4650. p. 92.

29. Acórdão da ADI 4650. p. 170.

### III. O DIREITO FINANCEIRO ELEITORAL

---

**06.** Exatamente para permitir uma *paridade de armas* é que surgem os fundos públicos eleitorais, sendo assegurado pela Constituição brasileira o acesso dos partidos a tal fonte de recursos (art. 17, §3º).

No Brasil, o Fundo Partidário (Fundo Especial de Assistência Financeira aos Partidos Políticos, regulado pela Lei 9.096/1995), composto por doações de pessoas físicas ou jurídicas e por dotações orçamentárias (dentre outras fontes menores), é utilizado para conceder recursos aos partidos políticos visando sua manutenção e o custeio das campanhas eleitorais (art. 44). O rateio desse Fundo corresponde a duas parcelas (art. 41-A):

- a) 5% do valor do Fundo é rateado em partes iguais por todos os partidos políticos que têm seus estatutos registrados no Tribunal Superior Eleitoral, na forma da lei; e
- b) 95% do valor é dividido na proporção dos votos obtidos na última eleição para a Câmara dos Deputados, sendo desconsideradas as mudanças de filiação partidárias ocorridas posteriormente.

A distribuição dessa verba ocorre de forma *interna corporis* a cada partido político, que se constitui em uma pessoa jurídica de direito privado (art. 7º, §2º, CF c/c art. 44, V, CC), que é regulada por lei específica (art. 44, VI, CC), Lei 9.096/1995, sendo-lhes assegurado autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento, e para adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações eleitorais (art. 17, §1º, CF).

A despeito de ser suficiente o registro no cartório civil para a criação de um partido político, para ter acesso aos recursos do fundo partidário é necessário ter registro no Tribunal Superior Eleitoral, sendo requisito para obtê-lo comprovar seu caráter nacional, assim

estabelecido: comprovação, no período de dois anos, do apoio de eleitores não filiados a partido político, correspondente a, pelo menos, 0,5% dos votos dados na última eleição geral para a Câmara dos Deputados (não computados os votos em branco e os nulos), distribuídos por pelo menos um terço dos Estados, com um mínimo de 0,1% do eleitorado que haja votado em cada um deles (art. 7º, §1º, Lei 9.096/1995). Quanto mais partidos forem registrados, maior o fracionamento do fundo eleitoral. Pela lei atual é mais difícil *obter* o registro eleitoral e o acesso aos recursos públicos do que *perdê-lo*<sup>30</sup>, pois sequer existe cláusula de barreira para que o partido se mantenha recebendo dos cofres estatais.

A escolha de quem pode ou não ser candidato ou usar os recursos do Fundo Partidário, depende de uma decisão interna aos partidos, não havendo nenhuma certeza dos candidatos de que terão acesso a tais recursos, à míngua de maior transparência e publicidade dos atos e deliberações partidárias, e de democracia interna aos mesmos. Afinal, trata-se de pessoas jurídicas de direito privado, cujo funcionamento é regulado por normas internas a cada agremiação.

De certa forma, isso determina a estratégia interna de cada partido para o uso eleitoral das verbas auferidas. Todos os 35 partidos políticos registrados no Tribunal Superior Eleitoral até 2016 recebem 5% do Fundo Partidário, transferido de forma igualitária, conforme supraprescrito. Alguns preferem investir em campanhas políticas em certo Município, outros preferem guardar seus recursos e investir nas eleições para a Câmara dos Deputados – depende da

---

30. Observa-se que é diferente a *perda do registro* do conceito de *funcionamento parlamentar*, para o qual é necessário que, em cada eleição para a Câmara dos Deputados, o partido obtenha o apoio de, no mínimo, cinco por cento dos votos apurados (não computados os brancos e os nulos), distribuídos em, pelo menos, um terço dos Estados, com um mínimo de dois por cento do total de cada um deles (art. 13, Lei 9.096/2005). Registre-se que essa exigência já foi considerada inconstitucional pelo STF (ADIs 1351 e 1354), porém com efeitos prospectivos, sem data limitada.

estratégia de cada partido. Notícias sobre o mau uso desses recursos pululam na imprensa<sup>31</sup>.

**07.** Além do Fundo Partidário, os cofres públicos arcam com o que se convencionou chamar de *horário gratuito eleitoral*, que a Lei 9.096/1995 denomina de *acesso gratuito ao rádio e televisão* (art. 45 e ss). Registre-se que a gratuidade é apenas para os partidos, pois custeado por verbas públicas, uma vez que o valor de veiculação desses programas é pago através de compensação tributária (art. 52, parágrafo único, Lei 9.096/1995), regulada pelo Decreto 7.791/2012. A despeito de as emissoras de rádio e televisão estarem obrigadas a veicular esse horário de propaganda eleitoral, na prática, é como se houvesse a compra pelos cofres públicos de horário junto a elas, garantindo sua gratuidade aos partidos políticos. Essa compra é paga através de abatimento do imposto sobre a renda devido por tais emissoras.

Os partidos políticos não pagam – paga toda a sociedade, através dos cofres públicos federais.

Dessa forma, além do efetivo dispêndio efetuado pelo Fundo Partidário em favor dos partidos políticos, existe outro dispêndio, via renúncia fiscal, para a veiculação de propaganda eleitoral.

**08.** O sistema eleitoral brasileiro também admite o financiamento privado de campanhas – existe um sistema misto de financiamento –, observadas algumas regras, sendo as mais relevantes as indicadas a seguir.

---

31 CUNTO, Raphael di. Pros usou dinheiro público para comprar helicóptero, jato e mansão. *Valor Econômico*, Brasília, 19 ago. 2016. Disponível em: <https://valor.globo.com/politica/noticia/2016/08/19/pros-usou-o-dinheiro-publico-para-comprar-helicoptero-jato-e-mansao.ghtml>. Acesso em: 13 jul. 2020. Esse partido recebeu do Fundo Partidário R\$ 24 milhões em 2015.

A primeira delas é a vedação, a partido ou candidato, ao recebimento, de forma direta ou indireta, de doação em dinheiro ou estimável em dinheiro, inclusive por meio de publicidade de qualquer espécie, procedente de diversas fontes listadas no art. 24 da Lei 9.504/1997<sup>32</sup>, regra que Bruno Speck classifica como “herdada da ditadura militar no Brasil, poderia ser considerada anacrônica, porque inibe, em boa medida, que o conflito entre capital e trabalho se projete na representação política e no sistema partidário”<sup>33</sup>.

A segunda é a proibição de financiamento de campanhas por meio de pessoas jurídicas em geral, o que já havia sido considerado inconstitucional pelo STF (ADI 4650) e justificou os vetos presidenciais apostos aos arts. 24-A e 24-B do Projeto de Lei 5.735, de 2013 (n. 75/2015 no Senado Federal), matriz normativa da Lei 13.165/2015.

A terceira é que o financiamento por pessoas físicas só pode ocorrer limitado a 10% dos rendimentos brutos auferidos pelo doador no ano anterior à eleição (art. 23, §1º, Lei 9.504/1997), além de doações e contribuições “estimáveis em dinheiro”, relativas à utilização de bens móveis ou imóveis de propriedade do doador, estas com limitação em R\$ 50 mil. Observe-se que a limitação à doação por pessoas físicas é efetuada de forma *ad valorem*, isto é,

---

32. “I – entidade ou governo estrangeiro; II – órgão da administração pública direta e indireta ou fundação mantida com recursos provenientes do Poder Público; III – concessionário ou permissionário de serviço público; IV – entidade de direito privado que receba, na condição de beneficiária, contribuição compulsória em virtude de disposição legal; V – entidade de utilidade pública; VI – entidade de classe ou sindical; VII – pessoa jurídica sem fins lucrativos que receba recursos do exterior. VIII – entidades beneficentes e religiosas; IX – entidades esportivas; X – organizações não governamentais que recebam recursos públicos; e XI – organizações da sociedade civil de interesse público.”

33 SPECK, Bruno W. O financiamento de campanhas eleitorais. In: AVRITZER, Leonardo; ANASTASIA, Fátima (orgs.). *Reforma política no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG, 2006.

através de percentual de seu rendimento bruto no ano anterior, e não de forma *fixa*, em valores nominais estabelecidos *per capita*.

E a quarta é a hipótese do autofinanciamento, o que pode ocorrer *sem nenhuma limitação financeira pessoal* (art. 23, §10-A, Lei 9.504/1997), respeitada apenas a *limitação financeira global de gastos*. Registre-se que a Lei 13.165/2015 (arts. 5º e 6º) criou essa espécie de *limite global para as despesas eleitorais*, de forma inovadora no Brasil, entendida como um *limite de gastos* correspondente a uma fração do que foi despendido da eleição anterior para o mesmo cargo. Seja o custeio realizado pelas pessoas físicas (terceiras ou autofinanciamento) ou pelo fundo partidário.

#### **IV. O FINANCIAMENTO ELEITORAL POR PESSOAS JURÍDICAS E A ADI 4650**

---

**09.** As formas de financiamento eleitoral no Brasil foram exaustivamente debatidas na ADI 4650, que teve por Relator o Ministro Luiz Fux, na qual foi declarado inconstitucional o financiamento de campanhas através de pessoas jurídicas, tendo sido discutidas à exaustão todas essas fórmulas financeiras e suas consequências políticas, tanto no âmbito democrático quanto no republicano<sup>34</sup>.

A ação foi proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB em setembro de 2011, sob a alegação de que o financiamento eleitoral por parte de pessoas jurídicas violava diversos princípios constitucionais:

---

34. Para uma análise de como as decisões dos Tribunais influenciam as regras políticas, ver: MARCHETTI, Vitor. Reforma política sem políticos: quando decisões do TSE e do STF alteraram as regras eleitorais. In: WANG, Daniel Wei Liang (org.). *Constituição e política na democracia – Aproximações entre direito e ciência política*. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 91-113.

- a) Haveria violação ao princípio da isonomia “por exacerbar, ao invés de corrigir, as desigualdades políticas e sociais existentes, ao permitir que os ricos, por si ou pelas empresas que controlam, tenham uma possibilidade muito maior de influírem nos resultados eleitorais e, por consequência, nas deliberações coletivas e políticas públicas”.
- b) A violação ao princípio democrático ocorreria na medida em que “infunde elementos fortemente plutocráticos na jovem democracia, ao converter o dinheiro no ‘grande eleitor’”.
- c) *O princípio republicano restaria violado* em face da comprovada dependência do poder econômico para a obtenção do sucesso na campanha eleitoral, o que tenderia a favorecer os interesses dos financiadores da campanha, em detrimento dos eleitores.
- d) E o princípio da proporcionalidade, em sua dimensão de vedação à proteção insuficiente, estaria violado em razão de que “*não protege de maneira suficiente a igualdade, a democracia e o princípio republicano*”. Afirma ainda a OAB, em sua petição inicial, que, “*sob a perspectiva dos interesses constitucionais em conflito, o que se perde por força desta deficiência em proteção estatal não é minimamente compensado pelas vantagens obtidas em razão da tutela insuficiente*”.

Deve-se destacar o fato de que a petição inicial apresentada, além dos aspectos supramencionados, e que se revelam sob a ótica da “declaração de inconstitucionalidade de texto legislativo”, continha um pedido de invalidade daquelas normas, com modulação temporal dos efeitos da decisão, visando que fosse “instado o Congresso Nacional a editar legislação que estabeleça (1) limite *per capita* uniforme para doações a campanha eleitoral ou a partido por pessoa natural, em patamar baixo o suficiente para não comprometer excessivamente a igualdade nas eleições, bem como (2) limite, com as mesmas características, para o uso de recursos próprios pelos candidatos em

campanha eleitoral, no prazo de 18 (dezoito) meses, sob pena de atribuir-se ao Eg. Tribunal Superior Eleitoral – TSE a competência para regular provisoriamente a questão”. Foi decidido que tal pedido estava prejudicado, em face da legislação que estava sendo debatida no Parlamento no momento do encerramento daquele julgamento. A legislação em questão foi a Lei 13.165, de 29 de setembro de 2015, que recebeu vetos presidenciais na mesma data.

A decisão proferida por maioria de votos foi pela inconstitucionalidade do financiamento eleitoral pelas pessoas jurídicas, vencidos os Ministros Teori Zavascki, Gilmar Mendes e Celso de Mello, que davam interpretação conforme a Constituição para as normas impugnadas, ampliando as hipóteses de vedação de doações pelas pessoas jurídicas<sup>35</sup>.

O julgamento da ADI foi iniciado em 11 de dezembro de 2013, e concluído em 17 de setembro de 2015, tendo sido objeto de um pedido de vistas do Ministro Gilmar Mendes que durou de 2 de abril de 2014 a 16 de setembro 2015 – cerca de 17 meses<sup>36</sup>. Verifica-se que o envio para sanção presidencial do Projeto de Lei 5.735, de

---

35. Isso ocorreu nos termos do complemento de voto do Ministro Teori Zavascki: “proponho sejam reconhecidas como decorrentes de princípios constitucionais as seguintes vedações de contribuição a partidos políticos e a campanhas eleitorais: (i) de pessoas jurídicas ou de suas controladas e coligadas que mantenham contratos onerosos celebrados com a Administração Pública, independentemente de sua forma e objeto; (ii) de pessoas jurídicas a partidos (ou seus candidatos) diferentes, que competem entre si. Fica igualmente reconhecida a vedação a pessoas jurídicas que efetuaram contribuições a partidos ou campanhas, de, desde então e até o término da gestão subsequente, celebrar qualquer contrato oneroso com entidades da Administração Pública” (acórdão da ADI 4650. p. 291).

36. É interessante ler o desabafo do Ministro Gilmar Mendes acerca da repercussão midiática pela demora em proferir seu voto: “Acredito que, na história deste Tribunal, não houve um caso de pedido de vista tão polêmico, tão discutido, com palpitações de toda índole. E, interessante, Senhor Presidente, que o reclame e a reclamação não vieram do requerente, mas, talvez, do autor oculto da ação, de quem tinha interesse nesse tipo de desfecho: *Blogs*, desses assassinos

2013 (n. 75/2015 no Senado Federal), matriz normativa da Lei 13.165/2015, ocorreu em 10 de setembro de 2015<sup>37</sup>. Ou seja, *o voto do Ministro Gilmar Mendes, após o longo pedido de vistas, ocorreu sete dias após a aprovação da lei pelo Congresso e seu envio à sanção presidencial*. O pedido de vistas pelo Ministro Gilmar Mendes retornou após a deliberação do Congresso Nacional, porém antes da promulgação da norma, que recebeu vetos em 29 de setembro de 2015.

Destacam-se os seguintes trechos da ementa do acórdão da ADI 4650:

3. A Constituição da República, a despeito de não ter estabelecido um modelo normativo pré-pronto e cerrado de financiamento de campanhas, forneceu uma *moldura* que traça limites à discricionariedade legislativa, com a positivação de *normas fundamentais* (e.g., princípio democrático, o pluralismo político ou a isonomia política), que norteiam o processo político, e que, desse modo, reduzem, em alguma extensão, o espaço de liberdade do legislador ordinário na elaboração de critérios para as doações e contribuições a candidatos e partidos políticos.

7. Os limites previstos pela legislação de regência para a doação de pessoas jurídicas para as campanhas eleitorais se afigura assaz insuficiente a coibir, ou, ao menos, amainar, a captura do político pelo poder econômico, de maneira a criar indesejada “*plutocratização*” do processo político.

---

da moral das pessoas, esses *twitters* automáticos, todos dedicados a esse tipo de ataque”. Acórdão da ADI 4650. p. 192

37. BRASIL. Câmara dos Deputados. *Mensagem 28/2015*. [Brasília, DF]: Câmara dos Deputados, 2015. Disponível em: [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1384509&filename=Tramitacao-PL+5735/2013](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1384509&filename=Tramitacao-PL+5735/2013). Acesso em: 13 jul. 2020.

9. A doação por pessoas jurídicas a campanhas eleitorais, antes de refletir eventuais preferências políticas, denota um *agir estratégico* destes grandes doadores, no afã de estreitar suas relações com o poder público, em pactos, muitas vezes, desprovidos de espírito republicano.

11. Os critérios normativos vigentes relativos à doação a campanhas eleitorais feitas por pessoas naturais, bem como o uso próprio de recursos pelos próprios candidatos, não vulneram os princípios fundamentais democrático, republicano e da igualdade política.

Os debates foram candentes e plurais, amplamente reveladores do modo como pensam os atuais integrantes do Supremo Tribunal Federal. Ficou assente que a Constituição de 1988 não contém um tratamento *específico e exaustivo* no que concerne ao financiamento de campanhas eleitorais<sup>38</sup>, e que o exercício de direitos políticos é incompatível com a essência das pessoas jurídicas e é contrário ao princípio democrático<sup>39</sup>, sendo que menos de 0,5% das empresas brasileiras é que financia as eleições no Brasil<sup>40</sup>, não “sendo salutar, à luz dos princípios democrático e republicano, a manutenção de um modelo como esse, que permite a captura do político pelos titulares do poder econômico”<sup>41</sup>, conforme o voto do Ministro Fux.

---

38. Acórdão da ADI 4650, voto Luiz Fux, p. 41. No mesmo sentido o voto de Teori Zavascki (p. 141) e o voto de Gilmar Mendes (p. 256).

39. Acórdão da ADI 4650, voto Luiz Fux, p. 49 dentre outros trechos, dos quais se destaca a seguinte afirmação: “as pessoas jurídicas não comem, não sentem, não olham, não falam e não amam” (p. 279). No mesmo sentido, o voto Dias Toffoli, p. 82 e 85; o voto Roberto Barroso, p. 126; o voto do Ministro Lewandowski, p. 178 e ss. O voto de Cármen Lúcia, p. 319 e ss. Em sentido diverso, mas não oposto, é o voto de Teori Zavascki, p. 143 e ss.

40. Acórdão da ADI 4650, voto Luiz Fux, p. 50.

41. Acórdão da ADI 4650, voto Luiz Fux, p. 51. No mesmo sentido, voto Joaquim Barbosa, p. 63 e 65.

Verificou-se ainda que, as cinco empresas que mais doaram nas eleições presidenciais de 2010, o fizeram para os dois principais candidatos<sup>42</sup>, não havendo nenhuma justificção política para isso, que não seja o objetivo de se aproximar do poder, qualquer que seja o candidato vencedor – ou que as mesmas são obrigadas a doar para se manter no jogo do poder; doando seja por medo, seja por interesse<sup>43</sup>. E que as empresas que doam recursos “tendem a vir de setores econômicos fortemente influenciados por regulamentação governamental ou que mantêm relações contratuais com o poder público, como o setor financeiro, a construção civil e as indústrias pesadas”<sup>44</sup>.

Enfatizou o Ministro Barroso:

É que a ideia de República está associada à circunstância de que os agentes públicos, os administradores, gerem alguma coisa que não lhes pertence; é uma coisa pública, uma *res publicae*, algo que pertence à coletividade. E o pacto que muitas vezes se faz, por conta do sistema eleitoral brasileiro, entre esses agentes políticos responsáveis pela gestão pública e os interesses privados que participam do processo eleitoral compromete este caráter republicano, reforçando a pior tradição brasileira de patrimonialismo, essa nossa tradição ibérica, essa tradição de um modelo de Estado que não separava a fazenda do rei da fazenda do reino, e conseqüentemente não distinguia adequadamente o público do privado.<sup>45</sup>

---

42. Acórdão da ADI 4650, voto Luiz Fux, p. 53. No mesmo sentido o voto de Roberto Barroso, p. 128.

43. Acórdão da ADI 4650, voto Dias Toffoli, p. 85, 98, 113. No mesmo sentido Roberto Barroso, p. 127 e 128; também Luiz Fux, p. 294-295.

44. Acórdão da ADI 4650, voto Dias Toffoli, p. 90. No mesmo sentido o voto do Ministro Marco Aurélio, p. 172.

45. Acórdão da ADI 4650, voto Roberto Barroso, p. 126.

[...]

Nós temos um sistema eleitoral que comporta eleição proporcional, lista aberta e financiamento empresarial, que é um foco contínuo de antirrepublicanismo e de corrupção no país.<sup>46</sup>

Liderando a minoria, o voto do Ministro Teori Zavascki aponta que, se for levado ao extremo o argumento da falta de motivação para que as pessoas jurídicas contribuam para campanhas eleitorais, o mesmo se aplicará às pessoas físicas, acarretando que apenas subsista o financiamento exclusivamente público em matéria eleitoral, o que se caracteriza como uma “tese, cuja radicalidade tem escassos defensores”. Alerta, de forma veemente, que “é preciso ter cuidado para não atribuir a inconstitucionalidade das normas ao seu sistemático descumprimento”. E aponta para o problema dos “recursos não contabilizados”, que apareceram no julgamento da Ação Penal 470 (conhecida como *o caso do mensalão*), bem como para as “sobras de campanha”, presentes na CPI do governo Collor

---

46. Acórdão da ADI 4650, voto Roberto Barroso, p. 131. Corroborando a tese defendida pelo Ministro Barroso, constata-se que, pelo sistema de voto proporcional somado à política de quotas para mulheres, já ocorreu de ser eleito até mesmo quem só teve seu próprio voto, como nas eleições parlamentares municipais de 2012, no Município de Coronel Pilar, no Rio Grande do Sul, que possui cerca de dois mil habitantes. “Veridiana Bassotto Pasini, 39 anos, não foi votada sequer pelo marido. Filiada ao PTB, a secretária de dentista assume como sétima suplente da coligação entre o partido com o PP e o PMDB. [...] ‘Concorri para preencher a cota de mulheres candidatas na coligação e optei por não fazer campanha’ — revela a mulher”. Reportagem de Rodrigo Chermhak, para o jornal Zero Hora: VEREADORA que ganhou apenas o próprio voto na última eleição assume vaga na Câmara de Coronel Pilar. Jornal Zero Hora, [S.l.], 10 set. 2014. Disponível em: <https://gauchazh.clicrbs.com.br/geral/noticia/2014/09/Vereadora-que-ganhou-apenas-o-proprio-voto-na-ultima-eleicao-assume-vaga-na-Camara-de-Coronel-Pilar-4595006.html>. Acesso em: 13 set. 2020.

de Mello<sup>47</sup>. Poder-se-ia acrescentar ainda a essa lista os resultados da conhecida operação *Lava Jato*, que envolve recursos desviados de contratos firmados com a Petrobrás, ainda em fase de apuração.

Junto com a minoria se alinhou o Ministro Gilmar Mendes, atacando os fundamentos da maioria, e relembrando que a proibição de doação por parte de empresas privadas já havia existido no Brasil<sup>48</sup>, e que “a simples exclusão das pessoas jurídicas não solucionará os problemas historicamente identificados pela Justiça Eleitoral”<sup>49</sup>. Concluiu afirmando:

A despeito da enorme temeridade de se extraírem de princípios de textura ampla como esses, regras restritivas assaz específicas, meu voto buscou demonstrar que, dada a realidade brasileira, o financiamento privado de partidos e campanhas revela-se antes homenageador dos princípios democrático, republicano e da igualdade.<sup>50</sup>

[...]

A partir da interpretação que pretendem dar a esses princípios, em breve estaremos, com base neles, a anular os 7 x 1 que a Seleção brasileira levou da Alemanha na Copa de 2014<sup>51</sup>.

---

47. Acórdão da ADI 4650, voto Teori Zavascki, p. 149. Ver também: ZAVASCKI, Teori. Financiamento empresarial de partidos políticos: a questão constitucional. In: NORONHA, João Otávio de; KIM, Richard Pae (coord.). *Sistema político e direito eleitoral brasileiros* – Estudos em homenagem ao Ministro Dias Toffoli. São Paulo: Atlas, 2016. p. 739.

48. Acórdão da ADI 4650, voto Gilmar Mendes, p. 224-225. Registra-se já ter havido no Brasil vedação ao financiamento de campanhas por pessoas jurídicas – Lei Orgânica dos Partidos Político (Lei 5.682/71, art. 91, IV).

49. Acórdão da ADI 4650, voto Gilmar Mendes, p. 245.

50. Acórdão da ADI 4650, voto Gilmar Mendes, p. 259.

51. Acórdão da ADI 4650, voto Gilmar Mendes, p. 260. Registra-se que parte do voto do Ministro Gilmar Mendes foi um ataque virulento ao Conselho Federal da OAB, aos subscritores da petição inicial e ao Ministro Roberto Barroso (p.

Merece destaque o voto sereno da Ministra Rosa Weber, que bem pontuou a questão quando correlacionou o art. 14, §9º, CF, que determina a proteção da normalidade e a legitimidade das eleições “contra a influência do poder econômico”, com o art. 173, §4º, CF, que determina que a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise a “dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”, ao afirmar que “em síntese, o detentor dos meios de produção, bens, recursos em geral, se encontra em situação de ascendência no mercado, podendo não somente decidir de forma autônoma, como também influenciar – positiva ou negativamente – os demais participantes da cadeia produtiva e consumidores”<sup>52</sup>. Infelizmente a trilha bem construída na premissa não teve seguimento na conclusão do item, pois, na frase seguinte, dissociou a busca do controle do mercado com o direito eleitoral. A premissa exposta merece maior reflexão, pois *seguramente a influência econômica diretamente aplicada ao direito financeiro eleitoral gera, de certa forma, busca pela dominação dos mercados por parte dos financiadores*. A correlação entre o art. 14, §9º, e o art. 170, §4º, da Constituição, deveria ter sido analisada de forma mais profunda, pois seguramente ampara a hipótese jurídica apresentada.

**10.** O fato é que, ao fim dos debates e do julgamento, foi declarado pelo STF que a Constituição brasileira veda o financiamento eleitoral por pessoas jurídicas no Brasil.

Entende-se que essa decisão partiu de premissas corretas, mas chegou a uma conclusão parcial, incompleta, que não afasta a enorme

---

249 e ss), chegando mesmo a afirmar que buscavam “envolver o Tribunal em uma conspirata” (p. 268). Tais considerações foram objeto de expressa contradita por parte deste, na sessão posterior à conclusão do julgamento, mas inserida no texto do acórdão (p. 352 e ss). O Ministro Luiz Fux também se manifestou de forma contrária a essa acusação do Ministro Gilmar Mendes (p. 273 e ss), declarando que o “Ministro Gilmar, quando descobre a pólvora, faz uma bomba atômica” (p. 278).

52. Acórdão da ADI 4650, voto Rosa Weber, p. 298.

influência do poder econômico na concorrência eleitoral, e, com isso, mantém a captura do legislador orçamentário por parte do *grande eleitor*, ou seja, daquele que financia os candidatos.

A análise efetuada pelo STF foi riquíssima, mas a decisão final foi formalista, pois vedou a doação de pessoas jurídicas, porém manteve duas diferentes possibilidades de distorção econômica:

- a) A do financiamento *ad valorem* por parte de pessoas físicas;
- b) E a do autofinanciamento sem qualquer limitação individual.

A fórmula financeira atualmente vigente no Brasil seguramente não implementa o princípio republicano, pois viola fortemente a isonomia no processo eleitoral, privilegiando os mais ricos e violando a *paridade de armas* necessária para a devida competição, pois quem tem mais dinheiro para gastar tem mais chances de vitória – não haverá *certeza* de vitória, porém seguramente haverá mais *chances* de vitória, em razão da maior possibilidade de exposição ao eleitor<sup>53</sup>. Certamente outros fatores devem ser levados em consideração, como a questão referente ao tempo do horário eleitoral destinado à coligação partidária, ou o sistema eleitoral adotado – se distrital ou não –, dentre diversos outros fatores que refogem à preocupação financeira.

O fato é que o sistema de *direito financeiro eleitoral* atualmente adotado no Brasil, e utilizado pela primeira vez nas eleições municipais de 2016, revela-se oligárquico, pois privilegia quem tem mais dinheiro, em detrimento de quem tem menos. A norma eleitoral, em vez de igualar os candidatos, os desiguala, permitindo que a desigualdade de renda e patrimônio desequilibre a disputa pelo voto do eleitor.

---

53. Sobre o tema, com indicações bibliográficas, ver: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 319 et seq.

O desafio é pulverizar os doadores. E *com limite de doação* que seja *nominal* e não *ad valorem*, como hoje; afinal, quem ganha mais pode doar mais. E, seguramente, candidatos ricos podem contar com apoios financeiramente mais vultosos do que um candidato pobre – que muitas vezes não possui o suficiente para enfrentar seus gastos correntes mensais.

O legislador orçamentário que advier dessas regras, que violaram o princípio republicano, dificilmente implementará um *orçamento republicano*, isto é, dificilmente utilizará os recursos públicos em prol do bem comum, visando ampliar a isonomia, em busca da liberdade igual. Como referido, com o atual sistema, os eleitos se tornam mais fiéis aos financiadores de suas campanhas do que aos eleitores.

Isso se torna potencialmente mais problemático quando se observa a grande opacidade existente no financiamento das campanhas para o Poder Legislativo, através de coligações proporcionais. O foco de atenção é quase integralmente voltado para o financiamento das campanhas para o Poder Executivo, deixando pouca atenção para as campanhas ao Legislativo – órgão político central do *legislador orçamentário*. As centenas de milhares de candidatos ao Poder Legislativo são de muito mais difícil controle do que as poucas centenas de candidatos ao Poder Executivo – seja qual for o nível federativo envolvido na disputa eleitoral<sup>54</sup>.

Tudo isso somado ao aumento exponencial de custos de campanha – que passou do uso de camisetas, bonés e chaveiros para o

---

54 Ver, dentre outras, a reportagem de Silvia Amorim, no jornal *O Globo*: AMORIM, Silvia; VASCONCELLOS, Fábio. *Vitória de prefeitos que bancaram a própria campanha cresce em 50%*. *O Globo*, [S.l.], 24 out. 2016. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/vitoria-de-prefeitos-que-bancaram-propria-campanha-cresce-50-20343805>. Acesso em: 13 jul. 2020. Observe-se que mesmo para a imprensa passa despercebida a análise desse fenômeno financeiro para a composição do Poder Legislativo.

uso intensivo e qualificado dos meios de comunicação e das redes sociais<sup>55</sup> – tendem a tornar cada vez mais cara a disputa. A campanha *negativa* pelas redes sociais começa efetivamente muito antes do horário eleitoral, sem nenhum controle, porém com custos exponenciais. É necessário que surjam regras que igualem financeiramente a disputa.

Como afirma Zavascki: “a equidade na competição é, com efeito, um princípio fundamental da democracia multipartidária”<sup>56</sup>. E afirma que a Constituição censura “o clientelismo, ao assegurar que a democracia representativa seja exercida de maneira invariavelmente republicana”.

## CONCLUSÕES

---

**11.** O foco, como se vê no Poder Legislativo brasileiro atual, é de prevalência das vantagens próprias, individuais ou grupais, em detrimento dos benefícios em prol da sociedade. É como se a normatividade devesse apenas se ater às formas e não à realidade a ela subjacente. Ampliar as possibilidades de disputa eleitoral, através da equalização do financiamento eleitoral, pode vir a gerar um desequilíbrio no *status quo*, o que é indesejável para quem já está no poder – seja na *situação* ou na *oposição* ao governo de plantão. É correta a observação do Ministro Dias Toffoli, supratranscrita, no sentido de que restou às forças econômicas do país atuar no

---

55. Reportagem do jornal *Financial Times*, reproduzida pelo jornal *Folha de S. Paulo*: AHUJA, Anjana. Com ‘manipulação digital’, Google e Facebook podem interferir em pleito. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 04 nov. 2016. Disponível em: <https://m.folha.uol.com.br/mundo/2016/11/1829317-com-manipulacao-digital-google-e-facebook-podem-interferir-em-pleito.shtml>. Acesso em: 13 jul. 2020.

56. ZAVASCKI, Teori. Financiamento empresarial de partidos políticos: a questão constitucional. In: NORONHA, João Otávio de; KIM, Richard Pae (coord.). *Sistema político e direito eleitoral brasileiros* – Estudos em homenagem ao Ministro Dias Toffoli. São Paulo: Atlas, 2016. p. 750.

financiamento das campanhas, uma vez encerrado o voto censitário e reduzido o voto de cabresto.<sup>57</sup>

Há um ditado popular que diz serem os eleitos “a cara do país”, buscando afirmar que através das eleições não são apenas escolhidos os representantes do povo, mas que os eleitos efetivamente *espe- lham, traduzem* a média da população. Trata-se de uma afirmativa popular e midiática bastante usual ao final de cada pleito eleitoral. Tudo indica ser uma afirmação falsa, pois as regras jurídicas que forem estabelecidas para cada eleição é que determinarão o comportamento eleitoral da população, desenhando, de certa forma e com várias limitações, o resultado que se pretende obter. Tal regra- mento decorre de normas de *direito financeiro eleitoral* e de outros âmbitos jurídicos, como ocorreu com a regulação acerca de “quem está habilitado a votar”, capítulo restritivo quase ultrapassado na história política brasileira.

As regras que forem estabelecidas para a realização das eleições influenciam fortemente o resultado, podendo não traduzir o perfil mediano na população consultada. É necessário que tal identidade entre representantes e representados seja buscada cada vez mais fortemente pelas forças políticas do país, em prol da efetivação do tratamento isonômico, base do princípio republicano.

Só pode almejar a ter liberdade quem é igual, como disse Aristó- teles<sup>58</sup> há milênios, muito antes da noção de democracia representa- tiva, surgida na modernidade. É necessário tratar o *próximo, o outro*, como gostaríamos que ele nos tratasse, “sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”, inclusive sem discriminação em decorrência de seus haveres, de sua

---

57. Acórdão da ADI 4650, p. 92.

58. “Parece que a igualdade seja justiça, e o é, com efeito; mas não para todos, e sim somente entre os iguais.” (ARISTÓTELES. Política. São Paulo: Ícone, 2007; Bauru: Edipro, 2. ed. 2009; São Paulo: Saraiva, 2011)

renda ou propriedades. Trata-se de um dos objetivos fundamentais de nossa república (art. 3º, IV, CF), que busca também a redução das desigualdades sociais (art. 3º, III, CF). Como reduzir desigualdades sociais se o legislador orçamentário é escolhido de forma oligárquica, em um sistema que admite *eleitores financeiramente distintos* em razão de seu poder econômico, gerando a figura do *grande eleitor*?

Sem efetiva isonomia nas regras do direito financeiro eleitoral, não se há de falar em orçamentos mais justos e utilizados para reduzir de forma concreta as desigualdades sociais, eliminar a pobreza e a marginalização. Como atualmente vige, os orçamentos encontram-se dominados pelos grupos que efetivamente detêm o poder, constituindo-se no que Ferdinand Lassale denominou de *fatores reais de poder*, adiante analisados, e que se identifica como um grupo mais amplo do que apenas os detentores de poder econômico, incluindo também quem tem *poder político* na sociedade, em função do cargo que ocupa, o que insere nesse rol os membros do Poder Judiciário, do Ministério Público, do Poder Legislativo, do Tribunal de Contas e da Defensoria Pública. Isso vai se espelhar nas vantagens financeiras concedidas aos membros desses órgãos políticos.

Afinal, de um governo *predominantemente oligárquico* se pode esperar um *orçamento fortemente oligárquico*, e de um governo *predominantemente republicano* se pode esperar um *orçamento fortemente republicano*, pois, mesmo sendo *democráticas* as eleições, as condições de possibilidade de acesso das pessoas aos cargos de poder político encontram-se determinadas pela forma de acesso a eles<sup>59</sup>. Não há nenhuma *certeza* de que isso vá ocorrer, porém tal assertiva pode, *tendencialmente*, vir a ser confirmada.

---

59. Utilizando-se de outra chave interpretativa, porém no mesmo sentido, Fábio Comparato afirma: “Uma oligarquia só pode produzir leis oligárquicas e não democráticas” (COMPARATO, Fábio Konder. Prefácio. In: MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 24).

Estando em uma sociedade marcada pela desigualdade, como a brasileira atual, a forma de financiamento das eleições determinará as condições de possibilidade de uma pessoa pobre ascender aos cargos de poder político eletivo, bem como as condições em que ela poderá efetivamente exercer essa função pública. Se a forma de financiamento eleitoral for oligárquica, tudo indica que a composição governamental também o será; se a forma de financiamento eleitoral for republicana, tudo indica que a composição governamental terá esse formato.

É preciso retomar a apreciação dessa matéria, sob a ótica do *princípio republicano*, observando os aspectos de *direito financeiro eleitoral*, a fim de tornar mais justa e equânime essa questão, visando que o orçamento se torne mais republicano, no âmbito da receita e da despesa. É preciso que os recursos públicos possam ficar sob dominação menos oligárquica e mais republicana – o que, por si só, não gera nenhuma garantia de ampliação de direitos, mas renova as esperanças nesse sentido<sup>60</sup>.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

---

AHUJA, Anjana. Com 'manipulação digital', Google e Facebook podem interferir em pleito. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 04 nov. 2016. Disponível em: <https://m.folha.uol.com.br/mundo/2016/11/1829317-com-manipulacao-digital-google-e-facebook-podem-interferir-em-pleito.shtml>. Acesso em: 13 jul. 2020.

ALMEIDA NETO, Manoel Carlos de. *Direito eleitoral regulador*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

AMORIM, Silvia; VASCONCELLOS, Fábio. Vitória de prefeitos que bancaram a própria campanha cresce em 50%. *O Globo*, [S.l.], 24 out. 2016. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/vitoria-de-prefeitos-que-bancaram-propria-campanha-cresce-50-20343805>. Acesso em: 13 jul. 2020.

---

60. Registra-se preocupação com o sistema de financiamento eleitoral em: STIGLITZ, Joseph E.; ROSENGARD, Jay K. *La economía del sector público*. 4. ed. Tradução Maria Esther Rabasco. Barcelona: Antoni Bosch, 2015. p. 329-330.

- ANNAES DO PARLAMENTO BRAZILEIRO, Tomo II, 1880, Rio de Janeiro. [Anais]. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1880. Disponível em: <https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/27741>. Acesso em: 13 jul. 2020.
- ARISTÓTELES. *Política*. Bauru: Edipro, 2. ed. 2009.
- ASSIS, Machado de. *Quincas Borba*. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 1994
- BARCELLOS, Ana Paula de. *Direitos fundamentais e direito à justificativa*. Devido procedimento na elaboração normativa. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- BRASIL. *Lei nº 2.040, de 28 de setembro de 1871*. Declara de condição livre os filhos de mulher escrava que nascerem desde a data desta lei, libertos os escravos da nação e outros, e providencia sobre a criação e tratamento daquelles filhos menores e sobre a libertação annual de escravos. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lim/lim2040.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim2040.htm). Acesso em: 13 jul. 2020.
- BRASIL. *Lei nº 3.353, de 13 de maio de 1888*. Declara extinta a escravidão no Brasil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lim/LIM3353.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM3353.htm). Acesso em: 13 jul. 2020.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- COMPARATO, Fábio Konder. Brasil: verso e reverso constitucional. *Cadernos Instituto Humanitas Unisinos – IHU*, São Leopoldo, n. 197, p. 11 e 18, 2013.
- COMPARATO, Fábio Konder. *Ética – Direito, moral e religião no mundo moderno*. 3. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.
- CONSULTOR JURÍDICO. Doação de R\$ 75 milhões a candidata foi erro de digitação na prestação de contas. *Consultor Jurídico*, [S.l.], 19 out. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-out-19/doacao-75-milhoes-foi-erro-prestacao-contas>. Acesso em: 13 jul. 2020.
- CUNTO, Raphael di. Pros usou dinheiro público para comprar helicóptero, jato e mansão. *Valor Econômico*, Brasília, 19 ago. 2016. Disponível em: <https://valor.globo.com/politica/noticia/2016/08/19/pros-usou-o-dinheiro-publico-para-comprar-helicoptero-jato-e-mansao.ghtml>. Acesso em: 13 jul. 2020.
- FOLHA DE S. PAULO. *Grande falha do financiamento empresarial foi a falta de limites*, diz Gilmar Mendes. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 30 out. 2016. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/paywall/signup.shtml?https://www1.folha.uol.com.br/poder/eleicoes-2016/2016/10/1827779-grande-falha-do-financiamento-empresarial-foi-a-falta-de-limites-diz-gilmar-mendes.shtml>. Acesso em: 13 jul. 2020.

