

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

REVISTA DO IBEDAFT



**ISSN: 2965-2073
Vol. 7, n. 4 – jan./jun./ 2023**

**Publicação semestral oficial do Instituto Brasileiro de Estudos de
Direito Administrativo, Financeiro e Tributário – IBEDAFT**

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

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

REVISTA DO IBEDAFT



AUTORES DO VOL. 7

Adilson Abreu Dallari	Jorge Miranda
Bruno Gomes Farias	José Casalta Nabais
Cleide Regina Furlani Pompermaier	Kiyoshi Harada
Diógenes de Brito Tavares	Marcelo Kiyoshi Harada
Eduardo Marcial Ferreira Jardim	Mario Frota
Francisco Pedro Jucá	Renan Clemente Gutierrez
Jane Cleide Alves da Silva	Tais Xavier Ferreira da Costa

**Max
Limonad**
desde 1944

Composição do Conselho Editorial

Coordenador Geral: Francisco Pedro Jucá
Coordenadores de Direito Administrativo: Alberto Higa
Coordenador de Direito Financeiro: Kiyoshi Harada
Coordenador de Direito Tributário: Eduardo Marcial Ferreira Jardim
Coordenadora de Direito Constitucional: Maria Cláudia de Carvalho Gallon

Membros:

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

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

Revista do IBEDAFT: vol. 7, n. 4 / [coordenação Kiyoshi Harada, Francisco Pedro Jucá]

Publicação semestral oficial do Instituto Brasileiro de Estudos de Direito Administrativo, Financeiro e Tributário – IBEDAFT / - São Paulo: Editora Max Limonad, 2023.

Instituto brasileiro de estudos de direito administrativo, financeiro e tributário – IBEDAFT.

Referências bibliográficas.

ISSN Revista Impressa: 2965-2073

1. Direito - Estudo e ensino. 2. Direito administrativo. 3. Direito Financeiro. 4. Direito tributário. I. Harada, Kiyoshi. II. Jucá, Francisco Pedro.

CDD 340

Artigos para a revista semestral do IBEDAFT

Os interessados poderão encaminhar seus artigos endereçados para Kiyoshi Harada: kiyoshi@haradaadvogados.com.br ou Francisco Pedro Jucá: francisco.juca@trtsp.jus.br obedecidos os seguintes parâmetros:

1 - Textos de 15 a 20 páginas, em papel A4; fonte Times New Roman; tamanho 12; espaçamento entre linhas = 1,5; recuo à esquerda; notas de rodapé, tamanho 10 utilizando-se a mesma fonte.

2 - O Artigo deverá conter:

- a) Título em bilíngue;
- b) Abaixo do título o nome do autor com breve currículo no rodapé;
- c) Resumo em bilíngue;
- d) palavras chaves em bilíngue;
- e) Sumário em português mediante utilização de algarismo arábico para enumeração dos itens.

3 - Os textos não devem conter negritos, sublinhamentos ou sombreamentos, devendo utilizar o itálico quando quiser dar destaque à palavra ou à frase.

4 - O envio de artigo implica cessão do direito autoral para sua publicação na Revista do Ibedaft com exclusividade ou qualquer outro veículo de sua indicação.

5 - Prazo de entrega dos artigos para compor o volume 8: 28-2-2024.

Sumário

Diretoria e Conselho Fiscal do IBEDAFT	9
- Diretoria	9
- Conselho Fiscal	9
- Membros do Conselho Superior de Orientação	10
Quadro de associados do IBEDFT	11
- Associados estrangeiros	14
Palavras do Presidente do IBEDAFT	15
- <i>Kiyoshi Harada</i>	
Apresentação do Coordenador Geral	17
- <i>Francisco Pedro Jucá</i>	

Artigos

I	
A democracia representativa	21
- <i>Jorge Miranda</i>	
II	
Sentido e alcance do dever fundamental de pagar impostos	51
- <i>José Casalta Nabais</i>	
III	
Parecer Jurídico	73
- <i>Kiyoshi Harada e Marcelo Kiyoshi Harada</i>	
IV	
O uso da arbitragem pela administração pública	95
- <i>Adilson Abreu Dallari</i>	
V	
A reconfiguração dos direitos humanos no quadro da sociedade digital	107
- <i>Mário Frota</i>	

VI**A construção da sociedade livre, justa e solidária a partir da identificação negativa dos fins do Estado 135***- Diógenes de Brito Tavares***VII****A transação tributária e o modelo adotado em Blumenau 155***- Cleide Regina Furlani Pompermaier***VIII****Extrafiscalidade e tributo verde 171***- Jane Cleide Alves da Silva***IX****Visão crítica da reforma constitucional tributária 189***- Eduardo Marcial Ferreira Jardim***X****Enfoque concorrencial para fins de creditamento do PIS e da COFINS 213***- Renan Clemente Gutierrez e Bruno Gomes Farias***XI****Do programa de atenção integral à família (PAIF) – perspectivas e desafios da política pública 235***- Francisco Pedro Jucá e Thais Xavier Ferreira da Costa***XII****Direito financeiro: importância e utilidade 255***- Francisco Pedro Jucá*

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

Quadro de associados do IBEDAFT

1. Adilson Abreu Dallari
2. Agostinho Toffoli Tavolaro
3. Alberto Shinji Higa
4. Alfredo Portinari Greggio Lucente Maranca
5. Aline Aparecida da Silva Tavares
6. Antonio Francisco Costa
7. Antonio Urbino Penna Jr
8. Arthur Bezerra de Souza Junior
9. Betina Treige Gruppenmacher
10. Bonfilio Alves Ferreira
11. Carlos Augusto Gobbi
12. Carlos Figueiredo Mourão
13. Carlos Roberto de Alckmin Dutra
14. Carmen Silvia Válio de Araujo Martins
15. Christianne de Carvalho Stroppa
16. Cleide Regina Furlani Pompermaier
17. Daniel Geoffroy
18. Daniel Oliveira Matos
19. Di Bonetti
20. Diógenes de Brito Tavares
21. Dircêo Torrecillas Ramos
22. Doris Terezinha Pinto Cordeiro de Miranda Coutinho
23. Edilberto Carlos Pontes Lima
24. Edson Emanuel Simões
25. Eduardo Jorge Lima
26. Eduardo Marcial Ferreira Jardim
27. Eduardo Sérgio Sousa Medeiros
28. Eduardo Tuma
29. Elisabeth Libertuci
30. Elival da Silva Ramos
31. Érico Della Gatta
32. Esther Seiko Yoshinaga
33. Everardo de Almeida Maciel
34. Fabiane Louise Taytie
35. Felicia Ayako Harada
36. Fernando Barboza Dias
37. Fernando Facury Scaff

38. Fernando Fracari Vargas
39. Filipe Piazzzi Mariano da Silva
40. Flávio Garcia Cabral
41. Francisco Pedro Jucá
42. Francisco Rezek
43. Gustavo Andre Muller Brigagão
44. Hamilton Dias de Souza
45. Helcio Honda
46. Heleno Taveira Torres
47. Hélio José Machado
48. Henrique Nelson Calandra
49. Igor Mauler Santiago
50. Ivette Senise Ferreira
51. Jane Cleide Alves da Silva
52. Jennifer Pereira Simão Verospi
53. Jo Tatsumi
54. José Bazilio Teixeira Marçal
55. José Mauricio Conti
56. José Renato Nalini
57. José Soares Ferreira Aras Neto
58. Josinaldo Leal de Oliveira
59. Juarez Arnaldo Fernandes
60. Kiyoshi Harada
61. Kristian Rodrigo Pscheidt
62. Laercio Guerra Silva
63. Léo da Silva Alves
64. Licurgo Joseph Mourão de Oliveira
65. Luciano de Almeida Pereira
66. Luis Antonio Flora
67. Luiz Fernando Ferraz de Rezende
68. Luiz Gonzaga Bertelli
69. Luiz Henrique Sormani Barbugiani
70. Marcelo Baptistini Molero
71. Marcelo Borlina Pires
72. Marcelo Campos
73. Marcelo Kiyoshi Harada
74. Marcio Ferraz Nunes
75. Marcos da Costa
76. Marcus Abraham

77. Maria Claudia de Carvalho Gallon
78. Maria Garcia
79. Maria Sylvia Zanella Di Pietro
80. Marilene Talarico M. Rodrigues
81. Massami Uyeda
82. Massami Uyeda Junior
83. Michel Temer
84. Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho
85. Patricia Mayumi Murakami
86. Paulo Ayres Barreto
87. Paulo de Barros Carvalho
88. Rafael Albertoni Faganello
89. Raphael Silva Rodrigue
90. Regis Fernandes de Oliveira
91. Renan Clemente Gutierrez
92. Renato Akira Shimmi
93. Rita De Cássia De França Carneiro Agra
94. Ronaldo Chadid
95. Roque Antonio Carrazza
96. Ruy Martins Altenfelder Silva
97. Samantha Ribeiro Meyer-Pflug Marques
98. Sebastião Helvecio Ramos de Castro
99. Solange Mesquita
100. Sydney Sanches
101. Sylvio Toshiro Mukai
102. Thais Fernanda Borba dos Santos
103. Talita Pimenta Félix
104. Thiago Glucksmann de Lima
105. Toshio Mukai
106. Wagner Seian Hanashiro
107. Walter Carvalho Monteiro Britto
108. Waneska Leticia dos Santos Fragoso Sarmento

Associados estrangeiros

1. Alejandro Martínez Dhier
2. Ana Claudia Barbuda
3. Carlo Bosna
4. Clareth José Munive Meek
5. Daniel Terrón Santos
6. Fernando Rey Martínez
7. Guillermo Orozco Pardo
8. Jorge Manuel Moura Louveiro de Miranda
9. José Casalta Nabais
10. José María Lago Montero
11. Juan Fernando Durán Alba
12. Mário Ângelo Leitão Frota
13. Marta Morillas Fernández
14. Raffaele Chiarelli
15. Ricardo Jorge Klass
16. Tiago Serrão

PALAVRAS DO PRESIDENTE DO IBEDAFT



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

Graças à colaboração de diretores, conselheiros e associados do IBEDAFT estamos procedendo ao lançamento do volume VII neste quarto ano de fundação do Instituto, concernente aos meses de janeiro/junho de 2023.

Essa edição contém 12 artigos escritos por renomados juristas pátrios e estrangeiros abordando as quatro áreas do Direito Público: Direito Constitucional, Direito Administrativo, Direito Financeiro e Direito Tributário.

No primeiro semestre de 2023 o Instituto Brasileiro de Estudos de Direito Administrativo, Financeiro e Tributário manteve uma atividade bastante produtiva, publicando em seu site oficial dezenas de artigos, bem como realizando diversas lives com a participação de seus associados, além de inserir no site os vídeos de palestras e debates.

Três importantes lives foram realizadas debatendo questões jurídicas de alta relevância:

No dia 2-3-23, pelo canal youtube do Harada Advogados, foi discutida e debatida a questão dos limites da coisa julgada. Sob a mediação de Marcelo Kiyoshi Harada os expositores, Marcelo Campos, Eduardo Jardim, Eduardo Alvim e Kiyoshi Harada debateram os resultados dos julgamentos realizados sob o rito de repercussão geral, do RE nº 949297 (Tema 881) de relatoria do Ministro Edson Fachin e do RE nº 955227 (Tema 885) de

relatoria do Ministro Barroco, onde houve a proclamação, por maioria de votos, no sentido de que decisões proferidas nas ações de controle concentrado (ADI, ADPF e ADO) e no Recurso Extraordinário com repercussão geral impactam automaticamente a decisão judicial em sentido contrário proferida nos autos do processo de controle difuso, sem necessidade de prévia ação decisória. A tese aprovada pelo STF foi condenada por unanimidade dos debatedores por trazer insegurança jurídica ao passar por cima da coisa julgada.

A segunda live foi realizada em 17-5-2023, igualmente, mediada por Marcelo Kiyoshi Harada e debateu a MP de nº 1.172/23 na parte que criou a tributação de renda auferida no exterior por pessoa física residente no País. Os expositores Kiyoshi Harada, Marcelo Campos e Eduardo Jardim entenderam que essa tributação é inconstitucional, porque a substituição do princípio da territorialidade pelo princípio da universalização da renda não tem aplicação em relação à pessoa física.

Por fim, em 26-7-2023, foi promovida a live para debater a atualíssima questão referente à reforma tributária aprovada pela Câmara dos Deputados. Participaram dos debates o economista Marcos Cintra, ex Secretário da Receita Federal; o advogado Gustavo Brigagão, Presidente do Centro de Estudos de Escritórios de Advocacia; e Kiyoshi Harada, Presidente do IBEDAFT.

Foi unânime a condenação pela aprovação precipitada da proposta de reforma, sem conhecimento pleno da matéria pelos deputados, bem como pela quebra do princípio federativo e, também, por penalizar o setor de serviços, notadamente, as sociedades civis de prestação de serviços formadas por exercentes de profissões legalmente regulamentadas.

Nos dias 19 e 20 de Junho foi promovido o 3º Seminário de Direito Público em formato híbrido (presencial e *online*) expondo 15 temas pertencentes às áreas de Direito Constitucional, de Direito Administrativo, de Direito Financeiro e de Direito Tributário. Participaram do evento professores renomados do Brasil, Itália e Espanha. O vídeo desse seminário, com a íntegra das palestras proferidas acha-se inserido no site do IBEDAFT.

Ao finalizar queremos reiterar os nossos agradecimentos a todos que colaboraram na nossa caminhada para manter acesa a chama da cultura jurídica.

Kiyoshi Harada
Presidente do IBEDAFT

Apresentação do Coordenador Geral



Francisco Pedro Jucá

A Revista do IBEDAFT chega ao seu sétimo volume. Não é pouco. Uma tradição já se constrói e já se percebe. A contribuição semestral de juristas brasileiros e estrangeiros oferecendo material para reflexão, sugerindo o debate e a discussão sobre a temática do Direito Pública, nas suas diversas variações e aspectos.

Já se pode cogitar de uma instituição de porte e valor colaborando para o desenvolvimento científico do Direito e para o aperfeiçoamento das instituições, em caráter permanente, regular e, sobretudo, com substância. Sem dúvida é um trabalho que frutifica na consolidação e ampliação da necessária massa crítica, indispensável ao processo evolutivo da ciência e da sociedade.

As grandes missões e grandes propósitos jamais ficam concluídas, ao contrário, sempre se desdobram em novos desafios, invariavelmente maiores.

O grupo de juristas de escol liderados pelo reconhecido Kiyoshi Harada, festejado e prolífico autor do Direito Público, é cada vez mais motivada e impulsionada a avançar, alargar mais os campos de investigação, levantar novas e velhas questões, propor ricas reflexões. Semeia a boa semente e combate o bom combate.

Os desafios são muitos e cada vez maiores, todavia menor não é o entusiasmo e o empenho dos que fazem o IBEDAFT capitaneados por Kiyoshi Harada.

Consolidando uma experiência vitoriosa, neste ano o IBEDAFT realizou o III Seminário Internacional de Direito Público, que teve em seu

programa quinze Conferências da mais elevada qualidade, com a participação de juristas brasileiros e estrangeiros de renome. Este ano o evento teve ampliação significativa na medida em que dele participaram Professores das Universidades de Salamanca e Valladolid, da Espanha, e da Universidade de Siena, na Itália, isto significa que o evento foi prestigiado por juristas de três vetustas Universidades europeias. Integraram o Programa: *O uso da arbitragem pela administração pública*: Palestrante: Prof. Adilson Dallari; *Nova lei de licitação – principais inovações*: Palestrante: Prof^a Simone Zanotello de Oliveira; *As alterações da lei de improbidade administrativa*: Palestrante: Arthur B de Souza Junior; *Dispute Boards e métodos alternativos de resoluções de conflitos*: Palestrante: Guilherme Schiffler; *Relativização da coisa julgada pela jurisprudência do STF*: Palestrante: Prof. Fernando Facury Scaff; *Superposição entre competências entre o STJ e o STF e a insegurança jurídica*: Palestrante: Prof. Eduardo Arruda Alvim; *Emenda do relator. Exame da EC número 126 de 21/12/2022*: Palestrante: Kiyoshi Harada; *Breve análise do quadro de insegurança jurídica nos dias atuais*: Palestrante: Prof. Kiyoshi Harada; *A importância dos estudos de direito financeiro na atualidade*: Palestrante: Francisco Pedro Jucá; *O local de tributação do ISS*. Palestrante: Eduardo Marcial Ferreira Jardim; *Sistema de freios e contrapesos como preservação da independência e harmonia dos poderes*: Palestrante: Elival da Silva Ramos; *Redução do controle legal em favor do controle de gestão*: Palestrante: Prof. Juan Duran; *Atualidades do direito administrativo*: Palestrante: Prof. Daniel Terrón; *Política migratória europeia*: Palestrante: Prof^a Valentina Carlino; *Direito Financeiro na Espanha*: Palestrante: Prof. Lorenzo Mateo Bujosa Vadell.

Neste particular é forçoso reconhecer o já tradicional apoio institucional e acadêmico da Faculdade de Direito de São Paulo – FADISP, integrante do Grupo UNIALFA – Escola de Direito, que conta com a direção do eminente Jurista Thiago Matsushita.

Há previsão para, neste segundo semestre acontecer outro evento relativo ao Direito Público, e ainda uma Mesa de Debates sobre matéria Financeira e Tributária.

O labor é diuturno, mas altamente compensador, nos traz a todos a sensação de servir à sociedade e ao Direito, como é a essência do propósito do IBEDAFT.

Este sétimo número leva o leitor às considerações sobre a Democracia Representativa, feita pelo jurista português Jorge Miranda, também da matriz portuguesa temos as contribuições magistrais de José Casalta Nabais examinando o Sentido e Alcance do dever fundamental de pagar impostos e a Reconfiguração dos Direitos Humanos no quadro da Sociedade Digital, feita por Mario Frota. O Jurista Adilson de Abreu Dallari disserta sobre O uso da Arbitragem na Administração Pública, e Diógenes de Brito Tavares examina

A construção da sociedade livre, justa e solidária a partir da identificação negativa dos fins do Estado. A jurista Cleide Regina Furlani Pompermaier nos brinda com A transação tributária e o modelo adotado em Blumenau, a jurista Jane Cleide Alves da Silva com a Extrafiscalidade e tributo verde; O Professor Eduardo Marcial Ferreira Jardim aborda o interessante tema intitulado Visão crítica da reforma constitucional tributária; Os juristas Renan Clemente Gutierrez e Bruno Gomes Faria apresentam o tema Enfoque concorrencial para fins de creditamento do PIS e da COFINS. De nossa parte abordamos o tema: Direito Financeiro: importância e utilidade, e ao lado da jurista sul-mato-grossense, Thais Xavier Ferreira da Costa oferecemos um estudo: Do Programa de Atenção Integral à Família (PAIF) - Perspectivas e Desafios da Política Pública voltada para Integração Familiar. E, fechando o número, os Juristas Kiyoshi Harada e Marcelo Kiyoshi Harada apresentam rico parecer sobre o ITR Progressivo.

Como sempre pontuamos ao apresentar as edições trata-se de leitura obrigatória para os cultores do Direito Público, é fruto de um trabalho permanente de um grupo conduzido pelo idealismo e entusiasmo contagiante de Kiyoshi Harada. Façamos bom proveito.

Francisco Pedro Jucá
Coordenador Geral da Revista do IBEDAFT

I

A democracia representativa

*Jorge Miranda*¹

Ao Professor Paulo Bonavides
Ao grande académico
Mestre do constitucionalismo
Doutor *honoris causa* pela Universidade de Lisboa
Democrata indefectível
Generosa pessoa humana
Amigo que nunca esquecerei

Resumo: O artigo exaure o estudo da democracia representativa originária de governo liberal. Discorre sobre a importância do sufrágio inicialmente restrito até chegar ao sufrágio universal impulsionado por vários fatores, dentre os quais o avanço das ideias democráticas.

Analisa o papel dos partidos políticos no constitucionalismo moderno, bem como a divisão do poder entre os partidos e os cidadãos. Discorre sobre o princípio da maioria como critério de decisão, mas dentro das normas constitucionais, legais, estatutárias e regimentais que estruturam e regulam a vontade majoritária.

A seguir discorre sobre o princípio da responsabilidade política.

Relaciona a democracia representativa à democracia participativa concluindo que a democracia representativa surge, necessariamente, como democracia liberal.

Finaliza o estudo da democracia representativa fazendo conexão com o Estado de Direito concorrendo para o surgimento do Estado Democrático de Direito a que alude o art. 2º da Constituição Portuguesa e art. 1º da Constituição Brasileira.

Palavras chaves: Democracia representativa. Governo liberal. Partidos políticos. Princípio da maioria.

Abstract: The article exhausts the study of representative democracy originating from liberal government. It discusses the importance of initially restricted suffrage until reaching universal suffrage driven by various factors, among which the advancement of democratic ideas.

It analyzes the role of political parties in modern constitutionalism, as well as the division of power between parties and citizens. It discusses the principle of majority as

¹ Professor catedrático das Faculdades de Direito da Universidade de Lisboa e da Universidade Católica Portuguesa.

a criterion for decision-making, but within the constitutional, legal, statutory, and regulatory norms that structure and regulate majority will.

It also elaborates on the principle of political responsibility. It relates representative democracy to participatory democracy, concluding that representative democracy necessarily emerges as a liberal democracy.

The study of representative democracy concludes by connecting it with the Rule of Law, contributing to the emergence of the Democratic Rule of Law referred to in Article 2 of the Portuguese Constitution and Article 1 of the Brazilian Constitution.

Keywords: Representative democracy. Liberal government. political parties. Majority principle.

Sumário: 1 Do governo representativo liberal à democracia representativa. 2 Do sufrágio restrito ao sufrágio universal. 3 Os partidos políticos e o princípio representativo. 4 A divisão do poder entre partidos e os cidadãos. 5 Os partidos e os mecanismos representativos. 6 O princípio da maioria. 7 O princípio da responsabilidade política. 8 Democracia representativa e democracia participativa. 9 A democracia representativa como democracia liberal. 10. Democracia representativa e Estado de Direito.

1. DO GOVERNO REPRESENTATIVO LIBERAL À DEMOCRACIA REPRESENTATIVA

I – É a tese do governo representativo, e não a do governo comissarial (da França jacobina de 1792-1795), que vinga com as grandes revoluções liberais ou que, sem revolução, é adotada em alguns países onde se consegue fazer a experiência de reformas e de transições pacíficas.

Como texto paradigmático é o art. 16.^o da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789: “A lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer, pessoalmente ou através dos seus representantes para a sua formação.”

II – As componentes principais do governo representativo são então:

- a) A soberania nacional ou princípio de que o poder reside essencialmente (isto é, potencialmente) no povo, na nação²;

² Em Portugal, Constituições de 1822 (art. 26.^o), de 1838 (art. 33.^o) e de 1911 (art. 5.^o).

- b) A incapacidade da nação de exercer o poder e, por conseguinte, a necessidade de o “delegar” em representantes por ela periodicamente eleitos, únicos que o podem assumir³;
- c) O sufrágio restrito⁴;
- d) A natureza puramente designativa da eleição, destinada apenas à seleção dos governantes entre os cidadãos mais aptos;
- e) A autonomia dos representantes relativamente aos eleitores⁵, em virtude da natureza da eleição, do princípio de que representam toda a nação, e não só os círculos por que são eleitos, e da proibição do mandato imperativo;
- f) A limitação dos governantes pelas regras da separação dos poderes e pela renovação periódica através das eleições.

A representação (vista ainda na perspetiva da separação entre Estado e sociedade) reduz-se à legitimação dos governantes pelo consentimento dos governados⁶; e a renovação menos à ideia de que estes não alienam a soberania do que à preocupação de impedir os abusos da demasiado longa ocupação do poder. Mais importante do que promover a participação de todos os cidadãos parece aos arautos do liberalismo promover um governo conforme à razão (uma espécie de aristocracia burguesa eletiva) e que salvguarde os direitos e garantias individuais.

III – As grandes transformações do Estado e da sociedade, na passagem do século XIX para o século XX e ao longo deste século, levam a que o governo representativo ceda o lugar à democracia representativa, dele distinta nas ideologias e nas tensões a que dá vazão, a despeito da continuidade de alguns princípios e da coincidência formal de institutos. E é

3 Cfr. a noção de lei da Constituição de 1822: “Lei é a *vontade dos cidadãos* declarada pela unanimidade ou pluralidade dos *votos dos seus representantes* juntos em Cortes...” (art. 104).

4 Por exemplo, na Grã-Bretanha, antes de 1832, só 5% dos cidadãos tinham direito de voto.

5 Cfr. ARTUR MONTENEGRO, *Direito Constitucional Comparado* (extrato de lições ao curso jurídico de 1913 por Ambrósio Neto, Martinho Simões e José Fortes), pág. 7: o regime representativo é o governo autónomo da nação pelos seus representantes.

6 Por isso, GEORGES BURDEAU fala em *democracia governada*, contraposta à *democracia governante* do século XX: *Traité de Science Politique*, 2.^a ed., V, VI e VII, Paris, 1970, 1971 e 1972.

no seu contexto que se vão inserir as reformas do Estado social de Direito⁷.

Eis as traves-mestras desta nova forma de governo:

- a) A soberania nacional entendida agora não tanto como princípio de legitimidade quanto como princípio de titularidade do poder no povo;
- b) A possibilidade de ter o povo, sujeito do poder, uma vontade, atual ou conjetural, jurídica e politicamente eficaz;
- c) A concorrência da vontade do povo, manifestada pelo colégio de todos os cidadãos com direitos políticos, com a vontade manifestada pelos órgãos governativos de carácter representativo – e isso quer a nível de Estado quer a nível regional e local;
- d) A eleição como servindo não apenas para a escolha dos governantes (dos titulares dos órgãos da função política) mas também para a escolha de grandes opções programáticas;
- e) O sufrágio universal e, com ou sem constitucionalização, o papel dos partidos políticos.

2. DO SUFRÁGIO RESTRITO AO SUFRÁGIO UNIVERSAL

I – ROUSSEAU⁸ entendia que todo o indivíduo, enquanto membro da coletividade, tinha um direito intangível de participar no exercício da soberania. Era uma decorrência imediata da conceção de *soberania popular*, que defendia, vendo o povo atomisticamente através dos cidadãos seus componentes, de tal sorte que cada cidadão recebia uma parcela do poder político⁹.

Diversamente, a conceção de *soberania nacional* como soberania do povo (da nação, no sentido revolucionário) ou da coletividade, e não de cada um dos seus membros, levaria a que se pudesse entender que, se todo o indivíduo era cidadão, nem todo o cidadão era cidadão ativo ou titular de direitos políticos.

7 V. JORGE MIRANDA, *Direitos fundamentais*, 3.^a ed., Coimbra, 2020, págs. 34 e segs. e Autores citados.

8 *Du contrat social*, livro IV, caps. II e III.

9 Conceção essa, por seu turno, corolário do pacto social, em que cada um, dando-se a todos, não se dava a ninguém e em que cada um ganhava o equivalente daquilo que perdia (*ibidem*, livro I, caps. VI e VII).

Apontavam-se também razões de carácter político para que, na época liberal, se recusasse o sufrágio universal¹⁰: razões ligadas à ideia de cidadão livre; livre de ignorância ou de dependência, com que se identificava o liberalismo; razões de defesa do sistema representativo contra o regresso ao Antigo Regime, no caso de terem direito de voto os analfabetos e os dependentes; razões de classe – da classe burguesa, que se havia substituído à nobreza tradicional como classe dominante.

Bem elucidativo do modo como o iluminismo encarava o sufrágio é o seguinte passo de KANT¹¹:

Só a capacidade de votar qualifica o cidadão como tal; mas essa capacidade pressupõe a independência daquele que, no povo, não quer ser meramente parte da comunidade, mas também membro dela, quer dizer, quer ser uma parte da comunidade que age segundo o seu próprio arbítrio em conjugação com outros. Mas a última qualidade torna necessária a distinção entre cidadão ativo e passivo, se bem que o conceito deste último pareça estar em contradição com a explicitação do conceito de cidadão em geral. – Os exemplos seguintes podem servir para superar esta dificuldade: o aprendiz ao serviço de um comerciante ou de um artesão; o serviçal (não me refiro ao que está ao serviço do Estado); o menor (*naturaliter vel civiliter*); as mulheres e, em geral, aqueles que não possam prover à sua existência (ao seu sustento e proteção) por via da própria atividade, mas que se veem forçados a colocar-se na dependência de outrem (que não o Estado), carecem de personalidade civil e a sua existência é, por assim dizer, somente inerência. – O lenhador que emprego na minha propriedade rural, o ferreiro na Índia que com o seu martelo, a sua bigorna e o seu fole se desloca de casa em casa para aí trabalhar o ferro, em comparação com o marceneiro ou ferreiro europeus, que podem pôr publicamente à venda como mercadorias os produtos do seu trabalho; o preceptor, em comparação com o mestre-escola, o meeiro em comparação com o arrendatário, etc., são meros serventes da comunidade, dado que têm que ser mandados ou protegidos por outros indivíduos, não possuindo, portanto, independência civil.

10 Cfr., por todos, BENJAMIN CONSTANT, *Principes de Politique*, Paris, 1815, págs. 104 e segs.; SISMONDI e SISMONDI, *Études sur les Constitutions des peuples libres*, Bruxelas, 1839, págs. 40 e segs.; MANUEL DA MAIA ALCOFORADO, *Dissertação inaugural para o acto de conclusões magnas*, cit.; MARNOCO E SOUSA, *Direito Político – Poderes do Estado*, cit., págs. 464 e segs.

11 *Metafísica dos Costumes*, trad. de José Lamego, Lisboa, 2005, págs. 180-181.

“Não obstante, esta dependência em relação à vontade de outros e esta desigualdade não se opõem de modo algum à sua liberdade e à sua igualdade como homens, que, em conjunto, constituem um povo; ao invés, atendendo somente às suas condições, este povo pode constituir-se em Estado e entrar numa constituição civil. Mas nesta constituição nem todos estão qualificados com o mesmo direito para votar, quer dizer, para ser cidadãos e não meros elementos do Estado. Porque do facto de poderem exigir ser tratados por todos os demais como partes passivas do Estado, de acordo com leis da liberdade natural e da igualdade, não se infere o direito a agir em relação ao Estado como membros ativos, a colaborar na sua organização ou na introdução de certas leis.

II – Por outro lado, a interpretação do mandato representativo dominante – fruto da separação liberal entre o Estado e sociedade e de uma visão não verdadeiramente democrática da representação política – não conseguia estabelecer mediação possível entre a nação ou povo e os órgãos do Estado, na medida em que sustentava que a nação só podia formar uma vontade e, por conseguinte, exercer a soberania através dos seus representantes (era o que, por exemplo, dizia expressamente o art. 26.^o, da Constituição de 1822)¹².

Mas as condições e as concepções do século XX vão levar a encarar, sob nova feição, toda esta problemática.

São as relações de Estado e sociedade, agora em crescente comunicação, que conferem à eleição um lugar obrigatório de ponto de passagem de uma a outra instância. Os partidos assumem um papel crescente nos mecanismos políticos. Enfim, e sobretudo, da generalizada aceitação do princípio democrático extrai-se não só a conclusão de que o povo ou os eleitores podem formar uma vontade juridicamente eficaz como

12 Cfr., entre tantos, o discurso de MANUEL FERNANDES TOMÁS na sessão de 10 de agosto de 1821 das Cartas Gerais, Extraordinárias e Constituintes (*Diário das Cortes*, 1821, págs. 1849-1850): “O direito que tem a nação quando elege os deputados é o direito que compete a cada um dos cidadãos individualmente, mas não é exercício da soberania, porque não legisla, não executa as leis, não julga, não administra. O exercício de direitos de soberania nunca pode estar coletivamente na nação; ela elege os seus representantes para exercitarem a soberania, pois que ela a não pode exercitar por si coletivamente; portanto, não podemos chamar ato de soberania ao direito que compete a cada um dos cidadãos para nomear os seus representantes”.

também a de que esta deve ser a vontade fundamental do Estado e de que as suas opções devem servir de critério de atuação dos governantes.

III – A extensão do sufrágio adquire um enorme significado político e social pela correspondência que se verifica entre a composição do eleitorado e os interesses prosseguidos através dos corpos eletivos e, portanto, através da eleição (e este problema não escapou logo a autores tão diversos como BENJAMIN CONSTANT e BENTHAM). Na verdade, se um pequeno número de eleitores realiza os interesses de um pequeno número de cidadãos, torna-se lícito presumir que um grande número (ou uma grande proporção) de eleitores virá defender interesses respeitantes à maior parte da coletividade.

O governo representativo surgiu numa altura em que os antigos laços vindos da Idade Média (fundados no nascimento, nas corporações de artes e ofícios, na vizinhança, etc.) tinham já cedido perante os laços mais fortes derivados do sentimento nacional e do poder centralizador. Mais do que expressão de uma visão individualista do mundo, o sufrágio individual, direto ou indireto, é consequência da relação imediata entre os cidadãos e o Estado, inerente à organização política moderna, insista-se.

Não admira, por isso, que o sufrágio orgânico ou corporativo não tenha tido quase nenhuma aplicação. Porque o político visa o interesse geral, quando a representação profissional substitui o Parlamento tradicional, então a formação da vontade política acaba por se operar fora do Parlamento (G. LEIBHOLZ) – como acontece nos regimes autoritários.

Como refere MARCELO NEVES,

sem a eleição democrática ou um equivalente funcional parece impossível, na sociedade complexa de hoje, que os sistemas político e jurídica não se identifiquem excludentemente com concepções ideológicas globalizantes e interesses de grupos privilegiados; a falta de eleição democrática conduz, nas condições atuais, à identificação do “Estado” com determinados grupos e, com isso, à indiferença do sistema jurídico, inadequado à complexidade da conexão de comunicações, expectativas e interesses constitutivos da sociedade¹³.

13 *A constitucionalização simbólica*, São Paulo, 1994, págs. 79 e 80.

IV – Gradualmente, a partir do segundo quartel do século XIX e ao longo de mais de cem anos, ir-se-ia alargando o sufrágio, até se chegar ao sufrágio universal¹⁴. E para tanto contribuiriam ainda diferentes fatores:

- O avanço das ideias democráticas¹⁵;
- A questão social criada pela revolução individual e que mostrou aos operários a necessidade de se organizarem politicamente e de acederem ao Parlamento para defesa dos seus direitos e reivindicações¹⁶, assim como mostrou à burguesia a conveniência de os integrar para evitar convulsões revolucionárias como as de 1848;
- Independentemente da opção entre soberania popular e soberania nacional, a incongruência, reconhecida por muitos liberais, de se manter à margem da vida política a maior parte dos cidadãos;
- O serviço militar obrigatório¹⁷ e a necessidade de compensar os sacrifícios pedidos às classes trabalhadoras aquando de grandes conflitos armados (como foi a primeira guerra mundial);
- Os progressos educativos, com redução e até erradicação do analfabetismo.

Estes fatores projetar-se-iam mais cedo e mais eficazmente nos países mais evoluídos económica e socialmente.

V – Quanto às mulheres, as Constituições do século XIX, na quase totalidade dos países, não excluíam formalmente o seu acesso ao

14 Cfr. GUGLIELMO FERRERO, *Pouvoir – Les génies invisibles de la Cité*, Nova Iorque, 1942, págs. 198 e segs.; JORGE MIRANDA, *Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade*, Lisboa, 1968, págs. 60 e segs.; GEORGES BURDEAU, *Traité...*, cit., tomo VI, vol. II, 2.^a ed., Paris, 1971 págs. 94 e segs.; PHILIPPE BRAUD, *Le suffrage universel contre la démocratie*, Paris, 1980, criticamente; RENE REMOND, *Pour une histoire idéologique du suffrage universel. D'une utopie contestée au consensus relativisé*, in *Itinéraires – Études en l'honneur de Léo Hamon*, obra colectiva, Paris, 1982, págs. 563 e segs.

15 Para ALEXIS DE TOCQUEVILLE (*De la Démocratie en Amérique*, Paris, 1.^a parte, 1835, na edição de 1951, pág. 90), trata-se de uma das regras mais invariáveis que regem as sociedades: à medida que recua o limite dos direitos eleitorais, sente-se necessidade de recuar mais, porque, depois de cada nova concessão, as forças de democracia aumentam e as suas exigências crescem com o seu novo poder.

16 Cfr. KARL MARX, *Oeuvres choisies* (organização de NORBERT GUTERMAN e HENRI LEFEBURE), Paris, 1963, pág. 284.

17 Cfr. OTTO HINZE, *Stato e Esercito*, trad. italiana, Palermo, 1991, págs. 42 e segs.

sufrágio. Eram os paradigmas socioculturais prevalecentes que levavam os textos a serem lidos como se elas estivessem fora da política.

Seria outrossim um longo percurso até alcançarem a cidadania ativa (algo paradoxalmente, muito mais tarde na Suíça, a mais antiga democracia europeia, do que nos outros países da Europa). Um processo em que foram protagonistas, mas em que tudo também resultou – tal como no Direito da Família e no Direito do Trabalho – de um entendimento mais exigente do princípio da igualdade¹⁸.

3. OS PARTIDOS POLÍTICOS E O PRINCÍPIO REPRESENTATIVO

I – Fenómeno ligado ao constitucionalismo moderno, o fenómeno dos partidos políticos¹⁹ não surgiu, todavia, de imediato. Aquando da Revolução francesa, designadamente, não terá havido senão clubes políticos (girondinos, jacobinos e outros). Precursores dos partidos terão sido,

18 Cfr., por todos, ROGER FULFORD, *Votes for Women – The Story of a Struggle*, Londres, 1958; VERA LÚCIA CARRAPETO RAPOSO, *O poder de Eva*, Coimbra, 2004, págs. 39 e segs. e 83 e segs.; ISABEL ESTRADA CARVALHAIS, *Os desafios da cidadania pós-nacional*, Porto, 2004, págs. 63 e segs.

19 Sobre os partidos em geral, v., por exemplo, MOISEI OSTROGORSKI, *La démocratie et les partis politiques*, 1902; ROBERT MICHELS, *Zur Soziologie der Parteiwesens in der Modernen Demokratie*, 1911 (consultámos a edição francesa *Les Partis Politiques*, Paris, 1971); GUIDO VESTUTI, *Il partito politico*, Milão, 1962; MAURICE DUVERGER, *Les Partis Politiques*, cit.; IVOR JENNINGS, *Partiy Politics*, 2 vols., Cambridge, 1960 e 1961; GUIDO VESTUTI, *Il Partito Politico – Una introduzione critica*, Milão, 1962; E. E. SCHATTSCHEIDER, *Party Government*, trad. castelhana *Regimen de Partidos*, Madrid, 1964; *Modern Political Parties*, obra coletiva editada por SIGMUND NEUMANN, trad. castelhana *Partidos Políticos Modernos*, Madrid, 1965; PIER LUIGI ZAMPETTI, *Dallo Stato liberale allo Stato dei partiti*, Milão, 1965; JEAN CHARLOT, *Les Partis Politiques*, Paris, 1971; JUDSON L. JAMES, *American Political Parties*, Londres, 1971; *Political Parties and Political Development*, obra coletiva editada por JOSEPH LA PALOMBARA e MYRON WEINER, reimpressão, Princeton, 1972; GIOVANNI SARTORI, *Parties and party systems*, I, Cambridge, 1976; DANIEL-LOUIS SEILER, *Partis et Familles Politiques*, Paris, 1980; PAOLO RIDOLA, *Partiti Politici*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXXII, 1982, págs. 66 e segs.; MARCELO REBELO DE SOUSA, *Os partidos políticos no Direito constitucional português*, Braga, 1983; *Western European Party Systems – Continuity and Change*, obra coletiva ed. por HANS DAALDER e PETER MAIR, Londres, 1983; KLAUS VON BEYME, *Political Parties in Western Democracies*, trad., Hampshire, 1985; CLAUD OFFE, *Partidos políticos y nuevos movimientos sociales*, trad., Madrid, 1988, reimp. de 1992; JEAN BLONDEL, *Toward a Systematic Analysis of Government – Party Relationships*, in *International Political Science Review*, 1995, págs. 127 e segs.

E na doutrina portuguesa, v., entre outros, MARCELO REBELO DE SOUSA, *Os partidos políticos no Direito constitucional português*, Braga, 1983; CARLOS JALALI, *Partidos e Democracia em Portugal – 1974-2005*, Lisboa, 2007; ANA MARIA BELCHIOR, *Democracia e Representação Partidária*, Lisboa, 2010.

sim, os *tories* e os *whigs* na Inglaterra dos séculos XVII e XVIII e os grupos de federalistas e de republicanos formados nos Estados Unidos após a independência. E as primeiras estruturas partidárias algo complexas recortam-se, quase na mesma altura, em ambos estes países, entre 1825 e 1835 (tornadas necessárias na Inglaterra devido às reformas eleitorais).

Os partidos vão, entretanto, aparecendo em todos os países com regimes liberais, dotados de estruturas mais ou menos sólidas ou mais ou menos frágeis consoante as estruturas económicas, sociais, culturais e políticas respetivas. Uma vez provêm dos Parlamentos, outras vezes resultam de transformação de grupos empenhados no recenseamento e na propaganda eleitorais; uma vez são criados por uniões sindicais ou trabalhistas, outras vezes surgem sob o impulso de interesses económicos. Uma vez, implantando-se, conseguem libertar-se das suas origens; outras vezes ficam a elas amarrados.

Ao passo que os partidos no século XIX eram partidos de *quadros* ou de *notáveis*, os partidos do sufrágio universal tenderam a ser, até há pouco, partidos de massas e de integração (SIGMUND NEUMANN). Aqueles começaram por refletir uma estrutura sociopolítica homogênea; estes, mesmo pretendendo-se interclassistas, nunca deixaram de revelar clivagens sociais. Tal como viriam a ser muito mais intensos os contrastes ideológicos no século XX do que no século XIX.

II – A ideia de partido dir-se-ia implicar a concorrência na disputa do poder e a sucessão ou alternância no exercício deste²⁰, consoante os resultados das eleições.

Nos regimes pluralistas, os partidos exprimem, simultaneamente, o princípio da liberdade política, o reconhecimento da

20 Vale a pena reproduzir o seguinte passo de GUSTAV RADBRUCH, *Filosofia do Direito*, 4.^a ed. portuguesa, I, Coimbra, 1961, pág. 215:

O conceito de ‘partido’ encerra em si uma contradição curiosa. Partido quer dizer o mesmo que parte, parte ou fração dum todo; e contudo é da essência dessa ‘parte’ o aspirar a dominar toda a vida do Estado. Por outro lado, se o partido deixa de ser apenas *parte* e se transforma no *todo*, corre o perigo de se converter na pior de todas as formas de despotismo. (...) É indubitável que o cidadão costuma pensar só dentro *dum único* partido, que é naturalmente o *seu*. Mas o homem de Estado é que não pode pensar só pela cabeça dum partido. Tem de pensar *por partes*, adotando a visão de vários, porquanto apenas através da pluralidade e riqueza das diferentes e entre si contraditórias exigências dos partidos pode o espírito colectivo achar a sua genuína e completa expressão. Todo o partido carece doutro partido para achar um equilíbrio, sob pena de recairmos em todos os perigos do *partido único*.

diversidade de correntes de opinião pública e a solidariedade dos indivíduos ao exercerem direitos políticos. Nos regimes totalitários, as liberdades públicas e a ordem político-constitucional esgotam-se no partido único; só se concebe expressão de ideias no interior dele; as decisões fundamentais do Estado dimanam do aparelho do partido, e não do aparelho formal do Estado; e a interpretação da Constituição faz-se segundo as suas diretrizes²¹. A meio caminho ficam os regimes autoritários.

Correspondem a tipos diferentes o partido do pluralismo, em concorrência com outros partidos, e o partido único ou hegemónico que se identifica com o poder e que até poderia ser alçado a órgão do Estado. Por outro lado, a estrutura e as funções dos partidos afetam os regimes e as formas de governo diretamente: a democracia representativa possui instituições distintas das da forma de governo leninista e da forma de governo fascista ou fascizante.

O cerne da democracia representativa e liberal consiste no direito de todos os partidos de chegarem ao poder, mediante eleições, e no reconhecimento da liberdade de ação política da oposição. A maioria constitui então Governo e a minoria fica na oposição para a fiscalizar; mas a minoria de hoje pode vir a ser a maioria de amanhã, e vice-versa.

De facto ou de direito é patente a centralidade dos partidos, a ponto de se falar em *Estado de partidos*²². E embora não esgotem a intervenção política relevante de outros grupos ou associações de cidadãos, eles tornam-se – a par ou em complemento dos cidadãos – individualmente considerados – os sujeitos fundamentais da dinâmica democrática.

Sabe-se também que o funcionamento do sistema de governo em cada país depende do sistema de partidos²³, em relação com o sistema

21 Como se lia no art. 6.º da Constituição soviética de 1977: “O Partido Comunista da U.R.S.S. constitui a força dirigente e orientadora da sociedade e do Estado, o núcleo do seu sistema político e de todas as organizações estatais e sociais”.

22 Cfr., por exemplo, GERHARD LEIBHOLZ, *Démocratie représentative et État de Partis moderne*, in *Revue internationale d'histoire politique et constitutionnelle*, Janeiro-Março de 1952, págs. 51 e segs., e *Problemas fundamentales de la democracia moderna*, trad., Madrid, 1971, págs. 67 e segs.; PIER LUIGI ZAMPETTI, *op. cit.*, págs. 99 e segs.; MANUEL GARCIA-PELAYO, *El Estado de Partidos*, Madrid, 1986.

23 Continuam a dominar os esquemas interpretativos a partir do número de partidos: sistemas monopartidários, bipartidários (perfeitos e imperfeitos) e multipartidários (atomizados ou não). Mas é necessário atender ainda à força relativa dos partidos, ao seu grau de aproximação ou distanciamento e ao papel que efetivamente desempenham. E uma das mais interessantes análises nesta linha é a de GIOVANNI SARTORI (*op. cit.*, págs. 119 e segs.), para quem o número não é importante só por si (só o é enquanto afeta a

eleitoral – relação, aliás, recíproca e não em sentido único, pois a escolha deste ou daquele sistema eleitoral faz-se em razão do sistema de partidos preexistente ou do que se pretenda vir a construir.

III – O Direito público do século XIX, naturalmente, ignorava os partidos políticos – quer por causa do então seu menor relevo, quer por causa de uma postura menos favorável às associações em geral ou da conceção, dominante no liberalismo, de uma ordem político-social tanto mais idónea quanto menos sujeita a intervenção ou a regulação pelo Estado.

Pelo contrário, as leis e, muitas vezes, também as Constituições dos séculos XX e XXI, cuidam dos partidos sob múltiplos aspetos, seja no âmbito dos direitos fundamentais, seja no da organização do poder político ou num e noutro; e conferem-lhe um estatuto peculiar. Constem ou não da Constituição formal, eles inscrevem-se, necessariamente, na Constituição material²⁴.

mecânica ou o funcionamento do sistema) e que considera também os conceitos de pólo, polaridade (estado do sistema) e polarização (processo).

- 24 Sobre partidos e representação política, cfr. ROBERT PELLOUX, *Les partis politiques dans les Constitutions d'après-guerre*, in *Revue du droit public*, 1934, págs. 238 e segs.; SEGUNDO LINARES QUINTANA, *Los Partidos Politicos Instrumentos de Gobierno*, Buenos Aires, 1945; PIETRO VIRGA, *Il partito nell'ordinamento giuridico*, Milão, 1948; PASCAL ARRIGHI, *Le Statut des Partis Politiques*, Paris, 1948; CARLO ESPOSITO, *La Costituzione italiana Saggi*, Pádua, 1954, págs. 215 e segs.; COSTANTINO MORTATI, *Note introduttive a uno studio sui partiti politici nell'ordinamento costituzionale italiano*, in *Studi in memoria di V. E. Orlando*, obra coletiva, II, Pádua, 1957, págs. 111 e segs.; GUSTAVE PEISER, *L'institutionnalisation des partis politiques en République Fédérale Allemande*, in *Revue du droit public*, 1959, págs. 639 e segs.; MOHAMMED RECHID KHEITMI, *Les partis politiques et le droit positif français*, Paris, 1964; FRANCISCO LEONI, *A regulamentação do partido político nos países democráticos do Ocidente*, in *Revista Forense*, 1966, págs. 43 e segs.; FRANCISCO RUIZ MASSIEU, *Normación constitucional de los partidos politicos en America Latina*, México, 1984; GIUSEPPE UGO RESCIGNO, *Alcune considerazioni sul rapporto partito-stato cittadino*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati*, obra coletiva, III, Milão, 1977, págs. 957 e segs.; OTTO BACHOF, *O direito eleitoral e o direito dos partidos políticos na República Federal da Alemanha*, trad., Coimbra, 1982; PAOLO RIDOLA, *Partiti politici*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXXII, 1982, págs. 66 e segs.; MARCELO REBELO DE SOUSA, *Os partidos políticos no Direito constitucional português*, Braga, 1983; PILAR DEL CASTILLO VERA, *La financiación de partidos y candidatos en las democracias occidentales*, Madrid, 1985; n.º 3 do ano VIII, Dezembro de 1988, de *Quaderni Costituzionali*; *Derecho de partidos*, obra coletiva coordenada por JOSÉ JUAN GONZALEZ ENCINAR, Madrid, 1992; ALESSANDRO SOMMA, *Aspetti della disciplina dei partiti nell'ordinamento tedesco: dal BGB al Parteiengesetz*, in *Politica del Diritto*, 1993, págs. 67 e segs.; JORGE BACELAR GOUVEIA e ANA RITA CABRITA, *Partidos políticos*, in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, 1.º suplemento, 1998,

Não se trata apenas do reconhecimento dos partidos em moldes de garantia institucional. Trata-se, mais do que isso, por um imperativo de liberdade, de igualdade e transparência do contraditório político e por influxo das normas constitucionais, do estabelecer direitos e garantias de inclusão na dinâmica política.

4. A DIVISÃO DE PODER ENTRE OS PARTIDOS E OS CIDADÃOS

I – Não menos importante, ou não, são os problemas da divisão de poder entre os partidos e os cidadãos, tais como:

- O exclusivo ou não do impulso político, designadamente de propositura de candidaturas, dos partidos;
- Os sistemas eleitorais;
- A relação entre o Parlamento e o referendo, ou entre democracia representativa e democracia semidireta;
- A separação entre Governo ou partido de Governo e Administração, à luz das exigências de institucionalização e isenção desta;

Em democracia pluralista, os partidos não são seguramente órgãos de Estado, não lhes compete praticar atos imputáveis ao Estado. Ao invés, tão pouco se reduzem a meras entidades privadas. Pelo relevo que adquirem e pelos direitos e poderes que, da Constituição formal, da lei ou de costumes ou convenção constitucional recebem, o seu estatuto não pode deixar de ser um estatuto de Direito público. Voltaremos ao tema adiante

Por isso justifica-se que se lhes estendam os grandes princípios constitucionais de organização política, desde os relativos às eleições até aos respeitantes à divisão do poder. Não faria sentido que tantos direitos e poderes não acarretassem deveres e ónus. nem, que a democraticidade fosse exigida para o Estado e não também para os partidos contraditório político em sufrágio universal.

Não se trata, evidentemente, de uma rígida predefinição uniformizadora da vida interna dos partidos. Trata-se apenas de uma transposição de certos princípios como o do voto individual, direto, secreto e periódico, o da liberdade e igualdade das candidaturas, o da pluralidade dos órgãos partidários, ou o do controlo dos seus atos. Trata-se de impedir o culto da personalidade, o domínio dos aparelhos e a corrupção.

Em Portugal, na revisão constitucional de 1997, não só se estabeleceu que os partidos deveriam reger-se pelos princípios da transparência, da organização e da gestão democrática e a participação de todos os seus membros (art. 51.º, n.º 5) como se atribuiu ao Tribunal Constitucional competência para julgar as ações de impugnação de eleições e deliberações de órgãos de partidos políticos [art. 223.º, n.º 2, alínea h)], apesar de não ter sido grande até agora o impacto das novas normas.

II – Só os partidos são capazes de gerar Governos e programas de Governo e, por conseguinte, com ou sem previsão constitucional, cabe-lhes o essencial das iniciativas políticas a nível nacional e local.

Não quer isto dizer que não possa ou que não deva existir impulso político por parte dos cidadãos. Ele decorre, pelo menos, do exercício das liberdades de expressão, de associação, de reunião e de manifestação e das demais liberdades públicas: decorre da atividade dos grupos que se constituam por causa destes ou daqueles problemas coletivos; do direito de petição, assim como quando admitida da iniciativa popular. Tudo está em saber até onde os grupos de cidadãos conseguem influenciar as decisões governativas e qual a independência que conseguem preservar diante dos próprios partidos e de outras organizações.

III – Ponto melindroso diz respeito ao referendo.

O referendo é uma instância de poder que só faz sentido desde que seja um complemento – de propulsão ou de correção – da decisão do Parlamento, e não uma instância de repetição ou de substituição ou, muito menos (como tem sucedido em regimes autoritários ou totalitários de aclamação)²⁵. Como sucedeu no “plebiscito nacional” da Constituição de 1933. Para assim ser, o referendo tem de repousar nos cidadãos, direta e livremente, e poderá revelar-se um excelente estímulo a diferentes e novos movimentos sociais, utilíssimos também para o arejamento da democracia.

A lei portuguesa assegura a grupos de cidadãos, em número não inferior, cada um, a 5 000, a participação nas campanhas referendárias, com os inerentes direitos de propaganda. Os partidos não ficam

25 Plebiscito foi em Portugal, em 1933, o que “aprovou” o projeto de Constituição de Salazar.

Referendo, pelo contrário, é o que, por excelência, se pratica na Suíça. No Brasil, no entanto, a Constituição democrática de 1988 contém as duas figuras (art. 14-I e II).

excluídos, mas deveriam aceitar certa autocontenção, não constringendo, nem instrumentalizando aqueles grupos. Nos três referendos nacionais até agora efetuados, infelizmente, tal não se verificou.

Mais ainda: o referendo não deveria incidir sobre questões inerentes a um programa de Governo ou de cuja resolução dependesse a subsistência do Governo (até porque também cabe aqui salvaguardar a separação de poderes – a separação de poderes entre o Povo e o Parlamento). Senão, a não aceitar-se esta tese, um Governo derrotado em votação referendária terá de demitir-se ou o Parlamento terá de ser dissolvido.

IV – Muito haveria a dizer acerca da isenção político-partidária da Administração pública.

Mesmo os escalões mais elevados devem estar-lhe vinculados, o que implica, por um lado, um acesso exclusivamente por carreira e garantia de estabilidade (ou até de inamovibilidade) dos dirigentes; e, por outro lado, em contrapartida, uma estrita neutralidade político-partidária, sem que esses dirigentes possam pertencer a qualquer partido. Há países (Portugal, por exemplo) que não têm alcançado este nível de exigência, com as consequências negativas que se conhecem.

Outra coisa é a designação pelo Governo ou Poder Executivo para cargos de natureza política ou de confiança política fora da Administração. Aí, toda a identificação partidária é legítima. A única restrição – a defender com rigor, em virtude ainda do princípio da separação dos poderes – refere-se a Deputados e, por maioria de razão, a juizes: um Deputado que aceite um desses cargos, ainda que não remunerado, deve perder ou renunciar ao mandato; um Juiz deve sair da magistratura, e um Juiz de Tribunal Constitucional ou equivalente, durante alguns anos após a cessação das suas funções, não deve assumir cargos políticos no Estado e em partidos políticos.

5. OS PARTIDOS E OS MECANISMOS REPRESENTATIVOS

I – O peso dos partidos na vida pública reflete-se necessariamente sobre os mecanismos representativos²⁶.

26 Cfr., por exemplo, SILVIO FURLANI, *Rappresentanza politica*, in *Novissimo Digesto Italiano*, XIV, 1957, págs. 874 e 875; GEHRARD LEIBHOLZ, *Démocratie représentative...*, cit., loc. cit., págs. 54 e 59, e entrevista a *Quaderni Costituzionali*, págs. 482 e 483; OTTO BACHOF, *O direito eleitoral...* cit., pág. 9; K. C. WHEARE, *Legislatures*, 2.^a ed., Londres, 1968, págs. 43

Uma tese radical tenderia a afirmar que a representação política se teria convertido em representação partidária, que o mandato verdadeiramente seria conferido aos partidos e não aos deputados e que os sujeitos da ação parlamentar acabariam por ser não os deputados, mas os partidos ou quem agisse em nome destes. Por conseguinte, deveriam ser os órgãos dos partidos a estabelecer as posições a adotar pelos deputados, sujeitos estes a uma obrigação de fidelidade.

Esta conceção levada às últimas consequências – com as comissões políticas ou os secretariados exteriores ao Parlamento a impor aos deputados o sentido do voto ou, no limite, a impor a suspensão ou a cessação do seu mandato – transformaria a assembleia política em câmara corporativa de partidos e retirar-lhe-ia a própria qualidade de órgão de soberania, por afinal deixar de ter capacidade de livre decisão. Se a democracia assenta na liberdade política e na participação, como admitir que nos órgãos dela mais expressivos, os Parlamentos, os deputados ficassem privados de uma e outra coisa?

Estaria ainda bem patente a preterição da igualdade política dos cidadãos. Pois só os que fossem filiados em partidos poderiam (admitindo democraticidade interna) interferir, através dos respetivos órgãos,

e segs.; A. H. BIRCH, *op. cit.*, págs. 97 e segs.; COSTANTINO MORTATI, *Istituzioni di Diritto Pubblico*, 5.^a ed., Pádua, 1975, págs. 488 e segs.; LUIZ NAVARRO DE BRITO, *O mandato imperativo parlamentar*, in *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, 1983, págs. 145 e segs.; MANUEL BRAGA DA CRUZ, *Sobre o Parlamento português: partidização parlamentar e parlamentarização partidária*, in *Análise Social*, n.º 100, 1988-I, págs. 97 e segs.; FRANCO BARTOLOMEI, *Rappresentanza politica e democrazia media-partitocratiche*, in *Scritti in onore di Pietro Virga*, obra coletiva, I, Milão, 1994, págs. 187 e segs.; FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO, *Partidos políticos, representación parlamentaria e interdicción del mandato imperativo*, in *Revista de las Cortes Generales*, n.º 32, 2.º quadrimestre de 1994, págs. 35 e segs.; WERNER MAIHOFFER, *Principios de una democracia en libertad*, in *Manual de Derecho Constitucional*, trad., obra colectiva, Madrid, 1996, págs. 272 e 273; INGRID VAN BEZEN, *Sobre o equilíbrio interno do poder: as organizações partidárias nas novas democracias*, in *Análise Social*, n.º 148, 1998, págs. 685 e segs.; JOAQUIM FRANCISCO ASSIS BRASIL, *A democracia representativa na República*, Brasília, 1999; MARIA LÚCIA AMARAL, *A forma da República*, Coimbra, 2015, págs. 229 e segs.; ORIBES MEZZAROBÀ, *O partido político como órgão mediador da representação política*, in *Direito Constitucional Contemporâneo – Estudos em homenagem ao Professor Paulo Bonavides*, obra colectiva, Belo Horizonte, 2005, págs. 637 e segs.; RICARDO CHUECA RODRIGUEZ, *La representación como posibilidad en el Estado de partidos*, in *Revista de Derecho Publico*, 1988, págs. 25 e segs.; MARIA HOLGADO GONZÁLEZ, *El estatuto jurídico-político del Diputado: entre la lealtad al partido y la lealtad a su electorado*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2017, págs. 45 e segs.

na condução das atividades parlamentares. Os outros cidadãos teriam o sufrágio reduzido a uma espécie de contrato de adesão.

II – O entendimento mais correto, dentro do espírito do sistema, parece dever ser outro. A representação política hoje não pode deixar de estar ligada aos partidos, mas não converte os deputados em meros porta-vozes dos seus aparelhos. Pode dizer-se que o mandato parlamentar é (salvo em situações marginais) conferido tanto aos deputados como aos partidos; não é aceitável substituir a representação dos eleitores através dos eleitos pela representação através dos dirigentes partidários, seja qual for o modo por que estes sejam escolhidos.

Dando como certo o carácter bivalente da representação política, importa procurar o enlace, o ponto de encontro específico de deputados e partidos. E esse enlace não pode ser senão o que oferecem os grupos parlamentares como conjuntos dos deputados eleitos pelos diversos partidos. São os grupos parlamentares que exercem as faculdades de que depende a atuação dos partidos nas assembleias políticas e só eles têm legitimidade democrática para deliberar sobre o sentido do seu exercício, não quaisquer outras instâncias ou centros de decisão extraparlamentares. E por aqui se afastam quer uma pura conceção individualista, vendo o deputado isolado ou desinserido de uma estrutura coletiva, quer uma pura conceção partitocrática em que os aparelhos ou “as bases” se sobrepujassem aos deputados e aos seus eleitores.