- FUJITA, Gabriela. Há 106 anos, Brasil teve um partido feminista para lutar pelo voto da mulher. *Uol*, São Paulo, 28 nov. 2016. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2016/11/28/sabia-que-o-brasil-ja-teve-um-partido-feminista-e-faz-mais-de-um-seculo.htm>. Acesso em: 13 jul. 2020.
- GROSMAN, Lucas S. *Escasez e Igualdad* – Los Derechos sociales en la Constitución. Buenos Aires: Libreria, 2008.
- LUCAS VERDÚ, Pablo. La Constitución en la Encrucijada (palingenesia iuris politici). *Revista Pensamiento Constitucional*, ano IV, n. 4, p. 134-135, 1997.
- MARCHETTI, Vitor. Reforma política sem políticos: quando decisões do TSE e do STF alteraram as regras eleitorais. In: WANG, Daniel Wei Liang (org.). *Constituição e política na democracia – Aproximações entre direito e ciência política*. São Paulo: Marcial Pons, 2013.
- MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. São Paulo: Max Limonad, 1998.
- OLIVEIRA, Marcelo Cattoni de. *Devido Processo Legislativo*, Belo Horizonte: Fórum, 2016
- OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de direito financeiro*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- POLÍBIO. *Historias*. Traduzido do grego para o espanhol por Cristóbal Rodríguez Alonso. Madrid: Akal, 1986.
- SCAFF, Fernando Facury *Responsabilidade civil do Estado intervencionista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- SCAFF, Fernando Facury, *Orçamento republicano e liberdade igual*. Belo Horizonte, Ed. Fórum, 2018.
- SOUZA, Josias de. Beneficiário do Bolsa Família doa R\$ 75 milhões. *Uol*, [S.l.], 17 out. 2016. Disponível em: <https://josiasdesouza.blogosfera.uol.com.br/2016/10/17/beneficiario-do-bolsa-familia-doa-r-75-milhoes>. Acesso em: 13 jul. 2020.
- SPECK, Bruno W. O financiamento de campanhas eleitorais. In: AVRITZER, Leonardo; ANASTASIA, Fátima (orgs.). *Reforma política no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG, 2006.
- STIGLITZ, Joseph E.; ROSENGARD, Jay K. *La economía del sector público*. 4. ed. Tradução Maria Esther Rabasco. Barcelona: Antoni Bosch, 2015.
- STRECK, Lenio. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional financeiro – Teoria da Constituição financeira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. *Indícios de irregularidades em doações de campanha ultrapassam R\$ 1 bilhão (atualizada)*. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2016/Outubro/indicios-de-irregularidades-em-doacoes-de-campanha-ultrapassam-r-1-bilhao>. Acesso em: 13 jul. 2020.

ZAVASCKI, Teori. Financiamento empresarial de partidos políticos: a questão constitucional. *In*: NORONHA, João Otávio de; KIM, Richard Pae (coord.). *Sistemapolítico e direito eleitoral brasileiros* – Estudos em homenagem ao Ministro Dias Toffoli. São Paulo: Atlas, 2016.

Zero hora. Vereadora que ganhou apenas o próprio voto na última eleição assume vaga na Câmara de Coronel Pilar. *Jornal Zero Hora*, [S.l.], 10 set. 2014. Disponível em: <https://gauchazh.clicrbs.com.br/geral/noticia/2014/09/Vereadora-que-ganhou-apenas-o-proprio-voto-na-ultima-eleicao-assume-vaga-na-Camara-de-Coronel-Pilar-4595006.html>. Acesso em: 13 set. 2020.

## VIII

# Da impossibilidade jurídica do acolhimento dos embargos declaratórios opostos contra a decisão de mérito prolatada nos autos do RE nº 574.706-PR

### Análise da solução de consulta interna Cosit-13/2018 – Questões conexas

*Roque Antonio Carrazza\**

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Considerações gerais. 3. O julgamento do RE nº 574.706-PR. 4. Da impossibilidade jurídica da modulação dos efeitos da decisão prolatada no RE nº 574.706-PR. 5. Ainda os Embargos de Declaração opostos contra a decisão prolatada no RE nº 574.706-PR. Descabimento da pretendida modulação. 6. Da injuridicidade da Solução de Consulta Interna COSIT-13/2018. 7. Referências Bibliográficas.

**RESUMO:** Os embargos declaratórios opostos pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, contra a decisão prolatada no RE 574.706, não devem ser nem conhecidos, nem

---

\* Professor Titular da Cadeira de Direito Tributário da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – Advogado e Consultor Tributário - Mestre, Doutor e Livre-docente em Direito Tributário pela PUC/SP - Ex-Presidente da Academia Paulista de Direito.

acolhidos. Também o caso não comporta seja a modulação dos efeitos, seja o endosso da Solução de Consulta Interna COSIT-13/2018.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito Tributário – PIS/COFINS – Base de cálculo – Exclusão do ICMS – Tema 69 da Repercussão geral – RE nº 574.706-PR – Modulação de efeitos: sua impossibilidade – Solução de Consulta Interna COSIT-13/2018: sua injuridicidade

## 1. INTRODUÇÃO

---

Procuraremos demonstrar, neste artigo, ao lado de questões conexas, a impossibilidade jurídica seja do conhecimento, seja – e principalmente – do acolhimento dos embargos declaratórios opostos, pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, contra a decisão prolatada no RE nº 574.706-PR, em que restou assentado, sob a égide da repercussão geral, que o ICMS não integra a base de cálculo do PIS e da COFINS (Tema 69 da Repercussão Geral). Paralelamente, sustentaremos que os efeitos daquele *decisum* não são passíveis de modulação, bem como que desmerece guarida a Solução de Consulta Interna COSIT-13, de 18.10.2018, na qual a Receita Federal do Brasil dá uma interpretação “*multo a propósito*” de como deve ser cumprida o precitado acórdão do Supremo Tribunal Federal.

## 2. CONSIDERAÇÕES GERAIS

---

I. O Supremo Tribunal Federal, ao concluir, em 8.10.2014, o julgamento do RE 240.785-MG, considerou, por maioria de votos (7 x 2, vencidos os Ministros Eros Grau e Gilmar Mendes), incompatível com os ditames constitucional-tributários a inclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS e da contribuição ao PIS. A decisão transitou em julgado, tendo sido determinada, em 18.3.2015, a baixa definitiva dos autos à origem.

Todavia, como o referido julgamento não havia sido afetado como de repercussão geral, foi distribuído o RE nº 574.706-PR, no

qual o assunto em foco foi submetido aos procedimentos previstos no art. 543-B do antigo *CPC* e no art. 1.036 do *CPC/2015*.

Passemos, pois, à análise do julgamento do RE nº 574.706-PR, bem assim de seus efeitos.

### **3. O JULGAMENTO DO RE Nº 574.706-PR**

---

I. O RE nº 574.706-PR questiona acórdão do TRF-4ª Região segundo o qual o *ICMS* integra a base de cálculo da contribuição ao *PIS* e da *COFINS*.

Após o reconhecimento da repercussão geral da matéria nele veiculada, o recurso, devidamente processado, teve seu julgamento iniciado em 9.3.2017 e decidido, quanto ao mérito, na sessão do dia 15.3.2017. Por maioria de votos (6 x 4) o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu que o *ICMS* não integra a base de cálculo da contribuição ao *PIS* e da *COFINS* e aprovou a seguinte tese (Tese 69), em repercussão geral: “*O ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS*”.

Relatemos melhor o caso.

II. A Relatora, Ministra Carmen Lúcia, deu início ao julgamento, e em seu voto-condutor acolheu o pleito dos contribuintes, tendo sido acompanhada pelos Mins. Rosa Weber, Luiz Fux, Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio e Celso de Mello. Restaram vencidos os Mins. Edson Fachin, que inaugurou a divergência, Luís Roberto Barroso, Dias Toffoli e Gilmar Mendes.

O acórdão do julgamento, publicado no dia 2.10.2017, assim está ementado, *verbis*:

*“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 da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, 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 STF. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS.*

*“4. Se o art. 3º, § 2º, inciso 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.*

*“5. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS.”*

**IIa.** Nos termos do voto da Relatora, o ICMS não se enquadra nas fontes de financiamento da seguridade social previstas na Constituição, pois não representa faturamento ou receita, mas, apenas, um ingresso de caixa ou trânsito contábil, a ser totalmente repassado ao Fisco Estadual, *verbis*:

*“(…) a análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há que levar em consideração o conteúdo normativo do art. 155, § 2º, inciso I, da*

*Constituição da República, ou seja, examina-se a não cumulatividade a cada operação – art. 155, § 2º: ‘O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte: I – será não cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal; (...)’.*

*“7. Considerando apenas o disposto no art. 155, § 2º, inciso I, da Constituição da República, pode-se ter a seguinte cadeia de incidência do ICMS de determinada mercadoria:*

	<b>Indústria</b>	<b>Distribuidora</b>	<b>Comerciante</b>	<b>Consumidor</b>
Valor saída	100	- 150 -	200	
Alíquota	10%	10%	10%	.....
Destacado	10	15	20	.....
A compensar	0	10	15	.....
A recolher	10	5	5	.....

*“Desse quadro é possível extrair que, conquanto nem todo o montante do ICMS seja imediatamente recolhido pelo contribuinte posicionado no meio da cadeia (distribuidor e comerciante), ou seja, parte do valor do ICMS destacado na ‘fatura’ é aproveitado pelo contribuinte para compensar com o montante do ICMS gerado na operação anterior, em algum momento, ainda que não exatamente no mesmo, ele será recolhido e não constitui receita do contribuinte; logo, ainda que, contabilmente, seja escriturado, não guarda relação com a definição constitucional de faturamento para fins de apuração da base de cálculo das contribuições.*

*“Portanto, ainda que não no mesmo momento, o valor do ICMS tem como destinatário fiscal a Fazenda Pública, para a qual será transferido.*

*“8. Por ser inviável a apuração do ICMS considerando cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, resolveu-se adotar o sistema de sua 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. Esta é a chamada análise contábil ou escritural do ICMS. (...).*

*“Essa forma escritural de cálculo do ICMS a recolher baseia-se na verdade matemática segundo a qual a ordem dos fatores não altera o resultado. É igualmente verdadeiro que também o momento das diferentes operações não pode alterar o regime de aplicação de tributação num sistema que, quanto a esse caso, se caracteriza pela compensação para se chegar à inacumulatividade constitucionalmente qualificadora do tributo.*

*“9. Toda essa digressão sobre a forma de apuração do ICMS devido pelo contribuinte demonstra que o regime da não cumulatividade impõe concluir, embora se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, todo ele não se inclui na definição de faturamento aproveitada por este STF, pelo quê não pode ele compor a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS.*

*“Enfatize-se que o ICMS incide sobre todo o valor da operação, pelo quê o regime de compensação importa na circunstância de, em algum momento da cadeia de operações, somente haver saldo a pagar do tributo se a venda for realizada em montante superior ao da aquisição e na medida dessa mais-valia, ou seja, é indeterminável até se efetivar a operação, afastando-se, pois, da composição do custo, devendo ser excluído da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS.*

*“Contudo, é inegável que o ICMS respeita a todo o processo e o contribuinte não inclui como receita ou faturamento o que ele haverá de repassar à Fazenda Pública.*

*“10. Com esses fundamentos, concluo que o valor correspondente ao ICMS não pode ser validamente incluído na base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS.”*

**I**b.**** De sua parte, o Min. Celso de Mello, acompanhando a Ministra Carmen Lúcia, reafirmou que a inclusão do ICMS na base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS é inconstitucional, pois só pode ser considerado receita o ingresso de dinheiro que passa a integrar definitivamente o patrimônio da empresa, o que não ocorre com o referido tributo, que é integralmente repassado aos Estados ou ao Distrito Federal.

Aliás, repisando argumentos que utilizara em julgados anteriores do STF, que enfrentaram o conceito de faturamento e/ou receita – *especialmente no que se refere à adoção, pela legislação tributária, de conceitos e formas do direito privado (art. 110 do CTN)* –, assim se manifestou este preclaro magistrado, *verbis*:

*“Não se desconhece, Sra. Presidente, considerados os termos da discussão em torno da noção conceitual de faturamento, que a legislação tributária, emanada de qualquer das pessoas políticas, 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, para definir ou limitar competências tributárias, o que justificou, por exemplo, em face do que dispõe o art. 110 do CTN, a formulação por esta Corte Suprema, no exercício de sua jurisdição constitucional, do enunciado constante da Súmula Vinculante n. 31, cujo teor, resultante de ‘reiteradas decisões sobre matéria constitucional’ (CF, art. 103-A, caput), possui o seguinte conteúdo: ‘É inconstitucional a incidência do imposto sobre serviços de qualquer natureza/ISS sobre operações de locação de bens móveis’.*

*“Veja-se, pois, que, para efeito de definição e identificação do conteúdo e alcance de institutos, conceitos e formas*

*de direito privado, o CTN, em seu art. 110, 'faz prevalecer o império do direito privado – civil ou comercial (...)' (Aliomar Baleeiro, Direito Tributário Brasileiro, p. 687, item n. 2, atualizado pela professora Misabel Abreu Machado Derzi, 11ª ed., 1999, Forense – grifei), razão pela qual esta Suprema Corte, para fins jurídico-tributários, não pode recusar a definição que aos institutos é dada pelo direito privado, sem que isso envolva interpretação da Constituição conforme as leis, sob pena de prestigiar-se, no tema, a interpretação econômica do direito tributário, em detrimento do postulado da tipicidade, que representa, no contexto de nosso sistema normativo, projeção natural e necessária do princípio constitucional da reserva de lei em sentido formal, consoante adverte autorizado magistério doutrinário (Gilberto de Ulhôa Canto, in Caderno de Pesquisas Tributárias 13/493, 1989, Resenha Tributária; Gabriel Lacerda Troianelli, 'O ISS sobre a locação de bens móveis', in Revista Dialética de Direito Tributário vol. 28/7-11, 8-9)."*

**IIc.** Anote-se, ainda, que, ao fazer referência aos conceitos e formas extraídos do direito privado, o Min. Celso de Mello trouxe à colação trecho do voto do Min. Marco Aurélio proferido nos autos do RE 240.785-MG, *verbis*:

*“As expressões utilizadas no inciso I do art. 195 em comento hão de ser tomadas no sentido técnico consagrado pela doutrina e jurisprudencialmente. Por isso mesmo, esta Corte glosou a possibilidade de incidência da contribuição, na redação primitiva da Carta, sobre o que pago àqueles que não mantinham vínculo empregatício com a empresa, emprestando, assim, ao vocábulo ‘salários’ o sentido técnico-jurídico, ou seja, de remuneração feita com base no contrato de trabalho – RE n. 128.519-2/DF. Jamais imaginou-se ter a referência à folha de salários como a apanhar, por exemplo, os acessórios, os encargos ditos trabalhistas resultantes do pagamento efetuado.*

*“Óptica diversa não pode ser emprestada ao preceito constitucional revelador da incidência sobre o faturamento. Este decorre, em si, de um negócio jurídico, de uma operação, importando, por tal motivo, o que percebido por aquele que a realiza, considerada a venda de mercadoria ou mesmo a prestação de serviços.”*

Realmente, a Constituição Federal, ao acolher, sem ressalvas, termos e expressões oriundos do direito privado (“*folha de salários*”, “*faturamento*”, “*receita*” etc.), impede que a legislação tributária infraconstitucional venha a dar-lhes outro significado.

**III.** Pois bem, *faturamento* e *receita* são vocábulos cujo sentido técnico-jurídico está vinculado à ideia de *um ingresso decorrente de um negócio jurídico*, que propicia à entidade empresarial a obtenção de *uma riqueza própria*, que *se incorpora ao seu patrimônio, sem reservas ou condições*.

Deste modo, a base de cálculo, seja do *PIS*, seja da *COFINS*, não pode ir além do faturamento, ou seja, da receita incorporada, sem reservas ou condições, no patrimônio da empresa, decorrente da operação mercantil ou similar. Positivamente, não é o que se dá com o *ICMS*, que, por se incorporar ao patrimônio do Estado-membro ou do Distrito Federal, apenas transita pela contabilidade do sujeito passivo dessas contribuições. Assim, inserir o imposto nas suas bases de cálculo faria com que estas incidissem sobre ele, numa burla manifesta ao disposto no art. 195, I, *b*, da Constituição Federal.

Convém lembrar, neste passo, que, para que determinado ingresso pecuniário nos cofres da pessoa jurídica configure receita, é imprescindível (*i*) que importe acréscimo patrimonial e, (*ii*) que ele se dê em caráter definitivo.

**IV.** Assim, o mérito da questão ficou definitivamente decidido, até porque o julgamento foi submetido ao regime dos recursos repetitivos, “*destinados a produzir eficácia pacificadora de múltiplos*

*litígios, mediante estabelecimento de tese aplicável a todos os recursos em que se debata a mesma questão de direito”<sup>1</sup>*

O caso, porém, não está terminado, porque a Procuradoria da Fazenda Nacional pleiteia a modulação dos efeitos da decisão.

Tal nosso próximo assunto.

#### **4. DA IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DA MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO PROLATADA NO RE Nº 574.706-PR**

---

**I.** A Procuradoria da Fazenda Nacional requereu, da tribuna do STF, a modulação dos efeitos da decisão prolatada no RE nº 574.706-PR.

A Ministra Carmen Lúcia indeferiu o pedido, observando que não constava do processo nenhum pleito nesse sentido, pelo que a modulação era, naquele momento, juridicamente inacolhível.

Todavia, a Fazenda Nacional opôs, em 19.10.2017, embargos de declaração nos quais postula sejam atribuídos ao v. acórdão efeitos *ex nunc*.

**II.** De sua parte, a embargada, ao impugnar os preditos embargos de declaração, sustentou a impertinência jurídica da pretensão fazendária, com o que concordamos plenamente.

**III.** Já, a Procuradoria-Geral da República, instada a manifestar-se, reconheceu que a Suprema Corte analisou extensivamente a causa, pelo quê não haveria omissões, contradições ou erros materiais a abrir espaço ao provimento dos embargos.

Opinou, no entanto, no sentido de que os embargos de declaração “(...) *podem e devem ser acolhidos para que se proceda à modulação dos efeitos do julgado*”<sup>2</sup>

---

1. Humberto Theodoro Jr., *Código de Processo Civil Anotado*, 20ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2016, p. 1183.

2. Cfr. p. 7 da manifestação.

Para justificar tal entendimento, argumentou que, com o advento do instituto da repercussão geral (que dilata o exame de uma causa para a controvérsia nele existente, não mais restringindo-o ao caso concreto), os embargos de declaração ganharam novos contornos no âmbito do STF, *verbis*:

*“Nesta linha de ideias, sob a sistemática da repercussão geral ganham os embargos de declaração nova dimensão. Constituem oportunidade para que o Ministério Público ou as partes possam destacar pontos de relevo envolvidos no deslinde da questão, evitando a necessidade de um novo pronunciamento da Corte no futuro. Assim, conquanto possa revelar-se ausente omissão ou obscuridade, considerados exclusivamente os termos da causa deduzida ao Tribunal na via extraordinária, o exame da tese, que impõe a análise de seus diversos matizes, conduz ao imperativo de esclarecimento de determinados pontos de eminente interesse jurídico e social, notadamente seus efeitos”.*<sup>3</sup>

Ainda de acordo com a Procuradoria Geral da República, esta “nova dimensão” abarcaria não apenas maiores esclarecimentos do alcance do julgado, como também a modulação de seus efeitos.

Seguindo nessa toada, obtemperou que, como levantado pela corrente minoritária do STF, no julgamento do caso, a procedência do pedido trará impacto e abrangência de relevâncias tais que justificariam seus efeitos prospectivos para o futuro, com eficácia *ex nunc*.

Lembrou, ainda, do argumento do Min. Marco Aurélio, que fez referência a suposto receio da Fazenda Pública de possível “quebra” do Estado com o provimento da tese; do Min. Gilmar Mendes, que levantou o “vultoso impacto fiscal da decisão”. Mencionou, por fim,

---

3. Cfr. p. 8 da manifestação.

o cenário de crise fiscal que também teria sido trazido à balha pelo Min. Roberto Barroso. Daí haver concluído, *verbis*:

*“Todos esses riscos, somados à atual e notória crise econômica por que passa o País e à necessidade de dar-se primazia ao equilíbrio orçamentário-financeiro do Estado, impõem a cautela de proceder-se à modulação dos efeitos da decisão embargada, de modo que o cumprimento do aresto não detenha efeitos retroativos, mas eficácia póstera.*

*“Assim, opino pelo parcial provimento dos embargos, tão somente para que se faça a modulação dos efeitos do acórdão, de modo que o decidido neste recurso paradigmático tenha eficácia ‘pro futuro’, a partir do julgamento destes declaratórios.”<sup>4</sup>*

Como se vê, a Procuradoria Geral da República apresentou argumentos *ad terrorem* e *ad crumenam*, que, a seu sentir, justificariam a necessidade de modulação dos efeitos.

**IV.** Sem embargo, estamos convencidos de que o pleito da Fazenda Nacional, apesar dos “*adminículos*” da Procuradoria Geral da República, não deve ser acolhido.

Isso porque o STF negou a modulação de efeitos de suas decisões, entendendo que a quebra do Erário, não tinha força jurídica para tanto.<sup>5</sup> Foi o que se deu, por exemplo, no RE nº 559.973 (inconstitucionalidade da base de cálculo do PIS/COFINS-Importação) e no RE nº 595.838 (inconstitucionalidade da contribuição previdenciária sobre valores pagos a cooperativas de trabalho). Em ambos os casos o argumento fazendário girava, como agora, em torno de perdas financeiras expressivas.

---

4. Cfr. p. 10 da manifestação.

5. Só podemos aplaudir esta linha de raciocínio, pois não são os valores em jogo que determinam a melhor solução a ser dada a um problema jurídico.

Ora, a decisão que declarou a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS é, neste particular, semelhante à dos precedentes acima, já que os mesmos argumentos *ad crumenam* e *ad terrorem* foram esgrimidos nos mencionados embargos declaratórios.

Logo, tudo nos leva a crer que a mesma solução (negativa de modulação de efeitos) será dada nos autos do RE nº 574.706/PR.

**V-** Ademais, mesmo que, eventualmente, seja reconhecida a necessidade da modulação de efeitos da decisão prolatada no recurso extraordinário em pauta – o que admitimos apenas por amor à controvérsia dialética –, é quase certo que será resguardado o direito dos contribuintes que propuseram ações para questionar a referida inclusão.

Foi o que se deu, por exemplo, no RE nº 559.943-RS. Nele, embora o STF tenha declarado a inconstitucionalidade do prazo decadencial de 10 anos, previsto na Lei nº 8.212/1991, para a constituição de créditos tributários relativos a contribuições previdenciárias, assentou que só fariam jus à repetição do indébito os contribuintes que ajuizaram ações até a data do encerramento do julgamento.

**Va.** Corroborando a assertiva *supra* a circunstância de que, no caso ora em análise, não houve a declaração de inconstitucionalidade de qualquer dispositivo legal, mas, apenas, uma interpretação “*conforme a Constituição*”.

Assim, de acordo com precedentes do STF, não seriam cabíveis o conhecimento e o deferimento do pedido de modulação de efeitos, para aplicação da decisão, quer a partir do seu trânsito em julgado, quer, mesmo, de 1.1.2018.<sup>6</sup>

---

6. Conforme pleiteado pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, da tribuna do STF.

Portanto, é de nosso entendimento que a decisão em tela deverá ser aplicada sem qualquer modulação de seus efeitos.

**Vb.** De resto, o próprio STF, em decisões *monocráticas* (proferidas, pois, antes do julgamento dos embargos de declaração – o que, até o momento, não ocorreu<sup>7</sup>), manteve a tese que ora faz nossos cuidados. Nesse sentido, o excerto abaixo, transcrito da decisão prolatada pelo Min. Celso de Mello nos autos do RE nº 939.742-RS, *verbis*:

*“Cumpre observar’, finalmente, no que se refere à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, que o Plenário do STF, ‘após reconhecer’ a existência de repercussão geral da questão constitucional ‘igualmente’ versada na presente causa, ‘julgou o RE n. 574.706-PR’, rela. Min. Carmen Lúcia, nele fixando a tese assim consubstanciada: ‘O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS’.*

*“O exame da presente causa ‘evidencia’ que o acórdão ora impugnado ‘diverge’, no ponto, da diretriz jurisprudencial que esta Suprema Corte ‘firmou’ na análise da matéria em referência.*

*“Sendo assim’, e tendo em consideração as razões expostas, ‘dou parcial provimento’ ao recurso extraordinário, por estar o acórdão recorrido em confronto com o entendimento emanado pelo Plenário desta Suprema Corte (RE n. 574.706-PR, rela. Min. Carmen Lúcia), ‘para determinar’, em consequência, seja observada pelo Tribunal ‘a quo’ a orientação jurisprudencial em referência.”<sup>8</sup>*

---

7. Julho/2020.

8. STF, RE 939.742-RS, rel. Min. Celso de Mello, j. 21.6.2017. Os destaques constam do original.

Também o Min. Roberto Barroso (voto vencido no julgamento do RE nº 574.706-PR), nos autos da MC na Rcl 32.686-SC, entendendo que a autoridade da Suprema Corte fora afrontada, determinou a suspensão dos efeitos de acórdão do TRF-4ª Região; *verbis*:

“Ementa’: Medida cautelar em reclamação – Direito tributário e processual civil – Repercussão geral – Tema n. 69.

“1. Reclamação em que se impugna acórdão, proferido nos termos do art. 1.040, II, do CPC/2015, que limitou a incidência da tese firmada no Tema n. 69 da repercussão geral (‘O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS’) aos fatos geradores ocorridos em período anterior à vigência da Lei n. 12.973/2014.

“2. Aparente violação da autoridade do STF.

“3. Medida liminar deferida”.<sup>9</sup>

**Vc.** Como se vê, mesmo antes do julgamento dos supramencionados embargos de declaração, a própria Suprema Corte vem aplicando o enunciado do Tema 69 da repercussão geral, o que, por si só, já sinaliza que nossa tese prevalecerá.

Examinemos, porém, um pouco mais curiosamente os referidos embargos de declaração.

---

9. STF, Rcl 32.686/SC/MC, rel. Min. Roberto Barroso, j. 6.12.2018. Os destaques constam do original.

## 5. AINDA OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS CONTRA A DECISÃO PROLATADA NO RE Nº 574.706-PR. DESCABIMENTO DA PRETENDIDA MODULAÇÃO

---

I- Rememoramos que no RE nº 574.706-PR se questiona acórdão do TRF-4ª Região no qual restou decidido que o ICMS integra a base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS.

Uma vez reconhecida a repercussão geral da matéria, o recurso teve seu julgamento iniciado em 9.3.2017, tendo sido provido, quanto ao mérito, na sessão do dia 15.3.2017.

**Ia.** Embora até a data do julgamento do recurso extraordinário não constasse dos autos do processo qualquer pedido de modulação de efeitos,<sup>10</sup> a União Federal, em 19.10.2017, opôs ao *decisum* embargos de declaração, nos quais, após nele alegar a existência de omissões, obscuridades, contradições e erros materiais, postula lhe sejam atribuídos efeitos *ex nunc*.

**Ib.** A embargada, de seu turno, impugnou os embargos de declaração, sustentando a total impertinência jurídica da pretensão fazendária.

**Ic.** A Procuradoria Geral da República, de seu turno, apesar de admitir estarem ausentes no *decisum* quaisquer omissões, obscuridades, contradições ou erros materiais, “*opinou*”, invocando questões de segurança jurídica, pelo acolhimento do pedido de modulação, tendo em vista os supostos graves efeitos econômicos que, sem ela, a decisão poderia acarretar.

**Id.** A nosso sentir, os embargos de declaração não devem ser providos, dada a inexistência no v. acórdão de qualquer omissão,

---

10. A Procuradoria Geral da Fazenda Nacional somente solicitou a modulação dos efeitos da decisão, da tribuna do STF, na data do julgamento do recurso extraordinário.

obscuridade, contradição ou erro material a sanar. Tampouco é o caso de modulação dos seus efeitos.

Então, vejamos.

II. Nos embargos de declaração a União Federal sustentou, em síntese, que haveria no v. acórdão: (a) *erro material e omissão*, uma vez que nele teriam sido mencionados, equivocadamente, o art. 187 da Lei 6.404/1976 e o art. 12 do Decreto-lei 1.598/1977; (b) *omissão e contradição*, porque ele não teria enfrentado os precedentes definidos nos RE 212.209 e 582.461 (tese do *ICMS por dentro*); (c) *contradição*, por ter aludido, de modo equivocado, a determinadas obras doutrinárias, nomeadamente de Aliomar Baleeiro e Ricardo Mariz de Oliveira, acerca do termo “*receita*”; (d) *obscuridade*, porquanto teria deixado de examinar o “*impacto sistêmico*” da decisão (argumento consequencialista); (e) *contradição e obscuridade*, porque, embora seu voto-condutor tenha se baseado no *ICMS* e na não cumulatividade ínsita a este tributo, não teria deixado claro o valor que deveria ser retirado da base de cálculo da contribuição ao *PIS* e da *COFINS*: se o *montante* de *ICMS* destacado na nota fiscal ou o *efetivamente recolhido em moeda corrente* em cada etapa da cadeia econômica. Requereu, por fim, a modulação dos efeitos do *decisum*, a partir, primeiro, de janeiro/2018 e, depois, do trânsito em julgado.

Nenhum desses argumentos juridicamente se sustenta, como a seguir se verá.

***Ila. Inexistência de suposto erro material e omissão:*** im-procede o argumento fazendário de que o v. acórdão teria citado, equivocadamente, o art. 187, da Lei nº 6.404/1976 e o art. 12, do Decreto-lei 1.598/1977.

Deveras, examinando os votos dos seis Ministros que sufragaram a tese dos contribuintes, nota-se que, na verdade, a Relatora limitou-se a fazer uma *referência secundária* ao voto do Min. César Peluso prolatado no julgamento do RE nº 357.950-9-RS (relativo à

inconstitucionalidade da ampliação, pelo art. 3º, da Lei 9.718/1998, da base de cálculo do *PIS* e da *COFINS*).

Ademais, no voto do Min. César Peluso a Lei nº 6.404/1976 foi mencionada apenas *de passagem*.

Portanto, ao contrário do alegado, a Ministra-Relatora não fundamentou seu voto no art. 187, I, da Lei 6.404/1976, mas simplesmente entendeu haver um conceito consolidado de *receita* na jurisprudência, na legislação e na doutrina. Apoiada – agora, sim – neste conceito, prolatou seu voto.

Também o Min. Luiz Fux, em seu voto, fez, *en passant*, a mesma referência.

Os demais Ministros que votaram a favor dos contribuintes *não* mencionaram *sequer* a Lei nº 6.404/1976.

Enfim, a alusão a esta lei não fez parte da *ratio decidendi* do voto-condutor, o que afasta o argumento da existência de *erro material*.

O mesmo se pode dizer do art. 12, do Decreto-lei nº 1.598/1977, que, na realidade, não fundamentou os votos que acompanharam a decisão da Min. Carmen Lúcia, o que reforça a assertiva de que inexistiu, *in casu*, qualquer *erro material* ou *omissão*.

***Iib. Inexistência de suposta omissão e contradição:*** a Fazenda Nacional também alega a existência de *omissão* e *contradição*, uma vez que, a seu sentir, o v. acórdão não teria enfrentado os precedentes definidos nos RE 212.209 e 582.461 (tese do *ICMS por dentro*). Sem razão, porém.

De fato, para que se cogite da existência de *omissão* é mister verificar, preliminarmente, a matéria discutida em cada caso. Se for diversa não há falar em *omissão*.

Pois bem. Nos Res nºs 212.209 e 582.461 foi discutido se o *ICMS*, *imposto estadual*, indireto, real e plurifásico, previsto no art. 155, da Constituição Federal, poderia incidir sobre si mesmo.

Já, no caso em julgamento, perquire-se se a contribuição ao *PIS* e a *COFINS* – tributos *diretos* e *pessoais*, que (i) encontram *fundamento de validade* no art. 195 da Constituição Federal, (ii) se caracterizam por sua finalidade e destinação e, (iii) cujo regime não cumulativo não se confunde com o do ICMS (havendo até autores que as consideram impostos pessoais e monofásicos) – podem ter inserido em suas bases de cálculo um tributo estadual.

Assim, é evidente que os dois casos giram em torno de matérias diferentes. Melhor explicitando, os tributos são diferentes porque: (a) têm *regras-matrizes constitucionais* diferentes; (b) são instituídos por entes federados diferentes; e, (c) os princípios constitucionais que os informam são igualmente diferentes.

Mais não é preciso escrever para que se conclua que inexistente no v. acórdão a pretendida contradição.<sup>11</sup>

Por outro lado, como é de trivial sabença, só há omissão quando o tribunal, *devendo se pronunciar sobre determinado ponto*, deixa de fazê-lo.

Ora, como o STF não era obrigado a se pronunciar sobre questões que não influíam na solução do caso concreto, obviamente inexistente omissão a sanar.

***IIc. Ainda a inexistência de contradição:*** alega, outrossim, a União Federal que o v. acórdão teria se referido, de maneira equivocada, a determinadas obras doutrinárias, especificamente as de autoria de Aliomar Baleeiro e de Ricardo Mariz de Oliveira quando trataram, respectivamente, da “*receita pública*” e da “*receita*”.

Ora, é sabido e consabido que somente se patenteia a *contradição* numa decisão judicial quando contém afirmações nas quais a

---

11. Os precedentes citados pela União Federal são tão distantes do caso em exame que nem mesmo se pode cogitar, entre eles, de *distinguish*.

veracidade de umas implica a falsidade de outras. É o que se denomina *antinomia interna*.

*A contrario sensu*, uma referência doutrinária externa ou uma argumentação de reforço contida no v. acórdão não pode ser considerada uma contradição.

Além disso, se contradição houvesse – e não há –, não teria o condão de infirmar as conclusões do v. acórdão.

Isso porque, como se sabe, Aliomar Baleeiro escreveu suas obras sobre receita pública *há muitos anos*, antes da evolução jurisprudencial do tema pela Suprema Corte.

Já, Ricardo Mariz de Oliveira, em seu livro sobre imposto de renda, trata da “receita” apenas *a latere*, ou seja, sem aprofundar o assunto.

Some-se a isso, a circunstância de que nenhuma das citações doutrinárias serviu de supedâneo ao voto vencedor.

***IId. Inexistência de obscuridade:*** a União Federal também sustenta que o v. acórdão teria deixado de examinar o suposto “*impacto sistêmico*” da decisão, vale dizer, os efeitos negativos que ela causaria nas contas públicas. Chegou a mencionar – sem nenhuma comprovação, embora – um “*rombo*” de 250 bilhões de Reais (!).

Anote-se, por oportuno, que, em rigor, o Fisco alude, não a uma *obscuridade*, mas a uma suposta *omissão*.

De todo modo, o assunto diz de perto com o pedido de modulação, por hipotético risco à segurança jurídica, o que será a seguir rebatido.

***Ile. Ainda a inexistência de contradição e obscuridade:*** a União Federal igualmente observa que o voto da Ministra-Relatora teria, contraditoriamente, mencionado o ICMS e feito referência à não cumulatividade.

Argumenta, em reforço, que, se a ilustre Relatora entende que o ICMS não se enquadra no conceito de receita e, ao mesmo tempo, que ele é não cumulativo (e, que, portanto, o que é destacado na nota fiscal de venda da mercadoria não é necessariamente recolhido em moeda), seu voto seria contraditório.

Também acrescenta que nele haveria obscuridade, porquanto não teria definido qual o valor que deveria ser retirado das bases de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS a título de ICMS: se o destacado na nota fiscal *ou* o efetivamente recolhido em moeda corrente.

Pois bem. Desconsiderando a referência, manifestamente equivocada, à obscuridade – quando deveria ter sido mencionada a (inexistente) omissão –, mais uma vez o Fisco claudica.

Deveras, consta textualmente do voto da Min. Carmen Lúcia: “[...] embora se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, *todo ele não se inclui na definição de faturamento* aproveitado por este STF, *pelo quê não pode ele compor a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS*”.<sup>12</sup> Daí, assim finalizar seu raciocínio: “[c]om esses fundamentos, *concluo que o valor correspondente ao ICMS não pode ser validamente incluído na base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS*”.<sup>13</sup>

***IIj. Mas, afinal, o que se deve retirar do PIS/COFINS: o ICMS recolhido ou o destacado na nota fiscal? Evidentemente, o destacado.***

Assim deve ser porque foi todo o ICMS destacado na nota fiscal, que se viu indevidamente inserido nas bases de cálculo das mencionadas contribuições sociais.

---

12. Cf. pp. 16-17 do v. acórdão (grifamos).

13. Cfr. p. 17, do v. acórdão.

Além de tudo – e pedindo escusas pela simplicidade do argumento –, só se pode retirar o que indevidamente se pôs!

**Ilf.1.** Depois, não se deve perder de vista que no caso em julgamento se discute o regime jurídico do *PIS/COFINS*; não o do *ICMS*. Este é mencionado apenas por ter sido inconstitucionalmente inserido na base de cálculo das referidas contribuições, conforme decidiu o STF.<sup>14</sup>

**Ilf.2.** Mas, entrando no assunto – o que se faz simplesmente por amor ao debate –, lembramos que o *princípio da não cumulatividade* do *ICMS* (veiculado no art. 155, § 2º, I e II, da *CF*) assegura ao contribuinte, em cada operação ou prestação, uma dedução correspondente ao montante do tributo devido nas operações ou prestações anteriores. Como ensinava o saudoso professor Geraldo Ataliba, esta exação tem duas moedas de pagamento: a moeda corrente (o Real) e os créditos provenientes das operações ou prestações anteriores, tributadas ou tributáveis por meio de *ICMS*.<sup>15</sup>

Portanto, o *ICMS* – ao contrário do *IVA*<sup>16</sup> europeu – não é um imposto sobre o valor agregado, porque em cada operação ou prestação *todo* o montante destacado na nota fiscal deve ser recolhido. Sua forma de pagamento é que pode variar. Dependendo das circunstâncias, é efetuado: (a) somente em moeda corrente (quando não há créditos a aproveitar); (b) parte em moeda corrente e parte

---

14. Se, *ad absurdum*, tivesse sido inserida na base de cálculo do *PIS/COFINS* a *tarifa de energia elétrica* recolhida pelo contribuinte, seguramente o Fisco não se atreveria a questionar se o montante a restituir deveria levar em conta (i) se ela foi efetivamente paga, (ii) qual a “*bandeira*” vigente à época do recolhimento, (iii) se o paradigma a tomar seria o aplicável aos usuários com baixo consumo; etc.

15. Não é preciso que o *ICMS* tenha sido efetivamente recolhido nas operações ou prestações anteriores para que gere *moeda de pagamento* do tributo; basta que tenha sido devido.

16. Imposto sobre o Valor Agregado, na França chamado “*Taxe sur la valeur ajoutée (TVA)*”.

em créditos; ou (c) somente em créditos (quando estes bastam para liquidar o débito).

Em qualquer desses casos, porém, o *quantum debeatur* é sempre o montante *destacado* na nota fiscal.

Ora, é justamente este montante, que, em cumprimento ao que foi decidido pelo *STF*, deve ser retirado da base de cálculo do *PIS/COFINS*.

O voto é, pois, cristalino. Nele não há qualquer *omissão*, *obscuridade* ou *contradição*.

**IIJ.3.** Tanto isso é certo que os TRFs das cinco Regiões, com base nesse lapidar voto da Ministra Carmen Lúcia, entenderam, unânime e categoricamente, que o que deve ser retirado das bases de cálculo da contribuição ao *PIS* e da *COFINS* é o **ICMS destacado**.

Assim, não se pode afirmar que a decisão em tela é omissa, obscura ou contraditória, porquanto *todos os cinco TRFs do País*,<sup>17</sup> com base no voto em questão, decidiram que o *ICMS* destacado na nota fiscal correspondente *deve ser* retirado das bases de cálculo da contribuição ao *PIS* e da *COFINS*.

---

17. A título exemplificativo, podem ser citadas as recentes decisões prolatadas: (a) no *TRF-1ª Região*, 8ª Turma, AMS 1005120-22.2017.4.01.3500, *DJe* 4.11.2019, e 7ª Turma, ACi 0002836-85.2017.4.03.3200, *DJe* 15.10.2019; (b) no *TRF-2ª Região*, 3ª Turma, ACi 0116732-33.2016.4.02.5102, *DJe* 21.10.2019, e 4ª Turma, ACi 011777-32.2008.4.02.5101, *DJe* 13.9.2019; (c) no *TRF-3ª Região*, 6ª Turma, ACi 5000015-78.2017.4.03.6106, *DJe* 14.11.2019, e 3ª Turma, ACi 5002677-33.2017.4.03.6100, *DJe* 13.1.2019; (d) no *TRF-4ª Região*, 2ª Turma, AI 5046965-35.2019.4.04.0000, *DJe* 14.11.2019, Vice-Presidência, Juízo de Admissibilidade de recurso extraordinário na ACi 5014071-46.2019.4.04.7100, *DJe* 12.11.2019, e 1ª Turma, ACi 5003187-08.2017.4.04.7203, *DJe* 6.2.2019; e (e) no *TRF-5ª Região*, 4ª Turma, AI 080718091.2019.4.05.0000, j. 7.11.2019, e 2ª Turma, ACi 0808079-21.2019.4.05.8300, j. 29.10.2019.

Nesse passo é importante lembrar que já na década de 1980 tanto o extinto TFR (Súmula 161) quanto o STF (RE 107.392) decidiram que o *IPi* não poderia integrar a base de cálculo da contribuição ao *PIS* (aliás, justamente ao argumento de que o imposto não era receita do contribuinte), o que levou o Congresso Nacional a, posteriormente, incluir tal dedução nas leis instituidoras das contribuições em tela (v.g., no art. 2º da Lei Complementar 70/1991).

Naquele caso, tanto o legislador da União, quanto a própria Receita Federal, sempre sustentaram que o montante de *IPi* a ser excluído era o *destacado* nas notas fiscais de venda.

A bem da verdade, até mesmo no que tange ao *ICMS* a União vinha compreendendo que a exclusão a ser feita corresponderia ao imposto *destacado* nas notas fiscais de venda.

***IIg.*** Do exposto, força é convir que a União busca rediscutir, em *embargos de declaração*, o mérito da causa – o que, a toda evidência, não é juridicamente possível.

Os embargos de declaração – não custa relembrar – apenas se prestam a corrigir obscuridades, omissões, contradições ou erros materiais, motivo pelo qual devem ser desprovidos.

**III. Descabimento da *modulação*:** como vimos, de acordo com a União Federal, em razão do suposto “*rombo orçamentário*” que a decisão em tela causará (de 250 bilhões de Reais), faz-se necessária a modulação de seus efeitos, em ordem a preservar a segurança jurídica.

Ao usar deste *argumento consequencialista*<sup>18</sup> está, porém, desassistida de razão.

---

18. Entendemos por *consequencialismo jurídico* a estratégia argumentativa pela qual o julgador molda o direito a seu talento, preocupado, apenas, com os resultados que poderão advir de suas decisões. Assim procedendo, frequentemente

A *uma*, porque a “*advertência*” fazendária não está lastreada em cálculos cientificamente aferíveis. Pelo contrário, tudo sinaliza que os astronômicos números por ela trazidos à colação foram simplesmente alegados.

E, a *duas*, porque a União, em cumprimento ao disposto na Lei 13.707/2018 (Lei das Diretrizes Orçamentárias), deveria ter previsto no *Anexo de Riscos Fiscais*, como “*perda provável*”, a matéria objeto do RE nº 574.706-PR, o que exigiria, além de cálculos precisos, o provisionamento dos recursos orçamentários cabíveis.<sup>19</sup>

A União Federal não pode, portanto, agora, beneficiar-se da própria desídia.

Deveras, ela tanto sabia dos riscos de uma iminente decisão desfavorável que, ao equivocadamente justificar como “*possível*” o risco de perda da demanda, fez expressa menção à vertente decisão de mérito.

**IIIa.** Como se tudo não bastasse, é por demais sabido que os montantes a restituir não serão suportados de uma única feita (como sustenta o Fisco), mas, pelo contrário, ao longo dos anos (inclusive, por meio de precatórios), de modo a tornar perfeitamente suportável, no caso concreto, o restabelecimento do primado da Constituição Federal.

---

julga com lei, sem lei, ou apesar da lei, vale dizer, transforma-se num livre aplicador do direito, sem se preocupar, inclusive, com a Constituição e os grandes princípios que ela alberga.

19. A probabilidade de perda foi considerada (i) “*remota*” na Lei de Diretrizes Orçamentárias 13.242/2015, relativa ao ano de 2016 (quando já fora prolatada a decisão favorável aos contribuintes, no RE Nº 240.785), e (ii) “*possível*” na Lei de Diretrizes Orçamentárias 13.408/2016, relativa ao ano de 2017 (quando já tinha sido decidido o mérito do RE nº 574.706).

Nem mesmo o objetivo, sem dúvida louvável, de solucionar “*problemas de caixa*” da União Federal tem força jurídica bastante para subverter os princípios que informam a tributação no Brasil.

Deste modo, não se deve acolher a chamada “*argumentação consequencialista*” (*consequentialist argument*), que preconiza que as decisões judiciais, mesmo as expendidas em sede de recurso extraordinário, devem levar em conta suas repercussões externas, como forma de prestigiar o *princípio da razoabilidade*.

É que em matéria tributária a Constituição Federal veda que observações do tipo “*quebra do Erário*”, “*dificuldades de caixa*” “*crise econômica*” e “*perda de arrecadação*” façam *tabula rasa* de direitos fundamentais do contribuinte, como o presente, de não suportar tributação indevida.<sup>20</sup>

Como se vê, o argumento fazendário em análise não se mostra idôneo a supeditar a manutenção dos efeitos pretéritos de lançamentos inconstitucionais (como no caso em estudo), sob pena de acolitar-se a absurda ideia de que, quanto mais economicamente gravosa para o contribuinte a inconstitucionalidade tributária, maior a possibilidade de ela ser tolerada pelo Poder Judiciário. Tal modo de pensar afronta, às abertas e publicadas, o *princípio da segurança jurídica*.<sup>21</sup>

**IIIb.** Além disso, *segurança jurídica não é o mesmo que segurança financeira*. Segurança jurídica é um problema *de direito*; não *de dinheiro*. Noutros falares: é um *problema axiológico*; não *monetário*.

Conseqüentemente, não se pode amesquinhar o *princípio da segurança jurídica* endossando o paralogismo de que, quando houver um montante elevado a restituir... não pode haver restituição (!)

---

20. A propósito, Ronald Dworkin observa que os direitos fundamentais não podem ser atropelados por considerações consequencialistas (*Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1978).

21. No mesmo sentido: Humberto Ávila, “*A inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS*”, in *Contribuições e Imposto sobre a Renda: Estudos e Pareceres*, São Paulo, Malheiros Editores, 2015, pp. 27-28.

**IIIc.** Em suma, admitir-se a modulação no caso em análise seria a subversão de toda a ideia de *Estado Democrático de Direito*, porque, com isso, as consequências jurídicas da decisão acabariam por ceder passo às consequências financeiras, de modo a impedir que o indébito venha devolvido ao contribuinte.

**III d.** Por derradeiro, de forma alguma se pode dizer que a União está sendo colhida de surpresa pela decisão em foco.

Isso porque o caso vem sendo julgado desde 1992, sendo que no âmbito do Pretório Excelso desde 1998.

Em 2006 já havia na Augusta Corte maioria formada em favor da tese dos contribuintes, que se consolidou em 2014, embora sem repercussão geral. E em 2017 o entendimento foi mantido, desta vez com repercussão geral.

Definitivamente, não pode a União, nesta altura, alegar surpresa. Fazê-lo atenta contra o próprio *princípio da moralidade*, que deve nortear o agir da Administração Pública (cfr. art. 37 da CF).

## **6. DA INJURIDICIDADE DA SOLUÇÃO DE CONSULTA INTERNA COSIT-13/2018**

---

**I.** Diante da decisão do *STF*, no sentido de que “o ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS” (Tema 69 das teses julgadas após reconhecimento da repercussão geral), abriu-se para os contribuintes o direito de habilitarem seus créditos perante a Receita Federal do Brasil, em ordem a aproveitá-los, repeti-los ou compensá-los com tributos federais.

Tal compensação, diga-se de passagem, vem autorizada pelo art. 74, da Lei nº 9.430/1996, que, ao tratar da “*restituição e compensação de tributos e contribuições*”, estabelece que “o sujeito passivo que apurar crédito, inclusive os judiciais com trânsito em julgado, relativo a tributo ou contribuição administrado pela Secretaria da Receita

*Federal, passível de restituição ou ressarcimento, poderá utilizá-lo na compensação de débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados por aquele Órgão*".<sup>22</sup>

**II.** Todavia, a pretexto de disciplinar o modo de dar cumprimento às decisões judiciais, transitadas em julgado, determinando a exclusão do *ICMS* da base de cálculo do *PIS* e da *COFINS*, a Receita Federal do Brasil editou a Solução de Consulta Interna COSIT-13, de 18.10.2018.<sup>23</sup>

Consta deste ato normativo que “*o montante a ser excluído da base de cálculo mensal da contribuição é o valor do ICMS a recolher apurado da pessoa jurídica, referente ao mesmo período de apuração das contribuições*”.

Portanto, na visão do Fisco – já que inexistente lei que abone o entendimento *supra* –, apenas o *ICMS* efetivamente recolhido pelo contribuinte deverá ser expungido da base de cálculo do *PIS* e da *COFINS*.

Nada menos exato. O que se deve excluir é o *ICMS* destacado, e não o *ICMS* a recolher, sob pena de se frustrar o *efeito de recuperação* que ressaí da decisão do STF.

**III.** Como não é difícil perceber, a Receita Federal do Brasil pretende, por meio de uma interpretação teratológica, minimizar os efeitos da decisão expendida no RE nº 574.706-PR, que deixou claro que a exclusão deve abranger, no caso, todo o *ICMS* destacado nas notas fiscais.

É o que, de resto, enfatizou o Min. Edson Fachin ao inaugurar a divergência, a final vencida, *verbis*:

---

22. Grifamos.

23. *DOU* 23.10.2018.

“Por conseguinte, o desate da presente controvérsia cinge-se ao enquadramento do valor do ICMS, destacado na nota, devido e recolhido, como receita da sociedade empresária”<sup>24</sup>

Daí que, para o Pretório Excelso, os montantes de ICMS destacados nas notas fiscais (ou documentos a elas equivalentes<sup>25</sup>), em valores “*cheios*”, juridicamente não integram a base de cálculo das referidas contribuições.

**IV.** Impende notar, ainda, que a Solução de Consulta Interna COSIT-13/2018 arremeteu contra o disposto, na época, no art. 19, IV, e § 5º, da Lei nº 10.522/2002, *verbis*:

---

24. Fls. 37 do inteiro teor do acórdão.

25. É o caso dos livros contábeis, desde que devidamente chancelados pelas autoridades fazendárias estaduais.

Milita nesse sentido o acórdão prolatado pela 1ª Turma do STJ no AgR no AgR nos ED no AREsp 162.128-SP. Consta da ementa desta decisão: “*Administrativo e processual civil – Agravo regimental no agravo regimental nos embargos de declaração no agravo em recurso especial – Energia elétrica – Repetição de indébito – Alegação de ausência de prova do pagamento do valor indevido – Entendimento adotado pela Corte de origem que não destoa da jurisprudência do STJ, segundo a qual há outros meios hábeis à comprovação do indébito, a exemplo dos livros contábeis – Agravo regimental da Cia. Paulista de Força e Luz desprovido.*”

“1. Cuida-se, na origem, de ação em que se busca repetição de indébito cobrado em razão dos aumentos previstos nas Portarias DNAEE ns. 38/1986 e 45/1986.

“2. Nas razões do regimental, alega a recorrente que o fato de a autora não trazer aos autos contas de consumo de energia elétrica, relativamente ao período reclamado, impossibilita o seu direito à restituição do alegado valor pago indevidamente.

“3. Conforme afirmado na decisão agravada, o entendimento adotado pela Corte de origem não destoa da jurisprudência do STJ, segundo a qual há outros meios hábeis à comprovação do indébito, a exemplo dos livros contábeis. Confirma-se precedente proferido pela egrégia 2ª Turma deste Tribunal Superior em situação análoga ao caso: REsp n. 1.294.050-SP, rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 2.2.2012.

“4. Agravo regimental da Cia. Paulista de Força e Luz desprovido” (rel. Min. Napoleão Maia, j. 28.3.2017, DJe 5.4.2017).

*“Art. 19. Fica a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional autorizada a não contestar, a não interpor recurso ou a desistir do que tenha sido interposto, desde que inexista outro fundamento relevante, na hipótese de a decisão versar sobre: (...); IV – matérias decididas de modo desfavorável à Fazenda Nacional pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de julgamento realizado nos termos do art. 543-B da Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil. (...).”*

*“§ 5º. As unidades da Secretaria da Receita Federal do Brasil deverão reproduzir em suas decisões sobre as matérias a que se refere o caput, o entendimento adotado nas decisões definitivas de mérito, que versem sobre essas matérias, após manifestação da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, nos casos dos incisos IV e V do ‘caput.’”<sup>26</sup>*

Em face desses dispositivos, a predita *solução de consulta*, sem prejuízo de sua inconstitucionalidade, é também ilegal, porquanto somente poderia vir a lume depois do pronunciamento da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, órgão responsável pelo assessoramento jurídico do Ministério da Fazenda (cf. art. 13 da Lei Complementar 73/1993<sup>27</sup>).

---

26. O art. 19, *caput*, e seu inciso IV, da Lei n. Lei nº 10.522/2002, atualmente têm a seguinte redação: “Art. 19. Fica a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional dispensada de contestar, de oferecer contrarrazões e de interpor recursos, e fica autorizada a desistir de recursos já interpostos, desde que inexista outro fundamento relevante, na hipótese em que a ação ou a decisão judicial ou administrativa versar sobre: (...) IV- tema sobre o qual exista súmula ou parecer do Advogado-Geral da União que conclua no mesmo sentido do pleito do particular”.

Já, o § 5º, do art. 19, da Lei nº 10.522/2002 foi revogado.

27. Lei Complementar 73/1993: “Art. 13. A Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional desempenha as atividades de consultoria e assessoramento jurídicos no âmbito do Ministério da Fazenda e seus órgãos autônomos e entes tutelados”.

Assim, a Solução de Consulta Interna COSIT-13/2018 deve ser posta em obliúvio, porque fere o direito líquido e certo dos contribuintes, aí incluídas as associadas da Consultente, de excluir todo o ICMS da base de cálculo do PIS/COFINS.

V. Eventual resistência fiscal a respeito do assunto pode ser fulminada, entre outras medidas judiciais, por meio de mandado de segurança. *Preventivo*, desde já; *remediativo*, em até 120 dias, contados da decisão administrativa que, com apoio na Solução de Consulta COSIT-13/2018, restringir os efeitos da decisão judicial que tiver autorizado a utilização, a compensação ou a repetição do ICMS indevidamente inserido na base de cálculo do PIS e da COFINS.

## 7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

---

- ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de Incidência Tributária*. 5ª ed., 9ª tir. São Paulo, Malheiros Editores, 2008.
- ÁVILA, Humberto. "A Inconstitucionalidade da Inclusão do ICMS na Base de Cálculo do PIS/COFINS", in "Contribuições e Imposto sobre a Renda: estudos e pareceres". São Paulo: Malheiros Editores, 2015.
- BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro*. 11ª ed. (atualização de Misabel Derzi). Rio de Janeiro, Forense, 1999.
- CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 32ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2019.
- DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978.
- OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. *Fundamentos do Imposto de Renda*. Volumes I e II, São Paulo, Instituto Brasileiro de Direito Tributário, 2020.
- THEODORO JR., Humberto. *Código de Processo Civil Anotado*. 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.



# IX

## As prerrogativas das MPES no Projeto de Lei nº 1.292/1995

*Christianne de Carvalho Stropp\**

*Artur Giolito Melissopoulo\*\**

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Licitação: Atividade instrumental versus atividade-fim do Estado. 3. Objetivos da Licitação. 3.1 Assegurar aos interessados iguais oportunidade. 3.2 Selecionar a proposta mais vantajosa. 4. O tratamento diferenciado e privilegiado dado às MPES. 5. O Projeto de Lei nº 1.292/1995. 6. Conclusão. Referências Bibliográficas

### 1. INTRODUÇÃO

---

A licitação, desde os seus primórdios com as Ordenações Filipinas em 1575<sup>1</sup>, sempre foi vista como uma atividade instrumental,

---

\*. Doutora e Mestre pela PUC/SP, Professora de Direito Administrativo na PUC/SP, Assessora de Controle Externo lotada na Secretaria Geral do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, Advogada. email: c.stroppa@uol.com.br .

\*\*\*. Especialista em Direitos Difusos e Coletivos pela ESMP/SP, Graduado em Direito pela PUC/SP, Advogado. email: arturmelissopoulos@gmail.com.

1 As Ordenações Filipinas, ou Código Filipino, são uma compilação jurídica que resultou da reforma do código manuelino, por Filipe II de Espanha (Felipe I de Portugal), durante o domínio castelhano. Ao fim da União Ibérica (1580-1640), o Código Filipino foi confirmado para continuar vigendo em Portugal por D. João IV. A obra ficou pronta ainda no tempo de Filipe I, que a sancionou

pois visava única e exclusivamente atender ao denominado interesse secundário do Estado. Entretanto, com a vigência da Constituição Federal de 1988, sua natureza jurídica passa a sofrer profundas alterações. Isto porque, um dos alicerces do nosso ordenamento jurídico-constitucional é a ideia de função social.

Na busca da função social, percebe o Estado que, ao se utilizar da licitação, objetivando uma obra, compra ou serviço, em face do montante despendido, ela pode se apresentar como atividade de desenvolvimento econômico sustentável, geração de emprego e renda para uma grande parcela da sociedade e erradicação da pobreza.

E essa nova função do instituto “licitação” recebeu do Governo Federal a denominação de uso do poder de compra do Estado.

Exatamente pelo caráter de função social atribuído à licitação, as atividades das micro e pequenas empresas passaram a ser objeto de fomento do Estado, o que implicou no reconhecimento de uma gama de preferências em processos licitatórios, nos termos dos arts. 42 a 49 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.

Consolidada a aplicação das referidas regras de preferência, ante a importância econômica que esses grupos econômicos representam<sup>2</sup>, importante questão que se coloca é como o assunto está disciplinado na futura lei de licitações, atual Projeto de Lei nº 1.292/1995.

## **2. LICITAÇÃO: ATIVIDADE INSTRUMENTAL *VERSUS* ATIVIDADE-FIM DO ESTADO**

---

A Licitação sempre foi vista como uma atividade acessória, pois visava única e exclusivamente atender ao denominado interesse

---

em 1595, mas só foi definitivamente mandada observar, após a sua impressão em 1603, quando já reinava Filipe II.

2. TCU. Acórdão nº 1819/2018-Plenário. Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues.

secundário do Estado<sup>3</sup>. Um breve passar d'olhos nas legislações disciplinadoras do instituto reforça este entendimento.

Nesse sentido se posiciona Marçal Justen Filho, ao afirmar que “a licitação é um de certos fins. O art. 3º [da Lei nº 8.666/93] enumera os fins buscados pela licitação e indica os princípios jurídicos mais relevantes a que a licitação se subordina. (...) A licitação não é um fim em si mesmo, mas um instrumento apropriado para o atingimento de certas finalidades”<sup>4</sup>.

Entretanto, com a vigência da Constituição Federal de 1988, a natureza jurídica da licitação passou a sofrer profundas alterações.

Isto porque, um dos alicerces do nosso ordenamento jurídico-constitucional é a ideia de *função social*<sup>5</sup>. Tome-se, como exemplo, a questão da perda da propriedade urbana pelo não-atendimento de sua função social (artigo 182, §4º, inciso III, CF); o tratamento diferenciado dispensado às pessoas portadoras de deficiências (artigo 203, inciso IV, CF), às micro e pequenas empresas (artigo 179 CF). Importante também ressaltar a introdução da noção de função social do contrato no Código Civil de 2002 (artigo 421), algo que nem se cogitava em seu antecessor, quando promulgado, em 1916.

Glauber Moreno Talavera ensina que “a função social, que significa a prevalência do interesse público sobre o privado, bem como

- 
3. São os interesses que o Estado pode ter e perseguir validamente, pelo simples fato de ser pessoa.
  4. JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos* (livro eletrônico) 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
  5. Acerca do tema ‘função social da propriedade’, lembra Clóvis Beznos ao destacar o pensamento de Léon Duguit, que “*Antes, assevera esse grande mestre que todo homem tem uma função social, tendo o dever de desempenhá-la, compreendendo esta o dever de desenvolver-se em sua plenitude, sendo todas as suas atividades no desempenho dessa função socialmente protegidas*”. (BEZNOS, Clóvis. *Aspectos jurídicos da indenização na desapropriação*. Belo Horizonte: Fórum, 2006. p. 107).

a magnitude do proveito coletivo em detrimento do meramente individual, é fenômeno massivo que, modernamente, inspira todo o nosso ordenamento jurídico, rompendo com o padrão retributivo contido no brocardo *suum cuique tribuere* – ‘dar a cada um o seu’, e tentando fundar as bases de uma justiça de natureza mais distributiva; nos termos concebidos por Hegel, promove a inclusão social dos excluídos e, nesse mister, diligencia para o cumprimento de um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”.<sup>6</sup>

Na busca da função social, percebe o Estado que, ao se utilizar do instituto da licitação, objetivando uma obra, compra ou serviço, em face do montante despendido, ele se apresenta como fonte geradora de emprego e renda para uma grande parcela da sociedade<sup>7</sup>.

Tanto é assim que há empresas que se especializaram em fornecer bens única e exclusivamente para a Administração Pública.

Em razão desses fatos, a licitação se constituiu em atividade de desenvolvimento econômico sustentável, geração de emprego e renda e erradicação da pobreza, como preconizado inicialmente no Plano Plurianual para o período de 2004/2007 (Lei Federal nº 10.933, de 11 de agosto de 2004), cujo desafio era “incentivar e fortalecer as micro, pequenas e médias empresas com o desenvolvimento da capacidade empreendedora”. Para tanto, dentre as diretrizes fixadas, destaca-se a utilização do poder de compra do governo no fortalecimento das micro, pequena e média empresas.

---

6. TAVALERA, Glauber Moreno. A função social do contrato no novo Código Civil, *CEJ*, Brasília, DF, n. 19, p. 94-96, out./dez. 2002.

7. Desta forma, não podemos concordar com o posicionamento de Marçal Justen Filho ao afirmar que a grande problemática da Lei Complementar nº 123/06 “reside em que a Constituição não previu – ao menos, de modo explícito – preferência para pequenas empresas no âmbito das contratações administrativas” (JUSTEN FILHO, Marçal. *O estatuto da microempresa e as licitações públicas*, São Paulo: Dialética, 2007. p. 10).

Entende-se por poder de compra o “poder do consumidor, seja ele empresa privada, órgão público, cooperativa ou pessoa física, que ao adquirir bens e serviços define suas exigências e necessidades, tornando-se um indutor da qualidade, da produtividade, e de inovação tecnológica, gerando emprego, ocupação e renda e, contribuindo para a competitividade e desenvolvimento do país”<sup>8</sup>

Em decorrência, foi expedida a Lei Complementar nº 123/2006, com fundamento na Constituição Federal, em seu art. 146, inciso III, alínea ‘d’, art. 170, inciso IX e art. 179, objetivando estabelecer um tratamento privilegiado e diferenciado às micro e pequenas empresas através das seguintes ações:

- licitação exclusiva, para compras com valor até R\$ 80 mil – desenvolvimento regional;
- subcontratação de MPE’s – transferência tecnológica;
- cotas de 25% - formação de consórcios;
- habilitação diferenciada – desburocratização e desoneração; e
- critérios de desempate específico – equidade mercadológica.

No uso desse poder de compra, o Estado buscou regular o mercado. Atualmente, isso também é feito através de outros institutos, tais como: a preferência aos bens e serviços nacionais, pela inserção de critérios ambientais, sociais e econômicos nos certames, objetivando o desenvolvimento da sociedade em seu sentido amplo e a preservação de um meio-ambiente equilibrado, denominada “licitação sustentável”<sup>9</sup>.

- 
8. ARANTES, Rafael Setúbal. Comercialização no mercado interno e compras governamentais. In: CONFERÊNCIA BRASILEIRA SOBRE ARRANJOS PRODUTIVOS LOCAIS – Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, 2, SET. 2005, Rio de Janeiro. Disponível em: [http://www.desenvolvimento.gov.br/arquivos/dwnl\\_1199710858.pdf](http://www.desenvolvimento.gov.br/arquivos/dwnl_1199710858.pdf). Acesso em: 29 abr. 2020.
  9. Nos termos do §1º, do art. 2º do Decreto federal nº 10.024/019, o princípio do desenvolvimento sustentável será observado nas etapas do processo de

Daniel Ferreira, inobstante trate do tema da promoção do desenvolvimento nacional sustentável, ao discorrer sobre o ‘novo’ papel da Licitação, aponta que “talvez o grande alarde acerca da potencial ‘função social’ da licitação tenha se originado na Lei Complementar nº 123/2006”<sup>10</sup>, já que fora notoriamente responsável “por despertar a melhor doutrina para a reflexão acerca da necessidade-possibilidade de a licitação (e a contratação) se prestarem a cumprir uma finalidade extraordinária”<sup>11</sup> que efetivamente alterou a natureza jurídica da Licitação.

Sobre o assunto, se posiciona Marçal Justen Filho, no sentido de que, como regra, pode-se aludir “a uma função microeconômica dos contratos administrativos, que corresponderia à satisfação imediata e direta das necessidades do aparato estatal. Mas os contratos administrativos apresentam também uma função social (ou ‘macroeconômica’). A expressão indica a utilização dos contratos administrativos para a promoção concomitante de fins adicionais à direta e imediata satisfação de necessidades dos entes administrativos.<sup>12</sup> As políticas públicas podem ser promovidas também por meio da configuração adotada para os contratos administrativos”.<sup>13</sup>

---

contratação, em suas dimensões econômica, social, ambiental e cultural, no mínimo, com base nos planos de gestão de logística sustentável dos órgãos e das entidades.

10 FERREIRA, Daniel. *A licitação pública no Brasil e sua finalidade legal: a promoção do desenvolvimento nacional sustentável*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 68.

11 FERREIRA, Daniel. Ob. cit.

12. No mesmo sentido, Luciano Ferraz afirma que “o que se percebe é que a partir duma leitura constitucionalizada da licitação, prescrevo-lhe outros papéis fundamentais e importantes numa economia de mercado. Mas para tanto é preciso aceitar mudanças; perceber que a licitação não é fim em si, mas instrumento de alcance e garantia do interesse público, que nem sempre cabe, tal como se imaginou no passado, dentro da rigidez dos Códigos.” (FERRAZ, Luciano. *Função Regulatória da Licitação*, *Revista de direito administrativo e constitucional* 37/142, Belo Horizonte: Fórum, jul.-set., 2009).

13. JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos* (livro eletrônico) 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

Ao sistematizar os casos de dispensa de licitação do art. 24, indica a função extraeconômica da contratação, quando a mesma não se nortear pelo critério da vantagem econômica, porque o Estado busca realizar outros fins.<sup>14</sup>

Inobstante seja possível se falar em função social da licitação, o problema inicial se coloca nos objetivos orientadores do instituto.

### **3. OBJETIVOS DA LICITAÇÃO**

---

Entende-se por licitação<sup>15</sup> o procedimento<sup>16</sup> administrativo vinculado, mediante o qual a Administração Pública, assegurando iguais oportunidades a todos os interessados, busca, a final, a eleição da melhor proposta para celebração de contrato de seu interesse.

Segundo o descrito no artigo 3º, *caput*, 1ª parte da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, são objetivos da licitação garantir aos interessados iguais oportunidades, selecionar a proposta mais vantajosa para a administração e promover o desenvolvimento nacional sustentável. Dentre eles, nos debruçaremos apenas nos dois primeiros.

---

14. JUSTEN FILHO, Marçal. Ob. cit.

15. É classificada pela doutrina como procedimento ampliativo concorrencial. Ampliativo, porquanto tem como finalidade acrescer a esfera jurídica dos destinatários e, concorrencial porque sujeito ao princípio da competição, em face da existência de uma pluralidade de objetos que atendam aos interesses da Administração e/ou de fornecedores interessados em participar do referido certame.

Desta forma, sempre que a Administração se deparar com uma situação em que haja competição estará obrigada a instaurar um procedimento de caráter competitivo, para que possa buscar, até com maior eficiência, os objetivos almejados.

16. Sucessão itinerária e encadeada de atos tendendo todos a um resultado final e conclusivo.

### 3.1 Assegurar aos interessados iguais oportunidade

---

Retrata, em verdade, o princípio constitucional da isonomia (artigo 5º, ‘caput’) que, segundo Aristóteles, consiste em “tratar os iguais igualmente e os desiguais desigualmente, na medida de suas desigualdades”.

Entretanto, referida discriminação somente é válida se prevista em lei, como afirma Celso Antônio Bandeira de Mello:

Não se podem interpretar como desigualdades legalmente certas situações, quando a lei não haja ‘assumido’ o fator tido como desequiparador. Isto é, circunstâncias ocasionais que proponham fortuitas, acidentais, cerebri-  
nas ou sutis distinções entre categorias de pessoas não são de considerar.

Então, se a lei se propôs distinguir pessoas, situações, grupos, e se tais diferenciações se compatibilizam com os princípios expostos, não há como negar os *discrimens*. Contudo, se a distinção não procede diretamente da lei que instituiu o benefício ou exonerou de encargo, não tem sentido prestigiar interpretação que favoreça a contradição de um dos mais solenes princípios constitucionais.<sup>17</sup>

Isto porque, acrescenta ainda o autor, que não sendo “o interesse público algo sobre que a Administração dispõe a seu talante, mas, pelo contrário, bem de todos e de cada um, já assim consagrado pelos mandamentos legais que o erigiram à categoria de interesse desta classe, impõe-se, como consequência, o tratamento impessoal, igualitário ou isonômico que deve o Poder Público dispensar a todos os administrados”.<sup>18</sup>

---

17. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed, São Paulo: Malheiros, 1998. p. 45.

18. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 86.

Complementando estas valiosas lições, Humberto Ávila indica que a igualdade é “uma relação entre dois ou mais sujeitos em razão de um critério que serve a uma finalidade. Quando se comparam sujeitos, estes são necessariamente comparados em razão de uma medida”.<sup>19</sup>

Assim, para referido autor, os sujeitos são comparados por algum motivo, o que permite verificar se a medida de comparação está correta. A **relevância** da propriedade escolhida está na **relação de pertinência** ou **vínculo de correlação lógica** que ela deve manter com a finalidade que justifica a comparação.

O problema no Direito, não é apenas saber se as pessoas são iguais ou diferentes (igualdade descritiva), necessita-se sim, saber se as pessoas devem ou não ser tratadas igualmente (igualdade prescritiva). Neste caso, é preciso verificar, no plano dos fatos, se elas têm as propriedades selecionadas como relevantes pelas normas: (i) se pretende manter as pessoas iguais; (ii) se pretende aproximar pessoas diferentes; e (iii) se pretende separar pessoas iguais.

A igualdade, enquanto dever de tratamento igualitário, só surge quando, para alcançar determinada finalidade que deve ser buscada, os sujeitos são comparados por critérios que, além de serem permitidos, são **relevantes e congruentes** relativamente àquela finalidade.

Assim, igualdade não significa invalidade de todo e qualquer tratamento discriminatório. A discriminação entre situações pode ser uma exigência inafastável para atingir-se a igualdade. Nesse caso, o tratamento uniforme é que seria inválido, por ofender a isonomia.

### 3.2 Selecionar a proposta mais vantajosa

---

A eleição da melhor proposta, por sua vez, está diretamente relacionada ao critério de julgamento escolhido pela Administração Pública, que deve estar orientado pelos seguintes fatores: qualidade,

---

19. ÁVILA, Humberto. *Teoria da igualdade tributária*, 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 40.

rendimento, preço, condições de pagamento, prazo e outros pertinentes ao objeto da licitação, com fundamento nas lições de Hely Lopes Meirelles<sup>20</sup>.

Além desses, afirma que outros fatores poderão estar previstos no edital, desde que peculiares a cada licitação e pertinentes ao seu objeto. Somente o administrador pode estabelecê-los, tendo em vista o caso concreto e as exigências específicas do serviço público em cada órgão da Administração.

Destarte, e como alertou Marcos Juruena Villela Souto, em palestra proferida no 7º Seminário Internacional de Compras Governamentais<sup>21</sup>, o que se pretende é a melhor proposta no mercado e não no processo licitatório.

Logo, se existem falhas de mercado, está justificada a intervenção do Estado na economia. Como uma das falhas Villela destaca a existência de barreiras à entrada de novos competidores, principalmente nos mercados já dominados.

Outrossim, acertada a lição de Marçal Justen Filho, ao afirmar que “a busca da maior vantagem na contratação administrativa relaciona-se com o princípio da República, que impõe o dever de eficiência<sup>22</sup> na gestão dos recursos públicos”<sup>23</sup>.

---

20. MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

21. Evento realizado na cidade e Estado do Rio de Janeiro, nos dias 18 e 19 de setembro de 2006.

22. Emerson Gabardo destaca que “Diogenes Gasparini, Hely Lopes Meirelles e Adilson Abreu Dallari, há muito, estudavam o então ‘dever de eficiência’ que, traduzido do princípio do bom andamento ou boa administração, significa a realização rápida, responsável, maximizada, abrangente e perfeita da atividade, evitando-se gastos além dos necessários, dentro da adequada estrutura institucional (GABARDO, Emerson. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 103).

23. JUSTEN FILHO, Marçal. *O Estatuto da Microempresa e as Licitações Públicas*. São Paulo: Dialética, 2007, p. 22.

Implica dizer que o Governo deve garantir a preferência das micro e pequenas empresas sem descuidar do princípio da economicidade, previsto no art. 70 da Constituição Federal. Isto porque é preciso sempre demonstrar que o preço ajustado é vantajoso, ou seja, compatível com os de mercado. Essa exigência deve ser atendida comprovando-se, por exemplo, através de orçamentos que o preço ofertado é o menor dentre os apresentados.

Até porque, pelo caráter de função social atribuído à licitação, como consequência da conjugação entre regulação e ordenação, verifica-se a necessidade do Estado fomentar as atividades das micro e pequenas empresas<sup>24</sup> para que sejam inseridas no processo de desenvolvimento econômico e social. Até porque, com o reconhecimento da situação diferenciada da MPE's e aplicação de políticas públicas privilegiadas, em especial àquelas previstas nos arts. 42 a 49 da Lei Complementar nº 123/2006, serão atendidos os dois objetivos da licitação: isonomia e melhor proposta<sup>25</sup>.

#### **4. O TRATAMENTO DIFERENCIADO E PRIVILEGIADO DADO ÀS MPES**

---

Nos termos do art. 3º da Lei Complementar nº 123/2006, bem como do art. 1º do Decreto Federal nº 8.538, 6 de outubro de 2015 (revogou o Decreto Federal nº 6.204, de 5 de setembro de 2007), são beneficiárias das preferências:

- a sociedade empresária;
- a sociedade simples;

---

24. SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo da economia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

25. Evidente, então, que contrariamente ao afirmado por Marçal Justen Filho, a preferência atribuída às MPE's pode se coadunar com a obtenção da proposta mais vantajosa.

- a empresa individual de responsabilidade limitada – EIRELIs – art. 980-A do Código Civil;
- o empresário individual, a que se refere o art. 966 do Código Civil - MEI;
- as sociedades cooperativas de consumo - art. 34 da Lei nº 11.488/2007;
- o agricultor familiar; e
- o produtor rural pessoa física.

**As prerrogativas indicadas nas referidas normas são:**

**a) prazo especial para comprovação da regularidade fiscal e trabalhista – arts. 42 e 43 (autoaplicável).**

Está autorizada a participação em licitações de as MPE's com débitos tributários, previdenciários e trabalhistas, bem como com certidões vencidas. Vencendo a licitação, terão um prazo para regularizar a situação, como condição para a assinatura do contrato (arts. 42 e 43 da Lei Complementar nº 123/2006)<sup>26</sup>.

Em um primeiro momento, as determinações contidas nos artigos transcritos parecem conflitantes, no entanto, não o são porquanto cada um dos artigos está a se referir a comprovações distintas da regularidade fiscal.

O art. 42 indica que a regularidade fiscal e trabalhista, como sinônimo do efetivo atendimento das exigências do Fisco (quitação ou, parcelamento ou discussão dos tributos pelo contribuinte), nos termos do art. 29 da Lei nº 8.666/1993, é condição para assinatura do contrato, ou da formalização de uma relação jurídica, quando não houver termo contratual.

---

26. Importante notar que os artigos 42 e 43 da Lei Complementar nº 123/2006, tiveram vigência imediata a partir da publicação da lei.

Por sua vez, o art. 43 determina que as MPE's deverão atender ao contido no art. 29 da Lei nº 8.666/1993, apresentando toda a documentação comprobatória da regularidade fiscal e trabalhista, ainda que a certidão esteja positiva.

Implica dizer que as MPE's não serão inabilitadas (excluídas do certame) pela não apresentação de certidões negativas ou positivas com efeito de negativas<sup>27</sup>.

Até porque, caso fossem declaradas inabilitadas, nos termos do art. 41, §4º da Lei nº 8.666/1993, haveria a preclusão do direito de participarem das fases subsequentes.

Notamos, apenas, que em consonância com o determinado no art. 32, §1º da Lei nº 8.666/1993 a Administração não está obrigada a exigir toda a documentação arrolada no art. 29, podendo-a dispensar no todo ou parte. Assim, deve-se entender a expressão 'toda documentação' contida no *caput* do art. 43 da Lei Complementar, em consonância com a Lei nº 8.666/1993 e não isoladamente.

No tocante à possibilidade de a MPE participar do certame mesmo que em débito com a Administração, ressaltamos que terá 05 (cinco) dias úteis, contados do momento em que for declarada vencedora<sup>28</sup>, para sanar a questão, regularizando o débito e apresentando nova documentação (§1º).

---

27. O espírito da LC nº 123 é assegurar que a regularização fazendária seja promovida apenas se a pequena empresa vier a ser contratada pela Administração.

28. Inobstante eventuais conflitos de entendimento acerca da efetiva interpretação do termo "declaração do vencedor", uma vez que poderia se dar com o ato de adjudicação (artigo 50 da Lei nº 8.666/93). Assim, com a publicidade deste ato se inicia o prazo para saneamento da documentação fiscal. Cediço que, conforme entendimento externado pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (atual Ministério da Economia), na respectiva regulamentação, o entendimento é de que "acontecerá no momento imediatamente posterior à fase de habilitação, na modalidade pregão, e nas demais modalidades, no momento posterior ao julgamento das propostas, antes da fase recursal".

Tal prazo admite prorrogação, por igual período, a critério da Administração, o que implica no exercício de uma competência discricionária, a significar a análise de uma situação onde o interesse público justifique tal prorrogação.

Fica evidenciado que a análise da regularidade fiscal não foi excluída da fase de habilitação, o que fez a legislação foi alterar o momento da verificação de tal regularidade.

Implica dizer que, caso a MPE apresente documentação com restrição, poderá a Administração Pública proceder a uma habilitação com condição. Isto porque, somente após ser declarada vencedora, com o suprimento da restrição, poderá a Administração expedir um ato de saneamento da fase de habilitação<sup>29</sup>. O que, aliás, não poderá ser fator impeditivo de questionamento por parte dos demais licitantes, mesmo que o art. 109 da Lei nº 8.666/1993, não discipline sobre este recurso em especial<sup>30</sup>.

Há divergência doutrinária quanto ao momento do saneamento, se antes ou após a fase recursal. Nos termos do §4º, do art. 4º do Decreto Federal nº 8.538/2015, a fase recursal somente será realizada após a ocorrência do prazo de regularização.

No caso de a MPE não sanar a documentação, ou se a documentação entregue não seja aceita, deverá a Administração expedir ato

---

29. O procedimento está disciplinado no §2º, do art. 4º do Decreto federal nº 8.538/2015, nos seguintes termos:

- Pregão – se inicia da divulgação do resultado da fase de habilitação (art. 4º, XV Lei nº 10.520/02).
- RDC – sem inversão de fases, se inicia da divulgação do resultado da fase de habilitação.
- RDC – com inversão de fases, se inicia da divulgação do resultado do julgamento das propostas.
- Demais modalidades – se inicia da divulgação do resultado do julgamento das propostas.

30. O direito de recorrer decorrerá do artigo 5º, inciso XXXIV, alínea ‘a’ da Constituição Federal, o qual discorre acerca do direito de petição.

administrativo de inabilitação da empresa, o qual também poderá embasar o exercício do direito de petição.

Outro ponto significativo está na disposição expressa da aceitação de certidão positiva com efeito de negativa, em face do parcelamento do débito.

Determina o §2º, do art. 43 que o não saneamento da documentação implicará na perda do direito à contratação com a Administração Pública, ou seja, deve-se entender que não restará a MPE nenhum direito a ser questionado perante o órgão/ente licitante, principalmente no tocante aos efeitos do ato de adjudicação (expectativa de direito de ser contratado e direito público subjetivo de ser contratado, caso a Administração necessite do objeto adjudicado ao vencedor).

Aliás, o uso do termo “decadência do direito à contratação” implica, inclusive, a impossibilidade de questionamento de direitos em juízo, o que, em princípio, entendemos estar em desconformidade com o direito previsto no art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

É certo afirmar que, como havia uma condição a ser suprida, a inércia da MPE caracteriza sua recusa em regularizar a documentação, o que justificará a extinção do ato de habilitação com condição expedido pela Administração na fase de habilitação.

Ademais, poderá a MPE estar sujeita à penalidade indicada no art. 81 da Lei nº 8.666/1993, a qual deve ser precedida de contraditório e ampla defesa, bem como, deve decorrer de uma situação que não possa ser justificada pela MPE. Isto porque, caso a MPE tenha justificado a não regularização da documentação e sendo aceita pela Administração, não incidirá a penalidade indicada.

Caso a Administração venha a se utilizar da prerrogativa prevista no §2º, deverá atentar para o fato de que, se a licitação realizada for a modalidade pregão, caberá uma negociação com o licitante

remanescente no tocante ao valor de sua proposta. Se optar pela revogação, deverá atentar para o disposto no §3º, do art. 49 da Lei nº 8.666/1993, que determina ser necessária a oitiva dos demais licitantes antes da decisão de desfazimento do certame.