Nem se excluem, assim, os corolários mais importantes do regime de eleição mediatizada pelos partidos, designadamente quanto à disciplina de voto ou à perda de mandato do deputado que mudar de partido. Pelo contrário, eles ficam vistos à sua verdadeira luz, a qual, em sistema democrático, só pode ser a da liberdade e da responsabilidade políticas. Pois, se os grupos parlamentares implicam uma avançada institucionalização dos partidos, são, ao mesmo tempo um anteparo ou um reduto da autonomia individual e coletiva dos deputados – dos deputados que, por serem eles a deliberar, mais obrigados ficam a votar, salvo eventualmente objeção de consciência, conforme a maioria se pronunciar.

Infelizmente, a prática política afasta-se, na maior parte dos casos, desta consideração, por as direções partidárias (e até quando de fora do Parlamento) imporem o sentido de voto, o que leva, às vezes, este ou aquele parlamentar, obrigado a assim votar, a emitir declaração discordante (donde ser plausível perguntar se o seu voto terá sido juridicamente válido).

6. O PRINCÍPIO DA MAIORIA

I – Se o sufrágio é o modo específico de participação política dos cidadãos, a maioria é o critério de decisão – de decisão quer do conjunto dos cidadãos nas eleições e no referendo, quer dos órgãos do Estado de natureza colegial. Governo representativo é *governo de maioria*²⁷.

27 Sobre o princípio da maioria, recordem-se, antes de mais, os clássicos: LOCKE, *An Essay Concerning the True Original Extent and End of Civil Government*, 1689, cap. VIII, n.ºs 96 e segs.; ROUSSEAU, *Du Contrat Social*, livro II, cap. III, e livro IV, capítulos II e segs.; CONDORCET, *Essai sur l'application de l'analyse à la probabilité – des décisions rendues à la pluralité des voix*, 1785.

E depois, entre tantos, Kelsen, *Von Wesen und Wert der Demokratie*, 1934, trad. francesa *Le démocratie – sa nature, sa valeur*, Paris, 1932, págs. 5 e segs. e 63 e segs.; HENRY B. MAYO, *An Introduction to Democratic Theory*, Nova Iorque, 1960, págs. 67 e segs. e 166 e segs.; CLAUDE LECLERCQ, *Le principe de la majorité*, Paris, 1971; GERHARD LEIBHOLZ, *O pensamento democrático como princípio estruturador na vida dos povos europeus*, trad., Lisboa, 1974, pág. 29, CARL COHEN, *Democracy*, trad. *Democracia*, Lisboa, 1975, págs. 89 e segs.; PIERRE FAVRE, *Unanimité et majorité dans le Contrat Social de Jean Jacques Rousseau*, in *Revue du droit public*, 1976, págs. 111 e segs., e *La décision de majorité*, Paris, 1976; HANS DAUDT e DOUGLAS W. RAE, *Social Contract and the Limits of Majority Rule*, in *Democracy, Consensus and Social Contract*, obra coletiva editada por Pierre Birnbaum, Jack Lively e Gerant Parry, Londres, 1978, págs. 335 e segs.; NORBERTO BOBBIO, CLAUD OFFE e SIRO LOMBARDINI, *Democrazia, maggioranza e minoranze*, Bolonha, 1981; GIUSEPPE TRIPOLI, *Osservazioni sul principio maggioritario e sui limiti*, in *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1983, págs. 619 e segs.; ELAINE SPITZ, *Majority rule*, Nova Jérsea, 1984; FRANCESCO GALGANO, *Principio di maggioranza*, in *Enciclopedia dei Diritto*, XXXV, 1986, págs. 547 e segs.; ALESSANDRO PIZZORUSSO, *Minoranze e Maggioranze*, Turim, 1993; AUGUSTO CERRI, *Riflessioni giuridiche sul cosiddetto paradosso della "maggioranze cicliche"*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1991, págs. 3 e segs.; F. RUBIO LLORENTE, *Minorias y mayorias en el poder constituyente*, in *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentar*, 1991, n.º 3, págs. 31 e segs.; RICARDO L. CHUECA RODRÍGUEZ, *La regla y el principio de la mayoría*, Madrid, 1993; CELSO FERNANDES CAMPI- LONGO, *Direito e Democracia*, São Paulo, 1997; MARIA AGOSTINA CABIDDU, *Maggioranza, minoranza, eguaglianza*, Pádua, 1997.

Na doutrina portuguesa das últimas décadas, v. ROGÉRIO SOARES, *Direito Público e Sociedade Técnica*, Coimbra, 1969, pág. 72; ANTÓNIO BARBOSA DE MELO, *Democracia e Utopia*, Porto, 1980, págs. 21 e 23; JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Participação e descentralização. Democratização e neutralidade na Constituição*, Coimbra, 1980, págs. 70 e segs.; MARIA DE ASSUNÇÃO ESTEVES, *A constitucionalização do direito de resistência*, Lisboa, 1989, págs. 131-132; JOSÉ SOUSA BRITO, *Jurisdição Constitucional e Princípio Democrático*, in *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional*, obra coletiva, Lisboa, 1995, págs. 46-47; VÍBAL MOREIRA, *Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade. Legitimidade e limites da justiça constitucional*, *ibidem*, págs. 180 e segs.; JORGE CORTÊS, *O princípio da maioria. Natureza e limites*, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, 1995, págs. 493 e segs.; CARLOS BLANCO DE MORAIS, *As leis reforçadas*, Coimbra, 1994, págs. 947 e segs.; J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito...*, cit., pág. 329; MARIA LÚCIA AMARAL, A

No entanto, nada tem de unívoco o conceito ou o sentido de maioria.

II – Há quem sustente que se trata de simples ficção ou convenção, de mera regra instrumental ou de preferência²⁸. Ou quem, pelo contrário, identifique maioria com manifestação de racionalidade. Mas há ainda quem afirme que lhe subjaz um conteúdo axiológico, seja o princípio da igualdade, seja o princípio da liberdade, seja (porventura) outro.

De harmonia com a ideia de igualdade (que remonta a ARISTÓTELES e que ROUSSEAU levaria às últimas consequências), é porque todos os cidadãos têm os mesmos direitos e devem ter o mesmo grau de participação na vida coletiva que deve prevalecer a maioria; a vontade do maior número entre iguais converte-se em vontade geral; e esta fica sendo a vontade do Estado.

De harmonia com a ideia de liberdade (especialmente enfatizada por Kelsen), a maioria resulta da autodeterminação dos membros da comunidade política; qualquer decisão imposta deve ser reduzida ao mínimo; tendo de haver uma ordem social, esta não pode estar em contradição senão com a vontade do menor número possível de indivíduos²⁹.

Aderimos à necessidade de um fundamento axiológico³⁰. Sem este não se explicam nem o consentimento, nem a própria obrigatoriedade da decisão decorrente do voto.

Encontra-se também no enlace de igualdade e liberdade. Não numa presunção puramente negativa de que ninguém conta mais do que os outros³¹, mas no reconhecimento da dignidade cívica de todas as pessoas. Não numa liberdade com separação de uns dos outros, mas numa liberdade com integração numa sociedade de todos. Em suma

forma da República, cit., págs. 27 e segs.; JORGE REIS NOVAIS, *Direitos fundamentais e justiça constitucional*, Lisboa, 2017, págs. 21 e segs.

28 Por exemplo, ALESSANDRO PIZZORUSSO, *op. cit.*, pág. 33: o princípio maioritário não repousa sobre nenhuma presunção de racionalidade da escolha feita pela maioria, mas só na força estatisticamente mais reduzida da solução rejeitada.

29 *La Démocratie...*, cit., págs. 5 e 8. Ou, nas palavras de MARIA LÚCIA AMARAL (*op. cit.*, págs. 214-215): quanto maior for o número de pessoas que estiverem de acordo com a deliberação, maior será o número daquelas que, obedecendo à sua própria vontade, se manterão “livres”, autogovernadas.

30 Contra, BOBBIO, *Democrazia...*, cit., págs. 41 e segs.

31 Como diz criticamente Kelsen, *La démocratie...*, cit., pág. 8.

(repetindo), na exigência de uma igualdade livre ou de uma liberdade igual para todos.

III – A decisão da maioria pressupõe a competência para decidir, seja em diferentes escalões de poder (do Estado, das regiões autónomas, das autarquias locais), por referência ou não a um princípio de subsidiariedade³²; seja dentro do mesmo escalão entre os seus órgãos.

Por outro lado, não vale qualquer vontade maioritária, somente vale a que se forma no respeito das normas – constitucionais, legais, estatutárias, regimentais – que a estruturam e regulam. Donde, limites formais ou procedimentais, a acrescer aos materiais e aos orgânicos.

IV – Por isso, não se admitem decisões de maioria que afetem o conteúdo essencial dos direitos fundamentais³³ ou do conteúdo essencial da própria democracia – o pluralismo, os direitos das minorias, a virtualidade de alternância.

A democracia representativa não se reduz a governo da maioria. Muito mais do que isso traduz-se numa dialética de maioria e minoria³⁴. Ou, como sustenta Kelsen, no princípio maioritário o fulcro não reside na maioria numérica, mas na força da integração social; e seria até preferível falar em princípio maioritário-minoritário³⁵.

32 Cfr. JOÃO BAPTISTA MACHADO, *op. cit.*, págs. 80 e segs.

33 Cfr. JORGE MIRANDA, *Direitos fundamentais*, 3.^a ed., Coimbra, 2020, págs. 343 e 388 e segs., e Autores citados.

34 Cfr. o art. 6.º da Constituição checa de 1992: “As decisões políticas resultam da vontade da maioria expressa pelo voto livre. A decisão de maioria assegura a proteção das minorias.”

35 *Von wesen und wert der Demokratie*, trad. *La démocratie – Sa nature, sa valeur*, Paris, 1932, págs. 5 e segs. e 63 e segs.

A democracia não é consenso, mas conflito; é direito de dissenso (GIOVANNI SARTORI, *Pluralismo, multiculturalismo e estranei*, in *Rivista di Scienza Politica*, 1997, pág. 484). O direito da maioria é sempre um direito de concorrência com o direito das minorias (J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 7.^a ed., Coimbra, 2004, pág. 329).

Cfr. também doutros ângulos, J. BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao discurso legitimador*, Coimbra, 1983, pág. 14; JOÃO LOPES ALVES, *Ética e democracia – Que relação?*, in *Ética e futuro da democracia*, obra coletiva, Coimbra, 1978, págs. 9 e segs.; RONALD DWORKIN, *La lectura moral de la democracia y la premisa mayoritaria*, in *Questiones Constitucionales*, n.º 7, julho-dezembro de 2002, págs. 3 e segs.; NEWTON BIGNETTO, *Ética e vida política*, in *Crise e desafios da Constituição*, obra coletiva, Belo Horizonte, 2004, págs. 323 e segs.

V – A Constituição consagra o princípio da maioria, quer nas eleições, quer nas deliberações de órgãos colegiais.

Nas deliberações de órgãos colegiais, a regra geral é a da maioria relativa por as abstenções não contarem para o apuramento (art. 116º, nº 3). Já nas deliberações referendárias, a regra é, necessariamente, a da maioria absoluta, por as questões serem formuladas para respostas de sim ou não (art. 115º, nº 6).

VI – A prescrição de maiorias agravadas em eleições e em deliberações decorre da importância acrescida que a Constituição reconhece às escolhas:

- assim, nas eleições do Presidente da República, a maioria absoluta confere-lhe condições (ou mais condições) de independência frente aos proponentes da sua candidatura e aos partidos, no exercício dos seus poderes;
- nas deliberações da Assembleia da República por maioria qualificada³⁶, esta destina-se, por um lado, a propiciar também a interferência³⁷ das minorias na formação de vontade política e, por outro lado, a dar estabilidade e perdurabilidade ao seu conteúdo, na medida em que se ultrapassam maiorias conjunturais.

Relativamente a estas deliberações, há uma reserva de Constituição e, portanto, um *numerus clausus*. Nem a lei ordinária, nem o regimento podem aditar-lhes outras matérias. Doutro modo, a maioria de certo momento poderia decretar certa lei (por maioria relativa) e, ao mesmo tempo, estatuir que, doravante, a matéria seu objeto só poderia ser regulada por maioria agravada; assim, impedir-se-ia o livre jogo das alternativas políticas, além de se criar uma regidificação descabida sobre tal matéria.

36 Uma vez, maioria absoluta dos Deputados em efetividade de funções [arts. 136º, nº 2, 168º, nº 5, 194º, nº 4 e 195º, nº 1, alínea f)]; outras vezes, maioria de dois terços dos Deputados presentes, desde que superior à maioria absoluta dos Deputados em efetividade de funções (arts. 136º, nº 3, 168º, nº 6, 279º, nºs 2 e 4), maioria de dois terços dos Deputados em efetividade de funções (arts. 130º, nº 2 e 286º, nº 1), ou maioria de quatro quintos dos Deputados em efetividade de funções (art. 284º, nº 2).

37 Interferência, participação positiva, e só indiretamente veto. Cfr. ERNST-WOLFGANG BÖCKENFÖRDE, *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia*, trad., Madrid, 2000, págs. 93 e 94.

7. O PRINCÍPIO DA RESPONSABILIDADE POLÍTICA

I – A representação política implica a responsabilidade política, ou seja, o dever de prestar contas por parte dos governantes, a sujeição a um juízo de mérito sobre os seus atos e atividades por parte dos governados e a possibilidade da sua substituição por ato destes^{38 e 39}.

Trata-se essencialmente de uma responsabilidade *difusa*. O Presidente da República, os Deputados e, por via indireta, os Ministros representam todo o povo. Logo, respondem perante todo o povo; e não apenas quem neles tenha votado ou (quanto aos Deputados) quem neles tenha votado nos vários círculos eleitorais. Nisto se distingue da outra forma de responsabilidade política a responsabilidade *institucional*⁴⁰, interorgânica ou responsabilidade – fiscalização que é aquilo que se verifica no interior do sistema de órgãos de poder e que tem, se efetivada, como consequência a demissão ou a cessação de funções. E nesta há ainda que distinguir a responsabilidade institucional *stricto sensu*, do

38 Tanto ou mais importantes que os procedimentos eleitorais legitimadores são os procedimentos constitucionais deslegitimadores: J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito...*, cit., pág. 292. Este Autor fala, por outro lado, numa *responsabilidade dos poderes públicos perante as gerações futuras* em termos de auto-sustentabilidade ambiental (pág. 227). Mas não parece que seja, ou que seja só, uma responsabilidade dos poderes públicos; é também da sociedade no seu conjunto, em virtude do princípio da solidariedade entre gerações [art. 66.º, n.º 2, alínea d), da Constituição].

39 Cfr. A. H. BIRCH, *Representative and Responsible Government*, Londres, 1964; GIUSEPPE UGO RESCIGNO, *La responsabilità Politica*, Milão, 1967; PIERRE AVRIL, *Pouvoir et responsabilité*, in *Mélanges offerts à Georges Burdeau – Le pouvoir*, obra coletiva, Paris, 1977, págs. 9 e segs.; UBERTO SCARPELLI, *Riflessione sulla responsabilità politica – Responsabilità, libertà, visione dell'uomo*, in *Rivista internazionale di filosofia del Diritto*, 1981, págs. 27 e segs.; DAMIANO NOCILLA, *Responsabilità e rappresentanza*, in *Iustitia*, 1985, págs. 373 e segs.; PHILIP PETIT, *op. cit.*, págs. 254 e segs.; *La responsabilité des gouvernants*, obra coletiva (coord. por Olivier Beaud e Jean-Michel Blanquer), Paris, 1999; *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza e della responsabilità*, obra coletiva, Milão, 2001; *Democrazia, rappresentanza, responsabilità*, obra coletiva, Pádua, 2001; PEDRO LOMBA, *Teoria da responsabilidade política*, Coimbra, 2008; ALAIN LAQUIÈZE, *La responsabilité en regime parlementaire*, in *Constitution et responsabilité*, Paris, 2009, págs. 45 e segs.; JOSÉ DE MATOS CORREIA e RICARDO LEITE PINTO, *A responsabilidade política*, Lisboa, 2010; J. J. GOMES CANOTILHO, *O princípio da responsabilidade: um princípio a rever na Constituição*, in *Estado, Regimes e Revolução – Estudos em homenagem a Manuel de Lucena*, obra coletiva, Lisboa, 2012, págs. 119 e segs.; MARTA CRISTIAN JESUS SANTIAGO, *Responsabilidade política*, in *Populus*, junho de 2018, págs. 153 e segs.

40 As expressões responsabilidade *difusa* e responsabilidade institucional são de GIUSEPPE UGO RESCIGNO, *op. cit.*, págs. 113 e segs. Na doutrina portuguesa, v. já SILVESTRE PINHEIRO FERREIRA, *Précis d'un Cours de Droit Public*, I, Lisboa, 1845, pag. 46.

Governo perante o Presidente da República (arts. 190.º e 195.º, n.º 1) e a responsabilidade política, do Governo perante o Parlamento [arts. 190.º, 192.º, 193.º, 194.º e 195.º, n.º 1, alíneas d), e) e f)]⁴¹.

II – A responsabilidade difusa exerce-se:

a) Através da publicidade dos atos dos órgãos representativos, em especial das leis⁴²;

b) Através da crítica dos cidadãos no exercício das liberdades fundamentais, o que pressupõe o direito de eles serem esclarecidos objetivamente sobre os atos do Estado e demais entidades públicas e de serem informados pelo Governo e outras autoridades acerca da gestão dos assuntos públicos (art. 48.º, n.º 2, da Constituição);

c) Através, designadamente, dos seus direitos de petição, representação, reclamação ou queixa para defesa da Constituição, das leis e do interesse geral; bem como através do direito de informação em prazo razoável sobre os resultados da respetiva apreciação (art. 52.º, n.º 1); através do direito de ação popular (art. 32.º, n.º 3); através do direito de iniciativa legislativa e de iniciativa referendária perante a Assembleia da República (arts. 167.º e 115.º, n.º 2);

d) Através das eleições no final dos mandatos, *maxime* através de não reeleição ou não recondução ou da não eleição de candidatos que apareçam identificados com os titulares cessantes⁴³;

e) Através de eleições para outros órgãos (v. g., de autarquia locais) com significado político relevante.

41 Diferente desta responsabilidade de natureza política é, conquanto com ela imbricada (desde logo, historicamente na Inglaterra do século XVII) a responsabilidade criminal dos titulares de cargos políticos quando estejam em causa os chamados crimes de responsabilidade (arts. 117.º, 130.º, 157.º e 196.º da Constituição e Lei n.º 34/87, de 16 de junho). Cfr. PEDRO LOMBA, *op. cit.*, págs. 52 e segs. e 63 e segs.

42 O que é uma das justificações para que sejam os Parlamentos a deter, senão o exclusivo, pelo menos o primado de competência legislativa. Também as audiências dos tribunais são públicas (art. 206.º da Constituição), mas aí para garantia da imparcialidade e para defesa dos direitos dos arguidos.

43 Como já escrevia DE LOLME (*op. cit.*, págs. 295 e 311): na eleição, o povo reelege os seus representantes cujo comportamento aprova e rejeita aqueles que deram lugar a queixas; e, como através da imprensa, o povo conhece como agem os seus deputados, pode, assim, purificar a assembleia legislativa.

E, como sublinha ANTONIO D'ATENA, o intervalo entre os atos eleitorais introduz um elemento de racionalização. Limitar a decisão do povo às escolhas periódicas dos representantes significa criar condições para a apreciação dos seus atos menos emotivamente e para que o juízo popular tenha por objeto não tanto cada uma das decisões quanto a complexa atividade por eles desenvolvida ao longo do tempo⁴⁴.

Por isso, a revogação popular do mandato adotada em alguns Estados e municípios dos Estados Unidos (*recall*), em alguns cantões suíços ou nas Constituições de Weimar, da Áustria e da Venezuela⁴⁵ e ⁴⁶ deve ter-se por excecional; só o não era, porventura, em Constituições marxistas-leninistas estranhas ao princípio representativo (como no art. 65.º da atual Constituição cubana).

III – Todavia, a responsabilidade política é também uma responsabilidade institucional, quando manifestada através dos poderes e direitos da Oposição, decorrente do exercício coletivo ou em comum daquelas liberdades fundamentais e exigida pela necessidade de se formularem alternativas e alternâncias⁴⁷ e ⁴⁸.

A livre atividade da Oposição individualiza os sistemas políticos pluralistas: aqui, a maioria deve governar e a minoria deve estar na oposição (entendida como fiscalização pública dos atos dos governantes); e,

44 *Il principio democratico nel sistema dei principi costituzionali*, in *Perspectivas Constitucionais*, obra colectiva, I, Coimbra, 1996, pág. 443. Cfr. BENJAMIN CONSTANT, *Principes...*, cit., pág. 94: é absurdo prever eleições tão frequentes que a opinião não possa esclarecer-se no intervalo entre elas.

45 Na Constituição de Weimar (art. 143.º), o Presidente do *Reich* podia ser destituído, precedendo voto do Parlamento, por referendo. A deliberação parlamentar tinha de ser tomada por maioria de dois terços e implicava, desde logo, a suspensão do exercício das funções presidenciais. Mas o não assentimento popular implicava uma nova eleição e tinha por consequência a dissolução do Parlamento (o que equivalia, por seu turno, a uma forma de efectivação da responsabilidade política deste).

Na Constituição austríaca (art. 160.º, n.º 6), o Presidente da República pode ser destituído por referendo deliberado pela Assembleia Federal, sob proposta do Conselho Nacional. O resultado negativo do referendo implica a dissolução do Conselho Nacional.

46 Assim como nas primeiras Constituições estaduais de São Paulo e do Rio Grande do Sul: cfr. AURO AUGUSTO CALIMAN, *O recall no Estado de São Paulo*, in *Revista de Informação Legislativa*, n.º 165, janeiro-março de 2005, págs. 197 e segs.

47 V. *Manual...*, III, cit., págs. 348 e segs., e autores citados.

48 Como dizia LOPES PRAÇA (*Estudos sobre a Carta Constitucional e o atto adicional de 1852*, I, Coimbra, 1878, pág. 74), o direito de discussão e de oposição é a alma, a mola real dos governos liberais.

portanto, a Oposição não é dos cidadãos individualmente considerados, mas sim a de aglutinados em partido político.

O direito de oposição democrática (art. 114, n.º 2), elevada a limite material de revisão constitucional [art. 288.º, alínea i), 2.ª parte], traduz-se, entre nós, no direito de resposta ou réplica política ao Governo (art. 40.º, n.º 2), no direito de informação regular e direta sobre o andamento dos principais assuntos públicos [arts. 114.º, n.º 3, e 180.º, n.º 2, alínea j)], no de determinar a ordem do dia de certo número de reuniões do Parlamento (art. 176.º, n.º 4) e no direito de interpelação [art. 180.º, n.º 2, alínea d)]. E meios extremos, por envolverem a responsabilidade política do Governo, são as moções de rejeição do respetivo programa e as moções de censura (arts. 192.º, n.º 3, e 194.º).

Como direitos ou poderes de âmbito geral que podem ser aproveitados para essa finalidade contam-se ainda o de fazer perguntas ao Governo [art. 156.º, alínea a)], o de iniciativa de inquéritos parlamentares [arts. 156.º, alínea f), 178.º, n.º 5, e 180.º, n.º 2, alínea f)], o de iniciativa de apreciação parlamentar de decretos-leis (art. 169.º), o de provocação de debates de interesse público atual e urgente [art. 180.º, n.º 2, alínea c)] e o de iniciativa de fiscalização da constitucionalidade ou da legalidade pelo Tribunal Constitucional [arts. 278.º, n.º 4, e 281.º, n.º 2, alíneas f) e g)].

Uma lei ordinária, dita “Estatuto da Oposição” (hoje, a Lei n.º 24/98, de 26 de maio), explicita ou acrescenta alguns direitos positivos – de informação, de consulta e de participação.

IV – Em última análise, responsabilidade política não se destina apenas a corrigir ou sancionar, em nome de princípios e fins prévia e imutavelmente aceites, a atividade governativa desenvolvida até certo momento. Todos os meios de efetivar a responsabilidade, *maxime* as eleições gerais, servem tanto para o povo avaliar o exercício do mandato dos governantes cessantes como para traçar um novo rumo para o futuro.

Também o povo é livre na responsabilização dos governantes.

V – Acrescente-se que há comunicação entre a responsabilidade institucional e a responsabilidade difusa⁴⁹.

⁴⁹ Sem esquecer a História inglesa do século XVII, em que os membros do Gabinete (do Governo), quando acusados no Parlamento, pediam a demissão para evitarem ser sujeitos a *impeachment*.

Com efeito, o Estado e as demais entidades públicas são civilmente responsáveis, em forma solidária, com os titulares dos seus órgãos, funcionários e agentes, por ações ou omissões praticadas no exercício das suas funções de que resulte violação de direitos, liberdades e garantias ou prejuízo para outrem (art. 26.^o). Esta responsabilidade solidária só não atinge os Deputados (art. 157.^o, n.^o 1)⁵⁰ e ⁵¹.

A condenação do Presidente da República por crimes de responsabilidade implica a destituição do cargo e a impossibilidade de reeleição (art. 130.^o, n.^o 3)⁵² e ⁵³ – e, conseqüentemente, projeta-se nas suas relações com os eleitores.

8. DEMOCRACIA REPRESENTATIVA E DEMOCRACIA PARTICIPATIVA

Em sede diferente da representação política, situa-se a *democracia participativa* (mencionada no art. 2.^o, *in fine* da Constituição) enquanto expressão da relevância dos grupos, das associações, das instituições existentes na sociedade civil junto dos órgãos de poder.

Reconhecida a existência de interesses diversificados e até, por vezes, contrastantes na vida coletiva e acolhida a sua integração nesses grupos, procura-se trazê-los para dentro dos procedimentos políticos de modo a tornar patentes as suas posições e a inseri-los na ponderação do interesse geral⁵⁴. Somente os órgãos do poder político – ancorados no

50 Cfr. a Lei n.^o 67/2007, de 31 de dezembro.

51 Cfr. J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *op. cit.*, I, 4.^a ed., pág. 454; RUI MEDEIROS, anotação in JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *op. cit.*, I, 2.^a ed., págs. 352-353.

52 A verificar, em decisão meramente declarativa, pelo Tribunal Constitucional [art. 223.^o, n.^o 2, alínea b), 1.^a parte].

53 Problemático é saber se se trata de eleição meramente subsequente ou de toda e qualquer eleição.

54 Cfr. a audição das comissões de trabalhadores e das associações sindicais na elaboração das leis do trabalho [art. 54.^o, n.^o 5, alínea d), e art. 56.^o, n.^o 1, alínea a)]; a participação das organizações representativas dos trabalhadores e das atividades económicas na definição das principais medidas económicas e sociais [art. 80.^o, alínea g)] e a participação dessas organizações e das organizações representativas das famílias no Conselho Económico e Social (art. 92.^o, n.^o 3); assim como a participação das associações de consumidores (art. 60.^o, n.^o 3), a das organizações de trabalhadores e de beneficiários da segurança social (art. 63.^o, n.^o 2), a das associações representativas das famílias [art. 67.^o, n.^o 2, alínea f)], a das associações de professores, de alunos e de pais e das comunidades e instituições de carácter científico (art. 77.^o, n.^o 2) e a das organizações representativas de trabalhadores rurais e de agricultores (art. 98.^o) na definição das políticas

princípio eletivo – podem decidir, mas à legitimidade de base que possuem pode acrescer uma legitimidade pelo procedimento⁵⁵.

9. A DEMOCRACIA REPRESENTATIVA COMO DEMOCRACIA LIBERAL

I – Qualquer forma de governo procura afirmar certos valores que, conferindo-lhe sentido ou legitimidade, vêm, por um lado, alicerçar o consentimento dos governados e o projeto dos governantes e, por outro lado, construir o referente ideal de todos quantos por ela se batem.

Assim, por detrás da diversidade de concepções e formulações teóricas, avultam valores políticos sem os quais a democracia aparece desprovida de razão de ser. E eles são (importa frisar de novo) a liberdade e a igualdade⁵⁶, tal como constam da Declaração de Direitos da Virgínia, da Declaração de 1789 e da maior parte das Constituições de Estado de Direito democrático⁵⁷.

É porque todos os seres humanos são livres e iguais que devem ser titulares de direitos políticos e, assim, interferir conjuntamente, uns com os outros, na definição dos rumos do Estado e da sociedade em que têm de viver. É porque todos são dotados de razão e de consciência (como proclama, por seu lado, a Declaração Universal) que eles são igualmente chamados à participação cívica, capazes de resolver os seus problemas não pela força, mas pelo confronto pluralista de ideias e pelo seu sufrágio pessoal e livre.

A liberdade revela-se, portanto, do mesmo passo, fundamento e limite de democracia. Revela-se fundamento, visto que a participação na condução dos destinos comuns pressupõe a liberdade⁵⁸. E revela-se

relativas às respetivas áreas (art. 98.º). Cfr. *Manual ...*, VII, Coimbra, 2007, págs. 32 e segs.

55 Cfr., embora bastante diferentes, as perspetivas de legitimidade de NIKLAS LUHMANN, *op. cit.*, maxime págs. 30 e segs. e 158 e segs.; ou de MÁRIO PINTO, *Das “reformas do Estado” à “Democracia participativa”*, in *Homenagem ao Professor Doutor Germano Marques da Silva*, III, obra coletiva, Lisboa, 2000, págs. 1935 e segs.

56 Cfr. já ALEXIS DE TOCQUEVILLE, *De la Démocratie en Amérique*, II, Paris, 1840 (na edição de 1951, II, págs. 29 e segs. e 392 e segs.).

57 Lidas objetivamente, não de acordo com estas ou aquelas premissas filosóficas dos seus autores históricos.

58 Permita-se-nos evocar o que escrevíamos em 1973: não há regime favorável à liberdade que seja contrário à participação política, nem pode haver efetiva participação

limite, visto que a democracia não pode pôr em causa a liberdade, e a maioria é sempre maioria de conjuntura, não maioria definitiva, pronta a esmagar os direitos da minoria⁵⁹ e ⁶⁰.

II – É ainda em virtude de uma opção pela liberdade, e não, simplesmente, por impossibilidade da democracia direta (ou de um qualquer seu sucedâneo), que se justifica a democracia representativa, porquanto:

- apenas na democracia representativa se distinguem (sem se cortarem pontes) espaço público e espaço privado, a esfera do Estado e a esfera da sociedade;
- do mesmo modo, apenas na democracia representativa, se distinguem o cidadão e a pessoa na sua vida própria, não deixando esta ser absolvida pelo cidadão total (caso da Atenas antiga e, sobretudo, dos regimes totalitários do século XX);
- apenas a democracia representativa assegura a separação de poderes e a responsabilidade política dos governantes perante os governados;
- somente a democracia representativa propicia o pluralismo e o contraditório (sem prejuízo do compromisso) no âmbito das assembleias representativas.

Não por acaso têm-se dito muitas vezes, que ela não constitui um *minus* no confronto com a democracia direta. Constitui um *majus*.

Eis por que a democracia representativa surge, necessariamente, como democracia liberal.

sem liberdade política (*Sobre o conceito de povo em Direito Constitucional*, in *Estudos em honra do Professor Marcello Caetano*, obra coletiva, Lisboa, 1973, pág. 225, nota).

59 A liberdade e a igualdade são os valores da democracia como fundamentos dos princípios jurídico-constitucionais em que ela se estrutura. Mas têm de ser complementados ou, doutra perspetiva, sustentados por certos referenciais de ética política (ou valores democráticos em ação): o respeito da dignidade dos outros e da própria dignidade, a tolerância, o persuadir como único meio de convencer, a lealdade, a transparência. Cfr., por exemplo, RONALD DWORKIN, *La lectura moral de la democracia y la premisa mayoritaria*, in *Questiones Constitucionales*, n.º 7, julho-dezembro de 2002, págs. 3 e segs.; JOÃO LOPES ALVES, *Ética e democracia: que relação?*, in *Ética e futuro da democracia*, obra coletiva, Lisboa, 1998, págs. 9 e segs.; PAULO OTERO, *Ética constitucional: contributo para uma limitação do poder político*, in *Estudos em memória do Prof. Doutor J. L. Saldanha Sanches*, obra coletiva, I, Coimbra, 2010, págs. 421 e segs.

60 Cfr. RUDOLF SMEND, *Constituição y Derecho constitucional*, trad., II, Madrid, 1985, apresentando a democracia como forma de intervenção pela reincorporação de todos os grupos na vida política.

Embora sendo grandes as diferenças entre o governo representativo burguês e as democracias contemporâneas com Estado social, vislumbram-se dois fortes elementos de continuidade: a liberdade política assim definida e a conceção (pelo menos formal, nem sempre substantiva) do povo como conjunto de cidadãos, de todos quantos têm a cidadania ou nacionalidade do Estado; um povo não identificado com as classes trabalhadoras (conceção marxista ou marxista-leninista), ou com a raça (conceção nacional-socialista), ou com o Estado (conceção fascista), ou com a nação transtemporal (conceção salazarista) ou com a comunidade dos crentes (conceção islâmica)⁶¹.

10. DEMOCRACIA REPRESENTATIVA E ESTADO DE DIREITO

I – Não basta enumerar, definir, explicitar, assegurar só por si direitos fundamentais; é necessário que a organização do poder político e toda a organização constitucional estejam orientados para a sua garantia e a sua promoção. Assim como não basta afirmar o princípio democrático e procurar a coincidência entre a vontade política do Estado e a vontade popular em qualquer momento; é necessário estabelecer um quadro institucional em que esta vontade se forme em liberdade e em que cada cidadão tenha a segurança da previsibilidade do futuro.

Em suma: é necessário que se não verifique incompatibilidade entre o elemento subjetivo e o elemento objetivo da Constituição; que os direitos fundamentais tenham um quadro institucional de desenvolvimento⁶²; que (na linha que, afinal, remonta a MONTESQUIEU) a garantia da liberdade se faça através da divisão do poder. A síntese destes princípios, o modelo ou a ideia em que se traduzem vem a ser o Estado de Direito⁶³.

Estado de Direito não equivale a Estado sujeito ao Direito, porque não há Estado sem sujeição ao Direito no duplo sentido de Estado que age segundo procedimentos jurídicos e que realiza uma ideia de Direito,

61 Sobre as conceções político-constitucionais de povo, v. JORGE MIRANDA, *Manual ...*, III, 6.^a ed., Coimbra, 2010, págs. 84 e segs.

62 Neste sentido, v., por todos, HERMANN HELLER, *Staatslehre*, trad. portuguesa *Teoria do Estado*, São Paulo, 1968, pág. 321; ou, entre tantos, MASSIMO LUCIANI, *La "Costituzione dei diritti" e la "Costituzione dei poteri". Noterelle brevi sur un modello interpretativo ricorrente*, in *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, obra coletiva, II, Pádua, 1985, págs. 497 e segs.

63 *Estado de Direito democrático* nas Constituições de Portugal (art. 2.^o), de Cabo Verde (art. 2.^o), de Timor (art. 1.^o), de Moçambique (art. 1.^o), de São Tomé e Príncipe (art. 6.^o). *Estado democrático de Direito* nas Constituições do Brasil (art. 1.^o) e de Angola (art. 1.^o).

seja ela qual for. Estado de Direito só existe quando esses procedimentos se encontram diferenciados por diversos órgãos, de harmonia com um princípio de divisão do poder, e quando o Estado aceita a sua subordinação a imperativos materiais que o transcendem; só existe quando se dá limitação material do poder político; e esta equivale a salvaguarda dos direitos fundamentais da pessoa humana⁶⁴ e ⁶⁵.

Democracia representativa implica, pois, Estado de Direito e hoje não há Estado de Direito sem democracia representativa.

II – A democracia representativa e o Estado de Direito confluem no Estado de Direito democrático (art. 2.º da Constituição portuguesa) ou Estado democrático de Direito (art. 1.º da Constituição brasileira) e neste ocupam um lugar eminente os tribunais, em especial quando decidem da constitucionalidade, da legalidade e da convencionalidade das normas provenientes dos órgãos de poder.

Voltando ao Tribunal Constitucional (arts. 209.º, n.º 1 e 227.º e segs. da Constituição) reiteramos a legitimação democrática, continuando a distinguir *legitimidade de título* e *legitimidade de exercício*. Legitimidade de título, pela forma de designação dos seus juizes, equiparável à dos titulares dos órgãos da função política. Legitimidade de exercício igual à dos juizes dos tribunais comuns por esses juizes deverem decidir segundo estritos critérios jurídicos e dentro de um fenómeno de institucionalização ao longo dos anos⁶⁶.

64 Cfr. *Direitos Fundamentais*, cit., págs. 245 e segs. e Autores citados.

65 Cfr. as visões de ANTONIO D'ATENA, *Tensions e seide della democrazia*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2017, págs. 3119 e segs.; ou de ANA RAQUEL MONIZ, *Os direitos fundamentais e a sua circunstância*, Coimbra, 2019; ou de JORGE MIRANDA, *Direitos fundamentais*, cit., págs. 245 e segs.

66 JORGE MIRANDA, *Fiscalização da constitucionalidade*, Coimbra, 2017, págs. 145 e segs.

II

Sentido e alcance do dever fundamental de pagar impostos

Meaning and scope of the fundamental duty to pay taxes

José Casalta Nabais¹

Resumo: Para compreender o sentido e alcance do dever fundamental de pagar impostos como base fundacional do Estado de Direito, o Autor começa por cuidar do conceito ocidental de constituição baseado no primado da pessoa humana e dos seus direitos e liberdades. O que implica uma separação essencial da sociedade, suportada numa economia livre, e a limitação da organização e exercício do poder do Estado. Um entendimento que, aplicado ao suporte financeiro do Estado, impõe um Estado fiscal suportado na centralidade do contribuinte nas relações tributárias e o reconhecimento do dever fundamental de pagar impostos como uma barreira ao poder tributário.

Palavras-chave: Dever fundamental de pagar impostos, conceito ocidental de constituição, primado da pessoa humana, separação sociedade e Estado, Estado fiscal, centralidade do contribuinte.

Abstracts: In order to understand the meaning and scope of the fundamental duty to pay taxes as the foundational basis of the Rule of Law, the Author begins by taking care of the Western concept of constitution based on the primacy of the human person and his rights and freedoms. Which implies an essential separation from society, supported by a free economy, and a limitation of the organization and exercise of state power. An understanding that, applied to the financial support of the state, imposes the tax state based on the centrality of the taxpayer and the recognition of the fundamental duty to pay taxes as a new barrier to tax power.

Key words: Fundamental duty to pay taxes; Western concept of constitution; primacy of the human person; separation of the society and state; tax state; centrality of taxpayer

Sumário: 1. O conceito ocidental de constituição na fundação do Estado de Direito: 1.1. O Estado submetido aos direitos fundamentais; 1.2. O primado da pessoa humana ou dos direitos fundamentais; 1.3. A separação essencial da sociedade baseada numa economia livre; 1.4. Um Estado limitado na organização e exercício do poder; 2. O

¹ Professor Catedrático Jubilado de Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

dever fundamental de pagar impostos como base do Estado de Direito: 2.1. A ideia de Estado fiscal; 2.2. A centralidade do contribuinte nas relações tributárias; 2.3. O dever fundamental de pagar impostos como barreira ao poder tributário

Para compreender a dimensão e alcance do reconhecimento de um dever fundamental de pagar impostos, impõe-se começar por fazer uma alusão ao que constituem verdadeiros pressupostos de um tal dever. De facto, importa assinalar que essa realidade jurídico-constitucional não é minimamente inteligível senão a partir do conceito ocidental de constituição em que encontramos um Estado limitado e limitado pelo Direito. Mais precisamente, triplamente limitado, porquanto o poder do Estado – social, económico e político – se apresenta limitado por esta ordem: pelo primado da pessoa humana, pela separação essencial da sociedade face ao Estado e por um poder político organizado segundo uma ideia de divisão e limitação do seu exercício por diferentes órgãos.

O que mais não é do que outra maneira de dizer *Estado de Direito*, que assim se suporta num conceito material e omnicompreensivo de constituição polarizado em torno do primado da pessoa humana, ou seja, em torno da primazia da eminente dignidade da pessoa, a implicar que esta desenvolva as suas infinitas potencialidades de realização humana no quadro de uma sociedade livre ou de economia de mercado e de um Estado limitado, formalmente pelo voto e materialmente pelos valores em que assentam aquele primado e aquela sociedade livre².

Uma compreensão do Estado que, depois, se reproduz inteiramente nos diversos domínios ou setores em que se desdobra a organização e a atuação comunitária estadual, como é o domínio ou aspeto relativo ao financiamento do Estado fiscal, em que temos o primado dos contribuintes face ao poder tributário do Estado, apresentando-se estes como sujeitos do dever fundamental de pagar impostos estritamente vinculado a manifestações da capacidade contributiva que venham a ser reveladas no exercício da sua atividade numa sociedade de economia livre ou de mercado cuja separação essencial face ao Estado se impõe que este respeite.

Tendo presente o que vimos de referir quanto ao âmbito e diversidade destas reflexões, vamos, num primeiro momento, fazer algumas

² O que mais não significa do que o reconhecimento da pessoa humana nas suas dimensões essenciais, isto é, como um ser livre (e responsável) enquanto pessoa, enquanto membro da sociedade (civil, económica, etc.) e enquanto membro da comunidade política (em sentido estrito).

considerações sobre o conceito ocidental de constituição como fundamento do Estado de Direito para, num segundo momento, cuidarmos do dever fundamental de pagar imposto inerente ao Estado fiscal como concretização do Estado de Direito no domínio financeiro. Vejamos os diversos pontos de cada um destes dois domínios objeto de reflexão.

1. O CONCEITO OCIDENTAL DE CONSTITUIÇÃO NA FUNDAÇÃO DO ESTADO DE DIREITO

Importa, antes da mais, saber o que significa o conceito ocidental de constituição, e, bem assim, o conceito omni compreensivo desta enquanto suporte jurídico fundamental do Estado de Direito. .

Relativamente ao conceito ocidental de constituição é de referir que este está na base da própria ideia de Estado de Direito enquanto realidade estrutural e duradoura de todo o edifício organizacional, em termos económicos, sociais e políticos, do Estado contemporâneo no Mundo Ocidental. Pois o Estado de Direito tem na sua fundação o primado da pessoa humana face à sociedade e a primazia e separação desta face à esfera do Estado. O que é uma decorrência da ordenação jurídico-constitucional das comunidades humanas assente numa ideia de constituição material, como é o conceito ocidental de constituição, para o qual, com notável clarividência e argúcia, chamava a atenção o Professor *Rogério Ehrhardt Soares*, há mais de três décadas, num tempo de verdadeira calma em que o primado comunitário da pessoa estava longe de ser objeto dos múltiplos e por vezes verdadeiramente estruturais ataques que hoje enfrenta³.

Significa isto que as matérias da disciplina jurídica e a sua ordenação no texto constitucional não podem deixar de refletir que, tanto o ponto de partida como o ponto de chegada, é a pessoa humana. Um entendimento das coisas que leva a que a ordenação jurídica do Estado de Direito, que a constituição necessariamente contém, esteja vinculada a um Estado de direitos fundamentais, de um lado, e comporte uma visão omnicomprensiva da pessoa, da sociedade e do Estado em conformidade com esse lugar da pessoa, de outro. Vejamos, então, estes três aspetos pela ordem que acabam de ser referidos.

1.1. O Estado submetido aos direitos fundamentais

3 Rogério Ehrhardt SOARES, "O conceito ocidental de Constituição", *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 119.º, 1986/87, p. 36 – 39 e 69 – 73.

E a primeira reflexão relativa ao Estado de Direito reporta-se à necessidade de precisar o que esta expressão efetivamente quer dizer, porquanto o seu sentido literal parece mais não ser do que uma fórmula *passé-partout* para referir um Estado submetido ao Direito. Por isso, impõe-se esclarecer de que direito estamos a falar, uma vez que se este for um puro e simples direito do Estado, enquanto mero direito produzido pelo Estado, mais não teremos do que um Estado submetido, ao fim e ao resto, ao próprio Estado. O que obviamente não se compagina com o Estado de Direito de que estamos a falar, ou seja, com o conceito de Estado de Direito material, que é uma aquisição civilizacional do Ocidente, suportada no referido conceito material de constituição. Daí que o direito, a que se encontra submetido o Estado, seja algo que está antes e para além dele, transcendendo-o assim em larga medida. Ou seja, um conjunto de valores, de princípios e de direitos intrinsecamente reportadas à pessoa humana, que tornam o Estado de Direito um efetivo Estado de direitos fundamentais, ou, dada a erosão e expansão que um certo entendimento verdadeiramente desviante destes vem defendendo, um Estado de direitos da pessoa humana.

Significa isto que o Estado de Direito outra coisa não é senão um Estado que se encontra submetido ao reconhecimento prévio dos direitos fundamentais da pessoa humana em conformidade com o respetivo pacto ou contrato social inscrito e registado na Constituição. Pacto ou contrato social que, embora obviamente não tenha que ser uniforme e imutável, podendo, por conseguinte, comportar ampla diversidade tanto em razão do tempo quanto em razão do espaço, tendo em conta as especificidades da correspondente comunidade, não pode deixar de respeitar as bases fundacionais das comunidades nacionais ou estaduais que o referido reconhecimento prévio dos direitos fundamentais da pessoa humana necessariamente implica.

Pelo que, importa sublinhar, é um Estado que não concede ou atribui os direitos fundamentais às pessoas humanas, antes bem pelo contrário, limita-se a reconhece estes direitos fundamentais e a reconhecê-los em função das pessoas humanas, respeitando a sua eminente dignidade. Um reconhecimento que, como é fácil de intuir, comporta diversas e variadas expressões ou concretizações, como: a do primado da pessoa humana face à organização económica, social e política do Estado; a da separação essencial entre a esfera da sociedade, a esfera de uma economia livre ou de mercado, e a esfera do Estado ou a esfera da política em que se desenvolve a formação e a implementação democráticas da

vontade política apurada em eleições livres; e a do respeito, na mais adequada extensão possível em termos da sua efetividade, das gerações futuras, de modo a que também estas possam desfrutar de uma vida que, face aos atuais padrões pelos quais se pauta o Estado de Direito, possa considerar-se digna de ser vivida⁴.

1.2. O PRIMADO DA PESSOA HUMANA OU DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Constitui uma evidência que a infraestrutura fundacional do Estado de Direito desenvolvido no Ocidente implica uma certa ordem de prioridades, consubstanciando uma determinada forma de produção e de distribuição primária dos bens, serviços, riqueza e bem-estar, que tem por característica base assentar numa inequívoca ideia de liberdade, económica e social dos membros da comunidade. Um quadro de realização humana em que cabe a cada um de per si, ou enquanto integrado em grupos primários (família, associações civis, sociais, económicas, etc.), angariar os meios de subsistência e de realização pessoal. O que não passa do direito mais básico, que é simultaneamente um dever, inerente a todo o indivíduo enquanto ser livre e responsável como o impõe a iminente dignidade da pessoa humana⁵. Direito-dever este que obviamente está antes da atuação da sociedade e, ainda mais, antes da atuação do Estado, tendo por base de fundo justamente esta ordem de referência em termos da seguinte cadeia de prioridades: indivíduo (pessoa) → sociedade → Estado.

4 Uma ideia que durante muito tempo esteve longe de ser aceite. O que está bem patente na discussão durante o século XIX e parte do século XX sobre se as declarações de direitos e liberdades deviam integrar o texto da constituição ou ficar fora desta, sendo que, neste caso e durante muito tempo, se tendeu para as considerar ao lado ou abaixo da constituição. Discussão particularmente viva em França, em que apenas com a remissão na Constituição da IV República (1946) e, depois, na Constituição da V República (1958), para a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 passou a obter consenso no sentido de esta integrar, de acordo com a jurisprudência firme e consolidada do Conselho Constitucional francês, a constituição em sentido amplo ou bloco constitucional.

5 Quanto à dignidade da pessoa humana, v., por todos, Ingo Wolfgang SARLET, *Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Brasileira Federal de 1988*, 10.^a ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2019; Aharon BARAK, *Human Dignity: The Constitutional Value and the Constitution*, Cambridge University Press, 2015; João Carlos LOUREIRO, "Human dignity in Portugal", *Handbook of Human Dignity in Europe*, Springer International Publishing, 2019.

Uma ideia afirmada de forma superlativa na atual Constituição Portuguesa, em que essa cadeia de prioridade está bem patente na ordenação das matérias no próprio texto constitucional. De facto aí encontramos a seguinte ordem: depois do pórtico (Princípios fundamentais, a “constituição da pessoa” (Parte I – Direitos e deveres fundamentais), a “constituição económica” ou “constituição da sociedade” (Parte II – Organização económica) e a “constituição política” ou “constituição do Estado” (Parte III – Organização do poder político), a que acresce ainda a “constituição da constituição” (Parte IV – Garantia da constituição)⁶.

Sendo que a prioridade da constituição da pessoa, traduzida na primazia constitucional do reconhecimento prévio de direitos e deveres fundamentais da pessoa humana, concretiza-se no reconhecimento de um significativo número de direitos fundamentais, na modalidade de “direitos, liberdades e garantias fundamentais”, ao indivíduo enquanto pessoa, enquanto membro da comunidade política e enquanto membro da comunidade económica livre ou de mercado, ou seja, de direitos pessoais, direitos políticos e de direitos de liberdade económica e social. A que acrescem os direitos económicos, sociais e culturais, os quais embora já não se encontrem direta e imediatamente reportados à liberdade de atuação da pessoa, estão ao serviço da realização desta através da atuação económica e social, designadamente de natureza prestacional, do Estado e demais entidades públicas ou com incumbências públicas⁷.

1.3. A SEPARAÇÃO ESSENCIAL DA SOCIEDADE BASEADA NUMA ECONOMIA LIVRE

Tendo em conta o que vimos de dizer relativamente à centralidade e primazia da pessoa humana na ordenação jurídico-constitucional das comunidades que têm as suas bases no conceito ocidental de constituição inerente à ideia de Estado de Direito, importa agora focar-nos na sociedade enquanto comunidade económica livre ou de mercado, que mantém com o Estado uma separação essencial. O que implica com

6 V. José Casalta NABAIS, “Do lugar dos deveres fundamentais na constituição”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 148.^o, 2018/19, p. 348 – 369.

7 Uma concretização destas ideias é particularmente expressiva na Constituição Portuguesa, como se pode ver pela distribuição dos direitos fundamentais na Parte I, sobretudo como pessoa – direitos pessoais, como membro da comunidade política – direitos de participação política, como membro da comunidade económica – direitos dos trabalhadores. V. José Casalta NABAIS, “Do lugar dos deveres fundamentais na constituição”, cit., p. 351 e s.

diversas dimensões, sendo certo que para algumas delas não nos encontramos minimamente habilitados, nem, de resto, havia tempo para cuidar delas aqui. Por isso vamos limitar-nos a uma dela, que é, de resto, a mais visível e essencial, e tem a ver a distinção entre produzir e distribuir bens e serviços numa sociedade assente na ideia de liberdade económica e social.

Pois bem, num tal quadro, a produção dos bens e serviços e a distribuição primária dos rendimentos e ativos correspondentes cabe ao mercado, cuja existência e funcionando comportam e asseguram um contexto de liberdade económica dos indivíduos e suas organizações, mormente empresariais, enquanto participantes cooperativos ou colaborativos nessa produção e distribuição, em que cada um oferece o correspondente fator ou meio de produção ou a própria organização das mesmas, recebendo a respetiva contrapartida, ou seja, salários, rendas, juros e lucros, de molde a proporcionar um adequado equilíbrio entre a participação de cada um na atividade económica e a respetiva contrapartida. Daí que ao Estado⁸, nesta sede, caiba fundamentalmente um decisivo papel de regulação de modo a que a economia em causa seja uma efetiva economia livre ou de mercado e não uma economia de cariz totalitário ou autoritário, que de mercado não tem nada, na medida em que algum ou alguns dos participantes na produção monopolizem as contrapartidas de todos os demais participantes⁹.

Não admira assim que quanto mais equilibrada e equitativa for esta distribuição primária dos rendimentos e ativos, sobretudo correspondente à contrapartida paga aos trabalhadores (salários), menos espaço fica e, simultaneamente, se exige à distribuição secundária ou

8 Ou, para os países que são Estados Membros da União Europeia, a União Europeia, instância para a qual, no essencial, transitou a “constituição económica”. V. José Casalta NABAIS, “Reflexões sobre a constituição económica, financeira e fiscal portuguesa”, em José Casalta NABAIS, *Por um Estado Fiscal Suportável - Estudos de Direito Fiscal*, Vol. IV, Almedina, Coimbra, 2015, p. 157 e ss.

9 Por isso, a caracterização, como é frequente, dessa realidade como neoliberalismo, não faça o menor sentido, porquanto estamos perante algo que nem é novo, pois manifestações de totalitarismo ou autoritarismo na economia como na política sempre as houve, antes e depois do liberalismo oitocentista, nem é verdadeiro liberalismo, pois impondo-se a vontade monopolística de um ou alguns participantes na atividade económica, onde está, afinal, a liberdade minimamente equilibrada entre todos os participantes na produção, distribuição e consumo de bens e serviços? Algo referido já há anos por José Casalta NABAIS, “Constituição europeia e fiscalidade”, em José Casalta NABAIS, *Por um Estado Fiscal Suportável - Estudos de Direito Fiscal*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 2005, p. 157 - 181, esp. p. 180.

redistribuição desses rendimentos e ativos por parte do Estado. O que passa por uma regulação estadual forte e eficaz do mercado e do seu funcionamento de modo a evitar que algum ou alguns dos participantes na produção, distribuição e consumo de bens e serviços tenha vantagens excessivas ou desproporcionadas face à respetiva contribuição, obtendo assim rendas puras ou ganhos injustificados (*windfallgains*, *windfallprofits*), porquanto sem qualquer ligação minimamente aceitável no que concerne à correspondente participação na atividade económica. Resultado este que, se e na medida em que não possa ou não se venha a verificar, por não ter sido eficazmente prevenido e evitado em sede da regulação, deve ser objeto de correção, designadamente por via de adequada tributação¹⁰.

Por conseguinte, neste quadro de funcionamento das comunidades estaduais, o suporte financeiro do Estado tem por base o resultado positivo da produção, distribuição e consumo de bens e serviços proporcionado pela referida economia livre ou de mercado. Resultado que, obviamente, não pode deixar de ser consequência adequada ao papel ativo do Estado traduzido na sua ação de regulação que deve ser suficientemente robusta face aos atores económicos de molde a obviar às referidas manifestações económicas de cariz totalitário ou autoritário. O que nos dá conta de quão efetiva e decisiva é a interdependência entre a regulação económica e social, de um lado, e do modo de financiamento do Estado, de outro, ao mesmo tempo que nos revela as importantes limitações do poder de atuação do Estado em ambas estas dimensões.

O que significa que, em sede do financiamento do Estado compatível com o Estado de Direito, se impõe que o Estado não se financie de *forma autónoma* como produtor, distribuidor e consumidor, em suma como dono ou proprietário único ou monopolista da economia, como aconteceu basicamente nos estados patrimoniais medievais e aconteceu, e ainda acontece para os estados que sobrevivem, nos estados patrimoniais e empresariais socialistas que conhecemos no do século XX. Antes

10 Uma situação que é superlativamente evidente naqueles casos em que as empresas, em virtude de crises específicas, como a decorrente da pandemia Covid-19, foram destinatárias de auxílios estaduais a fundo perdido. Caso em que, nos períodos seguintes, em que obtenham lucros, os ganhos reportados a esses auxílios, devem ser objeto de recuperação por parte do Estado, através de tributação especial ou extraordinária desses ganhos, recuperando por esta via parte dos rendimentos proporcionados pelos referidos auxílios, que se não devem a meios das próprias empresas, mas a meios oferecidos pelos contribuintes que suportaram esses auxílios. No que, a seu modo, não deixa de ter alguma similitude com os auxílios constituídos por empréstimos.

implica que se financie de *forma heterónoma*, exigindo parte do resultado positivo proporcionado pela economia de mercado, ou seja, obtendo parte da contrapartida recebida por cada um dos fornecedores dos meios ou fatores de produção (rendimentos) ou do valor dos bens e serviços aquando da sua produção, da sua propriedade ou do seu consumo ou transmissão, como é da natureza do Estado fiscal¹¹.

1.4. UM ESTADO LIMITADO NA ORGANIZAÇÃO E EXERCÍCIO DO PODER

Para além das inequivocamente estruturais limitações que o primado da pessoa humana, de um lado, e a separação essencial da sociedade face ao Estado, de outro, constituem para o poder do Estado, este não pode deixar de estar limitado também na sua organização e exercício. O que mais não é do que o sentido da exigência de uma constituição escrita reclamada pelo constitucionalismo que começou a concretizar-se na segunda metade do século XVIII e se manteve no século XIX, em que a constituição se concretizava fundamentalmente num esquema de organização e exercício do poder político baseado na soberania, una e indivisível, da nação ou do povo¹², a ser exercida de forma dividida ou separada, em conformidade com o que se considerou serem as três funções estaduais, pelos correspondentes poderes ou órgãos do Estado¹³ numa formulação que passou à história como sendo de *Charles Montesquieu*.

11 V. o que dizemos *infra*, no ponto 2.3.

12 Que foi diversamente entendida, tendo passado de soberania da nação (França), de soberania do Estado (Alemanha) e de soberania do Parlamento (Reino Unido) para a soberania do povo. V. José Casalta NABAIS, *O Dever Fundamental de Pagar Impostos. Contributo para a Compreensão Constitucional do Estado Fiscal Contemporâneo*, Almedina, Coimbra, 1998, p. 290 – 300.

13 Que em Portugal, numa tradição introduzida pela primeira constituição republicana (a Constituição de 1911), são designados por “órgãos de soberania”. Para o exato e coerente sentido desta designação no sistema constitucional português, v. José Casalta NABAIS, *O Dever Fundamental de Pagar Impostos*, cit., p. 299 es. Refira-se que a titularidade, una e indivisível, da soberania por parte do povo e o seu exercício, dividido pelos três poderes de Charles Montesquieu, lembram uma teologia política decalcada da teologia cristã de um só Deus consubstanciado nas três Pessoas das Santíssima Trindade. Uma ideia que, importa assinalar, não é a que suporta a obra clássica da teologia política de Carl Schmitt, publicada em 1922, que polariza a laicização das antigas categorias teológicas na soberania absoluta do Estado à semelhança do poder absoluto de Deus - Carl SCHMITT, *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre der Souveränität*, 2.^a ed., München-Leipzig, 1934 = “Teologia Política. Quattro Capitoli sulla dottrina della Souveranità”, in *Le Categorie del “Politico”*, Bologna, 1972, p. 61 e ss.

Um poder limitado pelo facto de estar repartido pelo poder legislativo que, no exercício da função legislativa, faz as leis pelas quais se hão de reger os demais órgãos do poder estadual, constituindo os parâmetros de atuação seja dos membros da sociedade civil, seja sobretudo dos órgãos do Estado, pelo poder executivo a quem cabe pôr em prática os comandos das leis, executando-os em inteira conformidade com o que elas estabelecem, e pelo poder judicial que controla e julga a aplicação das leis pelos membros da sociedade em geral e por todos os órgãos que constituem o aparelho em sentido amplo do Estado. Sendo de esclarecer que, relativamente à função executiva do Estado, a cargo do poder executivo, temos em rigor duas funções em que a mesma se desdobra.

Pois nela encontramos sem dúvida a função estritamente executiva, isto é, função executiva em sentido próprio das leis, que constitui a função administrativa concretizada tanto na edição de normas jurídicas secundárias face às leis – os regulamentos – como a prática de atos individuais e concretos de aplicação das leis, seja esta aplicação direta ou indireta através da interposição de regulamentos – os bem conhecidos atos administrativos. Mas ao lado desta temos também uma função a seu modo ainda executiva, não das leis, mas antes da própria constituição – a função política ou “governamental” – traduzida na prática de atos individuais e concretos de aplicação imediata da constituição em diversos domínios reportados seja à implementação operacional da constituição, seja ao funcionamento, ao mais alto nível, dos órgãos do Estado.

Significa isto um Estado limitado tanto na sua organização como no seu funcionamento: imediatamente pela constituição no que respeita à função legislativa e à função política ou “governamental”, e imediatamente pela lei (e mediadamente pela constituição) no que respeita à função administrativa e à função judicial. Pelo que, enquanto as duas primeiras funções estaduais se definem pela sua imediata subordinação à constituição, as duas últimas definem-se pela sua imediata subordinação à lei¹⁴.