Quanto à documentação a ser apresentada para comprovação da regularidade fiscal, ressaltamos que a Lei Geral das MPE's, em seu art. 12, institui o Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições – Simples Nacional, o que poderá implicar na substituição, por uma única certidão, das provas de regularidade junto às Fazendas federal, estadual e municipal, bem como junto ao INSS.

Outra questão relevante decorre da declaração exigida dos licitantes de que cumprem plenamente os requisitos de habilitação (art. 32, §2º da Lei nº 8.666/1993 e art. 4º, inciso VII da Lei nº 10.520/2002). No caso específico do pregão eletrônico, no âmbito federal, o art. 11 do Decreto nº 10.024/2019, impede que a empresa esteja cadastrada no SICAF em caso de irregularidade fazendária.

Com o fito de evitar que as MPE's possam ser penalizadas, até pelo crime de falsidade ideológica, entendemos que o problema pode ser sanado com a inclusão, na declaração a ser fornecida, da exceção especial prevista na Lei Geral da MPE.

No tocante ao cadastramento do SICAF, adotamos solução proposta por Marçal Justen Filho, no sentido de ser alterado o seu regime, “de modo a que as pequenas empresas terão direito ao cadastramento, mesmo se não preencherem os requisitos de regularidade fazendária”<sup>31</sup>.

Por fim, notamos que a possibilidade de regularização da documentação fiscal não pode ser estendida a qualquer outro requisito de habilitação, não sendo admissível uma interpretação ampliativa.

---

31. JUSTEN FILHO, *O Estatuto da Microempresa e as Licitações Públicas*, 2. ed. São Paulo: Dialética, 2007, p. 51.

**b) exercício do direito de preferência no caso de “empate ficto” – arts. 44 e 45 (autoaplicável).**

Trata-se da criação de um critério de empate técnico, pelo qual a MPE, que tiver apresentado uma proposta com um valor igual ou até 10% (dez por cento) superior àqueles apresentados pelas demais empresas (ou de 5% na modalidade pregão), poderá apresentar uma nova proposta cobrindo o menor valor (arts. 44 e 45 da Lei Complementar nº 123/2006)<sup>32</sup>.

O art. 44 estabelece, claramente, mais um critério de desempate, afora os já determinados pela Lei nº 8.666/1993, em seus arts. 3º, §2º (preferências por empresas) e 45, §2º (sorteio).

Nas licitações onde houver a participação de MPE's, deve-se dar a elas a preferência em caso de empate. O curioso é que por empate subentende-se a igualdade numérica das propostas, bem como, que a proposta apresentada pelas MPE's esteja até 10% (dez por cento) acima da melhor classificada nas modalidades arroladas no art. 22 da Lei nº 8.666/1993 (concorrência, tomada de preços, convite e leilão<sup>33</sup>) e no Regime Diferenciado de Contratação Pública – RDC<sup>34</sup> ou até 5% (cinco por cento), na modalidade pregão. No caso da Lei de Responsabilidade das Empresas Estatais (Lei Federal nº 13.303, de 30 de junho de 2016), não há referência ao percentual, competindo a cada empresa estatal sua indicação quando da elaboração do Regulamento Interno de Licitações e Contratos.

O procedimento a ser adotado no caso de ocorrência do denominado empate ficto de propostas, em favorecimento às micro e pequenas empresas, está disciplinado no art. 45 da Lei Complementar nº 123/2006:

---

32. Importante notar que os artigos 44 e 45 da Lei Complementar nº 123/2006, tiveram vigência imediata a partir da publicação da lei.

33. A aplicação do critério de desempate à modalidade leilão decorre da analogia.

34. Art. 38 do Decreto Federal nº 7.581, de 11 de outubro de 2011.

1º) A MPE mais bem classificada será convocada para apresentar nova proposta, desde que inferior à considerada vencedora, hipótese em que lhe será adjudicado o objeto. Na modalidade pregão, a MPE terá o prazo máximo de 5 (cinco) minutos após encerrados os lances, para o exercício desse direito, sob pena de preclusão<sup>35</sup>. Nas demais modalidades o prazo deve ser fixado no edital pela Administração Pública.

2º) Se a MPE não apresentar nova proposta, serão convocadas as MPE's restantes no certame, desde que suas propostas estejam inseridas nos percentuais previstos no art. 44, momento em que lhes serão oferecidos, na ordem de classificação, o direito de apresentar nova proposta.

O sorteio somente será realizado se houver empate entre propostas ofertadas por micro e pequena empresas.

O objeto somente será adjudicado ao licitante que apresentou a proposta melhor classificada (a qual empatou com a da MPE), se os procedimentos descritos nos itens 1º e 2º restarem infrutíferos.

Ressaltamos que o exercício do direito previsto nos incisos do art. 45 da Lei Complementar nº 123/2006 implica, nas modalidades concorrência, tomada de preços, convite, leilão, RDC e pregão presencial, na necessidade do comparecimento pessoal da MPE à sessão do certame.

De conformidade com o previsto no §8º, do art. 5º do Decreto Federal nº 8.538/2015, é possível identificar a ocorrência de empate nas licitações do tipo técnica e preço. Nessa situação, o empate será aferido levando em consideração o resultado da ponderação entre

---

35. Por preclusão entenda-se a “perda de uma oportunidade processual (logo, ocorrida depois de instaurada a relação processual), pelo decurso do tempo previsto para seu exercício, acarretando a superação daquele estágio do processo (judicial ou administrativo)” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2019. p. 1114).

a técnica e o preço na proposta apresentada pelos licitantes, sendo facultada à microempresa ou empresa de pequeno porte melhor classificada a possibilidade de apresentar proposta de preço inferior, nos termos do regulamento.

**c) licitações restritas / exclusivas – art. 48, inciso I (observância obrigatória, mas depende regulamentação).**

**A licitação restrita / exclusiva, ante** a alteração inserida pela Lei Complementar nº 147/2014 na Lei Complementar nº 123/2006, passou a ser obrigatória, para fins de alcance dos objetivos previstos no art. 47, excepcionada apenas nas hipóteses previstas no art. 49 da Lei Complementar nº 123/2006 e no art. 10, do referido decreto federal, mediante justificativa formalizada no respectivo processo administrativo.

Assim, nas licitações cujo valor do item seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), somente poderão participar do certame as micro e pequenas empresas.

No caso de licitação com mais de um item, se o valor de cada um for inferior a R\$ 80.000,00, cada item corresponderá a uma licitação exclusiva. É o que ocorrerá em uma licitação para registro de preços, por exemplo.

A licitação por itens consiste na concentração, em um único procedimento licitatório, de uma pluralidade de certames, de que resultem diferentes contratos. A licitação por itens corresponde, na verdade, a uma multiplicidade de licitações, cada qual com sua própria e dotada de autonomia jurídica, mas todas desenvolvidas conjugadamente em um único procedimento, documentado nos mesos autos.<sup>36</sup>

---

36 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos* (livro eletrônico) 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

Se aplica com prioridade, inclusive na hipótese da licitação por cota (§5º do art. 8º do Decreto Federal nº 8.538/2015).

**d) subcontratação – art. 48, inciso II (observância facultativa e depende regulamentação).**

A Administração Pública poderá, em relação aos processos licitatórios destinados à aquisição de obras e serviços, exigir dos licitantes a subcontratação de microempresa ou de empresa de pequeno porte. Nesse caso, os empenhos e pagamentos do órgão ou entidade da administração pública poderão ser destinados diretamente às microempresas e empresas de pequeno porte subcontratadas.

Pelo disposto no “caput” do art. 7º do Decreto Federal nº 8.538/2015, não se aplica aos contratos de fornecimento, incidindo apenas nos contratos de serviços e obras.

O Administrador Público não deverá aplicar referida regra, sempre que as situações previstas no art. 49 da Lei Complementar nº 123/2006 e nos arts. 7º, §1º e 10, do Decreto Federal nº 8.538/2015 se apresentarem concretamente.

**e) cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto, nos certames para aquisição de bens de natureza divisível – art. 48, inciso III (observância obrigatória, mas depende regulamentação).**

De conformidade com o disposto no art. 87 do Código Civil, os bens divisíveis são os que se podem fracionar sem alteração, na sua substância, diminuição considerável de valor, ou prejuízo do uso a que se destinam.

Nesses termos, a adoção obrigatória dessa preferência não pode causar prejuízo para o conjunto ou complexo do objeto.

A cota incide sobre o objeto licitado e não ao valor do certame: 25% (vinte e cinco por cento) do quantitativo do objeto a ser licitado.

Trata-se este percentual do valor máximo a ser destinado à cota para as MEs e EPPs.

Por sua vez, não está limitada ao valor de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) da licitação exclusiva. Nesse sentido da se pronunciou o TCU:

[...] a aplicação da cota de 25% para aquisição de bens de natureza divisível, prevista no art. 48, inc. III, não está limitada à importância de R\$ 80 mil reais. Além disso, é possível que sejam distintos os preços praticados para um mesmo produto pelas MEs e EPPs e as empresas que disputam as cotas destinadas à ampla concorrência, desde que não ultrapassem o preço de referência definido pela Administração, o qual deve sempre refletir os valores praticados no mercado.<sup>37</sup>

Importante lembrar que:

- Uma mesma licitação será dividida, no mínimo, em dois julgamentos distintos.
- Poderá resultar em dois contratos com valores distintos para um mesmo objeto.
- Se Sistema de Registro de Preços - SRP: poderão ser formalizadas atas distintas e os preços também poderão ser distintos. De conformidade com o §4º, do art. 8º do Decreto Federal nº 8.538/2015: Nas licitações por SRP ou por entregas parceladas, o instrumento convocatório deverá prever a prioridade de aquisição dos produtos das cotas reservadas, ressalvados os casos em que a cota reservada for inadequada para atender as quantidades ou as condições do pedido, justificadamente.

---

37. TCU. Acórdão nº 1819/2018-Plenário. Rel. Min. Walton Alencar.

A Nova Lei de Licitações e Contratos não necessitará estabelecer a forma de comprovação da situação do licitante na condição de pequena empresa. Isto porque, já há a exigência da apresentação de declaração, assinada por representante/sócio da empresa e contador, de que é MPE e de que pretende se valer do tratamento diferenciado (art. 13, §2º do Decreto Federal nº 8.538/2015)<sup>38</sup>.

Ademais, é possível também exigir:

- Se sociedade comercial – certidão ou declaração fornecida pela Junta Comercial (arts. 967 c/c 984 CC.), nos termos do art. 8º da Instrução Normativa nº 103/07, do Departamento Nacional de Registro do Comércio - DNRC. Declaração apresentada à respectiva Junta Comercial Estadual de que cumpre todos os requisitos de ME/EPP. Esta declaração será arquivada e, sempre que requerida, a Junta Comercial expedirá certidão atestando aquela condição.
- Se sociedade civil – certidão ou declaração fornecida por Cartório Civil de Pessoas Jurídicas (art. 998 CC.): não há regulamentação do procedimento.
- Declaração de que a empresa não se enquadra em nenhuma das situações impeditivas previstas nos incisos do §4º, do art. 3º da Lei Complementar nº 123/2006.

A forma mais adequada para a comprovação de que a pequena empresa pode se utilizar dos benefícios da Lei Complementar nº 123/2006 é a apresentação de balanço patrimonial ou demonstrações contábeis do exercício anterior de que não extrapolou os valores

---

38. TCU. Acórdão nº 206/2013-Plenário, Rel. Min. Raimundo Carreiro - A obtenção de tratamento favorável dispensado a empresas de pequeno porte ou a microempresas em licitação, por meio de falsa declaração de faturamento anual inferior ao efetivamente auferido, justifica a declaração de inidoneidade para participar de licitação da empresa que se beneficiou indevidamente.

e limites contidos nos incisos I e II, do art. 3º da Lei Complementar nº 123/2006, devidamente assinado pelo contador (o contabilista deverá assinar junto com os representantes legais da entidade ou titular da empresa individual, as demonstrações financeiras obrigatórias, com a indicação do seu número de registro no Conselho Regional de Contabilidade - §4º do art. 177 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976).

## **5. O PROJETO DE LEI Nº 1.292/1995**

---

Como indicado no art. 4º do PL nº 1.292/1995, a Lei Complementar nº 123/2006 continuará válida e vigente.

Nos termos do inciso II, do art. 186 do PL nº 1.292/1995, após o decurso de 2 (dois) anos da sua publicação, serão revogados os arts. 1º a 88 e 109 a 126 da Leis nº 8.666/1993, a Lei nº 10.520/2002 (Pregão) e os arts. 1º a 47 da Lei nº 12.462/2011 (Regime Diferenciado de Contratação Pública – RDC).

Mesmo durante esse período de *vacatio legis*, haja vista que a Lei entrará em vigor na data de sua publicação (art. 187), a restrição de participação das MPes contida no §1º, do art. 4º do PL nº 1.292/1995 se aplicará automaticamente, porquanto não está a depender de regulamentação.

O Projeto de Lei nº 1.292/1995, cuja redação final compreende os destaques votados pela Câmara dos Deputados, nos dias 10, 11 e 17 de setembro de 2019, foi encaminhado ao Senado Federal, em 10 de outubro de 2019, para votação acerca da sua redação final.

O tema das prerrogativas aplicáveis às micro e pequenas empresas está disciplinado no art. 4º do PL nº 1.292/1995, *in verbis*:

**Art. 4º** Aplicam-se às licitações e contratos disciplinados por esta Lei as disposições constantes dos arts. 42 a 49 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.

§1º As disposições a que se refere o caput não serão aplicadas:

I – no caso de licitação para aquisição de bens ou contratação de serviços em geral, ao item cujo valor estimado for superior à receita bruta máxima admitida para fins de enquadramento como empresa de pequeno porte;

II – no caso de contratação de obras e serviços de engenharia, às licitações cujo valor estimado for superior à receita bruta máxima admitida para fins de enquadramento como empresa de pequeno porte.

§2º A obtenção de benefícios a que se refere o caput fica limitada às microempresas e as empresas de pequeno porte que, no mesmo ano-calendário de realização da licitação, ainda não tenham celebrado contratos com a Administração Pública em valores somados que extrapolem a receita bruta máxima admitida para fins de enquadramento como empresa de pequeno porte, devendo o órgão ou entidade exigir do licitante declaração de observância desse limite na licitação.

§3º Nas contratações com prazo de vigência superior a 1 (um) ano, será considerado o valor anual do contrato na aplicação dos limites previstos nos §§1º e 2º.

Pode-se afirmar que, com a aprovação do PL nº 1.292/1995:

- a) A Administração Pública continua obrigada a observar as prerrogativas previstas nos arts. 42 a 49 da Lei Complementar nº 123/2006.
- b) Haverá limitação nas seguintes hipóteses:
  - b.1) na hipótese de aquisição de bens ou contratação de serviços em geral o direito de preferência não se aplica se o valor estimado do item for superior a R\$ 4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil reais).

- b.2) na hipótese de obras e serviços de engenharia o direito de preferência não se aplica se o valor estimado da licitação for superior à R\$ 4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil reais).
- c) Para que as ME e EPP possam usufruir das prerrogativas contidas nos arts. 42 à 49 da Lei Complementar nº 123/2006, não podem ter celebrado contratos com a Administração Pública que somem mais de R\$ 4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil reais), no mesmo ano-calendário da realização da licitação. A verificação se dará pela apresentação de declaração da licitante de observância desse limite na licitação, cuja exigência pela Administração Pública será obrigatória. Noto que esse controle será feito com o auxílio da Receita Federal do Brasil a ser integrado com o Portal de Compras do Governo Federal ([www.comprasgovernamentais.gov.br](http://www.comprasgovernamentais.gov.br))<sup>39</sup>.
- d) Quando a vigência da contratação for superior a 1 (um) ano, será considerado o valor anual do contrato para aplicação dos limites indicados no item “b” acima.

Outra referência se encontra no §2º, do art. 15 do PL nº 1.292/1995, que trata dos consórcios compostos, em sua totalidade, por micro e pequenas empresas, onde não se aplica o acréscimo de

---

39. TCU. Acórdão nº 1.387/2020-2ª Câmara, Rel. Min.-Substituto André Luis de Carvalho: Recomendar que o Ministério da Economia adote, se ainda não o fez, as medidas cabíveis para, eletrônica e digitalmente, identificar o eventual descumprimento dos limites legais fixados para o enquadramento como empresa de pequeno porte (EPP) e como microempresa (ME) e, assim, bloquear a participação de indevidas licitantes nos correspondentes certames promovidos pela administração pública federal, apresentando ao TCU, no prazo de até 120 (cento e vinte) dias contados da ciência desta deliberação, o correspondente plano de ação para a implementação dessa medida.

10% (dez por cento) a 30% (trinta por cento) sobre o valor exigido para a habilitação econômico-financeira de licitante individual.

Consta, ainda, nos termos do §2º, do art. 58 do PL nº 1.292/1995, que a aplicação do critério de desempate previsto no art. 44 da Lei Complementar nº 123/2006 precede aos critérios indicados nos incisos e §1º, do mesmo art. 58.

Em síntese, afirma-se que a utilização dos benefícios de participação previstos na Lei Complementar nº 123/2006 às pequenas empresas continuarão existindo, o que ocorrerá é uma limitação às hipóteses de licitação em que os mesmos incidirão, como se verifica, em especial, no §1º, do art. 4º do PL nº 1.292/1995.

Por outro lado, importante notar a modernização da proposta de lei ao abordar a figura das *startups* nos certames públicos, prevista no §4º, do art. 77 do PL nº 1.292/2015, que as define como microempreendedores individuais, microempresas e empresas de pequeno porte, de natureza emergente e com grande potencial, que se dediquem à pesquisa, desenvolvimento e implementação de novos produtos ou serviços baseados em soluções tecnológicas inovadoras que possam causar alto impacto.

Pelo que consta do “caput” do art. 77 do PL nº 1.292/1995, a contratação se dará mediante procedimento aberto de manifestação de interesse, a elas restrito, iniciado com a publicação de edital de chamamento público pela Administração Pública, objetivando a propositura e a realização de estudos, investigações, levantamentos e projetos de soluções inovadoras que contribuam com questões de relevância pública. O edital deverá prever, na seleção definitiva da inovação, exigência de validação prévia fundamentada em métricas objetivas, de modo a demonstrar o atendimento das necessidades da Administração. Quanto ao julgamento, deverá ser adotado o mesmo procedimento das licitações.

Será necessária a regulamentação prévia do referido art. 77, o qual indicará critérios claros e objetivos desse instrumento auxiliar como forma de fomento às *startups* em solo nacional.

Ademais, importante lembrar a existência de proposta tramitando na Câmara dos Deputados de regulamentação das *startups*. O Projeto de Lei nº 9.590/2018 prevê a categorização deste tipo de empreendimento como toda empresa constituída em até 60 (sessenta) meses. Por esse projeto, as *startups* passam a ter preferência nas licitações e contratos, como critério de desempate.

## 6. CONCLUSÃO

---

Encontrando fundamento constitucional nos arts. 170, inciso IX, e 179, os benefícios instituídos pela citada legislação justificam uma nova visão do instituto da Licitação, que passa a ter natureza jurídica de atividade-fim do Estado.

Exatamente por este caráter de função social atribuído à licitação, é que as determinações constantes da Lei Complementar nº 123/2006, em especial seus arts. 42 a 49, estão em conformidade com os dois objetivos da licitação: isonomia e melhor proposta. Ademais, inseriu um novo paradigma nas compras públicas, porquanto aliou a eficiência inserida pela modalidade pregão (Lei nº 10.520/2002), com o uso do poder de compra do Estado.

Assim, a manutenção desses privilégios na Nova Lei de Licitações e Contratos somente reforça esse importante papel de política pública de proteção às empresas de pequeno porte.

Nessa linha de raciocínio, a forma como o tema das preferências às microempresas e empresas de pequeno porte está tratado no PL nº 1.292/1995 é perfeitamente adequado, já que reforça a necessidade de serem estabelecidas às indicadas preferências. Por outro lado, a opção por indicar situações de vedação dos benefícios se mostra muito acertada, em consonância com entendimento já exarado pelos órgãos de controle, destacando-se o Tribunal de Contas da União.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

---

- ARANTES, Rafael Setúbal. Comercialização no mercado interno e compras governamentais. In: CONFERÊNCIA BRASILEIRA SOBRE ARRANJOS PRODUTIVOS LOCAIS – Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, 2, SET. 2005, Rio de Janeiro. Disponível em: [http://www.desenvolvimento.gov.br/arquivos/dwnl\\_1199710858.pdf](http://www.desenvolvimento.gov.br/arquivos/dwnl_1199710858.pdf). Acesso em: 29abr.2020.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria da igualdade tributária*, 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- BEZOS, Clóvis. *Aspectos jurídicos da indenização na desapropriação*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.
- FERRAZ, Luciano. Função Regulatória da Licitação, *Revista de direito administrativo e constitucional* 37/142, Belo Horizonte: Fórum, jul.-set., 2009.
- FERREIRA, Daniel. *A licitação pública no Brasil e sua finalidade legal: a promoção do desenvolvimento nacional sustentável*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- GABARDO, Emerson. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. São Paulo: Dialética, 2002.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos* (livro eletrônico) 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *O estatuto da microempresa e as licitações públicas*, São Paulo: Dialética, 2007.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2019.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed, São Paulo: Malheiros, 1998.
- SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo da economia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- TAVALLERA, Glauber Moreno. A função social do contrato no novo Código Civil, *CEJ*, Brasília, DF, n. 19, p. 94-96, out./dez. 2002.

## X

# Governança e cultura organizacional na indústria financeira: o papel do supervisor e regulador bancário

*Alexandre Ogêda Ribeiro\**

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Governança e cultura organizacional. 3. Características fundamentais para o desenvolvimento de uma cultura organizacional saudável. 4. Apetite ao risco. 5. Orientação geral de supervisão. 6. Conclusão. Referências.

**RESUMO:** O presente artigo tem como objetivo especificar a questão da governança corporativa e da cultura organizacional na indústria financeira, ressaltando as peculiaridades que diferenciam o setor financeiro do restante da economia. Em um primeiro momento, faz um levantamento teórico sobre governança corporativa e cultura organizacional, resumindo as origens e a evolução da discussão acadêmica, buscando sistematizar as características próprias da indústria financeira com relação aos grupos de interesse envolvidos na questão da governança corporativa. Em seguida, pretende apresentar o papel do supervisor e regulador bancário, destacando a função do Banco Central como regulador. As conclusões procuram indicar possibilidades para o desenvolvimento da governança corporativa no setor.

**PALAVRAS-CHAVE:** Governança corporativa. Cultura organizacional. Indústria financeira. Supervisor. Regulador.

---

\*. Universidade Presbiteriana Mackenzie, Mestre em Direito Político e Econômico. *E-mail:* <ribeiro\_alexandre@hotmail.com>.

**ABSTRACT:** This article aims to specify the issue of corporate governance and organizational culture in the financial industry, highlighting the peculiarities that differentiate the financial sector from the rest of the economy. At first, it makes a theoretical survey about corporate governance and organizational culture, summarizing the origins and evolution of the academic discussion, seeking to systematize the characteristics of the financial industry in relation to the interest groups involved in corporate governance. In sequence, it pretends to present the paper of the supervisor and banking regulator, highlighting the function of the Central Bank like regulator. The conclusions seek to indicate possibilities for the development of corporate governance in the sector.

**KEYWORDS:** Corporate governance. Organizational culture. Financial industry. Supervisor. regulator.

## 1. INTRODUÇÃO

---

Um dos trabalhos que deve ter uma atenção especial por parte da supervisão e regulação da indústria financeira é o concernente à redução dos riscos colocados pelas instituições financeiras sistemicamente importantes.

A cultura organizacional pode ser uma questão muito complexa, pois envolve comportamentos e atitudes. Mas os esforços devem ser empreendidos por instituições financeiras e por supervisores para entender a cultura de uma instituição e identificar como isso afeta a sua segurança e solidez.

Embora existam várias definições de cultura organizacional, os supervisores, de modo geral, devem sempre possuir foco nas normas, atitudes e comportamentos da instituição relacionados à conscientização sobre riscos, gestão de riscos ou a cultura de risco da instituição.

Cabe considerar que fraquezas na governança corporativa e na cultura organizacional são muitas vezes consideradas uma causa raiz da crise financeira global, constituindo eventos principais de risco e

conformidade. Ver-se-á, adiante, que a cultura de risco de uma instituição financeira desempenha um papel extremamente relevante, ao influenciar as ações e decisões tomadas pelos indivíduos dentro da instituição e moldar a atitude desta última em relação às partes interessadas, incluindo os seus supervisores.

Uma cultura de risco sólida apoia consistentemente a conscientização, os comportamentos e os julgamentos sobre a tomada de riscos dentro de uma forte estrutura de governança corporativa.

Neste estudo, será analisada a importância de pensar que os funcionários, em todas as partes da instituição, conduzam negócios de maneira legal e ética. Um ambiente que promova a integridade deve ser criado em toda a instituição, incluindo o foco em resultados justos para os clientes.

Por isso, este artigo identifica alguns elementos fundamentais que contribuem para a promoção de uma cultura de risco dentro de uma instituição financeira, e evoluirá na medida em que irá apresentar o comportamento do Banco Central do Brasil frente à indústria financeira.

É válido comentar que, em geral, quando se faz uma pesquisa sobre governança corporativa, existe um corte separando empresas financeiras de outros tipos de firmas. Esse fato decorre da assunção de que bancos têm características muito diferentes das outras empresas, o que pode distorcer os resultados.

Diante desse cenário, o interesse deste trabalho é tentar descrever quais são essas características que fazem parte da governança corporativa e da cultura organizacional, revelando como elas são importantes na indústria financeira.

Assim, o objetivo do presente estudo está voltado para analisar a questão da governança corporativa na indústria financeira, ressaltando as peculiaridades que diferenciam o setor financeiro do restante da economia.

## 2. GOVERNANÇA E CULTURA ORGANIZACIONAL

---

Segundo Banzas, “Governança corporativa pode ser definida simplesmente como o sistema pelo qual as sociedades são dirigidas e monitoradas, envolvendo o relacionamento entre acionistas/cotistas, Conselho de Administração, Diretoria, Auditoria Independente e Conselho Fiscal”.<sup>1</sup>

Silveira acrescenta que o termo governança corporativa começou a ser utilizado nos Estados Unidos da América, no final da década de 1980, para designar uma forma de gestão que tornasse as companhias abertas mais confiáveis para os investidores e socialmente mais responsáveis, desenvolvendo mecanismos que conferissem maior visibilidade e transparência ao processo decisório. Com a ampliação do movimento pela governança corporativa, outros temas como ética e responsabilidade social foram sendo incorporados ao debate.<sup>2</sup>

No *site* Governança Corporativa, dedicado exclusivamente ao tema, é possível encontrar a seguinte definição:

A governança corporativa abrange a alocação de autoridade e responsabilidades, além do encadeamento e interações entre as estruturas para os processos de tomada de decisão, pelos quais os negócios e relacionamentos do conglomerado/instituição são realizados, principalmente pelo conselho de administração e pela diretoria, que normalmente inclui: a) definição, aprovação e implementação das estratégias e objetivos;

- 
1. *Governança corporativa no setor bancário: evolução recente no mercado brasileiro*. 2005. Dissertação (Mestrado em Administração) – Instituto COPPEAD de Administração, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2005, p. 9.
  2. Cf. *Governança corporativa: desempenho e valor da empresa no Brasil*. São Paulo: Saint Paul, 2005.

b) seleção e supervisão dos gestores e funcionários; c) gestão do dia-a-dia das atividades; d) proteção dos interesses dos depositantes e atendimento das obrigações frente aos acionistas, tendo em conta os interesses dos demais *stakeholders*; e) alinhamento da cultura, atividades e comportamento corporativos com a expectativa de que o banco operará de forma segura e sólida, com integridade e em conformidade com as leis e regulamentos em vigor; e f) estabelecimento de atividades de controles.<sup>3</sup>

Por uma ótica ampla, governança corporativa é um conjunto de ideias e regras referentes a relações que as empresas necessariamente desenvolvem diariamente com outras partes interessadas, com o intuito de primar por uma gestão de excelência.

Conforme elucidam Fontes Filho *et al.*, faz mais de 20 anos que as questões de governança corporativa ocupam espaço crescente nos debates e nas ações do mercado de capital, obtêm atenção dos formuladores de políticas públicas e ganham lugar na mídia.<sup>4</sup> Em breves linhas:

Governança Corporativa trata do governo estratégico da empresa, da articulação e da distribuição do poder entre as partes com direitos de propriedade e os responsáveis pela gestão. Não se limita a questões de verificação de procedimentos contábeis, a auditorias ou a remuneração dos gestores, mas aborda o efetivo exercício da propriedade. Nas corporações, direciona a questões que envolvem as relações entre controladores,

---

3. *A estrutura de poder, o processo e as práticas de governança corporativa*. [S.l.], 2011, sem paginação. Disponível em: <[http://governancacorporativa.com/?page\\_id=120](http://governancacorporativa.com/?page_id=120)>. Acesso em: 20 maio 2018.

4. Vide *Governança cooperativa: diretrizes e mecanismos para fortalecimento da governança em cooperativas de crédito*. Brasília: BCB, 2009.

acionistas minoritários, gestores, mercado de capitais e financiadores em geral, assim como entre diversos grupos influenciados pela ação da empresa (*stakeholders*), tais como empregados, clientes, fornecedores, órgãos reguladores e sociedade.<sup>5</sup>

A governança é parte do contexto econômico geral em que as empresas operam e inclui políticas macroeconômicas, o nível de concorrência nos mercados, além do ambiente jurídico, regulamentar e institucional. A interconexão de todas as partes, os chamados relacionamentos, forma uma rede de ligações, podendo-se imaginar um verdadeiro sistema de governança corporativa.

Segundo a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), a governança corporativa envolve um conjunto de relacionamentos entre os gestores da empresa, o seu Conselho de Administração, os acionistas e outras partes interessadas (*stakeholders*).<sup>6</sup>

Banzas salienta que a governança corporativa também provê a estrutura por meio da qual os objetivos da empresa são definidos, os meios necessários para serem atingidos e como a *performance* deve ser monitorada.<sup>7</sup>

Um bom sistema de governança deve prover adequados incentivos para o Conselho e gestores focados no alcance dos objetivos que são do interesse da empresa e dos acionistas, além de facilitar o efetivo monitoramento, encorajando o uso dos recursos da forma mais eficiente.

---

5. *Ibidem*, p. 31.

6. Cf. *OECD Principles of Corporate Governance*, Paris, 1999.

7. Cf. *Governança corporativa no setor bancário: evolução recente no mercado brasileiro*.

Já no que tange à cultura organizacional, Lopes, Valentim e Fadel utilizam a seguinte definição:

Cultura organizacional é extremamente importante para qualquer tipo de organização, uma vez que influi diretamente na maneira como os sujeitos organizacionais buscam cumprir as estratégias, objetivos e metas organizacionais. Os princípios, valores, crenças, ritos, mitos e normas que regem uma organização são determinantes, pois propiciam aos seus membros uma percepção mais homogênea da realidade em que a organização está inserida.<sup>8</sup>

Importante salientar que a cultura organizacional influi tanto na estrutura quanto nos processos organizacionais, que, por sua vez, influem nas estratégias desenvolvidas para alcançar os objetivos e as metas definidas no contexto da organização. Exatamente por isso ela é determinante para qualquer tipo de modelo de gestão.

Nesse diapasão, Ritter defende que a cultura organizacional possui quatro funções básicas no contexto organizacional:

- 1) Identificação: propicia aos seus membros conhecer/reconhecer a identidade organizacional;
- 2) Integração: proporciona um elo entre os seus membros, de modo a conhecer/reconhecer o que os une;
- 3) Coordenação: possibilita, por meio da aplicação de normas, uma maior liberdade de ação e decisão; e
- 4) Motivação: influi e legitima o comportamento de seus membros, de forma a buscar o bem comum para atingir os objetivos e as metas planejadas pela organização.<sup>9</sup>

---

8. *Efeitos da cultura organizacional no desenvolvimento dos modelos de governança corporativa*. Revista FAMECOS Porto Alegre, v. 21, n. 1, p. 268-286, jan./abr. 2014, p. 269.

9. *Cultura organizacional*. Buenos Aires: La Crujía, 2008 *apud* *ibidem*.

É relevante mencionar que a importância de uma cultura organizacional consta do Manual de Diretrizes para Boas Práticas de Governança Cooperativa em Cooperativas de Crédito, elaborado pelo Banco Central do Brasil, que diz:

A existência de uma cultura organizacional que determine e incentive o comportamento ético é tão ou mais importante do que qualquer declaração escrita de valores e padrões éticos. Dessa forma, todos os dirigentes da cooperativa devem assumir a responsabilidade pela aplicação dos padrões éticos do dia-a-dia, ajudando a disseminá-los, sobretudo pelo exemplo. Mas, em que pese ser responsabilidade dos administradores estratégicos zelar pelo cumprimento das orientações do código, são os administradores executivos que podem melhor acompanhar e avaliar sua aplicação no cotidiano da cooperativa.<sup>10</sup>

Na mesma linha, Lopes, Valentim e Fadel enfatizam que as organizações que aplicam a governança corporativa são aquelas que prezam por uma boa e forte relação com os seus *stakeholders*, e, assim, necessitam de uma cultura organizacional empreendedora e voltada ao mercado. Para tanto, é necessário que os princípios, valores, crenças, ritos, mitos e normas sejam fundamentados em criatividade, dinamismo, tranquilidade em relação às mudanças, alto nível de desempenho, respeito ao cliente e ética no que se refere à atuação no mercado.<sup>11</sup>

Especialistas entendem que implantar a governança corporativa em uma organização requer, muitas vezes, uma mudança cultural. Isso significa que é necessário um esforço por parte das lideranças

---

10. Cf. *Governança cooperativa: diretrizes para boas práticas de governança em cooperativas de crédito*. Brasília: Banco Central do Brasil, ago. 2008.

11. Vide *Efeitos da cultura organizacional no desenvolvimento dos modelos de governança corporativa*, Revista FAMECOS.

da organização, uma vez que modificar a cultura organizacional é um processo longo e difícil, e que requer persistência e mecanismos eficientes para que seja passível de ser concretizado.

Nas palavras de Griffin e Moorhead:

É possível modificar ou ajustar a cultura de uma organização desde que os símbolos que regem a organização sejam alterados de forma eficiente e, para isso, é necessário socializá-los adequadamente junto aos membros da organização, cujo processo exige dos líderes uma atenção especial, visto que estes são influenciadores potenciais da mudança.<sup>12</sup>

Destaca-se que a cultura organizacional influi tanto na estrutura quanto nos processos organizacionais, de modo que, em cadeia, influenciará as estratégias desenvolvidas para alcançar os objetivos e as metas definidas no contexto da organização.

Nesse sentido, Lopes, Valentim e Fadel sustentam que a cultura organizacional pode ser considerada como um dos principais elementos para a constituição e a condução da dinâmica organizacional, considerando que essa é a principal identidade de uma organização. Desse modo, é possível considerar a cultura de uma organização como sendo um sistema de princípios, valores, artefatos (ritos e mitos) e normas, do mesmo modo que o é para uma nação, para uma determinada região de um país, para uma cidade ou para um determinado grupo de pessoas, cujas características serão distintas de acordo com o aporte cultural apreendido. Nesse sentido, uma organização não é feita apenas de produtos, serviços e resultados financeiros, mas também de princípios e valores que permeiam os negócios e fazem com que a conduta nas relações internas e externas seja relacionada à sua imagem.<sup>13</sup>

---

12. *Fundamentos do comportamento organizacional*. São Paulo: Ática, 2006apud**id**em, p. 270.

13. Cf. Efeitos da cultura organizacional no desenvolvimento dos modelos de governança corporativa, *Revista FAMECOS*.

Sroul salienta que:

A cultura organizacional especifica a identidade da organização. É construída ao longo do tempo e serve de chave para distinguir diferentes coletividades. Aliás, quando ocorrem fusões, aquisições ou incorporações de empresas, sob o fogo cruzado da multiplicidade das maneiras de ser, as culturas organizacionais gritam de tão diversas que são. Reagem também quando, sob o aguilhão da concorrência, irrompe a necessidade inadiável de inovar a tecnologia, de alterar a forma de gerir, de adotar nova postura moral, de mudar o processo produtivo.<sup>14</sup>

Lopes, Valentim e Fadel apresentam a importância da interseção entre a cultura organizacional e o desenvolvimento da governança corporativa, porém chegam à conclusão de que ainda há poucas pesquisas acerca das relações existentes entre a cultura organizacional e a implantação e condução dos modelos de governança corporativa. Contudo, constatam, mediante a observação do desenvolvimento de tais modelos na última década, a existência de simetria entre os dois fenômenos. Uma forte correlação pode ser observada em casos de empresas familiares, em que a direção conduzida por executivos, uma das condições para a boa governança, pode ser vista como algo negativo, fato que demonstra a presença da resistência à mudança, portanto, à mudança cultural.<sup>15</sup>

Infelizmente, o Brasil é um país cujas características organizacionais permitem avaliar com precisão os efeitos das culturas nos processos de implantação, bem como de condução dos modelos de governança. Isso porque existe uma diversidade de estruturas organizacionais com predominância de estatais e grandes grupos familiares.

---

14. *Poder, cultura e ética nas organizações: o desafio das formas de gestão*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 212.

15. *Op. cit.*

### 3. CARACTERÍSTICAS FUNDAMENTAIS PARA O DESENVOLVIMENTO DE UMA CULTURA ORGANIZACIONAL SAUDÁVEL

De acordo com o Guia de Orientação sobre Interação de Supervisão com Instituições Financeiras na Cultura de Risco, elaborado pela *Financial Stability Board*, as culturas de risco variam entre as instituições financeiras, podendo existir subculturas dentro delas, mas existem certos elementos fundamentais comuns que suportam uma cultura de risco sólida, como a governança eficaz de risco, as estruturas efetivas de apetite ao risco e as práticas de compensação que promovam comportamentos de risco apropriados.<sup>16</sup>

O *site* Net Profit, especialista em cultura organizacional, afirma que cada empresa tem a sua própria personalidade, com a sua maneira de entender o mercado e de agir. A essa característica única das corporações dá-se o nome de cultura organizacional. Quando os colaboradores inseridos dentro dessa instituição compreendem essa cultura, passam a trabalhar em uma grande sintonia, que tende a favorecer positivamente o negócio.<sup>17</sup>

Segundo o próprio *site*, o conceito de cultura organizacional é composto de sete características básicas, que irão variar de empresa para empresa, pois cada organização acaba por dar um valor determinado para essas características e um grau de influência em cada procedimento no negócio, de tal sorte que a combinação dessas características e o peso de cada uma delas dentro da estratégia vão

---

16. *Guidance on supervisory interaction with financial institutions on risk culture: a framework for assessing risk culture*. Basileia, 7 abr. 2014. Disponível em: <[http://www.financialstabilityboard.org/publications/r\\_130212.pdf](http://www.financialstabilityboard.org/publications/r_130212.pdf)>. Acesso: 26 maio 2018.

17. *Saiba como definir a cultura organizacional de sua empresa*. [S.l.], 2016. Disponível em: <<http://blog.netprofit.com.br/saiba-como-definir-a-cultura-organizacional-da-sua-empresa/>>. Acesso em: 30 maio 2018.

definir a cultura organizacional de uma instituição. As referidas características são as seguintes:

- **INOVAÇÃO:** empresas que dão alto valor a este aspecto incentivam os seus funcionários a inovar em suas funções e no desenvolvimento do negócio; já as que dão um valor baixo a esta característica orientam os seus funcionários a executarem os seus trabalhos da forma como foram treinados, sem assumir muitos riscos;
- **ATENÇÃO AOS DETALHES:** precisão é a palavra-chave desta característica. As companhias que colocam alto valor neste item esperam que os colaboradores desenvolvam as suas atividades com o máximo de precisão possível; em comparação, as empresas que lhe dão pouca atenção não são rígidas quanto a este padrão do trabalho;
- **ORIENTAÇÃO PARA RESULTADOS:** as empresas que valorizam o alcance dos resultados (vendas) pouco se preocupam com o desenvolvimento de seus processos de vendas. Enquanto isso, as organizações que não prezam muito este fator acabam se preocupando com o contrário: o desenvolvimento dos processos para alcançar os resultados;
- **FOCO NAS PESSOAS:** existem empresas que levam em conta o impacto que as suas decisões causam na vida de seus colaboradores, tratando-os com respeito e dignidade. Além disso, estimulam o crescimento de seus funcionários, seja no âmbito profissional, educacional ou pessoal;
- **ORIENTAÇÃO PARA EQUIPES:** as instituições que dão atenção a este item costumam considerar que o trabalho é melhor desenvolvido em equipe do que de maneira individual;
- **AGRESSIVIDADE:** as empresas que voltam os olhos para esta característica esperam colaboradores mais assertivos, pois são bastante competitivas e buscam superar a concorrência

a todo custo. As corporações que não se atentam a este ponto desenvolvem uma concorrência mais “branda”; e

- **ESTABILIDADE:** as empresas que valorizam esta característica trabalham com um conjunto de regras preestabelecidas e tendem a ser burocráticas e previsíveis. Elas atuam com níveis consistentes de produção e têm bons resultados em mercados de baixa alteração.<sup>18</sup>

Só após se definir uma cultura organizacional é que se torna possível estabelecer um ambiente de trabalho harmônico, em que os colaboradores sabem onde trabalham, o que esperam daquela instituição, como devem se portar no escritório e aonde podem chegar em seus ramos de atividade.

Porém, se os colaboradores, ao serem contratados, não conhecerem a cultura organizacional e a forma de pensar da companhia, é bem provável que tenham um comportamento bastante diferente da equipe, o que pode prejudicar o andamento do trabalho.

Assim sendo, é necessário criar mecanismos para informar e conscientizar esses novos colaboradores sobre a cultura organizacional, para que eles possam se alinhar com essa maneira de pensar e os objetivos da corporação.

Como já mencionado, é imprescindível o alinhamento da cultura organizacional, das atividades e do comportamento corporativo com a expectativa de que a instituição financeira operará de forma segura e sólida, com integridade e em conformidade com as leis e os regulamentos em vigor.

Nessa linha, uma das características e responsabilidades que a indústria financeira deve ter é verificar se o Conselho da instituição monitora a atuação dos diretores, exigindo a prestação de contas

---

18. Cf. *Saiba como definir a cultura organizacional de sua empresa.*

das suas ações e a adesão aos valores e à cultura, além do apetite aos riscos. Isso porque, com relação à governança e à proteção de risco, com uma cultura organizacional bem alinhada, observa-se que o *Financial Stability Board* assim estabelece:

Práticas corretas para riscos efetivos governança, incluindo os papéis e responsabilidades do Conselho, o principal responsável função de gestão, e a avaliação independente da estrutura de governança de risco. O relatório apresenta uma lista integrada e coerente de boas práticas que estabelecem expectativas para o papel e as responsabilidades do Conselho, bem como a estrutura, recursos, autoridade e independência das funções de gerenciamento de riscos e auditoria interna, incluindo relatórios. Expectativas semelhantes para práticas sólidas a bordo do envolvimento e na estrutura, recursos, autoridade e independência estendem-se à função de conformidade, que tem um importante papel a desempenhar na conformidade e na condução do controle de riscos. Os processos de governança devem ser projetados para trabalhar contra a erosão das práticas de gestão de risco por meio de mudanças nos negócios e ambientes.<sup>19</sup>

Vale notar que o Banco Central entende que um sistema de governança bem desenvolvido torna as relações mais transparentes, reduzindo riscos diversos e melhorando a segurança de todas as organizações do sistema.<sup>20</sup>

---

19. *Guidance on supervisory interaction with financial institutions on risk culture: a framework for assessing risk culture*, p. 2.

20. Cf. *Governança cooperativa: diretrizes para boas práticas de governança em cooperativas de crédito*.

#### 4. APETITE AO RISCO

---

Os princípios do *Financial Stability Board* para um Quadro de Apetite ao Risco Eficaz estabelecem elementos-chave para: 1) desenvolver uma estrutura efetiva de apetite ao risco; 2) estabelecer uma declaração eficaz de apetite ao risco; 3) impor limites de risco; e 4) definir os papéis e as responsabilidades do Conselho e da Alta Gerência no estabelecimento da declaração de apetite ao risco aprovada.<sup>21</sup>

Incorporada nesses princípios está a suposição de que as instituições financeiras têm os processos para estabelecer a sua estratégia e desenvolver os seus negócios, bem como apresentam os modelos e sistemas para medir e agregar riscos.

Uma cultura de risco é determinante em uma instituição, tornando-a capaz de executar com sucesso as suas estratégias dentro do seu apetite ao risco, assim que definido.

Percebe-se que a preocupação do *Financial Stability Board* na publicação de práticas de compensação visa a garantir governança, alinhamento para a supervisão e engajamento das partes interessadas na compensação.

O *mix* de governança e cultura organizacional, em seu conjunto de valores, deve promover a conscientização sobre riscos, transmitindo que o Conselho da instituição não aprova a tomada excessiva de riscos e que todos os funcionários são responsáveis por assegurar que o conglomerado/instituição opera dentro dos parâmetros definidos para o apetite e os limites de riscos.

Para que isso ocorra, o Conselho deve participar ativamente da elaboração do documento sobre apetite a riscos e assegurar que o mesmo esteja alinhado com as estratégias do conglomerado/instituição, o planejamento financeiro e as práticas de remuneração dos executivos. Nesse sentido, cabem algumas considerações:

---

21. Vide *Guidance on supervisory interaction with financial institutions on risk culture: a framework for assessing risk culture*.

- a governança dos riscos deve estabelecer medidas que serão tomadas nos casos em que os limites aprovados sejam violados, incluindo ações disciplinares por excessiva tomada de risco, procedimentos de encaminhamento a níveis hierárquicos superiores e notificação do Conselho;
- enquanto a definição do apetite ao risco e a elaboração do documento de apetite ao risco devem ser lideradas pelo Conselho, a efetiva implementação depende da interação entre o Conselho e a Alta Administração, com destaque para a participação dos gestores de riscos, de negócios e finanças; e
- o apetite a riscos deve ser claramente transmitido de maneira formal e ser de fácil compreensão por todas as áreas relevantes: o próprio Conselho, a Diretoria Executiva e os funcionários.

É importante consignar que avaliar a cultura de risco não é um processo fácil; ao contrário, é bem complexo. Mas, dada a sua importância, é preciso prestar a devida atenção.

Por isso, existem vários indicadores ou práticas que podem ser indicativos de uma sólida cultura de risco. As instituições e os supervisores podem se conscientizar sobre o equilíbrio da instituição entre assumir riscos e controlar, considerando tais fatores.

O Banco Central do Brasil, em seu guia de boas práticas, já citado anteriormente, enfatiza que a política de gestão de riscos objetiva proporcionar segurança aos associados, pela percepção de que as suas aplicações serão geridas segundo normas preestabelecidas pela instituição, construídas de acordo com a técnica mais adequada.<sup>22</sup>

---

22. Cf. *Governança cooperativa: diretrizes e mecanismos para fortalecimento da governança em cooperativas de crédito.*

O *Financial Stability Board* faz as seguintes considerações acerca do apetite ao risco:

- a liderança da instituição promove, monitora e avalia a cultura de risco da instituição financeira, considera o impacto da cultura na segurança e solidez, e faz alterações quando necessário;
- funcionários relevantes em todos os níveis entendem os valores centrais da instituição e a sua abordagem ao risco, sendo capazes de desempenhar as suas funções prescritas, e estão cientes de que eles são responsáveis por suas ações em relação à instituição e ao comportamento de risco;
- uma cultura de risco saudável promove um ambiente de comunicação aberto e o desafio eficaz dos processos de tomada de decisão para incentivar uma variedade de pontos de vista, permitir o teste de práticas atuais, estimular a atitude crítica entre os funcionários e promover um ambiente aberto e o engajamento construtivo; e
- o gerenciamento de desempenho e talentos estimula e reforça a manutenção do comportamento desejado de gerenciamento de risco da instituição, sustentando os valores fundamentais e a cultura de risco em todos os níveis.<sup>23</sup>

No mais, com a evolução da estrutura de governança corporativa dos conglomerados/instituições financeiras, evidencia-se a importância crescente da constituição de um Comitê especializado em riscos corporativos, com as seguintes funções:

- propor e informar o Conselho de Administração sobre o atual e o futuro apetite ao risco do conglomerado/instituição;
- monitorar a implementação da política de apetite a riscos aprovada pelo Conselho;

---

23. Cf. *Guidance on supervisory interaction with financial institutions on risk culture: a framework for assessing risk culture.*

- elaborar reporte sobre a cultura de riscos;
- monitorar e interagir com o *Chief Risk Officer* (CRO) ou equivalente;
- monitorar as estratégias de gestão de capital e de liquidez, assim como todos os riscos relevantes (crédito, mercado, operacional, liquidez, de reputação etc.), para assegurar que estejam consistentes com o apetite a riscos estabelecido;
- receber um regular relatório do CRO ou equivalente, e de outras áreas relevantes, em relação a informações sobre o perfil de riscos do conglomerado/instituição, o atual estágio da cultura de riscos, o grau de utilização em relação ao apetite aos riscos e os limites estabelecidos, a violação de limites e os planos de mitigação;
- reunir-se periodicamente com o Comitê de Auditoria para assegurar a efetiva troca de informações e cobertura de todos os riscos, incluindo os riscos emergentes e qualquer ajuste necessário na estrutura de governança de riscos.<sup>24</sup>

Cumpra observar, contudo, que os indicadores acima não são exaustivos e não representam uma lista de verificação ou um ponto de revisão da supervisão da cultura de risco de uma instituição.

## **5. ORIENTAÇÃO GERAL DE SUPERVISÃO**

---

Desde a crise financeira global, as abordagens de supervisão estão se tornando cada vez mais diretas e mais intensas para promover a resiliência do sistema financeiro.

O desafio para os supervisores é encontrar o equilíbrio certo entre adotar uma abordagem mais intensiva e proativa e não indevidamente influenciar as decisões estratégicas da administração da

---

24. *Ibidem.*

instituição. A cultura de risco é uma área em que existe um número crescente de autoridades de supervisão para assumir um papel mais ativo quanto ao apetite ao risco.

Assim, o *Financial Stability Board* entende que:

Os supervisores estão em uma posição única para obter informações sobre a cultura de risco em instituições financeiras, seu acesso a informações e indivíduos em toda a instituição, bem como os resultados de trabalho de supervisão. Essa visão única é a capacidade de coletar observações em várias instituições, permitindo, assim, uma análise minuciosa. Os supervisores devem adotar um processo para sintetizar resultados de supervisão para temas comuns, agregar observações informais que eles têm sobre a instituição e aplicar julgamento de alto nível para decidir se a cultura ou comportamento indesejado é uma causa descoberta de supervisão. Os supervisores devem reconhecer que toda atividade de supervisão pede informações que informam essas avaliações periódicas, mas que os resultados de supervisão são um indicador definitivo de questões culturais que precisam ser abordadas.<sup>25</sup>

No caso do Brasil, o Banco Central deve evitar metodologias de supervisão que tratem esses indicadores como uma lista de verificação apenas, ou algo que não é rigoroso, identificando, por exemplo, práticas ou atitudes que não são referências de uma boa gestão de risco, as quais devem ser levadas ao conhecimento do Conselho de Administração ou Gestão, conforme o caso, que é quem tem a responsabilidade final de delinear e supervisionar a cultura de risco da instituição financeira, para influenciar a mudança em uma direção positiva.

---

25. *Guidance on supervisory interaction with financial institutions on risk culture: a framework for assessing risk culture*, p. 5.

Os supervisores devem avaliar os processos em vigor, pelos quais os valores essenciais são comunicados, entendidos, abraçados e monitorados em toda a instituição. Em particular, eles devem examinar como o Conselho e a Administração Sênior avaliam sistematicamente a cultura de risco da instituição.

Cabe notar que o Banco Central é responsável pelo gerenciamento de sistemas e de processos fundamentais para o bom funcionamento da economia brasileira, e, por isso, deve estar preparado para lidar com situações adversas que possam comprometer a sua atuação. Para tanto, atua em duas frentes: gerenciamento dos riscos financeiros (alocação estratégica e carteira de referência das reservas internacionais, risco de mercado, risco de crédito e risco de liquidez) e gerenciamento de ameaças não financeiras (risco estratégico e risco operacional).<sup>26</sup>

Por fim, vale destacar que o *Financial Stability Board* salienta que avaliar a cultura de risco é algo complexo e que requer uma gama de habilidades, ferramentas e abordagens. Para tal, os supervisores precisam desenvolver uma ampla experiência e um conjunto de habilidades apropriadas para obter avaliações sensatas e interagir com instituições de nível sênior sobre o papel desempenhado por sua cultura de risco. As autoridades devem assegurar que os supervisores que fazem essas avaliações estejam adequadamente treinados e sejam capazes de aplicar um julgamento experiente e articular claramente esses julgamentos.<sup>27</sup>

A falha de uma instituição em remediar as constatações em relação à cultura de risco pelo fato de um supervisor estar sujeito

---

26. Vide *Política de gestão de riscos do BC é referência para órgãos públicos*. Brasília, 15 jan. 2018. Disponível em: <<https://www.bcb.gov.br/pt-br/#!/c/noticias/207>>. Acesso em: 30maio2018.

27. Cf. *Guidance on supervisory interaction with financial institutions on risk culture: a framework for assessing risk culture*.

ao conjunto existente de opções de supervisão é proporcional ao tamanho das exposições e à materialidade dos riscos envolvidos. Assim, os supervisores devem estar atentos às consequências não intencionais na tentativa de influenciar a cultura de risco.

## 6. CONCLUSÃO

---

A implantação da governança corporativa envolve desde a mudança ou o ajuste da cultura organizacional até a elaboração de mecanismos e instrumentos que modifiquem ou ajustem a estrutura e os processos organizacionais, de forma a influir no processo decisório e, também, na relação dos sujeitos organizacionais com os *stakeholders* e com o mercado de forma ampla. Nessa perspectiva, a organização deve garantir aos investidores uma condição favorável no que tange ao retorno sobre o próprio investimento.

A organização, no contexto da governança corporativa, não pode pensar e agir sobre si mesma, mas, ao contrário, deve pensar e agir sobre um conjunto de atores que se relaciona fortemente com ela, visando a atingir os mesmos objetivos e as metas planejadas. Essa realidade impõe uma mudança cultural tanto na estrutura quanto nos processos organizacionais, de forma que os sujeitos organizacionais percebam a nova condição organizacional e, assim, desenvolvam princípios, valores, ritos, mitos e normas que valorizem e consolidem a relação com os seus *stakeholders*.

A cultura organizacional deve estar alicerçada em valores que amenizem possíveis conflitos entre as lideranças organizacionais e os *stakeholders*, de forma que os objetivos comuns possam, de fato, ser alcançados. A governança corporativa busca a transparência das informações relativas às ações realizadas na organização no que tange à gestão do negócio, e a cultura organizacional é determinante para que os sujeitos organizacionais possuam valores que atendam essa premissa básica da boa governança.

## REFERÊNCIAS

---

- BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Governança cooperativa**: diretrizes para boas práticas de governança em cooperativas de crédito. Brasília: Banco Central do Brasil, ago. 2008, p. 39.
- \_\_\_\_\_. **Política de gestão de riscos do BC é referência para órgãos públicos**. Brasília, 15 jan. 2018. Disponível em: <<https://www.bcb.gov.br/pt-br/#!/c/noticias/207>>. Acesso em: 30 maio 2018.
- BANZAS, Manoel Suarez. **Governança corporativa no setor bancário**: evolução recente no mercado brasileiro. 2005. Dissertação (Mestrado em Administração) – Instituto COPPEAD de Administração, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2005.
- FINANCIAL STABILITY BOARD. **Guidance on supervisory interaction with financial institutions on risk culture**: a framework for assessing risk culture. Basileia, 7 abr. 2014. Disponível em: <[http://www.financialstabilityboard.org/publications/r\\_130212.pdf](http://www.financialstabilityboard.org/publications/r_130212.pdf)>. Acesso: 26 maio 2018.
- FONTES FILHO, Joaquim Rubens *et al.* **Governança cooperativa**: diretrizes e mecanismos para fortalecimento da governança em cooperativas de crédito. Brasília: BCB, 2009.
- GOVERNANÇA CORPORATIVA. A estrutura de poder, o processo e as práticas de governança corporativa. [S.l.], 2011. Disponível em: <[http://governançacorporativa.com/?page\\_id=120](http://governançacorporativa.com/?page_id=120)>. Acesso em: 20 maio 2018.
- LOPES, Elaine Cristina; VALENTIM, Marta Lígia Pomim; FADEL, Bárbara. Efeitos da cultura organizacional no desenvolvimento dos modelos de governança corporativa. **Revista FAMECOS**, Porto Alegre, v. 21, n. 1, p. 268-286, jan./abr. 2014.
- NETPROFIT. **Saiba como definir a cultura organizacional de sua empresa**. [S.l.], 2016. Disponível em: <<http://blog.netprofit.com.br/saiba-como-definir-a-cultura-organizacional-da-sua-empresa/>>. Acesso em: 30 maio 2018.
- ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **OECD Principles of Corporate Governance**. Paris: OEDC, 1999.
- SILVEIRA, Alexandre di Miceli da. **Governança corporativa**: desempenho e valor da empresa no Brasil. São Paulo: Saint Paul, 2005.
- SROUR, Robert H. **Poder, cultura e ética nas organizações**: o desafio das formas de gestão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

## XI

# Matizes da responsabilidade tributária dos sócios e a desconsideração da personalidade jurídica no âmbito tributário

*Laercio Guerra Silva\**

**SUMÁRIO:** I. Introdução. II. A relação jurídica tributária: poder e direito. III. Obrigação tributária e crédito tributário: noções gerais. IV. Sujeitos da relação jurídica: os atores da relação jurídica. V. Responsabilidade tributária: breves considerações. VI. A responsabilidade tributária de terceiros: noções gerais. VII. A desconsideração da personalidade jurídica: breves anotações. VIII. Nunces da responsabilidade de terceiros e a desconsideração da personalidade jurídica no âmbito tributário e responsabilidade. IX. Conclusão. Bibliografia.

**RESUMO:** Trata-se de um breve ensaio em que se pretende analisar as nuances sobre a responsabilidade tributária de terceiros, especialmente dos Sócios e administradores e o

---

\*. Advogado, Doutorando em Ciências jurídicas e Sociais pela UMSA – Universidad del Museo Social Argentino, Especialista em Direito tributário e Processo tributário pelo IBET - Instituto Brasileiro de Direito Tributário, membro do IBEDAFT - Instituto Brasileiro de Estudo do Direito Administrativo, Financeiro e Tributário, fundador do Escritório Guerra & Advogados Associados. laercio@grupoguerra.com.br.

instituto da desconsideração da personalidade jurídica e sua aplicabilidade no âmbito do direito tributária, sobretudo, em razão da alteração do art. 50 do Código Civil.

**PALAVRAS-CHAVES:** Tributário – responsabilidade tributária de terceiros – desconsideração da personalidade jurídica

## I. INTRODUÇÃO

---

O Direito tributário tem por objetivo regular a relação jurídica entre o Estado e o Contribuinte, visto que o primeiro, detentor do poder de império, sujeito ativo da relação, tem o poder de exigir do segundo, sujeito passivo, o cumprimento da obrigação – o tributo.

Professor Hugo de Brito Machado<sup>1</sup> ensina que o Direito Tributário é o ramo do Direito que se ocupa das relações entre o fisco e as pessoas sujeitas a imposições tributárias de qualquer espécie, limitando o poder de tributar e protegendo o cidadão contra abusos desse poder.

O Estado é soberano e no seu estandarte estão impressos a indisponibilidade e da supremacia do interesse público, contudo do outro lado existe o cidadão que se escuda nos princípios constitucionais tributários para a sua proteção. Vale lembrar os dizeres do Juiz americano John Marshall, da Suprema Corte dos EUA, quando julgou o emblemático caso *Mc Culloch v. Maryland*, quando afirmou que o “poder de tributar equivale ao poder de destruir”.

O Estado no exercício do seu direito subjetivo deve observar os limites da lei (princípio da legalidade), que, como dizia Pontes de Miranda, significa o povo se tributando a si próprio.

---

1. MACHADO, Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário. 33ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2012, p 51.

Assim, é também por força da lei que o Estado não pode atribuir a responsabilidade pelo cumprimento da obrigação a qualquer particular, ou seja, não pode eleger o seu alvedrio qualquer terceiro e lhe invadir o patrimônio para satisfazer o crédito tributário.

Neste sentido, é necessário uma continua investigação dos institutos do direito que dizem respeito a um tema bastante inquietante que é a possibilidade dos Sócios, representantes das pessoas jurídicas em geral, responderem com seus patrimônios pessoais pelas dívidas tributárias das empresas da qual fazem parte.

Certo é que, a iniciativa privada precisa de segurança jurídica na sua relação com o Estado, sob pena do desincentivo ao empreendimento e investimento, tornando o desenvolvimento de uma atividade econômica, que por si só, já é submetida a tantos riscos, inviável ao investidor, por isso o princípio da legalidade, que baliza a relação jurídica tributária, é o esteio do estado democrático de direito e, portanto, vetor do desenvolvimento da ordem econômica.

A proposta deste breve ensaio é a análise das nuances da Responsabilidade de Terceiros, especificamente a prevista no art. 135 do CTN que prevê a possibilidade de responsabilização dos sócios, gerentes, administradores, diretores, e a Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica, prevista no art. 50 do CC 2002, cuja redação foi recentemente alterada pela Lei da Liberdade Econômica, e a sua aplicabilidade no âmbito tributário.

A relevância social do tema é pertinente, visto que, a responsabilidade tributária de terceiros e a desconsideração da personalidade jurídica são situações que causam um natural tensão na iniciativa privada e institutos que provocam uma ligeira confusão entre os operadores do direito, evitando-se assim a banalização nas suas aplicações.

No decorrer do texto foram realizadas algumas análises sucintas dos sistemas prescritivos que com os institutos, objeto do estudo,

estão entrelaçados, verificando quais os critérios e limites permitidos na lei que podem justificar o Fisco pretender ultrapassar a barreira da personalidade jurídica e alcançar o patrimônio pessoal dos seus sócios e administradores. Como etapas, para se atingir o objetivo final, fazendo-se necessário perpassar pela compreensão do que seja Relação jurídica, Obrigação tributária, crédito tributário, Sujeitos da relação jurídica, Responsabilidade Tributária para então analisar, ainda que sucintamente, a Responsabilidade Tributária de Terceiros e a desconsideração da personalidade jurídica no Âmbito Tributário, e ao final, arrematar com as singelas nuances entre os dois institutos, servindo a conclusão como uma síntese dos resultados da pesquisa, inobstante, sugerindo novas investigações sobre o tema.

A metodologia empregada neste singelo trabalho foi a pesquisa bibliográfica, como é de praxe no Direito, através do método dedutivo, partindo-se dos ensinamentos gerais da melhor doutrina, clássica e moderna, para fomentar esta produção.

## **II. A RELAÇÃO JURÍDICA TRIBUTÁRIA: PODER E DIREITO**

E imperioso iniciar o estudo analisando o que seja a “relação jurídica tributária”.

Sob a perspectiva histórica, a exigência do tributo remete a uma relação de poder e coerção onde o dominador exigia do dominado o pagamento de um tributo; contudo, ao longo do tempo e dos movimentos que imprimiram as mais profundas transformações sociais, moldou-se, hoje, uma relação jurídica.

Sobre essa questão, pondera o festejado jurista e professor Hugo de Brito Machado<sup>2</sup> que essa relação não é mais uma “relação

---

2. MACHADO. Hugo de Brito. op. cit., 2014, p. 27

de poder”, e passou a ser uma “relação jurídica”; pois uma “relação de poder” nasce, desenvolve e se extingue segundo a vontade do poderoso, sem a observância de regras porventura preestabelecidas, ao passo que a “relação jurídico”, nasce, se desenvolve segundo um regramento preestabelecidas.

Para o douto professor Paulo de Barros Carvalho<sup>3</sup> o estudo da “relação jurídica” é de fundamental relevância para a Teoria Geral do Direito, e a define como o vínculo abstrato segundo o qual, por força da imputação normativa, uma pessoa, chamada de sujeito ativo, tem o direito subjetivo de exigir de outra, denominada sujeito passivo, o cumprimento de certa prestação.

Na mesma esteira Marcos Bernardes de Mello<sup>4</sup> ensina que “relação jurídica tributária” é o que resulta de um fato jurídico tributário, conceituando o “fato jurídico” como o fato criado por força da incidência de normas jurídicas regentes da atividade tributária do Estado.

Assim, em suma, entende a melhor doutrina que “relação jurídica tributária” é o vínculo abstrato que nasce não por vontade das partes, mas por um fato previsto na lei (tributária), cujos sujeitos da relação são o Estado, na qualidade de sujeito ativo credor, com direito de exigir a obrigação; e o Contribuinte, na qualidade de sujeito passivo devedor, que está obrigado a cumprir a prestação.

A relação jurídica tributária cria uma conexão entre duas ou mais pessoas<sup>5</sup>, independente da vontade destas fazendo nascer para os envolvidos direitos e deveres de ordem cogente por força

- 
3. CARVALHO, Paulo de Barros, Curso de Direito Tributário. 23ª edição, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 190.
  4. MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico, plano da eficácia. 9. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.273
  5. FREIRE, Laudelino. Grande e Novíssimo Dicionário da Língua Portuguesa. 3 ed. Rio de Janeiro: Jose Olympio, v. V, 1957, p. 4.371.

de lei. É na “lei”, *stricto senso*, portanto, que estão previstos os fatos que farão irromper a relação jurídica tributária, autorizando a ‘longa manus’ do Estado invadir o patrimônio do particular. É, portanto, na “lei” que estão os critérios e limites para atuação do Estado, sob pena da relação jurídica tornar-se o que inicialmente se conjecturou, uma relação de poder.

Certo é que, ainda que com todo o arcabouço protetivo, o Estado, em toda a sua estrutura, é notoriamente a parte mais forte, pois detém o poder de criar a lei que institui os tributos, as obrigações tributárias, os meios de fiscalização e os meios de cobrança para a expropriação do patrimônio do Contribuinte, parte mais fraca.

Sob esta perspectiva, não como negar que há uma certa” relação de poder “, justificada pelo aspecto da soberania do Estado, e pela indisponibilidade e supremacia do interesse público, embora, que, d’outro lado, o contribuinte está sob o manto das normas principiológicas com natureza de cláusula pétrea, fincadas em direitos e garantias fundamentais, que põe um manto protetivo sobre o Contribuinte.

Dentre as normas protetivas, destaque-se o princípio da legalidade que, para Antônio Carraza<sup>6</sup> é uma das mais importantes colunas sobre as quais se assenta o edifício do Direito Tributário; pois traz consigo, como valores axiológicos, o princípio da dignidade da pessoa humana do Contribuinte, da segurança jurídica e do direito fundamental a propriedade. Certamente, fora da proteção da lei estaríamos sujeitos a volta o Estado *Leviatã*, preconizado por Thomas Hobbes, segundo o qual o “*Estado Soberano está acima das leis e acima da Constituição, sendo um poder absoluto e indivisível.*”<sup>7</sup>.

---

6. CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 25<sup>a</sup> ed. rev. amp. e atual. até a Emenda Constitucional n<sup>o</sup> 57/2008. São Paulo: Editora Malheiros, 200, p. 255-256.

7. HOBBS, Thomas. **O Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil**, São Paulo, Os Pensadores, 4 ed., Editora: Nova Cultura, 1998, p. 105.

Destarte, a relação jurídica tributária é o vínculo jurídico entre o Estado e o Contribuinte, que nasce da lei e é fortemente por ela.

### III. OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA E CRÉDITO TRIBUTÁRIO: NOÇÕES GERAIS

---

Ainda que de forma sucinta, é necessário compreender o que seja “obrigação tributária” e “crédito tributário”

No dicionário, verificamos que o vocábulo “obrigação”, significa ato, e deriva do Latim *Obligatio, Obligationis*, que de obrigar; o fato de estar obrigado a; dever; preceito; lei<sup>8</sup>. No direito, “obrigação” é sinônimo de vínculo abstrato de relação jurídica que surge pela imputação normativa<sup>9</sup>.

Para compreender o que seja obrigação, é necessário se socorrer do direito privado, especificamente da doutrina civilista. Compulmando os estudiosos acerca dos conceitos de “Obrigação”, percebe-se que todos convergem para um mesmo ponto. Vejamos.

Ensina-nos o professor Silvio Rodrigues<sup>10</sup> que obrigação é o vínculo de direito pelo qual alguém (sujeito passivo) se propõe a dar, fazer ou não fazer qualquer coisa (objeto), em favor de outrem (sujeito ativo); para Washington de Barros Monteiro<sup>11</sup>, Obrigação” é a relação jurídica, de caráter transitório, estabelecida entre devedor e credor e cujo objeto consiste numa prestação pessoal econômica, positiva ou negativa, devida pelo primeiro ao segundo, garantindo-lhe o adimplemento através de seu patrimônio.

---

8. LARROUSE. Grande enciclopédia Larousse cultural. São Paulo: Nova Cultural, vol.17, 2004, p.4272.

9. CARVALHO, Paulo de Barros. op. cit., 211p. 282-283.

10. RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2006, p.3.

11. MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2007. p.8.

Na mesma linha, pondera o mestre Fábio Ulhôa Coelho<sup>12</sup> para quem “Obrigação” é o vínculo entre duas partes juridicamente qualificados no sentido de uma delas (o sujeito ou sujeitos ativos) titularizar o direito de receber da outra (o sujeito ou sujeitos passivos) uma prestação.

A doutrina privatista ainda classifica as obrigações como “legais” quando nascem independente da vontade humana; “contratuais”, quando nascem da manifestação da vontade do homem; e as decorrentes de atos ilícitos, que nascem, por óbvio, das práticas de um ilícito, ou ato prescrito como passível de punição no direito.

No âmbito do direito tributário, a “obrigação tributária” é a relação que nasce entre o Contribuinte e o Estado quando da ocorrência no mundo fenomênico de um fato jurídico previsto (in abstrato) na lei. Assim, instaurando a “relação Jurídica tributária”; nasce o dever de alguém, sujeito passivo da relação, prestar “uma obrigação” em favor do Estado, sujeito ativo, portanto, é uma obrigação legal, pois não nasce da vontade das partes.

Antes, porém, é necessário que exista uma regra preestabelecida, ou seja, uma “lei”. Somente a “lei” pode instituir um tributo, e nela deve estar o escopo deôntico da hipótese de incidência tributária e o conseqüente mandamento que fará romper a “relação jurídica tributária” entre o Estado e o Contribuinte, obrigando o último a dar e/ou fazer algo ao primeiro.

Hugo de Brito Machado<sup>13</sup> afirma que antes da ocorrência do fato gerador, ainda não existe nenhum vínculo jurídico entre o Estado e o Particular, portanto, sequer poderia se falar em “obrigação tributária”, pois está só reside, ainda, como simples hipótese.

---

12. COELHO, Fábio Ulhôa. **Curso de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 2., p. 5.

13. MACHADO. Hugo de Brito. op. cit., 2012. p. 141.

Da “lei” resulta a norma jurídica e sobre o assunto ensina o iluminado professor Paulo de Barros Carvalho<sup>14</sup>:

A norma tributária, em sentido estrito, reiteramos, é a que define a incidência fiscal. Sua construção é obra do cientista do Direito e se apresenta, de final, com a compostura própria dos juízos hipotético-condicionais. Haverá uma hipótese, suposto ou antecedente, a que se conjuga um mandamento, uma consequência ou estatuição.

Em apertada síntese, as “obrigações tributárias” são de três espécies. A obrigação de “dar”, e neste caso uma prestação pecuniária, que é levar dinheiro aos cofres públicos, portanto de natureza patrimonial; ou de “fazer”, que é informar com exatidão a ocorrência desses fatos ao Estado, são os deveres instrumentais; ou obrigação de “não fazer” ou “suportar”, e.g., um procedimento de fiscalização, essas de natureza não patrimonial.

A “Obrigação tributária” ainda é classificada como Principal e Acessória. A obrigação principal é de cunho patrimonial e consiste numa obrigação de “dar” dinheiro para adimplir a obrigação; a obrigação acessória é sempre não patrimonial, visto que são insuscetíveis de avaliação patrimonial<sup>15</sup> e consiste numa obrigação de “fazer”, ligado ao interesse da arrecadação ou da fiscalização. Quanto a obrigações acessórias Paulo de Barros Carvalho<sup>16</sup> prefere designá-la como deveres instrumentais ou formais.

---

14. CARVALHO, op. cit.,2002, p. 235.

15. CARVALHO, Paulo de Barros, op. cit., 2012, p. 372.

16. CARVALHO, Paulo de Barros Id. 2012 p. 366.

Independentes das espécies, “principal” ou “acessória”, segundo Aliomar Baleeiro<sup>17</sup> a obrigação tributária é sempre uma *obligatio ex lege*, ou seja, nascem da lei e, assevera, só da lei.

Assim, as “Obrigações” são de extrema importância para o direito tributário, visto que a Relação jurídica tributária é eminentemente de natureza obrigacional<sup>18</sup> e independem da vontade das partes, pois nasce da lei.

É o que conclui o eterno mestre Aliomar Baleeiro<sup>19</sup> ao ensinar que “a obrigação tributária constitui o núcleo do Direito Tributário, como direito obrigacional que é”.

Mister uma breve análise do que seja Crédito Tributário.

Impende inicialmente considerar que “obrigação tributária” não se confunde com “crédito tributário”, embora, nos termos do art. 139<sup>20</sup> do Código Tributário Nacional, possuam a mesma natureza.

Eduardo Sabbag<sup>21</sup> propõe que o crédito tributário representa o momento da exigibilidade da relação jurídico-tributária. Seu nascimento ocorre com o Lançamento tributário (art. 142 do CTN), o que nos permite defini-lo como uma obrigação tributária “lançada” ou, com maior rigor terminológico, obrigação tributário em estado ativo.

Sobre o estudo da relação entre “crédito” e “obrigação”, existem duas teorias: a Monista e a Dualista. Para os adeptos da Teoria Monista, “obrigação” e “crédito” nascem no mesmo instante, ou seja,

---

17. BALEEIRO, Aliomar. Direito Tributário Brasileiro. 11ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 1082.

18. MACHADO, Hugo de Brito. op. cit., 2012. p. 124.

19. BALEEIRO, Aliomar. op. cit., p. 1082p. 1081.

20. Art. 139. O crédito tributário decorre da obrigação principal e tem a mesma natureza desta.

21. SABBAG, Eduardo. Manual de Direito Tributário. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 699.

com a ocorrência do fato gerador previsto em lei. D’outra banda, para os defensores da Teoria Dualista. A “obrigação” nasce com a ocorrência do fato gerador, contudo o “crédito” surge apenas com o Lançamento Tributário<sup>22</sup>;

Prevalece a teoria dualista, no sentido de que o “crédito tributário” é a “obrigação” tributária líquida e certa por intermédio do lançamento<sup>23</sup>; titulada, individualizada e que materializa a “obrigação”.

#### **IV. SUJEITOS DA RELAÇÃO JURÍDICA: OS ATORES DA RELAÇÃO JURÍDICA**

---

Ainda como parte deste ensaio, mister pairar sobre quais os sujeitos da relação jurídica tributária, ou seja, os atores da relação.

Conforme dito, ocorrido o fato imponible, nasce a relação jurídica tributária, que faz disparar o vínculo obrigacional, compreendendo o dever de alguém (sujeito passivo da obrigação tributária) e o direito do Estado (sujeito ativo da obrigação tributária)<sup>24</sup>, interligadas por força de lei (obrigação *ex lege*), atreladas uma à outra, com vistas ao objeto que é a prestação<sup>25</sup>.

E assim surge o direito do Estado de exigir do Contribuinte o “tributo”, cujo conceito encontra-se no art. 3º do Código Tributário Nacional, a saber: “Art. 3º Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não

---

22. Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível. Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

23. SABBAG, op. cit., 2014. p. 699.

24. MACHADO. Hugo de Brito. op. cit., 2012. p. 124.

25. BALEEIRO, Aliomar. op. cit., 2007, p. 1082

constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada”.

Sobre tributos, o festejado e saudoso professor titular de direito da USP Geraldo Ataliba<sup>26</sup>, nos ensina que:

Juridicamente define-se tributo como obrigação pecuniária, *ex-lege*, que não se constitui em sanção de ato ilícito, cujo sujeito ativo é uma pessoa pública (ou delegado por lei desta), e cujo sujeito passivo é alguém nessa situação posto pela vontade da lei, obedecidos os desígnios constitucionais (explícitos ou implícitos)

Portanto, a lei tributária é o elemento central da relação. Ela [a lei] deve trazer consigo todos os elementos necessários para a instituição do tributo, ou seja, a regra-matriz de incidência tributária em que se prevê a hipótese de incidência e o conseqüente, e compondo este último, deve estar previsto, como critério pessoal da norma, os sujeitos que comporão a relação jurídico-tributária.

Somente Lei Complementar é que tem a força de estabelecer normas gerais em matéria tributária, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes<sup>27</sup>.

---

26. ATALIBA, Geraldo. Hipótese de incidência tributária. 6. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2009, p. 34.

27. Art. 146. Cabe à lei complementar: I - dispor sobre conflitos de competência, em matéria tributária, entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; II - regular as limitações constitucionais ao poder de tributar; III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre: a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes;

Assim, é no prescritor da norma que, segundo Paulo de Barros Carvalho<sup>28</sup>, deve conter os feixes de informações que nos oferecem critérios de identificação dos elementos constitutivos do laço obrigacional: a) o critério pessoal, que aponta os sujeitos (ativo e passivo) da relação.

As pessoas da relação são, portanto, de um lado, o Sujeito Ativo que é a pessoa jurídica de direito público, titular da competência para exigir o seu cumprimento (art. 119, CTN)<sup>29</sup>; do outro lado, o Sujeito Passivo, que é a pessoa que está obrigada ao cumprimento da prestação, ou seja, o pagamento do tributo ou da penalidade (art. 121 CTN)<sup>30</sup>.

O Sujeito Ativo é a titular da competência para exigir o cumprimento da obrigação tributária; é a essa pessoa jurídica que tem condições de constituir o crédito, inscrevê-lo em Dívida Ativa e promover a execução fiscal.<sup>31</sup>

O Sujeito Passivo está prenotado no aspecto pessoal da hipótese de incidência tributária, sendo quem realizou o fato gerador do tributo e é sobre quem recai a obrigação tributária, podendo ser uma pessoa jurídica ou natural. O Sujeito Passivo pode ser o Contribuinte quando tem sempre uma relação direta com o fato presumido de riqueza, ou seja, tem uma relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador (art. 121, parágrafo único, I, CTN); ou o Responsável quando, sem ter praticado diretamente

---

28. (2011, P. 368),

29. CTN, Art. 119. Sujeito ativo da obrigação é a pessoa jurídica de direito público, titular da competência para exigir o seu cumprimento.

30. CTN, Art. 121. Sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária. Parágrafo único. O sujeito passivo da obrigação principal diz-se: I - contribuinte, quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador; II - responsável, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei.

31. MACHADO. Hugo de Brito. op. cit., 2012. p. 141.

o fato gerador, a lei (exclusivamente), imputa o dever a um terceiro para satisfazer a obrigação, ou seja, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorre de disposição expressa de lei. (Art. 121, parágrafo único, II, CTN).

Portanto, para que haja a imputação da sujeição passiva é necessária uma lei, sendo vedado, em razão do princípio da legalidade, se apontar uma pessoa diversa daquela prevista na norma tributária.

Portanto, os sujeitos da relação jurídica tributária são o Sujeito ativo e o Sujeito Passivo, que pode ser o Contribuinte ou o Responsável, nos limites e previsão da lei.

## **V. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA: BREVES CONSIDERAÇÕES**

---

Sobre a palavra “responsabilidade”, Hugo de Brito Machado<sup>32</sup> afirma que no direito tributário o termo tem um sentido amplo e outro restrito.

Em sentido amplo, é a submissão de determinada pessoa, contribuinte ou não, ao direito do fisco de exigir a prestação da obrigação tributária. Essa responsabilidade vincula qualquer dos sujeitos passivos da relação obrigacional tributária. Em sentido estrito, é a submissão, em virtude de disposição legal expressa, de determinada pessoa que não é contribuinte, mas está vinculada ao fato gerador da obrigação tributária, ao direito do fisco de exigir a prestação respectiva.

Avalia ainda o professor<sup>33</sup> que a palavra responsabilidade se liga à ideia de ter alguém de responder pelo descumprimento de

---

32. MACHADO. Hugo de Brito. op. cit., 2008., p 150

33. MACHADO. Hugo de Brito. id, 2008. p. 148

um dever jurídico, embora responsabilidade e dever jurídico não se confundam.

Ensina Sabagg<sup>34</sup> que “responsabilidade tributária” consiste nas situações em que, certos casos, o Estado pode ter necessidade de cobrar o tributo de uma terceira pessoa, que não o contribuinte, que será o sujeito passivo indireto (Responsável tributário).

Somente a lei que pode atribuir a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação (CTN, art. 128)<sup>35</sup>.

A responsabilidade tributária classifica-se em duas modalidades: a responsabilidade por substituição ou por transferência.

Em apertada síntese, a “responsabilidade por substituição”, nasce ao mesmo tempo da ocorrência do fato gerador, e ocorre quando a lei determina que o responsável ocupe o lugar do contribuinte; representa uma imputação da responsabilidade a um terceiro que não praticou o fato gerador, mas tem vinculação direta com o real contribuinte. Ensina Jose Eduardo Soares de Melo<sup>36</sup> que o “Responsável Tributário Substituto” tem de decorrer naturalmente do fato imponível, da materialidade descrita (hipoteticamente) na norma jurídica, não podem ser configurados por ficção do legislador; e, ainda que, deve inserir-se na realidade do sistema jurídico. A substituição

---

34. SABBAG, Eduardo. op. cit., 2014. p.762.

35. Art. 128. Sem prejuízo do disposto neste capítulo, a lei pode atribuir de modo expresso a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação.