14 Com uma exceção no respeitante à função judicial, quando os tribunais em geral, como sucede no Brasil e em Portugal, controlam a constitucionalidade das leis segundo o modelo norte-americano da *judicial review of legislation*, uma vez que no que a este controlo diz respeito têm por parâmetro imediato a constituição com base no qual apreciam e julgam a validade das leis.

2. O DEVER FUNDAMENTAL DE PAGAR IMPOSTOS BASE DO ESTADO DE DIREITO

Vejamos agora, passando do plano geral do Estado para o plano do suporte financeiro do Estado ou, por outras palavras, para o plano da sustentabilidade financeira do Estado, como é imprescindível para o Estado de Direito que essa suporte passe pelo Estado fiscal, em que o poder tributário do Estado não pode deixar de ser entendido a partir da centralidade do contribuinte nas relações tributárias face aso demais atores tributários. O que passa pelo reconhecimento de um dever fundamental de pagar impostos a implicar que um tal poder não se apresente limitado apenas pela constituição da organização do poder político, como tem sido tradicional e em geral é sustentado, mas também, de um lado, pelo pressuposto do próprio Estado fiscal, constituído pela existência de funcionamento de uma economia livre ou de mercado essencialmente separada do Estado, e, de outro, que é o que aqui interessa, pelo respeito particularmente intenso dos direitos fundamentais dos contribuintes que um tal dever coerentemente entendido visa inequivocamente assegurar. Daí que se imponham algumas considerações, muito sumárias naturalmente, sobre o Estado fiscal, sobre a centralidade do contribuinte nas relações tributárias e sobre o dever fundamental de pagar impostos como uma terceira linha ou uma terceira barreira de limitações ao poder tributário. Vejamos então, dedicando algumas palavras a cada um destes aspetos.

2.1. A IDEIA E SENTIDO DO ESTADO FISCAL

Como referimos, o Estado de Direito implica um suporte financeiro de natureza heterônoma, que não ponha em causa uma separação essencial e estrutural entre a esfera da sociedade e a esfera do Estado, ou seja, a rejeição de um Estado proprietário ou empresarial. Uma ideia que, todavia, não impõe necessariamente um Estado fiscal, porquanto essa forma de financiamento do Estado poderia satisfazer-se com um financiamento assente essencialmente em tributos com estrutura bilateral, ou seja, através de taxas e de contribuições financeiras a favor de entidades públicas, no que se configuraria basicamente como um “Estado taxador”. O que, todavia, não passa de uma falsa alternativa que apenas em teoria e de termos limitados pode ser acomodada.

De facto, o Estado taxador constituiu uma ideia que chegou a entusiasmar alguns autores, não para a aplicar ao conjunto dos tributos e

ao conjunto das despesas do Estado, mas no respeitante a certos sectores ou segmentos da mais recente atuação do Estado, como é o relativo à tutela ou proteção do meio ambiente. De facto, no chamado domínio da proteção do meio ambiente, há quem defenda que as despesas ambientais podem e devem ser financiadas através de tributos bilaterais, através, portanto, de ecotaxas, em vez de ecoimpostos.

O que, todavia, não quer dizer que, as taxas e demais tributos bilaterais não estejam abertos, em sede do seu *quantum*, inteiramente reportado ao custo da prestação pública a que correspondem como contraprestação, à internalização de externalidades negativas e positivas. Assim, pode o montante desses tributos ser mais elevado ou menos elevado em virtude de a prestação pública a que correspondem comportar tais externalidades, como será o caso das taxas urbanísticas mais altas relativas a prédios situados em zonas urbanísticas de alta densidade ou pressão urbanística e mais baixas no respeitante a zonas urbanísticas de baixa densidade, em que tudo tem a ver com o *quantum* fiscal das referidas taxas, porquanto inteiramente reportado aos específicos custos da prestação pública, não constituindo assim o agravamento e o desagravamento dessas taxas qualquer expressão de extrafiscalidade no sentido de uma penalização tributária no primeiro caso e de uma beneficiação tributária no segundo caso. Pelo que é com este sentido que devem ser lidas as disposições constantes do artigo 6.º do Regime Geral das Taxas das Autarquias Locais, que define a incidência objetiva das taxas, designadamente o seu n.º 2, que prescreve: que “as taxas municipais podem também incidir sobre a realização de atividades dos particulares geradoras de impacto ambiental negativo”.

Mas, analisando mais especificamente este problema, devemos assinalar que, em rigor, nem em sede do financiamento geral do Estado, nem em sede do específico financiamento da proteção do meio ambiente, a figura das taxas está em condições de se apresentar como suporte financeiro principal do Estado nos tempos que correm. Em sede geral, uma tal opção encontra-se arredada porque há todo um conjunto de bens, os *bens públicos*, cujos custos não podem ser repartidos pelos respetivos utentes, antes têm de ser suportados pelo conjunto dos cidadãos, pelo universo nacional dos contribuintes. Entre tais bens temos, de um lado, um conjunto de bens, correspondentes às funções clássicas do Estado, às funções do Estado *tout court*, como os bens públicos constituídos pela defesa nacional, pela política externa, pela política económica, pela política financeira, pela segurança e proteção policiais, etc., os quais, porque

são bens públicos cujos custos são insuscetíveis de divisão pelos que deles beneficiam não podem ser financiados por taxas, antes têm de ser suportados por impostos. Trata-se dos *bens públicos por natureza* que não podem, assim, ser financiados senão por impostos.

Por outro lado, temos no Estado social um conjunto de bens públicos, que embora os seus custos possam ser repartidos pelos correspondentes utentes, como os relativos à justiça, à saúde, à educação, à habitação, à segurança social, ou seja, os relativos aos direitos sociais, o certo é que, por exigência das próprias constituições, esses direitos devem ser estendidos a todos os cidadãos, mesmo àqueles que não tenham condições de os realizar através do funcionamento da economia de mercado. Todo um conjunto de bens que não constituem bens públicos por natureza, antes se apresentam como *bens públicos por imposição constitucional*. Assim, por força da Constituição, os custos com esses bens, relativamente àqueles que os não possam realizar pela via da sua aquisição onerosa, designadamente no mercado, têm que ser suportados pela generalidade dos contribuintes¹⁵.

O que vale também no respeitante ao domínio da proteção do meio ambiente. É certo que o princípio estruturante do direito ambiental, o *princípio do poluidor-pagador*, parece ir claramente no sentido de um Estado taxador, uma vez que concretizaria a ideia de cada um suportar, pagar a poluição que produz, financiando-se as correspondentes despesas públicas através de taxas ecológicas em vez de impostos. Mas essa é uma maneira um pouco superficial de ver a realidade, já que a realização desse princípio enfrenta importantes obstáculos relativos seja à determinação do poluidor seja à exata imputação dos custos da poluição aos respetivos poluidores¹⁶.

Obstáculos que, é preciso reconhecê-lo, podem, de algum modo, ser atenuados ou limitados com o desenvolvimento tecnológico que permita mais facilmente seja identificar o poluidor, seja possibilitar a medida do grau de poluição que, assim, lhe possa ser imputada, caso em que, obviamente, a figura tributária das taxas recupera o seu potencial de

15 Cf. José Casalta NABAIS, *O Dever Fundamental de Pagar Impostos*, cit., p. 210 e ss., e “A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos”, em José Casalta NABAIS, *Por uma Liberdade com Responsabilidade – Estudos sobre Direitos e Deveres Fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 163 e ss. (186 e ss.).

16 V., quanto a este aspeto, José Casalta NABAIS “Da sustentabilidade do Estado fiscal”, em José Casalta NABAIS/ Suzana Tavares da SILVA (Coord.), *Sustentabilidade Fiscal em Tempos de Crise*, Almedina, 2011, p. 44 e ss.

verdadeiro tributo com especial vocação ambiental cuja utilização não deve ser descartada. O que, todavia, não elimina, no essencial, a ideia de que, mesmo em sede da tutela do ambiente, a via de um Estado taxador terá sempre um alcance limitado.

2.2. A CENTRALIDADE DO CONTRIBUINTE NAS RELAÇÕES TRIBUTÁRIAS

De quanto vimos de dizer resulta, como uma das suas consequências mais visíveis, a centralidade do contribuinte nas relações de direito dos impostos. O que ocorre nas três relações em que a relação tributária em sentido muito amplo se desdobra, ou seja: na relação constitucional, na relação administrativa e na relação obrigacional.

Ou seja, mais desenvolvidamente: na *relação de direito constitucional* entre o Estado, titular do poder tributário, e os contribuintes, destinatários do dever fundamental de pagar impostos, contribuindo para as despesas públicas em conformidade com a sua capacidade contributiva revelada na prática do correspondente facto tributário, facto gerador ou pressuposto de facto do imposto; na *relação de direito administrativo* entre a administração tributária e os contribuintes ou sujeitos passivos do imposto, em que aquela se apresenta munida do correspondente poder administrativo (um poder funcional) para aplicar as leis fiscais, praticando os correspondentes atos administrativos, os atos tributários¹⁷; na *relação de direito obrigacional* entre a Fazenda Pública e os devedores do imposto, uma relação de natureza *paritária*, em que aquela não dispõe de qualquer poder de autoridade, muito embora seja titular de um direito de crédito que tem de característico, face aos direitos de crédito comuns, apresentar-se rodeado de garantias especialmente reforçadas¹⁸.

Uma centralidade que tem concretização no lugar central e determinante que a atuação dos contribuintes tem no nascimento e desenvolvimento das relações tributárias, praticando o correspondente do facto tributário ou facto gerador do imposto. Daí que da não verificação do facto tributário decorra inevitavelmente ficar sem qualquer suporte a atuação do ator tributário que se segue, ou seja, da administração

17 Nos quais se incluem os próprios atos da competência da Administração Tributária no processo de execução fiscal. O que não admira, pois trata-se de atos de execução do próprio ato tributário.

18 V. José Casalta NABAIS, *Direito Fiscal*, 11.^a ed., Almedina, Coimbra, 2019, p. 233 – 238.

tributária. Pelo que a atuação desta, que se desdobra na edição do correspondente ato tributário fica irremediavelmente prejudicada.

O que implica ter em consideração, de um lado, o significado e alcance da distinção entre o facto tributário e o ato tributário e, de outro, a inaceitável desconsideração por parte da jurisdição constitucional e da jurisdição administrativa dessa centralidade. Aspetos estes que merecem algumas reflexões.

Pois bem, enquanto o facto tributário faz nascer a relação tributária, constituindo-a, o ato tributário limita-se a verificar se aquele ocorreu ou não e, no caso de ter ocorrido, retirar as correspondentes consequências legais, procedendo à liquidação (em sentido amplo) do imposto, identificando o contribuinte e procedendo às diversas operações de determinação e apuramento do *quantum* do imposto a pagar. Operações cujo número e complexidade ou mesmo sofisticação dependem do tipo de imposto, sendo que elas se reconduzem em abstrato à determinação da matéria coletável (ou tributável) e da taxa ou alíquota (no caso de pluralidade de taxas ou alíquotas), ao apuramento da coleta mediante a aplicação da taxa ou alíquota à matéria coletável, que virá a coincidir com o imposto a pagar, quando não haja lugar a quaisquer operações junto da coleta como as bem conhecidas e importantes deduções à coleta em sede do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares (IRS) e do Imposto sobre o rendimento das Pessoas Coletivas (IRC), caso em que a liquidação não pode deixar de abarcar também estas deduções.

Daí que o facto tributário tenha *natureza constitutiva* da relação de imposto e o ato tributário disponha de *natureza verificativa*, ainda que esta configure uma *natureza verificativa constitutiva*, porquanto, uma vez praticado o ato tributário, os seus efeitos retrotraem ao momento da verificação daquele¹⁹. Por isso não admira que tenha sido em torno do facto tributário que se tenha constituído o direito fiscal, enquanto direito substancial que tem na atuação dos contribuintes a base de todo o edifício que suporta a sua autonomia dogmática. Assim a atuação dos contribuintes é absolutamente determinante face à dos demais atores tributários, sendo juridicamente chocante que possa haver impostos em que se prescinde dos contribuintes, resultando os mesmos de uma espécie de conluio

19 Sobre a natureza das verificações constitutivas ou actos declarativos com efeitos constitutivos, v., por todos, Alberto XAVIER, *Conceito e Natureza do Acto Tributário*, Almedina, Coimbra, 1972, p. 421 e ss.; e Mário Aroso de ALMEIDA, *Teoria geral do Direito Administrativo: O Novo Regime do Código do Procedimento Administrativo*, 4.ª ed., Almedina, Coimbra, 2017, p. 203 e ss.

entre o legislador fiscal e a administração tributária a que, eventualmente, se soma uma inadequada tutela jurisdicional por parte dos tribunais, no que acabamos por ter “dois em um” ou, até mesmo, “três em um”.

Importante, nesta sede, é o paradigma ou parâmetro de validade do facto tributário e do ato tributário, pois, como referimos, são bem diversos em um e outro. Com efeito, enquanto no respeitante ao facto tributário – uma atuação do contribuinte especialmente recorta na lei fiscal – estamos perante algo que releva do *direito constitucional*, sendo objeto de uma disciplina legal particularmente rigorosa por exigência constitucional, no que concerne ao ato tributário – um ato administrativo de identificação de um concreto contribuinte e de determinação de um concreto montante de um imposto – deparamo-nos com algo que releva do *direito administrativo*²⁰.

2.3. O DEVER FUNDAMENTAL DE PAGAR IMPOSTOS COMO BARREIRA AO PODER TRIBUTÁRIO

Como referimos a respeito do primado da pessoa humana, as matérias no texto da Constituição Portuguesa encontram-se distribuídas e ordenadas por quatro áreas que importa ter presentes. Todavia, parece óbvio que o poder tributário, como um dos mais importantes poderes do Estado, integra, naturalmente, a “constituição política”, a “constituição do Estado” ou a “organização do poder político”. Todavia, tendo em conta a ordenação das matérias na Constituição e a maneira como nesta se encontra, de um lado, estabelecido o primado da pessoa humana e da sociedade face ao Estado e, de outro, consagrado o dever fundamental de pagar impostos, torna-se evidente que a legitimidade do poder tributário não pode reportar-se apenas à constituição política, impondo-se encará-lo, também, a partir dos destinatários constitucionais desse poder. Ou seja, há que confrontar o poder tributário também com a “constituição da pessoa”, em que releva o dever fundamental de pagar impostos, o qual, como acontece em geral com deveres fundamentais autónomos, se configura como limites imanentes aos direitos fundamentais²¹.

20 V., a este propósito, José Casalta NABAIS, *Direito Fiscal*, cit., p. 235 e ss.

21 V. José Casalta NABAIS, “Direitos fundamentais e a tributação”, *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, Volume XCVI, 2020, Tomo II, p. 667 – 695. Para as relações dos direitos fundamentais com a tributação, v., por todos, os estudos reunidos em Miguel Póiares MADURO e Pasquale PISTONE e (Eds.), *Human Rights and Taxation in Europe and the World*, IBFD; 2011; os estudos da obra de Floréan GARCÍA BERRO (Dir.), *Derechos*

Um entendimento dos deveres fundamentais que está em inteira consonância com a lição de *António Castanheira Neves*, segundo a qual do axiológico sentido da pessoa na comunidade das pessoas inferem-se duas imediatas consequências normativas, as inferências de um princípio de igualdade e de um princípio de responsabilidade que reconhece que a pessoa, pela sua axiológica dignidade de sujeito ético, não só é natural titular de direitos como correlativamente natural imputável de responsabilidade, sendo os deveres tão originários como os direitos. Pois se os direitos lhe conferem um espaço de autonomia, por realização, fruição e participação, esta está em irreduzível dialética com a responsabilidade²².

Mas deixando de lado a temática das relações dos deveres fundamentais autónomos com os direitos fundamentais e do seu sentido profundo²³, de que comunga naturalmente o dever fundamental de pagar impostos, importa cuidar aqui de alguns aspetos mais específicos deste dever fundamental. Desde logo, importa insistir no significado jusfundamental do dever fundamental de pagar impostos. Neste sentido é de ter em conta, para além da “constituição fiscal” no seu todo, sobretudo a formulação desse dever fundamental, no n.º 3 do art. 103.º da Constituição, que dispõe: “[n]inguém pode ser obrigado a pagar impostos que não tenham sido criados nos termos da Constituição, que tenham natureza retroativa ou cuja liquidação e cobrança se não façam nos termos da lei”. Um dever fundamental constitucionalmente formulado pela negativa, ou seja, a partir de um direito fundamental a não pagar impostos a não ser aqueles que se conformem com as exigências deste preceito constitucional.

Neste quadro constitucional, o dever fundamental de pagar impostos, apresenta-nos, como vimos ensinando²⁴, cercado de direitos igualmente fundamentais, a saber: 1) o *direito de não pagar impostos* a não ser aqueles que hajam sido criados nos termos da Constituição, não tenham natureza retroativa e cuja liquidação e cobrança se façam nos

Fundamentales y Hacienda Pública. Perspectiva Europea, Civitas-Thompson Reuters, 2015; Philippe MARCHESOU e Bruno TRESCHER, *Droit Fiscal International et Européen*, Bruxelles, Bruylant, 2018; e Godoi, Marciano Seabra de GODOI e João Victor ARAÚJO, “A equivocada caracterização do tributo como uma restrição a direitos fundamentais e suas perniciosas consequências”, 2022.

22 António Castanheira NEVES, “Uma reconstituição do sentido do direito – na sua autonomia, nos seus limites, nas suas alternativas”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona do Porto*, Vol. 1, n.º 1, 2012, p. 15

23 V. José Casalta NABAIS, *O Dever Fundamental de Pagar Impostos*, cit. p. 117 - 126.

24 V. José Casalta NABAIS, *Direito Fiscal*, cit., p. 138 e s.

termos da lei, como consta do já reproduzido n.º 3 do art. 103.º da Constituição; 2) o *direito de exigir* que todos os outros membros da comunidade também contribuam para o seu suporte financeiro, o que implica para o Estado que todos os membros da mesma sejam constituídos em destinatários desse dever (tarefa do legislador) e, bem assim, que todos eles sejam efetivamente obrigados ao cumprimento do mesmo (tarefa da Administração Tributária e dos tribunais); 3) o *direito à eficiência da despesa pública*, o que significa que o dever fundamental de pagar impostos apenas se conterà dentro dos seus limites constitucionais se a despesa pública assegurar um adequado retorno à sociedade do montante dos impostos através da prestação, em quantidade e qualidade, dos correspondentes serviços e políticas públicas²⁵.

Depois, a autorização constitucional em bloco ao legislador para revelar ou estabelecer os limites imanentes aos direitos, liberdades e garantias, decorrentes da existência do dever fundamental de pagar impostos, mediante o exercício do poder tributário, está longe, muito longe, de ser uma autorização em branco ou até uma autorização menos estrita do que a implicada nas leis que estabelecem restrições ou limites aos direitos liberdades e garantias fundamentais. É que o exercício do poder tributário deve respeitar os diversos e exigentes requisitos da “constituição fiscal” que, bem vistas as coisas, não ficam atrás dos das leis restritivas de direitos, liberdades e garantias fundamentais.

De facto, nesses requisitos, temos dois importantes conjuntos de princípios constitucionais, a saber: os *princípios gerais*, aplicáveis a todos e cada um dos impostos que integram o sistema fiscal, entendido este como o conjunto dos tributos que devam ser considerados impostos atenta a sua estrutura; e os *princípios especiais* que se reportam a cada imposto ou tipo de impostos como estes se apresentam na sua menção constitucional.

Relativamente aos primeiros, podemos referir os que fixam limites de natureza formal, respeitantes a *quem* pode tributar, ao *como* tributar e ao *quando* tributar, em que temos os princípios da legalidade fiscal e da não retroatividade dos impostos, e os que estabelecem limites de natureza material, relativos ao *que* e ao *quanto* tributar, em que se

25 Uma exigência que tem expressa consagração no n.º 2 do artigo 31.º da Constituição Espanhola. Quanto ao que dizemos no texto, v. José Casalta NABAIS, “Um direito fundamental a não pagar impostos?”, em Oswaldo Othon de Pontes Saraiva FILHO (Coord.), *Direitos Fundamentais dos Contribuintes – Homenagem ao Jurista Gilmar Ferreira Mendes*, Almedina Brasil, São Paulo, 2020, p. 233 e ss.

destaca, sobretudo o princípio da igualdade fiscal a aferir pela capacidade contributiva.

Por seu turno, no que concerne aos segundos, temos em Portugal um conjunto de princípios constantes do art. 104.º da Constituição que, tendo começado por ser um verdadeiro programa constitucional de reforma fiscal, constitui hoje em dia, depois da concretização por etapas dessa reforma²⁶, um quadro paramétrico para o legislador fiscal com o seguinte conteúdo normativo:

1. O imposto sobre o rendimento pessoal visa a diminuição das desigualdades e será único e progressivo, tendo em conta as necessidades e os rendimentos do agregado familiar; 2. A tributação das empresas incide fundamentalmente sobre o seu rendimento real; 3. A tributação do património deve contribuir para a igualdade entre os cidadãos; 4. A tributação do consumo visa adaptar a estrutura do consumo à evolução das necessidades do desenvolvimento económico e da justiça social, devendo onerar os consumos de luxo²⁷.

Um parâmetro normativo constitucional particularmente exigente que não tem, de resto, qualquer paralelo na generalidade dos países, designadamente daqueles que nos são mais próximos em termos do correspondente ordenamento jurídico-constitucional. O que, todavia, não elimina ou inutiliza o acréscimo que proporciona à limitação do poder tributário do Estado e, conseqüentemente, à proteção dos direitos fundamentais dos contribuintes, o reconhecimento de um dever fundamental de pagar impostos.

De facto este, em vez de ser uma porta aberta para legitimar mais poder tributário, como a errada compreensão dos deveres fundamentais

26 V. José Casalta NABAIS, “A Constituição fiscal de 1976, sua evolução e seus desafios”, em José Casalta NABAIS *Por um Estado Fiscal Suportável – Estudos de Direito Fiscal*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 2005, p. 121 e ss.; e “O Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares na Constituição de 1976”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 149.º, 2019/20, p. 328 e ss.

27 Um parâmetro constitucional que, é de sublinhar, na parte em que efetivamente comporta maior força normativa – o disposto no reproduzido n.º 1 em que exige que o imposto sobre o rendimento pessoal seja único e progressivo - vem sendo, em larga medida, desrespeitado pelo legislador fiscal, sem que isso tenha desencadeado quaisquer reais consequências, em sede do controlo da constitucionalidade, com destaque, para a manifesta falta de controlo em que tem redundado a jurisprudência do Tribunal Constitucional. Daí a proposta de José Casalta NABAIS, “Ainda fará sentido o artigo 104.º da Constituição?”, em José Casalta NABAIS, *Por um Estado Fiscal Suportável – Estudos de Direito Fiscal*, Vol. IV, Almedina, Coimbra, 2015, p. 135 e ss.

autónomos por parte de alguns autores sugere²⁸, apresenta-se como uma terceira barreira ao referido poder, que assim acresce tanto à da constituição política, isto é, a relativa à organização do poder político em que encontramos a “constituição fiscal” e que tradicionalmente tende a constituir toda a malha constitucional dos impostos, como a “constituição económica” que, par além de assegurar a existência e funcionamento do pressuposto do Estado fiscal constituído por uma economia livre ou de mercado, implica limites à função reguladora económica e social do poder tributário. Significa isto que o reconhecimento do dever fundamental de pagar impostos convoca para a limitação do poder tributário também a “constituição do indivíduo” (ou melhor constituição da pessoa), apresentando-se está assim como uma terceira barreira de proteção dos contribuintes.

BIBLIOGRAFIA

- Almeida, Mário Aroso de (2017), *Teoria geral do direito administrativo: o novo regime do código do procedimento administrativo*, 4.ª ed., Almedina, Coimbra, 2017.
- Barak, Aharon (2015): *Human dignity: the constitutional value and the constitution*, Cambridge University Press.
- Godoi, Marciano Seabra de e Dande, João Victor Araújo (2022): “A equivocada caracterização do tributo como uma restrição a direitos fundamentais e suas perniciosas consequências”, texto em vias de publicação.
- Loureiro, João Carlos (2019): “Human dignity in Portugal”, *Handbook of human dignity in Europe*, Springer International Publishing.
- Maduro, Miguel Poiares e Pistone, Pasquale (Eds.)(2011): *Human rights and taxation in Europe and the World*, IBFD.
- Marchessou, Philippe e Trescher, Bruno (2018): *Droit fiscal international et Européen*, Bruxelles, Bruylant.
- Nabais, José Casalta (1998): *O dever fundamental de pagar impostos*. Contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo, Coimbra, Almedina.
- Nabais, José Casalta (2005): “A Constituição fiscal de 1976, sua evolução e seus desafios”, In Nabais, José Casalta (2005): *Por um estado fiscal suportável – estudos de direito fiscal*, Vol. I, Coimbra, Almedina.
- Nabais, José Casalta (2011): “Da sustentabilidade do estado fiscal”, In Nabais, José Casalta e Silva, Suzana Tavares (Coord.), *Sustentabilidade fiscal em tempos de crise*, Almedina.

28 V. José Casalta NABAIS, «Algumas questões a respeito da repercussão no Brasil do livro *O Dever Fundamental de Pagar Impostos*», *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, vol. XCIV, Tomo I, 2018, p. 651 e ss.

- Nabais, José Casalta (2015): “Reflexões sobre a constituição económica, financeira e fiscal portuguesa”, In Nabais, José Casalta (2015): *Por um estado fiscal suportável* – estudos de direito fiscal, Vol. IV, Coimbra, Almedina.
- Nabais, José Casalta (2015): “Ainda fará sentido o artigo 104.º da Constituição?”, In Nabais, José Casalta (2015): *Por um estado fiscal suportável* – estudos de direito fiscal, Vol. IV.
- Nabais, José Casalta (2018), “Algumas questões a respeito da repercussão no Brasil do livro O dever fundamental de pagar impostos”, *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, vol. XCIV, Tomo I.
- Nabais, José Casalta (2018/19): “Do lugar dos deveres fundamentais na constituição”, *Revista de legislação e de jurisprudência*, ano 148.º.
- Nabais, José Casalta (2019): *Direito fiscal*, 11.ª ed., Coimbra, Almedina.
- Nabais, José Casalta (2019/20): “O imposto sobre o rendimento das pessoas singulares na Constituição de 1976”, *Revista de legislação e de jurisprudência*, ano 149.º.
- Nabais, José Casalta (2020): “Um direito fundamental a não pagar impostos?”, In Filho, Oswaldo Othon de Pontes Saraiva (Coord.): *Direitos fundamentais dos contribuintes* – homenagem ao Jurista Gilmar Ferreira Mendes, São Paulo, Almedina Brasil.
- Neves, António Castanheira (2012): “Uma reconstituição do sentido do direito – na sua autonomia, nos seus limites, nas suas alternativas”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona do Porto*, Vol. 1, n.º 1.
- Sarlet, Ingo Wolfgang (2019): *Dignidade (da Pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Brasileira Federal de 1988*, 10ª ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado.
- Schmitt, Carl (1934), *PolitischeTheologie. VierKapitelzurLehre der Souveränität*, 2ª ed., München-Leipzig, = (1972): “Teologia politica. quattro capitoli sulla dottrina della Souvarità”, in *Le categorie del “politico”*, Bologna.
- Soares, Rogério Ehrhardt (1986/87): “O conceito ocidental de Constituição”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 119.º.
- Xavier, Alberto (1974), *Conceito e natureza do acto tributário*, Almedina, Coimbra.

III

Parecer jurídico

Legal opinion

*Kiyoshi Harada*¹

*Marcelo Kiyoshi Harada*²

Consultante: Assis Indústria e Comércio Ltda.

Assunto: Incidência do ITR progressivo

Resumo: O parecer objetiva demonstrar que o Município só pode fiscalizar e arrecadar o ITR se tiver firmado o convênio com a União nos termos da Lei nº 11.250/05 e Decreto nº 6.433/2008. O parecer examina, também, a natureza real do ITR pelo que irrelevante quem esteja promovendo a exploração do imóvel, se o proprietário ou se é o arrendatário para que se reconheça a função social da propriedade. Se a área útil da propriedade rural estiver sendo totalmente explorada, não importa por quem, ela deve ser considerada na aferição do Grau de Utilização – GU – do imóvel para o fim de apuração da base de cálculo do imposto.

Palavras chaves: ITR. Função social da propriedade. Base de cálculo. Valor da terra nua.

Abstract: The opinion aims to demonstrate that the Municipality can only inspect and collect the ITR if it has signed an agreement with the Federal Union under the terms of Law nº 11,250/05 and Decree nº 6,433/2008. The opinion also examines the real nature of the ITR, so it is irrelevant who is promoting the exploitation of the property, if the owner or if it is the lessee, in order to recognize the social function of the property. If the useful area of the rural property is being fully exploited, no matter by whom, it must be considered when assessing the Degree of Use – GU – of the property for the purpose of calculating the tax calculation base.

Keywords: ITR. Social function of property. Calculation basis. Value of bare land.

1 Especialista em Direito Tributário e em Ciências das Finanças pela USP e Mestre em Direito pela UNIP. Presidente do Instituto Brasileiro de Estudos de Direito Administrativo, Financeiro e Tributário. Autor de 43 obras jurídicas.

2 Especialista em Direito Tributário pela PUC/SP. Pós graduado em Direito Constitucional pelo Complexo Jurídico Damásio de Jesus e pós graduado em inglês jurídico Instrumental pela PUC/SP.

Sumário: 1 Exposição dos fatos. 2 Parecer. 2.1 Considerações genéricas sobre o Imposto Territorial Rural – ITR. 2.2 Da Ilegitimidade ativa do Município de Avaré para fiscalizar e cobrar o ITR dos exercícios de 2010 e 2011. 2.3 Do exame do caso mérito. 2.3.1 O fato gerador do ITR em seus aspectos relevantes para o caso sob exame. 2.3.1.1 Aspecto subjetivo ativo. 2.3.1.2 Aspecto material e aspecto subjetivo passivo. 2.3.1.3 Aspecto quantitativo. 2.3.1.4 Da ilegitimidade passiva da Consulente à luz do Direito e da documentação por ela fornecida. 2.4 Considerações finais. 2.5 Respostas aos quesitos

Palavras chaves: ITR. Função social da propriedade. Base de cálculo. Valor da terra nua.

CONSULTA

1. Exposição dos fatos

Assis Indústria e Comércio Ltda., por meio de seu advogado, Dr. Carlos Roberto Fonseca informa que é proprietária da Fazenda São Gonçalo Gleba 1A e 1B, com área total de 2.904,3 hectares, localizada na Rodovia Castelo Branco Km 252, no Município de Avaré, no Estado de São Paulo.

Relata que está sofrendo fiscalização do Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural dos exercícios de 2010 e 2011 pelo Município de Avaré e que em 09/09/2014 tomou ciência do Termo de Intimação nº 6189/00005/2014 para apresentar os dados informados nas Declarações do ITR ns. 08.76549.54 e 08.81280.63, relativas aos exercícios de 2010 e 2011, respectivamente. A qual foi atendida. Entretanto, o fisco emitiu os Termos de Constatação e Intimação Fiscal nº 6189/ 00006/2014 e 6189/0007/2014 notificando a Consulente para apresentar os documentos nelas relacionados em 20 dias, sob pena de lançamento do imposto suplementar de R\$ 1.956.803,25 (hum milhão, novecentos e cinquenta e seis mil, oitocentos e três reais e vinte e cinco centavos) para o exercício de 2010 e de R\$ 2.150.324,89 (dois milhões, cento e cinquenta mil, trezentos e vinte e quatro reais e oitenta e nove centavos) para o exercício de 2011.

Para a comprovação da "Área de Produtos Vegetais" declarada, ou seja, para comprovação da área efetivamente utilizada para plantação com produtos vegetais declarada, a Consulente está sendo intimada a apresentar os documentos referentes à área plantada no período de 01/10/2010 a 31/12/2010, tais como:

a) laudo técnico de uso do solo emitido por engenheiro agrônomo/florestal, acompanhado de Anotação de Responsabilidade Técnica – ART registrada no Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia CREA;

b) Notas fiscais do produtor; Notas fiscais de insumos; certificado de depósito (em caso de armazenagem de produto); contratos ou cédulas de crédito rural; outros documentos que comprovem a área ocupada com produtos vegetais.

O valor da terra nua declarado também não teria sido comprovado, porque depois de regularmente intimada a Consulente não teria comprovado por meio de Laudo de Avaliação do imóvel, conforme estabelecido na NBR 14.653-3 da ABNT, o valor da terra nua declarada.

Dessa forma, ainda segundo o Termo de Constatação e Intimação Fiscal, para comprovar o valor da terra nua declarado a Consulente deverá apresentar laudo de avaliação do valor da terra nua do imóvel emitido por engenheiro agrônomo ou florestal, conforme estabelecido na NBR 14.653 da Associação Brasileira de Normas Técnicas - ABNT com grau de fundamentação e precisão II, com Anotação de Responsabilidade Técnica - ART registrada no Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia - CREA, contendo todos os elementos de pesquisa identificados e planilhas de cálculo preferivelmente pelo método comparativo de mercado. Alternativamente, o contribuinte poderá se valer de avaliação efetuada pelas Fazendas Públicas (exatorias) ou Municipais, assim como aquelas efetuadas pela Emater, apresentando os métodos de avaliação e as fontes pesquisadas que levaram à convicção do valor atribuído ao imóvel. Tais documentos devem comprovar o VTN na data de 1º de janeiro de 2011, a preço de mercado.

Todas as exigências do fisco foram cumpridas pela Consulente.

Acontece que conforme se verifica do Demonstrativo de Apuração do Imposto devido, anexo ao Termo de Constatação e Intimação Fiscal nº 6189/0007/2014, relativo ao ITR do exercício de 2011, a Municipalidade de Avaré não está reconhecendo a utilização da área de 2.499,5 ha pela Atividade Rural (área de produtos vegetais) e, por conseguinte, reduzindo a zero o grau de utilização do solo, declarado como 91%, bem como o valor das culturas, pastagens cultivadas e melhoradas e florestas plantadas declaradas como sendo de R\$ 4.300.000,00.

O valor total do imóvel também sofreu aumento de R\$ 12.500.000,00 para R\$ 27.702.615,06

Devido a isso, o valor da terra nua passou de R\$ 5.700.000,00 para R\$ 25.202.615,06, ao qual foi aplicada uma alíquota de 8,60%, ao invés da alíquota de 0,30% aplicada anteriormente, resultando em um imposto a pagar de R\$ 2.167.424,89, o qual descontando-se o valor pago de R\$ 17.100,00 resulta em uma diferença a pagar de R\$ 2.150.324,89.

Por fim, o Termo de Constatação e Intimação Fiscal dispõe que o não atendimento no prazo fixado ensejará o lançamento de ofício, nos termos dos arts. 50, 51 e 52 do Decreto nº 4.382, de 19 de setembro de 2002, Regulamento do Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural (RITR/2002), nos valores apresentados no demonstrativo de apuração do imposto devido. A exigência foi atendida pela Consulente.

Relata que a área fiscalizada foi arrendada para a Companhia Agrícola Luiz Zillo e sobrinhos, conforme instrumento particular de contrato de arrendamento de terras firmado em 30/09/2005 no qual a Consulente arrendou uma área aproximada de 1.100 alqueires paulistas, ou seja, 2.662 hectares da Fazenda São Gonçalo, Gleba I à arrendatária, pelo período de 09 safras de cana-de-açúcar, iniciando-se na safra de 2005/2006 e terminando na safra de 2013/2014.

Para exploração de parte da área arrendada a Consulente informa que a arrendatária firmou em 10/04/2006 contrato de parceria agrícola com Adilson José Rossetto e sua mulher Maria Augusta Dalben Rossetto, Luiz Carlos Dalben e sua mulher Silvia Aparecida Smirne Dalben e Antonio Ernesti Dalben e sua esposa Vera Regina Alcarde Dalben, pelo período compreendido entre 11/04/2006 a 31/12/2017, no qual cedeu a posse 944,78 hectares da Fazenda São Gonçalo Gleba I aos parceiros outorgados que se obrigaram a utilizar a terra objeto do contrato de parceria agrícola exclusivamente no plantio e cultivo de cana-de-açúcar. Esse contrato foi aditado em 02/04/2007 e em 10/03/2013, mantendo, porém, parceria agrícola na exploração dos 944,78 hectares do imóvel denominado Fazenda São Gonçalo - Gleba I, de propriedade da Consulente.

A Consulente ainda destaca que outra parte da área arrendada foi objeto de contrato de parceria agrícola entre a arrendatária e Fernando José Zillo, José Aparecido Portes Vieira e sua esposa Maria Luiza Giorgette Vieira e Lairton Cesar Godinho Brígido e sua esposa Ana Cristina Gebara Brígido, pelo prazo de 10 anos, 1 mês e dezessete dias, com início em 14/11/2008 e término em 31/12/2018, no qual cedeu a posse de 1.540,03 hectares da Fazenda São Gonçalo Gleba I aos parceiros outorgados que se

obrigaram a utilizar a terra objeto do contrato de parceria agrícola exclusivamente no plantio e cultivo de cana-de-açúcar;

Outrossim, a Consulente apresenta o aditamento contratual nº 1 ao instrumento particular de contrato de parceria agrícola firmado entre Companhia Agrícola Quatá (sucessora por Incorporação da Companhia Agrícola Luiz Zillo e Sobrinhos) e Fernando José Zillo, José Aparecido Portes Vieira e sua esposa Maria Luiza Giorgette Vieira e Lairon Cesar Godinho Brígido e sua esposa Ana Cristina Gebara Brígido, datado de 10/03/2010, em que a parceria agrícola para exploração da área arrendada pela Consulente foi mantida.

Por fim, informa que em 30/09/2010 houve a rescisão do contrato de arrendamento mercantil de terras firmado entre a Companhia Agrícola Quatá e a Consulente, conforme instrumento particular de rescisão de contrato de arrendamento de terras e outras avenças que nos foi apresentado.

Esclarece que em 1º/10/2010 foi firmado novo instrumento particular de arrendamento de terras entre a Consulente e a Companhia Agrícola Quatá para arrendamento de 1.100 alqueires paulistas, ou seja, 2.662 hectares da "Fazenda São Gonçalo - Gleba I" de propriedade da Consulente, pelo prazo de 14 safras de cana-de-açúcar, iniciando-se na safra de 2010/2011 e terminando na safra de 2025/2026. Apresentamos, ainda, o Aditamento Contratual nº 01 ao Instrumento Particular de Contrato de Arrendamento de Terras firmado entre a Consulente e a Companhia Agrícola Quatá no qual restou retificado o contrato para que passe a constar que o arrendamento se dará pelo prazo de 16 safras de cana-de-açúcar e não 14 safras como constou originariamente.

Ressalta que a cana-de-açúcar produzida pelos parceiros agrícolas da arrendatária de suas terras venderam a cana-de-açúcar produzida para a Usina Barra Grande de Lençóis S.A., conforme notas fiscais de compra que nos foram apresentadas.

Juntando os documentos referidos na exposição pede o nosso parecer formulando os quesitos ao final transcritos e respondidos.

2 PARECER

2.1 Característica extrafiscal do ITR

A Constituição de 1988 manteve a característica extrafiscal do Imposto Territorial Rural – ITR – deixando claro que esse imposto não

tem finalidade arrecadatória para abastecer a receita pública. As pequenas alterações trazidas pela nova ordem constitucional mantêm a essência do ITR, não afetando a aplicação das normas do Código Tributário Nacional.

Entretanto, os artigos 48 a 50 da Lei nº 4.504/64 que preconizavam a tributação regressiva e progressiva, permitindo-se a dedução de até 90% do imposto incidente sobre a propriedade rural, acham-se tacitamente revogados pela Lei nº 9.393 de 19-12-1996, sancionada antes da Lei Complementar nº 95/98 que regula o processo de elaboração legislativa que exige a revogação expressa dos dispositivos legais contrariados pela nova lei, a fim de preservar o princípio da segurança do Direito.

Vejamos como a Constituição vigente trata o ITR. Prescreve o § 4º do art. 153 da CF:

§ 4º O imposto previsto no inciso VI do *caput* (ITR):

I - será progressivo e terá suas alíquotas fixadas de forma a destimular a manutenção de propriedades improdutivas; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

II - não incidirá sobre pequenas glebas rurais, definidas em lei, quando a explore o proprietário que não possua outro imóvel; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

III - será fiscalizado e cobrado pelos Municípios que assim optarem, na forma da lei, desde que não implique redução dos impostos ou qualquer outra forma de renúncia fiscal (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003) (Regulamento)

O inciso I preserva a função extrafiscal do ITR como instrumento de políticas agrária e agrícola, prescrevendo a tributação progressiva (punitiva) de imóveis improdutivos.

O inciso II imuniza do ITR as pequenas propriedades exploradas por proprietário que não possua outras, demonstrando preocupação do legislador constituinte de incentivar os pequenos proprietários e promover a sua inclusão social. Os arts. 3º e 3ºA regulamentam pormenorizadamente esse dispositivo constitucional ampliando o leque de benefícios fiscais a várias outras situações.

O inciso III permite ao Município fiscalizar e cobrar o ITR desde que opte nesse sentido, na forma da lei, hipótese em que lhe caberá 100% do produto da arrecadação (art. 158, II da CF). Em não fazendo essa opção caberá a ele 50% do produto da arrecadação do ITR feita pela Secretaria da Receita Federal do Brasil (art. 158, II da CF).

A natureza ordinatória do ITR que resulta do exame do § 4º do art. 153 da CF é reafirmada pelo exame conjugado dos arts. 186 e 225 da Constituição que prescrevem:

Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

I - aproveitamento racional e adequado;

II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;

III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho;

IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Exatamente porque a função social da propriedade rural envolve o aproveitamento racional e adequado que preserve o meio ambiente ecologicamente equilibrado, o qual se constitui em um direito comum do povo brasileiro, é que a lei de regência do ITR, Lei nº 9.393/96, em seu inciso II, art. 10 exclui da área tributável aquelas áreas de preservação permanente e de reserva legal; as de interesse ecológico para a proteção dos ecossistemas; as áreas sob regime de servidão ambiental; as áreas cobertas por florestas nativas; e as áreas alagadas para fins de constituição de reservatórios de usinas hidrelétricas, além das áreas comprovadamente imprestáveis para qualquer tipo de exploração econômica (seras, montanhas, pântanos etc.), por razões óbvias.

Diante desses textos constitucionais, a pretensão manifestada pela Prefeitura de Avaré revela total desprezo à função regulatória das políticas agrária e agrícola, aliás, cabente à União por meio de seus órgãos competentes ligados ao Ministério da Agricultura, além de ignorar a função ecológica da propriedade rural expressa na Constituição. O que se vê é apenas o apego exasperado do Município de Avaré de impor uma tributação tão inusitada quanto absurda, convolvendo, do dia para a noite uma tributação legal e razoável em uma tributação ilegal, irrazoável e ilegítima, descaracterizando o ITR como um imposto ordinatório. Só para citar, ao ITR regularmente pago pela Consulente no exercício de 2011, no

valor de R\$ 17.100,00, a Prefeitura de Avaré pretende fazer um lançamento retroativo cobrando o valor de R\$ 2.167.424,89, isto é, um aumento da ordem de 12.674,99%. O absurdo salta aos olhos. Isso é querer acabar com o setor agrícola do País. Por falta de diligência ou outra razão qualquer, foi desconsiderada a área arrendada de 2.662 hectares, como mais adiante se verá, reduzindo a ZERO o Grau de Utilização da terra – GU – e, por conseguinte, ZERANDO, também, os valores das culturas agrícolas. Isso resultou na aplicação de uma alíquota progressiva de 8,60% sobre a base de cálculo de R\$ 25.202.615,06, isto é, atribuindo-se à propriedade da Consulente um tratamento idêntico a de um latifúndio sujeito à desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária.

A exacerbação tributária já era esperada quando o órgão vocacionado para lidar com esse tipo de imposto, o INCRA, deixou de ser o órgão fiscalizador e arrecadador, transferindo essa competência para a Secretaria da Receita Federal do Brasil, por força da Lei nº 8.022, de 12-4-90. A Receita Federal logo orientou o recadastramento das propriedades rurais no intuito de considerar como Valor da Terra Nua – base de cálculo do ITR – o valor de mercado, confundindo o preço que integra um dos elementos constitutivos da compra e venda com o valor fundiário de que trata o Estatuto da Terra – Lei nº 4.504/64. Na época escrevemos:

Enxergamos nessa inovação um claro sinal de aumento de carga tributária, que poderá arruinar o setor agrícola, que vem apresentando bons resultados nos últimos anos.³

De fato, com a mudança do órgão fiscalizador e arrecadador do tributo, do INCRA para a SRF, criou-se uma burocracia que envolve o manuseio de complicados formulários e leitura de inúmeras normas de menor hierarquia, exigindo-se até a intervenção de um engenheiro florestal ou agrônomo para o cumprimento de obrigações acessórias que só uma Lei Complementar poderia exigir, de conformidade com o art. 146, III, b da CF em respeito ao princípio federativo.

Essas obrigações impostas por normas subalternas são absolutamente incompatíveis com a cultura média dos que labutam no setor agrícola, em sua maioria, humildes proprietários rurais.

Com a delegação da competência fiscalizatória e arrecadatória para os Municípios, nos termos dos convênios a serem firmados com base na Lei nº 11.250/05 a questão da exacerbação tributária do ITR agravou-se ainda mais. Descaracterizou-se por completo e ao arrepio da ordem

3 Cf. nosso Direito financeiro e tributário. 24^a ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 447.

constitucional vigente a função ordinatória do ITR que, aliás, não cabe ao Município implementar por ser de competência da União. O Município, carente de recursos financeiros porque não foi contemplado adequadamente pelo legislador constituinte na divisão do bolo tributário, viu na faculdade conferida pela EC nº 42/2003 de optar pela fiscalização e arrecadação do ITR, uma oportunidade ímpar para abastecer o erário municipal a qualquer custo, longe das preocupações de natureza macroeconômica cabentes a outras esferas políticas.

Somente uma Reforma Tributária com a previsão de um novo pacto federativo descentralizando a receita tributária, hoje concentrada na União que arrecada 65% dos tributos em vigor, poderá restabelecer a normalidade tributária no sentido de que cada entidade política contemplada fiscalize e arrecade os tributos de sua competência. Delegar competência fiscalizatória e arrecadatória de um imposto destinado a regular a função social da propriedade rural para um ente político que não detém essa competência, como o ITR, jamais poderia cumprir a finalidade prevista na Constituição, qual seja, regular a função social da propriedade rural. Seria o mesmo que delegar para a União a competência para fiscalizar e arrecadar o IPTU progressivo no tempo, de natureza extrafiscal, previsto no inciso II, do § 4º, do art. 182 da CF para regular as funções sociais da cidade.

2.2 Da ilegitimidade ativa do Município de Avaré para fiscalizar e cobrar o ITR dos exercícios de 2010 e 2011

Nos procedimentos fiscais de Avaré objetos de consulta a fiscalização e arrecadação do ITR referem-se aos exercícios de 2010 e 2011, nos quais pretende o lançamento suplementar retroativo para cobrar os valores de R\$ 1.956. 803,25 e R\$ 2.150.324,89, respectivamente.

A sua ilegitimidade ativa é patente. Não basta a previsão constitucional, nem a previsão da Lei Federal de nº 11.250, de 27 de dezembro de 2005, estampada nos documentos fiscais da Prefeitura do Município de Avaré, para legitimar a sua ação fiscalizadora e arrecadadora.

Para tanto é preciso que o Município, com base na Lei nº 11.250/05 e Decreto nº 6.433/2008 e alterações posteriores, celebre Convênio com a União por intermédio da Secretaria da Receita Federal do Brasil.

Ora, no caso sob exame, pelo que consta do Site da Receita Federal do Brasil, o Convênio com o Município de Avaré só foi firmado *em 29*

de dezembro de 2011, ou seja, no apagar das luzes de 2011. O Extrato da celebração do Convênio com o Município de Avaré foi publicado no Diário Oficial da União do dia 10 de janeiro de 2012, quando entrou em vigor o citado Convênio na forma da lei vigente, não bastasse o fato de que o próprio Extrato desse Convênio fixou a sua vigência “por prazo indeterminado a partir de sua publicação no Diário Oficial da União”.

Resulta claro, portanto, a absoluta falta de legitimidade do Município de Avaré para fiscalizar com efeito retroativo o ITR dos exercícios de 2010 e 2011 abrangidos pela competência originária da Secretaria da Receita Federal do Brasil, nos termos da Lei nº 8.022/90, à qual foram entregues os DITRs de 2010 e 2011 em 29-9-2010 e 30-9-2011, respectivamente.

2.3 Do exame do caso consultado

O mérito da questão consultada resume-se no exame dos documentos ofertados pela Consulente e do laudo firmado pelo Engenheiro Florestal para saber se o imóvel rural de 2.904,3 hectares de propriedade da Consulente, de conformidade com a lei de regência de matéria, Lei nº 9.393/96, deve ou não ser onerado com o ITR no valor de R\$ 1.956.803,25 e de R\$ 2.150.324,89 a título de lançamentos suplementares dos exercícios de 2010 e 2011, respectivamente.

Para tanto é preciso preliminarmente examinar em rápidas pinceladas o fato gerador do ITR em seus aspectos mais relevantes para o caso sob consulta.

2.3.1 O fato gerador do ITR em seus aspectos relevantes para o caso sob exame

2.3.1.1 Aspecto subjetivo ativo

O sujeito ativo do ITR é a União por meio da Secretaria da Receita Federal do Brasil. A delegação de competência para o Município fiscalizar e arrecadar o ITR depende de Convênio. Já vimos que o Município de Avaré não detinha competência para fiscalizar e arrecadar o ITR dos exercícios anteriores ao Convênio firmado em 29-12-2011 e publicado no *DOU* do dia 10 de janeiro de 2012 para vigorar a partir de então. Não foi previsto, e nem poderia ser, o efeito retroativo.

2.3.1.2 Aspecto material e aspecto subjetivo passivo

O fato gerador do ITR é a propriedade, o domínio útil ou a posse do imóvel rural (art. 1º da Lei nº 9.393/96 e art. 29 do CTN). E o seu contribuinte, na forma do art. 31 do CTN e art. 4º da Lei nº 9.393/96 “é o proprietário de imóvel rural, o titular de seu domínio útil ou o seu possuidor a qualquer título”.

Esses dois aspectos do fato gerador do ITR, o aspecto objetivo, nuclear ou material e o aspecto subjetivo passivo (contribuinte ou responsável) devem ser interpretados conjugadamente, sob pena de incorrerem em inconstitucionalidade na tributação do domínio útil ou da posse *a qualquer título*, visto que a Constituição Federal outorgou a competência impositiva à União para tributar a “**propriedade** territorial rural” (art. 153, VI).

A interpretação conjugada desses dois aspectos conduz ao entendimento de que o fato gerador desse imposto reside na disponibilidade econômica da propriedade rural para fins rurais. Imposto é um tributo do tipo captação de riqueza. Por isso, ficam fora do alcance do ITR os imóveis rurais abrangidos pelas zonas de proteção ambiental que estão despidos de seu conteúdo econômico.

Logo, o contribuinte do ITR é aquele que detém a disponibilidade econômica do imóvel podendo ser o proprietário, o titular do domínio útil ou o possuidor a qualquer título que no caso sob consulta é o arrendatário e seus parceiros, contra quem os lançamentos do ITR devem ser feitos.

Não se trata de responsabilidade solidária, mas daquela pessoa que detém a disponibilidade econômica da propriedade rural para fins rurais. Na categoria de possuidor a qualquer título enquadra-se o arrendatário que extrai diretamente a fruição econômica do imóvel arrendado. O proprietário só obtém ganhos de capital representado pelo preço do arrendamento.

Aquele que explora o imóvel rural, proprietário, titular do domínio útil ou o promissor a qualquer título (arrendatário) é o contribuinte do ITR estando obrigado a entregar anualmente a DIAT correspondente a cada imóvel, na forma do art. 8º da lei de regência da matéria.

Não é dado ao sujeito ativo lançar o ITR sobre qualquer um dos três sujeitos passivos a seu critério, como se tratasse de responsabilidade tributária solidária.

A solidariedade é regulada no art. 124 do CTN nos seguintes termos:

Art. 124. São solidariamente obrigadas:

I – as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal;

II – as pessoas expressamente designadas por lei.

Parágrafo único. A solidariedade referida neste artigo não comporta benefício de ordem.

Não se caracteriza a situação o inciso I porque a Consulente não é coproprietária do imóvel, nem promove exploração conjunta da atividade rural com seu arrendatário.

Esclareça-se que o “interesse comum” a que se refere o inciso I, do art. 124 do CTN consiste no interesse comum na situação jurídica que constitua o fato gerador da obrigação principal, não se confundido com o interesse econômico comum na exploração de determinada atividade econômica que existe, por exemplo, entre as empresas coligadas, mas que praticam cada uma delas de forma independente os atos configuradores de situações tipificadas na lei tributária⁴.

Dá porque, como dissemos, o lançamento do ITR deve ser feito contra aquele que detém a disponibilidade econômica do imóvel, único capaz de praticar atos que configuram o fato gerador do ITR.

Não se aplica, também, o inciso II porque não há lei, por ora, definindo a solidariedade da obrigação tributária do ITR entre o proprietário, o titular de domínio útil e o seu possuidor a qualquer título. E essa solidariedade só poderia ser definida entre as pessoas que tenham relação com a situação configuradora do fato gerador. Por isso, o STF declarou a inconstitucionalidade do art. 13 da Lei nº 8.620/93 que prescrevia que “o titular de firma individual e os sócios das empresas por cotas de responsabilidade limitada respondem solidariamente, com seus bens pessoais, pelos débitos junto à Seguridade Social”.⁵ De fato, o ordenamento jurídico pátrio reserva a chamada responsabilidade objetiva apenas ao Estado e às concessionárias de serviço público (art. 37, § 6º da CF). Não se pode exigir tributo de quem não está relacionado com a situação ensejadora do respectivo fato gerador.

4 Cf. nosso *Direito financeiro e tributário*. 24. Ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 558 e Resp 834044/RS, Rel. Min. Denise Arruda, *DJe* 15-12-2008.

5 RE nº 562276/PR, Rel. Min. Ellen Gracie, *DJe* de 12-11-2010.

A Consulente tampouco é a responsável tributário à luz do que prescreve o art. 5º da Lei nº 9.393/96 *in verbis*:

Art. 5º É responsável pelo crédito tributário o sucessor, a qualquer título, nos termos dos arts. 128 a 133 da Lei nº 5.172 de 25 de outubro de 1966 (Sistema Tributário Nacional).

A Consulente não é sucessora de contribuinte anterior. A única sucessora no caso sob exame é a Companhia Agrícola Quatá relativamente à arrendatária originária da área de 2.662 hectares (Companhia Agrícola Luiz Zillo e Sobrinhos), como será visto mais adiante.

Outrossim, o art. 128 do CTN não tem aplicação ao caso vertente porque a Consulente não está vinculada à situação que configura fato gerador do ITR. Ela não pratica atos conjuntos com a arrendatária e seus parceiros que exploram a atividade canavieira, retirando da área arrendada diretamente o respectivo proveito econômico.

Concluindo, a Consulente não é contribuinte do ITR em relação à área arrendada de 2.662 hectares. Assim, tem pleno apoio legal a convenção feita no contrato de arrendamento, segundo a qual o imposto incidente fica por conta da arrendatária.

2.3.1.3 Aspecto quantitativo

O aspecto quantitativo é composto de base de cálculo e de alíquota. Examinemos a base de cálculo do ITR.

Segundo art. 30 do CTN a base de cálculo do imposto é o valor fundiário. E de conformidade com o art. 11 da Lei nº 9.393/96 a base de cálculo é o valor da terra nua sobre o qual recai a alíquota prevista na Tabela Anexa, levando-se em conta a área total do imóvel e o Grau de Utilização – GU.

Pergunta-se, há distinção entre “valor fundiário” de que cuida o CTN, e o “valor da terra nua” a que se refere a Lei nº 9.396/96? Se houver distinção, deve prevalecer o disposto no CTN, porque a definição de base de cálculo de imposto está sob reserva de lei complementar, art. 146, III, a da CF.

Valor fundiário do imóvel não é outra coisa senão o valor da terra nua, isto é, o valor do imóvel, **com exclusão** dos valores relativos a construções, instalações, benfeitorias, culturas permanentes e temporárias, pastagens cultivadas e melhoradas e florestas plantadas, como prescreve o inciso I do art. 10 da Lei nº 9.393/96.

Para o efeito de tributação pelo ITR o inciso II, do art. 10 da lei sob comento define a área tributável como sendo a área total do imóvel, menos as áreas de preservação permanente e de reserva legal; de interesse ecológico para a proteção dos ecossistemas; aquelas comprovadamente impréstáveis para qualquer exploração agrícola, pecuária, granjeira, agrícola ou florestal; as áreas sob regime ambiental, as áreas cobertas por florestas nativas, primárias ou secundárias em estágio medido ou avançado de regeneração; e as áreas alagadas para fins de constituição de reservatório de usinas hidroelétricas autorizadas pelo poder público.

É preciso sublinhar, desde logo, que o conceito de base de cálculo do ITR – valor fundiário **ou** valor da terra nua – que se extrai do art. 10 da Lei nº 9.393/96 **não se confunde com o preço do imóvel** que integra um dos elementos constitutivos da **compra e venda**. Por isso, o disposto no § 2º, do art. 8º da Lei nº 9.393/96 que dispõe no sentido de que o valor da terra nua deve “**refletir** o preço de mercado das terras” deve ser interpretado não literalmente, mas de forma sistemática, tendo em vista o sistema jurídico global que confere ao ITR natureza regulatória das políticas agrária e agrícola, não se prestando como imposto de finalidade arrecadatória. Convém lembrar que *refletir* não é sinônimo de *coincidir*. Aliás, é até intuitivo que *no preço de compra e venda de um imóvel rural não se deduz os valores das benfeitorias, das instalações, das culturas existentes etc.*

2.3.1.4 Da ilegitimidade passiva da Consulente à luz do Direito e da documentação por ela fornecida

Já foi demonstrada de forma exaustiva no tópico anterior (3.2.1.2) que a Consulente não é contribuinte do ITR por não deter a disponibilidade física do imóvel para exploração rural (art. 31 do CTN), não é devedora solidária por não caracterizar nenhuma das hipóteses do art. 124 do CTN, e nem é responsável tributária por não estar presentes os requisitos do art. 128 do CTN.

De fato, os documentos que nos foram encaminhados comprovam que dos 2.904,3 hectares, a Consulente, proprietária do imóvel rural, arrendou para a Companhia Agrícola Luiz Filho e Sobrinhos 2.662 hectares, conforme contrato firmado em 30-09-2005, por um período de 9 safras de cana-de-açúcar, tendo início na safra de 2005/2006 e terminando na safra de 2013/2014. Esse arrendatário, por sua vez, em 10-4-2006, firmou contrato de parceria agrícola com Adilson José Rossetto e sua

mulher Maria Augusta Dalbin Rossetto e outros compreendendo o período de 11-4-2006 a 31-12-2017, relativamente a 944,78 hectares. Esse contrato sofreu aditamento em 2/4/2007 e em 10/3/2013 mantendo, porém, a parceria agrícola sobre a área de 944,78 hectares. Esclarece-se houve rescisão do contrato de arrendamento original, e em 1/10/2010 foi firmado novo contrato de arrendamento entre a Consulente e a Companhia Agrícola Quatá, sucessora da primeira arrendatária, objetivando a mesma área de 2.662 hectares por um período de 16 safras, iniciando em 2010/2011 e terminando na safra de 2025/2026.

Outrossim, a arrendatária firmou um outro contrato de parceria agrícola com Fernando José Zillo, José Aparecido Portes Vieira e outros objetivando uma área de 1.540,03 hectares pelo prazo de 10 anos, de 14-11-2008 a 31-12-2018.

Logo, dos 2.662 hectares arrendados da Consulente a arrendatária firmou parceria agrícola com terceiros nominados abrangendo uma área total de 2.484,81 hectares. Presume-se que a diferença de área de 144,19 hectares (2.662 hectares menos 2.484,81 hectares) ficou na disponibilidade exclusiva da arrendatária para exploração direta da atividade rural, respeitada a legislação ambiental que impõe restrições ao uso do solo rural (reserva florestal, represas etc.).

Indubitável, pois que a Consulente não é o contribuinte do ITR, nem devedora solidária do imposto, e muito menos responsável tributário.