36. MELO, Jose Soares de. Curso de Direito Tributário. 10 ed. São Paulo: Dialética. p. 283.

tributária pode se dar através de duas técnicas: A substituição “para frente” e “para trás”.

A “responsabilidade por transferência” ocorre quando a lei atribui a obrigação inicialmente ao contribuinte, contudo, posteriormente a ocorrência do fato gerador, transfere a um terceiro a condição de Sujeito Passivo da obrigação tributária que até então era ocupada pelo contribuinte<sup>37</sup>; podendo esta modalidade ser subdividida em três situações: Responsabilidade por solidariedade, responsabilidade dos sucessores e a responsabilidade de terceiros devedores, esta última que será analisada no próximo tópico.

## **VI. A RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DE TERCEIROS: NOÇÕES GERAIS**

---

É imprescindível analisarmos, sempre tende a esmiuçar a espécie intitulada para a compreensão do presente trabalho, especificamente a responsabilidade tributária que é atribuída aos sócios, administradores, enfim, representantes legais da pessoa jurídica.

Importante relembrara que o Estado não pode exigir a qualquer terceiro a satisfação do crédito tributário, por isso, faz-se necessário delimitar os contornos na lei para o nascimento deste vínculo Jurídico obrigacional.

A responsabilidade de terceiros devedores está prevista nos art. 134 a 135 do CTN, lei ordinária recepcionada como lei complementar e é sempre atribuída a uma pessoa que, em tese, tem o dever de zelo e cuidado com o patrimônio de outra – o Sujeito passivo.

A responsabilidade atribuída ao terceiro do art. 135 do CTN, a saber, os mandatários, prepostos e empregados; e os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado,

---

37. SABBAG, op. cit., 2014. p. 726.

verifica-se verifica pela ocorrência de algum ato/fato quando da ocorrência do fato do fato gerador; e o objetivo deste tópico é analisar a responsabilidade destas pessoas, conforme previsto no art. 135 CTN<sup>38</sup>, considerando os elementos previsto na norma para a aplicação.

Vejamos a dicção do dispositivo:

Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

I - as pessoas referidas no artigo anterior;

(...)

III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

Trata-se de uma “responsabilidade pessoal”, para as pessoas indicadas no dispositivo, pelos créditos tributários em razão de excesso de poderes, por infração a lei, contrato social e estatutos. Conforme leciona José Eduardo Soares de Melo<sup>39</sup>, a norma cuida de exigência tributária direta de terceiros que praticaram atos irregulares, em nome dos contribuintes, sem determinar a previa, ou concomitante, exigência destes.

Eduardo Sabbag<sup>40</sup> afirma que se trata de responsabilidade pessoal e exclusiva (e não “solidária”!), das pessoas discriminadas nos incisos I, II e III, além daqueles constantes no artigo antecedente quando agirem na relação jurídico-tributária, com excesso de poderes. Completa ainda o estudioso que, em geral, o contribuinte aqui

---

38. Código Tributário Nacional (2007). Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l5172compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm) (Acesso em 25/08/2020).

39. MELO, Jose Soares de. op. cit., p. 298.

40. SABBAG, Eduardo. op. cit., p. 768.

é vítima de atos abusivos, ilegais ou não autorizados, cometidos por aqueles que o representam, razão pela qual se procura responsabilizar pessoalmente tais representantes, ficando, em princípio, afastado Contribuinte da relação obrigacional; de modo que a responsabilidade se pessoaliza, ou seja, torna-se plena, rechaçando o benefício de ordem e fazendo com que o ônus não recaia sobre o contribuinte, mas, pessoalmente, sobre o responsável quanto houver (i) excesso de poderes, (ii) infração a lei, contrato ou estatuto.

Portanto, diante das considerações acima, a conclusão é que a responsabilidade tributária dos sócios-administradores é uma responsabilidade que refere-se a um superamento da personalidade jurídica<sup>41</sup> e não de uma desconsideração da personalidade jurídica; pois, na superação a imputação da responsabilidade ocorre diretamente em face de um terceiro que praticou um ato em manifesta violação a uma prescrição legal (comissivo e doloso); apartando o Contribuinte da obrigação.

São preciosas as lições do professor Hugo de Brito Machado<sup>42</sup> para quem o próprio nascimento da obrigação tributária já teria de ser em decorrência de atos irregulares. Mas tal posição levaria a excluir-se a responsabilidade em exame toda vez que os atos irregulares, violadores da lei ou do estatuto, fossem posteriores à ocorrência do fato gerador do tributo. Operar-se-ia, assim, injustificável redução no alcance da regra jurídica em estudo.

Sobre a natureza jurídica do artigo 135, acrescenta-se as ponderações do jurista José Otávio Vaz<sup>43</sup> ao afirmar que a 'lei' utilizada no art. 135 está ao lado das expressões 'excesso de poderes' e 'infração do contrato social ou estatutos', expressões típicas do direito

---

41 MELO, Jose Soares de. p. 300.

42. MACHADO, Hugo de Brito. op. cit., 2002, p. 140-141

43. VAZ, José Otávio de Vianna. A responsabilidade tributária dos administradores de sociedade no Código Tributário Nacional. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 137

societário, regulado pelas legislações civil e comercial. Nestes termos, entendemos que a ‘infração de lei’ em comento diz respeito não à lei tributária - de resto, tratada de forma ampla nos artigos 136 e 137 - mas à infração da legislação civil e comercial.

Por fim, cabe as lições de José Eduardo Soares de Melo<sup>44</sup> que adverte que para que haja a responsabilidade previstas no art. 135 do CTN é necessário rigorosamente se observar se estão presentes os dois elementos previstos na norma, a saber: o elemento pessoal e o elemento fático, cumulativamente, sob pena de não poder ser aplicado. O elemento pessoal diz respeito às pessoas que podem ser responsabilizadas são exclusivamente aquelas previstas nos incisos do dispositivo; quanto ao elemento fático, refere-se às condutas reveladoras da infração que exija doo; excesso de poderes ou infração a lei, contrato social ou estatuto. Portanto, só pode ocorrer nos estreitos limites da lei.

## VII. A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA: BREVES ANOTAÇÕES

---

A criação da “Pessoa Jurídica”, um **ente fictício nascido da vontade de seus sócios**, foi de indelével importância para o desenvolvimento da iniciativa privada; e o princípio da “autonomia patrimonial”, a ela inerente, é a pedra angular que a justifica e o incentivo o desenvolvimento da atividade empresarial.

No direito brasileiro, o surgimento da personalidade jurídica da pessoa jurídica está prevista no artigo 45 do Código Civil de 2002 que prevê que a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do

---

44. MELO, Jose Soares de. *apud* Maria Rita Ferragut, Responsabilidade Tributária e o código civil de 20021, São Paulo, Noeses. 2005, p. 124.

Poder Executivo, averbando-se no registro todas as alterações por que passar o ato constitutivo.

Sobre o assunto Washington de Barros Monteiro<sup>45</sup> ensina que:

é uma forma, uma investidura, um atributo, que o Estado defere a certos entes, havidos como merecedores dessa situação [...] a pessoa jurídica tem assim realidade, não a realidade física (peculiar às ciências naturais), mas a realidade jurídica ideal, a realidade das instituições jurídicas.

Quanto à “autonomia patrimonial” da pessoa jurídica, Sergio Campinho<sup>46</sup> leciona no sentido de que o patrimônio da sociedade tem formação inicial resultante da contribuição dos sócios, assim, o capital social representa o núcleo inicial do patrimônio da sociedade. Esse patrimônio pertencerá à sociedade e não aos sócios e, é justamente a totalidade deste patrimônio que vai responder, perante terceiros, pelas obrigações assumidas pela sociedade. Assim, qualquer tipo de sociedade responde ilimitadamente, ou seja, com os seus ativos, aí compreendidos os bens e direitos, pelas obrigações contraídas, todavia, os sócios, por sua vez, é que, de acordo com o tipo societário, podem limitar suas responsabilidades perante terceiros.

Todavia, ao longo da história, o escudo da personalidade jurídica foi inadequadamente usado, fazendo da “pessoa jurídica” uma arma para cometimentos de ilícitos de toda a ordem, possibilitando que os sócios se esquivassem, maliciosamente, das responsabilidades sob o manto da autonomia da personalidade.

---

45. MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de direito civil, v. 1, parte geral. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 131-132

46. CAMPINHO, Sérgio. O Direito de Empresa à Luz do Código Civil. 9. Ed. São Paulo. Renovar. 2007. p. 68

Assim, por construção jurisprudencial, os tribunais criaram o instituto da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica (*disregard doctrine*) com o fito de encontrar alternativas para as situações consideradas abusivas, flexibilizando a autonomia patrimonial, o que criou um certo desconforto.

No direito brasileiro, a desconsideração da personalidade jurídica encontra fundamento no art. 170 da Carta Magna, onde prevê que a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existências dignas, conforme os ditames da justiça social; assim, havendo o desvirtuamento da pessoa jurídica, a personalidade será desconsiderada para coibir a manipulação da pessoa jurídica com finalidade escusas.

Sobre a referida teoria, Fábio Ulhøa Coelho<sup>47</sup> pondera que a desconsideração da personalidade jurídica não é contrária à personalização das sociedades empresárias e à sua autonomia em relação aos sócios. Ao contrário, seu objetivo é preservar o instituto, coibindo práticas fraudulentas e abusivas que dele se utilizam.

Assim, em nome da segurança jurídica, a regra é o respeito aos princípios da autonomia patrimonial criada para estimular a iniciativa privada e a atividade econômica; sendo exceção a desconsideração que só deve ocorrer quando houver os abusos tipificados na lei.

Preciosas são as lições do Professor Marlon Tomazette<sup>48</sup> que ensina que a utilização da teoria da desconsideração da personalidade jurídica não destrói a pessoa jurídica, apenas há a desconsideração dela.

---

47. COELHO, Fábio Ulhøa. Curso de Direito Comercial. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 61

48. TOMAZETTE, Marlon. *Curso de Direito Empresarial: Teoria Geral e Direito Societário*. Volume 1. São Paulo: Altas, 2012. P 230.

Na desconsideração da personalidade jurídica podem ser responsabilizados sócios com poderes de administração; administradores, como os prepostos, empregados, diretores, gerentes e representantes da sociedade; ou, até mesmo, outras sociedades que integram o mesmo grupo econômico.

A doutrina classificou a teoria da desconsideração em duas espécies: a teoria maior da desconsideração da personalidade jurídica, concebida como subjetiva, e considerada como a regra geral para utilização, estando prevista no artigo 50 do Código Civil de 2002); e a teoria menor, acatada como objetiva, usada em alguns microsistemas jurídicos, como no Código de Direito do Consumidor.

O instituto passou por relevantes alterações ao longo do tempo. A desconsideração da personalidade jurídica está prevista no código civil em seu artigo 50, cuja redação passou por recentes alterações e inovações pela Lei 13.874/2019, conhecida como Lei de Liberdade Econômica, que, segundo consta em seu artigo 1º, estabelece normas de proteção à livre iniciativa e ao livre exercício de atividade econômica.

Críticas à parte, o que busca a novel lei é conferir eficácia a princípios constitucionais, como, máxima vênia, se não possuísem, contudo é característica do legislativo Brasileiro essa ansiedade para produção de normas integrativas, como se os princípios não possuísem, em si, amplitude suficientes a resolver as questões da sociedade -deixemos isso de lado.

Com a alteração do art. 50, a redação do caput, agora acompanhado de cinco parágrafos, prevê que *“Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, pode o juiz, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, desconsiderá-la para que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares de administradores ou de sócios da pessoa jurídica beneficiados direta ou indiretamente pelo abuso”*.

Para conferir maior segurança jurídica aos pressupostos *que autorizam a desconsideração da personalidade jurídica*, a saber, o “desvio de finalidade” e “confusão patrimonial”, foram definidos nos dois parágrafos. O § 1º prevê que, desvio de finalidade é a utilização da pessoa jurídica com o propósito de lesar credores e para a prática de atos ilícitos de qualquer natureza; o § 2º, prevê que por confusão patrimonial a ausência de separação de fato entre os patrimônios, caracterizada por: I – cumprimento repetitivo pela sociedade de obrigações do sócio ou do administrador ou vice-versa; II – transferência de ativos ou de passivos sem efetivas contraprestações, exceto os de valor proporcionalmente insignificante; e III – outros atos de descumprimento da autonomia patrimonial.

Resta evidenciado que o legislador pretendeu, ao pormenorizar os requisitos, proporcionar uma maior segurança jurídica para a sociedade, principalmente para os atores do processo – as partes e o juiz.

*O Parágrafo quarto e quinto asseguram para que situações não são abarcadas pelo dispositivos anteriores, a saber: § 4º A mera existência de grupo econômico sem a presença dos requisitos de que trata o caput deste artigo não autoriza a desconsideração da personalidade da pessoa jurídica; e o § 5º Não constitui desvio de finalidade a mera expansão ou a alteração da finalidade original da atividade econômica específica da pessoa jurídica.*

Pondere-se que o instituto só é aplicado em situações excepcionais, sendo a regra, como dito, a manutenção do princípio da autonomia patrimonial, valor que serve de esteio para o estímulo do progresso e o desenvolvimento econômico.

Por fim, a jurisprudência já sedimentou entendimento no sentido de que a inexistência ou a não localização de bens da pessoa jurídica não caracteriza, por si só, quaisquer dos requisitos previstos no art. 50 do Código Civil, sendo imprescindível que haja a demonstração específica dos requisitos legais, a saber, a prática objetiva de desvio de finalidade ou de confusão patrimonial.

## VIII. NUNCES DA RESPONSABILIDADE DE TERCEIROS E A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO ÂMBITO TRIBUTÁRIO E RESPONSABILIDADE

---

Enfrentemos, portanto, o cerne da questão que são as nuances entre os dois institutos, identificando as cambiantes que contornam as espécies intituladas, por obvio, sem esgotar o assunto que é sempre será pauta de continua discussão.

Como já assentado no tópico da responsabilidade tributária, para que os sócios, ou qualquer das pessoas previstas no art. 135 do CTN, sejam responsabilizados pela obrigação tributária é necessário que haja a identificação irrefutável de uma das condutas previstas na norma, a saber: excesso de poderes e/ou infração a lei, sem a qual a pretensão da transferência da responsabilidade padece.

O “excesso de poder” ocorre quando o Terceiro age por conta própria, além que a norma legal, contratual ou estatutária lhe confere, ou seja, subvertendo as atribuições que lhe foram outorgadas<sup>49</sup>. A “infração a lei, contrato social ou estatuto”, por sua vez, ocorre quando há uma atuação dolosa do sócio, gerente, administrador no sentido da prática de um ilícito tributário. Trata-se de uma análise subjetiva (e “não” objetiva) que deve ser comprovada, pois, como é sabido, o dolo não se presume.<sup>50</sup>

Importante atentar que, só se autoriza a responsabilidade tributária dos sócios, através das condutas taxativas previstas no dispositivo, que podem ser praticadas isoladas ou cumulativamente e apenas mediante atos comissivos. Nesse sentido, o dispositivo deve ser interpretado sobre a ótica do princípio da tipicidade cerrada que rege o direito tributário e o direito penal, que se consubstancia na acepção de que a lei precisa descrever de forma precisa e, portanto,

---

49. SABBAG, Eduardo. op. cit., 2014. p. 768.

50. SABBAG, Eduardo. id., 2014. p. 78.

taxativa, o fato que, quando praticado, importará numa consequência jurídica, sob pena de uma responsabilização genérica e indiscriminada dos sócios pelos débitos tributários das sociedades das quais participam, em grave violação aos ditames e limites constitucionais do primado da segurança jurídica.

Assim, considerando tais postulados, se a conduta não estiver prevista na norma, não prosperará qualquer tese para escorar a pretensão de responsabilização de terceiros vinculados a pessoa jurídica.

Com efeito, a responsabilidade tributária dos sócios deveria ser apurada ainda na fase do procedimento administrativo fiscal e, uma vez identificada e precisamente descrita a conduta, e consubstanciada no lançamento tributário, oportuniza-se a defesa dos sócios, em respeitando o a contraditório e ampla defesa, contudo não é o que em regra acontece.

Desembocando no poder judiciário uma ação para o cumprimento forçado da obrigação com objetivo de responsabilizar os sócios, alguns detalhes devem ser observados pelas partes envolvidas pra defesa dos seus respectivos interesses (contribuinte e Fisco). Em suma, duas situações podem ocorrer num processo de execução fiscal. A primeira é quando a ação é ajuizada tendo como litisconsórcio passivo a pessoa jurídica e os sócios, ou, a segunda é o ajuizamento apenas contra a pessoa jurídica e posteriormente, a requerimento fisco, ocorre o redirecionamento contra os sócios. Vejamos.

Com relação à primeira situação, no título executivo (CDA – Certidão de dívida ativa) já deve contemplar, além do nome da pessoa jurídica, o nome dos Sócios. Neste caso, a jurisprudência maciça é no sentido de que, considerando que a CDA possui legalmente presunção de certeza e validade, o ônus da prova são dos sócios para que, por meio dos Embargos à Execução, provem que não praticaram qualquer das condutas descritas no art. 135 do CTN afastando a sua responsabilização.

Contudo, merece reparo tal entendimento. Para que uma execução pudesse ser deferida já constando o nome dos sócios na CDA, seria imprescindível que a responsabilidade tributária já teria sido realizada desde o lançamento fiscal, sem o qual, restaria maculada a presunção da certeza do título executivo público. De mais a mais, é estarrecedor submeter um ônus ao sócio, no processo judicial, onde a uma situação “diabólica” *em que a desincumbência do encargo processual seja impossível ou excessivamente difícil, conforme prevê o §2º do art. 373 CPC/2015*. E mais, a defesa dos sócios é regrada pelas rigidezes da lei 6.830/90, que só admite o conhecimento da defesa se o Juízo estiver garantido.

A segunda situação é quando não constando do título executivo o nome dos sócios. Neste caso, o redirecionamento da execução fiscal para os sócios só pode ser realizado mediante requerimento do Representante Judicial do Fisco, ficando, desta feita, ao seu encargo a provada ocorrência das condutas prevista no art. 135 do CTN. Com efeito, a pretensão do redirecionamento só pode ocorrer se a Fazenda Pública comprovar, com suporte naquele dispositivo, de que os sócios praticaram alguma infração à lei ou atos de excesso de poder na gestão do negócio, preenchendo, portanto, os pressupostos legais autorizadores, sem o qual, o Juiz não pode deferir o redirecionamento/transferência da responsabilidade. Cumpre esclarecer apenas que, processualmente, o requerimento do Fisco é realizado dentro dos próprios autos (endoprocessual), não sendo necessário qualquer incidente processual.

Saliente-se ainda que, acertadamente, nos temos da Sumula 490 do Superior Tribunal de Justiça, o mero inadimplemento da obrigação tributária pela sociedade não gera, por si só, a responsabilidade solidária do sócio-gerente, entendimento que passou a prevalecer a partir do ano 2.000; contudo, d’outro lado, nos termos da Sumula 435, presume-se dissolvida irregularmente à empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução para o sócio-gerente.

Quanto ao Instituto da Desconsideração da Personalidade Jurídica a doutrina e a jurisprudência já se inclinam para a possibilidade de ser instaurada nos processos executivos fiscais como ferramenta na busca da satisfação do crédito.

Debatia-se acerca da viabilidade de seu manejo num processo de Execução Fiscal, contudo, a jurisprudência<sup>51</sup> já sinalizou pela possibilidade, visto que, nos termos do art. 1º da lei 6.830/80, a execução judicial para cobrança da Dívida Ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e respectivas autarquias será regida subsidiariamente pelo Código de Processo Civil; além de que, nos termos do art. 134 do CPC, o incidente de desconsideração é cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial.

Divergem desta tese Luciano Amaro e Hugo de Brito Machado, dentre outros, defendendo a impossibilidade da aplicação da desconsideração da personalidade jurídica nas relações tributárias por lhe faltar previsão em lei complementar, visto que se trata de matéria relativa à regra geral o que contraria o inciso III do art. 146 da Constituição Federal.

A desconsideração da personalidade jurídica está prevista na novel moldura do art. 50 do código civil, que prevê a possibilidade de alcançar sócios e administradores. Antes, porém, a desconsideração era uma apenas uma regra cujo sentido geral era a possibilidade de uma desconsideração; contudo, o novo dispositivo, agora mais preciso, propõe o alcance e conceitua os requisitos autorizativos do desvio de finalidade e a confusão patrimonial e ainda contempla o elemento subjetivo do dolo no uso da pessoa jurídica para a prática de ilícitos.

---

51 Recursos Especiais n. 1.173.201/SC e 1.775.269/PR

Processualmente, o procedimento para a Desconsideração da Personalidade jurídica também figura como uma das maiores novidades no novel Código de Processo Civil de 2015, regrado a tutela do direito material previsto no art. 50 do Código Civil de 2002. Antes do novo diploma processual civil era suficiente uma decisão fundamentada do Juiz nos autos para que a desconsideração da personalidade jurídica fosse decretada em desfavor dos sócios, agora o novo procedimento garante mais efetividade ao contraditório e a ampla defesa, instrução probatória, para aqueles que responderão pelos débitos originariamente das empresas das quais faziam ou ainda fazem parte do quadro social.

A possibilidade da aplicabilidade da teoria já parte as portas do judiciário no âmbito tributário das questões tributárias para alcançar os sócios e representantes legais das pessoas jurídicas buscando espaço nos requisitos do Código Civil (art. 50 do CC). *A decretação da desconsideração é realizada apenas por determinação judicial e é realizada através de um incidente processual que suspenderá a ação principal, proporcionando ao executado a sua ampla defesa, que, aliás, não necessitará da garantia do juízo.*

*Instaurando o incidente, o ônus da prova recai sobre a Fazenda Pública que deverá comprovar a ocorrência dos pressupostos legais.*

A jurisprudência é assente no sentido de que a inexistência ou a não localização de bens da pessoa jurídica não justifica, por si só, a desconsideração, e mormente, está inserido em qualquer dos requisitos previstos no art. 50 do Código Civil, sendo, portanto, imprescindível que o Fisco demonstre de forma específica o desvio de finalidade ou de confusão patrimonial.

Assim, vejamos mais algumas nuance entre os institutos.

A responsabilidade de terceiros sócios encontra sua hipótese no art. 135 do CTN; e a desconsideração da personalidade jurídica, previsto no art. 50 do CC, prevê a possibilidade de alcançar os

sócios e outras pessoas, portanto, possuem pressupostos diversos e não se confundem, visto que para a primeira os requisitos são a infração a lei, contrato social ou estatuto ou excesso de poderes e, para a segunda, a confusão patrimonial e uso da empresa com o desvio de finalidade.

Conclui-se ainda que para a “responsabilidade de terceiro” pode ocorrer na fase do procedimento administrativo antes do lançamento tributário, enquanto a decretação da “desconsideração da personalidade jurídica” só em processo judicial.

No Processo judicial, ambas podem ocorrer ser requerida em qualquer fase do processo, sendo ônus da Fazenda Pública provar a ocorrência dos fatos ensejadores previstos na lei. O pedido de redirecionamento da execução por responsabilidade de terceiros é requerido nos próprios autos, enquanto a desconsideração ocorre mediante um incidente processual, nos termos do artigo 133 em diante do Código de Processo Civil;

Por fim, o redirecionamento da responsabilidade tributária de terceiros é uma superação da personalidade jurídica, visto que permanece intocada a personalidade; diferente da desconsideração da personalidade jurídica, que necessariamente tem de desconsiderada, ao menos naquele caso concreto, para alcançar o patrimônio das pessoas dos sócios; e, embora essencialmente diversas, ambas possuem, em suma, o mesmo objetivo, a satisfação do crédito através do patrimônio pessoal do sócio, e por isso a confusão.

## **IX. CONCLUSÃO**

---

Instaurada a relação jurídica tributária, que é o vínculo abstrato que é instaurado a partir da ocorrência de um fato jurídico previsto na lei, nasce para as partes envolvidas direitos e deveres, sendo repleta de minudências para que o crédito tributário possa ser exigido pelo Estado.

Assim, compreender os limites do direito do credor e as garantias do devedor são essenciais para que se estabeleça a segurança jurídica e se evite o caos. Pondere-se também de uma necessária atividade jurisprudencial humanizada, sempre fincada nos direitos e garantias, valores axiológicos dos princípios constitucionais tributários, principalmente, do princípio da legalidade, não confisco, bem como da ordem fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, que inspiram e fomentam a economia e o equilíbrio da sociedade capitalista como um todo.

Na busca da satisfação do crédito tributário são necessários cautelas, sobretudo com relação aos institutos que foram estudados, não permitindo-se a confusão e a vulgarização dos institutos da “responsabilidade tributária do sócio” e da “teoria da desconsideração da personalidade jurídica”, visto que, em que pese terem resultados semelhantes, são completamente diferentes, inclusive regulados por legislações distintas, e as regras de uma instituto não se aplica ou justifica ao outro.

Como se verificou, na responsabilidade tributária do art. 135 do CTN, os sócios responderão por atos próprios na gestão empresarial, quando houver excesso de poder, ou ainda quando houver contrariedade à dispositivos legais, contratuais ou estatutários, enquanto que de acordo com a “teoria da desconsideração da personalidade jurídica”, os sócios serão alcançados pela utilização da empresa, manipulando-a a fim de obter propósitos ilícitos, por meio de fraude.

O Estado é a parte mais forte no fato relacional e o Contribuinte a parte vulnerável, cuja proteção se impõe de forma imperiosa e imprescindível; não sendo permitido que seja expropriado, vilipendiado ou surpreendido com ações por parte do Fisco, e sem limites razoáveis, ao contrário, deve haver previsibilidade, confiança e segurança— esta é a pedra angular ética tributária, pois a arrecadação é, antes que tudo, um ato de justiça social.

O tema precisa ser sempre incansavelmente pauta de investigação pela comunidade científica, sobretudo a fim de se perquirir também acerca dos princípios protetivos implícitos na carta política.

## **BIBLIOGRAFIA**

---

- ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de incidência tributária**. 6. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2009.
- BALEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro**. 11ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- CAMPINHO, Sérgio. **O Direito de Empresa à Luz do Código Civil**. 9. Ed. São Paulo. Renovar. 2007.
- CARRAZA, Roque Antônio. **Curso Direito Constitucional Tributário**, ed., São Paulo, Malheiros Editores, 1997.
- CARVALHO. Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 14ª edição, São Paulo: Saraiva, 2002
- CARVALHO. Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 23ª edição, São Paulo: Saraiva, 2011.
- CARVALHO. Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 24ª edição, São Paulo: Saraiva, 2012.
- COELHO, Fábio Ulhôa. **Curso de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 2., p. 5.
- COELHO, Fábio Ulhôa. **Curso de Direito Comercial**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- FREIRE, Laudelino. **Grande e Novíssimo Dicionário da Língua Portuguesa**. 3 ed. Rio de Janeiro: Jose Olympio.
- HOBBS, Thomas. **O Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil**, São Paulo, Os Pensadores, 4 ed., Editora: Nova Cultura, 1998.
- LARROUSE. **Grande enciclopédia Larousse cultural**. São Paulo: Nova Cultural, vol.17, 2004
- MACHADO. Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 33ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2012.
- MACHADO. Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 35ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2014.
- MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2007.

- MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**, v. 1, parte geral. São Paulo: Saraiva, 2005.
- MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico, plano da eficácia**. 9. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2006.
- SABBAG, Eduardo. **Manual de Direito Tributário**. 6<sup>a</sup> Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial: Teoria Geral e Direito Societário**. Volume 1. São Paulo: Atlas, 2012.
- VAZ, José Otávio de Vianna. **A responsabilidade tributária dos administradores de sociedade no Código Tributário Nacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

## XII

# Sistema internacional de proteção de direitos humanos e seus impactos na ordem constitucional

*Bruno César Lorencini\**

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. A formação do sistema internacional de proteção dos direitos humanos e seus efeitos em relação à soberania estatal. 2. Tratados internacionais sobre direitos humanos e seus efeitos em relação à ordem jurídica brasileira. 3. Interação entre as decisões das cortes internacionais e a ordem jurídica interna: o caso do tribunal penal internacional. Conclusões. Referências.

**RESUMO:** A efetividade dos tratados internacionais sobre direitos humanos no Brasil enfrenta obstáculos normativos e interpretativos advindos tanto do texto da Constituição Brasileira quanto da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. O argumento é ilustrado a partir de duas questões correntes no debate jurídico nacional: o *status* normativo conferido aos tratados sobre direitos humanos e a aplicabilidade

---

\*. Doutor em Direito do Estado pela Universidade São Paulo (USP). Doutor em Direito Administrativo, Financeiro e Processual pela Universidade de Salamanca (Espanha). Acadêmico visitante (*VisitingScholar*) na *Columbia University* (EUA). Pós-Doutorando na Universidade São Paulo (USP). Professor de Direito Constitucional e Ciência Política na Universidade Mackenzie. Professor no Mestrado de Direito Constitucional Econômico da Universidade Alves Faria. Juiz Federal do Tribunal Regional Federal da Terceira Região.

do Estatuto de Roma, que criou o Tribunal Penal Internacional, no sistema constitucional brasileiro. Neste artigo, demonstra-se que a reforma constitucional promovida pela Emenda Constitucional n. 45/2004 e os avanços recentes na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não foram suficientes para superar, por completo, o anacronismo da defesa da superioridade hierárquica da Constituição interna sobre a ordem jurídica internacional.

**SUMÁRIO:** 1 Introdução. 2.1 A formação do sistema internacional de proteção dos direitos humanos e seus efeitos em relação à soberania estatal. 2 Sistema internacional de proteção aos direitos humanos em relação à ordem jurídica brasileira. 3 Interação entre as decisões das cortes internacionais e a ordem jurídica interna: o caso do Tribunal Penal Internacional. 4 Conclusões. Referências.

## INTRODUÇÃO

---

Os direitos humanos promovem a necessidade de reflexão sobre *passado, presente e futuro*. *Passado*, ante a indispensabilidade de uma profunda avaliação por historiadores e outros cientistas sociais dos trágicos acontecimentos ao longo da história, que demandaram da humanidade medidas concretas de desenvolvimento de um sistema de proteção para os direitos do homem. *Presente*, diante da tarefa desses mesmos estudiosos de analisar a capacidade e estrutura político-institucional dos Estados contemporâneos e do sistema jurídico internacional no sentido de evitar que episódios de tamanha gravidade se repitam. Quanto ao *futuro*, dependerá essencialmente das reflexões anteriores, pois é o que permitirá o progresso humano livre de barbáries contra os direitos humanos.

Neste artigo, situado no campo da ciência jurídica, a reflexão se desenvolverá no tema do *presente*, relacionado especialmente ao diálogo entre o sistema internacional de proteção dos direitos humanos e as ordens jurídicas internas, conferindo-se enfoque ao caso brasileiro. A questão a ser desenvolvida é qual a abertura estabelecida no sistema constitucional brasileiro para que os avanços

promovidos no sistema internacional de proteção de direitos humanos sejam incorporados e efetivados na ordem interna.

O argumento central deste artigo é que referida abertura tem suporte principiológico no próprio texto constitucional, mas sua efetividade ainda está condicionada por obstáculos interpretativos e normativos.

Os obstáculos residem, especialmente, em dois pontos de interação entre as ordens jurídicas interna e internacional. O primeiro diz respeito ao mecanismo de incorporação dos tratados internacionais sobre direitos humanos na ordem interna brasileira e o *status* normativo com que tal ingresso ocorre. O segundo concerne à permeabilidade do sistema jurídico brasileiro à jurisdição das Cortes internacionais, sendo enfoque deste artigo a efetividade das decisões do Tribunal Penal Internacional no Brasil, ante o campo de antinomias normativas existentes entre o Estatuto de Roma e a Constituição brasileira.

## **1. A FORMAÇÃO DO SISTEMA INTERNACIONAL DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E SEUS EFEITOS EM RELAÇÃO À SOBERANIA ESTATAL**

---

O conceito de soberania é construído com o advento do denominado Estado Moderno, fenômeno que remonta à estabilização das fronteiras europeias após sucessões de guerras medievais. Tal contexto de maior estabilidade territorial e populacional forneceu as condições necessárias para a formação dos primeiros Estados Nacionais e inaugurar o período do Absolutismo na Europa. Fazia-se indispensável, contudo, estabelecer a doutrina que fundamentaria o poder político ilimitado do Rei, o que foi resolvido a partir da ideia de soberania.

O delineamento do conceito de soberania é atribuído, especialmente, a Jean Bodin em *Os seis livros da República* e a Maquiavel em

*O Príncipe*. Os autores, cuja preocupação central foi fundamentar o poder político absoluto do soberano, apresentaram a ideia de que o Estado tem plena autonomia para decidir os destinos de seu povo, dentro do seu território, sem estar subordinado a qualquer limite imposto por outro Estado ou pela comunidade internacional.

Trata-se do duplo aspecto da soberania: o interno e o externo. O primeiro se traduzindo na concepção de que pertence ao Estado a livre e ilimitada disposição sobre o destino da população, regulando como bem entender a sociedade. O segundo estabelecendo como obrigação internacional, comum a todos os Estados, o respeito ao princípio da soberania estatal<sup>1</sup>.

O conceito clássico de soberania foi um pilar essencial para o desenvolvimento de todo o direito público e do direito internacional. Quanto a este último, principalmente em relação ao denominado *Direito Internacional Público*, foi delimitado como o *direito dos tratados*, ou seja, seu objeto seria, estritamente, a relação entre os Estados soberanos. Duas consequências imediatas emergem desta visão sobre o direito internacional público: (i) a de que os Estados não ostentam obrigações no plano internacional, ressalvadas aquelas que derivam de seu *consentimento*, estabelecido em um tratado internacional; e (ii) a de que o ser humano não é sujeito de direito no plano internacional, sendo, quando muito, objeto dos tratados celebrados. Inconcebível, na seara estrita da soberania clássica, que o indivíduo litigue na esfera internacional contra Estados soberanos.

---

1. Reside no princípio clássico da soberania a pedra angular da estruturação do direito público moderno e do direito internacional público. Este último foi reconhecido como o *direito dos tratados*, isto é, a concepção de que um Estado possui obrigações internacionais no limite do seu *consentimento*. Caso não consinta autonomamente como uma norma internacional, o Estado estaria livre para exercer seu poder político interno sem restrições. Tal concepção vem a ser questionada com o advento do movimento conhecido como *humanização do direito internacional*, cujas características serão tradas no próximo tópico.

O conceito clássico de soberania entra em crise a partir, principalmente, da segunda metade do século XX, especialmente em razão das crises humanitárias, sociais e econômicas que marcaram a primeira metade. As duas grandes guerras mundiais foram, sem dúvida, eventos que colocaram em xeque a capacidade dos Estados soberanos e da política internacional de assegurar direitos humanos básicos. Este cenário justificará a criação da Organização das Nações Unidas – ONU em 1945, sendo a *Carta das Nações Unidas* reconhecida como o marco inicial do desenvolvimento do movimento conhecido como *humanização do direito internacional*.

O fundamento central desse movimento é o protagonismo do *ser humano* como sujeito e objeto do direito internacional. Antes concebido como ente estranho à relação jurídica internacional – ante a visão então consagrada de que o direito internacional público tem por objeto central a celebração de tratados entre os Estados soberanos –, o ser humano e seus direitos se torna a figura central da regulação internacional, o que traz, ao menos, duas consequências fundamentais para a comunidade internacional.

Entre as consequências do movimento de humanização do direito internacional, duas são de capital importância para a relação entre as ordens jurídicas nacional e internacional.

A primeira é a criação de sistemas global e regionais de proteção aos direitos humanos, os quais serão compostos por Cartas e Convenções declaratórias de direitos fundamentais do homem – servem como exemplo a própria Carta da ONU de 1945 e a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 – e por órgãos judiciais, como o Tribunal Penal Internacional no âmbito global e a Corte Interamericana de Justiça no sistema regional americano.

A segunda consequência diz respeito à consagração da ideia que Hannah Arendt denominou de *direito de ter direitos*, ou seja, a concepção de que todo ser humano possui uma esfera mínima de proteção, que se impõe mesmo perante a soberania estatal. A partir

desta ideia, passa-se a conceber a existência de uma ordem jurídica internacional cogente, capaz de obrigar juridicamente os Estados nacionais, ainda que não estejam sob a égide de um tratado internacional. Trata-se da concepção de *jus cogens*, que ganha força com o movimento de universalização dos direitos humanos.

A conciliação entre as duas consequências mencionadas – sistemas globais e regionais de proteção associados ao reconhecimento de uma ordem jurídica internacional cogente (*jus cogens*) – impacta diretamente a interação entre os ordenamentos nacionais e internacionais em relação a, pelo menos, dois aspectos.

O primeiro diz respeito ao *status* conferido aos direitos humanos no ordenamento interno. O segundo à relativização da soberania do Estado em apreciar lesões a direitos humanos, o que impacta diretamente a interação entre as Cortes Internacionais que compõem o sistema global e regional de proteção aos direitos humanos – com enfoque, aqui, no papel do Tribunal Penal Internacional– e o Supremo Tribunal Federal brasileiro.

Em ambos os aspectos, será possível observar, na experiência jurídica nacional, a existência de obstáculos à plena adesão do Brasil aos parâmetros estabelecidos nos sistemas internacionais de proteção aos direitos humanos. A análise de tais obstáculos, que compõem o argumento central deste artigo, serão realizadas nos próximos itens.

## **2. TRATADOS INTERNACIONAIS SOBRE DIREITOS HUMANOS E SEUS EFEITOS EM RELAÇÃO À ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA**

---

Em relação à incorporação e ao *status* das normas internacionais no ordenamento jurídico brasileiro, o Supremo Tribunal Federal adotou, historicamente, o entendimento pelo *dualismo moderado*. Significa que os ordenamentos internacional e nacional

são instâncias jurídicas estanques e independentes, sendo que os tratados – fonte mais importante do ordenamento internacional – não possuem vigência imediata no Brasil, ou seja, não vigoram a partir de sua assinatura pelo Presidente da República.

Para ganharem vigência, os tratados devem ser submetidos a processo de incorporação interna, sendo, inicialmente, aprovados pelo Congresso Nacional por intermédio de Decreto Legislativo, sendo que, somente após, é possível sua ratificação pelo Presidente da República. Após a ratificação, o tratado é promulgado pelo Presidente e incorporado à ordem jurídica nacional com o *status* de lei ordinária.

O seguinte excerto do voto vencedor na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1480, de lavra do Ministro Celso de Mello, que versou sobre o status normativo da Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho, consolida a posição clássica do Supremo sobre a matéria:

PARIDADE NORMATIVA ENTRE ATOS INTERNACIONAIS E NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS DE DIREITO INTERNO. - Os tratados ou convenções internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, havendo, em consequência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera relação de paridade normativa. Precedentes. No sistema jurídico brasileiro, os atos internacionais não dispõem de primazia hierárquica sobre as normas de direito interno. A eventual precedência dos tratados ou convenções internacionais sobre as regras infraconstitucionais de direito interno somente se justificará quando a situação de antinomia com o ordenamento doméstico impuser, para a solução do conflito, a aplicação alternativa do critério cronológico

(“*lex posterior derogat priori*”) ou, quando cabível, do critério da especialidade. Precedentes.<sup>2</sup>

Esses dois tratamentos normativos em relação à ordem jurídica internacional – procedimento multifásico de incorporação formal na ordem interna e *status* de lei ordinária – foram causas imediatas para a baixa relevância dos tratados como fontes internas de solução de conflitos, especialmente para a atividade jurisdicional, conforme aponta análise do Centro de Estudos sobre o Sistema de Justiça produzido em 2014<sup>3</sup>. Em referido estudo, analisou-se o impacto dos tratados internacionais no sistema processual brasileiro, concluindo-se pela baixa referência, nos julgamentos das Cortes Superiores, aos tratados internacionais enquanto fontes do direito.

O posicionamento do Supremo Tribunal Federal afasta a premissa da *supremacia do Direito Internacional*, defendida por muitos internacionalistas<sup>4</sup>, mantendo a ordem jurídica interna como fonte primeira para a resolução de conflitos no Judiciário Brasileiro. As consequências da baixa efetividade das normas de tratados internacionais no direito interno são variadas, inclusive extravasando questões de mera técnica-jurídica, alcançando o próprio prestígio do Estado em suas relações internacionais.<sup>5</sup>

---

2. BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 148, Dju 8.8.2001, Relator Ministro Celso de Mello.

3. Centro de Estudos sobre o Sistema de Justiça – CEJUS. *Estudo sobre Impacto no Sistema Processual dos Tratados Internacionais*. Ministério da Justiça. Secretaria de Reforma do Judiciário, Brasília, 2013.

4. Caso, por exemplo, de Mazzuoli ao afirmar que tal princípio consiste na prevalência das normas do Direito Internacional sobre toda a normatividade interna, seja ela anterior ou posterior. Conferir em MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*, p. 415. Ver, ainda, ACCIOLY, Hildebrando. *Tratado de Direito Internacional Público*.

5. No tema da cooperação internacional, por exemplo, a regra da reciprocidade é especialmente sensível, razão pela qual o grau de *compliance* do Estado com as normas dos tratados será sempre objeto de consideração pelas contrapartes nas relações convencionais.

O ponto mais sensível de crítica ao entendimento da Suprema Corte dizia respeito ao *status* de tratados versando sobre direitos humanos, como é o caso da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), celebrada em 1969, e formalmente incorporada à ordem interna brasileira em 6 de novembro de 1992, por força do Decreto da Presidência da República n. 678. Trata-se, sem dúvida, do documento convencional mais relevante no cenário americano, seja por seu conteúdo – direitos fundamentais do homem –, seja por seu caráter histórico. Não obstante, o Pacto não recebia tratamento diferenciado tanto no ordenamento nacional, quanto na jurisprudência da Suprema Corte, levando mais de vinte anos para ser formalmente incorporado à ordem jurídica brasileira e, ainda assim, com *status* equivalente ao da legislação ordinária.

A doutrina internacionalista reclamava, com razão, alteração em tal cenário. Não era mais possível admitir que Convenções tão centrais ao *status* do ser humano enquanto titular de direitos fossem relegadas a segundo plano no Brasil. Neste sentido, postulações se tornaram correntes nos escritos sobre a matéria no intuito de alterar o posicionamento dos tratados internacionais sobre direitos humanos na ordem jurídica interna brasileira. Tais pleitos foram atendidos, inicialmente, pela promulgação da Emenda Constitucional n. 45/2004 e, após, pela decisão do Supremo Tribunal Federal nos Recursos Extraordinários ns. 349703 e 466343 e no Habeas Corpus n. 87585, concernentes à possibilidade de prisão do depositário infiel.

A Emenda Constitucional n. 45/2004 implementou o §3º no artigo 5º da Constituição Federal<sup>6</sup>, conferindo aos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos *status* constitucional,

---

6 BRASIL. Constituição Federal. Art. 5º, §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.

condicionado, contudo, à aprovação no Congresso Nacional com quórum de 3/5, em dois turnos de votação, que corresponde ao rito de aprovação das Emendas Constitucionais. Trata-se de passo relevante em rumo à valorização da ordem jurídica internacional, ao menos no que tange os direitos humanos, mas que pode ser considerado tímido e insuficiente.

*Tímido* porque boa parte da doutrina internacionalista conclamava a pura e simples *constitucionalização* dos tratados e convenções sobre direitos humanos, o que, aliás, muitos advogam já ter ocorrido com o advento da Constituição Federal de 1988, especialmente por força seu artigo 5º, §2º.<sup>7</sup> Referido dispositivo estabeleceria, segundo os que assim defendem, a *abertura material* da Constituição de 1988 para a equiparação constitucional de princípios e direitos previstos em tratados internacionais. Não obstante, nas oportunidades em que se manifestou sobre o alcance do significado de tal norma, o Supremo Tribunal Federal rejeitou a interpretação de que estaria ali a abertura para que tratados internacionais fossem incorporados ao bloco de constitucionalidade brasileiro<sup>8</sup>.

---

7 BRASIL. Constituição Federal. Art. 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.

8. No Mandado de Injunção n. 772, por exemplo, o Ministro Celso de Mello reafirmou o princípio da supremacia da constituição sobre *todos os tratados internacionais*, independentemente de sua matéria: Supremacia da Constituição da República sobre todos os tratados internacionais. O exercício do *treaty-making power*, pelo Estado brasileiro, está sujeito à observância das limitações jurídicas emergentes do texto constitucional. Os tratados celebrados pelo Brasil estão subordinados à autoridade normativa da Constituição da República. Nenhum valor jurídico terá o tratado internacional, que, incorporado ao sistema de direito positivo interno, transgredir, formal ou materialmente, o texto da Carta Política.

[MI 772 AgR, rel. min. Celso de Mello, j. 24-10-2007, P, DJE de 20-3-2009.]. O Ministro Ricardo Lewandowski, no mesmo sentido, ao analisar se a regra do duplo grau de jurisdição possuía ou não status constitucional, já que prevista no Pacto de São José da Costa Rica, reafirmou o entendimento de que a Convenção

*Insuficiente* porque a alteração constitucional não conferiu solução a tratados sobre direitos humanos anteriores à promulgação da Emenda Constitucional n. 45, em 30 de dezembro de 2004. Fácil perceber que é o caso do tratado mais importante nesta temática, o Pacto de São José da Costa Rica, assinado em 1969 e incorporado formalmente à ordem interna em 1992. Em suma, o mero advento da Emenda não alterou o *status* normativo da Convenção Americana de Direitos Humanos, mantendo, na ocasião, as críticas já levantadas.

A complementação na transformação do status normativo dos tratados internacionais sobre direitos humanos veio com o precedente estabelecido pelo Supremo Tribunal Federal nos Recursos Extraordinários ns. 349703 e 466343 e no Habeas Corpus n. 87585, concernentes à possibilidade de prisão do depositário infiel. Cabe, aqui, a reconstrução do caso para compreender a extensão da alteração de entendimento promovido pela Suprema Corte.

O caso considerou a possibilidade da prisão civil por dívida do depositário infiel, com esteio no artigo 5º, inciso LXVII da Constituição Federal<sup>9</sup>. De fato, a Constituição brasileira, embora assuma a regra geral de vedação à prisão por dívida, insere a figura do depositário infiel como exceção a tal garantia. O depositário infiel, portanto, podia ser preso com base na autorização constitucional,

---

não possui *dignidade constitucional*: “O acesso à instância recursal superior consubstancia direito que se encontra incorporado ao sistema pátrio de direitos e garantias fundamentais. Ainda que não se empreste dignidade constitucional ao duplo grau de jurisdição, trata-se de garantia prevista na Convenção Interamericana de Direitos Humanos, cuja ratificação pelo Brasil deu-se em 1992, data posterior à promulgação do CPP. A incorporação posterior ao ordenamento brasileiro de regra prevista em tratado internacional tem o condão de modificar a legislação ordinária que lhe é anterior.  
[HC 88.420, rel. min. Ricardo Lewandowski, j. 17-4-2007, 1ª T, DJ de 8-6-2007.]

9. BRASIL. Constituição Federal. Art. 5º. (...) **LXVII - não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel;**

nos termos regulamentados pela legislação infraconstitucional, em especial o Código de Processo Civil de 1973<sup>10</sup>.

O ponto é que o Pacto de São José da Costa Rica desde sempre proibiu a prisão por dívida, excepcionando, somente, a figura do devedor de alimentos<sup>11</sup>. Há, portanto, evidente contraponto entre os dispositivos da Constituição Federal, que autoriza a prisão do depositário infiel, e o do Pacto, que a veda. Como solucionar tal antinomia?

A solução que observaria o tradicional posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre o status normativo de tratados internacionais – o de que as convenções internacionais ingressam no ordenamento nacional no mesmo patamar da legislação ordinária –, em tese, determinaria a prevalência da norma constitucional, mantendo a possibilidade da prisão do depositário infiel. O Supremo Tribunal Federal, no entanto, diante do anacronismo jurídico que tal prisão representava, começa a trilhar alternativas para vedá-la, sem, no entanto, tomar o passo decisivo de afirmar que o Pacto de São José da Risca compõe o bloco de constitucionalidade brasileiro.

É o que se extrai do voto do Ministro Marco Aurélio, relator no HC 87.585, que estabelece a tese de que o artigo 5º, inciso LXVII, da Constituição Federal não é norma autoaplicável, pois, embora preveja a possibilidade da prisão do depositário infiel, não a regulamenta, ou seja, não delinea seus critérios de aplicação, inclusive o período de custódia. Referidos critérios eram delineados pela legislação

---

10 BRASIL. Código de Processo Civil de 1973. Art. 904. Julgada procedente a ação, ordenará o juiz a expedição de mandado para a entrega, em 24 (vinte e quatro) horas, da coisa ou do equivalente em dinheiro. Parágrafo único. Não sendo cumprido o mandado, o juiz decretará a prisão do depositário infiel.

11. BRASIL. DECRETO N. 678/1992. PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA. Art. 7, item 7. 7. Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplimento de obrigação alimentar.

ordinária, como, por exemplo, o Código de Processo Civil de 1973, sendo que, com a incorporação do Pacto de São José da Costa Rica no ordenamento brasileiro em 1992, “restaram derogadas as normas estritamente legais definidoras da prisão do depositário.<sup>12</sup>” Dentro da lógica adotada na decisão, embora a Constituição autorize a prisão do depositário infiel, a legislação que a regulamenta está revogada pelo Pacto de São José da Costa Rica.

Há, contudo, críticas apontáveis a tal posicionamento. Interessante, primeiro, lembrar a advertência da doutrina constitucional de que não é papel da Constituição descer a minúcias, razão pela qual não é nada inusitado que o texto constitucional não estabeleça os critérios da prisão do depositário infiel, reservando tal papel à legislação ordinária. A afirmação, contudo, de que o Pacto de São José da Costa Rica revogou a legislação ordinária que regulamentava a prisão do depositário infiel ganha ares paradoxais quando se busca manter a lógica da supremacia constitucional sobre os tratados internacionais. O paradoxo reside na seguinte circunstância: se a Constituição expressamente autoriza a prisão e o Pacto não, sendo a primeira hierarquicamente superior, faz sentido afirmar que o segundo derogou a legislação regulamentadora da prisão? De acordo com as premissas então vigentes na Corte, não seria mais técnico e lógico afirmar que o Pacto, no ponto que veda a prisão do depositário infiel, seria incompatível com a ordem constitucional e, assim, não vigente?

O voto do Ministro Gilmar Mendes, no RE 466.343/SP, busca avançar no tema ao expressamente conferir um *novo status* aos tratados internacionais no ordenamento jurídico brasileiro. Em seu voto, o Ministro adotou a tese de que os tratados internacionais sobre direitos humanos – obviamente, os não recepcionados na forma do

---

12. BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC 87.585-8/Tocantins. Relator Ministro Marco Aurélio, Dju 03/12/2008.

artigo 5, §3º da Constituição Federal, que tem status constitucional normativamente reconhecido – possuem caráter *supralegal*, isto é, situam-se em patamar normativo inferior ao da Constituição Federal, mas superior à legislação ordinária.

Possuindo tal status, os tratados internacionais sobre direitos humanos, nas palavras do Ministro, têm o “condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infra-constitucional com ela conflitante.”<sup>13</sup> Percebe-se, portanto, que o Ministro busca superar a criticada tese de que tais tratados possuem *status* de legislação ordinária, mas não é possível enxergar maiores efeitos práticos em tal posicionamento em relação ao adotado pelo Ministro Marco Aurélio. O Ministro Gilmar Mendes busca conferir nova técnica à categoria *supralegal*, que não propriamente revoga a legislação ordinária, mas *paralisa sua eficácia*. A distinção teórica entre *paralisação da eficácia* e *revogação* parece residir no fato de que, na primeira hipótese, eventual denúncia do Pacto de São José da Costa Rica pelo Estado brasileiro teria o efeito de revigorar a legislação que estava *paralisada*. Nesta hipótese, portanto, voltaria a ser possível a prisão do depositário infiel? A resposta parece ser positiva.

O ponto central é que as atecnicas apontadas em relação à posição de que o Pacto revogou a legislação ordinária que autoriza a prisão do depositário infiel se mantêm na posição de que eles paralisaram sua eficácia. Isso porque, ao manter a afirmação da supremacia constitucional sobre os tratados internacionais sobre direitos humanos – relembrando que não se fala aqui dos incorporados na forma do artigo 5º, §3º da Constituição Federal –, a Corte não consegue dar uma resposta satisfatória à existência da parte final do artigo 5º, inciso LXVII, da Constituição Federal. O posicionamento deixa

---

13. BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 566.343/SP, voto do Ministro Gilmar Mendes, p. 26

aberta a lacuna de existir uma norma constitucional sem qualquer efeito normativo, inclusive o de autorizar a atividade do legislador em sua regulamentação, uma vez que faltará ao Congresso Nacional poder de regulamentar o artigo 5º, inciso LXVII.

A Corte evitou, portanto, trilhar o caminho da solução mais adequada para a vedação da prisão do depositário infiel, que era simplesmente reconhecer o *status* constitucional do Pacto de São José da Costa Rica, com esteio na autorização que o próprio constituinte forneceu no artigo 5º, §2º da Constituição. Ademais, a combinação da tese da supralegalidade com a previsão do artigo 5º, 3º da Constituição, cria a disparidade entre tratados internacionais sobre direitos humanos, conforme eles tenham sido ou não aprovados pela maioria qualificada. Mazzuoli destaca este ponto com precisão:

A tese da supralegalidade dos tratados de direitos humanos não aprovados por maioria qualificada (defendida, v.g. pelo Min. Gilmar Mendes, no RE 466.343-1/SP) peca por desigualar tais instrumentos em detrimento daqueles internalizados pela dita maioria, criando uma “duplicidade de regimes jurídicos” imprópria para o atual sistema (interno e internacional) de proteção de direitos, uma vez que estabelece “categorias” de tratados que têm o mesmo fundamento ético. E esse fundamento ético lhes é atribuído não pelo Direito interno ou por qualquer poder do âmbito interno (v.g., o Poder Legislativo), mas pela própria ordem internacional da qual tais tratados provêm. Ao criar as “categorias” dos tratados de nível *constitucional* e *supralegal* (caso sejam ou não aprovados pela dita maioria qualificada), a tese da supralegalidade acabou por regular instrumentos *iguais* de maneira totalmente *diferente* (ou seja, desigualou os “iguais”), em franca oposição ao princípio constitucional da *isonomia*. Daí ser equivocado alocar certos tratados de direitos humanos *abaixo* da Constituição e outros (também de

direitos humanos) no *mesmo nível* dela, sob pena de se subverter toda a lógica convencional de proteção de tais direitos, a exemplo daquela situação em que um instrumento acessório teria equivalência de uma emenda constitucional, enquanto que o principal estaria em nível hierárquico inferior<sup>14</sup>.

Conclui-se, portanto, que embora que os avanços no tema da proteção de direitos humanos tenham repercutido no sistema constitucional brasileiro, especialmente com o advento da Emenda Constitucional n. 45/2004, ainda há importantes espaços a serem preenchidos para a plena adesão do Estado brasileiro às melhores práticas vislumbradas no sistema internacional. Em especial, destaca-se, na linha de todo o afirmado até agora, a conferência de status constitucional aos tratados internacionais sobre direitos humanos, independentemente do quórum qualificado exigido no artigo 5º, §3º da Constituição Federal. Para alcançar tal objetivo, basta a modificação da jurisprudência consolidada pelo Supremo Tribunal Federal no RE 466.343/SP que, embora represente um avanço à anacrônica tese da *ordinariedade* dos tratados internacionais sobre direitos humanos, representa, hoje, barreira à plena constitucionalização desses documentos centrais ao sistema de proteção internacional dos direitos do homem.

### **3. INTERAÇÃO ENTRE AS DECISÕES DAS CORTES INTERNACIONAIS E A ORDEM JURÍDICA INTERNA: O CASO DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL**

---

A eficácia de sistemas global e regional dos direitos humanos passa, sem dúvida, pela estruturação de Cortes internacionais voltadas ao processo e julgamento de lesões a direitos humanos.

---

14. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Direito Interno.*, p. 414.

No caso do sistema global, ganha especial relevo o papel do Tribunal Penal Internacional, ante as divergências doutrinárias e, prevê-se, jurisprudenciais, que sua aplicabilidade no Brasil suscita, ante o campo de antinomias normativas existente entre o Estatuto de Roma e a Constituição Federal de 1988.

O marco normativo definitivo para o início da estruturação de um sistema internacional global foi a aprovação, em 9 de dezembro de 1948, pela Assembleia Geral das Nações Unidas, da Resolução n. 260-A, denominada *Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio*. Trata-se da primeira iniciativa concreta no sentido de estabelecer, no plano internacional, instrumentos jurídicos voltados a coibir a prática genocida<sup>15</sup>, prevendo a possibilidade de intervenção da Organização das Nações Unidas para tal fim (art. 8º), além da jurisdição interna dos Estados contratantes (art. 6º).

Apesar do avanço normativo representado pela Convenção, que estabeleceu nas ordens jurídicas internas dos Estados contratantes o dever de repressão a atos genocidas<sup>16</sup>, o fato é que o sistema internacional ainda não estava suficientemente aparelhado para banir a prática do genocídio em nível global. Os exemplos de Ruanda e da Ex-Iugoslávia foram marcantes para demonstrar a necessidade de um *avanço institucional* no sentido de criar um Tribunal internacional com competência para julgar práticas genocidas.

A criação de um Tribunal Penal Internacional com jurisdição global, voltado ao julgamento de indivíduos que pratiquem genocídios

---

15. A centralidade do tema do genocídio, infelizmente ainda relevante nos dias atuais, representava repercussão imediata do cenário pós-segunda guerra mundial e o desastre humanitário por ela provocado. O esforço da comunidade internacional em enfrentar tal tema e criar mecanismos jurídicos para impedir novas práticas genocidas explica as primeiras medidas voltadas à estruturação de um sistema global de proteção aos direitos humanos.

16. No caso brasileiro, a convenção foi promulgada pelo Decreto nº 30.822, de 6 de maio de 1952.

e outras graves lesões humanitárias, tardou a ser criado, sendo alcançado somente a partir da Resolução n. 52/160 da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, que convocou a *Conferência Diplomática de Plenipotenciários das Nações Unidas sobre o Estabelecimento de um Tribunal Penal Internacional* – também chamada *Conferência de Roma* –, realizada nos dias 15 de junho a 17 de julho de 1998 e que resultou na aprovação do *Estatuto de Roma*, que criou o *Tribunal Penal Internacional*, vigorando a partir de 1º de julho de 2002.

O Tribunal Penal Internacional possui sede em Haia, Holanda, denominado como *Estado anfitrião* pelo Estatuto. Entre os princípios que regem sua atuação, destacamos: (i) o da *especialidade*, segundo o qual a competência do Tribunal deve se limitar a crimes graves, lesivos à humanidade, com alcance internacional (art. 1º); (ii) o da *anterioridade*, pelo qual a Corte apenas julgará crimes cometidos após sua entrada em vigor (art. 11); e (iii) o da *complementariedade*, que se dispõe que o Tribunal não poderá julgar quem já o tenha sido por outro Tribunal, salvo se o julgamento teve por objetivo subtrair o acusado à sua responsabilidade perante a Corte Internacional ou, então, caso o processo não tenha sido conduzido de forma independente ou imparcial (art. 20, item 3).

O Tribunal julga apenas *pessoas físicas* (Art. 25, item 1), razão pela não possuirá jurisdição sobre Estados e outras pessoas jurídicas; ressalva-se, entretanto, que esses últimos podem ser responsabilizados perante outros órgãos e tribunais, o que o Estatuto de Roma ressalva expressamente no artigo 25, item 4, o que sequer seria necessário. Ainda no campo da competência, deve ser destacado que o Tribunal possui competência apenas para julgar crimes ocorridos *após a entrada em vigor* do Estatuto de Roma, em 01/07/2002.

Importante destacar, ainda sob o tema da jurisdição do Tribunal Penal Internacional, que a *adesão do Estado-parte é condição prévia ao exercício da jurisdição* (art. 12, item 1). Atualmente, 124 (cento e vinte e quatro) países são partes do Estatuto de Roma, sendo

34 (trinta e quatro) deles da África, 19 (dezenove) da Ásia e Oceania, 28 (vinte e oito) da América Latina e Caribe, e 25 (vinte e cinco) da Europa Ocidental e outros Estados<sup>17</sup>. Há, contudo, relevantes ausências, como as potências mundiais Estados Unidos da América, Rússia e China.

Referidas ausências são ainda mais problemáticas em razão da previsão do artigo 98 do Estatuto de Roma<sup>18</sup>, que tem sido utilizado como um mecanismo para evitar que indivíduos com cidadania em algum dos países não aderentes escapem da jurisdição do Tribunal. Os Estados Unidos da América, por exemplo, têm celebrado inúmeros acordos bilaterais de imunidade para evitar que seus nacionais sejam submetidos a julgamento pelo Tribunal Penal Internacional, inclusive utilizando técnicas de *pressão política* para obter a assinatura de tais acordos junto aos Estados submetidos à jurisdição da Corte.<sup>19</sup> Trata-se de uma medida de enfraquecimento da capacidade institucional do Tribunal, reduzindo, por um lado, sua capacidade de atuação sobre as grandes potências mundiais e, por outro, gerando

---

17. Fonte: site do Tribunal Penal Internacional. Acesso em [https://asp.icc-cpi.int/en\\_menus/asp/states%20parties/Pages/the%20states%20parties%20to%20the%20rome%20statute.aspx](https://asp.icc-cpi.int/en_menus/asp/states%20parties/Pages/the%20states%20parties%20to%20the%20rome%20statute.aspx), em 20/05/2016.

18. Cooperação Relativa à Renúncia, à Imunidade e ao Consentimento na Entrega

1. O Tribunal pode não dar seguimento a um pedido de entrega ou de auxílio por força do qual o Estado requerido devesse atuar de forma incompatível com as obrigações que lhe incumbem à luz do direito internacional em matéria de imunidade dos Estados ou de imunidade diplomática de pessoa ou de bens de um Estado terceiro, a menos que obtenha, previamente a cooperação desse Estado terceiro com vista ao levantamento da imunidade.

2. O Tribunal pode não dar seguimento à execução de um pedido de entrega por força do qual o Estado requerido devesse atuar de forma incompatível com as obrigações que lhe incumbem em virtude de acordos internacionais à luz dos quais o consentimento do Estado de envio é necessário para que uma pessoa pertencente a esse Estado seja entregue ao Tribunal, a menos que o Tribunal consiga, previamente, obter a cooperação do Estado de envio para consentir na entrega.

19. Fonte: [http://www.bbc.com/portuguese/noticias/story/2003/07/printable/030701\\_tribunalmp.shtml](http://www.bbc.com/portuguese/noticias/story/2003/07/printable/030701_tribunalmp.shtml), acesso em 10/05/2019.

críticas relacionadas a eventual *seletividade e neoconolianismo* na concepção do Tribunal<sup>20</sup>.

A primeira sentença condenatória proferida pelo Tribunal Penal Internacional foi proferida em 14 de março de 2012, no processo contra Thomas Lubanga Dyilo, ex-líder do movimento *União de Patriotas Congolenses*, condenado pelos crimes de guerra de recrutamento e alistamento de crianças menores de 15 anos e por usá-las para participar em situações de hostilidades no período de 01 de setembro de 2002 a 13 de agosto de 2003, envolvendo a oitiva de 67 testemunhas.

Nos quase quinze anos de sua existência, o Tribunal Penal Internacional sofre com críticas relacionadas à sua capacidade funcional e, em alguma medida, à sua legitimidade como mecanismo internacional imparcial para o julgamento de ofensas graves a direitos humanos ao redor do globo. Aprofundemos a análise de tais críticas.

Em relação à *capacidade funcional do Tribunal Penal Internacional*, trata-se de análise concernente ao cumprimento dos seus fins institucionais, que é funcionar como mecanismo central no sistema de proteção internacional de direitos humanos no âmbito criminal, com enfoque na atribuição de responsabilização penal individual aos envolvidos na prática de crimes graves, lesivos à humanidade. De fato, o papel da Corte é de complementar os sistemas de Cortes regionais – como a Interamericana, a Europeia e a Africana -, responsáveis pelo julgamento dos Estados, conferindo, assim, integridade ao sistema de jurisdição internacional voltado à proteção dos direitos humanos.

---

20. Até o presente momento, houve ampla predominância, nas investigações preliminares e processos abertos, de casos e acusados envolvendo países africanos, o que tem gerado críticas por parte desses. Ver notícia: <https://www.nexojornal.com.br/expresso/2016/01/29/Por-que-o-Tribunal-Penal-Internacional-s%C3%B3-julga-africanos>, acesso em 25/05/2016.

A capacidade institucional é colocada em xeque por algumas questões já tangenciadas acima, como a falta de adesão de protagonistas no cenário geopolítico mundial – casos dos Estados Unidos da América, Rússia e China –, a atuação contrária desses mesmos Estados ao fortalecimento institucional do Tribunal e, finalmente, o cumprimento de suas decisões pelos Estados partes.

O Estatuto de Roma foi incorporado formalmente ao ordenamento positivo interno do Estado brasileiro desde a promulgação do Decreto n. 4.388/2002. A experiência jurídica nacional com o Tribunal Penal Internacional é parca, seja pela juventude da Corte, seja pelo fato de que, felizmente, os crimes sob sua competência (Art. 5º, item 1, do Estatuto) não terem sido praticados no país desde a criação do Tribunal.

A Petição 4.625 apresentada pelo Tribunal Penal Internacional ao Supremo Tribunal Federal, requerendo cooperação internacional e auxílio judiciário para detenção e posterior entrega de Presidente da República de país africano, constitui precedente isolado de interação entre as Cortes. A petição foi objeto de despacho monocrático do Ministro Celso de Mello, que exercia na ocasião a Presidência do Supremo Tribunal Federal, quando se levantou alguns dos pontos polêmicos que envolvem a incorporação do Estatuto de Roma ao ordenamento interno brasileiro.

De fato, o Estatuto incorpora ao direito brasileiro disposições que conflitam com normas previstas na Constituição brasileira, como é o caso das exceções do princípio da coisa julgada, da desconsideração das imunidades e prerrogativas previstas pelo direito interno, da imprescritibilidade de crimes internacionais, da possibilidade de entregas de nacionais para julgamento perante o Tribunal Penal Internacional, da previsão de prisão perpétua e da ausência de fixação de sanções penais para os crimes internacionais<sup>21</sup>. No caso específico

---

21. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição 4625/República do Sudão, Ministro Celso de Mello, DJ 17 de julho de 2009

da Petição 4625, o ponto enfrentado foi o da possibilidade de entrega de autoridade que possui, nos termos do ordenamento brasileiro, imunidade à jurisdição brasileira (Presidente da República de país africano).

O Ministro Celso de Mello não evoluiu no mérito do tema, sendo que a matéria de fundo restou sem uma resolução pela Suprema Corte. Entretanto, as razões expostas pelo Ministro revelam que a plena adesão do Brasil às disposições do Estatuto de Roma não restou resolvida pelo acréscimo do artigo 5º, §4º na Constituição Federal, por força da Emenda Constitucional n. 45/2004, com a seguinte redação:

§ 4º O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão.

Novamente, assim como analisado em relação ao *status* dos tratados internacionais sobre os direitos humanos, houve avanço normativo no sentido de aprimorar a adesão do direito nacional à ordem jurídica internacional. Há, contudo, forte celeuma doutrinária e, conforme o despacho da petição 4625 adiantou, provável divergência jurisprudencial sobre a aplicabilidade das disposições do Estatuto de Roma no Brasil, especialmente diante do abrangente campo de conflito de antinomia de suas normas com a Constituição brasileira.

Caso se adote em relação ao Estatuto de Roma posição similar à adotada em relação ao Pacto de São José da Costa Rica, isto é, a tese da supralegalidade, pode-se concluir por forte barreira à efetividade da cooperação do Estado brasileiro com o Tribunal Penal Internacional. Isso porque ao se estabelecer a superioridade hierárquica da Constituição Federal às disposições do Estatuto da Roma, não há soluções normativas viáveis para que o Brasil, por exemplo, entregue indivíduo para o cumprimento de pena de caráter perpétuo, possível no âmbito do Tribunal Penal Internacional (art. 77, n. 1,

“b”) e vedada expressamente pelo artigo 5º, inciso XLVII, alínea “b” da Constituição brasileira. O mesmo se aplica à imprescritibilidade dos crimes e à irrelevância da imunidade de jurisdição assegurada a autoridades políticas e diplomáticas, reconhecidas pelo Estatuto de Roma (arts.27 e 29), que são institutos tradicionais do sistema jurídico-constitucional brasileiro.

Correntes doutrinárias que defendem a *inconstitucionalidade* do Estatuto de Roma nesses pontos têm a dificuldade de determinar a hermenêutica aplicável ao artigo 5º, §4º da Constituição Federal. Como seria possível aceitar a jurisdição do Tribunal Penal Internacional de forma condicionada ao cumprimento das regras do direito interno? Estaria no âmbito da competência do Supremo Tribunal Federal estabelecer condições à Corte internacional para, por exemplo, entregar indivíduo acusado de graves lesões a direitos humanos?

Curioso pensar que tais correntes argumentam que a Constituição brasileira é mais protetiva a direitos humanos nesses pontos, razão pela qual prevaleceria sobre o Estatuto de Roma. Esse argumento ignora, no entanto, que a criação do Tribunal Penal Internacional é o resultado de processo de construção e amadurecimento históricos, servindo como resposta global a tragédias humanitárias que, infelizmente, ainda se fazem presentes. Relativizar sua abrangência e eficácia com base no direito interno é caminhar em sentido contrário aos valores que fundamentaram a criação desse sistema global de proteção aos direitos humanos.

Necessário, portanto, avançar em relação a leituras restritivas à plena efetividade do Estatuto de Roma no Brasil. Assim como aventado no item anterior, concernente ao *status* normativo dos tratados internacionais sobre direitos humanos, a solução mais adequada para as antinomias normativas entre o Estatuto e a Constituição Federal brasileira é a adoção de hermenêutica que sistematize e traga coerência à convivência de normas que, embora conflitantes

em seu conteúdo, possuem equivalente *status* constitucional. A título ilustrativo, é possível sustentar que a vedação da pena de caráter perpétuo, prevista no artigo 5º, inciso XLVII, da Constituição brasileira está direcionando o seu comando para o legislador interno, “não alcançando os legisladores estrangeiros e tampouco os legisladores internacionais que (...) trabalham rumo à construção do sistema jurídico internacional”<sup>22</sup>.

Neste sentido, embora se reconheça que a ausência de casuística impede qualquer conclusão sobre qual será o posicionamento do Supremo Tribunal Federal quanto aos conflitos que o Estatuto de Roma suscita em relação à Constituição brasileira, espera-se que a Suprema Corte supere histórico de, em nome de reafirmar a supremacia do texto constitucional, obstaculizar a plena efetividade do sistema internacional de proteção de direitos humanos, dentro do qual o Estatuto de Roma e o Tribunal Penal Internacional desempenham papel central.

## CONCLUSÕES

---

Deve-se reconhecer, desde logo, que o posicionamento do direito brasileiro acerca da efetividade dos tratados internacionais sobre direitos humanos na ordem jurídica interna evoluiu de forma significativa, especialmente quando comparado ao momento anterior à promulgação da Emenda Constitucional n. 45/2004 e ao acolhimento da tese da supralegalidade pelo Supremo Tribunal Federal. Quando se considera que o entendimento anterior conferia *status* de lei ordinária a tratados tão centrais ao sistema internacional, como é o caso do Pacto de São José da Costa Rica, reconhecer referida evolução é necessário.

---

22. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso De Direito Internacional Público*, p. 1071.

Entretanto, o legislador e a Suprema Corte brasileiras ainda não adotaram o passo decisivo de reconhecer o *status* constitucional de referidos tratados, conforme autoriza a interpretação do artigo 5º, §2º da Constituição. A consequência disso é a permanência de obstáculos para a plena efetividade dos sistemas global e regional de proteção aos direitos humanos na ordem interna, conforme restou ilustrado pelas duas questões enfrentadas neste artigo: a interpretação sobre o *status* dos tratados sobre direitos humanos e as antinomias normativas entre o Estatuto de Roma e o texto constitucional brasileiro.

Ainda que se alegue que referidos obstáculos não impediram avanços na tutela de direitos, como demonstra a vedação à prisão do depositário infiel na linha do que prevê o Pacto de São José da Costa Rica, é imperioso reconhecer a importância de as instituições nacionais referendarem e prestigiarem os elementos fundantes do sistema internacional de proteção dos direitos humanos, pois, como já se argumentou em linhas introdutórias, trata-se de um processo de construção histórica e cooperação global. A permanência de teses arraigadas em defesa da soberania nacional e supremacia da Constituição interna impede que o direito internacional se fortaleça como uma via possível para a maior integração entre os Estados e evitar o recrudescimento de teses nacionalistas, ligadas a uma ideia de soberania nacional que remonta aos trabalhos de Bodin e Maquiavel no século XVI.

## REFERÊNCIAS

---

- ACCIOLY, Hildebrando. CASELLA, Paulo Borba. NASCIMENTO SILVA, Geraldo E. *Manual de Direito Internacional Público*. Saraiva, São Paulo, 2019.
- BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL.
- BRASIL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973.
- BRASIL. DECRETO N. 678/1992. PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA.
- BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC 88240. Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 17-4-2007, 1ª T, DJ de 8-6-2007.

- BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MI 772 AGR. Rel. Min. Celso de Mello, j. 24-10-2007, P, *DJE* de 20-3-2009
- BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 148, Dju 8.8.2001, Relator Ministro Celso de Mello.
- BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 566.343/SP, voto do Ministro Gilmar Mendes, p. 26
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição 4625/República do Sudão, Ministro Celso de Mello, DJ 17 de julho de 2009
- CENTRO DE ESTADOS SOBRE O SISTEMA DE JUSTIÇA – CEJUS. *Estudo sobre Impacto no Sistema Processual dos Tratados Internacionais*. Ministério da Justiça. Secretaria de Reforma do Judiciário, Brasília, 2013.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Direito Interno*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- \_\_\_\_\_. *Curso de Direito Internacional Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. Saraiva, São Paulo, 2018.
- RAMOS, André de Carvalho. *Processo Internacional de Direitos Humanos*. Saraiva, São Paulo, 2019.

## XIII

# Finanças Públicas: Regulação Jurídica e Constituição

*Francisco Pedro Jucá\**

**SUMÁRIO:** I. Referencial. II. Dimensão normativa constitucional. III. Poder governativo e finanças. IV. Conclusão. Referências bibliográficas.

**RESUMO:** Toda a base normativa das finanças públicas está submetida à Constituição. Os princípios constitucionais são imperativos para a organização, regramento e condução processual das finanças públicas. Obrigatoriamente perpassa todo o sistema o princípio constitucional democrático.

**SUMMARY:** *The entire normative basis of public finances is subject to the Constitution. Constitutional principles are imperative for the organization, rule and procedural conduct of public finances. Obligatorily the democratic constitutional principle goes through the whole system.*

---

\*. Livre Docente em Direito Financeiro pela Universidade de São Paulo - USP. Doutor em Direito pela PUC/SP e pela USP. Pós-Doutorado pela Universidade de Salamanca/Espanha e Universidade Nacional de Córdoba/Argentina. Professor Titular da Faculdade de Direito de São Paulo - FADISP; da Academia Paulista de Letras Jurídicas; Academia Paulista de Magistrados da Academia Paraense de Letras Jurídicas. Membro do Conselho de Orientação do Instituto Brasileiro de Estudos de Direito Administrativo, Financeiro e Tributário - IBEDAFT. Juiz do Trabalho da 14<sup>a</sup> Vara do Trabalho de São Paulo da 2<sup>a</sup> Região.

**RESUMEN:** Toda la base normativa de las finanzas públicas está sujeta a la Constitución. Los principios constitucionales son esenciales para la organización, el gobierno y la conducta procesal de las finanzas públicas. El principio constitucional democrático pasa necesariamente por todo el sistema.

## I. REFERENCIAL

---

A proposta que se faz é a de uma leitura da regulação jurídica das finanças públicas tendo como ponto de partida as disposições da Constituição e, desde aí, sugerir uma compreensão sistêmica, fixando as dimensões conceituais fundamentais, sempre com a percepção dos dados e elementos da realidade concreta.

Assim posto, temos que a Constituição é o instrumento jurídico da pactuação política de organização da sociedade, nas civilizações dos dois últimos séculos. Neste enfoque, constatamos que os textos constitucionais mais contemporaneamente surgidos, especialmente na segunda metade do século XX, como é o caso da Constituição brasileira de 1988, albergam considerável largueza de temas e assuntos, merecendo críticas de alguns que as consideram complexas, abrangentes demais, detalhistas, inçadas de pontos controversos ou que oportunizam controvérsias, gerando, de alguma forma, paralisia ou lentidão inconveniente no processo decisório.

Pela concepção mesmo que se propõe, estas críticas precisam ser vistas com certo *grano salis*, porquanto, em sendo a Constituição o instrumento da organização política da sociedade, por óbvio que há de alcançar aqueles temas e regulações que se pode considerar como sendo cláusulas do pacto. Dessarte, se largo e abrangente é o pacto, da mesma forma seu instrumento o deve e precisa ser.

Importante aqui é destacar que as sociedades complexas contêm grande número de demandas concorrenciais, cujo consenso político de equilíbrio para a acomodação necessária se apresenta com grande

grau de complexidade, isto ditado e imposto pela realidade social vivida na etapa histórica em que o pacto é celebrado e elaborado o documento constitucional, cabendo na medida a observação de J. Flósculo da Nóbrega, em preciosa monografia de introdução ao direito nos anos 50, quando diz<sup>1</sup>: *“O direito é parte do mundo e não é possível compreender a parte sem prévia compreensão do conjunto em que se insere.”*

Desta forma temos que a compreensão, a leitura que se deve fazer da regulação jurídica do Direito Financeiro, seus institutos e seu sistema normativo e conceitual, tem que necessariamente estar orientada pelos princípios estabelecidos constitucionalmente, quais sejam seus princípios fundamentais e estruturantes, os objetivos fixados para a organização e o funcionamento do Estado que está sendo moldado pela Constituição, fazendo, assim, a indispensável conexão entre a atividade financeira do Estado, o exercício do poder financeiro e a operacionalização do binômio arrecadação/aplicação dos recursos, a destinação deles, a concreta e objetiva execução dos gastos, e os demais atos da gestão para que estejam em afinidade estreita e precisamente direcionados aos objetivos estatais conforme os princípios que são estabelecidos, estando, aí, parte de sua efetividade e força normativa obrigatória.

O Estado como organização política, a estrutura de governo e de administração não são fins em si mesmo, não se constituem em objetivo, diversamente, têm natureza fortemente instrumental para perseguir aos objetivos e finalidade adredemente estabelecidos no pacto político, encontrando, assim, a sua legitimidade fundante, inclusive para a realização de medidas necessárias, mesmo quando não sejam simpáticas ou agradáveis, muitas vezes são remédios amargos para objetivos maiores, e seus efeitos serão sim populares, ainda que não sejam ou devam ser tais medidas e ações populistas.

---

1. Nóbrega, J. F. (1981). Introdução ao Direito (6ª ed.) p.3.

Ora bem, pode-se entender que a compreensão proposta se dá levando em conta a dimensão normativa porque da natureza do direito, mas também a funcional e institucional, acolhendo a instrumentalidade do sistema, mais ou menos como observa Biscaretti di Ruffia<sup>2</sup> acerca do direito constitucional:

Por outra parte, é evidente que a ciência do direito constitucional deve estudar o Estado mais no seu aspecto institucional do que no seu lado puramente normativo, examinando-o na complexa e variada estrutura de suas instituições, no seu efetivo funcionamento diário, na sua concreta e contínua atividade, e não só limitando-se à mera exegese dos textos, à simples interpretação das normas jurídicas particulares, sem preocupar-se com a vida que gira ativamente em torno do jurista.

A regulação jurídica das finanças públicas, que inclui os instrumentos e mecanismos de controle jurídico e político de seu funcionamento, e a útil interpretação e aplicação dela, principalmente no que respeita à elaboração orçamentária, há de levar em conta essencialmente quanto a funcionalidade e operacionalização do sistema e a harmonização dela com a ordem jurídica, tudo unificado e harmonizado com os ditames constitucionais.

Tais ditames estão, na visão que se tem e que é igual à de Ricardo Lobo Torres, que compreende a existência, dentro da Constituição, de um subsistema que o clássico jurista denomina de Constituição Financeira e que conceitua como sendo<sup>3</sup>:

Constituição Financeira é o subsistema constitucional que dispõe sobre os princípios e regras constitucionais da atividade financeira do Estado. A Constituição

---

2. Ruffia, P. B. (1984). Direito Constitucional - Instituições de Direito Público. p.9.  
3. Torres, R. L. (2009). Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário - Constituição Financeira, Sistema Tributário e Estado Fiscal (Vol. I), p. 3.

Financeira constitui o conjunto de ações do Estado para a obtenção de receita e realização de gastos para o atendimento das necessidades públicas, ou seja, constitucionaliza as finanças públicas.

As ideias de funcionalidade sistêmica, tal como se a vê, significa a necessária vinculação entre as ações e as finalidades estatais constitucionalmente estabelecidas, daí a concepção muito discutida hoje na Europa de Bom Governo se aplica inteiramente, como sendo aquele que, dentro dos limites estabelecidos na Constituição, identifica problemas e demandas e é capaz de construir consensos políticos a partir dos quais elabora e executa as políticas públicas, através de programas e projetos que demandam recursos financeiros.