Os contribuintes do ITR são o arrendatário original, a sua sucessora e os parceiros citados, todos eles devedores solidários do ITR na forma dos arts. 31 e 124 do CTN e dos arts. 4º e 5º da Lei nº 9.393/96.

Logo, em relação à área arrendada de 2.662 hectares, a Prefeitura de Avaré deve lançar o ITR sobre a Companhia Agrícola Luiz Zillo Sobrinho e sucessora Companhia Agrícola Quatá e seus parceiros Fernando José Zillo e outros, sendo que a Consulente é parte ilegítima para figurar no polo passivo.

É certo que a Instrução Normativa da Receita Federal de nº 256/2002 prescreve em seu art. 4º, § 4º que “não se considera contribuinte do ITR o arrendatário, comodatário ou parceiro de imóvel rural explorado por contrato de arrendamento, comodato ou parceria”. Mas, essa disposição do instrumento normativo subalterno, por contrariar o art. 31 do CTN, não vingou perante a jurisprudência de nossos tribunais, conforme ementas abaixo transcritas:

PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO - ITR - CONTRIBUINTE - ÁREA DO IMÓVEL.

1. O art. 31 do CTN indica, dentre os contribuintes do ITR, o possuidor.
2. O arrendatário é possuidor direto, sendo, pois, contribuinte do ITR.
3. Área constante do cadastro que não foi impugnada adequadamente.
4. Recurso improvido (Apel. Cível nº 1997.01.00.060226-0/MG, TRF da 1ª Região, Rel. Des. Federal Eliana Calmon, *j.* em 18-2-1998).

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO ITR. ARRENDATÁRIO. LEGITIMIDADE PASSIVA. RECONHECIMENTO.

1. À luz do que preceitua o art. 31 do Código Tributário Nacional, o qual considera o possuidor a qualquer título de imóvel contribuinte do imposto territorial rural, resta manifesta a legitimidade passiva do embargante, visto que ostentava, na época do fato gerador da obrigação tributária, a condição de arrendatário do bem.
2. É vedado ao apelante inovar no pedido em sede de recurso, sob pena de ferir o disposto no art. 514, II, do CPC.
3. Apelação improvida (AC nº 457998-PE (2007.83.00.018428-2), TRF da 5ª Região, Rel. Des. Federal Frederico Azevedo, *j.* em 05-05-2011).

2.4 Considerações finais

Ainda que se fizesse total abstração do fato de a área de 2.662 hectares do imóvel da Consulente ter sido arrendada desde 2005 para vigorar até o ano de 2.025, de forma ininterrupta, para exploração da atividade canavieira, ainda assim, o procedimento do fisco municipal contra a Consulente é totalmente improcedente.

Como é sabido e ressabido, doutrina e jurisprudência classificam o ITR como um protótipo do imposto de natureza real, porque tem como objeto de tributação um bem imóvel, aquele situado fora da zona definida como zona urbana do município, nos termos do § 1º, do art. 32 do CTN.

Assim, não é relevante saber para fins de tributação quem está explorando o imóvel. O que é relevante para mensuração do imposto a pagar é o fato de o imóvel rural estar cumprindo a sua função social e

sendo efetivamente utilizado para o fim a que se destina, mediante ocupação racional e integral de toda a área aproveitável que a lei de regência da matéria denomina de TERRA NUA TRIBUTÁVEL. O nome do contribuinte só é relevante para o fim de encaminhamento do lançamento tributário efetuado, não tendo relevância na apuração do imposto, por não se tratar de imposto de natureza pessoal, como o IRPF.

Logo, independentemente de saber de quem é a responsabilidade pelo pagamento do ITR, se é do proprietário ou da arrendatária e seus parceiros, a verdade é que não se pode desconsiderar a área arrendada de 2.662 hectares para a apuração do Valor da Terra Nua Tributável – VTNT.

Tampouco, pode-se excluir para fins do cálculo do Grau de Utilização – GU – a área arrendada para exploração da atividade canavieira desde 2005 para terminar na safra de 2025/2026, a menos que se parta da absurda premissa de que a arrendatária arrendou 2.662 hectares arcando com as despesas de arrendamento, sem promover qualquer atividade lucrativa, ignorando a vasta documentação fiscal representada por notas fiscais de produtor em nome da arrendatária ou seus parceiros agrícolas.

O laudo técnico apresentado pelo engenheiro florestal, Dr. Plínio Ruschi, demonstra por meio de imagens de satélite que na propriedade rural da Consulente foram encontradas as áreas de eucalipto, de pastagens, de vegetação nativa, de rio e de cultivo de cana-de-açúcar, conforme ilustrações anexas no laudo.

Essas imagens de satélites datadas de 2009 e 2010 foram atualizadas para 5 de julho de 2015 para “verificação de eventuais alterações no uso do solo”. Feita a varredura de campo nos dias 26, 27 e 28 de agosto de 2015 por meio de receptor GPS de precisão métrica (*Trimbles® Juno SC*), específico para fins de mapeamento, resultou nas fotos V. 2.1 a V. 2.6 onde é possível visualizar quatro (4) polígonos de cultivo de cana-de-açúcar; vista de fragmento de vegetação nativa; visão global da fazenda; e vista do reservatório de água com pastos nas suas margens.

Outrossim, a entrevista do perito com o gerente da fazenda que mora no local há 27 anos, confirmou o arrendamento das terras para o cultivo de cana-de-açúcar desde 2005.

No item V. 4 do laudo (Mapeamento das Áreas Efetivamente Aproveitadas dos anos de 2010/2011) confirmou-se que a área aproveitável do imóvel rural em questão é de 2.223,92 hectares que corresponde à área total do imóvel de 2.904,3 hectares com a *exclusão* das áreas de

Preservação Permanente (24,30 hectares) e de Reserva Legal (634,88 hectares) e de áreas ocupadas por benfeitorias úteis e necessárias à exploração rural (21,20 hectares).

A área efetivamente aproveitada nos exercícios de 2010 e 2011 corresponde a 2.142,10 hectares localizada dentro das áreas arrendadas para o cultivo da cana-de-açúcar.

Essa exploração da atividade canavieira resultou na venda de 209,05 toneladas e 18,94 toneladas de cana-de-açúcar nos anos de 2010 e 2011, respectivamente.

No item V. 5 do laudo técnico temos o demonstrativo do Grau de Utilização – GU –, a apuração da alíquota aplicável sobre o Valor da Terra Nua Tributável (VTNt) e o ITR dos anos de 2010 e 2011.

Apurou-se por meio de dados obtidos pelo mapeamento do uso do solo o Grau de Utilização – GU – de 96,32% que corresponde à área efetivamente utilizada, dividida pela área aproveitável, conforme prescrição do art. 10, § 1º, VI da Lei nº 9.393/96.

Para cálculo do Valor da Terra Nua (VTN) levou-se em conta o valor total do imóvel com as exclusões correspondentes aos valores das benfeitorias úteis e necessárias, das culturas, pastagens cultivadas e melhoradas e florestas plantadas, chegando-se ao valor final de R\$ 6.000.000,00, um pouco além do declarado pela Consulente que foi no valor de R\$ 5.700.000,00.

Para cálculo do Valor da Terra Nua Tributável (VTNt) partiu-se da área efetivamente utilizada para a atividade rural (2.242,34 hectares) dividido pela área total do imóvel (2.904,03 hectares) multiplicado pelo Valor da Terra Nua (R\$ 6.000.000,00) o que resultou no Valor da Terra Nua Tributável (VTNt) de R\$ 4.638.204,68, conforme demonstrativo da Tabela VI-1 do laudo anexo.

Aplicando-se a Tabela de incidência do ITR a que se refere o art. 11 da Lei nº 9.393/96 sobre a base de cálculo (VTNt) ao valor de R\$ 4.638.204,68 foi aplicada a alíquota de 0,30%, perfazendo o valor do ITR de R\$ 13.914,61 para os exercícios de 2010 e 2011, isto é, R\$ 3.185,40 a menos do que o valor pago pela Consulente que foi de R\$ 17.100,00. Portanto, a Consulente faz jus à restituição de R\$ 6.370,80 acrescidos de juros e correção monetária.

2.5. Respostas aos quesitos

1. A Municipalidade de Avaré tem legitimidade para fiscalizar e cobrar o ITR dos exercícios de 2010 e 2011 como consta do procedimento fiscal? Por quê?

R: A Municipalidade de Avaré não tem legitimidade para promover fiscalização e cobrança do ITR de 2010 e 2011. Como demonstrado no corpo deste Parecer a Prefeitura de Avaré firmou o Convênio com a União por intermédio da Secretaria da Receita Federal do Brasil para fiscalizar e arrecadar o ITR com base na Lei nº 11.250/05 e Decreto nº 6.433/2008 e alterações posteriores, no dia 29 de dezembro de 2011, sendo que o Extrato desse Convênio foi publicado *no Diário Oficial da União do dia 10 de janeiro de 2012*, quando entrou em vigor o citado Convênio na forma da lei vigente, não bastasse o fato de que o próprio Extrato desse Convênio fixou a sua vigência “por prazo indeterminado a partir de sua publicação no Diário Oficial da União”. E mais, nos termos da cláusula 4 da minuta padrão de Convênios “o conveniado fará jus a 100% (cem por cento) do produto da arrecadação do ITR, referente aos imóveis rurais situados em seu território, a partir do 1º (primeiro) dia útil do 2º (segundo) mês subsequente à data de celebração do convênio”.

Logo, o Município de Avaré só poderia fiscalizar e arrecadar o ITR a partir do dia 1º de março de 2012. Como pretender cobrar o ITR de 2010 e 2011 quando a Prefeitura de Avaré tinha apenas a perspectiva de receber 50% do imposto fiscalizado e arrecadado pela Secretaria de Receita Federal do Brasil?

2. A Consulente é responsável pelo pagamento do ITR incidente sobre a área arrendada de 2.662 hectares? Em caso contrário, de quem é a responsabilidade nos termos da lei vigente?

R: Como se depreende da exposição feita no corpo deste Parecer a Consulente não é responsável pelo pagamento do ITR incidente sobre a área arrendada de 2.662 hectares. Não há entre o proprietário rural e o arrendatário a responsabilidade solidária que está limitada aos casos elencados no art. 124 do CTN. Nem há, outrossim, a figura do responsável tributário porque a Consulente não se enquadra na previsão do art. 128 do CTN por não participar da situação configuradora do fato gerador do ITR. Em relação à área arrendada a Consulente perdeu a disponibilidade econômica da propriedade rural para fins de exploração de atividade rural. Apenas auferir ganhos de capital com o arrendamento.

A responsabilidade pelo pagamento do ITR relativamente à área de 2.662 hectares é da arrendatária Companhia Agrícola Luiz Zillo e Sobrinhos e seus parceiros Adilson José Rossetto e s/m, Luiz Carlos Dalben e outros e Fernando José Zillo e outros, bem como da sucessora Companhia Agrícola Quatá e seus parceiros agrícolas Adilson José Rossetto e s/m, Luiz Carlos Dalben e outros Fernando José Zillo e outros que efetivamente vêm promovendo a atividade canavieira no imóvel arrendado. Assim, a convenção das partes no contrato de arrendamento segundo a qual a responsabilidade pelo pagamento do imposto é da arrendatária encontra pleno apoio legal.

3. No cálculo da área do imóvel efetivamente utilizada pode-se excluir a área arrendada?

R: Não. O ITR é imposto de natureza extrafiscal para regular as políticas agrárias e agrícolas com vistas ao cumprimento da função social da propriedade rural definida no art. 186 da CF. E é um imposto de **natureza real que tem por objeto o imóvel rural**. Não importa quem está cultivando, mas, importa que a terra na parte aproveitável esteja ocupada com explorações agrícolas ou agropastoris.

O que a Lei não quer é a propriedade ociosa que pode até vir a ser desapropriado para preservar a sua função social.

4. No cálculo do Valor da Terra Nua tributável pode-se deixar de excluir o valor das culturas de cana-de-açúcar decorrentes da exploração pelo arrendatário e seus parceiros?

R: Não. O valor das culturas de cana-de-açúcar decorrentes da exploração pelo arrendatário e seus parceiros, desde que comprovada por meio de contratos escritos revestidos de formalidades legais, como no caso sob exame, além das notas de produtor, equivale à exploração direta da área pelo seu proprietário.

5. Está correta a alteração do Valor da Terra Nua declarado pela Consulente no importe de R\$ 5.700.000,00 que foi retificado para R\$ 25.202.615,06 pela Prefeitura de Avaré? Em caso negativo a que se deve essa diferença de R\$ 19.502.615,00?

R: Não. A alteração pela Prefeitura de Avaré do Valor da Terra Nua declarado pela Consulente não tem fundamento legal. A diferença de R\$ 19.502.615,00 encontrada pelo fisco municipal deve-se à total desconsideração da área arrendada na apuração do Valor da Terra Nua e

consequentemente desconsideração dos valores da produção auferida pelo arrendatário e seus parceiros. O valor correto da Terra Nua (VTN) apurado de conformidade com a lei de regência da matéria é de R\$ 6.000.000,00.

6. Está correta a aplicação da alíquota progressiva de 8,60% sobre a base de cálculo de R\$ 25.202.615,06? Qual a alíquota aplicável ao caso vertente? E qual o valor do ITR para os exercícios de 2010 e 2011?

R: A aplicação da alíquota de 8,60% sobre a base de cálculo de R\$ 25.202.615,00 está incorreta e decorre do equívoco mencionado na resposta dada ao quesito anterior.

A alíquota aplicável de acordo com a Tabela Anexa referida no art. 11 da Lei nº 9.393/96 é de 0,30% incidindo sobre o Valor de Terra Nua Tributável (VTNt) de R\$ 4.638.204,68, conforme demonstrativo da Tabela VI-1 do laudo em anexo. O valor correto do ITR é de R\$ 13.914,61 tanto para o exercício de 2010, como para o exercício de 2011, pelo que a Consultante faz jus à restituição do valor de R\$ 6.370,80 acrescido de juros e correção monetária.

7. É legal a pretensão da Prefeitura de Avaré de proceder ao lançamento suplementar retroativo ao exercício de 2010 no valor de R\$ 1.956.803,25?

8. É legal a pretensão da Prefeitura de Avaré de proceder ao lançamento suplementar retroativo ao exercício de 2011 no valor de R\$ 2.150.324,89?

RR 7/8: De conformidade com as respostas dadas aos quesitos anteriores não procede a pretensão da Prefeitura de Avaré de proceder lançamentos suplementares retroativos aos exercícios de 2010 e 2011 cujos ITRs foram pagos até em excesso, como se verifica da resposta dada ao quesito de nº 6.

9. Se ilegais os lançamentos suplementares retroativos pretendidos pela Prefeitura de Avaré, qual ou quais as medidas cabíveis para a preservação dos direitos da Consultante?

R: São cabíveis as seguintes medidas para estancar *ab initio* a pretensão fiscal da Prefeitura de Avaré:

a) Requerer junto ao fisco municipal de Avaré, mediante exibição deste Parecer, o encerramento e arquivamento definitivo do

procedimento administrativo fiscal deflagrado, tendo em vista falecer legitimidade ao Município de Avaré para fiscalizar e cobrar o ITR dos exercícios de 2010 e 2011, haja vista que o Convênio de que trata a Lei nº 11.250/05 somente foi firmado com a União, em 29 de dezembro de 2011, com o respectivo Extrato publicado no Diário Oficial da União do dia 10 de janeiro de 2012, quando entrou efetivamente em vigor o Convênio celebrado.

b) Superada a medida preliminar, requerer junto a Prefeitura de Avaré a revisão da pretensão fiscal manifestada com base neste Parecer e com fundamento no laudo do engenheiro florestal, Dr. Plínio Ruschi que demonstra a veracidade das informações prestadas pela Consulente por meio das DITRs que, aliás, comprova até pagamento do ITR em excesso.

c) Sobrevindo o lançamento suplementar pretendido apresentar junto à Prefeitura de Avaré a competente impugnação administrativa no prazo legal. Depois de instruído, o processo seguirá à Delegacia de Julgamento da Secretaria da Receita Federal do Brasil para julgamento. Da decisão desfavorável ao contribuinte caberá recurso ao CARF.

Esgotada a instância administrativa, em persistindo a decisão contrária à Consulente, poderá a referida decisão e os lançamentos suplementares serem anulados pelo Judiciário por meio da competente ação declaratória de inexigibilidade do crédito tributário.

Entretanto, independentemente de qualquer impugnação administrativa poderá a Consulente, se quiser, lançar mão de ação judicial desde logo para invalidar os lançamentos suplementares que vierem a ser feitos, quer por vícios formais, quer por vícios materiais apontados neste Parecer.

É o nosso entendimento smj.

Kiyoshi Harada, Marcelo Kiyoshi Harada
OAB/SP 20.317, OAB/SP nº 211.349

IV

O uso da arbitragem pela administração pública

The use of arbitration in public administration

Adilson Abreu Dallari¹

Resumo – Este artigo cuida da evolução da arbitragem no direito brasileiro, que era utilizada apenas nas relações de direito privado. A Constituição Federal de 1988, ao dedicar um capítulo à Administração Pública, incentivou um processo de evolução dos instrumentos de atuação, como a legislação de processo administrativo, a implantação do modelo gerencial e o uso da arbitragem e de outros meios de solução amigável de conflitos. O próximo passo deverá ser a edição de uma lei disciplinando de maneira uniforme e articulada o uso desses instrumentos em todos os níveis de governo.

Palavras chave – Arbitragem – Eficiência – Mediação e conciliação – publicidade – Imparcialidade – conhecimentos técnicos – resultados práticos – legislação nacional específica

Abstract – This article deals with the evolution of arbitration in Brazilian law, which was used only in private legal relations. The Federal Constitution of 1988, by dedicating a chapter to Public Administration, encouraged a process of evolution of the instruments of action, such as the legislation of administrative procedure, the implementation of the managerial model and the use of arbitration and other means of amicable resolution of conflicts. The next step should be the enactment of a law uniformly and articulately disciplining the use of these instruments at all levels of government.

1. Professor Titular de Direito Administrativo pela Faculdade de Direito da PUC/SP; Professor dos cursos de pós-graduação em Direito Urbanístico e Ambiental da PUC/SP; membro do Conselho Científico da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP; membro do Conselho Superior de Estudos Nacionais e Política – COSEN, da FIESP; membro do Conselho Superior de Direito da FECOMÉRCIO; membro do Conselho Consultivo 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.

Keywords – Arbitration – Efficiency – Mediation and conciliation – publicity – Impartiality – technical knowledge – practical results – specific national legislation

I - INTRODUÇÃO – ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

A arbitragem, como instrumento de solução amigável de conflitos, não é nova no direito brasileiro, dado que já era prevista no antigo Código Comercial de 1850 e no Código Civil de 1916. Note-se, entretanto que era utilizada apenas nas relações de direito privado.

Cabe lembrar, também, que no âmbito das relações de trabalho, na chamada Justiça do Trabalho, as unidades julgadoras, compostas por um juiz, um representante dos empregados e um representante dos empregadores, eram designadas como Juntas de Conciliação e Julgamento, sendo dever do juiz, no início de cada julgamento, incentivar as partes para que chegassem a um acordo.

Mais recentemente, ainda no campo do direito privado, a Lei das Sociedades Anônimas, Lei nº 6.404 de 15/12/1976, teve seu Art. 109, que dispõe sobre o estatuto social, alterado pela Lei nº 10.303, de 31/10/2001, com o acréscimo de um parágrafo 3º, com a seguinte redação: “§3º *O estatuto da sociedade pode estabelecer que as divergências entre os acionistas e a companhia, ou entre os acionistas controladores e os acionistas minoritários, poderão ser solucionadas mediante arbitragem, nos termos em que especificar.*”

Um grande passo no sentido da solução amigável de conflitos foi dado com a introdução no direito brasileiro do Termo de Ajustamento de Conduta – TAC, que, na lição de Talden Farias, “*é um acordo celebrado entre as partes interessadas com o objetivo de proteger direitos de caráter transindividual. Trata-se de um título executivo extrajudicial que contém pelo menos uma obrigação de fazer ou de não fazer e a correspondente cominação para o caso de seu descumprimento*”. Destaca o autor que esse instrumento de solução amigável de conflitos começou a ser utilizado de maneira restrita, tendo sua aplicação ampliada ao longo do tempo, mas ainda com limitações. São suas palavras:

O TAC foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro pelo art. 211 da Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), tendo sua atuação limitada às questões relativas à infância e à juventude. Em seguida, o art. 113 da Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) ampliou sua aplicação a todos os direitos difusos e coletivos, ao acrescentar o §6º ao art.

5º da LACP, determinando que os órgãos públicos legitimados à propositura da Ação Civil Pública – ACP poderão celebrar TAC. Somente a partir daí o instrumento passou a ser utilizado amplamente para a resolução de conflitos em matéria de direitos difusos e coletivos, pois anteriormente a isso somente era possível fazer recomendações e propor a ACP”.²

Outro passo importante nesse processo de evolução foi dado pela lei de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, a Lei nº 7.347, de 24/07/1985, cujo Art. 5º teve um parágrafo incluído pela Lei nº 8.078, de 11/09/1990, com a seguinte redação: “§6º. *Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante combinações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.*” Como se pode notar, até então a utilização de meios alternativos ou pacíficos para a solução de conflitos tinha aplicação apenas setorial.

A consagração do instituto da arbitragem, com a universalização de sua utilização, veio apenas com a Lei nº 9.307, de 23/09/1993, cujo Art. 1º dispõe: “*As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis*”. A possibilidade de utilização foi bastante ampliada, mas sem abranger a administração pública, o que foi possível somente após um processo de evolução.

II - ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – EVOLUÇÃO

Tradicionalmente, a administração pública era caracterizada pela observância da estrita legalidade. Qualquer comportamento, ato ou decisão só poderia ser lícito ou ilícito, válido ou inválido. Controvérsias eram decididas pelo Poder Judiciário. Sobrava apenas um espaço de liberdade nos casos de competência discricionária, situação na qual era vedado ao Poder Judiciário interferir no mérito da decisão administrativa.

Salvo procedimentos estabelecidos em matéria tributária (Código Tributário Nacional) ou nos estatutos de funcionários públicos em matéria disciplinar, não havia uma norma geral da tramitação de

2. FARIAS, Talden. Termo de ajustamento de conduta e celeridade processual. São Paulo: Revista Consultor Jurídico, 4 de abril de 2020.

processos perante a administração pública, o que dava ensejo a influências pessoais e interferências de toda ordem.

Esse estado de coisas mudou com o advento da Lei de Processo Administrativo, Lei nº 9.784, de 29/01/1999, cuja ementa é a seguinte: *“Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal”*. Originalmente, o propósito do legislador era o de sua aplicação apenas no âmbito federal, mas, ao longo do tempo, ela adquiriu caráter de lei nacional, de observância por todas as esferas de governo. Na verdade, o direito a um devido processo legal tem fundamento no inciso LV do Art. 5º da Constituição Federal: *“LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e a ampla defesa com os recursos a ela inerentes”*.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, depois de observar que a lei federal não estabeleceu procedimentos específicos, mas, sim, apenas normas básicas sobre os processos administrativos em geral, disciplinando o exercício de um direito constitucionalmente assegurado a todos os cidadãos, justifica a sua aplicação em todos os níveis de governos: *“Como conceber que normas que constituem aplicação de princípios constitucionais não sejam de âmbito nacional? A alguém pode ser negado o direito de vista? O direito à informação? O direito de recorrer? O direito ao contraditório e à ampla defesa? O direito à observância dos princípios constitucionais, como legalidade, moralidade, segurança jurídica, razoabilidade, boa-fé?”*. Sua conclusão é de que as normas da Lei 9.784/1999 são de caráter nacional.³

O caminho para que se chegasse a uma lei nacional de processo administrativo passou pela alteração do disposto no Art. 37, “caput”, da Constituição Federal. Em sua redação original, de 1988, ele enumerava como princípios da administração pública legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade. A Emenda Constitucional nº 19, de 04/06/98 agregou a esse rol o princípio da eficiência. Tal acréscimo é extremamente significativo, pois marca o abandono do antigo modelo burocrático, marcadamente formalista, e a adoção do modelo gerencial, que se caracteriza pela produção de resultados, ou, em resumo, com a eficiência. Essa mudança de postura levou a várias alterações na legislação até então vigente.

3. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. A Lei de Processo Administrativo: sua ideia matriz e âmbito de aplicação, *in* Processo Administrativo – Temas Polêmicos da Lei nº 9.784/99. São Paulo: Editora Atlas, São Paulo, 2011, p. 190- 191. Organizadores: NOHARA, Irene Patrícia e MORAES FILHO, Marco Antônio Praxedes de.

Por força dessa nova postura, foi alterado o Art. 1º da Lei nº 9.307, de 23/09/1993, pela Lei nº 13.129 de 26/05/2015, com a inclusão de dois parágrafos: “§1º *A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.*” e “§ 2º. *A autoridade ou o órgão competente da administração pública direta para a celebração de convenção de arbitragem é a mesma para a realização de acordos ou transações*”. Também foi agregado um parágrafo ao Art. 3º, com o seguinte teor: “§ 3º *A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade*”. Em síntese, facultou-se o uso da arbitragem, mas apenas para conflitos sobre direito patrimoniais disponíveis, devendo ser sempre apenas de direito (não de equidade) e com observância do princípio da publicidade.

III - PROBLEMAS E ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS AO LONGO DO TEMPO

Essa evolução não foi pacífica, pois uma parte da doutrina, ainda apegada ao antigo modelo burocrático, enxergava na adoção da arbitragem pela administração pública uma violação à garantia constitucional do devido processo legal ou, mais diretamente, no inciso XXXV, do Art. 5º da Constituição Federal: “*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito*”. Porém, como se pode ver claramente, a opção pela arbitragem não pode ser determinada unilateralmente pela Administração Pública, mas, sim, depende de um acordo entre ela e os particulares interessados. Não há arbitragem compulsória.

Essa resistência foi sendo vencida aos poucos, por meio de dispositivos em leis que cuidavam de relações contratuais específicas da Administração Pública com particulares, como é o caso da Lei nº 8.987 de 13/02/1995, que disciplina as concessões de serviços públicos, em cujo Art. 23, que dispõe sobre as cláusulas que devem constar obrigatoriamente dos contratos, está, no inciso XV, que dispõe sobre “*XV - ao foro e ao modo amigável de solução de divergências contratuais*”. Não se trata de uma imposição, mas, sim, de uma condição para quem, voluntariamente pretende celebrar um contrato de concessão de serviço público com uma entidade pública.

Nesse mesmo sentido é o disposto no Art. 11 da Lei nº 11.079 de 30/12/2004, Lei da Parcerias Público-Privadas – PPP, a qual também

estabelece como cláusula essencial nos contratos dessa natureza “III – o emprego de mecanismos privados de resolução de disputas.”

Até mesmo a severíssima Lei de Improbidade Administrativa, Lei nº 8.429, de 02/06/1992, ao disciplinar o processo judicial de apuração de ato de improbidade, passou a admitir a possibilidade de solução amigável. Em sua redação original isso era inadmissível, mas a Lei nº 13.964, de 24/12/1999, que cuidou do aperfeiçoamento da legislação penal e processual penal, acrescentou ao Art. 17 um parágrafo com a seguinte redação: “§10-A. *Havendo a possibilidade de solução consensual, poderão as partes requerer ao juiz a interrupção do prazo para a contestação, por prazo não superior a 90 (noventa) dias.*”

Merece registro o fato de que o Instituto Brasileiro de Direito Administrativo - IBDA, em sua publicação II Enunciados do IBDA - Jornada de Pirenópolis, Mudanças na Lei de Improbidade Administrativa, registrou que essa faculdade, uma vez adotada, impõe um dever para a Administração Pública: “29 – *Instaurado o procedimento para fins de celebração do acordo de não persecução cível, o Ministério Público e a pessoa jurídica lesada devem oportunizar efetiva participação e negociação aos interessados*”.

Outro avanço significativo no processo de criação de meios para a solução amigável de conflitos veio com a edição da Lei nº 13.140, de 26/06/2015, cuja ementa diz, literalmente, que dispõe sobre a mediação entre particulares, mas tem um capítulo dedicado à autocomposição de conflitos em que for parte pessoa jurídica de direito público. Confira-se o disposto no Art. 32 e seus incisos:

Art. 32. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão criar câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, no âmbito dos respectivos órgãos da Advocacia Pública, onde houver, com competência para: I - dirimir conflitos entre órgãos e entidades da administração pública; II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de composição, no caso de controvérsia entre particular e pessoa jurídica de direito público; III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.

A consagração das possibilidades de solução amigável dos conflitos está no Art. 151 da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Lei nº 14.133 de 01/04/2021, que se transcreve:

Art. 151. Nas contratações regidas por esta Lei, poderão ser utilizados meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias, notadamente a conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas e a arbitragem. Parágrafo único. Será aplicado o disposto no caput deste artigo às controvérsias relacionadas a direitos patrimoniais disponíveis, como as questões relacionadas ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ao inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes e ao cálculo de indenizações”. As possibilidades aumentaram, com relação à legislação anteriormente existente, mas o Art. 152 mantém a restrição de que “A arbitragem será sempre de direito e observará o princípio da publicidade.

As possibilidades de utilização se completam com o disposto no Art. 153, que permite a alteração dos contratos em vigor para permitir a adoção de todos esses meios alternativos de resolução de controvérsias.

A maior novidade nesse rol de possibilidades está na previsão de um comitê de resolução de disputas, existente em outros sistemas jurídicos com a designação de “Dispute Boards”. Sobre ele, convém transcrever os ensinamentos de Cristiana Fortini e Felipe Daniel:

Os “dispute boards” buscam evitar o litígio ou tratar o conflito ainda durante a execução contratual. Este aspecto o diferencia dos demais meios adequados de solução de conflito, visto que tanto no caso dos meios de autocomposição (negociação, mediação e conciliação) quanto nos meios de heterocomposição de conflitos (arbitragem), os “dispute boards” pressupõem atuação antes da constituição do conflito. Trata-se da constituição de um Comitê ou Conselho de especialistas indicados pelas partes para acompanhar a execução contratual e resolver eventuais conflitos surgidos, sendo o único dentre os instrumentos de ADRs (Alternative Dispute Resolution) que é constituído e permanece em funcionamento durante toda a execução do contrato.⁴

Conforme foi dito acima, a introdução do modelo gerencial de administração, no Art. 37, “caput” da Constituição Federal, feito pela Emenda Constitucional nº 19/88, abriu um leque de possibilidades que foram sendo exploradas e dilargadas ao longo do tempo.

4. A Nova Administração Pública por Contratos e o surgimento dos “Dispute Boards” no Brasil. FORTINI, Cristiana e MUCCI DANIEL, Felipe Alexandre Santa Anna, *in* Revista de Contratos Públicos, n. 26 (abril, 2021): 145-179.

IV - PRINCÍPIOS QUE DEVEM REGER A UTILIZAÇÃO DOS MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Não só na arbitragem, que é o foco principal deste estudo, mas em todos os outros meios alternativos de solução de conflitos, neste estágio de desenvolvimento dos estudos sobre a matéria é possível destacar alguns princípios fundamentais, tomando como referência a arbitragem.

O primeiro deles é o da autonomia das partes em conflito. Está superada, há muito tempo, o entendimento de que a administração pública não tem vontade, por ser mera executora da vontade da lei. Tal entendimento levou a que se sustentasse até a impossibilidade de existência de contratos administrativos. Hoje é pacífico o entendimento quanto a manifestação da vontade do poder público ao celebrar contratos. A utilização da arbitragem depende de um acordo entre as partes para a utilização desse instrumento.

A arbitragem pode ser conduzida por um árbitro único ou por um colegiado, havendo a possibilidade de que as partes recorram a câmaras de arbitragem existentes em algumas entidades. Caberá à parte optar por uma das possibilidades. No caso da arbitragem feita por um colegiado, para o bom andamento dos trabalhos é preciso haver a designação de um presidente que irá conduzir os trabalhos. Na prática, esse presidente pode ser escolhido tanto pelas partes quanto pelos árbitros por elas escolhidos.

Outro princípio fundamental é o da imparcialidade dos árbitros. Não se confunde o árbitro indicado por uma das partes com o advogado dessa parte. Ou seja, o dever do árbitro é buscar a solução do conflito; não defender o interesse de uma das partes. Por essa razão é preciso um cuidado especial na indicação dos árbitros, de maneira a evitar possíveis ou eventuais conflitos de interesses. Lamentavelmente, na prática, há registros de casos de árbitros que ocultaram conflitos de interesses.

É também fundamental que os árbitros tenham competência técnica com relação ao objeto do litígio a ser solucionado. Somente um grande conhecedor daquela específica matéria objeto da controvérsia pode ter uma visão mais ampla e segura para poder entender, ao mesmo tempo, as limitações de sua atuação e as possibilidades de solução, sem desnaturar o contrato no qual surgiu a controvérsia.

Dado que, em se tratando de arbitragem envolvendo um contratante público, a arbitragem será sempre, necessariamente de direito, é

indispensável que os árbitros tenham largo conhecimento da disciplina jurídica, tanto da legislação e da doutrina dos contratos públicos em geral, quanto da matéria do específico contrato em disputa.

A legislação existente salienta a necessidade de que o desenvolvimento da arbitragem envolvendo a administração pública seja sempre regido pelo princípio da publicidade. Nas relações de direito privado, entre pessoas jurídicas de direito privado, cabe às partes decidir pela publicidade, ou não da arbitragem, sendo que nas companhias abertas a publicidade é a regra geral, dado o interesse de acionistas e investidores, podendo, porém, haver interesse no sigilo, para evitar a publicidade de problemas internos e eventuais interesses em não revelar problemas à concorrência.

A regra geral da publicidade nas arbitragens envolvendo a administração pública também pode comportar exceções. Quem afirma é um dos maiores conhecedores da matéria Haroldo Verçosa, para quem existe situações em que a preservação do interesse público não só possibilita como determina que o procedimento arbitral seja sigiloso. Confirma-se seus ensinamentos em seu artigo sobre “A arbitragem no âmbito da administração pública e o sigilo: regra e exceções”.⁵

Suas conclusões sobre a obrigatoriedade do sigilo estão na análise que faz da Lei nº 12.527, de 18/11/2011, a Lei de Acesso à Informação. Não obstante ela cuide exatamente do direito constitucional à obtenção de informações pelos particulares perante a Administração Pública, ela também cuida de questões nas quais a própria Constituição garante o direito ao sigilo. Isso fica bem claro no Art. 7º, que, depois de enumerar um rol de direitos à informação, estabelece uma exceção: *“§ 1º O acesso à informação previsto no caput não compreende as informações referentes a projetos de pesquisa e desenvolvimento científicos ou tecnológicos cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado”*.

Mas essa exceção não é única. Essa mesma lei, em seu artigo 23 estabelece uma regra geral para exceções, que são detalhadas em seus incisos:

Art. 23. São consideradas imprescindíveis à segurança da sociedade ou do Estado e, portanto, passíveis de classificação as informações cuja divulgação ou acesso irrestrito possam: I - pôr em risco a defesa e a soberania nacionais ou a integridade do

5 VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. A arbitragem no âmbito da administração pública e o sigilo: regra e exceções. Migalhas de Peso. Ribeirão Preto: Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, disponível em www.migalhas.com.br. 29.06.2018.

território nacional; II - prejudicar ou pôr em risco a condução de negociações ou as relações internacionais do País, ou as que tenham sido fornecidas em caráter sigiloso por outros Estados e organismos internacionais; III - pôr em risco a vida, a segurança ou a saúde da população; IV - oferecer elevado risco à estabilidade financeira, econômica ou monetária do País; V - prejudicar ou causar risco a planos ou operações estratégicas das Forças Armadas; VI - prejudicar ou causar risco a projetos de pesquisa e desenvolvimento científico ou tecnológico, assim como a sistemas, bens, instalações ou áreas de interesse estratégico nacional; VII - pôr em risco a segurança de instituições ou de altas autoridades nacionais ou estrangeiras e seus familiares; ou VIII - comprometer atividades de inteligência, bem como de investigação ou fiscalização em andamento, relacionadas com a prevenção ou repressão de infrações.

É fora de dúvida, portanto que a arbitragem, e outros meios e instrumentos de solução alternativa de conflitos, não somente podem como devem ser sigilosos, nos casos de controvérsias sobre os temas acima relacionados.

V - CONCLUSÕES

Diante do acima exposto, pode-se notar que a adoção ou aceitação da arbitragem e outros meios alternativos de solução de disputas e controvérsias foi sendo assimilada e adotada paulatinamente, ao longo do tempo, por meio de leis esparsas, tratando de assuntos específicos.

Pode-se dizer que os resultados práticos obtidos pela utilização desses instrumentos consensuais em alguns setores estimularam a adoção de tais práticas por outros setores. De resto, toda e qualquer controvérsia levada para ser dirimida em sede judicial, além de ter custos econômicos, tem prejuízos inevitáveis para as partes envolvidas, em decorrência do tempo de decurso do processo em várias instâncias. Muito raramente a decisão judicial é satisfatória para todas as partes envolvidas.

É muito significativo o fato de que o Tribunal de Contas da União tenha criado uma Secretaria de Controle Externo de Seleção Consensual e Prevenção de Conflitos. A experiência mostrou que em contratos de obras e serviços, especialmente de longa duração, é inevitável o surgimento da necessidade de aditivos contratuais, de alterações no plano de trabalho e, especialmente, de reequilíbrio econômico-financeiro. Em tais

situações é quase impossível chegar a uma única solução correta e inquestionável, diante de alternativas que podem ser vantajosas para uma das partes, mas danosas para outra. Daí porque é essencial o esforço na busca de soluções de consenso.

Diante de tudo quanto foi acima exposto, especialmente sobre o ocorrido com os processos administrativos em geral, que durante muitos anos eram regidos por leis esparsas ou desenvolvidos aleatoriamente, sem norma regeadora alguma, trazendo insegurança e ensejando influências indevidas, fica evidente a necessidade de edição de uma lei geral de meios e instrumentos de soluções alternativas ou amigáveis de controvérsias perante a administração pública.

Não se cogita de uma codificação exaustiva, mas, sim, apenas de normas gerais, tipificando e traçando os aspectos principais de cada um desses possíveis meios de solução amigável de controvérsias, dando margem a que em cada caso as partes possam amoldar o procedimento às especificidades do caso em exame.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. A Lei de Processo Administrativo: sua ideia matriz e âmbito de aplicação *in* *Processo administrativo* – Temas polêmicos da Lei nº 9.784/99. São Paulo: Editora Atlas, 2011, p. 190-191. Organizadores: NOHARA, Irene Patrícia, MORAES FILHO, Marco Antônio Praxedes de.
- FARIAS, Talden. Termo de ajustamento de conduta e celeridade processual. São Paulo: *Revista Consultor Jurídico*, 4 de abril de 2020.
- FORTINI, Cristiana, MUCCI DANIEL, Felipe Alexandre Santa Anna. A nova administração pública por contratos e o surgimento dos “Dispute Boards” no Brasil. São Paulo: *Revista de Contratos Públicos* n. 26 (abril, 2021), p. 145-179.
- VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. A arbitragem no âmbito da administração pública e o sigilo: regra e exceções. *Migalhas de Peso*. Ribeirão Preto: Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, disponível em www.migalhas.com.br. 29.06.2018.

adilsondallari@uol.com.br

V

A reconfiguração dos direitos humanos no quadro da sociedade digital

The reconfiguration of human rights in the context of the digital society

Mário Frota¹

I

O ACESSO À INTERNET COMO DIREITO UNIVERSAL

1. O Relatório da 17.^a Sessão do Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas de 16 de Maio de 2011
2. A Resolução de 17 de Novembro de 2015 da Conferência Geral da Unesco
3. A Resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas de 2016

II

O ACESSO À INTERNET NA EUROPA

1. O Código Europeu das Comunicações Electrónicas
2. O Regulamento Europeu de Acesso à Internet
3. O Ordenamento Pátrio

III

O SERVIÇO UNIVERSAL E SEUS CONTEÚDOS

1. Conceito e conteúdo em sentido amplo
2. O conteúdo específico do acesso à internet
3. Vias para a consecução da universalidade

IV

AS CARTAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NA ERA DIGITAL

1. A Declaração Lisboa de 26 de Janeiro de 2021
2. A Declaração Europeia de 23 de Janeiro de 2023
3. A Carta Portuguesa de Direitos Fundamentais na Era Digital

¹ Antigo professor da Universidade de Paris d' Est. Fundador e primeiro presidente da AIDC/IACL – Associação Internacional de Direito do Consumo.

RESUMO: A sociedade digital postula um novo olhar sobre a carta de direitos do cidadão.

A Internet é um poderosíssimo instrumento aos alcances de homens, mulheres e crianças susceptível de escravizar como de libertar.

O acesso à Internet constitui, se não um direito humano "a se", veículo para a afirmação dos direitos humanos, com formal reconhecimento pelas Nações Unidas e bem assim por distintas estâncias internacionais.

O autor versa pela vez primeira uma abordagem do estilo, escorado em resoluções, como em instrumentos normativos emanados do Parlamento Europeu como dos poderes legiferantes nacionais. E remata com a enunciação dos direitos que constituem a Carta Portuguesa dos Direitos Humanos na Era Digital.

ABSTRACT: The digital society requires a new look at the citizens' bill of rights.

The Internet is a very power full tool available to men, women and children, which can enslave as well as liberate.

Access to the Internet constitutes, if not a human right "a se", a vehicle for the establishment of human rights, formally recognized by the United Nations and by various international bodies.

For the first time, the author addresses the issue in this style, drawing on resolutions, as well as on normative instruments issued by the European Parliament and national legislative powers. And it concludes with the enunciation of the rights that constitute the Portuguese Charter of Human Rights in the Digital Age.

Palavras-chave: Acesso à Internet – Direitos Humanos – Código Europeu das Comunicações Electrónicas – Regulamento Europeu de Acesso à Internet – Serviço Universal – Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia – Carta Portuguesa de Direitos Humanos na Era Digital – Regulamento Europeu de Protecção de Dados – Tarifa Social – Conteúdo Internet de Banda Larga.

Keywords: Internet Access – Human Rights – European Electronic Communications Code European Internet Access Regulation – Universal Service – Charter of Fundamental Rights of the European Union – Portuguese Charter of Human Rights in the Digital Age – European Data Protection Regulation – Social Tariff – Broad band Internet content.

I

O ACESSO À INTERNET COMO DIREITO UNIVERSAL

1. O RELATÓRIO DA 17.^a SESSÃO DO CONSELHO DE DIREITOS HUMANOS DAS NAÇÕES UNIDAS DE 16 DE MAIO DE 2011

A Organização das Nações Unidas, pelo seu Conselho de Direitos Humanos, em sessão de 16 de Maio de 2011, obtemperou face a cerradas

ameaças à liberdade de expressão e sua concreção em distintos suportes, quão urgente seria garantir o acesso universal à Rede Global de Informação de modo indiscriminado e irreticente.

E as considerações do Relator, por incisivas, condensam-se nos passos seguintes:

Dado que a Internet se tornou um instrumento indispensável para a realização de uma série de direitos humanos, combater a desigualdade e acelerar o desenvolvimento e o progresso humano, garantir o acesso universal à Internet deve ser uma prioridade para todos os Estados.

Assim, cada Estado deve desenvolver uma política concreta e efectiva, em consulta com indivíduos de todos os sectores da sociedade, incluindo o sector privado e os ministérios e os ministérios governamentais competentes, para tornar a Internet amplamente disponível, acessível e acessível a todos os segmentos da população.

A nível internacional, o Relator Especial reitera o seu apelo aos Estados, em particular os Estados desenvolvidos, a honrarem o seu compromisso, expresso, nomeadamente, nos Objectivos de Desenvolvimento do Milénio, de facilitar a transferência de tecnologia para os Estados em desenvolvimento, e a integrarem programas efectivos para facilitar o acesso universal à Internet nas suas políticas de desenvolvimento e assistência.

Nos casos em que a infraestrutura de acesso à Internet está presente, o Relator Especial encoraja os Estados a apoiarem iniciativas que garantam que a informação em linha possa ser acessada de forma significativa por todos os sectores da população, incluindo pessoas com deficiência e outras pertencentes a minorias linguísticas.

Os Estados devem incluir competências de literacia na Internet nos *curricula* escolares e apoiar módulos de aprendizagem semelhantes fora das escolas. Para além da formação em competências básicas, módulos devem esclarecer as vantagens de aceder à informação em linha e de contribuir com a difusão de informação de modo responsável. A formação pode também ajudar as pessoas a aprenderem a proteger-se contra conteúdos nocivos e explicar as potenciais consequências de revelação de informações privadas no seio da Internet.

Dáí que os olhares da comunidade internacional sobre um suporte universal como o da Rede Mundial de Informação [a Internet, como

comumente se designa] se hajam firmado de modo consequente sobre as distorções e ou os bloqueios de que pudesse padecer um tal veículo, obliterando direitos, liberdades e garantias amplamente expressos em instrumentos de real valia que se impunham “urbi et orbi”.

2. A RESOLUÇÃO DE 17 DE NOVEMBRO DE 2015 DA CONFERÊNCIA GERAL DA UNESCO

A Conferência Geral 38 C/53, convocada pela Unesco, em Paris, de 3 a 18 de Novembro de 2015, consagrou como prioridade premente a universalização da Internet.

E num dos seus eixos se expressou o “favorecer o acesso universal à informação e ao conhecimento e sua preservação”:

- Promoção pelos Estados-membros do acesso universal à informação mediante soluções abertas;
- Preservação pelos Estados-membros do património documental por meio do Programa Memória do Mundo;
- Aumento das capacidades dos Estados-membros em vista da utilização das TIC rumo a um desenvolvimento sustentável assente no conhecimento mediante a aplicação dos resultados da Cimeira Mundial sobre a Sociedade da Informação e das prioridades do Programa Informação para Todos (PIPT) a fim de construir sociedades do conhecimento inclusivas e pluralistas.

Tais propósitos conferem à UNESCO singular oportunidade susceptível de contribuir para uma Internet em consonância com os princípios por que se regem os direitos humanos, da abertura, da acessibilidade e da participação de múltiplos intervenientes, desempenhando deste relevante papel na Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável.

De análogo modo, sublinha o conceito de Universalidade da Internet, para além de suscitar a intervenção em domínios outros por forma a reforçar a inestimável função que se lhe reconhece e indubitavelmente cumpre neste congenho.

3. A RESOLUÇÃO DA ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS DE 2016

A 27 de Junho de 2016, por Resolução da Assembleia Geral, em adenda ao art.º 19.º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que

regra o direito à liberdade de opinião e de expressão (A/HRC/32/L.20), se aditou a secção 32 sob a epígrafe “promoção, protecção e gozo dos direitos humanos na Internet”.

Aí se enuncia mais de uma dezena de recomendações de molde assegurar a observância dos direitos dos que à internet acedem e nela judiciosamente operam. A preocupação que subjaz a um tal instrumento é a de assegurar que os direitos que os indivíduos têm *offline* o sejam igualmente protegidos *online*. Como, aliás, se vem propalando, sem reservas, nos areópagos internacionais. No seio da União Europeia tal propósito é amiúde repetido à exaustão.

A importância da promoção, protecção e desfrute dos direitos humanos na Internet e, bem assim, a relevância do direito de acesso têm sido alvo de ineliminável realce, em vários outros documentos com a chancela oficial da ONU, anos afora.

De qualquer sorte aí se vinca a específica natureza de direito humano consubstanciado no acesso universal à Internet e bem assim como veículo para a afirmação inconcussa dos mais direitos humanos, tal como o exprime a Declaração Universal de 1948.

II

O ACESSO À INTERNET NA EUROPA

1. O CÓDIGO EUROPEU DAS COMUNICAÇÕES ELECTRÓNICAS

O Código Europeu das Comunicações Electrónicas, a que a Directiva 2018/1872, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Dezembro de 2018, conferiu expressão, contempla o acesso a uma Internet aberta e garante-o em dados termos, como manifestação inequívoca de um dado incontornável e irrecusável nos tempos que correm.

Aí se proclama, no n.º 1 do seu artigo 3.º:

Os [cidadãos] têm o direito de aceder a informações e conteúdos e de os distribuir, de utilizar e fornecer aplicações e serviços e utilizar equipamento terminal à sua escolha, através do seu serviço de acesso à Internet, independentemente da localização do utilizador final ou do fornecedor, ou da localização, origem ou destino da informação, do conteúdo, da aplicação ou do serviço.

Tal é susceptível de aplicação, independentemente do direito vigente, nos distintos espaços, acerca da legalidade dos conteúdos, aplicações e erviços.

E os acordos entre os prestadores de serviços de acesso à Internet e os cidadãos e demais entidades sobre as condições comerciais e técnicas e sobre as características dos serviços de acesso à Internet, tais como preços, volumes de dados ou velocidade, e quaisquer práticas comerciais adoptadas por prestadores de serviços de acesso à Internet, não limitam o exercício do direito neste passo consignado.

E, no seu n.º 3, estatui que “os prestadores de serviços de acesso à Internet tratam equitativamente todo o tráfego, sem discriminações, restrições ou interferências, e independentemente do emissor e do receptor, do conteúdo acedido ou distribuído, das aplicações ou serviços empregues ou prestados, ou do equipamento terminal utilizado.

Aos prestadores de serviços de acesso à Internet se confere o poder-dever de aplicar medidas razoáveis de gestão do tráfego. E por tal se entende que as medidas sejam transparentes, não discriminatórias e proporcionadas, insusceptíveis de se basear-se em questões de natureza mercantil, antes na qualidade técnica objectivamente diferente dos requisitos de serviço de categorias específicas de tráfego.

Tais medidas não podem ter por objecto o controlo de conteúdos específicos, nem podem ser mantidas para além do tempo havido por necessário.

Os prestadores de serviços de acesso à Internet não podem estabelecer medidas de gestão do tráfego mais gravosas do que as previstas precedentemente e, em particular, veda-se-lhes que bloqueiem, abran-dem, alterem, restrinjam, ou degradem conteúdos, aplicações ou serviços específicos, ou suas categorias genuínas, nem estabeleçam discriminações entre eles ou neles interfiram, excepto na medida do necessário, e apenas durante o lapso de tempo indispensável, para:

- Dar cumprimento aos actos legislativos da União ou à legislação nacional a que o prestador de serviços de acesso à Internet se acha sujeito, ou às medidas conformes com o direito da União que dão execução a tais actos normativos, em que se incluem as decisões dos tribunais ou de autoridades públicas investidas de poderes relevantes;
- Preservar a integridade e a segurança da rede, dos serviços prestados através dela e dos equipamentos terminais dos consumidores ou demais usuários;

- Prevenir congestionamentos iminentes da rede e atenuar os efeitos de outros excepcionais ou temporários da rede, desde que categorias equivalentes de tráfego sejam tratadas equitativamente.

As medidas de gestão do tráfego só podem envolver o tratamento de dados pessoais se tal for necessário e proporcionado à realização dos objectivos neste passo enunciados.

Um tal tratamento efectuar-se-á de harmonia com os ditames do Regulamento “Protecção das Pessoas Singulares no que tange ao Tratamento de Dados Pessoais e sua Livre Circulação” (Regulamento (UE) 2016/679, de 27 de Abril de 2016).

As medidas de gestão do tráfego força é que cumpram de análogo modo o que na Directiva “Tratamento de Dados Pessoais e Protecção da Privacidade no Sector das Comunicações Electrónicas” de 12 de Julho de 2002 (Directiva 2002/58/CE do Parlamento Europeu e do Conselho) se prescreve.

Os prestadores de serviços de comunicações electrónicas que os dispensam ao público, incluindo os prestadores de serviços de acesso à Internet, e os fornecedores de conteúdos, aplicações ou serviços desfrutem da liberdade de oferecer serviços diferentes dos de acesso à Internet que se achem optimizados para conteúdos, aplicações ou serviços específicos, ou para uma sua combinação, caso a optimização se torne necessária em obediência aos requisitos dos conteúdos, aplicações ou serviços para um nível de qualidade específico.

Os prestadores de serviços de comunicações electrónicas, em que se incluem os dos serviços de acesso à Internet, só podem oferecer ou dispensar serviços se a capacidade da rede for suficiente para além dos de acesso à Internet já propiciados. Tais serviços não poderão ser utilizados nem oferecidos em substituição dos de acesso à Internet, nem afectar a sua disponibilidade ou qualidade geral aos que deles se servem.

2. O REGULAMENTO EUROPEU DE ACESSO À INTERNET

O Regulamento (UE) 2015/2120, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Novembro de 2015, estabelece medidas atinentes ao acesso à Internet aberta e dá outras provisões.

No que tange ao acesso, eis o que dispõe o n.º 1 do seu artigo 3.º, sob a epígrafe “garantia de acesso à Internet aberta”:

Os utilizadores finais [consumidores e não consumidores] têm o direito de aceder a informações e conteúdos e de os distribuir,

de utilizar e fornecer aplicações e serviços e utilizar equipamento terminal à sua escolha, através do seu serviço de acesso à Internet, independentemente da localização do utilizador final ou do fornecedor, ou da localização, origem ou destino da informação, do conteúdo, da aplicação ou do serviço.

E, nos passos subsequentes, preceitua:

Os acordos entre os prestadores de serviços de acesso à Internet e os consumidores sobre as condições comerciais e técnicas e as características dos serviços de acesso à Internet, tais como preços, volumes de dados ou velocidade, e quaisquer práticas comerciais adoptadas por tais prestadores não limitam o exercício do direito dos consumidores [e não consumidores] ali consignado.

Os prestadores de serviços destarte caracterizados tratam equitativamente todo o tráfego, ao dispensarem os serviços de acesso à Internet, sem discriminações, restrições ou interferências, e independentemente do emissor e do receptor, do conteúdo acedido ou distribuído, das aplicações ou serviços utilizados ou prestados, ou do equipamento terminal empregue.

O facto não obsta a que os prestadores de serviços apliquem medidas razoáveis de gestão do tráfego.

Por medidas razoáveis se entende que o sejam transparentes, não discriminatórias e proporcionadas, jamais se baseando em critérios de natureza mercantil, antes na qualidade técnica objectivamente diferenciada dos requisitos de serviço de categorias específicas de tráfego.

Tais medidas não podem ter por objecto o controlo de conteúdos específicos, nem podem ser mantidas por mais tempo do que o necessário.

Os prestadores de serviços não podem estabelecer medidas de gestão do tráfego mais gravosas do que as previstas precedentemente, e, em particular, não podem bloquear, abrandar, alterar, restringir ou degradar conteúdos, aplicações ou serviços específicos, ou específicas categorias, nem estabelecer discriminações entre eles ou neles interferir, excepto na medida do necessário, e apenas durante o tempo necessário, para:

- Dar cumprimento aos actos legislativos da União ou à legislação nacional que se afeiçoe ao direito da U.E. a que o prestador de serviços se acha sujeito, ou às medidas conformes com o direito da União que dão execução a tais actos legislativos ou à legislação

nacional, incluindo decisões dos tribunais ou de autoridades públicas investidas de poderes relevantes;

- Preservar a integridade e a segurança da rede, dos serviços prestados através dela e dos equipamentos terminais dos consumidores;
- Prevenir congestionamentos iminentes da rede e atenuar os efeitos de congestionamentos excepcionais ou temporários da rede, desde que categorias equivalentes de tráfego sejam tratadas equitativamente.

As medidas de gestão do tráfego só podem envolver o tratamento de dados pessoais se tal se considerar necessário e proporcionado face aos objectivos precedentemente delineados. O tratamento de dados observará obviamente os mandamentos estabelecidos nos instrumentos normativos vigentes, mormente no Regulamento Europeu de Protecção de Dados.

Os prestadores de serviços de comunicações electrónicas, inclusive os de acesso à Internet, e os fornecedores de conteúdos, aplicações ou serviços têm a liberdade de oferecer serviços diferentes dos de acesso à Internet optimizados para conteúdos, aplicações ou serviços específicos, ou para uma sua combinação, caso tal se torne necessário em obediência aos requisitos dos conteúdos, aplicações ou serviços dirigidos a um específico padrão de qualidade.

Tais prestadores de serviços só podem oferecer ou propiciar serviços se a capacidade da rede for suficiente para os dispensar além dos de acesso à Internet já assegurados.

Tais serviços não podem ser usados nem oferecidos em substituição dos de acesso à Internet, nem podem afectar a disponibilidade ou a qualidade geral dos serviços a dispensar aos consumidores.

O regulamento estatui ainda medidas de transparência de molde a garantir o acesso à Internet aberta, prestando congruentemente:

- Informações sobre o impacto que as medidas de gestão do tráfego aplicadas pelo prestador de serviços poderão ter na qualidade do serviço de acesso à Internet, na privacidade do consumidor e na protecção dos seus dados pessoais;

Uma explicação clara e compreensível [do impacto que, na prática,]

- A limitação do volume, a velocidade e outros parâmetros de qualidade do serviço podem ter nos serviços de acesso à Internet

e, nomeadamente, na utilização de conteúdos, aplicações e serviços;

- Os serviços subscritos pelo consumidor, poderão ter nos de acesso à Internet que lhe sejam prestados;

- Sobre o débito mínimo, o débito normalmente disponível, o débito máximo e o débito anunciado para descarregamentos e carregamentos dos serviços de acesso à Internet, no caso de redes fixas, ou sobre a estimativa do débito máximo e do débito anunciado para descarregamentos e carregamentos, no caso de redes móveis, e sobre a forma como desvios significativos em relação a tais débitos anunciados podem afectar o exercício dos direitos do consumidor neste passo consignados.

- Das medidas correctivas à disposição dos consumidores nos termos do direito nacional em caso de discrepância, contínua ou recorrente, entre o desempenho real do serviço de acesso à Internet no que se refere ao débito ou a outros parâmetros de qualidade dos serviços e o desempenho suprarreferenciado.

Aos prestadores de serviços de acesso à Internet cumpre conferir publicidade às informações a que precedentemente se alude.

Os prestadores de serviços aplicam procedimentos transparentes, simples e eficientes de gestão das reclamações dos consumidores.

3. O ORDENAMENTO PÁTRIO

A Lei 16/2022, de 16 de Agosto, que transpôs para o ordenamento jurídico interno a Directiva 2018/1872, de 11 de Dezembro de 2018, estabelece linearmente, no seu n.º 1 do seu artigo 148, o que segue

O serviço universal deve assegurar a disponibilidade, a um preço acessível e com uma qualidade especificada, de:

- Um serviço adequado de acesso à Internet de banda larga em local fixo;

- Serviços de comunicações de voz, incluindo à ligação subjacente, em local fixo;

- Medidas específicas para consumidores com deficiência, com o objectivo de assegurar um acesso equivalente às prestações que, no âmbito do serviço universal, se acham disponíveis aos demais consumidores.

O serviço universal pode incluir ainda o acesso global ou parcial a tais prestações, dispensadas em local não sedentário, quando se

conclua da sua imprescindibilidade para uma plena participação social e económica dos consumidores.

Ao Governo incumbe a definição da largura de banda mínima do serviço de acesso à Internet ante as circunstâncias específicas do mercado nacional, a largura de banda mínima adoptada pela maioria dos consumidores no território nacional e o relatório dos Reguladores Europeus sobre as melhores práticas.

A largura de banda do serviço de acesso à Internet deve ser adequada a suportar o complexo mínimo de serviços, a saber:

- Correio electrónico;
- Motores de pesquisa que permitam aceder e consultar todos os tipos de informação;
- Ferramentas de formação e educativas de base em linha;
- Acesso a jornais ou notícias em linha;
- Compra de bens (produtos e serviços) em linha;
- Procura de emprego e instrumentos para o efeito;
- Ligação em rede a nível profissional;
- Acesso a serviços bancários em linha;
- Acesso a serviços em linha da Administração Pública;
- Redes sociais e mensagens instantâneas;
- Chamadas e videochamadas de qualidade padrão.

É lícito ao Governo ampliar a base mínima enunciada, caso o considere necessário para assegurar a plena participação social e económica dos beneficiários do denominado serviço universal.

Trata-se, por conseguinte, de incumbências inalienáveis que o Parlamento cometeu ao Governo de molde a preencher de conteúdo o serviço universal e, no seu seio, o do acesso à Internet de banda larga para que a hodierna Sociedade Digital de todo não registe hostes de excluídos.

III

O SERVIÇO UNIVERSAL E SEUS CONTEÚDOS

1. CONCEITO E CONTEÚDO EM SENTIDO AMPLO

O serviço universal consiste no conjunto mínimo de prestações por lei previstas que, a um preço acessível, deve estar disponível, no território nacional, a todos os consumidores, em função das condições nacionais específicas sempre que exista um risco de exclusão social

decorrente da falta de um tal acesso que impeça os cidadãos de participar plenamente na vida social e económica da sociedade.

O conceito de serviço universal é gradativo: deve evoluir por forma a acompanhar o progresso da tecnologia, o desenvolvimento do mercado e as modificações da procura por parte dos usuários.

A lei confere ao Governo e ao Regulador, na prossecução das atribuições que se lhes cometem, um leque de competências, como segue:

- Adoptar as soluções mais eficientes e adequadas para assegurar a realização do serviço universal no respeito pelos princípios da objectividade, transparência, não discriminação, proporcionalidade e neutralidade tecnológica; e,
- Reduzir ao mínimo as distorções de mercado, em especial a prestação de serviços a preços ou em termos e condições que se afastem das condições comerciais normais, sem prejuízo da salvaguarda do interesse público.

O âmbito do serviço universal, enquanto tal, define-o tanto o Código Europeu das Comunicações Electrónicas como a Lei das Comunicações Electrónicas que vigora, em Portugal, desde 14 de Novembro do ano transacto.

E, como noutro passo se alude, o serviço universal tende a abarcar, a um preço acessível e com padrões específicos de qualidade

- Um serviço adequado de acesso à Internet de banda larga em um lugar fixo;
- Serviços de comunicações de voz, em que se inclui a ligação subjacente, em lugar fixo;
- Serviços específicos para consumidores portadores de deficiências, cujo fito é o de tornar viável um acesso equivalente aos que se acham disponíveis aos demais usuários.

Prevê-se, neste particular, a hipótese de acesso à globalidade ou a parte dos serviços enunciados, dispensados em lugar não sedentário, quando se conclua a necessidade de assegurar a plena participação social e económica dos consumidores em comunidade.

A rogo dos consumidores elegíveis, a conectividade pode ser limitada – só é tão só – ao suporte de serviços de comunicações de voz.

Ao Governo se comete o poder-dever de ampliar o âmbito de aplicação de tais dispositivos às micro, pequenas e médias empresas e às instituições de escopo não egoístico, desde que cumpram os requisitos para o efeito definidos.

Quando se verificar que os serviços de acesso à Internet e os de comunicações de voz não podem ser assegurados em circunstâncias normais ou por distintos e potenciais instrumentos de políticas públicas em território nacional ou em parte dele, comete-se ao Governo a incumbência da imposição de obrigações de serviço universal de molde a satisfazer as solicitações deduzidas pelos consumidores em domínios relevantes do território nacional.

4. O CONTEÚDO ESPECÍFICO DO ACESSO À INTERNET

No que tange ao específico ponto do acesso à Internet de banda larga, como relevante ramo do tronco comum do serviço universal, cumpre significar que o “**numerus clausus**” ora consignado em instrumentos normativos, nomeadamente a Nova Lei das Comunicações Electrónicas, em vigor em Portugal desde 14 de Novembro de 2022, são – como incidentalmente se registou já – os que segue:

- . Acesso aos serviços do correio electrónico;
- . Procura e consulta de todo o tipo de informação em motores de pesquisa;
- . Uso de ferramentas educativas e formativas;
- . Acesso a jornais ou notícias;
- . Encomenda e Compra de bens (produtos ou serviços);
- . Procura de emprego;
- . Ligações em rede, a nível profissional;
- . Uso de serviços bancários online e
- . Acesso de serviços da Administração Pública;
- . Uso de redes sociais e mensagens instantâneas; e
- . Chamadas e videochamadas com qualidade.

A qualidade dos serviços de acesso à Internet constitui domínio relevante que cumpre sobremodo acautelar.

À qualidade alia-se a transparência em domínios sensíveis como os de que ora se cura.

Ao Regulador se comete o insubstituível papel de zelar e impor às empresas de comunicações electrónicas se façam eco de informações completas, comparáveis, fiáveis, acessíveis e actualizadas que versem

- A qualidade dos serviços que aos consumidores se destinem, na medida em que controlem, ao menos, um ou mais elementos da rede, directamente ou através de acordos de nível de serviço para o efeito celebrado;

- As medidas adoptadas para assegurar aos portadores de deficiência um acesso de nível equivalente ao geralmente disponível aos mais consumidores.

Imporá ainda se elucide se a qualidade dos serviços depende de factores externos, v. g., o controlo sobre a transmissão de sinais ou a conectividade da rede.

Especificará, ademais, os parâmetros de qualidade do serviço a medir, os métodos de medição a aplicar e o conteúdo, o formato e o modo como as informações devem ser objecto de publicação, incluindo eventuais mecanismos de certificação da qualidade, tendo em conta as orientações dos Reguladores Europeus.

5. VIAS PARA A CONSECUÇÃO DA UNIVERSALIDADE

A universalidade tem de ter efectiva tradução no plano interno mediante um quadro de referência [qualidade do serviço, velocidade de *download* e *upload*...] e uma tarifa social que garanta, a preços moderados, o acesso incondicional à Internet.

Tarifa social é a que permite, em teoria, aos consumidores de baixos rendimentos e especiais necessidades sociais, o acesso aos serviços de Internet de banda larga a preços moderados, ao alcance da bolsa dos de menores recursos.

Coube ao Regulador, *ex vi legis*, submeter ao Governo quer o quadro de referência quer os valores ínsitos na tarifa social:

- Uma mensalidade de 6,15 euros (5 € a que acresce o IVA à razão de 23%) para o serviço de acesso à Internet em banda larga, de tal modo que o valor garanta o acesso os consumidores com baixos rendimentos ou com necessidades sociais especiais;

- Um preço máximo de 26,38 euros (21,45 euros com IVA à razão de 23%) como contrapartida pela activação do serviço, e/ou de equipamentos de acesso, nomeadamente os 'routers'.

A fim de dar cumprimento à obrigação de definição da largura de banda necessária para a prestação do serviço de acesso à Internet, bem como dos parâmetros mínimos de qualidade de serviço, nomeadamente velocidade de *download* e *upload*, a deliberação do Regulador aponta:

- para garantir a prestação do enunciado complexo de serviços, as empresas devem assegurar um débito mínimo de *download* de 30 Mbps e um débito mínimo de *upload* de 3 Mbps.

- o valor mínimo de tráfego mensal a ser incluído na oferta associada à tarifa social de acesso à Internet em banda larga deve ser de 30 GB.

O Governo, porém, reduziu tais parâmetros, em termos que se nos afiguram menos razoáveis, como se pode concluir pelos dados ínsitos *infra*.

Os agregados familiares apenas podem beneficiar de **uma** tarifa social de acesso à Internet.

E só pode aceder à tarifa social quem disponha de

- . pensão social de velhice ou do complemento solidário para idosos;
- . subsídio de desemprego;
- . pensão social de invalidez do regime especial ou do complemento da prestação social para inclusão;
- . rendimento social de inserção;
- . abono de família;

e os agregados familiares com rendimento anual igual ou inferior a 5 808 €, acrescidos de 50% por cada membro sem eventual rendimento, até um limite de 10.

Se neles houver estudantes universitários deslocados, com obrigações lectivas a cumprir em um outro município, é-lhes assegurado o acesso a uma oferta adicional de tarifa social.

A tarifa social, cuja mensalidade se afere pelo montante proposto, aparta-se dos valores submetidos ao Governo, já que inclui tão só 15GB de dados / mês, cumprindo aos operadores assegurar uma velocidade mínima de *download* de 12 Mbps e 2 Mbps de *upload*.

Tal é susceptível de permitir, afiança-se, que o acesso ao mosaico de actividades se processe sem soluções de continuidade, a saber, ao correio electrónico, à consulta de todo o tipo de informação pelo recurso a motores de pesquisa, ao uso de ferramentas educativas e formativas, ao acesso aos media em geral, a jornais ou notícias, à encomenda e à compra e venda de bens (produtos ou serviços), à procura de emprego, às ligações em rede, a nível profissional, ao uso de serviços bancários em linha e ao acesso a serviços em linha da Administração Pública, ao uso de redes sociais e mensagens instantâneas e chamadas e videochamadas com um dado padrão de qualidade.

Os serviços de activação e/ou os equipamentos de acesso importarão em um montante máximo e único de 26, 38 €.

O titular da tarifa social pode optar pelo pagamento deste valor em 6, 12 ou 24 prestações, de par com a faculdade de integral pagamento na primeira das facturas a emitir pela operadora.

Na tarifa não se incluem nem televisão nem telefone.

Ademais, parece que o montante do impulso inicial, a que correspondem os 26,38 €, não se enquadra nem na letra nem no espírito da lei, representado por um valor único mensal, uma mensalidade uniformemente definida, que não por impulso mais mensalidade, como ora se interpreta de banda oficial o preceito, quanto a nós erroneamente.

O que agrava substancialmente a mensalidade a cargo do consumidor.

Aliás, é patente o facto, já que não se começa por apresentar um tal preço (o do impulso inicial), por elevado, mas a mensalidade, por mais “moderada”. Só depois é que aparece o valor que terá de ser pago à cabeça, ainda que eventualmente fraccionado em prestações mensais.

O que quer significar que o montante inicial onera mais os que tiverem por tempo relativamente escasso o serviço, por razões de conveniência e necessidades próprias, que os mais que se alonguem no tempo, vinculados às empresas de comunicações electrónicas que dispensem o serviço de acesso, em termos contratuais. Como parece, de resto, elementar.

Aliás (e esta consideração releva para os mais serviços públicos essenciais...), fazer incidir o Imposto sobre Valor Acrescentado (ou, como se diz nessa riba, “agregado”) da ordem dos 23%, como se de um artigo de luxo se tratasse, é algo de descabido e só num regime com um sistema fiscal sumamente injusto é que tal se pode “consentir”...

Ademais, tratando-se de uma “tarifa social”, deveria haver neste ponto “benefícios fiscais” (há benefícios concedidos a quem menos merece porque, circunstancialmente, dotado de condições mais que favoráveis nos domínios em que de todo preponderam, qual “favor júris” a que só os vulneráveis escapam): a menos que o governo, ao que parece e como tantas vezes ocorre, dedilhe o anexam, amiúde glosado, “os pobres que paguem a crise”...

O menos que admitir se poderia era que houvesse uma isenção fiscal para os economicamente débeis que acedam ao serviço universal da internet, como forma de acomodação numa Sociedade Digital, de todo não talhada para os deserdados da fortuna, menos ainda com estes arremedos de duvidosa eficácia de “justiça” fiscal...

É certo que mundo não é perfeito! Menos ainda quando se pinta das cores de uma Sociedade Digital para abastados e dos que lhes seguem na peugada, arrastando consigo as hostes de indigentes que, entre nós e de forma surpreendente, se vão avolumando ano a ano de forma abissal!

IV

AS CARTAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NA ERA DIGITAL

1. A DECLARAÇÃO LISBOA DE 26 DE JANEIRO DE 2021

A Declaração de Lisboa de 26 de Janeiro de 2021, proclamada no decurso da presidência portuguesa da União Europeia, no primeiro semestre de 2021, sob a consigna “Por uma Democracia Digital com Propósito,” comporta um anexo em que se plasmam os princípios fundamentais que, em nosso entender, influenciaram de todo a Declaração Europeia que tarde viria a lume.

E aí considera o acesso, uso e neutralidade da Internet, na esteira de instrumentos internacionais já enunciados, como essenciais ao quotidiano.

E, como se de dois pilares se tratasse, proclama com ênfase:

- Todas as pessoas devem poder aceder à Internet de forma não discriminatória.
- Toda a pessoa deve estar protegida contra a desconexão deliberada do acesso à Internet ou às limitações da informação que pode transmitir-se em linha, respeitando os princípios da neutralidade da rede.

A Declaração de Lisboa é relevante nos traços que delineia e daí que careça de realce nos termos impressionantes de que se tece.

2. A DECLARAÇÃO EUROPEIA DE 23 DE JANEIRO DE 2023

A Declaração Europeia, que não reveste, aliás, carácter vinculativo, proclama liminarmente que “todas as pessoas devem ter acesso a uma tecnologia que vise unir e não dividir.”

E ainda que “a transformação digital deve contribuir para uma sociedade e uma economia justas na União Europeia”.

Ante tais pressupostos, a União, pelos seus órgãos constitutivos, compromete-se formalmente a

- garantir que as soluções tecnológicas respeitem os direitos das pessoas, permitam o respectivo exercício e promovam autenticamente a inclusão;
- empreender uma transformação digital que não arrede ninguém, incluindo nomeadamente idosos, portadores de deficiência ou pessoas marginalizadas, vulneráveis ou privadas do direito de voto, bem como as pessoas que agem em seu nome;
- desenvolver quadros adequados para que todos os intervenientes no mercado beneficiários da transformação digital assumam responsabilidades sociais e contribuam de forma justa e proporcionada para os custos dos bens, serviços e infraestruturas públicos, em favor de todos os europeus, sem excepção.

Conectividade

Todas as pessoas, no seio da União, devem ter acesso à conectividade digital de alta velocidade e a preços acessíveis.

Para tanto, a União compromete-se a:

- garantir o acesso de todos a uma excelente conectividade, independentemente do lugar de residência e dos rendimentos auferidos;
- assegurar uma Internet neutra e aberta em que os conteúdos, serviços e aplicações não sejam bloqueados nem degradem injustificadamente.

Educação e competências digitais

Todas as pessoas têm direito à educação, à formação e à aprendizagem ao longo da vida e devem estar aptas a adquirir todas as competências digitais básicas e avançadas.

A União compromete-se a:

- promover e suportar esforços para dotar as instituições de ensino e formação de conectividade, infraestruturas e ferramentas digitais;
- reforçar as vias susceptíveis de permitir a discentes e docentes que adquiram e partilhem aptidões e competências digitais necessárias a uma activa intervenção na economia, na sociedade e em processos democráticos;
- conferir a todos a possibilidade de se adaptarem às mudanças propiciadas pela digitalização do trabalho através da melhoria das competências e da requalificação.

3. A CARTA PORTUGUESA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E SEUS LINEAMENTOS

A Lei portuguesa das Comunicações Electrónicas de 16 de Agosto de 2022, estabelece – no particular dos direitos fundamentais – disciplina em consonância, em extensão e profundidade, com a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia e, por extensão, com a Carta Portuguesa de Direitos Fundamentais na Era Digital, que no passo subsequente se desenvolverá.

Consigna, como garantia, no seu artigo 112, a da estrita observância dos direitos fundamentais, a saber:

1 - Quaisquer medidas relativas ao acesso ou à utilização de serviços e aplicações através de redes de comunicações electrónicas pelos utilizadores finais devem respeitar a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, os direitos constitucionalmente consagrados e os princípios gerais do direito da União Europeia.

2 - Qualquer medida relativa ao acesso ou à utilização de serviços e aplicações através de redes de comunicações electrónicas pelos utilizadores finais susceptível de limitar o exercício dos direitos ou liberdades reconhecidos pela Constituição e pela Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia só pode ser aplicada se estiver prevista na lei e respeitar a essência desses direitos e liberdades, for proporcional e visar genuinamente os objectivos de interesse geral reconhecidos pela Constituição e pelo direito da União Europeia ou a necessidade de proteger os direitos e liberdades de outrem, nos termos do n.º 1 do artigo 52.º da referida Carta, e os princípios gerais do direito da União Europeia, incluindo o direito à acção e a um processo equitativo.

3 - As medidas a que se referem os números anteriores só podem ser tomadas no devido respeito pelo princípio da presunção de inocência e pelo direito à privacidade.

4 - É garantido um procedimento prévio, justo, equitativo e imparcial, incluindo o direito de audiência dos interessados, sem prejuízo da necessidade de prever condições e mecanismos processuais apropriados em casos de urgência devidamente justificados em conformidade com a Constituição e a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

Trata-se, aliás, de algo que seria escusado, dada a subordinação das leis ordinários aos preceitos do Texto Fundamental: como que algo de feição redundante.

No entanto, Portugal dera à estampa uma Carta de Direitos Fundamentais na Era Digital a 17 de Maio de 2021, ao invés do que o fizera a generalidade dos Estados-membros da União Europeia. A Espanha, por exemplo, recolheu de distintos textos, direitos que apresenta, a este título, como algo de não vinculante.

A Carta Portuguesa reveste, pois, natureza vinculativa, facto que cumpre de todo o modo realçar, porque emergente de uma provisão legislativa com o timbre do Parlamento nacional.

Como se proclama, a República Portuguesa participa no processo mundial de transformação da Internet num instrumento de conquista de liberdade, igualdade e justiça social e num espaço de promoção, protecção e livre exercício dos direitos humanos, com vista a uma inclusão social em ambiente digital.

As normas que na ordem jurídica portuguesa consagram e tutelam direitos, liberdades e garantias são plenamente aplicáveis no ciberespaço.

Enuncie-se os direitos e trace-se de per si nos passos subsequentes o seu conteúdo:

3.1. DIREITO DE ACESSO AO AMBIENTE DIGITAL

Todos, independentemente da ascendência, género, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual, têm o direito de livre acesso à Internet.

Ao Estado incumbe, por forma a consubstanciar-se um tal direito:

- O uso autónomo e responsável da Internet e o livre acesso às tecnologias de informação e comunicação;
- A definição e execução de programas de promoção da igualdade de género e das competências digitais nas diversas faixas etárias;
- A eliminação de barreiras no acesso à Internet por pessoas portadoras de necessidades especiais a nível físico, sensorial ou cognitivo, designadamente através da definição e execução de programas a tal fim dirigidos;

- A redução e eliminação das assimetrias regionais e locais em matéria de conectividade, assegurando a sua existência nos territórios de baixa densidade e garantindo em todo o território nacional conectividade de qualidade, em banda larga e a preço acessível;
- A existência de pontos de acesso gratuitos em espaços públicos, como bibliotecas, juntas de freguesia (autarquias locais de proximidade), centros comunitários, jardins públicos, hospitais, centros de saúde, escolas e outros serviços públicos;
- A criação de uma tarifa social de acesso a serviços de Internet aplicável a clientes finais economicamente vulneráveis;
- A execução de programas que garantam o acesso a instrumentos e meios tecnológicos e digitais por parte da população, para potenciar as competências digitais e o acesso a plataformas electrónicas, em particular dos cidadãos mais vulneráveis;
- A adopção de medidas e acções que assegurem uma melhor acessibilidade e uma utilização mais avisada, que contrarie os comportamentos aditivos e proteja os consumidores digitalmente vulneráveis;
- A continuidade do domínio de Internet de Portugal «.PT», bem como das condições que o tornam acessível tecnológica e financeiramente a todas as pessoas singulares e colectivas para registo de domínios em condições de transparência e igualdade;
- A definição e execução de medidas de combate à disponibilização ilícita e à divulgação de conteúdos ilegais em rede e de defesa dos direitos de propriedade intelectual e das vítimas de crimes praticados no ciberespaço.

3.2. LIBERDADE DE EXPRESSÃO E CRIAÇÃO

Todos têm o direito de exprimir e divulgar o seu pensamento, bem como de criar, procurar, obter e partilhar ou difundir informações e opiniões em ambiente digital, de forma livre, sem qualquer tipo ou forma de censura, sem prejuízo do disposto na lei relativamente a condutas ilícitas.

Todos têm o direito de beneficiar de medidas públicas de promoção da utilização responsável do ciberespaço e de protecção contra todas as formas de discriminação e crime, nomeadamente contra a apologia do terrorismo, o incitamento ao ódio e à violência contra pessoa ou grupo de pessoas por causa da sua raça, cor, origem étnica ou nacional, ascendência, religião, sexo, orientação sexual, identidade de género ou

deficiência física ou psíquica, o assédio ou exploração sexual de crianças, a mutilação genital feminina e a perseguição.

A criação de obras literárias, científicas ou artísticas originais, bem como as equiparadas a originais e as prestações dos artistas intérpretes ou executantes, dos produtores de fonogramas e de videogramas e dos organismos de radiodifusão gozam de especial protecção contra a violação do disposto no Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos, em ambiente digital.

3.3. GARANTIA DO ACESSO E USO

É vedada a interrupção intencional de acesso à Internet, tanto parcial quanto total, ou a limitação da disseminação de informação ou de outros conteúdos, salvaguardadas as hipóteses legalmente previstas.

3.4. DIREITO À PROTECÇÃO CONTRA A DESINFORMAÇÃO

O Estado assegura o cumprimento, em Portugal, do Plano Europeu de Acção contra a Desinformação, por forma a proteger a sociedade contra pessoas singulares ou colectivas, *de jure* ou *de facto*, que produzam, reproduzam ou difundam narrativa considerada como desinformação.

3.5. DIREITO À PRIVACIDADE EM AMBIENTE DIGITAL

Todos têm direito a comunicar electronicamente usando a criptografia e outras formas de protecção da identidade ou que evitem a recolha de dados pessoais, designadamente para o exercício de liberdades civis e políticas sem censura ou discriminação.

O direito à protecção de dados pessoais, incluindo o controlo sobre a sua recolha, o registo, a organização, a estruturação, a conservação, a adaptação ou alteração, a recuperação, a consulta, a utilização, a divulgação por transmissão, difusão ou qualquer outra forma de disponibilização, a comparação ou interconexão, a limitação, o apagamento ou a destruição, é assegurado nos termos legais.

3.6. DIREITO À NEUTRALIDADE DA INTERNET

Todos têm direito a que os conteúdos transmitidos e recebidos em ambiente digital não sejam sujeitos a discriminação, restrição ou interferência em relação ao remetente, ao destinatário, ao tipo ou conteúdo

da informação, ao dispositivo ou aplicações utilizados, ou, em geral, a escolhas legítimas das pessoas.

3.7. DIREITO AO DESENVOLVIMENTO DE COMPETÊNCIAS DIGITAIS

Todos têm direito à educação para a aquisição e o desenvolvimento de competências digitais.

O Estado promove e executa programas que incentivem e facilitem o acesso, por parte das várias faixas etárias da população, a meios e instrumentos digitais e tecnológicos, por forma a assegurar, designadamente, a educação através da Internet e a utilização crescente de serviços públicos digitais.

O serviço público de comunicação social audiovisual contribui para a educação digital dos utilizadores das várias faixas etárias e promove a divulgação da presente lei e demais legislação aplicável.

3.8. DIREITO À IDENTIDADE E OUTROS DIREITOS PESSOAIS

Todos têm direito à identidade pessoal, ao bom nome e à reputação, à imagem e à palavra, bem como à sua integridade moral em ambiente digital.

Incumbe ao Estado:

- Combater a usurpação de identidade e incentivar a criação de plataformas que permitam o uso pelo cidadão de meios seguros de autenticação electrónica;
- Promover mecanismos que visem o aumento da segurança e da confiança nas transacções comerciais, em especial na óptica da defesa do consumidor.

Fora dos casos previstos na lei, é proibida qualquer forma de utilização de código bidimensional ou de dimensão superior para tratar e difundir informação sobre o estado de saúde ou qualquer outro aspecto relacionado com a origem racial ou étnica, as opiniões políticas, as convicções religiosas ou filosóficas, ou a filiação sindical, bem como dados genéticos, dados biométricos ou dados relativos à vida sexual ou orientação sexual de uma pessoa.

3.9. DIREITO AO ESQUECIMENTO

Todos têm o direito de obter do Estado apoio no exercício do direito ao apagamento de dados pessoais que lhes digam respeito, nos termos e nas condições estabelecidas na legislação europeia e nacional aplicáveis.

O direito ao esquecimento pode ser exercido a título póstumo por qualquer herdeiro do titular do direito, salvo quando este tenha feito determinação em sentido contrário.

3.10. DIREITOS EM PLATAFORMAS DIGITAIS

Na utilização de plataformas digitais, todos têm o direito de:

- Receber informação clara e simples sobre as condições de prestação de serviços quando utilizem as que viabilizam fluxos de informação e comunicação;
- Exercer em tais plataformas os direitos garantidos pela presente Carta e na demais legislação [Lei da Compra e Venda dos Bens de Consumo de 18 de Outubro de 2021 e Regulamento Europeu de Serviços Digitais de 19 de Outubro de 2022];
- Ver garantida a protecção do seu perfil, incluindo a sua recuperação se necessário, bem como de obter cópia dos dados pessoais que respeitem no Regulamento Europeu de Protecção de Dados;
- Apresentar reclamações e recorrer a meios alternativos de resolução de conflitos, de harmonia tanto com o ordenamento pátrio como com o europeu.

O Estado promove a utilização pelas plataformas digitais de sinérgicas gráficas que transmitam de forma clara e simples a política de privacidade que asseguram aos usuários.

3.11. DIREITO À CIBERSEGURANÇA

Todos têm direito à segurança no ciberespaço.

Incumbindo ao Estado definir políticas públicas que garantam a protecção dos cidadãos e das redes e sistemas de informação e criem mecanismos que aumentem a segurança no uso da Internet, em especial por crianças e jovens.

O Centro Nacional de Cibersegurança, dotado de autonomia administrativa e financeira, promove, em articulação com entidades públicas e privadas, a formação dos cidadãos e empresas de molde a

adquirirem habilitações práticas e a desfrutarem de serviços online de prevenção e neutralização de ameaças à segurança no ciberespaço.

3.12. DIREITO À LIBERDADE DE CRIAÇÃO E À PROTECÇÃO DOS CONTEÚDOS

Todos têm direito à livre criação intelectual, artística, científica e técnica, bem como a desfrutarem, no ambiente digital, da protecção legalmente conferida às obras, prestações, produções e outros conteúdos tutelados por direitos de propriedade intelectual.

As medidas proporcionais, adequadas e eficazes com vista a impedir o acesso ou a remover conteúdos dispensados em manifesta violação do direito de autor e direitos conexos são objecto de lei especial.

3.13. DIREITO À PROTECÇÃO CONTRA A GEOLOCALIZAÇÃO ABUSIVA

Todos têm direito à protecção contra a recolha e o tratamento ilegais de informação sobre a sua localização quando efectuem uma chamada obtida a partir de qualquer equipamento.

A utilização dos dados da posição geográfica do equipamento de um utilizador só pode ser feita com o seu consentimento ou autorização legal.

3.14. DIREITO AO TESTAMENTO DIGITAL

Todas as pessoas podem manifestar antecipadamente a sua vontade no que se refere à disposição dos seus conteúdos e dados pessoais, designadamente os constantes dos seus perfis e contas pessoais em plataformas digitais, nos termos das condições contratuais de prestação do serviço e da legislação aplicável, inclusive quanto à capacidade testamentária.

A supressão póstuma de perfis pessoais em redes sociais ou similares por herdeiros não pode ter lugar se o titular do direito tiver deixado indicação em contrário perante os responsáveis do serviço.

3.15. DIREITOS DIGITAIS FACE À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Perante a Administração Pública, a todos é reconhecido o direito:

A beneficiar da transição para procedimentos administrativos digitais;

- A obter informação digital relativamente a procedimentos e actos administrativos e a comunicar com os decisores;
- À assistência pessoal no caso de procedimentos exclusivamente digitais;
- A que dados prestados a um serviço sejam partilhados com outro, nos casos legalmente previstos;
- A beneficiar de regimes de «dados abertos» que facultem o acesso a dados constantes das aplicações informáticas de serviços públicos e permitam a sua reutilização, nos termos previstos na lei;
- De livre utilização de uma plataforma digital europeia única para a prestação de acesso a informações.

3.16. DIREITO DE ACÇÃO: O RECURSO À ACÇÃO POPULAR DIGITAL E A OUTRAS GARANTIAS

A todos se reconhece o direito de acção, vertido no regime da acção popular (***class action***), com os ajustamentos pertinentes ao ambiente digital.

O Estado garante e suporta o exercício dos direitos de reclamação, de recurso e de acesso a formas alternativas de resolução de litígios emergentes de relações jurídicas geradas no seio do ciberespaço.

As pessoas colectivas de escopo não egoístico que se consagram à promoção dos interesses e à protecção dos direitos consignados na Carta têm direito à consecução do estatuto de utilidade pública, nos termos dos normativos aplicáveis às entidades cuja actividade seja de cunho cultural.

Os direitos conferidos em processo administrativo em suporte electrónico figurarão em legislação própria, de todo ainda não consubstanciada.

BIBLIOGRAFIA

- Código Europeu das Comunicações Electrónicas – Directiva (UE) 2018/ 1872, de 11 de Dezembro
- Regulamento (UE) 2015/2120, de 25 de Novembro de 2015
- Regulamento (UE) 2016/679, de 27 de Abril de 2016
- Regulamento (UE) 2022/2065, de 19 de Outubro de 2022
- Directiva 2002/58/CE, de 12 de Julho de 2002
- Plano Europeu de Educação Digital 2021/2027, de 30 de Setembro de 2020
- Declaração de Lisboa de 26 de Janeiro de 2021

Declaração Europeia de 23 de Janeiro de 2023

Lei n.º 16/2022, de 16 de Agosto (Portugal)

Lei 27/2021, de 17 de Maio (Portugal)

Decreto-Lei n.º 84/2021, de 18 de Outubro

Decreto-Lei n.º 66/2021, de 30 de Julho

Portaria n.º 274-A/2021, de 29 de Novembro.

VI

A construção da sociedade livre, justa e solidária a partir da identificação negativa dos fins do estado

Building a free, just and solidary society through the negative determination of the purposes of the state

Diógenes de Brito Tavares¹

RESUMO: Este artigo enuncia provações a que foram submetidos, por força de recentes episódios da vida política nacional, os direitos de diferentes gerações consagrados na vigente Constituição brasileira. Através destas provações, intenta-se destacar o que não deve ser feito no âmbito de um modelo de Estado Social, por não se coadunar aos seus fins, e como essa identificação negativa contribui para o objetivo fundamental de construir uma sociedade livre, justa e solidária.

ABSTRACT: This article enunciates the trials which have undergone, by dint of recent incidents in the national politics, rights pertaining of distinct generations established in the current Brazilian constitution. Through these trials, it aims highlight what should not be done in a Social State model, as it is not in line with its purposes, and how this negative determination contributes to the fundamental objective of building a free, just and solidary society.

PALAVRAS CHAVE: Constituição. Estado Social. Direitos. Sociedade. Conservadorismo.

KEYWORDS: Constitution. Social State. Rights. Society. Conservatism.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Da provação dos direitos constitucionais em todas as suas dimensões. 2.1. Da provação dos direitos de liberdade. 2.2. Da provação dos direitos políticos. 2.3. Da provação dos direitos sociais. 2.4. Da provação do direito ao meio ambiente. 3. Construir uma sociedade livre, justa e solidária. 3.1. Resiliência da teoria social conservadora. 3.2. Identificação negativa dos fins do Estado como fórmula de concretização da sociedade livre, justa e solidária. 4. Conclusão. Bibliografia.

¹ Advogado. Especialista em Direito Constitucional pela PUC/SP. Endereço eletrônico para contato: diogenes@haradaadvogados.com.br.

1. INTRODUÇÃO

Quando Pedro Américo, em 1902, concluiu a monumental pintura *Pax et Concordia (Paz e Concórdia)*, fê-lo à margem da realidade subjacente.

A insipiente República “proclamada” em 1889, militarmente forjada à margem da participação popular, “*foi uma limitadíssima democracia, ou uma oligarquia*”, que se assentava “*na negociação periódica, a cada sucessão presidencial, entre Minas e São Paulo, aos quais interessava o controle da máquina federal, e as demais oligarquias com algum peso político e econômico*”.²

Nada obstante, uma obra de cunho alegórico, como a mencionada, possui o caráter funcional de representar indiretamente uma ideia, conferindo-lhe uma outra veste, aparência ou imagem. No quadro, a láctea e feminina imagem da República, laureada por figuras de vanguarda civilizacional e encimada por uma Vitória alada, anjos translúcidos e elementos das Artes, Ciências e da fé cristã, tem aos seus pés o demônio mortalmente ferido, alegoria das guerras pretéritas (e, talvez, da escravidão). No umbral do imponente edifício de fundo, vê-se *Grito do Ypiranga*, autorreferência à obra do artista, como um timbre do passado monárquico. Conforme o registro de Guilherme Frazão Conduru,

Um possível significado da alegoria poderia ser assim resumido: a nação brasileira, identificada ao Estado na qualidade de República, ingressa na Civilização ou é recebida pelas nações civilizadas, sob a égide do Cristianismo, e assimila, como referências civilizacionais, não somente o passado imperial e a herança colonial portuguesa, mas também a herança da Antiguidade clássica, matriz da cultura ocidental.³

Passando da representação pictórica à escrita, o preâmbulo da Constituição de 1988 parece cumprir idêntica função alegórica, invocando a fé cristã (ainda que sob referência a um Deus ecumênico) para instituir o Estado Democrático reclamado por uma sociedade subjugada

2 Sérgio Abranches, *As vias tortuosas da democracia e a crise da representação no Brasil*, p. 67. Disponível em: <file:///C:/Users/55119/Downloads/12600-2754-PB.pdf>. Acesso em: 25/07/2023.

3 *Pinturas de história como discurso diplomático*: uma narrativa visual da História do Brasil no Itamaraty. Disponível em: <file:///C:/Users/55119/Downloads/mhnadministrator-pinturas-de-histria-como-discurso-diplomtico-uma-narrativa-visual-da-histria-do-brasil-no-itamaraty.pdf>. Acesso em: 17/07/2023.

pelo autoritarismo, que aspira se tornar fraterna, pluralista e sem preconceitos.

Este cenário, localizado um século após o advento da República, guarda idêntica similitude quando se coteja alegoria e realidade.

O texto da Constituição de 1988, de perfil analítico e programático, mas também dirigente, revela-se pródigo não apenas em direitos, mas também em concepções ideais que demandam um longo avanço civilizacional.

A advertência quase profética formulada por José Eduardo Faria, no pós-constituente de 1989, assombra por sua exata conformação aos dias de hoje:

Como a ambivalência conceitual e mesmo funcional da nova Constituição decorreu da vontade contraditória de um plenário dividido e fragmentário, que fez da aprovação de cada norma uma batalha em torno da retórica e da utopia, do dito e do não dito, (...) e como cada capítulo parece atender interesses de setores específicos da sociedade, que se valeram de redações muitas vezes sibilinas para expressar 'juridicamente' o direito constitucional quando, na prática, pretendiam impô-lo e justificá-lo politicamente por meio de uma linguagem que enfatiza os 'interesses comuns' ao mesmo tempo que oculta sua vinculação com o poder econômico e político, em princípio ela não terá validade social imediata. Pelo contrário, a nova Carta somente será eficaz se tiver o lastro adequado nas condições materiais e nas relações reais de poder político, econômico e social que se dão na sociedade brasileira, ou seja, se todos os grupos sociais estiverem dispostos a implementá-la, cada qual a garantir – em sua respectiva área de influência, interesse e ação – os acordos feitos na Assembléia, a defendê-la como um documento capaz de propiciar uma convivência sem idiossincrasias, um entendimento sem vetos e um aprendizado democrático sem riscos de ameaças recíprocas de rupturas institucionais.⁴

As recentes disputas políticas – especialmente as travadas para a presidência da República –, marcadas por uma polarização ideológica sem precedentes no seio da sociedade, denotam que uma convivência sem idiossincrasias está mais distante que nunca, passados quase trinta e cinco anos de promulgação da Carta Constitucional. Ao mesmo tempo, o Congresso Nacional evidencia um verdadeiro caos fragmentário, tanto mais voraz na

4 *O Brasil pós-constituente*, p. 21.

satisfação dos interesses de suas denominadas bancadas quanto menos comprometido com a democracia representativa que deveria conduzir ao desenvolvimento social.

A problematização que intuímos com o presente articulado se encerra em analisar o objetivo fundamental do Estado brasileiro, consistente em *construir uma sociedade livre, justa e solidária*, destacando-se a verdadeira provação a que submetidos os direitos constitucionais e o regime democrático necessários à realização desse ideário.

2. DA PROVAÇÃO DOS DIREITOS CONSTITUCIONAIS EM TODAS AS SUAS DIMENSÕES

Temos por premissa não adentrar o equívoco terreno das generalizações, o que não nos impede afirmar, com atenção ao contexto dos anos que nos distam da promulgação da Constituição de 1988, que experimentamos um movimento de *retorno* ou *provação* no que respeita aos direitos consagrados em seu texto. Este movimento, dialético por essência, abrange todas as dimensões de direitos constitucionais e faz-nos sentir sitiados num permanente umbral, entre casa e casamata, entre doméstico e alienígena, entre pátria e degredo.

Norberto Bobbio, a quem recorreremos mais de uma vez ao longo deste articulado, não poderia ser mais feliz ao advertir que os direitos não nascem todos de uma vez, nem de uma vez por todas; são históricos, “*nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes*”.⁵

Neste quadrante, o jusfilósofo destacou a existência de *três fases* pelas quais se desenvolveram os direitos do homem: na primeira delas, afirmaram-se os *direitos de liberdade*, limitando-se o poder estatal em relação ao indivíduo; na segunda, afirmaram-se os *direitos políticos*, que conferiram autonomia aos membros da sociedade e tiveram como consequência a sua participação, cada vez mais ampla, no exercício do poder político e; na terceira, a proclamação de *direitos sociais*, realizáveis por meio do Estado, de caráter prestacional e vocacionados à concreção de uma igualdade que não se revelasse meramente formal, mas também material.⁶

A moderna doutrina acrescenta um *quarto conjunto de direitos*, concernentes ao “*bem-estar da comunidade como um todo, como os*

⁵ *A era dos direitos*, p. 5.

⁶ Norberto Bobbio, *Op. cit.*, p. 32.

relativos ao meio ambiente, ou de comunidades específicas, como o direito à cultura".⁷

Com o objetivo de ilustrar os processos de transformação dos direitos humanos e fundamentais, abrangentes de mutações de conteúdo, titularidade e efetivação, restou difundida a ideia de uma escala evolutiva de *gerações de direitos*, a partir de uma conferência proferida por Karel Vasak, em 1979, no Instituto Internacional de Direitos Humanos, em Estrasburgo.⁸ Nada obstante a projeção alcançada, percutiente a crítica dirigida ao termo *gerações* por "*ensejar a falsa impressão de substituição gradativa de uma geração por outra*", ao passo em que o seu desenvolvimento encerra "*um processo cumulativo, de complementaridade, e não de alternância*".⁹ Daí esgrimir-se o maior acerto da *teoria dimensional dos direitos fundamentais* e de sua expressão-síntese: *dimensões de direitos*.

Pois bem. Episódios da vida política recente do país demandaram uma necessária reafirmação dos direitos assim concebidos e do pacto intergeracional vocacionado a sua conservação e desenvolvimento.

2.1. DA PROVAÇÃO DOS DIREITOS DE LIBERDADE

Uma das características fundamentais do *conservantismo* é insistir sobre a *dimensão moral* da vida social.¹⁰ A vitória faz os vitoriosos, muitas vezes, inclementes e ferozes, tanto mais quando a filosofia social de uma época se desenvolve de sorte a que não seja discutido ou atacado o poder constituído, atuando com forças de religião, por meio de sacerdotes, pregadores e, mais perigosamente, de fanáticos.¹¹

Ao ensejo dos movimentos libertários havidos no último quarto do século XVIII, mais difundidamente o revolucionário francês e o de independência estadunidense, o Estado assoma como o "*negativum de que emanam as piores ameaças ao vasto círculo dos direitos individuais*".¹² Por meio das declarações de direitos e do constitucionalismo, assegurou-se uma esfera de intangibilidade dos direitos do indivíduo em relação ao

7 Oscar Vilhena Vieira, *Direitos fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF*, p. 39.

8 Ingo Wolfgang Sarlet, *Curso de direito constitucional*, p. 272.

9 *Ibidem*.

10 Philippe Bénétou, *Dicionário de ética e filosofia moral*, p. 724.

11 Lima Barreto, *Triste fim de Policarpo Quaresma*, p. 351-352.

12 Paulo Bonavides, *Do estado liberal ao estado social*, p. 68.

Estado, salvaguardando-o da indevida ingerência, do arbítrio e do abuso em que pode degenerar o exercício do poder político estatal.

A proteção dos direitos individuais, na atualidade, deve se afigurar expandida, na medida em que os ataques que lhes são dirigidos apresentam conformação cada vez mais difusa, para além de ações concretas e atos normativos supostamente amparados na legalidade formal, engendrando-se em discursos de autoridades estatais que indicam violação e ameaça de violação.

No Inquérito 4831, destinado a apurar declarações do ex-ministro Sérgio Moro sobre suposta tentativa de interferência política na Polícia Federal, pelo ex-presidente Jair Bolsonaro, o Supremo Tribunal Federal assegurou o acesso de todo cidadão ao conteúdo degravado da famigerada reunião ministerial realizada aos 22 de abril de 2020, na qual o então chefe do Executivo fez menção de recorrer a norma jurídica supostamente extraível do artigo 142 da Constituição Federal, legitimadora de uma espécie de *Leviatã castrense*, segundo a qual as Forças Armadas poderiam intervir para a superação de crise institucional entre os Poderes Executivo e Judiciário. Ainda pelos anos seguintes, mesmo após o certame presidencial de outubro de 2022, a propalada tese de *atuação moderadora* das Forças Armadas em cenário de crise institucional continuou a reverberar por meio de agentes estatais, em grave ameaça aos direitos de liberdade.

Noutro giro, discursos de ódio comumente manifestados por congressistas, em tribuna ou fora dela, imprimem a nota do retrocesso pretendido por tais agentes.

No âmbito do Inquérito 3590, o Ministério Público Federal ofereceu denúncia em desfavor do deputado federal Marco Antônio Feliciano, por suposta prática do crime previsto no artigo 20 da Lei nº 7.716/89, tendo o congressista utilizado sua conta no *Twitter* para manifestação de natureza discriminatória em relação a homossexuais, afirmando a suposta *podridão* de seus sentimentos homoafetivos, que levariam ao ódio, ao crime e à rejeição. Conquanto o Supremo Tribunal Federal tenha deixado de receber a denúncia, por um imperativo de taxatividade do tipo penal, que não alcançaria a discriminação decorrente de *opção sexual*, demarcou-se a reprovabilidade do discurso e o preconceito nele engendrado.¹³

13 Cumpre destacar que o julgamento do referido Inquérito (INQ) 3590 data de agosto de 2014, sendo anterior ao julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por

Para além de sua conformação explícita, dirigida a indivíduos não identificados a pseudo normatividade do modelo masculino, cristão, heterossexual e proprietário, o discurso de ódio assume caráter velado (*hate speech in substance*), disfarçando-se por meio de

argumentos de proteção moral e social, o que, no contexto de uma democracia em fase de consolidação, que ainda sofre com as reminiscências de uma ditadura recente, pode provocar agressões a grupos não dominantes. Ele produz violência moral, preconceito, discriminação e ódio contra grupos vulneráveis e intenciona articuladamente a sua segregação.¹⁴

Num dos episódios mais censuráveis da história recente, o Secretário Especial da Cultura, Roberto Alvim, com o fito pretenso de divulgar um concurso nacional de artes, lançou mão de sentença do Ministro da Propaganda nazista, Joseph Goebbels, para vaticinar uma preconizada arte brasileira *heroica e imperativa* (não vaticinou, todavia, sua iminente exoneração).

Não é difícil associar esses generalizantes discursos de ódio, explícitos e velados, apregoados por autoridades estatais, ao cometimento de violências concretas perpetradas contra os referidos grupos vulneráveis, a exemplo das que, amiúde e desgraçadamente, se verificam contra integrantes da comunidade LGBTQIAPN+.

Em nosso sentir, as manifestações de tal conteúdo não possuem proteção constitucional e não se situam nos lindes da liberdade de expressão, tampouco da imunidade parlamentar material.

2.2. DA PROVAÇÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS

Os direitos políticos, no Brasil, encontram severa resistência em um traço quase inexorável da cultura política nacional: o fenômeno do *personalismo* do poder. Quiçá este não seja um traço nacional exclusivo, já que comumente verificado no seio de outras nações latino-americanas.

Concebido para ser a sede e o suporte do poder político, o Estado encerra o poder *institucionalizado*, precisamente para que se lhe dissocie

Omissão (ADO) 26 e do Mandado de Injunção (MI) 4733, no qual os ministros do STF, por maioria, entenderam pelo enquadramento da *homofobia* e da *transfobia* como tipo penal definido na Lei do Racismo (Lei 7.716/1989) até que o Congresso Nacional edite lei sobre a matéria.

14 Gilberto Schäfer, *Discurso de ódio*: da abordagem conceitual ao discurso parlamentar, p. 147. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/52/207/ril_v52_n207_p143.pdf. Acesso em: 20/07/2023.

da pessoa que o exerce, garantindo permanência e estabilidade ao fenômeno estatal.¹⁵

Inicialmente *difuso* e coincidente com a prevalência do mais forte, o poder passou a uma fase *personalista*, atribuído à figura do chefe que melhor reunisse atributos pessoais de liderança e governabilidade. Infenso a mecanismos de controle e limitação, o poder individualizado degenerou, por toda parte, em arbítrio e truculência, conduzindo os homens ao desenvolvimento de uma fórmula que não mais lhes submetesse a outros. Neste sentido, analisando o motivo pelo qual os homens criaram o Estado, Georges Burdeau sentencia que

os homens inventaram o Estado para não obedecer aos homens. Fizeram dele a sede e o suporte do poder cuja necessidade e cujo peso sentem todos os dias, mas que, desde que seja imputada ao Estado, permite-lhes curvar-se a uma autoridade que sabem inevitável sem, porém, sentirem-se sujeitos a vontades humanas. O Estado é uma forma do Poder que enobrece a obediência. Sua razão de ser primordial é fornecer ao espírito uma representação do alicerce do Poder que autoriza fundamentar a diferenciação entre governantes e governados sobre uma base que não seja relações de forças.¹⁶

Conquanto há muito desenvolvida a concepção do poder político *institucionalizado* na figura estatal, grassa na cultura política nacional, até os dias de hoje, a postura messiânica, mais especificamente relacionada à figura do chefe do Poder Executivo da União. As fundamentais figuras dos *marqueteiros*, na política atual, apenas reforçam este traço, explorando-o por meio de ações estratégicas que vinculem, emocionalmente, os eleitores a seus ícones. Uma dessas estratégias consiste na escolha de inimigos comuns e apresenta contornos dantes impensáveis com o reposicionamento dos direitos políticos no ambiente das redes sociais.

O avanço dos direitos de segunda dimensão depende, pois, em larga medida, do desprendimento deste ranço, somente alcançável por meio da educação que prepare o indivíduo para o exercício da cidadania.

15 As noções de *teoria geral do Estado* aqui expostas pertencem a Georges Burdeau, às quais sempre recorreremos, por nos parecerem as mais claras e exatas. Segundo o autor, por *instituição* se deve compreender “*um empreendimento a serviço de uma idéia e organizado de tal maneira que, estando a idéia incorporada no empreendimento, este possa dispor de um poder e de uma duração superiores aos dos indivíduos pelos quais ele age*” (*O Estado*, p. 10-11).

16 *Op. cit.*, p. XI.

Não bastasse isso, uma série de episódios os colocou fortemente à prova, a começar pelo escândalo notabilizado como *Mensalão*, que ensejou, no âmbito do Supremo Tribunal Federal (Ação Penal 470), em denúncia oferecida a 38 réus, resultando em 24 condenações que abrangem a corrupção de agentes políticos envolvidos em um esquema de comportamento difuso de troca de apoio no Congresso mediante pagamento, conspurcando o modelo de democracia representativa.

Mais recentemente, no âmbito da Ação Penal (AP) 1044, em decisão que conduziria à suspensão dos seus direitos políticos e perda do mandato parlamentar, o Supremo Tribunal Federal condenou o deputado federal Daniel Silveira pela prática do crime de incitação à abolição violenta do Estado Democrático de Direito (artigos 18 e 23, inciso IV, da Lei de Segurança Nacional, reconhecido o fenômeno da continuidade normativo-típica para com o artigo 359-L do Código Penal). Segundo a comprovação dos autos, para além de ameaçar a integridade, defender a cassação e ofender a honra de ministros da Corte, o parlamentar incitou animosidade entre as Forças Armadas e a Corte Suprema e, sem embargo de fazer o encômio do nefasto Ato Institucional nº 5, emblema do período de maior recrudescimento da ditadura militar no Brasil, manifestou-se desejoso de uma nova versão sua. Como anotado no julgamento, de modo semelhante ao que ficou registrado no item 2.1. acima, a propagação de ideias contrárias à ordem constitucional e ao Estado de Direito não encontra amparo na liberdade de expressão e não guarda conexão com a função legislativa, afastando a imunidade parlamentar material.

Comportamentos e discursos que tais, produzidos por diferentes esferas de representação, oficiais e não oficiais, adicionados à radioativa química de desinformação e mentira propagada de modo quase instantâneo em aplicativos de trocas de mensagens e redes sociais, confluíram para o episódio de 8 de janeiro de 2023, conhecido como *Dia da Infâmia*, quando os edifícios-sede dos Três Poderes restaram tomados de assalto e depredados, em atos criminosos e antidemocráticos perpetrados com a suposta convivência de autoridades estatais.¹⁷

17 No mais recente (oitavo) bloco de denúncias analisadas pelo STF por envolvimento nos atos golpistas de 8 de janeiro de 2023, 45 novas peças acusatórias restaram aceitas pela Corte para apuração e responsabilização pelos crimes de *associação criminosa* (artigo 288), *abolição violenta do estado democrático de direito* (artigo 359-L), *golpe de estado* (artigo 359-M), *ameaça* (artigo 147), *perseguição* (artigo 147-A, inciso I, parágrafo 3º), *incitação ao crime* (artigo 286), *dano e dano qualificado* (artigo 163), todos do Código Penal, sem embargo do crime de *deterioração de patrimônio tombado*, previsto no artigo 62 da Lei 9.605/98.

Lima Barreto afirmara que “*Não é só a morte que nivela; a loucura, o crime e a moléstia passam também a sua rasoura pelas distinções que inventamos*”.¹⁸ A esta bela sentença acrescentaríamos que também nivela o *personalismo* manifestado por estes “*homens do Cro-Magnon, do Neanderthal armados com machados de sílex, sem piedade, sem amor, sem sonhos generosos*”,¹⁹ em cujo nome se mostram dispostos a sacrificar os direitos políticos consagrados no texto constitucional.

2.3. DA PROVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

A temática dos direitos sociais previstos em nossa Constituição é das mais sensíveis, notadamente por sua heterogeneidade e pelas dificuldades envolvidas no exigir-se a sua prestação face o Poder Público, o que demanda não apenas o exame das condições materiais a tanto necessárias como também a observância do arquétipo de harmonia e independência entre os Poderes. Com efeito, tendo por objeto a garantia de eficácia das normas consagradoras de direitos sociais, o Poder Judiciário é havido, muitas vezes, como o bastião hábil a suplantar uma opção legislativa ou um sistema de políticas públicas, o que exige enorme temperamento, ao ensejo de não se promoverem, simultaneamente, justiça e perecimento do mundo, lembrando famoso brocardo.

Com apoio nas valiosas lições de Ingo Wolfgang Sarlet, necessário registrar - também por pertinência à condução deste articulado -, que os direitos sociais apresentam uma dupla perspectiva, *subjetiva* e *objetiva*: estando a primeira relacionada à possibilidade de serem exigidos em face de seus destinatários (passando, por exemplo, por questões relacionadas aos limites do controle jurisdicional de políticas públicas e à dependência da disponibilidade de recursos e sua reserva possível), a perspectiva objetiva reflete o estreito liame dos direitos sociais “*com o sistema de valores constitucionais a serem respeitados e concretizados por toda a sociedade (princípio da dignidade da pessoa humana, superação das desigualdades sociais e regionais, construção de uma sociedade livre, justa e solidária)*”.²⁰

Passando ao destaque de uma diversa dimensão dupla dos direitos sociais – *negativa/defensiva* e *positiva/prestacional* –, o autor se vale do *direito à saúde* para exemplificar o *caráter negativo* compreendido na

18 *Triste fim de Policarpo Quaresma*, p. 159.

19 Lima Barreto, *Op. cit.*, p. 335.

20 *Curso de direito constitucional*, p. 566-567.

geração de um dever de não interferência (estatal e privada) que possa resultar em dano ou ameaça à saúde do indivíduo, assim como o *caráter positivo* presente na criação de um aparato de proteção estatal, dotado de “*instituições, organizações e procedimentos dirigidos à prevenção e promoção da saúde*”.²¹

Nada obstante todas as conhecidas dificuldades que revolvem a implementação de direitos como moradia, educação, segurança e assistência social, a maior provação a que submetidos os direitos sociais, no período recente de nosso país, se encerrou no âmbito do sistema único de ações e serviços públicos de saúde (SUS), cujo acesso e atendimento se perfazem, respectivamente, *universal e integral*, ao teor do disposto nos artigos 196 e 198 da Constituição.

Como consequência da pandemia de Coronavírus (COVID-19), que determinou, em fevereiro de 2020, o reconhecimento de um estado de emergência em saúde pública de importância nacional (Portaria nº 188, de 03 de fevereiro de 2020), mais de 700 mil mortes foram registradas por conta da doença.²² Episódios verdadeiramente agônicos foram registrados no período, como a falta de oxigênio para o atendimento a pacientes em Manaus-AM e o atraso na aquisição de vacinas e início da campanha massiva de imunização. Uma Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) restou instalada no Senado Federal, resultando de seu relatório conclusivo o apontamento de uma série de práticas criminosas imputadas às mais altas autoridades do Governo Federal envolvidas na administração da crise.²³

Em suma, um panorama tétrico que abrangeu desinformação, negação da ciência e exploração do assistencialismo como bandeira eleitoral.

21 Ingo Wolfgang Sarlet, *Op. cit.*, p. 567-568.

22 Segundo dados do Painel Coronavírus Brasil, 704.488 óbitos foram acumulados até a última data de atualização, em 21/07/2023. Disponível em: <https://covid.saude.gov.br/>. Acesso em: 24/07/2023.

23 Para acompanhamento do trabalho realizado pelo Ministério Público Federal na investigação dos crimes atribuídos pela CPI da COVID, recomenda-se o acesso a tabela na qual identificados os tipos penais e suas capitulações, com referência às medidas judiciais adotadas e aos órgãos do Poder Judiciário perante os quais se verificam as respectivas tramitações. Disponível em: <https://www.mpf.mp.br/sala-de-imprensa/cpi-covid-atuacao-mpf/tabela-cpi-covid>. Acesso em: 24/07/2023.

2.4. DA PROVAÇÃO DO DIREITO AO MEIO AMBIENTE

Uma nota se impõe sobre a temática do meio ambiente, para efeito de síntese da principal advertência que demanda a proteção preconizada pelo artigo 225 da Constituição.

Na reunião ministerial realizada aos 22 de abril de 2020, referida no subitem '2.1.' supra, o então Ministro de Estado do Meio Ambiente conclamou seus pares a promoverem "*reformas infralegais de desregulamentação*" ambiental, aproveitando-se ocasião em que a imprensa nacional se esmerava em cobrir o insipiente estado de emergência decorrente da COVID-19.

O episódio bem ilustra a assertiva timbrada por Paulo Bonavides no sentido de que os neoliberais da democracia negativa, enquanto não logram "*passar certidão de óbito à intangibilidade da garantia que protege os direitos sociais na Constituição*", buscam fazê-los retroceder ou mantê-los sob ameaça de revogação.²⁴

A preservação e defesa do meio ambiente, impostas ao Poder Público e à coletividade, guardam estrita conexão com um *princípio de solidariedade em matéria ambiental*, ao teor do que se extrai do artigo 3º, inciso I da Constituição, o qual "*se transformou no novo marco jurídico-constitucional dos direitos fundamentais de terceira dimensão (...), bem como princípio diretivo do Estado Socioambiental*",²⁵ no âmbito do qual se aplica a garantia de proibição do retrocesso.

3. CONSTRUIR UMA SOCIEDADE LIVRE, JUSTA E SOLIDÁRIA

Após assentar a conformação e os fundamentos do Estado brasileiro (artigo 1º), assim como o princípio da divisão de Poderes (artigo 2º), a Constituição Federal apregoa, em seu artigo 3º, os *objetivos fundamentais* da República Federativa do Brasil. Como anota José Afonso da Silva, tais objetivos se perfazem "*impostergáveis e não de ser preocupação constante da ação governamental, porque a Constituição entende que a sua realização constitui meio de conseguir a realização plena dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, enunciados no art. 1º*".²⁶

²⁴ Curso de direito constitucional, p. 588.

²⁵ Ingo Wolfgang Sarlet, *Constituição e legislação ambiental comentadas*, p. 47. Conquanto a passagem transcrita se refira à proteção do meio ambiente como um direito de *terceira dimensão*, optamos por situá-la no âmbito de uma *quarta dimensão*, conforme exposto no item '2' deste articulado.

²⁶ Comentário contextual à Constituição, p. 46.

Esta característica muito se afina, a propósito, à categorização da norma jurídica extraível do aludido artigo 3º enquanto *cláusula transformadora*, na medida em que a concretização dos objetivos fundamentais “*não significa a imediata exigência de prestação estatal concreta, mas uma atitude positiva, constante e diligente do Estado*”.²⁷

Dentre tais objetivos se encontra expresso o modelo de ordem social desejada: uma *sociedade livre, justa e solidária*. Construí-la, no verbete da normativa constitucional, possui uma significação bastante específica: reconhecendo-se que a sociedade existente ao momento da promulgação da Carta Magna, em 05/10/1988, não apresentava tais predicativos, impunha-se (como ainda hoje se impõe) a tarefa de construir “*uma ordem de homens livres, em que a justiça distributiva e retributiva seja um fator de dignificação da pessoa e em que o sentimento de responsabilidade e apoio recíprocos solidifique a ideia de comunidade fundada no bem comum*”.²⁸

Em linhas muito gerais de teoria do Estado, a sociedade política, caracterizada por finalidades sociais que transcendem os interesses de grupos determinados, reúne-se em torno de um projeto de conservação ou transformação do estado de coisas, o qual espelha a imagem de um futuro. Esta imagem traz consigo a energia que tende a realizá-lo, que outra coisa não é senão o *Poder*, enquanto força nascida da consciência coletiva, destinada a assegurar a perenidade do grupo e conduzi-lo na busca da ordem social por ele desejada.²⁹

Dentre as muitas e argutas observações de Sérgio Buarque de Holanda enquanto ensaísta do Brasil, duas merecem, aqui, particular destaque em sua correlação para com o presente articulado.

Em “*Raízes do Brasil*”, lê-se que “*A ideia de uma espécie de entidade imaterial e impessoal, pairando sobre os indivíduos e presidindo seus destinos, é dificilmente inteligível para os povos da América Latina*”, onde se luta *por um* ou *contra um* determinado personalismo, a pretexto de se prezar os princípios democráticos e liberais.³⁰ Tal assertiva se coaduna ao que destacamos no item ‘2’ supra, mais especificamente sobre a ideia do fenômeno estatal e as provações experimentadas no âmbito dos direitos políticos.

27 Gilberto Bercovici, *Desigualdades regionais, Estado e Constituição*, p. 294.

28 José Afonso da Silva, *Op. cit.*, p. 46.

29 Georges Burdeau, *O Estado*, p. 4-5.

30 *Raízes do Brasil*, p. 183-184.

A outra observação consiste na crença errônea de que a perfeição dos povos e dos governos seja decorrente da sabedoria e coerência das leis, quando a “*primazia das conveniências particulares sobre os interesses de ordem coletiva*” nos revela “*o predomínio do elemento emotivo sobre o racional*”, num quadro em que a *solidariedade* somente se permite sustentar em círculos restritos, conforme a predileção por pessoas e interesses concretos.³¹ Tal registro guarda pertinência com o que pretendemos demonstrar, a partir de agora.

3.1. RESILIÊNCIA DA TEORIA SOCIAL CONSERVADORA

Retornando muitas e tantas vezes ao seu estado “original”, nada obstante os choques e perturbações verificados ao longo do curso histórico, é possível afirmar que o *conservadorismo* apresenta o traço de *resiliência* dos corpos que, segundo a Física, manifestam tal propriedade.