Em sendo o pano de fundo essencial um pacto político, no qual está inserido o compartilhamento de responsabilidades e encargos decorrentes do contexto da solidariedade social, que exatamente mantêm o tecido social hígido, resulta óbvio constatar que imperativamente as formulações das políticas públicas, seus programas e projetos não de ser planejados adequadamente, levando em conta os dados da realidade econômica da sociedade e devendo caber na capacidade contributiva da sociedade no seu todo, e também, dos indivíduos em particular.

Tal formulação se reflete no clássico princípio da veracidade orçamentária, mercê do qual o Orçamento Público deve ser real e só assim factível, sob pena de se converter, quando menos numa “peça de ficção”, como com razão apontam alguns, na melhor hipótese ou numa irresponsável fraude política, com consequências trágicas e desastrosas na desordem das contas públicas que acabam sempre por comprometer a capacidade operacional do Estado de cumprir o papel a que se destina e que está gizado na Constituição, levando a um verdadeiro estado de coisas inconstitucionais.

É interessante e útil para o raciocínio que se desenvolve, considerar a categoria da constituição material, porquanto nela está contida

a essência da organização social, o que obriga, para a compreensão mais completa de uma visão transversal e pluridisciplinar do direito, que é o conjunto que possibilita se perceber com clareza as proposições da organização da sociedade, onde estão as bases e as linhas gerais das demandas estabelecidas e a forma de composição dos consensos em relação a elas, que emergiram do processo político da organização social. Neste sentido, Celso Ribeiro Bastos, remetendo à Lassale, oferece consideração importante, quando disserta sobre a aceção material da constituição<sup>4</sup>:

Para Lassale, a essência da constituição está no que denomina de “fatores reais de poder” que regem a sociedade, é dizer, as forças reais que mandam no País. São forças de cunho político, econômico, religioso, ativas e eficazes o bastante para informar todas as leis e instituições jurídicas de uma dada sociedade. A sua essência não repousa na “folha de papel”, que representa a constituição escrita, que é mera descritora da realidade subjacente, mas sim nas relações fáticas reinantes de poder num Estado. Podemos dizer que Constituição material é o conjunto de forças políticas, econômicas, ideológicas, etc...que conforma a realidade social de um determinado Estado, configurando a sua particular maneira de ser. Embora mantenha relações com o ordenamento jurídico a ela aplicável, esta realidade com ele não se confunde. Ela é do universo do ser, e não do dever ser, do qual o direito faz parte.

O constitucionalismo português exerceu forte influência sobre o processo constituinte brasileiro dos anos 80, seja pelas afinidades históricas e culturais, seja pela precedência do processo português de reconstitucionalização e reinstitucionalização democrática e que, destaque-se, não é fenômeno de época, mas deita raízes no

---

4. Bastos, C. R. (2000). Curso de Direito Constitucional, p. 43.

liberalismo do Porto. Por estas razões, os autores portugueses da época foram fonte doutrinária substancial para a discussão jurídica na nossa Assembleia Constituinte.

Com este fundamento, escolhe-se Jorge Miranda. O constituinte lisboeta, no seu já clássico Manual de Direito Constitucional, oferece formulação que pode servir de arrimo à concepção que se vem formulando neste ligeiro estudo, quando propõe a visão de constituição que podemos considerar como abrangente ou global<sup>5</sup>:

Sendo o Estado comunidade e poder, a Constituição nunca é apenas a Constituição política, confinada a organização política. É também Constituição social, estatuto da comunidade perante o poder ou da sociedade politicamente conformada. Estatuto jurídico do Estado significa sempre estatuto do poder político e estatuto da sociedade – quer dizer, dos indivíduos e dos grupos que a compõem – posta em dialética com o poder e por ele unificada. E, sendo Constituição do Estado em si e Constituição do Direito do Estado, necessariamente abarca tanto o poder quando a sociedade sujeita a esse direito.

O exame do texto constitucional estabelece que a pactuação feita na Assembleia Constituinte, da qual resultou a Constituição de 1988, mostra claramente que a sociedade brasileira fez a escolha política de promover e realizar mudanças nas condições da sociedade e dos indivíduos, tanto assim que abre o discurso estrutural normativo, cuidando dos fins do Estado e dos princípios orientadores da sua ação, imediatamente passando a cuidar dos Direitos Fundamentais, o que nos leva à conclusão necessária de que o eixo de orientação fundamental da organização política brasileira está em estabelecer

---

5. Miranda, J. (2000). Manual de Direito Constitucional. Coimbra, Portugal: Coimbra Editora, p. 21.

como bem público e interesse público a promoção dos direitos fundamentais. É importante destacar este ponto, porquanto há de ser levado em conta para balizar o estabelecimento das fontes de receitas e direcionamento das despesas feitas pelo Estado no exercício do seu mister, o que significa dizer que a carga tributária, considerada no sentido amplíssimo que engloba a obtenção de receita, mas dentro de critérios operacionais de simplificação de lançamento e cobrança, estabelecimento equânime de alíquota e base contributiva, de sorte a ser compatível com a real capacidade contributiva. Desde estes pontos fundamentais é que deve ser feito o estabelecimento das despesas (de todas as naturezas, custeio, correntes, investimentos e reservas), a fim de sejam ajustados a possibilidade real e material da sociedade e dos indivíduos de gerar riquezas suficientes para si e, solidariamente, contribuir para financiar a sociedade.

O desafio posto assim está em dimensionar as políticas públicas, seus programas e projetos dentro da capacidade real da sociedade de suportá-los, sem o exagerado sacrifício decorrente do peso da tributação. Naturalmente que o equilíbrio entre as duas pontas não é jurídico na sua natureza, mas político, no sentido de uma concertação de consenso na sociedade por seus mecanismos, instituições e instrumentos, capaz de dar estabilidade ao sistema, que empresta as necessárias legitimidade e sustentação do processo.

É importante destacar que se entende como indispensável neste processo a transparência, a discussão livre, aberta e pública, como a exposição clara das condições e dos dados da realidade, a partir dos quais se recolhe os dados para a formulação dos planos de estado e governamentais, as políticas públicas, seus programas e projetos, especialmente no que respeita ao dimensionamento deles, compatibilizados com a capacidade de gerar recursos, sem a sufocação da sociedade, até porque da sufocação vem o enfraquecimento da economia, em terrível círculo vicioso de retroalimentação, cujo resultado inelutável é inviabilização do sistema de governo e, mesmo, do Estado como instituição.

A dose de realismo que se entende como indispensável, aponta exatamente na direção da factibilidade, da operacionalidade e principalmente da eficácia.

Tem-se claro que o relevo que se reconhece à constituição material, que se prefere chamar de dimensão material da constituição, não exclui a dimensão do racional e do ético, que flutuam na cultura da sociedade e que exercem também importante papel na construção do sistema social e da ordem jurídica. O que se propõe é considerar e articular os dois aspectos, portanto, a ligação entre o mundo do ser e a busca permanente pelo dever ser. No caso da Constituição de 1988, esta ligação se nos apresenta clara, pois, como vimos antes, a escolha política foi pela efetivação dos Direitos Fundamentais, o privilegiamento da dignidade da pessoa humana, a busca pela redução progressiva do desnível social e regional, manifestando a preocupação em promover o desenvolvimento econômico e também o social. Noutras palavras, produzir riquezas e equalizar a distribuição interna dela. Naturalmente que neste quadro constitucional, o regramento jurídico da atividade financeira do Estado ganha relevo especial, hoje muito mais importante do que já o foi no passado, porque também nele ganha relevo a qualidade da despesa pública e a eficiência dos resultados obtidos com ela, dando azo, conseqüentemente, a um novo tipo de controle delas que vai muito além do formal, incorporando as técnicas e referências de boa governança.

É relevante assinalar que este é o perfil das escolhas ou opções políticas feitas pela sociedade no pacto que celebrou e está materializado na Constituição. Aí está a sede de toda a orientação da ação estatal e a atuação de governo. Isto significa dizer que feita a escolha política, o caminho a seguir, e o é juridicamente vinculante, vem a ser “caminhar” na direção apontada nas escolhas, estando, pois, sociedade, governantes e governados obrigados, nos âmbitos das suas competências e possibilidades, a buscar em caráter permanente, perseguir, a materialização destes objetivos.

Apenas para argumentar e esclarecer, fixa-se que os conceitos estabelecidos no texto constitucional são conceitos abertos, isto porém, mais do que comportam, demandam a construção política da sua concretização e nisto consiste a atividade de governo. Noutras palavras, a partir dos princípios e objetivos estabelecidos, formular meios para a concreção, estabelecendo os parâmetros quantitativos e qualitativos que nutrem as políticas públicas, seus programas e projetos, sendo imperioso na concepção da governança contemporânea, a permanente avaliação de resultados e efeitos daquilo que se consegue realizado, cabendo, conforme necessário, reavaliações e revisões mantendo o ajustamento no binômio meios/fins, destacando, sob o aspecto da regulação jurídica das finanças públicas, onde se insere a qualificação dos dispêndios públicos de recursos, o retorno destes na forma de serviços, benefícios e alcance de objetivos concretos, numa real objetivação das ações estatais e governamentais.

É também de ser referido desde logo que, neste aspecto das coisas, também se deve operar o controle das contas públicas, a fiscalização dos dispêndios, entendendo-se que a execução orçamentária e, naturalmente, por óbvio, a elaboração orçamentária, também hão de estar afinados e direcionados aos objetivos constitucionais.

Com tudo isso se pretende, em referencial, deixar patente que o que chamamos de instrumentalidade institucional do Estado, o direciona obrigatoriamente aos objetivos colimados e que estão estabelecidos na Constituição.

Da mesma forma, é importante também deixar claro para prevenir obscuridade conceitual, que esta visão não vem a ser constitucionalismo dirigente no seu sentido essencial, é apenas corolário de que a sociedade, ao organizar-se, o faz em busca de objetivos, que são comuns porque derivados de um determinado consenso político, exteriorizado, na forma jurídica, naquilo que Jorge Miranda observa ser uma concepção ou ideia de direito e de justiça, estabelecida em uma sociedade, numa determinada etapa do seu processo histórico, do qual decorre toda a construção jurídica e política.

## II. DIMENSÃO NORMATIVA CONSTITUCIONAL

---

Estabelecido o fio condutor da reflexão que se desenvolve e que se pode resumir como sendo o direcionamento da ação do Estado balizada pelos objetivos e princípios constitucionalmente estipulados, tem-se como consequência necessária toda a formulação das políticas públicas, seus programas e projetos estão orientados para estes mandamentos constitucionais.

O art. 1º da Constituição estabelece princípios fundamentais, apontando os fundamentos do Estado Brasileiro, dos quais destacamos aqueles dos incisos II, III, IV porque mais próximos ao que aqui se estuda. Tratam da cidadania, dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. Tem-se, assim, que fundamentam as ações estatais e com isso emprestam a legitimação jurídico-política a elas, o que é dizer que a ação do Estado se dá em atenção à condição cidadã do indivíduo, incluindo-o e incorporando-o na integralidade do processo econômico, social, cultural e político – que se pode sintetizar em participação –, buscando, também, a promoção da dignidade da pessoa humana, com a disponibilização de meios e recursos para que a inclusão antes mencionada aconteça, dando especial relevo neste contexto promocional à valorização, que significa prestigiar e proteger o trabalho e a liberdade de iniciativa.

Com esta fundamentação jurídica, no art. 3ª do texto constitucional são estabelecidos os objetivos fundamentais do Estado brasileiro como sendo a construção da sociedade livre, justa e solidária, garantindo o desenvolvimento nacional, buscando erradicar a pobreza e a marginalização e desigualdades, inclusive regionais.

Ora bem, a inferência lógica que se pode e deve fazer é a de que a elaboração das políticas públicas, seus programas e projetos hão de estar fundamentadas da busca da dignidade humana e valorização do trabalho e da liberdade de iniciativa, voltadas a combater a pobreza e a exclusão social através do desenvolvimento nacional, que não se confunde com crescimento, mas sim a produção e a distribuição

de riquezas ao longo da sociedade, dentro, é claro, dos limites de possibilidades, bem como das contingencialidades emergentes da realidade social e econômica.

De certa forma, resgatando o conceito tradicional, pode-se considerar todas as ações e atividades concernentes como sendo serviço público, exatamente porque, na mesma divisão tradicional, a escolha das tarefas e atribuições dadas ao Estado têm natureza política porque derivam de escolhas, que como assinalamos, nascem dos consensos políticos da organização social ao pactuar sua organização, instrumentando-a através da Constituição.

Tem-se, assim, então, que a demanda pela formulação das políticas públicas vem a ser exatamente o que a doutrina tradicional chama de necessidade pública, a qual, como observa o clássico Aliomar Baleeiro<sup>6</sup>: “Necessidade pública é toda aquela de interesse geral, satisfeita pelo processo de serviço público. É a intervenção do Estado para provê-la segundo aquele regime jurídico, que lhe dá o colorido inconfundível”. E é importante destacar: “A necessidade torna-se pública por uma decisão dos órgãos políticos.”

Vamos entender que, sob o conceitual jurídico, a ação do Estado vai se materializar através da prestação dos serviços públicos que se destinam exatamente a atender as necessidades públicas. Assim, se a qualificação das necessidades se dá pelo critério político das escolhas, como se vem aduzindo, da mesma forma se dá a qualificação dos serviços que consubstanciam materialmente a ação estatal.

Como antes se referiu, o conceito aberto de serviço público (e de necessidades públicas) possibilita que abarque e alcance os meios, mecanismos e instrumentos voltados a atingir os objetivos do Estado constitucionalmente estabelecidos, como vimos defendendo, e por

---

6. Baleeiro, A. (2012). Uma Introdução à Ciência das Finanças, p.5.

este motivo, obrigatórios. Com razão Regis Fernandes de Oliveira, observa que<sup>7</sup>:

Com o agigantamento do Estado e da sua intervenção em quase todas as atividades humanas cresce a importância do estudo das necessidades públicas. Cuida-se, antes de tudo, para preenchimento do conceito, de uma decisão política. O Estado é quem vai dizer, para usar o verbo vicário, no texto constitucional e suas leis posteriores, quais as necessidades que vai encampar como públicas.

É interessante trazer-se à colação a abalizada reflexão de Kiyoshi Harada ao observar<sup>8</sup>:

...a conceituação de serviços públicos envolve considerações de ordem política e jurídica porque eles existem como instrumentos necessários para atingimento de objetivos do Estado. E esses objetivos, chamados objetivos nacionais, resultam de decisão do poder político que, obviamente, levará em conta as idéias políticas, morais e filosóficas da época, bem como a realidade conjuntural da nação.

Podemos, apenas para aclarar a complexidade do tema, cogitar do desdobramento dos objetivos constitucionais do Estado em estágios de médio, longo e curto prazo, como sendo coisas que vão se desenvolver ao longo do tempo, em prazo longo, quase sempre se aproximando do instituto do compromisso geracional (oriundo da Constituição Alemã), como por exemplo as políticas relativas ao meio ambiente e sustentabilidade; os estágios de médio prazo, envolvendo problemas mais ou menos próximos para a obtenção

---

7. Oliveira, R. F. (2015). Curso de Direito Financeiro. SP, p. 177.

8. Harada, K. (2019). Direito Financeiro e Tributário, p. 6.

de resultados concretos, e os objetivos de curto prazo, geralmente relativos às ações estanque pontuais, direcionados aos problemas específicos e limitados, cujo enfrentamento leva à solução em tempo mais ou menos curto.

Embora não esteja contido no escopo deste ligeiro estudo, é pertinente referir que este critério a que se faz referência, pode ser de utilidade para a distinção entre as Políticas Públicas de Estado: as que têm caráter permanente, cujo ciclo jamais se encerra, como se pode citar aquelas ações relativas à educação e saúde públicas, defesa, políticas ambientais; e aquelas outras de ciclo mais ou menos definidos no tempo (médio e curto prazo), que se podem considerar como sendo políticas públicas de governo. As primeiras têm foco na dimensão estrutural da sociedade e da economia; as outras duas, mais centradas nas dimensões conjunturais, voltadas a correções de rumos e adequações de curso a objetivos mais quantitativamente definíveis.

É possível desde já perceber que, como já o referimos antes, as sociedades complexas, de organização plural, com variações internas significativas, acabam por formular escolhas políticas mais amplas e complexas, consensualizando espectro especialmente largo, o que vem impondo cada vez menos circunstancialmente a intervenção do Estado, o que, a seu turno, demanda cada vez mais recursos financeiros e, conseqüentemente, faz crescer a importância fundamental do regramento jurídico da atividade financeira do Estado, prestigiando, assim, o Direito Financeiro.

Com efeito, também é de se constatar que a atividade financeira do Estado está cada vez mais imbrincada na Economia, vez que mesmo no século XXI, diversamente do que alguns previam, com certa frequência se impõe à intervenção estatal, com volumosos recursos a injetar na economia para preservar o sistema econômico-social, dando suporte não apenas aos indivíduos vulneráveis, o que vai ao encontro do imperativo constitucional de combate à pobreza e desigualdade, bem assim à dignidade humana, o que é feito como

ação direta sobre o beneficiário, mas também, fazendo o mesmo em relação às empresas e setores da econômica para, preservando-os, perseguir, indiretamente, os mesmos objetivos do art. 1<sup>a</sup> e 3<sup>a</sup> da Constituição Federal.

Não se pode negar o formidável impacto destas ações estatais, que pelas circunstâncias são inelutáveis, na atividade financeira do Estado, que está, sublinhe-se, essencialmente ligada e até mesmo dependente da atividade econômica da sociedade, porque dela é que vêm os recursos que acabam por a ela retornar, através das políticas públicas de sustentação econômica e social. Afinal, tudo acontece na economia que é um sistema circular.

É de ver que a convivência do Estado com a economia e a inserção interativa são inelutáveis, vêm da “natureza das coisas” porquanto o exercício racional do poder político de organização, ínsito ao binômio Estado/Governo, implica na realização de ações concretas, as quais demanda de recursos, especialmente financeiros. Tais recursos são retirados da sociedade, da sua economia, noutras palavras, a sociedade, os indivíduos e suas organizações apartam parcela das riquezas que produzem e apropriam, entregando-as ao Estado por força do pacto social, fundado na solidariedade que embasa a organização da sociedade em si, destinando estes recursos a financiar as ações do Estado, com a expectativa lógica e legítima de obtenção de benefícios, seja na forma de serviços, seja na forma de manutenção da ordem econômico-social.

No quadro que se desenha, é importante trazer o fato de que ganha especial destaque no nosso tempo a necessidade de o Estado cuidar do ambiente de negócios, contribuindo para a manutenção de condições materiais, políticas e sociais que sejam úteis e propícias ao fluxo dos negócios, da atividade econômica, especialmente considerados os objetivos constitucionais de proteção e cuidado com o trabalho e a livre iniciativa, do que decorre o bem-estar social, pela distribuição de renda e riqueza no seio da sociedade.

A repercussão e a importância deste aspecto refletem de maneira forte na atividade financeira do Estado, portanto no processo obtenção/dispêndio de recursos, que se entende como decorrente da busca do constituinte pela materialização dos princípios e fundamentos da ordem constitucional, merecendo tratamento constitucional, com o qual se pretende traços de sistematização, o que é bem observado do Ives Gandra Martins: “Outro aspecto relevante a ser examinado é o que diz respeito ao perfil ofertado pelo constituinte. No texto pretérito, três ramos essenciais da administração financeira do Estado encontravam-se em parte dispersos e em parte entrelaçados, quais sejam, o direito tributário, o direito financeiro e o direito econômico” E, mais adiante, debruçado sobre a Constituição de 1988, observa<sup>9</sup>:

No atual texto, os arts. 145 a 192 cuidam do direito tributário, financeiro e econômica. Os arts. 145 a 156, do sistema tributário propriamente dito. Os arts. 157 a 162 de matéria pertinente ao direito financeiro e tributário, não mais à luz da correspondência entre sujeito ativo e sujeito passivo da relação tributária, mas na participação das receitas obtidas do sujeito passivo. Os arts. 163 a 169 são dedicados à matéria tipicamente financeira, e os arts. 170 a 192, ao direito econômico, pela primeira vez assim reconhecido pelo constituinte, que o separou da ordem social e do direito do trabalho para efeitos de delimitação de sua área de atuação.

Como se pode ver, ao estabelecer um perfil constitucional para regulação da atividade financeira do Estado, se ver surgir o que Ricardo Lobo Torres chama<sup>10</sup> de um “subsistema constitucional

---

9. Ives Gandra da Silva Martins, Gilmar Ferreira Mendes e Carlos Valder Nascimento 2013, p. 103-152.

10. Torres, R. L. (2013). *Curso de Direito Financeiro e Tributário*.

denominando de Constituição Financeira, que se desdobra em três subsistemas a saber, tributário, financeiro e orçamentário.”

Merece referência para este estudo, a formulação do autor antes citado quando aduz à Constituição Orçamentária, fazendo remissão ao Planejamento Financeiro, o Orçamento e o controle de sua execução, apontando como fundamento, respectivamente, os arts. 70 a 75, e 165 a 169, da Constituição.

Com efeito, o que se considera como o subsistema da constituição financeira tem o seu ponto nodal no art. 165 da Constituição, que atribui ao Poder Executivo a proposição, por iniciativa legislativa, de três diplomas legais.

O Plano Plurianual, estabelecendo as diretrizes, objetivos e metas da administração pública federal. A Lei de Diretrizes Orçamentárias, compreendendo as metas e prioridades, orientando a elaboração da lei orçamentária anual, incluindo eventuais alterações à legislação tributária. Lei Orçamentária Anual contendo o orçamento fiscal da União e dos seus órgãos, o orçamento dos investimentos das empresas da União ou sob seu controle e o orçamento da seguridade social.

A respeito do primeiro, Kiyoshi Harada pontua que decorre<sup>11</sup> “das necessidades ditadas pela política governamental. O orçamento, nos dias atuais, faz o papel da programação econômica, direcionando a ação do governo para vários setores de atividade.”

Visualizando o sistema sumariamente descrito, é de se constatar que exsurge o imperativo da racionalidade no exercício de governo, o que significa a necessidade de planejamento por imperativo constitucional, como visto.

---

11. Op. cit. p. 109.

Isto que entendemos como o imperativo racional de planejamento implica na compatibilidade entre as políticas públicas, seus programas e projetos, e a programação financeira que lhes corresponde. No Plano Plurianual, explicitando como o Governo vai conduzir o processo na busca dos objetivos estatais constitucionais em prazo mais longo, e na Lei de Diretrizes Orçamentárias, estipulando como vai fazer a orientação para a obtenção da receita e a realização das despesas para dar cumprimento ao planejado, naturalmente com o ajustes necessários decorrentes da conjuntura econômica, e, por derradeiro, no Orçamento Anual, com a programação in concreto de todo o processo de gestão dos recursos arrecadados.

Vê-se claramente que o imperativo de realidade orçamentária, com elementos concretos, objetivos e projeções realistas e factíveis para a elaboração da tríade legislativa mencionada não é qualidade, mas dever jurídico do Governante, e, sem rigor excessivo, entende-se como ilicitude a violação deste princípio, que tem natureza constitucional.

Entende-se que o cumprimento deste imperativo guarda a obrigação de convergir para os objetivos dos arts. 1º e 3º da Constituição, como ao norte se fez referência. Isto significa dizer que o planejamento adequado e correto é imperativo decorrente de mandamento constitucional e, portanto, obrigação, configurando, de certa forma, responsabilidade política do governante por descumprimento omissivo ou comissivo de mandamento constitucional. Afinal, governar é cumprir a Constituição, incluindo os princípios nela contidos, ainda mais quando materializados em normas expressas, como é o caso do que se estuda aqui.

É útil e interessante trazer à luz a construção de Crisafulli, bem aplicável ao raciocínio que ora se apresenta, quando diz<sup>12</sup>:

---

12. Crisafulli 1952, *La Costituzione e le sue disposizione di principio*, p. 15.

Princípio é, com efeito, toda norma jurídica, enquanto considerada como determinante de uma ou de muitas outras subordinadas, que a pressupõem, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares (menos gerais), das quais determinam, e portanto resumem, potencialmente, o conteúdo: sejam, pois, estas efetivamente postas, sejam, ao contrário, apenas dedutíveis do respectivo princípio geral que as contém.

O que vimos sustentando é a existência e os efeitos de reflexos constitucionais fortes e concretos no regramento jurídico da atividade financeira do Estado, gerando obrigações e deveres jurídicos daí decorrentes, aos quais todos os poderes do Estado estão juridicamente vinculados, remetendo-lhes estreita margem de discricionariedade para interpretá-los, não restando senão cumpri-los.

Com razão Bonavides observa, examinando o tema, a partir da doutrina italiana<sup>13</sup>: “Pergolesi disse que, do seu ponto de vista, os princípios podem considerar-se normas eles mesmos, nomeadamente se codificados; hoje, com mais razão – acrescentamos nós – se constitucionalizados, ou seja, se inseridos nas Cartas Constitucionais.”

Os dispositivos invocados estão exatamente na condição acima referida; estão insculpidos na Constituição, portanto, dotados de plena forma normativa, acerca da qual não comporta questionamento.

Tal ganha especial relevo quando se constata que a atividade financeira do Estado tem papel fundamental para o cumprimento dos objetivos e finalidade estatais, inserida, assim, no universo da governança, onde, a seu turno, está posta a formulação do Direito

---

13. Bonavides, P. (2012). Curso de Direito Constitucional. p. 285.

Fundamental ao Bom Governo. Com razão Carrera Raya examinando o tema da lei orçamentaria, observa<sup>14</sup>:

Mas, a instituição orçamentária não interessa apenas ao jurista, mas também à Ciência Econômica que se ocupa dos arranjos, métodos e critérios dos importantes efeitos que o orçamento exerce na economia. É óbvio que falar do orçamento é falar do plano de ação política e econômica que o governo pretende desenvolver ao longo de seu mandato, e, portanto, constitui-se em instrumento indispensável para alcançar os diversos objetivos de interesse pública, tais como a política de emprego, a política social, fiscal, etc. Mas não são estes problemas os atinentes ao Direito, que deve se ocupar das implicações jurídicas, e, concretamente, quais são seus efeitos sobre as condições de ingressos e dispêndio dos recursos que integram seu núcleo essencial.

### **III. PODER GOVERNATIVO E FINANÇAS**

---

Isto tudo reforça o entendimento de que a atividade financeira do Estado tem essencialmente caráter político, eis que nela se insere exercício de poder. Tal poder que se manifesta no exercício mais explícito do poder financeiro de natureza tributária, que diz respeito ao estabelecimento e cobrança de impostos para a obtenção de recursos que, embora fundado no que respeita à legitimação na solidariedade social, coloca o cidadão contribuinte em condição de sujeição; mas há uma outra dimensão nem sempre perceptível com clareza: a que diz respeito aos gastos públicos, que direcionados desta ou daquela forma, também deixam o cidadão em igual condição de sujeição.

---

14. Raya, F. J. (1995). Manual de Derecho, vol III, p. 30

Nas duas dimensões referidas se tem substancialmente poder político e, como tal, demanda limitação e controle, sob pena de ser convertido em tirania, daí a importância da constitucionalização do Direito Financeiro. Mas, mais do que isto, todo este quadro há de estar vinculado, condicionado e submetido aos princípios constitucionais da democracia.

A vinculação a qual se alude e afirma ser indispensável, essencial até, perpassa necessariamente por todo um ciclo, desde a elaboração do plano de governo, até a orçamentação dele, que se vai projetar no sistema legal financeiro, portanto, na planificação das políticas públicas, dos programas e projetos, seus custos, fontes de recursos. Naturalmente que, partindo-se da premissa de que as escolhas ou decisões políticas fundamentais estão na Constituição, pode-se inferir que a interpretação política de tais escolhas ou decisões também tem caráter político. Assim também o são as formulações as quais aqui se comenta, que, exatamente pela natureza política que as informa, exigem tratamento de conteúdo político, estando aí o ponto de conexão com o imperativo democrático, o que significa a existência de um imperativo de ampla discussão das propostas entre governantes e governados, com clareza e transparência, compartilhando, assim, as responsabilidades não apenas pelas escolhas, mas também pelos meios e formas de pô-las em prática.

Os instrumentos e o ferramental para tal existem no sistema jurídico posto. As audiências públicas, por exemplo, as consultas à sociedade por diversas formas, os mecanismos de representação parlamentar, institucional e das organizações da sociedade civil, conforme o caso ou área a que estejam ligadas. Importante porém é destacar que não basta a existência das consultas, essencial é que os consensos formados neste processo sejam obrigatoriamente considerados nas instâncias decisórias para as formulações das políticas, programas e projetos. Aí também está a importância das discussões e consultas para a formulação das proposições legislativas constitucionalmente determinadas, quais sejam o Plano Plurianual, a

Lei de Diretrizes Orçamentárias e a Lei Orçamentária Anual. Tais discussões feitas para a elaboração das proposições não se esgota aí nem pode excluir a discussão e o debate parlamentar, entendido como instância decisória também constitucionalmente estabelecida.

A leitura que se faz do tema é de que o déficit de democracia no processo não é exatamente compatível com o estabelecido na Constituição, portanto, está a merecer reflexão e possível aperfeiçoamento, especialmente se considerada a importância das implicações da atividade financeira estatal na vida as pessoas, no cotidiano da cidadania.

O que se defende é que as escolhas, as opções políticas formuladas para a configuração da ideia de “bem comum”, como já observamos antes, deve ser um consenso social estabelecido a partir do entrelaçamento das demandas e aspirações das parcelas componentes da sociedade, politicamente arbitrado através da ação das instituições jurídico-políticas postas no sistema da organização estrutural do Estado, na sua gradação de instâncias decisórias que vão organizando e filtrando os pontos fundantes do consenso, e formulando as escolhas.

No livro *Finanças Públicas e Democracia*<sup>15</sup>, a respeito deste ponto que reputo fundamental, qual seja a democracia na formulação nos pressupostos políticos e jurídicos que embasam a formulação da vida financeira do Estado, observo:

A fixação jurídica das necessidades públicas e a determinação concreta das opções e escolhas políticas da sociedade impressas na ordem jurídica acabam por atribuir ao Estado, ao Governo e aos governantes responsabilidades claras e exigíveis, pois, como observa Adilson de Abreu Dallari, examinando o sistema

---

15. Jucá, F. P. (2013). *Finanças Públicas e Democracia*. SP, p. 50-51

normativo orçamentário: “pode-se extrair a conclusão de que as ações governamentais devem ser previamente estabelecidas, para que possam ser efetivamente realizadas, sem problemas de ordem orçamentária ou financeira, dada a necessária previsão de meios para a consecução dos fins. Em síntese, a ordem jurídica, no tocante a disciplina das finanças públicas não admite a atuação empírica, incerta, insegura, desmedidas ou mesmo aventureira e temerária.

Com efeito, quando se cogita de déficit democrático, há de se desdobrá-lo desde a formulação das escolhas e opções, até, e principalmente, o dimensionamento temporal de sua concretização, condicionada à capacidade econômica da sociedade, que implica na sua capacidade contributiva real, e conseqüentemente do Estado, vez que este é organizador e aplicador dos recursos, que não apenas são oriundos da sociedade que é sua fonte real, como também na condição de agente intermediador, instrumento de execução e gestor do processo e, como tal, estreitamente vinculado às finalidades erigidas pela sociedade e materializadas nas escolhas desta mesma sociedade, consideradas suas características, pois como com razão observa Meirelles Teixeira<sup>16</sup>:

..o Estado e seu ordenamento político-jurídico não são só produtos lógicos da razão abstrata, mas algo de vivo, de real, de histórico, e daí a necessidade de conhecer-se essa realidade social subjacente ao Estado e às normas jurídicas, a experiência histórica, as circunstâncias, condições peculiares, tradições e necessidades da nação para a qual se estabelece o ordenamento jurídico, sob pena de cair-se em artificialismos políticos deploráveis, capazes de gerar desobediência às leis e

---

16. Teixeira, J. M. (2011). Curso de Direito Constitucional, Org. Maria Garcia, p. 35

instabilidade política, com todos os males sociais daí decorrentes.

Deixa-se claro, à esta altura, que o Estado na sua atividade tem o encargo de conformar as suas ações para atender às escolhas, não cabe a ele fazer as escolhas expoente própria, diversamente, as explicita devidamente formatadas para que sejam exequíveis. Não mais do que isso.

Com razão observa Marcos Abraham que<sup>17</sup>: “Se por um lado, o cidadão deve contribuir pagando tributos, ele o fará de acordo com a lei. E, por outro lado, o Estado somente poderá utilizar estes recursos conforme o estabelecido nas normas. Portanto, o poder financeiro do Estado de Direito decorre da lei e a ela se submete.”

Examinada esta equação: dever de contribuir (dentro das capacidades reais) e direito de conhecer a dimensão e finalidade das escolhas, salta aos olhos a importância do pressuposto constitucional do conteúdo democrático, eis que possibilita a aceitação de medidas amargas, difíceis e especialmente onerosas, nas situações de crise (como a atual), nas situações imprevistas e imprevisíveis como a que estamos vivendo hoje com a pandemia. Acerca disso, no já citado estudo observei<sup>18</sup>:

Em tais situações, os instrumentos e as ações democráticas se prestam a legitimar as decisões governamentais, mesmo admitindo-se a correção e legalidade delas, contribuindo de maneira decisiva para fortalecer a estabilidade institucional. Considera-se, ainda, na mesma situação, que se utilizados tais mecanismos (democráticos) e instrumentos autorizando a realização de despesas e o endividamento, não apenas se

---

17. Abraham, M. (2010). *Curso de Direito Financeiro*. p. 32

18. *op.cit.*p.52

disporia de maiores e melhores meios para evitar e prevenir (também enfrentar) crises, como também para fixar a predisposição aos sacrifícios necessários para enfrentá-los

Vê-se, desde logo, que há implicação de essência da formulação jurídica da atividade financeira na sua integralidade com a governabilidade, entendida como a real capacidade de exercer eficazmente o poder governamental, produzindo resultados concretos e sensíveis à sociedade. Noutras palavras, é dizer que a desconexão entre a orientação da atividade financeira e as finalidades do bem comum perceptíveis à cidadania, gera *ipso facto* comprometimento severo da governabilidade, reduzindo a capacidade operacional de governo, com reais danos e prejuízo para todos.

Como se pode ver, as opções para formulação das políticas públicas, seus programas e projetos não podem ser descoladas das diretrizes constitucionais estabelecidas, não se podem desencontrar das escolhas fundamentais incorporadas ao texto da Constituição, hipótese em que será indelevelmente marcada pela ilicitude, implicando em responsabilidade política das autoridades políticas nelas envolvidas. Com efeito que existe o que podemos considerar como sendo uma certa margem ou grau de discricionariedade para a materialização das escolhas, porém este deve ser entendido como pertinente muito mais ao “como fazer” do que ao “que fazer”, estando este último já preestabelecido, como vimos.

Já se observou antes em estudo já citado (Finanças e Democracia) que no Estado Democrático de Direito, como se define o Brasil, a atuação governamental está balizada pelo disposto na Constituição, não apenas na dimensão da organização política, como sempre se destaca a importância, mas também no que respeita a atuação em si, as atividades de atendimento dos interesses gerais em concreto<sup>19</sup>:

---

19. Op. Cit.

Naturalmente que num Estado Democrático de Direito como o nosso, os governos e governantes não são livres para conduzirem-se e conduzirem o processo governativo exclusivamente a seu critério, com seus parâmetros e com sua interpretação da vontade geral. Bem diversamente, os parâmetros e critérios hão de ser fixados e entendidos a partir dos objetivos e fundamentos adotados na decisão política fundamental contida na Constituição.

Eis aí o que se pode entender como sendo a vinculação essencial entre os fins constitucionais do Estado e a sua atividade financeira, que força o que se considera o limite de licitude da ação do governo e dos governantes, pois como já se referiu em estudo anterior pluricitado, as escolhas políticas da Constituição tem efeito vinculante sobre todas as ações daí decorrentes<sup>20</sup>:

A partir das escolhas materializadas nos princípios e fundamentos do Estado é que se elaboram os Planos de Governo e, por extensão, obrigatoriamente se entende a planificação da vida financeira do Estado. A vinculação que se entende e propõe é entre os objetivos, os planos e a planificação dos recursos (obtenção e aplicação), portanto, o controle democrático precisa acompanhar todo o ciclo da vida financeira do Estado nesse particular.

Em síntese, a Constituição estabelece os fundamentos e objetivos do Estado Brasileiro, impõe o princípio democrático como base. Assim, complementado pelos dispositivos do subsistema constitucional financeiro, temos o perfil fundante da ordem jurídica orientadora, tanto da formulação como do curso da atividade financeiro estatal, com vinculação de todo o processo aos objetivos,

---

20. Op.cit.p.54

orientados pelos princípios, aí incluído a presença do que chamamos de conteúdo democrático, cuja presença é imperativa em todas as dimensões, em todo o ciclo da atividade do Estado e, naturalmente, no que concerne às finanças públicas.

#### **IV. CONCLUSÃO**

---

Tendo em conta a decisão fundamental da sociedade brasileira, ao pactuar sua reorganização política e institucional materializada na Constituição de 1988, nela estando a definição de ser um Estado de Direito Democrático, portanto, com a submissão de todos à ordem jurídica embasada na Constituição, e substanciando todo o processo de ação à democracia, é conclusão necessária que a atividade financeira do Estado está imperativamente submetida à tais parâmetros, como tudo aliás.

Assim, o que chamamos de todo o ciclo das finanças públicas, que tem início com o exercício do poder de imposição tributária, fundado no dever de solidariedade social que organiza a vida em sociedade até o efetivo dispêndio dos recursos obtidos, está inteiramente inserido na ordem jurídica que impõe conteúdo democrático necessário, o que significa participação social de alguma forma, desde que efetiva, em todo o processo decisório para a orientação das instâncias de poder político; e, também, que a formulação de todas as ações, especialmente dentro deste ciclo a que fizemos referência, estão vinculadas e submetidas, a seu turno, aos princípios constitucionais e aos fundamentos organizativos insculpidos no texto constitucional, caminhando no sentido de buscar sua concretização, objetivamente.

A eventual desconexão entre os mandamentos constitucionais e o sentido das políticas públicas e seu financiamento configura ilicitude e responsabilidade dos governantes, que exercem o poder político para dar cumprimento à Constituição.

É pertinente, também, concluir, que se pode sintetizar da teleologia estatal da Constituição de 1988 o eixo da concretização dos

Direitos Fundamentais, onde se inclui, naturalmente, a busca pela efetivação a todos de um mínimo existencial compatível com a dignidade da pessoa humana, para onde se devem direcionar todas as ações estatais e governamentais, o que devem buscar todas as políticas públicas, seus programas e projetos. Neste contexto, a atividade financeira estatal necessariamente deve estar afinada sistemicamente, equilibrando a capacidade de gerar recursos para a efetivação dos objetivos e a concreta realização deles ao longo do tempo.

Noutras palavras, o Estado existe para o homem e não este para o Estado. Ele é o instrumento que organiza a sociedade em busca do bem comum, da realização dos interesses gerais. Não é nem pode ser um fim em si mesmo. Portanto, neste quadro, a atividade financeira do Estado, em conformidade com a constituição, precisa seguir, obrigatoriamente, esta direção no cumprimento de sua função de custear as atividades de busca pelos interesses gerais da sociedade, razão de ser de sua existência.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

---

- ABRAHAM, Marcus. *Curso de Direito Financeiro*. RJ: Elsevier, 2010.
- BALEEIRO, Aliomar. *Uma Introdução à Ciência das Finanças*. RJ: GenForense, 2012.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. SP: Saraiva, 2000.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. SP: Malheiros, 2012.
- CRISAFULLI, Vezio. *La costituzione e le sue disposizione di principio*. Milão: DOTT. A. GIUFFRÉ - Editore, 1952.
- HARADA, Kiyoshi. *Direito Financeiro e Tributário*. RJ: GenAtlas, 2019.
- JUCÁ, Francisco Pedro. *Finanças Públicas e Democracia*. SP: Atlas, 2013.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva. MENDES, Gilmar Ferreira. NASCIMENTO, Carlos Valder. *As Finanças Públicas na Constituição Federal in Tratado de Direito Financeiro*. Vol. I. SP: Saraiva, 2013.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

- NÓBREGA, J. Flósculo da. *Introdução ao Direito*. 6ª. SP: Sugestões Literárias, 1981.
- OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de Direito Financeiro*. SP: Revista dos Tribunais, 2015.
- RAYA, Francisco José Carrera. *Manual de Derecho Financiero*. Vol. III. Madrid: Tecnos, 1995.
- RUFFIA, Paolo Biscaretti di. *Direito Constitucional - Instituições de Direito Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais/RT, 1984.
- TEIXEIRA, J.H. Meirelles. *Curso de Direito Constitucional, Org. Maria Garcia*. SP: Conceito, 2011.
- TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. RJ: Renovar, 2013.
- \_\_\_\_\_. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário – Constituição Financeira, Sistema Tributário e Estado Fiscal*. Vol. I. RJ: Renovar, 2009.