Tomando como essencial a dimensão moral das ações humanas, os conservadores se opõem à pretensa cientificidade das ciências sociais modernas, por sua indiferença à questão do bem e do mal, por sua vocação à neutralidade axiológica. Assim sendo, “*Apresentar a teoria social do conservantismo é, bem entendido, simplificar a realidade suprimindo diferenças e variantes*”.³²

A visão conservadora do social pode ser explicada a partir da oposição entre *comunidade* e *sociedade*, nos seguintes moldes:

A oposição entre a comunidade e a sociedade, a *Gemeinschaft* e a *Gesellschaft*, foi fixada por Tönnies no final do século XIX (*Gemeinschaft und Gesellschaft*, 1883). Mas, sem que ela seja geralmente expressa nesses termos, essa oposição está no coração de todo pensamento conservador. A boa sociedade dos conservadores, ou seja, a sociedade tradicional que eles defendem, é a sociedade comunitária que se opõe com rigor à sociedade tal como ela é imaginada pelos Modernos e que eles não cessam de vilipendiar. Recapitulemos os termos dessa oposição. A sociedade é a obra da razão e da vontade, ela é concebida a partir do indivíduo supostamente autônomo e soberano; a comunidade é o fruto da história, ela é o produto de uma evolução social que se impõe às vontades individuais. (...) A sociedade associa membros iguais que mantêm prioritariamente relações

31 Sérgio Buarque de Holanda, *Op. cit.*, p. 182-183.

32 Philippe Bénéton, *Dicionário de ética e filosofia moral*, p. 726.

utilitárias, contratuais e impessoais, e que nessas relações só comprometem uma de suas facetas (a sociedade divide o homem em diferentes papéis sociais, distingue o cidadão, o produtor, o consumidor...); a comunidade em si é constituída de corpo e de comunidades, ela une seus membros por meio de uma rede fechada de laços pessoais e hierarquizados que são, em primeiro lugar, laços afetivos e morais e que engajam o homem na sua totalidade. Em suma, os conservadores veem a sociedade humana como o modelo da família (o arquétipo ao mesmo tempo histórico e simbólico da comunidade), os Modernos a veem como uma associação voluntária.³³

Em nosso sentir, não há interpretação da norma extraível do artigo 3º, inciso I da Constituição Federal que possa prescindir de tal distinção. É sintomático, aliás, que o constituinte tenha definido por objetivo do Estado brasileiro construir uma *sociedade* livre, justa e solidária, e não uma *comunidade*. Parece exato que a *comunidade* que suporta o conservadorismo e sua dimensão moral é aquela que corresponde ao plano transplantável do ser, ao passo em que a *sociedade* se perfilha ao dever-ser da norma dirigente que visa transformar o quadro social e político.

3.2. IDENTIFICAÇÃO NEGATIVA DOS FINS DO ESTADO COMO FÓRMULA DE CONCRETIZAÇÃO DA SOCIEDADE LIVRE, JUSTA E SOLIDÁRIA

Tomamos como nosso o parecer de Paulo Bonavides no sentido de que “*em termos de legitimidade e democracia, jamais há de prosperar, em países periféricos, Estado de Direito sem Estado Social*”.³⁴

A eficácia jurídica de normas como as que se extraem do artigo 3º da Constituição Federal demanda reconhecer o perfil do Estado brasileiro enquanto *Estado Social*, o que não só pode, como deve, ser levado a efeito à margem de qualquer confusão com uma suposta ideologia socialista, quanto menos comunista, como querem alguns. Com efeito,

A Constituição de 1988 é basicamente em muitas de suas dimensões essenciais uma Constituição do Estado social. Portanto, os problemas constitucionais referentes a relações de poderes e exercício de direitos subjetivos têm que ser examinados e resolvidos à luz dos conceitos derivados daquela

³³ *Ibidem*.

³⁴ *Curso de direito constitucional*, p. 588.

modalidade de ordenamento. Uma coisa é a Constituição do Estado liberal, outra a Constituição do Estado social. A primeira é uma Constituição antigoverno e anti-Estado; a segunda uma Constituição de valores refratários ao individualismo no Direito e ao absolutismo no Poder.³⁵

Neste quadrante, assevera Gilberto Bercovici que o conceito chave do Estado Social se assenta na *distribuição*, sendo seu papel primordial “*promover a integração da sociedade nacional*”, a partir da transformação das estruturas econômicas e sociais, num processo constantemente renovado de conversão da *pluralidade em unidade*.³⁶

Para além da identificação dessa finalidade distributiva, assoma a importância nuclear da premissa adotada pelo autor, segundo a qual “*A observação dos fins do Estado é uma forma de controlar sua atividade política, pois os fins não afirmam tanto o que acontecerá, mas o que não deve ser feito*”.³⁷

Passados quase trinta e cinco anos desde a promulgação da vigente Constituição, por mais que continue a ser incompleta a tarefa de se construir uma sociedade livre, justa e solidária, a realidade subjacente já alterada sob diversos aspectos impõe que não se continue a interpretar a norma de maneira autêntica, como se o fizesse o próprio legislador constituinte, apenas a partir do espaço em que se possa e deva avançar. É imprescindível que se tenha por diretriz, igualmente, “*o que não deve ser feito*” segundo os fins aplicáveis a um modelo de Estado Social, Democrático e de Direito.

Uma *identificação negativa*, por assim dizer, equivale a reconhecer que não se coadunam a esses fins: a retirada do Estado no que concerne à exploração da atividade econômica, seja em sentido estrito (com caráter excepcional e de maneira concorrente à iniciativa privada, ao teor do artigo 173 da Constituição), seja em sentido amplo (através da prestação de serviços públicos, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre sob titularidade estatal); a desregulamentação em matéria ambiental; a proteção deficiente das comunidades indígenas, o que inclui a demarcação temporal das terras tradicionalmente ocupadas e a invasão das mesmas para garimpo ilegal; a intolância oficiosa assentada em uma resiliente teoria social conservadora, empenhada em

35 Paulo Bonavides, *Op. cit.*, p. 371.

36 *Desigualdades regionais, Estado e Constituição*, p. 297.

37 Gilberto Bercovici, *Op. cit.*, p. 296.

anular a autodeterminação das comunidades não inseridas na heteronormatividade e descomprometida com a igualdade material entre homens e mulheres; a negação da Ciência enquanto promotora da prevenção e da cura em matéria de saúde pública, sem embargo do desestímulo ao fomento das atividades de pesquisa científica; o culto ao personalismo do poder; o desprezo à democracia.

No que respeita a esta última, advertira já Norberto Bobbio que a liberdade, indicadora de um estado (o homem, enquanto indivíduo, deve ser livre), se articula à igualdade, indicadora de uma relação (o homem, enquanto ser social, deve estar com os demais em uma relação de igualdade), para juntas conferirem substrato aos conceitos de pessoa humana e de democracia. Em suas palavras,

Entre as muitas definições possíveis de democracia, uma delas – a que leva em conta não só as regras do jogo, mas também os princípios inspiradores – é a definição segundo a qual a democracia é não tanto uma sociedade de livres e iguais (porque, como disse, tal sociedade é apenas um ideal-limite), mas uma sociedade regulada de tal modo que os indivíduos que a compõem são mais livres e iguais do que em qualquer outra forma de convivência.³⁸

Construir, pois, uma sociedade livre e justa, inclui no plano de ação do verbete constitucional um projeto democrático, e não um surto autoritário. Aliás, embora com diversa conotação, surto é também sinônimo de epidemia, podendo ambos determinar o flagelo de uma nação.

4. CONCLUSÃO

Constituições são forças ativas. Superadas aquelas utilizadas como simples instrumentos de governo, possuem a marca de condicionarem a dinâmica social, ao passo em que são condicionadas por ela.

Inserir, no texto constitucional, o caráter que se pretende forjar à sociedade significa confiar, profundamente, nas virtudes não apenas do preceptor, mas também do educando. Resguardar os direitos individuais e promover os direitos sociais constitui um excelente guia na cartilha por ambos manejada.

Nos últimos anos, uma série de episódios da vida política nacional determinou fossem submetidos a intensa prova direitos constitucionais de distintas dimensões. Nada obstante o equilíbrio institucional

38 *Igualdade e liberdade*, p. 8.

de nossa democracia tenha garantido, não sem fissuras, a preservação dos direitos de liberdade, políticos e sociais, muitas forças conservadoras tencionam apoderar-se do aparelho estatal para, sob esta orientação, introduzir retrocessos.

A provação a que fizemos referência e intentamos demonstrar serviu, nada obstante, para apontar à sociedade brasileira que a sua conformação livre, justa e solidária depende, sobremaneira, da identificação e rechaço dos discursos, planos de ação e manifestações de poder que não se coadunam aos fins de um modelo de Estado Social, Democrático e de Direito, tal qual preconizado pela Constituição de 1988. Estes fins apontam e convergem para a integração da *sociedade* nacional, não para as clivagens ditadas por comunidades interessadas em manter suas esferas de influência e poder, sob os auspícios do conservadorismo.

Em última análise, converter a *pluralidade* em *unidade*, como se apontou acima, no âmbito de uma sociedade livre, justa e solidária, passa, essencialmente, por reconhecer e respeitar o *distinto* característico da dignidade humana.

Juan Ramón Jimenez, com profundo humanismo, legou-nos poema segundo o qual *os iguais* ansiavam matar um homem *distinto*, simplesmente porque era *distinto*, bem como ceifar a existência de pássaros, montes, caminhos, rosas, rios... porquanto *distintos*. Seria esplêndido se as palavras suas fossem uma conclamação estatal: “*lo que seas, que eres / distinto / (monte, camino, rosa, río, pájaro, hombre...): / si te descubren los iguales / huye a mí, / ven a mi ser, mi frente, mi corazón distinto*”.

BIBLIOGRAFIA

- ABRANCHES, Sérgio. As vias tortuosas da democracia e a crise da representação no Brasil. In: *Revista USP* n. 134, julho/agosto/setembro 2022. São Paulo: Universidade de São Paulo, p. 59-74.
- BARRETO, Lima. *Triste fim de Policarpo Quaresma*. 1ª ed. São Paulo: Penguin, 2011.
- BÉNÉTON, Philippe. Tradicionalismo: In: CANTO-SPERBER, Monique (Org.). *Dicionário de ética e filosofia moral*. Trad. Ana Maria Ribeiro-Althoff, Magda França Lopes, Maria Vitória Kessler de Sá Brito e Paulo Neves. São Leopoldo, RS: Editora UNISINOS, 2003, p. 723-729. v. 2.
- BERCOVICI, Gilberto. *Desigualdades regionais, estado e constituição*. São Paulo: Max Limonad, 2003.
- BOBBIO, Norberto. *Igualdade e liberdade*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 3. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.
- _____. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

- BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- _____. *Curso de direito constitucional*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BURDEAU, Georges. *O estado*. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- CONDURU, Guilherme Frazão. *Pinturas de história como discurso diplomático: uma narrativa visual da história do Brasil no Itamaraty*. In: *Anais do Museu Histórico Nacional*, Rio de Janeiro, vol. 53, ano 2020.
- FARIA, José Eduardo. *O Brasil pós-constituente*. Rio de Janeiro: Graal, 1989.
- HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.
- SARLET, Ingo Wolfgang; MACHADO, Paulo Affonso Leme; FENSTERSEIFER, Tiago. *Constituição e legislação ambiental comentadas*. São Paulo: Saraiva, 2015.
- SCHÄFER, Gilberto; LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo; SANTOS, Rodrigo Hamilton dos. Discurso de ódio: da abordagem conceitual ao discurso parlamentar. In: *Revista de informação legislativa* n. 207, jul./set. 2015, p. 143-158.
- SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à constituição*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF*. São Paulo: Malheiros, 2006.

VII

A transação tributária e o modelo adotado em Blumenau

Cleide Regina Furlani Pompermaier¹

Sumário: Introdução – 1. Conceito de transação tributária o destaque para as concessões mútuas – 2. O princípio da indisponibilidade na transação tributária e a necessidade dos critérios para a sua realização estarem dispostos em lei formal. – 3. A possibilidade de conceder descontos no montante principal do tributo e seus limites. – 4. O passo a passo do modelo de transação implementado em Blumenau– 5. A prática da transação tributária contemplada com o Prêmio Inovare 2020 e a necessidade de se padronizar o modelo nos demais Municípios. Conclusão – Referências.

Resumo: O presente trabalho tem por finalidade apresentar os contornos do instituto da transação tributária na prática e deliberar sobre o real significado do princípio da indisponibilidade, no contexto do presente instituto e, bem assim, discorrer sobre a possibilidade de se conceder descontos sobre o montante do tributo. Por fim, o estudo tem por objetivo explicar o modelo de transação tributária implementado em Blumenau (Santa Catarina - Brasil) e suas inovações, destacando-se que a medida foi agraciada nacionalmente com o Prêmio Inovare de 2020.

Palavras-chave: Solução adequada de conflitos. Transação Tributária. Concessões mútuas. Princípio da indisponibilidade. Descontos sobre o montante principal. Critérios. Lei específica. Inovação.

1 Procuradora do Município de Blumenau. Especialista em Direito Tributário pela Universidade Federal de Santa Catarina. Especialista em Mediação Conciliação e Arbitragem pela Faculdade Verbo Educacional, do Rio Grande do Sul, membro fundador do Instituto Brasileiro de Estudos de Direito Administrativo, Financeiro e Tributário - IBDAFT. É uma das autoras do projeto e membro da Câmara de transação tributária do município de Blumenau e uma das vencedoras do PRÊMIO INNOVARE 2020. Palestrante em temas jurídicos tributários, autora da obra jurídica “O ISS E OS SERVIÇOS NOTARIAIS E DE REGISTROS PÚBLICOS” e demais artigos científicos publicados em vários sites e revistas jurídicas especializadas. Foi membro da Comissão de Juristas da Desburocratização do Senado Federal. Foi professora Universitária da Universidade Regional de Blumenau – FURB e da Faculdade Franciscana – FAE na disciplina de Direito Tributário e membro da Comissão de Tributação da OAB, seccional de Santa Catarina.

Abstract: Lo scopo di questo lavoro è presentare gli schemi dell'istituto della transazione fiscale nella pratica e anche deliberare sul reale significato del principio di indisponibilità, nell'ambito di questo istituto e, altresì, discutere la possibilità di concedere sconti sull'importo del tributo. Infine, lo studio si propone di spiegare il modello di transazione fiscale implementato a Blumenau (Santa Catarina - Brasile) e le sue innovazioni, rilevando che il modello è stato premiato a livello nazionale con il Premio Innovare 2020.

Parole chiave: Adeguata risoluzione dei conflitti. Transazione fiscale. Reciproche concessioni. Principio di indisponibilità. Sconti sull'importo principale. Criteri. Legge specifica. Innovazione.

INTRODUÇÃO

Na transação sempre deve prevalecer o princípio da consensualidade. Faz-se cada vez mais necessário abandonar a imposição unilateral pela Administração Tributária dotada de autoridade e formalismos em favor da valorização e da introdução de módulos bilaterais fundados no consenso do contribuinte e em observância ao princípio da “democracia fiscal”. Os métodos adequados de solução de conflitos, dentre os quais se encontra o instituto objeto de nosso estudo, são um verdadeiro exemplo de interferência dos institutos e conceitos do direito privado nas dependências do direito tributário, na medida em que a autonomia negocial, manifestação típica e essencial do direito civil, faz o seu ingresso nas relações que se instauram entre fisco e contribuinte para o fim de se chegar a um acordo, pondo fim à lide tributária, cujo consenso do sujeito passivo é elemento determinante para a formalização do negócio jurídico consensual. Depois de muitos debates teóricos, a transação tributária é uma realidade no Brasil.

Em Blumenau, o instituto foi implementado com base em um modelo inovador, em que se trabalhou a questão dos descontos do débito com base no grau de risco em relação à possibilidade do Município perder a ação judicial. Cuidou-se, igualmente de preservar a legalidade, estando os critérios para a realização da transação, devidamente estipulados em lei e não em ato legislativo menor, em observância ao princípio da indisponibilidade do tributo.

Por fim, leva-se em conta, finalmente, o valor do débito e a possibilidade de se conceder descontos sobre o montante da dívida e não apenas sobre os valores respeitantes aos juros e a multa.

1. CONCEITO DE TRANSAÇÃO TRIBUTÁRIA E O DESTAQUE PARA AS CONCESSÕES MÚTUAS.

Todos os modernos e atuais institutos de solução de conflitos são manifestações que envolvem a prática colaborativa entre fisco e contribuinte, os quais despertam e objetivam o diálogo entre as partes, na intenção de terminar a lide, através da colaboração dos interessados e reduzindo o risco do erário de receber o que lhe é devido, acrescido da não menos importante humanização do processo tributário. São medidas, enfim, que permitem o diálogo entre administração tributária e contribuinte.

A transação tributária está prevista no artigo 171 e no artigo 156, inciso III, ambos do Código Tributário Nacional desde 1966, mas nunca havia sido colocada em prática objetivamente, ao menos no que concerne ao padrão adotado em Blumenau, muito embora não falte doutrina nesse sentido, incentivando a aplicação da medida prevista em lei.

Reza o artigo 171, do Código Tributário Nacional:

Art. 171. A lei pode facultar, nas condições que estabeleça, aos sujeitos ativo e passivo da obrigação tributária celebrar transação que, mediante concessões mútuas, importe em determinação de litígio e consequente extinção de crédito tributário.

A finalidade da composição pela via da transação é, portanto, dirimir conflitos. Dirimir conflitos é interpretar a legislação relativa a obrigações tributárias conflituosas e dar um basta à lide. Esse basta pode se dar por meio de concessões mútuas e consequente extinção do crédito tributário.

O grande norte da autocomposição é lançar mão de uma burocracia que assola o país e ir ao encontro de soluções que desmistifiquem o direito tributário e o próprio Poder Judiciário. As medidas devem ser de ordem prática e que alcancem resultados positivos seja para o contribuinte, para o Judiciário e para o Poder Público. A verdade está em dizer, em suma, que novas medidas devem ser adotadas pelos Entes Federados, “a fim de que os mesmos continuem no mercado”.

O grande objetivo da transação tributária é o término do litígio e a extinção do crédito tributário mediante concessões mútuas. Ou seja, para que se possa caracterizar a transação é necessário que as duas partes renunciem aos direitos que entendem lhe pertencer para dar fim a lide, seja ela judicial ou administrativa. Ambos ganham e ambos perdem

porque para o acordo se concretizar os interessados terão que abrir mão de uma parcela de seus direitos.

Uma dessas concessões, desde que amparadas por critérios rígidos dispostos em lei formal, pode ser a concordância da Administração Pública de conceder descontos sobre o próprio tributo ou sobre os encargos incidentes sobre ele, enquanto, também fazendo uma concessão, o contribuinte/devedor consinta em dar um fim à lide, lembrando que não há nada no Sistema Tributário Nacional que impeça tal procedimento, seja na Constituição Federal, bem como nas Leis Infraconstitucionais.

Giuseppe Marini², ao falar sobre a transação tributária, diz que por se tratar de uma esperada intervenção normativa, essa deve se efetivar com a rigorosa observância da lei porque, do contrário, agredirá o princípio da legalidade. Enfatiza, ademais, que deve derivar de uma suficiente motivação, fundamentando a possibilidade de transigir posto que, se não houver esse equilíbrio, o instituto será privado de seu necessário suporte administrativo.

É bom que fique claro, igualmente, que o instituto da transação tributária não é um benefício fiscal, mas sim uma forma legal de se extinguir a lide e o próprio crédito tributário, nos exatos termos previstos pelo art. 171 e art. 156, III, do Código Tributário Nacional e, tanto isso é verdade, que o art. 3º, da Lei Complementar nº 174, a qual autoriza a extinção de créditos tributários apurados na forma do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional), mediante celebração de transação resolutiva de litígio, dispõe que:

Art. 3º A transação resolutiva de litígio relativo a cobrança de créditos da Fazenda Pública não caracteriza renúncia de receita para fins do disposto no art. 14 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000.

A transação tributária é uma modalidade de extinção do crédito tributário, devidamente prevista em lei (art. 156, inciso III, do CTN), assim como o é a compensação, o pagamento, a decadência, a prescrição, a remissão, dentre outros modos estipulados no referenciado artigo de lei, não podendo, em nenhuma hipótese, ser confundida com um benefício fiscal, tributário ou econômico.

2 “Insolvenza, fallimento e dispozione del credito tributario”, editora Ancona, 2006, p. 457. Indisponibilità e transazione fiscale. Disponível no seguinte endereço eletrônico <http://www.treccani.it/magazine/diritto/approfondimenti/diritto_tributario/2_marini_transazione_fiscale.html>Acesso em 06 de fevereiro de 2020.

Essa modalidade de autocomposição, também não pode ser confundida com os programas temporários de refinanciamento de dívidas existentes em nosso País, popularmente conhecidos como “REFIS”, “RENOVAR”, “PERT e outras tantas nomenclaturas dadas aos mesmos. Tais figuras já enraizadas pelo costume foram criadas pelos governos de todas as esferas da federação sem qualquer base jurídica e, tanto isso é verdade, que não exigem o cumprimento de qualquer critério para a sua realização, tratando-se de meras liberalidades e sendo, por isso, sempre muito criticadas pela área técnica, que as conceitua como verdadeiros programas de incentivo a inadimplência.

A transação tributária representa uma das soluções adotadas nos momentos de crise, mas apresenta dificuldade de ser operacionalizada. O certo é que, se aplicada de modo correto pode servir para superar o período de dificuldade financeira e movimentar a economia. As reformas, aliás, são filhas da crise. O instituto aqui tratado é uma exceção e, por ser uma exceção, as regras devem ser muito bem definidas pela lei, que não deve dar margem a interpretações dúbias. A lei deve privilegiar a celeridade e o bom andamento da administração pública.

2. O PRINCÍPIO DA INDISPONIBILIDADE NA TRANSAÇÃO TRIBUTÁRIA E A NECESSIDADE DOS CRITÉRIOS PARA A SUA REALIZAÇÃO ESTAREM DISPOSTOS EM LEI FORMAL

No estudo da ciência do direito público e, mais exatamente no direito tributário, existe uma grande dificuldade em se admitir que no âmbito da função impositiva da administração tributária se possa exercer a autoridade de se dispor do crédito ou de se renunciar de uma parte dele, porque todos os cidadãos contribuem para as despesas públicas, e, dessa forma, não seria sensato e nem justo que os gestores abrissem mão do que recebem para beneficiarem alguns em detrimento de outros, considerando a finalidade da arrecadação tributária, que é o financiamento do Estado como um todo. Deve-se ter em mente, enfim, que quando o cidadão paga o tributo, ele está participando na quitação das despesas públicas na medida de sua capacidade contributiva.

O fato é que, muitas vezes, em nome do cumprimento do rígido princípio da indisponibilidade, esquece-se que o dispêndio de cifra pública sem qualidade também é medida maléfica para o Estado. Ou seja, não adianta gastar os recursos públicos arrecadados sem qualquer

finalidade com o único objetivo de se fazer cumprir o princípio da indisponibilidade do interesse público e do crédito tributário, em detrimento da sociedade. Nesse diapasão, é certo afirmar que não se pode ficar recorrendo eternamente aos tribunais e desembolsando o dinheiro dessa coletividade com os altos custos que o processo judicial e administrativo impõe à administração pública, por exemplo.

Lupi³, afirma que há confusão em torno do conceito do princípio da indisponibilidade, dizendo que é uma metáfora jurídica daquelas tanto eficazes como não conclusivas, tratando-se de uma figura que deve a sua sorte a sua ambiguidade.

Antonella Tropeano, citando Zanni e G. Rebecca⁴, diz que é legítima a transação fiscal porque cria um balanceamento do princípio da indisponibilidade com a preservação de vagas de emprego, com a efetividade da pretensão tributária e com a eficiência da administração pública:

Un orientamento dottrinale giustifica la legittimità della transazione fiscale in quanto creerebbe un bilanciamento del principio di indisponibilità con quello della salvaguardia dei posti del lavoro, dell'effettività della pretesa tributaria e dell'efficienza della pubblica amministrazione. Tale bilanciamento degli interessi coinvolti dev'essere tuttavia rigoroso, dal momento che sarà, nel caso, giustificatore dell'eccezionale deroga al principio di indisponibilità.

Na transação tributária os limites devem ser respeitados e é necessário que sejam bem precisos. A transação tributária não é para todos. É uma exceção. Por isso a necessidade de critérios bem definidos em lei formal para a sua realização, bem como a necessária análise para cada caso em particular.

O fenômeno tributário representado pelos meios de solução adequada de conflitos, como ocorre com a transação, deve ser valorizado em conformidade com uma tendência sempre mais acentuada no nosso

3 "Insolvenza, fallimento e disposizione del credito tributario", editora Ancona, 2006, p. 457. Indisponibilità e transazione fiscale. Disponível no seguinte endereço eletrônico <http://www.treccani.it/magazine/diritto/approfondimenti/diritto_tributario/2_marini_transazione_fiscale.html> Acesso em 06 de fevereiro de 2020.

4 Strumenti deflativi del contenzioso, disponibilità dell'obbligazione tributaria e discrezionalità dell'amministrazione finanziaria 16299 – 6308. Disponível no seguinte endereço eletrônico <https://www.academia.edu/15149904/Strumenti_deflativi_del_contenzioso_disponibilit%C3%A0_dell'obbligazione_tributaria_e_discrezionalità%C3%A0_dell'amministrazione_finanziaria?email_work_card=interaction_paper> Acesso em 08 de fevereiro de 2021.

ordenamento jurídico, lembrando que se trata de institutos idôneos introduzidos pelo legislador ordinário e que em nada se contrapõe aos ditames constitucionais.

Mas para se falar em dispor do tributo ou de se deixar de determinar a sua extensão é necessário, igualmente, que se faça um balanceamento entre os interesses envolvidos na situação e que possam justificar uma exceção ao princípio da indisponibilidade. Esse balanceamento deve ser rigoroso e não superficial, tendo-se o cuidado para que a disposição do crédito tributário não seja relegada, em nenhuma hipótese, à discricionariedade da administração tributária.

E é aí, portanto, que se encontra o segredo da transação. Para poder ser efetivar o acordo na esfera tributária, é necessário que haja critérios rígidos para a sua realização e que esses pressupostos estejam descritos em lei. Não é possível, em hipótese alguma, em obediência ao princípio da indisponibilidade, que as decisões respeitantes à efetivação da transação tributária sejam atribuídas à autoridade administrativa, pela via de atos normativos menores, porque só lei formal pode conversar com a transação.

Luiz Mathias Rocha Brandão e Melanie Claire Fonseca Mendoza, indicam de forma precisa os fatores primordiais que devem ser observados em relação ao princípio da indisponibilidade:

A indisponibilidade das imposições tributárias (obrigações tributárias) e do produto da arrecadação (créditos tributários) tem relação direta com dois fatores: a) o dever de obediência estrita ao princípio da legalidade; b) os limites da discricionariedade atribuída aos atos administrativos inerentes à tributação.⁵

Serena Busatto⁶, em artigo intitulado *“Il principio di indisponibilità dell’obbligazione tributaria”* também nos ensina, em suma, que somente a lei formal pode fixar pressupostos voltados a instituir tributos

5 DESAFIOS CONTEMPORÂNEOS PARA A PRÁTICA DA TRANSAÇÃO TRIBUTÁRIA: DA DISCRICIONARIEDADE COMPARTILHADA E DA COOPERAÇÃO DO CONTRIBUINTE. CAMINHO PARA A EFICIÊNCIA DA ATIVIDADE TRIBUTÁRIA. Disponível no seguinte endereço eletrônico: <file:///C:/Users/199605/Downloads/Estudo+importante+sobre+transa%C3%A7%C3%A3o+tribut%C3%A1ria.+Dia+31+de+janeiro+de+2020%20(3).pdf>. Acesso em 05 de fevereiro de 2020.

6 Disponível no seguinte endereço eletrônico: <http://dspace.unive.it/bitstream/handle/10579/3113/806309-1164171.pdf?sequence=2>. Acesso em 05 de dezembro de 2019.

ou implementar tipos tributários de exceção ou de exclusão tributária, como é o caso da transação. Veja-se:

il principio di indisponibilità trova una prima giustificazione nella gerarchia delle fonti legislative, per la quale gli atti emessi dalle pubbliche amministrazioni non possono porsi in contrasto con la legge formale, con la naturale conseguenza che è inibito all'Amministrazione Finanziaria di produrre norme volte alla fissazione di presupposti d'imposta, ed altresì di istituire fattispecie di esenzione o di esclusione tributaria, dovendosi esclusivamente limitare all'applicazione della legge ordinaria.

Muito importante dizer que no direito civil a regra é a disponibilidade e a indisponibilidade é a exceção. No direito tributário, a regra é a indisponibilidade e a disponibilidade é a exceção e, nesse diapasão, importante enfatizar que a transação tributária não pode prescindir do perfil garantidor da lei, sendo certo afirmar que o legislador, repita-se, é o único titular para dar certa discricionariedade e relatividade ao princípio da indisponibilidade do tributo. Normas menores e editadas unilateralmente não podem sobrepor-se à lei, seja nas questões de imposição tributária, seja nas questões de exoneração ou redução tributária, dentre as quais se encontra a transação.

A administração tributária, enfim, no exercício de sua função pública não é titular de modo exclusivo do interesse do tributo e de sua arrecadação. Pelo contrário, o grande detentor desse poder é o cidadão, que entrega dinheiro ao Estado. Tanto o gestor governamental, como a autoridade fiscal ou o procurador fazendário, são apenas a representação do poder tributário, responsáveis pela operacionalização da busca da receita pública, não havendo espaço de se dispor do crédito tributário se inexistente a autorização legislativa.

Nesse sentido, e desde que adotadas as cautelas necessárias para a realização do instituto, muito salutar é a adoção da transação tributária como forma de extinguir o crédito tributário, nos moldes já previstos no Código Tributário Nacional, em seu art. 156, inciso III.

3. A POSSIBILIDADE DE CONCEDER DESCONTOS NO MONTANTE PRINCIPAL DO TRIBUTO E SEUS LIMITES

Em relação à particularidade de os descontos poderem atingir o montante do tributo e não apenas os valores respeitantes aos juros e a multa, vale lembrar que se trata de um tema muito pouco explorado pela

doutrina tributária. O que se vê são estudos em torno da possibilidade de se excetuar o princípio da indisponibilidade tributária, mas é difícil localizar manifestações expressas quanto à probabilidade de se poder adentrar na redução tributária referente ao montante principal da exação tributária.

O tema exige debate e a doutrina deve, sim, se debruçar sobre o assunto. Em nosso entendimento, a resposta está no próprio conceito de transação tributária insculpido no art. 171, do Código Tributário Nacional, quando permite que o ente tributante possa celebrar acordos mediante concessões mútuas.

Importante também ressaltar que, dentro das medidas que relativizam o princípio da indisponibilidade, está a remissão (art. 156, inciso IV, do CTN), que como a transação (art. 156, inciso III, do CTN), é uma causa de extinção do crédito tributário. Ora, se a lei pode prever o perdão total do débito por qual motivo não pode dispor sobre a extinção parcial do mesmo por meio da transação, devendo ater-se apenas aos encargos incidentes sobre o tributo?

Sob esse prisma, faz-se mister lembrar que a maioria dos Municípios brasileiros, todos os anos, por meio de lei, autoriza descontos no IPTU em caso de pagamento à vista, visando premiar o bom pagador. Ou seja, os referenciados atos legislativos, há muito, vêm autorizando descontos sobre o montante principal do tributo municipal sem qualquer contestação, o que faz cair por terra o argumento de que não se pode conceder reduções sobre o valor principal do débito tributário quando da efetivação da transação tributária.

Ora, se a lei permite a premiação do bom pagador concedendo descontos no montante do tributo, por qual motivo não poderia fazer o mesmo em relação a débitos que são de difícil recuperação? Não se trata de uma benesse ao mau pagador, como muitos criticam ao se falarem transação tributária, mas de receber, ao menos em parte, o crédito que, pela via da cobrança usual, estaria quase ou totalmente perdido. E diga-se mais: a simples manutenção do processo com o único objetivo de preservar o incompreendido princípio da indisponibilidade vem de encontro ao princípio da eficiência e do interesse público, considerando que se trata de uma medida inútil e altamente custosa à Administração Pública.

Dentro desse contexto, interessante frisar, igualmente, que na Itália, por exemplo, por meio do Programa “*Pace Fiscale*”⁷ trinta e dois milhões de euros resultantes de débitos fiscais foram cancelados de ofício pela Administração Tributária a mais de doze milhões de contribuintes. Trata-se de dívidas tributárias antigas e respeitantes aos anos de 2000 a 2010 e de pequena monta. Ou seja, inferiores a mil euros.

4. O PASSO A PASSO DO MODELO DE TRANSAÇÃO IMPLEMENTADO EM BLUMENAU

No dia 13 de dezembro de 2017, o Município de Blumenau editou a Lei Municipal nº 8.532/2017 que, em resumo, implementou a transação de créditos tributários e não tributários objeto de execuções fiscais e ações de conhecimento ajuizados até 31 de dezembro de 2014, cujo valor da causa que não ultrapasse 40 salários-mínimos vigentes à época do acordo e cujo devedor não responda, ou tenha respondido, judicialmente pela prática de crime contra a ordem tributária no âmbito municipal.

Essa lei foi modificada primeiramente pela Lei Ordinária nº 9.209/22, e, posteriormente, pela Lei Complementar Municipal nº 1.472/2023. Uma das modificações trazidas pela primeira legislação aqui referenciada foi o valor de alçada que passou de 40 para 60 salários-mínimos vigentes à época do acordo de créditos tributários e, igualmente, o tempo de ajuizamento passando o marco de 31 de dezembro de 2014 para 31 de dezembro de 2018.

O Estatuto Legal permite, ademais, descontos de 100% (cem por cento) na multa e nos juros, podendo chegar, ainda, dependendo do caso e de forma excepcional, a até 70% (setenta por cento) do principal, sendo que o valor acordado poderá ser parcelado em até seis (6) parcelas mensais ou vinte e quatro (24) vezes se houver garantia nos autos da ação judicial.

A composição dos litígios judiciais envolvendo créditos tributários e não tributários do Município de Blumenau é realizada em audiência presidida por uma Câmara de Transação, composta exclusivamente por procuradores municipais de cargo de provimento efetivo, da qual

7 Il Messaggero. It. Effetto mini-condono: cancellate cartelle per oltre 32 miliardi, azzerate quelle sotto 1.000 euro. Disponível no seguinte endereço eletrônico: <https://www.il-messaggero.it/pay/edicola/mini_condono_cartelle_cancellate_oggi_ultime_notizie-4541580.html>. Acesso em 05 de fevereiro de 2021.

participa o contribuinte ou seu representante, acompanhado ou não de advogado.

Assim, cumpridos os requisitos legais para a transação, a Câmara propõe o encerramento do litígio e a consequente extinção do crédito tributário, mediante o pagamento do crédito com descontos. E para o oferecimento das respectivas reduções a Câmara analisa a situação específica de cada devedor ou proponente de ação de conhecimento, considerando: 1) o histórico fiscal do devedor; 2) a situação financeiro-econômica do contribuinte e existência ou não de bens capazes de garantir o pagamento do crédito e também as condições de saúde grave na família; 3) o tempo de duração do processo em Juízo e seus custos, e a economicidade que o acordo pode gerar aos cofres públicos; 4) a chance de êxito do Município na causa; e 5) a existência de precedentes jurisprudenciais contra a tese do credor já pacificadas por súmula dos tribunais superiores, repercussão geral ou recursos repetitivos.

Para cada um dos cinco (5) critérios mencionados, a Câmara de Transação atribui uma nota de zero (0) a cinco (05), sendo que a soma-tória das notas determina a faixa de descontos percentuais possíveis de serem aplicados no caso concreto, conforme Tabela devidamente publicada em lei. Quanto maior o risco de não pagamento do crédito, maior a nota e, consequentemente, maiores os percentuais de descontos oferecidos.

As notas relativas aos critérios do histórico fiscal e do tempo de duração da ação e economicidade da medida já estão predeterminadas na Tabela prevista em lei, em quadro que indica objetivamente parâmetros fechados para a concessão da pontuação.

Em relação à situação econômica do devedor e sobre as condições de saúde grave na família, à chance de êxito do Município na causa e, finalmente, no que concerne à existência de precedentes jurisprudenciais contra a tese do credor já pacificadas por súmula dos Tribunais Superiores, repercussão geral ou recursos repetitivos, a Câmara goza de maior liberdade para atribuição das notas, sempre respeitando a máxima de que quanto maiores os riscos para realização do crédito, maiores as notas, e maiores os descontos.

Explica-se: O requisito número 1 e o número 3 são objetivados. Já em relação aos requisitos de número 2, o 4 e o 5, a *lei formal* dá uma certa *elasticidade* para se aplicar ao devedor uma nota entre 0 e 5, dependendo da condição financeira e de saúde do contribuinte e, igualmente, do grau de risco em relação à possibilidade de o Município perder a ação.

Às vezes, na própria audiência, em conversa com as partes ou com os advogados, acaba-se por constatar que o Município poderia sair perdedor na ação judicial, diante da existência de mais de uma tese jurídica favorável ao contribuinte já pacificada na jurisprudência por meio de súmula, recursos repetitivos ou de repercussão geral. Em casos tais, as notas atribuídas pela Câmara aos quesitos 4 e 5 seriam as máximas (notas 5 para cada critério), enquanto no caso de o devedor ter apenas uma situação jurídica que lhe favoreça, as notas seriam intermediárias (notas 3 a 4 para cada critério), lembrando que tudo deverá ser fundamentado no termo de transação confeccionado do momento do encontro entre os partícipes do processo.

Em relação ao critério da situação financeira do contribuinte ocorre a mesma coisa. Ou seja: é no momento da audiência que o devedor é entrevistado e, dependendo do caso em particular e, principalmente, quando constatada em relação à escassez de recursos, incluindo-se aí a comprovação de gastos com alguém da família acometida de doença grave, por exemplo, a Câmara de Transação tem a liberdade de atribuir ao devedor uma nota de 0 a 5, tendo como parâmetro sempre o risco do Município em perder a ação.

E não se diga que é caso de discricionariedade e que tal atuação estaria ofendendo o princípio da indisponibilidade. Não. Porque em nenhum momento o Município de Blumenau deixou nas mãos da autoridade administrativa essa possibilidade. A própria lei municipal, repita-se, reza que o devedor pode receber uma nota de 0 a 5 na medida da comprovação do alegado, sendo os descontos inversamente proporcionais às chances de êxito do Município na cobrança do crédito, fazendo-se cumprir, assim, igualmente, o princípio da justiça tributária.

Essa elasticidade na transação se faz necessária, porque, do contrário, não poderíamos falar na caracterização de tal instituto, ainda mais quando os parâmetros e a tabela de pontuação se encontram devidamente previstos em lei formal, como ocorre em Blumenau; ou seja: não há que se falar em ferimento ao princípio da indisponibilidade, considerando que, em nenhum momento, a disposição do crédito tributário foi relegada à discricionariedade da administração tributária ou de qualquer outra autoridade administrativa.

Na transação tributária, portanto, pode e deve haver sim uma certa maleabilidade na apreciação dos requisitos para a obtenção do desconto da dívida tributária, desde que haja lei formal dispondo sobre os critérios para a sua realização, que essa lei seja constitucional e, desde

que, os interesses envolvidos na situação possam justificar uma exceção ao princípio da indisponibilidade. Esse balanceamento deve ser rigoroso e não superficial, tendo-se o cuidado para que a disposição do crédito tributário, em nenhuma hipótese, seja relegada, a qualquer autoridade da Administração Pública.

O ponto alto que deve ser destacado na transação de créditos tributários e não tributários implementada em Blumenau é o ato processual da audiência, momento em que o contribuinte/devedor é entrevistado, ocorrendo aí o necessário diálogo entre as partes, podendo-se afirmar que tal ato processual e a aplicação da técnica de escuta ativa do contribuinte são os responsáveis pelos 2.610 (dois mil seiscentos e dez) processos executivos fiscais encerrados, e pelos R\$ 13.583.663,00 (treze milhões, quinhentos e oitenta e três mil seiscentos e sessenta e três reais negociados).

Percebe-se que a humanização do processo faz a diferença na relação fisco-contribuinte no modelo adotado em Blumenau. Os métodos adequados de solução de conflitos, dentre os quais se encontra o instituto objeto de nosso estudo, são um verdadeiro exemplo de interferência dos institutos e conceitos do direito privado nas dependências do direito tributário, na medida em que a autonomia negocial, manifestação típica e essencial do direito civil, faz o seu ingresso nas relações que se instauram entre fisco e contribuinte para o fim de se chegar a um acordo, pondo fim à lide tributária, cujo consenso do sujeito passivo é elemento determinante para a formalização do negócio jurídico consensual.

Todos os modernos e atuais institutos de solução de conflitos são manifestações que envolvem a prática colaborativa entre fisco e contribuinte, os quais despertam e objetivam, principalmente, o diálogo entre as partes, na intenção de terminar a lide, através da colaboração dos interessados, reduzindo o risco do erário de não receber o que lhe é devido, acrescido da não menos importante humanização do processo tributário.

A transação em Blumenau já está sendo operacionalizada há cinco (5) anos. Com esse tempo de experiência, a percepção é de que algumas modificações podem e devem ser feitas para adequar o instituto a realidade atual de pós pandemia, como por exemplo, aumentar o limite do valor possível de ser transacionado e trabalhar novas modalidades, como a “transação em massa”, que será colocada em prática a partir de agosto de 2023.

Uma alternativa interessante seria a adoção da transação preventiva, a fim de impedir que novas ações executivas de baixo valor

fossem propostas, cabendo às Procuradorias, em tais casos, encaminhar tais processos para a Câmara de Transação, a fim de tentar a extinção de tais créditos pela via da transação tributária. Somente em caso de não aceitação do acordo é que os débitos seriam submetidos a protesto e demais medidas restritivas de crédito.

5. A PRÁTICA DA TRANSAÇÃO TRIBUTÁRIA CONTEMPLADA COM O PRÊMIO INNOVARE 2020 E A NECESSIDADE DE SE PADRONIZAR O MODELO NOS DEMAIS MUNICÍPIOS

No ano de 2020, a “Prática Transação Tributária” foi a vencedora da 17ª edição do Prêmio Innovare na categoria Juiz. A inscrição foi feita pelo magistrado Emanuel Shenkel do Amaral e Silva, da 2ª Vara da Fazenda da Comarca de Blumenau, em parceria com a procuradora Cleide Regina Furlani Pompermaier, que subscreve o presente artigo e com a também procuradora municipal Ângela dos Santos Farias, tendo a prática se destacado dentre as 646 (seiscentos e quarenta e seis) enviadas de todo o Brasil. A premiação aconteceu em cerimônia pública virtual realizada no dia 1º de dezembro com a presença de autoridades do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Advocacia, além de diretores do Instituto Innovare e convidados.

A prestigiada premiação serve de estímulo para que outros entes federados adotem o paradigma de Blumenau, principalmente os municípios, lembrando que a padronização do modelo se faz necessária, a fim de que o instituto não seja desvirtuado. Explica-se: se não houver um modelo unificado, muito facilmente os 5.570 (cinco mil quinhentos e setenta) entes municipais, poderão adotar padrões diferenciados, prejudicando o verdadeiro objetivo da transação tributária, que é o término do litígio e a extinção do crédito tributário mediante concessões mútuas, a ser realizada por meio de critérios bem definidos em lei formal e necessária análise dos requisitos para cada caso em particular, conforme se descreveu no texto.

CONCLUSÃO

A transação pode representar uma das soluções adotadas nos momentos de crise. O certo é que, se aplicada de modo correto pode servir para superar o período de dificuldade financeira e movimentar a economia. As reformas, aliás, são filhas da crise. O instituto aqui tratado é

uma exceção e, por ser uma exceção, deve ter regras muito bem definidas pela lei, não dando margem a interpretações dúbias.

É necessário que sejam adotadas nas administrações públicas, mormente nos Municípios, medidas que se prestem a diminuir a burocracia e que sejam eficazes na melhoria das atividades de administração tributária, sendo a transação uma delas. É preciso uma revolução cultural para que isso ocorra e quatro ingredientes devem estar presentes nesse processo revolucionário: simplificação, desmistificação, capital humano e ousadia. De nada adianta as empresas trabalharem de forma inovadora e flexível se o Estado não consegue responder de modo eficaz às exigências dos novos tempos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- POMPERMAIER, Cleide Regina Furlani. Procuradora do Município de Blumenau. Especialista em Direito Tributário pela Universidade Federal de Santa Catarina. Especialista em Mediação Conciliação e Arbitragem pela Faculdade Verbo Educacional, do Rio Grande do Sul, membro fundador do Instituto Brasileiro de Estudos de Direito Administrativo, Financeiro e Tributário - IBDAFT. É uma das autoras do projeto e membro da Câmara de transação tributária do município de Blumenau e uma das vencedoras do PRÊMIO INNOVARE 2020. Palestrante em temas jurídicos tributários, autora da obra jurídica "O ISS E OS SERVIÇOS NOTARIAIS E DE REGISTROS PÚBLICOS" e demais artigos científicos publicados em vários sites e revistas jurídicas especializadas. Foi membro da Comissão de Juristas da Desburocratização do Senado Federal. Foi professora Universitária da Universidade Regional de Blumenau – FURB e da Faculdade Franciscana – FAE na disciplina de Direito Tributário e membro da Comissão de Tributação da OAB, seccional de Santa Catarina.
- TROPEANO. Antonella, citando ZANNI E G. REBECCA. Strumenti deflativi del contenzioso, disponibilità dell'obbligazione tributaria e discrezionalità dell'amministrazione finanziaria 16299 – 6308. Disponível no seguinte endereço eletrônico <https://www.academia.edu/15149904/Strumenti_deflativi_del_contenzioso_disponibilit%C3%A0_dellobbligazione_tributaria_e_discrezionalità%C3%A0_dellamministrazione_finanziaria?email_work_card=interaction_paper> Acesso em 08 de fevereiro de 2021.
- MARINI. Giuseppe, citando LUPI "Insolvenza, fallimento e disposizione del credito tributario", editora Ancona, 2006, p. 457. Indisponibilità e transazione fiscale. Disponível no seguinte endereço eletrônico <http://www.treccani.it/magazine/diritto/approfondimenti/diritto_tributario/2_marini_transazione_fiscale.html> Acesso em 06 de fevereiro de 2021.
- Art. 23, da Constituição Italiana.
- Art. 171, do Código Tributário Nacional.
- Art. 156, inciso IV, do Código Tributário Nacional.
- Art. 156, inciso IV, do Código Tributário Nacional.

- IL MESSAGGERO.It. Effetto mini-condono: cancellate cartelle per oltre 32 miliardi, azzerate quelle sotto 1.000 euro. Disponível no seguinte endereço eletrônico: <https://www.ilmessaggero.it/pay/edicola/mini_condono_cartelle_cancelate_oggi_ultime_notizie-4541580.html>. Acesso em 05 de fevereiro de 2021.
- A Lei Municipal nº 8.532/2017 de Blumenau. Disponível no seguinte endereço eletrônico: <<https://leismunicipais.com.br/a/sc/b/blumenau/lei-ordinaria/2017/853/8532/lei-ordinaria-n-8532-2017-dispoe-sobre-transacao-de-creditos-tributarios-e-nao-tributarios-do-municipio-de-blumenau-objeto-de-execucao-fiscal-ajuizada-ate-31-12-2014-ou-de-litigio-judicial-nas-hipoteses-que-especifica-e-da-outras-providencias>> Acesso em 07 de fevereiro de 2021.
- BRANDÃO, Luiz Mathias Rocha e MENDOZA, Melanie Claire Fonseca DESAFIOS CONTEMPORÂNEOS PARA A PRÁTICA DA TRANSAÇÃO TRIBUTÁRIA: DA DISCRICIONARIEDADE COMPARTILHADA E DA COOPERAÇÃO DO CONTRIBUINTE. CAMINHO PARA A EFICIÊNCIA DA ATIVIDADE TRIBUTÁRIA. Disponível no seguinte endereço eletrônico: <file:///C:/Users/199605/Downloads/Estudo+importante+sobre+transa%C3%A7%C3%A3o+tribut%C3%A1ria.+Dia+31+de+janeiro+de+2020%20(3).pdf>. Acesso em 05 de fevereiro de 2021.
- BUSATTO, Serena. Il principio di indisponibilità dell'obbligazione tributaria. Disponível no seguinte endereço eletrônico: <<http://dspace.unive.it/bitstream/handle/10579/3113/806309-1164171.pdf?sequence=2>>. Acesso em 26 de abril de 2021.

VIII

Extrafiscalidade e tributo verde

Extrafiscality and green tax

*Jane Cleide Alves da Silva*¹

Resumo: O presente artigo tem por objetivo analisar os institutos jurídicos que atribuem caráter extrafiscal aos tributos e a legitimidade do tributo verde.

Abstract: This article aims to analyze the legal institutes that attribute extrafiscal character to taxes and the legitimacy of the green tribute.

Palavras Chaves: Tributo Verde. Extrafiscalidade. Proteção ambiental. Desenvolvimento Sustentável.

Keywords: Green Tribute. Extrafiscality. Environmental Protection. Sustainable development.

Sumário: 1. Função social dos tributos. 2. Extrafiscalidade. 3. Fundamentos das normas tributárias extrafiscais. 4. Tributo Verde.

1. FUNÇÃO SOCIAL DOS TRIBUTOS

O tributo tem sua origem com o surgimento do Estado e do Direito, sendo que para existência do primeiro, necessária a obtenção de recursos financeiros para consecução de seus fins, tendo o segundo por atribuição o estabelecimento de regras que viabilize a convivência em sociedade.

De fato, que o Estado no seu papel centralizador de convivência coletiva lhe seja atribuído a responsabilidade pelas finanças capazes de manter a própria estrutura e os comandos de sua legislação. Discorrendo sobre o assunto Hugo de Brito Machado:

Como se sabe, o Estado é entidade soberana. No plano internacional representa a Nação em suas relações com as outras Nações. No plano interno tem o poder de governar todos os

¹ jane@alveselisboa.com.br Sócia fundadora do escritório Alves e Lisboa Advogados Associados.

indivíduos que se encontrarem no seu território. Caracteriza-se a soberania como a vontade superior às vontades individuais, como um poder que não reconhece superior.

No exercício de sua soberania o Estado exige que os indivíduos lhe forneçam os recursos de que necessita. Institui o tributo. *O poder de tributar nada mais é que um aspecto da soberania estatal, ou uma parcela desta.*²

De forma mais sucinta Regina Helena Costa esclareceu sobre o Estado e a tributação:

Na contemporânea concepção de Estado, a tributação constitui autêntico poder-dever, cujo exercício traduz-se no emprego de instrumentos que lhe possibilitem a obtenção dos recursos necessários ao desempenho de suas atividades.³

No Brasil, o tributo é a principal fonte de financiamento sustentável das atividades estatais e sua normatização está expressa no Sistema Tributário Nacional, regido por princípios constitucionais.

Entretanto, ponto fundamental para o entendimento do presente trabalho, consiste na compreensão de que os tributos além da sua função arrecadatória visando o provimento de recursos possuem outras funções como expõe Isabela Bonfá de Jesus “Os tributos têm por função carrear recursos financeiros para o Estado, para atingir sua finalidade de promover o bem comum, satisfazendo as necessidades públicas”⁴.

Complementando esse conceito de tributação Carlos Adriano da Costa e Hely Lopes Meirelles respectivamente:

Nesse sentido, tem-se o entendimento de que a tributação está albergada na ideia constitucional de solidariedade social, devendo ser para o Estado um mecanismo poderoso de redistribuição social e no atendimento ao bem-estar social. Essa solidariedade deve ser vista sobre dois ângulos: do contribuinte, que deve saber da relevância da compulsoriedade em colocar à disposição do Estado uma parte de seus recursos particulares em benefício de toda a coletividade; e do Poder Público, na

2 MACHADO, Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário. 36ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 27.

3 COSTA, Regina Helena. Curso de Direito Tributário. 4ª ed. São Paulo. Saraiva, 2014 p. 18.

4 JESUS, Isabela Bonfá. Manual de Direito Tributário. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 85.

aplicação correta e justa da arrecadação tributária em gastos públicos.⁵

Modernamente, os tributos são usados como instrumento auxiliar do poder regulatório do Estado sobre a propriedade particular e as atividades privadas que tenham implicações com o bem-estar social. Até mesmo o Direito norte-americano, tão cioso das liberdades individuais, admite essa função extrafiscal dos tributos, para o incentivo ou repressão da conduta do particular, segundo as exigências do interesse coletivo.⁶

Tem-se que além do objetivo fiscal, simplesmente arrecadatória, os tributos possuem outras funções também previstas constitucionalmente, e como ensina o Hugo de Brito Machado:

Assim, quanto a seu objetivo, o tributo é: (a) *fiscal*, quando seu principal objetivo é a arrecadação de recursos financeiros para o Estado; (b) *extrafiscal*, quando seu objetivo principal é a interferência no domínio econômico, buscando um efeito diverso da simples arrecadação de recursos financeiros; (c) *parafiscal*, quando o seu objetivo é a arrecadação de recursos para o custeio de atividades, que, em princípio, não integram funções próprias do Estado, mas este as desenvolve através de entidades específicas.⁷

Sobre as funções do tributo também foi tratado na Escola de Administração Fazendária no Programa Nacional de Educação Fiscal:

O financiamento do Estado via arrecadação tributária deve permitir que o Estado Brasileiro cumpra suas três funções essenciais:

garantir os recursos necessários ao Estado para realização de seus fins;

ser instrumento de distribuição de renda e indutor do desenvolvimento de seus fins;

contribuir para minimizar as diferenças regionais.⁸

5 COSTA, Carlos Adriano. A Extrafiscalidade Tributária na Concretização do Bem-Estar Social. sisweb.tesouro.gov.br/apex/cosis_monografias.obtem_monografia?p_id=809. Acesso em 14 de agosto de 2017.

6 MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Municipal Brasileiro. 6ª ed. São Paulo. Editora Malheiros. 1993, p. 167.

7 MACHADO, Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário. 36ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 69.

8 Escola de Administração Fazendária. Função Social dos Tributos. 4ª ed. Brasília: ESAF, 2009, p. 07

Assim, que analisando a função do tributo que não esteja vinculada tão somente para os fins arrecadatórios, mas para alcance de finalidade constitucionalmente prevista, considerando a responsabilidade do Estado na promoção dos direitos fundamentais, tem-se na extrafiscalidade a viabilidade de intervenção para tal desiderato.

Sobre as funções e a finalidade da tributação brilhantemente também esclareceu Diego Bonfim:

Essa função fiscal ou arrecadatória já foi tomada como a única que poderia ser exercida pela tributação, quando até mesmo o caráter tributário de uma determinada cobrança era colocado em xeque, caso não houvesse uma função primordialmente fiscal. A despeito disso, com o incremento das responsabilidades atribuídas ao ente estatal, notadamente quando instado a atuar positivamente para a promoção de direitos fundamentais, a tributação passa a exercer funções não vinculadas às transferências de recursos dos particulares para o Estado, passando a ser encarada como importante instrumento para o alcance de finalidades constitucionalmente previstas.⁹

Desse modo, que para obtenção dos direitos constitucionalmente previstos, notadamente os fundamentais, é que se extrai a função social dos tributos, como entendeu Aldo Aranha de Castro e Maria de Fátima Ribeiro:

Por função social do tributo, entende-se que é a forma como o Estado pode propiciar à sociedade a redução das desigualdades sociais e regionais, proporcionando meios adequados para desenvolvimento de certas regiões que se encontram em contraste com os grandes centros econômicos do país, através de incentivos fiscais que possibilitem uma equiparação entres estes e aqueles, com a possibilidade de um aumento de número de empregos, com um equilíbrio social maior entre as regiões menos desenvolvidas e as mais desenvolvidas fazendo, assim, com que haja efetivamente do desenvolvimento nacional.¹⁰

Ainda, sobre a relação entre tributação e os direitos fundamentais ressaltou Regina Helena Costa:

9 BONFIM, Diego. Extrafiscalidade, Identificação, Fundamentação, Limitação e Controle. 1ª ed. São Paulo: Noeses, 2015, p. 08.

10 CASTRO, Aldo Aranha de. RIBEIRO, Maria de Fátima. A Função Social do Tributo e a Implementação de Políticas Públicas. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=5f8a7deb15235a12>. Acesso em 13 outubro 2017.

Para melhor analisarmos a relação entre tributação e direitos fundamentais, conveniente definamos, por primeiro, o que se deva entender por estes últimos.

A qualificação de direitos fundamentais como fundamentais reside no regime jurídico de especial proteção que a Constituição lhes outorgou, traduzido, essencialmente, pelo nível singular de proteção de suas normas, por constituírem os direitos e garantias fundamentais cláusulas pétreas (art. 60,4º, IV, e pela aplicação imediata de seus preceitos art. 5º,§1º).

É esse regime jurídico diferenciado, estampado num conjunto normativo de status constitucional, revestido de rigidez e tópicos imutáveis, bem como aplicabilidade imediata, que qualifica determinados direitos como fundamentais, dedicando a Lei Maior visto instrumental para sua tutela.¹¹

Veja, que além de obrigação de observar o rol descrito no artigo 5º da Constituição Federal que trata dos direitos e garantias fundamentais, mostra-se imprescindível para função social do tributo os princípios da República Federativa do Brasil insculpidos no seu artigo 3º:

- I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;
- II – garantir o desenvolvimento nacional;
- III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
- IV- promover o bem de todos sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Nesse contexto, igualmente se torna importante o artigo 170 da Constituição Federal que dispõe sobre os princípios gerais da atividade econômica pautados na justiça social e que são regidos pelos princípios descritos do inciso I ao IX, ou seja, vetores principiológicos que devem nortear a concretização da função social do tributo, quais sejam:

- I - soberania nacional;
- II - propriedade privada;
- III - função social da propriedade;
- IV - livre concorrência;
- V - defesa do consumidor;

11 COSTA, Regina Helena. Curso de Direito Tributário. 4ª ed. São Paulo. Saraiva, 2014 p. 18.

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Arquimedes da Silva Szezerbicki tratando sobre os princípios gerais da ordem econômica brasileira:

Não se pode deixar de enfatizar que a ordem econômica brasileira tem suas bases em dois fundamentos, sendo, a valorização do trabalho humano e da livre iniciativa, com o objetivo de garantir a todos os indivíduos uma existência digna, conforme os preceitos da justiça social. Assim, os princípios constitucionais sugerem uma direção para a ordem econômica, porém sem perder de vista o princípio básico da função social.¹²

De fato, que ao Estado compete dar efetividade aos princípios que norteiam a ordem econômica, de modo a garantir que a premissa fundamental prescrita possa ser concretizada, e um mecanismo de suma importância capaz de viabilizar tal competência é atribuindo aos tributos função extrafiscal.

2. EXTRAFISCALIDADE

Como explanado no capítulo anterior o tributo além da função arrecadatória, possui também uma função social, consistente em garantir mandamentos constitucionais fundamentais. Pois bem, nessa atribuição é que se encontra inserida a extrafiscalidade.

Nessa função o tributo é utilizado como instrumento de política econômica para garantia constitucional, estando além do objetivo de arrecadação (função fiscal) para manutenção do aparato estatal. Corroborando tal assertiva Marcus de Freitas Gouvêa:

A extrafiscalidade se constitui no 'algo a mais' que a obtenção de receitas mediante tributos, liga-se a valores constitucionais; pode decorrer de isenções, benefícios fiscais, progressividade

12 SZEZEBIVKI, Arquimedes da Silva. Os Princípios Gerais da Ordem Econômica Brasileira: Avanços e Efetividade desde Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://eptic.com.br/wp-content/uploads/2014/12/textdisc6.pdf>. Acesso em 13 de outubro 2017.

de alíquotas, finalidades especiais, entre outros institutos criadores de diferenças entre os indivíduos, que são, em última análise, agentes políticos, econômicos e sociais.¹³

E ainda Aliomar Baleeiro atualizado por Misael Abreu Machado: Costuma-se denominar de extrafiscal aquele tributo que não almeja, prioritariamente, prover o Estado dos meios financeiros adequados a seu custeio, mas antes visa a ordenar a propriedade de acordo com a sua função social ou a intervir em dados conjunturais (injetando ou absorvendo a moeda em circulação) ou estruturais da economia. Para isso, o ordenamento jurídico, a doutrina e a jurisprudência têm reconhecido ao legislador tributário a faculdade de estimular ou desestimular comportamentos, por meio de uma tributação progressiva ou regressiva, ou da concessão de benefícios fiscais.¹⁴

A extrafiscalidade contrariamente ao objetivo fiscal, cumpre sua função social anteriormente a arrecadação, através de políticas fiscais intervencionistas nas relações privadas.

Relevando esse preceito da extrafiscalidade Carlos Adriano Costa:

Reafirma-se o entendimento de que a extrafiscalidade, se bem planejada, executada e controlada, quando respaldada na dignidade da pessoa humana e nos direitos fundamentais, mesmo nos casos de desoneração fiscal por renúncia de receitas, poderá induzir a economia, de forma a atingir os objetivos maiores de natureza social, contribuindo para a efetivação de uma justa distribuição de riquezas, para o progresso socioeconômico não seja uma prerrogativa de poucos, fortalecendo assim a promoção do bem-estar social e um Estado Democrático de Direito como garantia de todos.¹⁵

Pois bem, considerando a instituição de tributo para alcance de finalidade constitucionalmente prevista, em contrapartida a arrecadação para obtenção de recursos, necessária a identificação da norma tributária extrafiscal.

13 GOUVÊA, Marcus de Freitas. *A Extrafiscalidade no Direito Tributário*. 1ª ed. Belo Horizonte. Del Rey, 2006, p. 81.

14 BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro*. 11ª ed. atualizada por Misael Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro. Forense, 2010, p. 233.

15 COSTA, Carlos Adriano. *A Extrafiscalidade Tributária na Concretização do Bem-Estar Social*. sisweb.tesouro.gov.br/apex/cosis_monografias.obtem_monografia?p_id=809. Acesso em 14 de agosto de 2017.

Assim, aspecto importante que se impõe é a separação entre normas tributárias fiscais e extrafiscais, de modo que o mais pertinente parece a resolução no plano interpretativo das finalidades pretendidas pela norma e não dos fins efetivamente alcançados.

Nesse sentido é que prevalece a finalidade constitucional almejada pelas normas tributárias extrafiscais consoante Guilherme Adolfo dos Santos Mendes “para caracterizar a extrafiscalidade não é suficiente que a imposição interfira com o comportamento, mas sim que haja uma razão jurídica para tal influência”.¹⁶

Igualmente Diego Bonfim:

Como as normas tributárias extrafiscais têm por finalidade induzir ou desestimular comportamentos, terá de se discriminar o objetivo para alcançar dada finalidade. A finalidade da discriminação é que será tomada pelo intérprete como fundamento relevante para a diferenciação.

Neste caso, o intérprete pode objetivar sua interpretação, trabalhando com elementos normativos que, direta ou indiretamente, denunciam a finalidade da lei, sendo esta identificável com segurança pelo intérprete, e, por isso, passível de avaliação de juridicidade diante de seus correlatos fundamentos de validade.¹⁷

Assim, observa-se que a identificação das normas tributárias extrafiscais está centrada na análise de sua finalidade, que impreterivelmente deve estar atrelada num fundamento constitucional e não nos fins efetivamente alcançados. Sobre a finalidade da norma tributária Celso Antônio Bandeira de Mello:

É a finalidade e só a finalidade o que dá significação às realizações humanas. O Direito, as leis, são realizações humanas. O Direito, as leis, são realizações humanas. Não compreendidas nas suas finalidades, não haverá compreensão alguma do Direito ou de uma dada lei.¹⁸

Outrossim, que a finalidade (vetor fundamental da extrafiscalidade) se concretiza mediante os estímulos ou desestímulos de

16 MENDES, Guilherme Adolfo dos Santos. Extrafiscalidade: análise semiótica. Tese (Doutorado). São Paulo. Universidade de São Paulo USP. 2009, p. 63.

17 BONFIM, Diego. Extrafiscalidade, Identificação, Fundamentação, Limitação e Controle. 1ª ed. São Paulo. Noeses, 2015, p. 45.

18 MELLO, Celso Antônio Bandeira. Discricionariedade e Controle Jurisdicional. 2ª ed. São Paulo. Malheiros. 2012, p. 47.

comportamentos, e não do cunho patrimonial estabelecida na consequente da regra-matriz de incidência tributária.

Sobre o tema Diego Bonfim em obra específica sobre a extrafiscalidade expõe:

De modo diametralmente oposto, a chamada função extrafiscal modaliza a tributação para induzir (estimular ou desestimular) comportamentos humanos, mas esta é apenas a sua função. A finalidade potencialmente pretendida pela extrafiscalidade não equivale à função (induzir comportamentos). É através do exercício da função (indução comportamental) que uma tributação extrafiscal pode alcançar seus fins.

Os fins que podem ser eleitos, quando da instituição das normas tributárias extrafiscais, todavia, não estão ao alcance livre do legislador. Estes fins são prescritos pelo próprio direito positivo, sendo certo que, no caso do direito brasileiro, foram todos eles definidos pelo texto constitucional.¹⁹

3. FUNDAMENTOS DAS NORMAS TRIBUTÁRIAS EXTRAFISCAIS

Superada a existência e viabilidade das normas tributárias extrafiscais, tem-se que a própria Constituição Federal outorga fundamento para sua instituição, cujos limites a serem observado serão oportunamente apontados.

De tais fundamentos, salienta que os prescritos pela ordem econômica se encontram descritos no artigo 170 do comando constitucional, sendo que mesmo naquele rol não deve ser considerado taxativo, já que não é possível ao intérprete identificar todos os fins possíveis justificadores da tributação extrafiscal.

Nesse passo, cabe trazer cada um dos princípios mencionados com suas respectivas observações, esclarecendo que os conceitos apontados são referência de Diego Bomfim²⁰.

Redução das desigualdades regionais

A tributação, nesse contexto, é pensada como instrumento de atuação do Estado na difícil tarefa de equilibrar o desenvolvimento das diferentes regiões do país. De acordo com o que

19 BONFIM, Diego. Extrafiscalidade, Identificação, Fundamentação, Limitação e Controle. 1ª ed. São Paulo. Noeses, 2015, p. 15.

20 BOMFIM Diego. Extrafiscalidade, Identificação, Fundamentação, Limitação e Controle. 1ª ed. São Paulo. Noeses, 2015, p. 92.

dispõe o art. 43, § 2º, III, da CF, “os incentivos regionais compreenderão, além de outros, na forma da lei: (...) isenções, reduções ou diferimento temporário de tributos federais devidos por pessoas físicas ou jurídicas.

Nesse sentido, o próprio art. 151, I, da CF é categórico em permitir que a União estabeleça tratamento tributário não uniforme quando se trata de conceder incentivos fiscais que tenham por objetivo reduzir as desigualdades entre as diferentes regiões do país.

Soberania nacional

Este princípio da ordem econômica pode funcionar como fundamento para o estabelecimento de normas tributárias de estímulo ao mercado interno, notadamente em vista da inexistência de dispositivos constitucionais que estabeleçam a regra da não discriminação tributária do ponto de vista internacional.

...

Além disso, o princípio da soberania nacional pode incentivar a criação de normas tributárias extrafiscais de incentivo a determinados setores econômicos considerados estratégicos, movendo-se o legislador, por exemplo, no sentido de estimular determinada forma de produção agrícola ou o desenvolvimento tecnológico brasileiro.

Propriedade privada e função social

O direito à propriedade privada é tomado como um direito fundamental no constitucionalismo brasileiro. Trata-se de uma espécie de liberdade tutelada pela Constituição Federal. Qualquer tentativa de amesquinamento absoluto do direito de propriedade deve ser reprimida com rigor; sob pena de ruptura da ordem constitucional implantada.

Do mesmo modo, o art. 170, II, considera a propriedade privada como um dos princípios retores da ordem econômica. O direito à propriedade é efetivamente prescrito pela Constituição Federal como um autêntico princípio. Em um primeiro momento (prima facie) protege de modo ilimitado, a propriedade, recuando, todavia, quando contraposto a outros princípios que também albergam direitos fundamentais que podem vir a ser confrontados.

As normas tributárias extrafiscais têm, neste cenário, largo campo de atuação. A Constituição Federal traz uma série de regras que outorgam competência ao Estado para instituir

normas tributárias extrafiscais com o objetivo de estimular que os contribuintes se conduzam de modo a dar cumprimento à função social de sua propriedade.

Livre concorrência

O princípio da livre concorrência pode funcionar como justificativa e como limite na edição de normas tributárias extrafiscais, sendo importante que estas duas funções sejam diferenciadas.

Para o correto entendimento da questão, é preciso estabelecer que o princípio da livre concorrência guarda a peculiaridade de estar voltado à proteção do mercado e não dos concorrentes, como se poderia imaginar em uma primeira aproximação.

...

No emprego das normas tributárias extrafiscais, não há que se falar em neutralidade, mas no próprio princípio da livre concorrência que deverá ser levado em consideração para fins de sopesamento com os demais princípios subjacentes à utilização extrafiscal da norma tributária.

Defesa do consumidor

Este fundamento da ordem econômica pode ser utilizado para adoção de normas tributárias extrafiscais sem sentido lato. As chamadas normas tributárias de simplificação do sistema tributário podem ser utilizadas, neste cenário, de modo a permitir que o consumidor, sabedor da carga tributária incidente sobre os produtos que consome, venha a ser um agente mais atuante no mercado.

Nesse sentido, conhecedor da carga tributária, ainda que aproximada, incidente sobre o produto adquirido, o consumidor pode exercer um papel mais influente sobre as forças de mercado, o que não deixa de ser um reflexo da norma tributária extrafiscal.

Defesa do meio ambiente

O que o ordenamento jurídico permite é que a defesa do meio ambiente seja tomada como um fundamento relevante para fins de instituição de normas tributárias extrafiscais, estimulando ou desestimulando condutas. Todavia, ainda que se reconheça tal possibilidade, é preciso pontuar uma série de limitações que o regime tributário impõe, o que reduz a amplitude da criação de tributos orientados à proteção do meio ambiente.

Trata-se, portanto, de autorização constitucional que fortalece a autonomia dos Estados-membros para o exercício de suas próprias políticas de distribuição dos recursos arrecadados entre os Municípios quando se abre espaço para que os repasses sejam vinculados à adoção de determinadas práticas ambientais pelos diversos Municípios.

Busca do pleno emprego

A busca do pleno emprego é fundamento da ordem econômica nitidamente programático. A ordem econômica, portanto, além de fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, deve observar, como um de seus fundamentos, a busca pelo pleno emprego como elemento importante para assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social. Do ponto de vista tributário, normas que estimulem a criação de novos postos de trabalho, bem como incentivem o desenvolvimento de empresas que detenham em sua atividade econômica a característica da utilização intensiva de mão de obra, podem ser citadas, como prevê, inclusive, ao art. 195, § 9º, da CF. O estímulo à inovação e à melhoria das condições de trabalho poder ser inserido nesse contexto.

Tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte.

O tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte, constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País, também é prescrito como um dos fundamentos da ordem econômica desenhada pela Constituição Federal.

Sobre a questão, é importante pontuar que a Constituição Federal, em seu art. 179, outorga competência para que todos os entes da federação instituem normas de fomento à pequena empresa, incluindo diferenciações tributárias visando à simplificação, bem como à própria redução da carga tributária. Trata-se de uma clara outorga de competência para que sejam manejadas normas tributárias extrafiscais, havendo, aqui, por parte do texto constitucional, uma exigência: as empresas de pequeno porte devem ser fomentadas.

Além desses preceitos, tem-se igualmente que a função social da propriedade insculpida no artigo 5º XXIII na carta magna, e igualmente, os fundamentos sociais que podem ser utilizados para a sustentação das normas tributárias extrafiscais.

4. TRIBUTO VERDE

De fato, que o artigo 225 *caput* da Constituição Federal foi o pressuposto constitucional para o estabelecimento de IPTU que visa preservar o meio ambiente denominada de *Tributo Verde*, notadamente diante de seu teor:

Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, definido enquanto bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Outrossim, é certo que o artigo 182 também da Carta Magna e seus incisos, facultaram ao Poder Público Municipal medidas para política de desenvolvimento urbano, assim, é que partindo da garantia insculpida na Constituição Federal a proteção do meio ambiente, surgiram várias legislações com mesma finalidade, visando implementar o comando constitucional nas suas mais diversas formas.

Desse modo, não obstante já existisse a Lei 6.938/81 que trata da Política Nacional do Meio Ambiente, a disposição expressa na Constituição Federal impôs de fato a implementação de leis para concretização dessa política, como se verifica da Lei 10.257/2001 (Estatuto da Cidade) e a Lei 9.985/2000 (Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza).

Nesse contexto, surge também a proposta de emenda constitucional 13 de 2019 que pretende estabelecer critérios ambientais para a cobrança do IPTU e desonerar a parcela do imóvel com vegetação nativa. A alteração proposta para alteração do artigo 156 da Constituição Federal para constar expressamente a alíquota diferenciada:

II – poderá ter alíquotas diferentes de acordo com:

a) a localização e o uso do imóvel;

b) o reaproveitamento de águas pluviais, o reúso da água servida, o grau de permeabilização do solo e a utilização de energia renovável no imóvel.

III – não incidirá sobre a parcela do imóvel em que houver vegetação nativa.

Desse modo, se depreende a promoção de leis com o intuito de induzir condutas do contribuinte para que haja efetividade do respectivo comando constitucional, tal como explanado por Ana Luísa Sousa Faria:

Os tributos que objetivam a preservação do meio ambiente são chamados de tributos verdes ou “*green taxes*”. Esse mecanismo

tributário visa influenciar na decisão econômica de modo a tornar mais interessante a opção ecologicamente mais adequada. As decisões são orientadas pelo custo-benefício: se os custos de degradação ambiental não forem refletidos nos preços, as decisões econômicas nunca serão ecologicamente corretas²¹.

E elencando os princípios que respaldam a implementação do tributo verde, esclarece ainda a jurista:

Os três princípios do direito ambiental que justificam, plenamente, os tributos verdes são: (I) princípio da precaução, (II) princípio da cooperação; (III) princípio poluidor-pagador.

De fato, que referidos princípios contemplam a base necessária para compreensão desse tributo, visto que abordam as matrizes ambientais que justificam a implementação do IPTU com vista a preservação do meio ambiente.

Sobre a prevenção discorreu Celso Antônio Pacheco Fiorillo na sua obra sobre direito ambiental:

A prevenção e preservação devem ser concretizadas por meio de uma consciência ecológica, a qual deve ser desenvolvida através de uma política de educação ambiental. De fato, é a consciência ecológica que propiciará o sucesso no combate preventivo do dano ambiental. Todavia, deve-se ter em vista que a nossa realidade ainda não contempla aludida consciência, de modo que outros instrumentos tornam-se relevantes na realização do princípio da prevenção. Para tanto, observamos instrumentos como estudo de impacto ambiental, manejo ecológico, o tombamento, as liminares, as sanções administrativas etc.²²

Concernente a cooperação, extrai-se o conceito de que toda a sociedade deve participar do processo de proteção do meio ambiente, visto que sua preservação beneficia de forma incontestável toda humanidade. Nesse sentido Ana Luísa Sousa Faria:

Preservar o meio ambiente é consagrar o direito à vida (CF, art. 5º, caput), o mais fundamental dos direitos fundamentais, pois

21 FARIA, Ana Luísa. Tributo Verde. O IPTU e a tributação indutora como instrumento para o desenvolvimento sustentável. 1ª ed. Curitiba. Appris, 2014, p. 19.

22 FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. Curso de Direito Ambiental brasileiro. 11 ed. rev. Atual. E ampl. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 112

só é possível uma existência digna quando se vive em um meio ambiente saudável e ecologicamente equilibrado.²³

No que tange ao poluidor pagador, denota-se que almeja com medidas do poder público prevenir a danos ambientais e ao mesmo tempo impor medidas que possam reparar tais ocorrências, corroborando essa assertiva Simone Martins Sebastião:

Numa concepção ampla este princípio visa imputar ao poluidor o custo social da poluição que ele dá causa. Isto implica na adoção de um mecanismo de responsabilidade pelo dano ecológico abrangendo todos os efeitos de uma poluição não somente sobre os bens e as pessoas, mas também sobre a própria natureza (...) Em termos econômicos, é a internalização dos custos externos ou teoria das externalidades. Numa concepção mais limitada, que é adotada pela OCDE e pela CEE, o princípio poluidor – pagador visa encarregar o poluidor das despesas de combate contra a poluição.²⁴

Não obstante essas questões, denota-se igualmente que a proteção ao meio ambiente inserta no tributo com fins extrafiscais mediante *in casu* o tributo verde, resguarda de forma inequívoca o desenvolvimento econômico de forma sustentável.

Inúmeros são os juristas que brilhantemente dissertaram sobre o assunto:

Dália Maimon

O desenvolvimento sustentável busca simultaneamente a eficiência econômica, a justiça social e a harmonia ambiental. Mais do que um novo conceito, é um processo de mudança onde a exploração de recursos, a orientação dos investimentos, os rumos do desenvolvimento ecológico e a mudança institucional devem levar em conta as necessidades das gerações futuras.²⁵

Celso Antônio Pacheco Fiorillo

Constata-se que os recursos ambientais são esgotáveis, tornando-se inadmissível que as atividades econômicas desenvolvessem-se alheias a esse fato. Busca-se com isso a coexistência

23 FARIA, Ana Luísa. *Tributo Verde. O IPTU e a tributação indutora como instrumento para o desenvolvimento sustentável*. 1ª ed. Curitiba. Appris, 2014, p. 23.

24 SEBASTIÃO, Simone Martins. *Tributo Ambiental. Extrafiscalidade e função promocional do direito*. 5ª edição. Curitiba. Juruá, 2010, p. 214

25 MAIMON, Dália. *Passaporte verde: gestão ambiental e competitividade*. Rio de Janeiro. Qualitymark, 1996, p. 10.

harmônica entre a economia e o meio ambiente. Permite-se o desenvolvimento, mas de forma sustentável, planejada, para que os recursos hoje existentes não se esgotem ou tornem-se inócuos.

...

Por isso, delimita-se o princípio do desenvolvimento sustentável como o desenvolvimento que atenda às necessidades do presente, sem comprometer as futuras gerações.²⁶

Veja, que um sistema tributário ambiental eficiente deve atender a ordem econômica, mas, garantindo a devida proteção ambiental em obediência aos princípios que regulamentam a economia e proteção ao meio ambiente.

Assim, diante das questões analisadas, principalmente, o caráter extrafiscal dos tributos, conclui-se pela plena viabilidade de implementação do tributo verde, o qual de forma inequívoca representa efetividade aos comandos constitucionais que primam pela defesa do meio ambiente.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARAGÃO, Egas Moniz de. *Comentários ao CPC*. Rio de Janeiro. Ed. Forense. 1928.
- BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. 11ª ed. atualizada por Misael Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro. Forense, 2010
- BOMFIM, Diego. *Extrafiscalidade, identificação, fundamentação, limitação e controle*. 1ª ed. São Paulo. Noeses, 2015
- CASTRO, Aldo Aranha de. RIBEIRO, Maria de Fátima. *A função social do tributo e a implementação de políticas públicas*. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=5f8a7deb15235a12>. Acesso em 13 outubro 2017.
- COSTA, Carlos Adriano. *A extrafiscalidade tributária na concretização do bem-estar social*. sisweb.tesouro.gov.br/apex/cosis_monografias.obtem_monografia?p_id=809. Acesso em 14 de agosto de 2017.
- COSTA, Regina Helena. *Curso de direito tributário*. 4ª ed. São Paulo. Saraiva, 2014
- FARIA, Ana Luísa. *Tributo verde*. O IPTU e a tributação indutora como instrumento para o desenvolvimento sustentável. 1ª ed. Curitiba. Appris, 2014
- FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 11 ed. rev. Atual. E ampl. São Paulo: Saraiva, 2010
- GOUVÊA, Marcus de Freitas. *A extrafiscalidade no direito tributário*. 1ª ed. Belo Horizonte. Del Rey, 2006
- JESUS, Isabela Bonfá. *Manual de direito tributário*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015

26 FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 11 ed. rev. Atual. E ampl. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 79 e p. 87.

- MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 36ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015
- MAIMON, Dália. *Passaporte Verde: gestão ambiental e competitividade*. Rio de Janeiro. Qualitymark, 1996
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito municipal brasileiro*. 6ª ed. São Paulo. Editora Malheiros. 1993
- MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Discrecionabilidade e controle jurisdicional*. 2ª ed. São Paulo. Malheiros. 2012
- MENDES, Guilherme Adolfo dos Santos. *Extrafiscalidade: análise semiótica*. Tese (Doutorado). São Paulo. Universidade de São Paulo USP. 2009
- SEBASTIÃO, Simone Martins. *Tributo ambiental*. Extrafiscalidade e função promocional do direito. 5ª edição. Curitiba. Juruá, 2010
- SZEZERBIVKI, Arquimedes da Silva. *Os princípios gerais da ordem econômica brasileira: avanços e efetividade desde Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <http://eptic.com.br/wp-content/uploads/2014/12/textdisc6.pdf>. Acesso em 13 de outubro 2017.

IX

Visão crítica da reforma constitucional tributária

Critical view of the constitutional tax reform

Eduardo Marcial Ferreira Jardim¹

Resumo: O presente Estudo tem por desígnio questionar o projeto de Reforma Constitucional Tributária contido nas PECs 45 e 110, o qual, ao tempo de sua elaboração – julho de 2023 – já havia sido aprovado pela Câmara dos Deputados, estando agora no Senado Federal. Nesse compasso, analisa criticamente o Projeto que hospeda uma *contradictio in terminis*, pois, ao revés de modificar uma legislação anacrônica e inconstitucional, afora inúmeras emendas também em desarmonia com a Constituição, o Governo decide reformar o que há de melhor, no caso o sistema constitucional tributário brasileiro.

Palavras-chave: Reforma Constitucional Tributária e seus equívocos; Sistema Constitucional Tributário Brasileiro; Inconstitucionalidades contidas nas Emendas e na Legislação.

Abstract: The purpose of this study is to question the Constitutional Tax Reform project contained in PECs 45 and 110, which, at the time of its elaboration – July 2023 – had already been approved by the Chamber of Deputies and is now in the Federal Senate. In this compass, it critically analyzes the Project that hosts a *contradictio in terminis*, because, instead of modifying an anachronistic and unconstitutional legislation, apart from numerous amendments also in disharmony with the Constitution, the Government decides to reform what is best, in this case the system Brazilian tax constitution.

Keywords: Tax Constitutional Reform and its misconceptions; Brazilian Tax Constitutional System; Unconstitutionality contained in Amendments and Legislation.

1 Mestre e Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e Professor Emérito na Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Membro da Academia Paulista de Letras Jurídicas, Cadeira n. 62. Associado Fundador e Vice-Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo, Financeiro e Tributário/IBEDAFT. Autor de obras pelas Editoras Saraiva, Noeses, Mackenzie e Max Limonad. Sócio de Eduardo Jardim e Advogados Associados.

Sumário: 1. Introdução. 2. Virtudes do Sistema Constitucional Tributário Brasileiro. 3. Vicissitudes contidas em Emendas e na Legislação. 3.1. Tributação elevada em contraste com o direito comparado. 3.2. Tributação gravosa do consumo. 3.3 A elevada carga tributária de medicamentos. 3.4. Imposto de Renda das Pessoas Físicas cobrado sobre Despesas! 3.5. Inobservância da seletividade do ICMS. 3.6. ICMS incidente sobre o próprio ICMS! 3.7. A chamada Guerra Fiscal e a sua causa derivada da distorção dos Fundos FPE/FPM. 3.8. DRU.3.9 Inconstitucionalidade das CIDES. 4. Pontos cabedais da Reforma e avaliação crítica. 4.1. CBS e IBS. 4.2. Imposto Seletivo. 4.3. Não-cumulatividade. 4.4. IPVA de aeronaves e embarcações marítimas. 4.5 Complexidade introduzida pela Reforma 4.6. Probabilidade de majoração de carga tributária. 5. Conclusões.

1. INTRODUÇÃO

O presente Estudo tem por objeto trazer à colação uma concepção crítica sobre a cogitada Reforma Tributária que está em curso no Congresso Nacional, não só as PECs 45 e 110, como quaisquer outras voltadas à modificação substancial do Capítulo I, do Título VI, da Carta Magna, o qual, por intermédio das Seções I *usque* VI, versa sobre o Sistema Tributário Nacional, além de outras normas de índole tributária espreiadas nas dobras do Texto Excelso.

Quer-se demonstrar que o Sistema Constitucional Tributário original é pleno de virtudes, enquanto, por outro lado, as vicissitudes se encontram nas Emendas e no plano legislativo, donde resta descabido o propósito de modificar justamente o que há de melhor entre nós na seara da tributação, como se a causa dos problemas fosse a Constituição, o que, decididamente, não o é, conforme será sustentado de modo sucinto nos desdobres deste Estudo.

Sobremais, dentre outras impropriedades, afigura-se inconcebível dizer que a proposta de Reforma vai proibir a cobrança de tributos cumulativos ou que iria tributar aeronaves e embarcações aquáticas e outras equívocidades, pois isso tudo já está no sistema tributário constitucionalizado, faltando apenas ser cumprido e devidamente implementado.

2. VIRTUDES DO SISTEMA CONSTITUCIONAL TRIBUTÁRIO BRASILEIRO

Com efeito, cumpre destacar que a Constituição Federal trata do assunto com clareza solar, aliás como nenhuma outra no cenário comparado. O atual sistema foi instituído por intermédio da Emenda n. 18/1965, a qual instaurou um novo modelo de tributação no plano

constitucional, cujo arcabouço foi mantido nas Cartas de 1967, 1969 e 1988, esta, diga-se de passo, conjugou a estrutura original e efetivou sua competente ampliação.

Deveras, o mencionado Sistema Constitucional Tributário instrumentaliza as pessoas tributantes com competências tributárias para obterem os recursos financeiros para a consecução do bem comum. Tanto assim é, que, proclama em alto e bom som uma série de princípios que devem nortear toda a tributação, caso da estrita legalidade, da anterioridade, das imunidades, da capacidade contributiva, da vedação à tributação confiscatória e assim avante.

Para tanto, dedica dezenas de normas ao tema tributário, chegando ao pormenor, por exemplo, de estabelecer que o imposto sobre a renda será informado pelos critérios da generalidade, universalidade e progressividade, bem como o ICMS deverá ser seletivo em função do maior ou menor grau de essencialidade da coisa tributada para a população. Demais disso, fixou o postulado de não-cumulatividade em relação aos tributos plurifásicos, configurando, portanto, merecedor de encômios ao lume de uma visão da Ciência do Direito. Em veras, essa exaustividade da matéria tributária no plano constitucional otimiza a segurança jurídica, seja para o cidadão, seja para atrair capitais e investimento do exterior.

Não se pode olvidar, ao demais, que o sistema atual estabelece uma rígida partilha de competências tributárias, atribuindo poderes específicos e indelegáveis em prol das pessoas constitucionais, conferindo, assim, segurança jurídica e vedando qualquer hipótese de pluritributação ou mesmo bitributação.

Geraldo Ataliba, Mestre dos Mestres, realiza um confronto com o direito comparado e apresenta a seguinte conclusão:

[...] nosso sistema é *sui generis*, original e desconhece similares ou réplicas; contrasta radicalmente com todos os demais; é mais perfeito juridicamente e requer trato singular e específico, pelo que, de pouco ou nada vale, a propósito, invocar doutrina alienígena, elaborada a partir de dados radicalmente diversos.²

Não é sem razão, pois, que doutrinadores estrangeiros fazem depoimentos elogiosos, assim como Linares de Quintada, *in verbis*:

2 ATALIBA, Geraldo. *Sistema Constitucional Tributário Brasileiro*. Revista dos Tribunais, 1968, p. 27-28.

Como puede comprobar-se, la Constitución Brasileña es una de las constituciones que con mayor claridad y precisión delimita las esferas impositivas de los poderes central y locales, y no deja mucho campo para la duda y la confusión, como otras leyes fundamentales.³

Deveras, a perfeição de nosso sistema mereceu louvores de notáveis juristas, assim como Giuliani Fonrouge, Carvalho Pinto, Humberto Ávila, Paulo de Barros Carvalho e Roque Carrazza, dentre incontáveis outros mestres da Ciência do Direito.

Em suma, a questionada Reforma Constitucional Tributária vai destruir um dos mais elaborados sistemas de tributação ao lume do cenário comparado, e tudo a partir de um incrível equívoco, pois os problemas tributários no Brasil estão intersertos em inúmeras Emendas e, sobretudo, na Legislação.

Posto isto, ressalta à evidência que as Emendas e o plano legislativo é que deveriam ser objeto de reforma, jamais a gênese do sistema constitucional tributário. *Oh my God!*, diriam os ingleses.

3. VICISSITUDES CONTIDAS EM EMENDAS E NA LEGISLAÇÃO

EMENDAS

No tocante às Emendas Constitucionais, não faltam absurdidades, *ad exemplum* do disposto no art. 150, parágrafo 7, introduzido pela Emenda n. 3, que criou o fato gerador futuro, rendendo margem à cobrança de tributo por algo que ainda não ocorreu. Outrossim, o art. 149-A, criado pela Emenda n. 39, dispôs sobre uma Taxa de Serviço de Iluminação Pública, cujo serviço é manifestamente indivisível e, portanto, inconstitucional, só que deram o nome de Contribuição, burlando, assim o requisito da divisibilidade.

A EC n. 33, contida no art. 155, IX, letra a, estabelece a incidência do ICMS mercantil sobre bens, o que é decididamente incompatível com a natureza ínsita de um tributo que só poderia incidir sobre operações com mercadorias, jamais bens.

A EC n. 93, de seu turno, precedida de muitas outras de igual conteúdo, estabelece o repasse de 30% da arrecadação tributária em prol do

3 QUINTADA, Linares de. *El poder impositivo y la Libertad Individual*. Buenos Aires: Editora Alfa, 1951, p. 120.

Poder Executivo Federal, Estadual, Distrital e Municipal, em total desconcerto com a natureza jurídica dos tributos, tanto que os impostos devem gerar receitas genericamente orçamentárias, enquanto as contribuições sociais ou interventivas produzem receitas afetadas com uma dada finalidade.

LEGISLAÇÃO

No campo legislativo, por sua vez, prosperam inconstitucionalidades, como será visto na sequência deste tópico.

3.1. TRIBUTAÇÃO ELEVADA EM CONTRASTE COM O DIREITO COMPARADO

Não se pode olvidar, também, que, na contramão do plano constitucional, a tributação instituída no plano legislativo é sobremodo elevada, tanto que está acima dos Estados Unidos, Reino Unido, Suíça e Canadá, dentre outros países da OCDE.

3.2. TRIBUTAÇÃO GRAVOSA DO CONSUMO

O comando imerso no art. 145, § 1º, da Constituição determina que o legislador deve priorizar a tributação do patrimônio e da renda porquanto são os gravames que melhor espelham a capacidade contributiva do contribuinte.

Entrementes, o legislador fez exatamente o contrário, tanto que a incidência do consumo importa em 65% da arrecadação, donde ricos e pobres acabam suportando a mesma carga tributária embutida no preço de mercadorias e serviços, representando, assim, uma ofensa ao princípio da capacidade contributiva e ao da igualdade.

Quanto à capacidade contributiva, seria desnecessário dizer que pode pagar uma conta se não tiver os recursos pertinentes, daí a feição de pressuposto dos pressupostos na seara da tributação. Bem por isso, a memorável lição de Jean Marie Cotteret e Louis Trotabas que, ao definirem o imposto proclamam a capacidade contributiva como um de seus elementos fundamentais. Ouçamo-los, pois: "*L'impôt est le procédé de répartition des charges budgétaires entre les individus d'après leurs facultés contributives*".⁴

4 COTTERET, Jean Marie; TROTABAS, Louis. *Droit Fiscal*. 50. ed. Paris: Dalloz, 1985, p. 14.

Por todas as veras, a elevada tributação do consumo destoa da capacidade contributiva e também do postulado da igualdade, ambos estampados no Texto Excelso.

Não é sem razão que a média dos países da OCDE pagam em torno de 35% sobre o consumo, não podendo olvidar que no Japão a média é de 18% e nos Estados Unidos é 17%!

Vejamos, pois, alguns exemplos acerca do assunto, os quais dizem respeito a mercadorias de utilização necessária à população, a saber: gasolina, 44%; telefone celular, 39%; sapato, 36%; gravata, 35%; livro, 15%; microcomputador, 33%; relógio 55%; energia elétrica, 48%; cesta básica, 23%; arroz e feijão, 15%; automóvel, 48% a 54%; vestuário em geral, 35%; telefonia, 39%; e garrafa de água mineral, 37%.⁵

Como se vê, a tributação ora mencionada é suportada por pobres e ricos da mesma forma, em flagrante descompasso com a igualdade, porquanto estabelece tratamento igual para os desiguais descumprindo a lição clássica de Ruy Barbosa interserta em seu memorável discurso “Oração aos Moços”.⁶

Ao demais, não se pode olvidar que há injustiças excêntricas, conforme se verifica na tributação de veículo automotor, uma vez que o IPVA é exigível tão somente de veículos de circulação terrestre, razão pela qual mesmo um carro popular está sujeito a 4% do referido imposto no Estado de São Paulo, enquanto embarcações marítimas e aeronaves estão fora do campo de incidência do aludido imposto! Esse tema será versado num item específico nos desdobres deste Estudo.

Mais uma vez ressalta à evidência que as distorções apontadas não exprimem consequência do sistema tributário nacional constitucionalizado, mas, sim, da Legislação que passa ao largo do Texto Magno.

3.3 A ELEVADA CARGA TRIBUTÁRIA DE MEDICAMENTOS

Conforme noção cediça, o Brasil tem uma das mais elevadas cargas tributárias do mundo, mas o que nem todos sabem é que a tributação de medicamentos é excessivamente elevada e importa em 28% do preço, o que na verdade representa o percentual de 38% de tributação na formação do preço.

⁵ Fonte: Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação.

⁶ BARBOSA, Ruy. Edição comemorativa do centenário de nascimento, fac-símile do original. USP, MCMXLIX, p. 14.

Outrossim, causa estranheza os medicamentos veterinários serem gravados em percentagem inferior, no caso 13% em média, em flagrante descompasso com o primado constitucional da igualdade. *Quid juris?*

A propósito, merece lembrar que na França, em Portugal e no Japão a referida incidência não passa de 10%, enquanto nos Estados Unidos, no Canadá e no Reino Unido a alíquota é Zero!

As diferenças apontadas revelam que tal absurdez não decorre da Constituição, mas, sim, da Legislação que, aliás, descumpre o postulado da seletividade do IPI e do ICMS, afrontando também o princípio da capacidade contributiva contido no art. 145, § 1º, bem como mandamento que qualifica o direito à saúde, previsto no art. 6º do Texto Supremo.

3.4. IMPOSTO DE RENDA DAS PESSOAS FÍSICAS COBRADO SOBRE DESPESAS!

A tributação do imposto de renda das pessoas físicas abriga múltiplas modalidades, a exemplo da tributação exclusiva na fonte ou a retenção compensável na fonte, bem como o mensalão facultativo ou ainda o chamado carnê leão e, finalmente, a tradicional declaração de ajuste anual.

Pois bem, o ajuste anual tem por objeto a renda líquida, a qual deveria representar o total dos rendimentos subtraídos das despesas concernentes a aluguel, educação, dependentes e outras que são necessárias à vida das pessoas, sob pena de tributar a renda integral ou parcialmente bruta.

Não obstante, a Legislação de regência proíbe a dedução da despesa com aluguel, afrontando o conceito de renda líquida e infringindo a garantia constitucional que assegura o direito à moradia, nos termos do disposto no art. 6º do Texto Magno.

Em verdade, a limitação da despesa com educação ou com dependentes, senão também com transporte, alimentação e medicamentos, exprime uma burla à cidadania e um manifesto desrespeito ao comando constitucional.

Realmente, além do absurdo de restringir o direito à dedução de valores proclamados na Constituição, exsurtem desconcertos teratológicos, pois, ao vedar a dedução de despesas com aluguel, tributa-se o referido dispêndio como se fosse renda, além de revelar locupletamento ilícito por parte da União, que tributa o valor recebido de aluguel em

relação ao proprietário. É dizer, há uma sobreposição de incidências, na medida em que a Fazenda Pública Federal recebe duas vezes o imposto cobrado da prestação locacional.

Ao final, convém observar que os medicamentos no Brasil são verdadeiros campeões de tributação, pois são gravados em patamares bem acima do padrão dos países da OCDE e a despesa na sua aquisição não é deduzida na composição da renda líquida, tornando uma ferramenta de inegável injustiça fiscal.

3.5. INOBSERVÂNCIA DA SELETIVIDADE DO ICMS

A seletividade consiste num dos meios de quantificação dos tributos, a qual é efetivada por meio de percentagens escalonadas de forma ascendente, digamos de Zero a X, levando-se em conta o grau de maior ou menor necessidade da coisa tributada em relação à maioria da população.

Em exemplo, o arroz e o feijão são gravados de maneira muito mais atenuada do que caviar ou vodca ou perfumes, dentre outros, máxime porque aqueles representam a alimentação rotineira de expressiva parcela da população, enquanto estes, de revés, são os considerados supérfluos e, como tais, não são indispensáveis ao dia a dia das pessoas.

Destarte, oportuna e corretamente, o Texto Supremo dispôs sobre a matéria ao tratar do ICMS, na dimensão em que estipulou como premissa norteadora desse imposto a mencionada seletividade, consoante estatuído no art. 155, § 2º, inciso III, *in verbis*:

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: (*Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993*)

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior; (*Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993*)

§ 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte: (*Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993*)

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;

II - a isenção ou não-incidência, salvo determinação em contrário da legislação:

a) não implicará crédito para compensação com o montante devido nas operações ou prestações seguintes;

b) acarretará a anulação do crédito relativo às operações anteriores;

III - poderá ser seletivo, em função da essencialidade das mercadorias e dos serviços;

Insta esclarecer que o verbo *poderá* não tem o menor sentido, até porque o legislador pode tornar o imposto seletivo ou não, uma vez que a quantificação do tributo faz parte do respectivo processo de criação ou de alteração.

Por todas as veras, afigura-se oportuno obtemperar que o legislador poderá tornar qualquer tributo seletivo ou mesmo progressivo, dentre outras hipóteses, tudo pela simples razão que a determinação do *quantum debeatur* integra o poder de tributar que é a competência tributária.

De conseguinte, quando regra constitucional afirma que um dado tributo será seletivo, a exemplo do caso vertente, não se trata de uma autorização, como querem alguns, mas uma ordem.

Posto isto, a questionada seletividade reveste caráter mandamental para o legislador, que é obrigado a tornar o ICMS seletivo, *simpli-citer et de plano*.

Ante esses escólios, força é reconhecer que o ICMS deve ser seletivo, de tal modo que as mercadorias mais necessárias para a população devem ser graduadas com alíquotas menores e, *a contrario sensu*, as mercadorias supérfluas devem comportar alíquotas mais elevadas.

Logo, a mercadoria energia elétrica, que é indispensável a toda a população, haveria de merecer alíquotas mínimas e não a mais alta no Estado de São Paulo – 25% – e uma das mais elevadas nos demais Estados da Federação.

Não é diferente o patamar do percentual de outras mercadorias tão necessárias a todos, como vestuário, sapato, gravata e outras tantas que se assujeitam a alíquota de 18% no Estado de São Paulo, o que não traduz a gradação de necessidade dessas mercadorias para a população.

3.6. ICMS INCIDENTE SOBRE O PRÓPRIO ICMS!

A Lei complementar n. 87, de 13 de setembro de 1996, trata do assunto ao afirmar que o ICMS integra a base de cálculo do ICMS, conforme estampado no art. 13, § 1º, inciso I, do aludido diploma legal.

Por sem dúvida, ressalta à evidência o absurdo, pois do ponto de vista lógico o imposto somente pode incidir sobre um dado fato jurídico qualificado como susceptível de tributação, donde o ICMS mercantil estaria adstrito a recair sobre operações relativas à venda e compra de mercadorias, jamais sobre o próprio imposto.

Ademais, na mesma trilha do aspecto lógico, o art. 155, II, da Constituição Federal, atribui poderes aos Estados e ao Distrito Federal para que tributem as operações relativas à venda e à compra de mercadorias, tornando-se implícita e logicamente vedada qualquer outra incidência que não seja aquela ora mencionada.

Como se vê, também por este prisma, a tributação do ICMS pelo próprio ICMS representa algo que, além de despropositado e destituído de um mínimo de razoabilidade, padece de fundamento constitucional, pois inexiste pressuposto no Texto Magno que autorize tal invencionice do legislador complementar.

Ao final, não se pode olvidar que a questão focalizada exprime mais uma absurdidade concebida no plano legislativo e, por que não dizer, em flagrante contramão do figurino constitucional.

3.7. A CHAMADA GUERRA FISCAL E A SUA CAUSA DERIVADA DA DISTORÇÃO DOS FUNDOS FPE/FPM

Primeiramente, é de mister sublinhar que a autonomia imanente ao pacto federativo pressupõe diferenças tributárias entre as múltiplas pessoas de direito público que a integram; no caso brasileiro, tais entes são a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

Destarte, cada qual desfruta de uma esfera de competência privativa abeberada diretamente da Constituição Federal, razão porque é facultado a cada unidade federativa exercer as suas competências livremente, inclusive a de índole tributária, claro, dentro dos balizamentos constitucionais.

Obviamente, contestar as diferenças tributárias acoimando-as de guerra fiscal de forma depreciativa significa passar ao largo da gênese do pacto federativo. Em verdade, num Estado Federal é inevitável a existência de diferenças legislativas, inclusive na esfera tributária, motivo pelo

qual o fato de um Estado estabelecer um ICMS ou IPVA menos elevados que outros não só é pertinente, como é da quintessência dessa modalidade de Estado.

Outrossim, a chamada guerra predatória na qual um dado Estado oferece vantagens fiscais exageradas com o desígnio de atrair investimentos, concorrendo de maneira desigual com outros, não decorre da autonomia, mas das distorções contidas na repartição de receitas tributárias firmadas na Lei Complementar n. 62, de 28 de dezembro de 1989 e alterações supervenientes.

Em abono ao alegado, basta compulsar a referida legislação e dar conta que na partilha dos Fundos de Participação dos Estados e dos Municípios, a União destinava 85% para os Estados das Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, restando 25% em prol dos Estados das Regiões Sul e Sudeste.

A redação original foi declarada inconstitucional pelo Pretório Excelso e, em face disso, a União modificou o texto de antanho e adotou uma Tabela com índices de dez dígitos por Estado, mas, na verdade, o descompasso remanesce.

A apontada distorção ganha matizes incríveis quando comparado quanto a União arrecada num dado Estado e quanto ela devolve a título de percentual dos Fundos FPE ou FPM. Em exemplo, vejamos: num determinado Estado, a União arrecadou 2 bilhões e contemplou com 10 bilhões, ou seja, 400% a mais, enquanto no Estado de São Paulo, Região Sudeste, a União arrecadou 300 bilhões e devolveu 30 bilhões, vale dizer 10%!

Diante disso, o Estado privilegiado pode abrir mão de suas receitas próprias porque o seu orçamento é mantido com os recursos provenientes do Sul e Sudeste, que são repassados pelos mencionados Fundos.

Força é depreender que a debatida guerra fiscal predatória não guarda nenhuma correlação lógica com o exercício da autonomia tributária, mas decorre unicamente da desproporção substanciada na partilha dos referidos Fundos.

A propósito, trazemos à colação o Mapa ora estampado a fim de ilustrar o asserto *in casu*. Vejamos, pois:



Como se vê, estamos mais uma vez diante de problema gravíssimo no campo da tributação conjugado com o direito financeiro, ambos situados no território da legislação tanto complementar, como ordinária que mereceria, sim, reformas imediatas, pela simples razão de não traduzir questão constitucional.

3.8 DRU

A sigla diz respeito à Desvinculação de Receitas da União, criada em 1994 com a denominação de Fundo Especial de Emergência, alterado posteriormente para Fundo de Estabilidade Fiscal em 1996, ganhando o nome atual desde 2015. Originalmente a referida desvinculação importava em 20%, passando para 30% desde 2016, no Governo do Presidente Michel Temer.

Com efeito, consiste no repasse de 30% da arrecadação tributária federal para o Poder Executivo dispor livremente do referido valor. Em realidade, exprime um verdadeiro despropósito, pois as receitas dos impostos não podem ter destinação previamente comprometida, o que, com mais razão ocorre na amplitude das contribuições sociais e interventivas.

A aludida e teratológica modalidade se espalhou para os demais níveis de Governo, conforme previsão contida nos arts. 76, 76-A e 76-B do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. A DRU traduz um flagrante desvio de finalidade, uma vez que a natureza dos impostos se afigura incompatível com a afetação específica de suas receitas, ao passo que as receitas provenientes das contribuições sociais e interventivas servem tão somente para financiar as suas respectivas finalidades.

Como se vê, trata-se de um dislate sob o ponto de vista de Teoria Geral do Direito e manifestamente conflitante com os postulados constitucionais que versam sobre os aludidos gravames.

A própria Associação Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil mostra a sua irresignação com a mencionada DRU, conforme faz certo, o texto a seguir reproduzido, *ad litteram*:

Precisamos falar sobre a DRU

15 de janeiro de 2019



A Reforma da Previdência Social movimentou os noticiários em 2018, e não será diferente em 2019. É apenas uma questão de tempo para termos uma nova Proposta de Emenda à Constituição (PEC), que objetiva uma reforma na Previdência. O governo do presidente eleito Jair Bolsonaro (PSL) prometeu ajustes fiscais e deve levar essa pauta ao Congresso Nacional já no primeiro semestre de 2019. É preciso aguardar o novo texto para nos debruçar sobre os artigos. Enquanto esse momento não chega, eu defendo o debate sobre o orçamento e as contas do INSS.

O governo diz que há déficit. Entidades dizem que não há e questionam alguns mecanismos que influenciam as contas da Seguridade Social. Um desses mecanismos é a DRU, que a maioria das pessoas não tem ideia do que vem a ser.

DRU é a sigla de Desvinculação de Receitas da União. Ela foi criada em 1994 e permite ao governo federal usar livremente parte de todos os tributos federais vinculados por lei a fundos ou despesas. O valor inicial era de 20%, mas passou a ser de 30% no governo de Michel Temer (MDB). Em outras palavras, quando o dinheiro entra nos cofres da União, o governo pega 30% do total e usa como bem entender, no que bem quiser.

Quando o governo faz as contas do déficit, a DRU é considerada. Entidades como a Associação Nacional dos Auditores Fiscais da Previdência Social (Anfip), por exemplo, não a consideram nas contas. Em minha opinião, o cálculo da Anfip faz mais sentido porque a DRU diminui os recursos da Seguridade, da qual a Previdência faz parte. Ela é, portanto, prejudicial.

De acordo com levantamento dos consultores de Orçamento e Fiscalização Financeira do Congresso Nacional, desde 2008 a DRU reduziu as contas da Seguridade Social em mais de R\$ 500 bilhões. O dado mais recente é de 2016, ano em que foram

retirados R\$ 92 bilhões. A Secretaria de Previdência, ligada ao Ministério da Fazenda, divulgou neste ano que o déficit da Previdência em 2017 foi de quase R\$ 270 bilhões, o equivalente a mais de 4% do PIB.

O déficit (R\$ 270 bi) é, portanto, menor que o valor retirado pela DRU ao longo dos anos (R\$ 500 bi). Faz algum sentido retirar quase R\$ 100 bilhões da DRU somente em um ano? Seria a desvinculação apenas uma espécie de ferramenta utilizada pelo governo para justificar a reforma da Previdência? Afinal, quanto maior o déficit anunciado, maiores são os argumentos para garantir sua aprovação no Congresso.

Em suma, a DRU, que deveria aumentar a flexibilidade para que o governo use os recursos do orçamento nas despesas que considerar de maior prioridade – o que não ocorre porque não há boa gestão dos recursos – e permitir a geração de superávit nas contas do governo, elemento fundamental para ajudar a controlar a inflação – o que também não ocorre porque há anos o governo tem problemas com a inflação –, está apenas prejudicando as contas da Seguridade e motivando uma reforma que pode, a depender do texto, prejudicar todos os trabalhadores.

*Antonio Tuccillo é presidente da Confederação Nacional dos Servidores Públicos.

3.9 INCONSTITUCIONALIDADE DAS CIDES

A sigla diz respeito às Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico, consoante previsão contida no *caput* do art. 149 da Constituição da República.

Numa visão contextual do Direito, cumpre obtemperar que a regra geral proclamada no texto constitucional consiste na liberdade do exercício de qualquer atividade econômica, como quer o parágrafo único do art. 170 da Constituição Federal.

A bem ver, tal diretriz se harmoniza com o Estado Democrático de Direito, donde, não demasia reafirmar que a regra é a liberdade, enquanto a intervenção é a exceção que só pode ser temporária como meio de garantir a referida liberdade.

Cravada essa premissa, ressalta à evidência que o tributo CIDE ou qualquer outro de caráter interventivo na atividade econômica, somente poderia ocorrer dentre de um breve lapso temporal, jamais em

caráter permanente, sob pena de atritar com o mencionado postulado constitucional da liberdade nos lindes da economia.

A aludida observação já revela, per se, o descompasso e a flagrante inconstitucionalidade das CIDES, dado o seu traço permanente. O absurdo é de tal monta que equivaleria a decretar Estado de sítio de natureza permanente como forma de assegurar a democracia!

Em realidade, a intervenção *in casu*, assim como o Estado de Sítio ou de Defesa são meios excepcionais a serem utilizados em situações extremas e sempre pelo tempo mínimo necessário para restabelecer a normalidade.

Assim, se é verdade que o aspecto definitivo das CIDES afronta o primado da liberdade no domínio econômico, não menos verdade é, também, que outros pontos maculam a sua suposta validade, *ad exemplum* do produto de sua arrecadação não ser empregado no custeio da atividade interventiva.

O entendimento ora pugnado faz coro com a magistral lição de Marcelo Guerra Martins, para quem seria de mister a presença de cinco requisitos para legitimar a cobrança das CIDES, quais sejam: a) notável desajuste mercadológico em determinado setor da economia; b) necessidade da intervenção com o desígnio de estimular ou desestimular dadas condutas; c) temporariedade da exação; d) emprego do produto da arrecadação exclusivamente no custeio da atividade interventiva; e e) relação do sujeito passivo com a atividade disciplinada pela Legislação da respectiva CIDE.⁷

Dado que as CIDES passam ao largo de todos os antes supostos tipificadores desse gravame, força é deduzir que se trata um imposto inominado e, por óbvio, claramente inconstitucional.

4. PONTOS CABEDAIIS DA REFORMA E AVALIAÇÃO CRÍTICA

GENERALIDADES

Deveras, afora as divergências já apontadas, não padece dúvida que a essência da Reforma per se, ao revés de simplificar a tributação, culmina por complicar o sistema tributário, criando uma série de dificuldades de compreensão e aplicação sem precedentes ao longo da história do Brasil.

7 MARTINS, Marcelo Guerra. *Impostos e Contribuições Federais*. São Paulo: Rio de Janeiro: Recife: Editora Renovar, 2004, p. 553 e ss).

Destarte, serão analisados alguns aspectos basilares da Reforma e depois serão sopesadas as indigitadas complexidades, tanto no mérito, como na forma, esta, aliás, extremamente burocratizada.

4.1. CBS E IBS

As mencionadas propostas de Reforma, cada qual com suas particularidades, revelam um traço comum na dimensão em que se preordenam a substituir o atual sistema tributário constitucionalizado por um novo modelo que, dentre outras hipóteses, extinguiria o IPI, o ICMS, o ISS, o PIS e a Cofins, os quais seriam englobados num novo imposto sobre o valor agregado/IVA desdobrado em IBS e CBS, denominado imposto sobre bens e serviços – IBS.

O CBS seria de competência da União Federal e teria a denominação de Contribuição sobre Bens e Serviços, cujo objetivo consiste em unificar o IPI, o PIS e a Cofins, ao passo que o IBS seria um imposto sobre bens e serviços, em substituição ao ICMS e o ISS, situado, portando âmbito competencial dos Estados, Municípios e Distrito Federal.

Por sem dúvida, estamos diante de um mesmo imposto com *nomen juris* distintos, tanto que ambos abrigam fatos geradores, base de cálculo, arrecadação genericamente orçamentária, além de outros contornos tipificadores dessa modalidade tributária, contrariando postulados básicos da tributação, uma vez que a referida CBS não é contribuição, pois sua arrecadação não é afetada, configurando, sim, um verdadeiro imposto.

Como se vê, começou mal a questionada Reforma, na dimensão em que passa ao largo de postulados de hermenêutica e da Ciência Jurídica chamando de Contribuição o que é um Imposto.

4.2. IMPOSTO SELETIVO

Outrossim, quer-se instituir um imposto seletivo, o qual incidiria sobre produtos ou mercadorias ou serviços supérfluos ou nocivos à saúde ou ao meio ambiente.

Exprime o postulado da atual seletividade inerente ao IPI e ao ICMS, só que indevidamente implementada no plano legislativo. De todo modo, cabe pontuar que a atual seletividade deve graduar para mais ou para menos os produtos ou mercadorias de maior ou menor necessidade para o dia a dia da população.

Já o referido imposto seletivo tiraria proveito de hipóteses detrimen-
tosas e contrárias ao interesse público com o desígnio de arrecadar
mais, o que se antolha censurável por todas as luzes sob o ponto de vista
do padrão ético que deveria nortear todos os passos do Estado.

4.3. NÃO-CUMULATIVIDADE

A Reforma *sub examine* mostra total desconhecimento em rela-
ção à cumulatividade no plano constitucional, tanto que os seus apoiado-
res ressaltam que a partir de sua aprovação os tributos não serão mais
cumulativos.

Cabe esclarecer que temos dois tributos cumulativos, quais se-
jam, as contribuições PIS e Cofins, sem contar a extinta CPMF. Todavia,
essa cumulatividade foi instituída no plano infraconstitucional e não pela
Constituição, a qual, além de não autorizar a cumulatividade, antes, a pro-
íbe.

Em realidade, o Texto Excelso vedou tal prática e fê-lo de modo
incisivo e hialino. Nesse sentido, a Lei Maior firmou que os tributos plu-
rifásicos com potencial de cobrança cumulativa seriam não-cumulativos,
caso do IPI e do ICMS, bem como estabeleceu que eventuais impostos no-
vos com fulcro na competência residual prevista no art. 154, I, somente
poderiam ser instituídos se fossem não-cumulativos. Diante disso, resta
evidente que a cumulatividade existe somente no plano legislativo e na
contramão da Constituição, donde, não tem sentido anunciar que a refe-
rida Reforma vai pôr fim à cumulatividade, a qual, cumpre reafirmar, já é
vedada desde a Emenda 18/1965 que introduziu o atual sistema tributá-
rio.

4.4 IPVA DE AERONAVES E DE EMBARCAÇÕES MARÍTIMAS

O Imposto sobre a Propriedade de Veículo Automotor é um tri-
buto de competência estadual e distrital, instituído pela Emenda n.
27/1985 e implementado pelas respectivas unidades federativas.

Mantido pelo art. 155, III, da Constituição Federal de 1988, tem
por fato jurídico tributário “*ter a propriedade de veículo automotor*”, o
que, sob o prisma semântico compreende os veículos como algo desti-
nado ao transporte de pessoas ou coisas e dotados de autopropulsão.

Depara-se estreme de dúvidas que o referido conceito compre-
ende tanto os veículos de circulação terrestre, como aérea, senão

também marítima, bastando, para tanto, a sua condição de levar ou conduzir pessoas ou coisas e que sejam providos de propulsão própria.

Diante disso, a Legislação originária qualificou como tributáveis todos os tipos de veículos automotores, no caso os automóveis, as aeronaves e as embarcações marítimas, fazendo corretamente em estreita harmonia com o Texto Constitucional.

Não obstante, o Supremo Tribunal Federal circunscreveu o campo de incidência do IPVA tão somente aos veículos de circulação terrestre. Numa das decisões, a Corte entendeu que navegação aérea ou marítima seria matéria de competência da União e não dos Estados e do DF, enquanto noutra, o Pretório Excelso reportou-se à então extinta Taxa Rodoviária Única, a qual incidia sobre automóveis.

Ora, o Supremo não levou em conta que a quintessência da tributação era a propriedade do veículo automotor, seja terra, mar ou ar, e não a questão da navegação ou da extinta TRU que nada tem a ver com o problema tematizado.

Nessa esteira, vejamos, pois, a visão do Supremo Tribunal Federal acerca do assunto:

Órgão julgador: Tribunal Pleno

Relator(a): Min. GILMAR MENDES

Julgamento 11/04/2007

Publicação 01/02/2008

Ementa

EMENTA: Recurso Extraordinário. Tributário. 2. Não incide Imposto de Propriedade de Veículos Automotores (IPVA) sobre embarcações (Art. 155, III, CF/88 e Art. 23, III e § 13, CF/67 conforme EC 01/69 e EC 27/85). Precedentes. 3. Recurso extraordinário conhecido e provido.

Indexação

LEGISLAÇÃO, NAVEGAÇÃO MARÍTIMA, AÉREA, CONFIGURAÇÃO, BEM, UNIÃO. – VOTO VENCIDO, MIN. MARCO AURÉLIO: CARACTERIZAÇÃO, EMBARCAÇÃO, AERONAVE, VEÍCULO AUTOMOTOR, DESCABIMENTO, APLICAÇÃO, CONCEITO, EXCLUSIVIDADE, VEÍCULO, QUATRO RODAS. CONFIGURAÇÃO, ATUAÇÃO, CAPITANIA DOS PORTOS, ÂMBITO, PODER DE POLÍCIA. EXIGÊNCIA

Doutrina

ALVARENGA, Ricardo. O *IPVA* na propriedade de *aeronaves*. In: RDDT n. 29, fev. 1998. p. 67. FERRAZ, Roberto. Aspectos contrvertidos do *IPVA*. In: RDDT n. 113, fev. 2005. p. 108-111.

Outras ocorrências

Indexação (2)

RE 134509

Órgão julgador: Tribunal Pleno

Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO

Redator(a) do acórdão: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE

Julgamento: 29/05/2002

Publicação: 13/09/2002

Ementa

EMENTA: *IPVA* - Imposto sobre Propriedade de *Veículos Automotores* (CF, art. 155, III; CF 69, art. 23, III e § 13, cf. EC 27/85): campo de incidência que não inclui embarcações e aeronaves.

Indexação

IMPOSSIBILIDADE, EXTENSÃO, (*IPVA*), EMBARCAÇÃO, AERONAVE. VIOLAÇÃO, DISPOSITIVO, CONSTITUIÇÃO ANTERIOR, AUTORIZAÇÃO, INCIDÊNCIA, TRIBUTO, *VEÍCULOS DE CIRCULAÇÃO TERRESTRE*. NECESSIDADE, OBSERVÂNCIA, ACEPTÃO TÉCNICA, PALAVRA, *VEÍCULOS AUTOMOTORES*. TRANSFORMAÇÃO, TAXA RODOVIÁRIA ÚNICA, (*IPVA*). AUSÊNCIA, VONTADE.

Em que pese ao respeito institucional que merece a Corte, reafirmo o meu entendimento no sentido em que a natureza do *IPVA* abrange todo e qualquer veículo automotor em qualquer âmbito de circulação, vale dizer, terra, mar e ar.

Os escólios trazidos à colação mostram que a tributação de veículos aéreos e marítimos não representa uma inovação da Reforma, máxime porque já está na Constituição desde a emenda n. 27/1985.

4.5. COMPLEXIDADE INTRODUZIDA PELA REFORMA

IBS

Afora a complexidade a ser analisada na sequência, cumpre destacar que o ICMS e o ISS seriam substituídos pelo novel imposto, o qual não se escoa de objurgatórias, pois teria uma única legislação em claro desconcerto com o pacto federativo.

Por outro lado, as 27 unidades federativas poderiam fixar as suas alíquotas que seria a somatória da percentagem estadual conjugada com cada município daquele Estado, donde teríamos 27 X 5.568 possibilidades, respeitado os limites de referência. O grau de dificuldade e de complexidade é realmente imenso, o que infirma a objetivo da impropriedade simplificação.

Outra inovação versa sobre a tributação no destino que, a seu turno, se ressentir de determinação, pois poderia ser o local da entrega ou da disponibilização ou da localização do bem ou da prestação do serviço ou da localização do adquirente, dependendo da operação. Isso tudo para simplificar o sistema tributário. Mais uma vez, nos deparamos com um viés incrivelmente complexo e com potencial de gerar insegurança jurídica. Em veras, esclarecer o aspecto espacial do destino é mito mais difícil do que determinar o local da incidência do atual ISS que, de seu turno, após mais de meio século ainda não foi resolvido!

CBS/IBS

Outro ponto extremamente complexo consiste na fase de transição do sistema tributário atual para o novo a ser implantado, pois o CBS será cobrado a partir de 2026, sendo compensável com a PIS/Cofins até a extinção da PIS/Cofins e IPI no ano subsequente.

Já o IBS tornar-se-á exigível a contar de 2027, enquanto o ICMS e o ISS serão reduzidos gradualmente até sua extinção em 2032.

CONSELHO FEDERATIVO

O Conselho Federativo é o colegiado responsável por fazer a gestão do IBS. De acordo com a PEC, o órgão é uma entidade pública sob regime especial, dotada de independência técnica, administrativa, orçamentária e financeira, que fará a administração compartilhada do imposto. Há muitas indefinições acerca do referido Conselho, seja no

tocante à sua composição, seja no tangente às suas funções específicas, além de outros desdobramentos. De todo modo, o que parece certo é que será um palco para gerar mais problemas do que soluções.

OUTROS ASPECTOS

Sobre mais, a PEC cria o Fundo de Compensação de Benefícios Fiscais ou Financeiros Fiscais com o fito de compensar pessoas físicas e jurídicas beneficiárias de isenções e incentivos, fazendo-o até 31 de dezembro de 2032.

Institui, outrossim, um Fundo Nacional de Desenvolvimento Regional com a finalidade de reduzir desigualdades, o que seria disciplinado por meio de Lei Complementar. Enfim, não faltam dificuldades com o advento de um novel modelo de tributação, merecendo mudanças, também, o processo administrativo tributário em todos os níveis de Governo.

Como se vê, a simples modificação da estrutura tributária já traz um tema pleno de dificuldades, o que se agrava em face da complexidade contida nas PECs da discutida Reforma Constitucional Tributária.

4.6. PROBABILIDADE DE MAJORAÇÃO DA CARGA TRIBUTÁRIA

Independentemente de avaliação dos efeitos financeiros e econômicos da novel tributação a ser implantada pelas PECs da Reforma, tudo leva a crer que haverá elevação da carga tributária.

O asserto se justifica na medida em que os recursos oriundos de uma das mais elevadas tributações da atualidade são insuficientes porque os governos gastam muito e mal, bem como não haverá corte de despesas, resta evidente que a Reforma seria um momento oportuno para a majoração da carga fiscal. Embora criticável, seria uma suprema ingenuidade supor que a relação carga tributária e PIB permaneceria no mesmo patamar que o atual.

5. CONCLUSÕES

1. Censurável, por todas as luzes, a Proposta de Reforma Tributária no Texto Excelso, pela simples razão que temos o mais bem elaborado Sistema Tributário da atualidade no plano constitucional, enquanto as vicissitudes encontram-se em múltiplas Emendas e na Legislação.
2. Não demasia reafirmar que a dimensão elevada da carga tributária, por vezes até confiscatória, bem como a tributação de fatos futuros, senão

também a existência de uma tributação gravosa sobre o consumo, além da afronta à igualdade, dentre outros destemperos, são problemas criados tão somente por Emendas e pela Legislação, jamais pelo Sistema Constitucional Tributário que, por isso mesmo, deveria ser preservado.

3. Conforme prefalado, as PECs da Reforma Tributária hospedam um conteúdo pleno dificuldades e complexidades em sua compreensão e aplicação, a exemplo de fase de transição na qual o ICMS e o ISS serão cobrados ao mesmo tempo que o CBS e o IBS, sem contar outras adversidades suscitadas neste Estudo.

4. Ademais, as PECs instituem um Conselho Federativo com a incumbência de em realizar a gestão do IBS, em flagrante descompasso com o Pacto Federativo, bem como cria um Fundo de Compensação de Benefícios Fiscais ou Financeiros Fiscais e também o Fundo Nacional de Desenvolvimento Regional com a finalidade de reduzir desigualdades. Afora o viés inconstitucional, haja burocracia e complexidade!

5. Por todo o exposto, a Reforma ideal ora pugnada seria uma redução de despesas conjugada com o cumprimento do Sistema Constitucional Tributário, pelo que, por oportuno, lembremos a lição de Ruy Barbosa em sua memorável reflexão acerca da legalidade, cabendo apenas substituir a palavra *Lei* por *Constituição*, donde teríamos: “*Com a lei, pela lei e dentro da lei; porque fora da lei não há solução*”.⁸

REFERÊNCIAS

ANFIP. Associação Nacional dos Auditores da Receita Federal do Brasil. *Site*. Disponível em <https://www.anfip.org.br/>. Acesso em: 30 jul. 2023.

ATALIBA, Geraldo. *Sistema constitucional tributário brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, p. 27-28.

ÁVILA, Humberto. *Sistema constitucional tributário*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 21.

BARBOSA, Ruy. *Oração aos moços*. Edição comemorativa do centenário de nascimento, fac-símile do original. USP, MCMXLIX, p. 14.

BARBOSA, Ruy. *Discursos Parlamentares*. Tomo I. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde, 1892, 19 v., capítulo XII, p. 285-289. Obras Completas.

BRASIL. Constituição Federal de 05 de outubro de 1988. *Diário Oficial da União*–Seção 1 – 5 out. 1988, p. 1 (Publicação Original). Brasília/DF.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei n. 10.336, de 19 de dezembro de 2001. *Institui Contribuição de Intervenção no*

8 BARBOSA, Ruy. *Discursos Parlamentares*. Tomo I. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde, 1892, 19 v., capítulo XII, p. 285-289. Obras Completas.

- Domínio Econômico incidente sobre a importação e a comercialização de petróleo e seus derivados, gás natural e seus derivados, e álcool etílico combustível (Cide), e dá outras providências.* Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10336.htm#:~:text=LEI%20No%2010.336%2C%20DE%2019%20DE%20DEZEMBRO%20DE%202001.&text=Institui%20Contribui%C3%A7%C3%A3o%20de%20Inter-ven%C3%A7%C3%A3o%20no,%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20pro-vid%C3%AAsncias. Acesso em: 30 jul. 2023.
- BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei Complementar n. 87, de 13 de setembro de 1996. Dispõe sobre o imposto dos Estados e do Distrito Federal sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, e dá outras providências. (LEI KANDIR). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp87.htm. Acesso em: 30 jul. 2023.
- BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei Complementar n. 62, de 28 de dezembro de 1989. Estabelece normas sobre o cálculo, a entrega e o controle das liberações dos recursos dos Fundos de Participação e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp62.htm. Acesso em: 30 jul. 2023.
- BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988. *Altera a legislação do imposto de renda e dá outras providências.* Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7713.htm. Acesso em: 30 jul. 2023.
- CARRAZZA, Roque. *Curso de direito constitucional tributário*. 31. ed. São Paulo, Malheiros Editores, p. 67 e ss.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 2165-6.
- COTTERET, Jean Marie; TROTABAS, Louis. *Droit fiscal*. 50. ed. Paris: Dalloz, 1985, p. 11
- FONROUGE, Giuliani. *Derecho financiero*. Buenos Aires: Depalma, 1962.
- IBPT. Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação. *Site*. Disponível em: <https://ibpt.com.br/>. Acesso em: 30 jul. 2023.
- MARTINS, Marcelo Guerra. *Impostos e contribuições federais*. São Paulo: Rio de Janeiro: Recife: Editora Renovar, 2004, p. 553 e ss.
- PINTO, Carlos Alberto Carvalho. *Discriminação de rendas*. Prefeitura do Município de São Paulo, 1941.
- QUINTADA, Linares de. *El poder impositivo y la Libertad Individual*. Buenos Aires: Editora Alfa, 1951, p. 120.
- STF. Supremo Tribunal Federal. *Site*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/>. Acesso em: 30 jul. 2023.

X

Enfoque concorrencial para fins de creditamento do PIS e da COFINS

Competition approach for PIS and COFINS crediting purposes

*Renan Clemente Gutierrez*¹

*Bruno Gomes de Farias*²

Resumo: O presente artigo tem por objeto analisar a posição restritiva dos tribunais pátrios a respeito do creditamento do PIS e da COFINS, especialmente após o julgamento do Recurso Especial nº 1.221.170/PR. No julgamento em referência, decidiu-se que o conceito de insumo, para fins de creditamento das contribuições ao PIS e à COFINS, deve ser aferido por meio dos critérios “essencialidade e relevância”. Diante deste cenário, os contribuintes correram às portas dos tribunais para pleitear pelo creditamento com despesas imprescindíveis para a manutenção das atividades por eles desenvolvidas. Contudo, verifica-se que a posição dos tribunais é bastante restritiva, escusando-se de analisar a essencialidade e a relevância pelo enfoque concorrencial

Palavras chave: Investimentos. Tributação. Insumos. Concorrência. Modernidade.

Abstract: The present article aims to analyze the restrictive position of the domestic courts regarding the offsetting of PIS and COFINS contributions, especially after the judgment of Special Appeal nº 1.221.170/PR. In the referred judgment, it was decided that the concept of “inputs”, for the purpose of offsetting PIS and COFINS contributions, must be measured by the criteria of “essentiality and relevance.” Faced with this scenario, tax players rushed to the courts to claim offsetting with expenses essential for the maintenance of their actives. However, it is observed that position of

1 Renan Clemente Gutierrez. Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Especialista em Direito Tributário pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Possui cursos de extensão em ICMS e Processo Tributário Analítico, ambos ministrados pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET), e de capacitação em tributos, ministrado pela Fundação Getúlio Vargas (FGV). Advogado tributarista pleno, com atuação no contencioso administrativo e judicial. E-mail: renan-clemente@hotmail.com.

2 Bruno Gomes de Farias. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Especialista em Direito Tributário e Processo Tributário pela Escola Paulista de Direito (EPD). Possui curso de extensão em Tributos Indiretos pela Associação Paulista de Estudos Tributários (APET). E-mail: gomesdefariasbruno@yahoo.com.br.

the courts is quite restrictive, avoiding the analysis of essentiality and relevance from a competitive standpoint.

Keywords: Investment, Taxation. Inputs. Concurrency. Modernity

Sumário: Introdução. 1. Interpretação restritiva adotada pelas Instruções Normativas 247/2002 e 404/2004. 2. Considerações a respeito do definido no julgamento do RESP 1.221.170/PR. 3. Essencialidade e relevância para empresas varejistas. 4. Análise do evento da modernidade líquida e seus reflexos jurídicos. 5. Necessidade de exame do tema sob o enfoque concorrencial. Conclusão.

INTRODUÇÃO

Nos idos de 2018, o Colendo Superior Tribunal de Justiça (STJ), em sua brilhante atuação em defesa da legalidade, no julgamento do Recurso Especial nº 1.221.170/PR, definiu que o conceito de insumos, para fins de creditamento das contribuições ao PIS e à COFINS, deve ser aferido a partir dos critérios da essencialidade e relevância das despesas para a consecução da atividade empresarial.

A partir deste julgamento, os contribuintes passaram a correr às portas do Judiciário, com as mais diversas teses a respeito do critério da essencialidade e relevância para as suas empresas, todos pautados pelo julgamento em evidência. A título de exemplo, invocou-se direito ao crédito sobre as despesas com manutenção de softwares, de máquinas operadoras de crédito e débito, e, objeto do presente artigo, as despesas com publicidade e propaganda.

Em que pese se tratar de análise bastante específica, devendo o Judiciário analisar o caso concreto para, posteriormente, definir se as despesas são essenciais e relevantes para a empresa litigante, a maioria das decisões, para empresas do varejo, têm sido desfavoráveis.

Os Tribunais têm firmado entendimento de que, para que a despesa seja encarada como insumo, ela deve ser indispensável para o processo produtivo da empresa, e identificada com o seu objeto social. Contudo, principalmente para as empresas varejistas, com fundamento no evento da modernidade líquida e da contemporaneidade, entende-se que as despesas com publicidade e propaganda se revelam indispensáveis, essenciais e relevantes para a própria sobrevivência destas empresas no mercado.

Analisar a questão por meio do enfoque concorrencial pode alterar a visão dos magistrados sobre o tema, deixando-se a posição

restritiva (outrota existente com a interpretação literal da legislação) para possibilidade de creditamento das contribuições em evidência.

Contribuições essas, aliás, que ocupam privilegiada posição nas receitas da União para a consecução dos seus serviços.

1. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA ADOTADA PELAS INSTRUÇÕES NORMATIVAS 247/2002 E 404/2004.

Consigne-se, inicialmente, que a não cumulatividade, inicialmente prevista para o IPI e ICMS, foi constitucionalizada para as contribuições incidentes sobre a receita ou faturamento, o que ocorreu após o advento da Emenda Constitucional nº 42/2003, com o acréscimo do artigo 195, §12, da Constituição Federal³.

Já no plano das normas infraconstitucionais, a matéria foi veiculada pelas Leis nº 10.637/2002 e 10.833/2003, que disciplinaram as contribuições ao PIS e à COFINS. Quanto à não cumulatividade referente à contribuição ao PIS, o artigo 3º, II, da Lei nº 10.637/2002 (alterado pela Lei nº 10.865/2004), determinou o seguinte:

Art. 3º. Do valor apurado na forma do art. 2º a pessoa jurídica poderá descontar créditos calculados em relação a:

[...]

II - bens e serviços, *utilizados como insumo na prestação de serviços e na produção ou fabricação de bens ou produtos destinados à venda*, inclusive combustíveis e lubrificantes, exceto em relação ao pagamento de que trata o art. 2º da Lei nº 10.485, de 3 de julho de 2002, devido pelo fabricante ou importador, ao concessionário, pela intermediação ou entrega dos veículos classificados nas posições 87.03 e 87.04 da TIPI;

[...]

§ 2º Não dará direito a crédito o valor:

I - de mão-de-obra paga a pessoa física; e

II - da aquisição de bens ou serviços não sujeitos ao pagamento. (Destaquei)

³ Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: (...)

§ 12. A lei definirá os setores de atividade econômica para os quais as contribuições incidentes na forma dos incisos I, b; e IV do caput, serão não-cumulativas. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

No tocante à COFINS, também o artigo 3º, II, da Lei nº 10.833/2003 conta com a mesma redação acima transcrita.

Contudo, tais leis não definiram o conceito de insumos para o creditamento decorrente do princípio da não cumulatividade das contribuições em evidência, o que foi realizado pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, por meio das Instruções Normativas nº 247/2002 (artigo 66, §5º) e 404/2004 (artigo 8º), que disciplinaram quais as operações sujeitas ao desconto de créditos das referidas contribuições.

Oportunamente, verifica-se, na leitura dos artigos em evidência, rol taxativo das hipóteses onde se permite o desconto dos créditos das contribuições em voga, entendendo-se que apenas se configuram e insumos aqueles elementos empregados na produção ou fabricação de bens ou produtos postos à venda, ou prestação de serviços.

Este era o entendimento fazendário sobre o tema, o que gerou conflitos com os entendimentos dos contribuintes.

Em apertadíssima síntese, tem-se que tais Instruções Normativas entendiam pela literalidade do comando estatuído pelo artigo 3º, II, das Leis nº 10.637/2002 e 10.833/2003, adotando-se posição restritiva a respeito do tema.

Logo, tem-se que a controvérsia foi formada através da interpretação tomada pela Secretaria da Receita Federal, a partir das Instruções Normativas sob enfoque, a respeito dos institutos da não-cumulatividade para as contribuições destinadas ao financiamento da seguridade social, e do conceito de insumos para fins de desconto de créditos.

As Instruções Normativas em voga foram revogadas pela Instrução Normativa RFB nº 1.911/2019, que posteriormente fora também revogada pela Instrução Normativa RFB nº 2121/2022 (alterada pela Instrução Normativa RFB nº 2152/2023). Com efeito, nota-se, sem maiores digressões, que as Instruções Normativas revogadoras trouxeram um rol bastante mais extenso a respeito de operações que geram créditos das referidas contribuições.

Ou seja, do histórico acima narrado, conclui-se que a posição restritiva, contida em ambas as Instruções Normativas, perdurou por anos, dando origem à controvérsia levada ao crivo do julgamento do C. STJ. Consigne-se, inclusive, que estas Instruções Normativas apenas foram revogadas após o julgamento prolatado pelo C. STJ.

Diante de insurgências por diversos contribuintes, a matéria afetada pelo C. STJ que, em fevereiro de 2018, concluiu o julgamento do Recurso Especial nº 1.221.170/PR, interposto em face de acórdão prolatado

pelo E. Tribunal Regional Federal da Quarta Região (TRF4), favorável à posição fazendária.

Eis, portanto, o objeto do próximo capítulo.

2. CONSIDERAÇÕES A RESPEITO DO DEFINIDO NO JULGAMENTO DO RESP 1.221.170/PR

Conforme aventado no último capítulo, os contribuintes, diante da interpretação restritiva dada pelas Instruções Normativas 247/2002 e 404/2004, acionaram o Poder Judiciário para análise da matéria, vez que ambas as Instruções Normativas estariam em descompasso com o princípio da não-cumulatividade para contribuições sociais.

Com efeito, a questão foi dirimida no julgamento do Recurso Especial nº 1.221.170/PR, julgado sob a sistemática dos recursos repetitivos, cuja ementa segue abaixo transcrita:

TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. REGIME NÃO CUMULATIVO. ART. 195, § 12, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. LEIS 10.637/02 E 10.833/03. INCONSTITUCIONALIDADE. NÃO OCORRÊNCIA.

1. O regime não cumulativo das contribuições PIS e COFINS não se assemelha ao regime não cumulativo do ICMS e do IPI. Este possui disciplina constitucional, sendo de observância obrigatória, enquanto aquele foi relegado à disciplina infraconstitucional, sendo de observância facultativa, visto que incumbe ao legislador ordinário definir os setores da atividade econômica que irão sujeitar-se a tal sistemática.

2. Diferentemente do que ocorre no caso do ICMS e do IPI, cuja tributação pressupõe a existência de um ciclo econômico ou produtivo, operando-se a não cumulatividade por meio de um mecanismo de compensação dos valores devidos em cada operação com o montante cobrado nas operações anteriores, a incidência das contribuições PIS e COFINS pressupõe o auferimento de faturamento/receita, fato este que não se encontra ligado a uma cadeia econômica, mas à pessoa do contribuinte, operando-se a não-cumulatividade por meio de técnica de arrecadação que consiste na redução da sua base de cálculo da exação, mediante a incidência sobre a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil, permitidas certas deduções expressamente previstas na legislação.

3. As restrições ao abatimento de créditos da base de cálculo das contribuições PIS e COFINS pelo regime não cumulativo, previstas nas Leis 10.637/02 e 10.833/03, não ofendem o disposto no art. 195, § 12, da Constituição Federal.

4. O conceito de insumo, para fins de creditamento no regime não cumulativo das contribuições PIS e COFINS, abrange os elementos que se relacionam diretamente à atividade da empresa, com restrições.

5. Sentença mantida (fls. 209)

Logo, o entendimento preponderante no âmbito do E. TRF4 era o de que a interpretação restritiva sobre o *“abatimento de créditos da base de cálculo das contribuições PIS e COFINS pelo regime não cumulativo”* não ofenderia ao artigo 195, §12, da CF.

O contribuinte, ao alçar a questão ao C. STJ, defendeu que o acórdão prolatado pelo E. TRF4 ofenderia, a uma só vez, os artigos 110, do Código Tributário Nacional⁴, 3º, II, das Leis nº 10.637/2002 e 10.833/2003, artigo 11, da Lei nº 95/1998, e artigos 24 e 25, ambos da Lei nº 11.898/2009⁵.

Com efeito, requereu o direito de *“descontar créditos de PIS e COFINS referente aos insumos inseridos nos custos gerais de fabricação e despesas gerais comerciais”*, exemplificando-os desde o elemento “água”, até as “despesas com vendas”.

O julgamento no âmbito do C. STJ foi sobremaneira interessante. Diversas foram as posições adotadas pelos Ministros.

4 Art. 110. A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias.

5 Art. 24. O caput do art. 3º da Lei nº 10.637, de 30 de dezembro de 2002, passa a vigorar acrescido do seguinte inciso X:

“Art. 3º (...)

X - vale-transporte, vale-refeição ou vale-alimentação, fardamento ou uniforme fornecidos aos empregados por pessoa jurídica que explore as atividades de prestação de serviços de limpeza, conservação e manutenção.

Art. 25. O caput do art. 3º da Lei nº 10.833, de 29 de dezembro de 2003, passa a vigorar acrescido do seguinte inciso X:

“Art. 3º (...)

X - vale-transporte, vale-refeição ou vale-alimentação, fardamento ou uniforme fornecidos aos empregados por pessoa jurídica que explore as atividades de prestação de serviços de limpeza, conservação e manutenção.

O Ministro Og Fernandes adotou a tese fazendária, de interpretação restritiva, reputando-se como legais as Instruções Normativas objeto da controvérsia, ao passo que os Ministros Mauro Campbell Marques e Benedito Gonçalves entenderam que o deslinde dos casos deveria partir de uma avaliação casuística, com o chamado “teste de subtração”, através dos critérios de essencialidade e pertinência dos insumos para o processo produtivo. Já o Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, relator dos autos, entendeu por uma interpretação ampliativa.

Porém, o voto proferido pela Ministra Regina Helena Costa foi o que trouxe o deslinde da causa, adotando como parâmetro para o conceito de insumos os critérios da essencialidade e relevância. Veja-se o que a Ministra consignou para fins de essencialidade e relevância:

Demarcadas tais premissas, tem-se que o critério da essencialidade diz com o item do qual dependa, intrínseca e fundamentalmente, o produto ou o serviço, constituindo elemento estrutural e inseparável do processo produtivo ou da execução do serviço, ou, quando menos, a sua falta lhes prive de qualidade, quantidade e/ou suficiência.

Por sua vez, a relevância, considerada como critério definidor de insumo, é identificável no item cuja finalidade, embora não indispensável à elaboração do próprio produto ou à prestação do serviço, integre o processo de produção, seja pelas singularidades de cada cadeia produtiva (v.g., o papel da água na fabricação de fogos de artifício difere daquele desempenhado na agroindústria), seja por imposição legal (v.g., equipamento de proteção individual - EPI), distanciando-se, nessa medida, da acepção de pertinência, caracterizada, nos termos propostos, pelo emprego da aquisição na produção ou na execução do serviço.

Diante deste contexto, e mediante as particularidades do caso concreto, propôs a Ministra as seguintes teses:

- I. É ilegal a disciplina de creditamento prevista nas Instruções Normativas da SRF ns. 247/2002 e 404/2004, porquanto compromete a eficácia do sistema de não-cumulatividade da contribuição ao PIS e da COFINS, tal como definido nas Leis ns. 10.637/2002 e 10.833/2003; e
- II. O conceito de insumo deve ser aferido à luz dos critérios da essencialidade ou relevância, vale dizer, considerando-se a imprescindibilidade ou a importância de determinado item – bem

ou serviço – para o desenvolvimento da atividade econômica desempenhada pelo contribuinte.

Para o presente artigo, é imprescindível consignar a ementa do acórdão:

É ilegal a disciplina de creditamento prevista nas Instruções Normativas da SRF ns. 247/2002 e 404/2004, porquanto compromete a eficácia do sistema de não-cumulatividade da contribuição ao PIS e da COFINS, tal como definido nas Leis ns. 10.637/2002 e 10.833/2003; e

II. O conceito de insumo deve ser aferido à luz dos critérios da essencialidade ou relevância, vale dizer, considerando-se a imprescindibilidade ou a importância de determinado item – bem ou serviço – para o desenvolvimento da atividade econômica desempenhada pelo contribuinte laboratoriais, materiais de limpeza e equipamentos de proteção individual-EPI.

4. Sob o rito do art. 543-C do CPC/1973 (arts. 1.036 e seguintes do CPC/2015), assentam-se as seguintes teses: (a) é ilegal a disciplina de creditamento prevista nas Instruções Normativas da SRF ns. 247/2002 e 404/2004, porquanto compromete a eficácia do sistema de não-cumulatividade da contribuição ao PIS e da COFINS, tal como definido nas Leis 10.637/2002 e 10.833/2003; e (b) o conceito de insumo deve ser aferido à luz dos critérios de essencialidade ou relevância, ou seja, considerando-se a imprescindibilidade ou a importância de determinado item – bem ou serviço – para o desenvolvimento da atividade econômica desempenhada pelo Contribuinte.

Colhe-se da ementa do julgado um trecho extremamente importante para o deslinde da matéria, qual seja *“considerando-se a imprescindibilidade ou a importância de determinado item – bem ou serviço – para o desenvolvimento da atividade econômica desempenhada pelo contribuinte.”*

Frise-se: o julgado considera que são insumos aquelas despesas sobre itens indispensáveis para o desenvolvimento da atividade econômica desempenhada pelo contribuinte. Este trecho é sobremaneira importante para que as despesas com publicidade e propaganda, objeto do presente artigo, sejam objeto também de creditamento. Após o julgamento do mérito, firmou-se a seguinte tese:

(a) é ilegal a disciplina de creditamento prevista nas Instruções Normativas da SRF ns. 247/2002 e 404/2004, porquanto compromete a eficácia do sistema de não-cumulatividade da

contribuição ao PIS e da COFINS, tal como definido nas Leis 10.637/2002 e 10.833/2003; e (b) o conceito de insumo deve ser aferido à luz dos critérios de essencialidade ou relevância, ou seja, considerando-se a imprescindibilidade ou a importância de determinado item – bem ou serviço – para o desenvolvimento da atividade econômica desempenhada pelo Contribuinte.

Logo, a partir deste critério, constante no acórdão prolatado nos autos do Recurso Especial que definiu a matéria, exsurge fundamento suficiente para que as empresas do varejo possam se creditar das despesas incorridas com publicidade e propaganda, conforme será visto nos capítulos seguintes.

3. ESSENCIALIDADE E RELEVÂNCIA PARA EMPRESAS VAREJISTAS

O critério da essencialidade e relevância, para fins de definição do conceito de insumos, mostrou-se de todo adequado.

Quando julgado o Recurso Especial 1.221.170/PR, o Ministro Mauro Campbell Marques propôs que se faça o chamado “teste de subtração” para se aferir a essencialidade e relevância de determinado bem para a atividade empresarial. Se, uma vez subtraído o item, obstar-se a operação ou sofrer o produto final perda de qualidade, determinado item é essencial e relevante, passível de creditamento.

Com efeito, o Ministro consignou que o teste de subtração, para fins de aferição de insumos, corresponde a item *“cuja subtração importa na impossibilidade mesma da prestação do serviço ou da produção, isto é, cuja subtração obsta a atividade da empresa, ou implica em substancial perda de qualidade do produto ou serviço daí resultantes.”*

Ab initio, pensa-se no processo industrial para aferição de insumos com base nos critérios da essencialidade e relevância. Esta premissa, por si só, coloca as empresas do varejo em complicada situação para tomada de créditos.

Ora, a empresa varejista promove a saída do bem ao consumidor final. O produto chega à varejista pronto, acabado, e essa o acaba por vender ao consumidor final. Dessa forma, os insumos já teriam sido empregados no produto, gerando créditos ao industrializador, ou seja, às etapas anteriores da cadeia. Essa é a conclusão adotada a partir de enfoque produtivo industrial.

Contudo, sob outro enfoque, é possível que as empresas varejistas tomem créditos, visto que existem despesas, por elas tomadas, que se

configuram em verdadeiros insumos, sem as quais tais empresas perdem demasiadamente potencialidade/qualidade em suas operações no varejo, em especial pequenos e médios varejistas no mercado, desde que, obviamente, sujeitos à não-cumulatividade.

Existem algumas teses em trâmite perante o Poder Judiciário para reconhecimento da qualidade de insumos para algumas atividades no varejo. No sentir deste artigo, destaca-se a tese de que é possível o creditamento das contribuições ao PIS e à COFINS sobre despesas com publicidade e propaganda. Esta conclusão decorre da própria natureza da atividade varejista, cuja operação de venda ao consumidor final depende, invariavelmente, de recursos para dar publicidade à marca/empresa, mantendo-a viva e competitiva no mercado.

O impulsionamento de vendas é o coração do varejo, não havendo que se falar em despesas meramente operacionais, não sujeitas a créditos. A sujeição a créditos de PIS e COFINS é decorrente da qualidade de insumos destas despesas, visto que são essenciais e relevantes para a atividade comercial varejista.

Restringir a possibilidade de creditamento das contribuições ao PIS e à COFINS apenas ao processo produtivo, sob certa ótica, é restringir a própria orientação dada pelo C. STJ para aferição do conceito de insumos. É altamente contraditório, pois caminha na direção oposta aos fundamentos da conclusão adotada no julgamento do repetitivo.

Isso porque, como adiantado nos capítulos anteriores, o C. STJ afastou a interpretação restritiva dada pelas Instruções Normativas fazendárias objeto daquele célebre julgamento, conferindo ao magistrado maior elasticidade interpretativa.

E, como será demonstrado a seguir, este entendimento não está compaginado com a modernidade líquida e contemporaneidade, porquanto, das alterações sociais e econômicas que se verificam, revela-se que, para as empresas varejistas, as despesas com publicidade e propaganda se configuram em verdadeiros insumos, nos termos do julgamento proferido pelo C. STJ.

4. ANÁLISE DO EVENTO MODERNIDADE LÍQUIDA E SEUS REFLEXOS JURÍDICOS

Conforme predito no capítulo anterior, o C. STJ formou importante precedente para fins de aferição do conceito de insumos. Para se concluir se uma despesa deve ser considerada como insumo, basta ao

intérprete investigar a essencialidade e relevância daquele item ou serviço para a atividade econômica da empresa.

Indispensável é tratar brevemente sobre o instituto precedente, sua aplicação e duração no tempo para, posteriormente, chegar-se às notas sobre modernidade líquida. Após esta conjugação, será cabalmente demonstrado que as empresas varejistas fazem jus ao creditamento das contribuições ao PIS e à COFINS sobre as despesas incorridas com publicidade e propaganda.

Ao tratarem a respeito da contemporaneidade e o Direito, e sua relação com novos olhares às relações jurídicas, Renan Clemente Gutierrez e Roberto dos Santos Rodrigues Júnior consignaram que *“o Direito é uma ciência. E, como tal, não permanece estático no tempo. As mudanças sociais, políticas e econômicas obrigam o Direito a buscar rapidamente por respostas aos desafios que lhe são apresentados”*.

Eis a hipótese do presente artigo.

Os textos legais não são suficientes para responder às mudanças causadas pela alteração do contexto social, político e econômico dos países. Para isso, exsurge a necessidade de interpretação das normas como uma das formas de se responder a estes eventos, onde se verifica a criação de precedentes judiciais.

Os precedentes, dada sua função interpretativa e natureza normativa, vêm resolver a insuficiência dos textos legais. Ou seja, eles se configuram na interpretação correta da norma investigada, dada pelas Cortes Superiores, afetando-se todo o Judiciário (e, no sentir destes autores, toda a Administração Pública).

O precedente é uma norma, denominada como “norma-precedente”. Neste sentido, a norma não perde sua validade, mas passa a ser aplicada conforme a interpretação dada pelo E. STF ou C. STJ.

Contudo, até mesmo os precedentes não são estáticos no tempo. É evidente que existem precedentes sólidos, duradouros. Mas, também é fato que os precedentes podem ser alterados e até mesmo retirados do mundo jurídico.

Clemente Gutierrez⁶, ao se debruçar sobre o instituto precedente, sua aplicação e a correspondente força, consignou o seguinte:

6 CLEMENTE GUTIERREZ, Renan. A sistemática de precedentes do Código de Processo Civil no âmbito dos tribunais tributários administrativos: [recurso eletrônico]. Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico). Publicado em 04/2023. P. 82/83.

De todos os modos, segundo a constância do artigo 489, §1º, VI, do CPC, na hipótese em que o magistrado não encontrar suficiente identidade entre o precedente e o caso concreto, deverá expressar as razões pela qual deixa de aplicar o precedente. Essa dinamicidade evita que o sistema de precedentes engesse o Direito ou dificulte a recorribilidade. Afinal, conforme prefalado, o sistema de precedentes atribui maior elasticidade interpretativa para os magistrados, e não seu engessamento.

O contrário, por seu turno, também é verdadeiro.

Mesmo a decisão que não aplica precedente invocado pela parte deve ser fundamentada. Neste átimo, considera-se indispensável traçar os comentários sobre (i) peso/força do precedente, e as (ii) técnicas de superação e distinção que fundamentam a sua não aplicação.

Ou seja, o CPC/15, ao mesmo tempo que insere o sistema de precedentes em seu rol de artigos, também determina como deve ocorrer a aplicação deste instituto, bem como seu afastamento.

A força do precedente é medida pela expectativa de sua duração. Em síntese, precedente fraco é aquele em que sua expectativa de duração no ordenamento é curta, ao passo que o precedente forte é aquele cuja expectativa de duração no tempo é grande, conforme preconizado por Pandolfo, nos termos a seguir (...)

Portanto, o que se tem, até o momento, é que a contemporaneidade traz ao Direito desafios de busca por movimentos que se adéquem ao contexto ao qual está inserido, o que evita seu engessamento e aumenta a sua dinamicidade para respostas adequadas e seguras. Entende-se que o C. STJ formou um precedente forte, com previsão de longa duração no tempo. Contudo, a interpretação deste precedente deve ser dinâmica.

Com isso, os precedentes ocupam elevada posição como mecanismos criados para respostas ágeis e seguras para tais desafios. É o que ocorreu no caso do Recurso Especial nº 1.221.170/PR. Como prefalado, o precedente em voga não vem sendo aplicado de forma dinâmica, o que representa até mesmo uma contradição.

Se o instituto precedente é invocado no Direito para lhe aplicar dinamicidade, a sua aplicação se revela de todo contraditória. É o que vem ocorrendo, com todas as devidas vênias, com os julgamentos

proferidos sobre creditamento das contribuições ao PIS e à COFINS sobre as despesas com publicidade e propaganda.

Isso porque, os Tribunais, vêm firmando entendimento de que os insumos são referentes ao processo produtivo, ou seja, aquele diretamente relacionado ao objeto social da empresa, participando da formação do produto ou do serviço. Essa ótica não deixa de ser procedente e sólida. Mas, a sua aplicação cerrada não encontra amparo nos institutos da dinamicidade e elasticidade interpretativa, próprios dos precedentes.

As transformações sociais invocam novos olhares para as relações jurídicas, e, destes, não escapam os precedentes, tal como o precedente firmado pelo C. STJ sobre o conceito de insumos. É neste âmbito que se faz necessário, para o deslinde da controvérsia lançada neste artigo, invocar-se o conceito “modernidade líquida”.

Clemente Gutierrez e Santos⁷ consignaram que a modernidade líquida, proposta por Zygmunt Bauman⁸, *“é fruto da globalização e da contemporaneidade, onde cenários aparentemente estáveis e duradouros sofrem alterações (algumas duradouras, outras bastante transitórias)”*, e concluíram que *“o Direito circunda o contexto ao qual está inserido para, satisfatoriamente, solucionar problemas dos mais diversos graus de complexidade”*.

José Carlos Francisco⁹, ao se debruçar sobre a modernidade líquida e sociedade de risco global, descreve-os como:

É uma verdade histórica a contínua transformação da sociedade e de suas instituições, fato refletido no ordenamento jurídico, porque o processo social gera uma relação dialética entre o velho e o novo (que se propunham a ser duradouros), resultando em síntese que, a seu tempo, será convertida em velha convicção desafiada por um novo superveniente. Mas o ambiente contemporâneo é marcado por intensa interação, potencializada por novas ferramentas tecnológicas de comunicação e de negócios (sociedade da informação), razão pela qual as

7 CLEMENTE GUTIERREZ, Renan. JÚNIOR, Roberto dos Santos Rodrigues. O julgamento dos temas 881 e 885 e o agravamento do ambiente tributário nacional. Revista do IBE-DAFT. Ed. Max Limonad. Publicado em 06/2023. P. 313.

8 BAUMAN, Zygmunt. O mal-estar da pós modernidade. Rio de Janeiro: Zahar, 1988 e Modernidade líquida. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

9 FRANCISCO, José Carlos. Mutações para e pelo incompleto sistema de precedentes de teses em temas. A nova Constituição de 1988? Coordenação Manoel Gonçalves Ferreira Filho e Roger Stiefelmann Leal. Dia a Dia Forense. 2021. P. 663.

transformações se tornaram mais velozes e complexas, de modo que trocamos o novo pelo mais novo (e, esse, já tem o propósito de ser temporário) e vivemos em permanente risco, contextos reconhecidos como modernidade líquida e sociedade de risco global.

A modernidade líquida é decorrente do próprio avanço e transformação da sociedade. É o contrário da chamada “modernidade sólida”. O termo “líquida”, na percepção de Bauman, é decorrente da própria facilidade com a qual¹⁰ relações se alteram com o passar do tempo.

E, para que sejam dadas respostas ágeis a situações complexas, o Judiciário, na função de intérprete das normas, acaba por ter a nobre função de determinar seus significados, a partir de um exercício interpretativo, correlacionado com a realidade dos contextos em que os litigantes estão incluídos.

A respeito da interligação entre a modernidade líquida e a formação do sistema de precedências, Francisco expõe o seguinte:

Nem sempre o texto constitucional é alterado formalmente, mas a modernidade líquida e a sociedade de risco exigem sua conformação com as ágeis, complexas e relevantes alterações no ambiente de relações interpessoais, de negócios e de instituições. Por isso, essas transformações sociais são as causas metajurídicas que levam aos modos informais de alteração da Constituição (ou mutações constitucionais), de tal modo que os textos normativos são os mesmos, mas o significado deles extraído é alterado em razão do dinamismo da realidade.

Esta percepção é importantíssima para a reflexão ora proposta, que já caminha para seu fim.

A modernidade líquida representa novas realidades, as quais devem ser encaradas como elementos para que o julgador, ao analisar determinado caso, realize um julgamento contextualizado. No caso do julgamento do Recurso Especial nº 1.221.170/PR, para aferição do conceito de insumos, deve ser feita uma análise subjetiva, caso a caso, para se entender pela essencialidade e relevância de determinada despesa para a atividade empresarial.

Para as empresas varejistas, é o enfoque concorrencial que determina serem tais verbas verdadeiros insumos, indispensáveis à sua atividade. Este raciocínio é decorrente da modernidade líquida, visto que,

10 Op. cit. P. 663.

cada vez mais, o mercado se torna agressivo (ainda mais em contextos de crises) e altamente competitivo, de forma que as despesas que miram na competitividade não podem ser desprezadas pelo Judiciário.

No próximo capítulo, que antecede as notas conclusivas, fechar-se-á o raciocínio ora proposto.

5. NECESSIDADE DE EXAME DO TEMA SOB O ENFOQUE CONCORRENCIAL

O Direito e a economia estão intrinsecamente ligados.

Não há como separar, especialmente da seara tributária, as consequências econômicas decorrentes das políticas tributárias adotadas pelo Estado. Neste âmbito, um dos pontos basilares da economia é a concorrência, pois o Estado deve promover um ambiente economicamente saudável para as empresas, o que se traduz, especialmente, na competitividade.

André Eduardo Dorster Araújo¹¹, ao comentar a respeito da inter-relação do Direito com a economia, apontou que *“a economia pretende compreender o comportamento das empresas, dos consumidores, dos trabalhadores e dos investidores que compõe o mercado”*.

Ou seja, dentro do ambiente jurídico, deve haver especial preocupação com a consequência das normas para fins econômicos. É o que o mesmo autor consigna quando diz que:

Mas, como a economia não se preocupa com o dever ser, cabe Direito fixar regras para coibir as distorções que prejudiquem os valores sociais que a sociedade espera. Cabe, pois, ao Direito frear e nortear a atuação econômica a fim de: impedir a concorrência desleal, evitar o abuso do poder econômico, proteger os consumidores, proteger os trabalhadores...

(...)

E aqui a intersecção entre direito e economia é muito forte. Isto porque, o direito não pode simplesmente ignorar esta característica consequencialista da economia. Afinal, as decisões, interpretações e regulações jurídicas de hoje, trarão consequências no amanhã. A economia não ignorará o fator jurídico na sua análise consequencialista.

11 ARAÚJO. André Eduardo Dorster. Economia, mercados e direito do trabalho. Atualidades da teoria jurídica do mercado / coordenação Vicente Bagnoli. organização Paulo Henrique Gomiero. 1. ed. - São Paulo. Scortecci, 2021. P. 14.

O julgamento do Recurso Especial nº 1.221.170/PR é um caso onde o Direito, ao analisar os impactos econômicos do tema creditamento de PIS e COFINS sobre os insumos da atividade econômica, preocupou-se com propiciar melhor ambiente econômico para as empresas, já submetidas à alta carga tributária do país.

Os contribuintes, descontentes com a interpretação dada pela Secretaria da Receita Federal do Brasil às leis 10.637/2002 e 10.833/2003, por meio das Instruções Normativas nº 247/2002 e 404/2004, bateram às portas do Judiciário para que fosse dada a correta interpretação do conceito de insumos, albergado pelas leis em comento.

Após derrota no E. TRF4, a questão chegou ao crivo do julgamento do C. STJ, ocasião em que se afastou a interpretação fazendária sobre o tema, veiculada pelas Instruções Normativas 247/2002 e 404/2004, assentando-se a tese transcrita no segundo capítulo deste artigo.

Logo, quando terminado este julgado, houve também uma mudança brusca da orientação do Poder Judiciário a respeito do conceito de insumos para fins de creditamento das contribuições PIS e COFINS.

Inescapavelmente, este julgamento é carregado de consequências econômicas, pois as empresas foram libertas da interpretação restritiva que outrora imperava, passando a poder demonstrar, seja pela via administrativa, seja pela via judicial, quais são as despesas essenciais e relevantes de suas operações, reduzindo a tributação e, consequentemente, maximizando os seus lucros.

Entretanto, nota-se, da experiência advocatícia, que os tribunais vêm restringindo o alcance do conceito de insumos definido pelo C. STJ, aplicando-o tão somente ao processo industrial ou atividades intrinsecamente conexas ao objeto social da empresa. É importante estabelecer o seguinte paradoxo:

a) O C. STJ, ao julgar o mérito do Recurso Especial nº 1.221.170/PR, afastou a interpretação restritiva adotada pelas Instruções Normativas 247/2002 e 404/2004 para fins de creditamento das contribuições ao PIS e à COFINS;

b) Posteriormente, os tribunais têm entendido que as empresas do varejo não fazem jus ao creditamento das despesas com publicidade e propaganda, pois não fazem parte do objeto social das empresas, nem se integram ao processo produtivo, restringindo-se o alcance da tese firmada no julgamento do repetitivo pelo C. STJ.

É evidente a contradição. E a sua resolução, para o caso das empresas varejistas (sobretudo as de pequeno e médio porte), deve se dar pelo enfoque concorrencial.

A respeito da mudança de entendimento do Poder Judiciário sobre determinado tema complexo, capaz de afetar sobremaneira o mercado, Araújo¹² cita que se criam consequências econômicas, que não devem ser desprezadas, conforme se observa na transcrição abaixo:

De igual modo, imaginemos que uma Corte Superior mude radicalmente seu entendimento sobre determinado *hard case* jurídico, que possa causar impactos no mercado. Mais uma vez, a análise consequencialista da economia estará presente e influenciará a tomada de decisões para o futuro.

Ante as considerações retro, é inescapável concluir que o creditamento das contribuições ao PIS e à COFINS, sobre as despesas incorridas com publicidade e propaganda, é legal e está absolutamente albergado pela *ratio decidendi* e até mesmo pela *obiter dicta* do julgamento do Recurso Especial nº 1.221.170/PR.

Está albergado pela *ratio decidendi*, pois o núcleo do julgamento em tela é a essencialidade e relevância dos itens para fins de aferição do conceito de insumos. Logo, as despesas com publicidade e propaganda são essenciais e relevantes para empresas do varejo, visando não somente a maximização de seus lucros, mas a sua própria sobrevivência no mercado.

É neste átimo que se revela também a verificação das despesas com publicidade e propaganda na *obiter dicta* deste repetitivo. A *obiter dicta* vem dos reflexos da *ratio decidendi* deste julgado para fins de mercado, concorrência. Sempre com o devido respeito ao contraditório, é um equívoco se concluir que as despesas com publicidade e propaganda, para as empresas do varejo, revelam-se como despesas meramente operacionais.

Estas despesas não se configuram em impulsionamento lucro, somente. Caso assim fosse, de fato, seriam receitas operacionais, visando apenas propulsionar a atividade econômica da empresa. Contudo, dado o contexto de modernidade líquida, cada vez mais intenso, as despesas com publicidade e propaganda, incorridas pelas empresas varejistas, configuram-se em manutenção de sua própria existência no mercado.

12 Op. cit. P. 15.

A publicidade, atualmente, é indispensável para quem quer vender ao consumidor final um determinado produto. Primeiro, porque o público, geralmente, busca por marcas de confiança para consumo. Segundo, para que os preços e ofertas cheguem ao conhecimento dos consumidores sem que estes, necessariamente, precisem pisar dentro do estabelecimento do varejista (ou até mesmo em seu website).

No contexto da modernidade líquida, os grandes players do mercado investem massivamente em publicidade e propaganda, de forma que os concorrentes, de menor expressão, não podem deixar de investir em publicidade e propaganda para, minimamente, fazer frente a estes grandes players, já bastante conhecidos do público em geral.

Logo, é indubitável que as despesas com publicidade e propaganda, para as empresas varejistas, é condição crucial para que estas empresas permaneçam vivas e competitivas no mercado. Não são despesas meramente visando maximização de lucros, mas sim a sua permanência e o mínimo de competitividade com os grandes players.

Inclusive, até mesmo para estes grandes players, as despesas com publicidade e propaganda se configuram em insumos, vez que estas fazem frente as outras gigantes do mercado, de forma que deixar de investir em publicidade e propaganda poderá acarretar a migração de clientes para os concorrentes de mesmo porte.

Araújo¹³ trata, brevemente, a respeito de mercado competitivo nas linhas abaixo:

O termo mercado pode ser definido como um grupo de compradores e vendedores que, por meio de suas reais ou potenciais interações, determinam o preço de um produto ou de um conjunto de produtos. Um mercado competitivo, em regra, é aquele em que há muitos vendedores e compradores, de modo que nenhum comprador ou vendedor pode, sozinho, influir significativamente no preço. Por sua vez, um mercado não competitivo (desequilibrado) geralmente é aquele em que uma empresa (ou algumas conjuntamente) consegue afetar os preços.

É claro que, no presente artigo, defende-se o creditamento das contribuições ao PIS e à COFINS para empresas varejistas de porte pequeno ou médio, justamente para que sigam vivas e competitivas no mercado. Contudo, frisou-se no julgamento de repetitivo que deve ser feita análise caso a caso, de forma que também pode se mostrar viável o

13 Op. Cit. P. 17.

creditamento em das referidas contribuições, sobre as verbas de publicidade e propaganda, para os grandes players do mercado.

Também nestes casos a competitividade se revela como fundamento. O instituto da concorrência, cada vez mais intenso, deve ser observado para fins de creditamento de PIS e COFINS sobre as verbas de publicidade e propaganda.

NOTAS DE CONCLUSÃO

As leis nº 10.367/2002 e 10.833/2003, que disciplinaram a não cumulatividade para as contribuições ao PIS e à COFINS, foram interpretadas pela Secretaria da Receita Federal, por meio das Instruções Normativas nº 247/2002 e 404/2004. A interpretação fazendária foi sobremaneira restritiva para fins de descontos de créditos das referidas contribuições, o que fez exsurgir diversos questionamentos por partes dos contribuintes.

No julgamento do Recurso Especial nº 1.221.170/PR, a matéria foi definida da seguinte forma: para uma despesa ser considerada como insumo, sua aferição deve partir dos critérios da essencialidade e relevância para a atividade empresarial, afastando-se a interpretação restritiva veiculada pelas Instruções Normativas fazendárias.

Avançou-se, a partir deste julgamento, para a defesa de possibilidade de creditamento das referidas contribuições sobre as despesas com publicidade e propaganda para as empresas varejistas. Isso com base no sistema de precedências.

Considerou-se, para tanto, que afastar o referido creditamento, sob o fundamento de que o crédito sobre insumos deve ser concedido apenas na atividade produtiva, revela-se de todo inadequado, devendo ser feito análise caso a caso para investigação a respeito da essencialidade e relevância da despesa.

Defendeu-se que a possibilidade da tomada de créditos sobre despesas com publicidade e propaganda, para empresas varejistas, decorre da modernidade líquida.

O contexto atual é de que, diante do mundo altamente informatizado, investir massivamente em publicidade e propaganda representa competitividade das empresas não somente para aferição de lucro, mas também para que se mantenham vivas e ativas no mercado. Daí a imprescindibilidade destas despesas para varejistas de pequeno e médio porte, sujeitas à não cumulatividade.

Contudo, tendo em vista que, no repetitivo julgado, há determinação de que se faça análise caso a caso, não se descartou a possibilidade de que também os grandes players façam jus ao creditamento das despesas incorridas com publicidade e propaganda, igualmente com enfoque concorrencial.

Nas novas relações econômicas, trazidas pela modernidade líquida, a concorrência figura como termômetro para a saúde do mercado, que deve se manter competitivo e aquecido. O Direito, como visto, deve estar sempre atento a este movimento.

Assim, conclui-se pela possibilidade de tomada de créditos sobre as despesas com publicidade e propaganda para varejistas, pois, do contexto atual, configura-se em despesa indispensável para a manutenção destas empresas no mercado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARAÚJO. André Eduardo Dorster. *Economia, mercados e direito do trabalho*. Atualidades da teoria jurídica do mercado / coordenação Vicente Bagnoli. organização Paulo Henrique Gomiero. 1. ed. - São Paulo. Scortecci, 2021. Disponível em: <https://media.anpm.com.br/uploads/cbfe17e058937b8bb07e44905ae6da2c.pdf>.
- BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós modernidade*. Rio de Janeiro: Zahar, 1988 e Modernidade líquida. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.
- BRASIL. *Código Tributário Nacional*. Brasília: Congresso Nacional. Disponível em www.planalto.gov.br. Acesso em 07.2023
- BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF.
- BRASIL. Lei nº 10.637, de 30 de dezembro de 2002. Dispõe sobre a não-cumulatividade na cobrança da contribuição para os Programas de Integração Social (PIS) e de Formação do Patrimônio do Servidor Público (Pasep), nos casos que especifica; sobre o pagamento e o parcelamento de débitos tributários federais, a compensação de créditos fiscais, a declaração de inaptidão de inscrição de pessoas jurídicas, a legislação aduaneira, e dá outras providências.. Brasília, DF. Diário Oficial da União, 2002. Acesso em 07.2023.
- BRASIL. Lei nº 10.833, de 29 de dezembro de 2003. Altera a Legislação Tributária Federal e dá outras providências. Brasília. DF. Diário Oficial da União, 2003. Acesso em 07.2023.
- BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Diário oficial da união, Brasília, DF, 17 março 2015. Acesso em 07.2023
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Primeira Seção. Recurso Especial nº 1.221.170/PR. Min. Relator Napoleão Nunes Maia Filho. Julgado em 22/02/2018. Publicado em 24/04/2018. Acesso em 07.2023.

- FRANCISCO, J. C. Mutações para e pelo incompleto sistema de precedentes de tese sem temas. In: FILHO, Manuel Gonçalves Ferreira; LEAL, Roger Stiefelmann. *A nova Constituição de 1988?* 1ª edição. São Paulo. Editora Dia a Dia Forense. 2020.
- CLEMENTE GUTIERREZ, Renan. JÚNIOR, Roberto dos Santos Rodrigues. O julgamento dos temas 881 e 885 e o agravamento do ambiente tributário nacional. *Revista do IBEDAFT*. Ed. Max Limonad. Publicado em 06/2023. Disponível em: https://ibedaft.com.br/images/revista/PDF_REVISTA_DO_IBEDAFT%20_6.pdf
- CLEMENTE GUTIERREZ, Renan. *A sistemática de precedentes do Código de Processo Civil no âmbito dos tribunais tributários administrativos*: [recurso eletrônico]. Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico). Publicado em 04/2023. Disponível em: <https://dspace.mackenzie.br/bitstream/handle/10899/32271/RENAN%20CLEMENTE%20GUTIERREZ.pdf?sequence=1>

XI

Do programa de atenção integral à família (paif) – perspectivas e desafios da política pública voltada para integração familiar

From the Family Integrated Care Program (PAIF) – Perspectives and Challenges of Public Policy for Family Integration

Francisco Pedro Jucá¹

Thais Xavier Ferreira da Costa²

RESUMO: Dentre as políticas públicas desenvolvidas e os recursos federais destinados à Assistência Social, verifica-se a existência de um programa voltado para integração familiar, cujos membros se encontrem em situação de vulnerabilidade: o PAIF (Programa de Atenção Integral à Família). Com destinação de recursos federais, fazendo frente a uma importante rede de assistência social, as perspectivas e os desafios dessa política pública justificam a escolha e a delimitação do tema. A presente pesquisa tem por escopo, portanto, analisar as áreas de atuação, os conceitos jurídicos aplicados para compreensão de família no ordenamento jurídico prático, e a análise de resultados e possíveis indicadores do programa. A metodologia utilizada foi a bibliográfica exploratória qualitativa.

Palavras Chave: Política Pública. Família. Assistência Social.

ABSTRACT

Among the public policies developed and federal resources destined for Social Assistance, there is a program aimed at family integration, whose members are in a

1 Livre-Docente e Doutor em Direito (USP); Doutor em Direito (PUC-SP); Pós-Doutoramento em Direito Público (Un. Salamanca, Espanha); Pós-Doutoramento em Direito Social (Un. Nacional de Córdoba, Argentina); Presidente da Sociedade Brasileira de Direito Financeiro - SBDF; Presidente da Academia de Direito do Trabalho do Mercosul; Membro da Academia Paulista de Letras Jurídicas e da Academia Paraense de Letras Jurídicas; Professor Titular da Faculdade Paulista de Direito - FADISP; Juiz do Trabalho da 2ª Região (SP).

2 Doutora em Direito pela Faculdade de Direito de São Paulo - FADISP; Auditora do TCE/MS; Professora Universitária e em Cursos de Especialização; Membro da Sociedade Brasileira de Direito Financeiro - SBDF e da Sociedade Paulista de Direito Financeiro - SPDF.

vulnerable situation: the PAIF (Family Comprehensive Care Program). With the allocation of federal resources, facing an important social assistance network, the perspectives and challenges of this public policy justify the choice and delimitation of the theme. The scope of this research, therefore, is to analyze the areas of activity, the legal concepts applied to understanding the family in the practical legal system, and the analysis of results and possible indicators of the program. The methodology used was the qualitative exploratory bibliography.

Keywords: Public Policy. Family. Social assistance.

INTRODUÇÃO

O pleno desenvolvimento do ser humano está diretamente atrelado à estabilidade e afetividade que devem ser encontradas no convívio familiar. Questões ligadas à doenças, criminalidade, dependência química e violência, normalmente decorrem de uma situação de desestruturação ou desestabilização familiar, principalmente nas questões afetas à infância e juventude.

A família, por outro lado, tem sido cada vez mais requisitada pelo Estado a assumir responsabilidades na gestão de determinados segmentos, como: criança e adolescente, idosos, portadores de necessidades especiais, conforme estabelecem os estatutos de todos os segmentos existentes, que é *“dever da família, da comunidade, da sociedade civil e do Estado, assegurar atendimento e a garantia de direitos dos mesmos”*.

Portanto, colocar a família na centralidade das políticas públicas é evitar ou contornar tantos outros problemas sociais de reflexo individual, e também, garantir a atuação das famílias nas responsabilidades que devem ser compartilhadas com o Estado.

A escolha do tema deste trabalho resulta da necessidade de aperfeiçoamento na concretização de políticas públicas destinadas às famílias, e destaca-se a sua relevância na necessidade de agregar à escassa doutrina especializada, elementos teóricos acerca do assunto.

Como objetivo geral, tem-se conhecer, dentro da legislação constitucional e infraconstitucional, os fundamentos do desenvolvimento das políticas públicas de integração familiar. Ao passo que especificamente se almeja atingir o descortino das variáveis envolvidas na aplicação das mesmas, como a mutabilidade do arranjo familiar e a entrada da questão na agenda política.

A metodologia utilizada foi a bibliográfica exploratória, pautada em doutrinas e demais trabalhos científicos sobre o tema, bem como, a

pesquisa empírica sobre o que vem fazendo o Poder Público em favor das famílias.

O trabalho encontra-se dividido em três partes: considerações gerais acerca das políticas públicas de integração familiar; evolução da família e fundamentos legais; e explanação acerca do programa federal de Atenção Integral à Família (PAIF).

1. CONSIDERAÇÕES GERAIS

As políticas públicas, instrumentos de efetivação dos direitos sociais consubstanciados na Carta Republicana de 1.988, alicerçam-se em dois momentos históricos: na construção da Teoria dos Direitos da Personalidade, e posteriormente, do Estado do Bem Estar Social (*Welfare State*). Verifica-se, então, a incumbência do Estado na garantia dos direitos sociais, consagrados na segunda geração dos direitos, e reputados hoje como elementos integrantes da dignidade da pessoa humana.

Inserem-se, então, nesse cenário, as políticas públicas³ como meio de concretização de tais direitos, conforme leciona o eminente professor Ivan Dias da Motta⁴: *“As políticas públicas são o meio pelo qual se possibilita a verdadeira concretização das normas constitucionais de maior relevância como os direitos fundamentais, em especial os de natureza social”*.

A CF/88 foi um grande divisor de águas no que diz respeito ao desenvolvimento das políticas públicas em favor das famílias, trazendo em seu bojo uma série de obrigações ao poder público⁵. A família, por

3 A doutrina diverge sobre a natureza das Políticas Públicas, se seriam atos, normas ou atividades. Norberto Bobbio define Políticas Públicas como a *“intervenção do Estado no ordenamento da sociedade por meio de ações jurídicas, sociais e administrativas, dando significado ao termo a “conjunto de atos”*. In BOBBIO, Norberto et alii. Dicionário de política. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998. p. 782. Já Maria Paula Dallari afirma que *“são programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.”* in DALLARI, Maria Paula. Direito administrativo e políticas públicas. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 241

4 MOTTA, Ivan Dias da; RICHETTI, Tatiana. Da necessidade de efetivação do direito à educação por meio de políticas públicas. XXII Encontro Nacional do CONPEDI. *Anais eletrônicos do XXII Congresso Nacional do CONPEDI*. Curitiba, 2013, p. 246-268. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=9aa70957fde5ac24>>. Acesso em: 20/10/2022.

5 Sobre o papel do Estado na realização das políticas públicas, assevera o eminente Conselheiro Ronaldo Chadid: *“Essa intervenção, realizada nas mais diversas áreas pelo*

outro lado, também assumiu um importante papel, compartilhando como o Estado a gestão de assuntos afetos à criança e adolescente, idosos, portadores de necessidades especiais, educação, dentre outros.

Muda-se, então, o foco individualizado do ser humano e passa a compreendê-lo na esfera familiar, sendo certo que, considerando a família nosso primeiro laço de afetividade e onde devemos encontrar estabilidade, tratar seus problemas significa resolver tantas outras questões sociais individuais em série.

Entretanto, colocar a família na centralidade das políticas públicas exige também, o reconhecimento da mutabilidade de suas características, mormente no que diz respeito aos novos tipos de famílias e a influência do capitalismo nos arranjos familiares, o que passa a exigir o enfrentamento de questões como diversidade sexual, consumo, monoparentalismo, entre outras situações que emergem nesse contexto.

A entrada na agenda política é, indubitavelmente, o primeiro passo para concretização do direito fundamental em foco, cuja entrada explica Andréa Pacheco de Mesquita⁶:

Para Kingston três elementos exercem influência sobre a agenda governamental. O primeiro é o “clima” ou “humor” nacional (national mood) “[...] e é caracterizado por uma situação na qual diversas pessoas compartilham as mesmas questões durante um determinado tempo”. E nas palavras de Capela é o “solo fértil” do qual irá brotar as questões que entram na agenda. O segundo elemento que constitui este fluxo “[...] composto pelas forças políticas organizadas, exercidas principalmente pelos grupos de pressão” (p. 93) e o último elemento é a “[...] mudança de pessoas em posições estratégicas no interior

Estado constitui expressão das Políticas Públicas e condicionam a aplicação do investimento e das despesas do Erário. Nesse contexto, a implementação das Políticas Públicas não se condiciona à criação de novo órgão ou repartição mas, ao contrário, consiste em estabelecer uma conexão entre as atribuições de órgãos já existentes, de modo a efetivar um direito social. No caso brasileiro, as Políticas Públicas no âmbito assistência social estão assentes em programas de distribuição de renda mínima que atendem às populações carentes e que representam um poder eleitoral muito grande nas mãos do Poder Executivo.” *In* CHADID, Ronaldo. Os Tribunais de Contas e a Eficiência das Políticas Públicas. Disponível em: <http://www.tce.ms.gov.br/portal/admin/uploads/file/Artigo%20Cons%20Chadid.pdf>

6 MESQUITA, Andréa Pacheco de. A família como centralidade nas políticas públicas: a constituição da agenda política da assistência social no Brasil e as rotas de reprodução das desigualdades de gênero. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/code2011/chamada2011/pdf/area2/area2-artigo29.pdf>. Acesso em 22.10.2022.

da estrutura governamental (turnover); mudança de gestão; mudança na composição do congresso; mudanças na chefia de órgãos e de empresas públicas.

Nessa perspectiva, as políticas públicas direcionadas à família inserem-se da seguinte forma no ciclo das políticas públicas, conforme arremata a autora⁷:

Na constituição do problema (*problem stream*) – o primeiro fluxo, temos as mudanças sociais, políticas, econômicas e culturais decorrentes do processo de urbanização/ industrialização. Ao passo que de um lado as cidades passam a ser atrativas para os moradores do campo na busca por emprego e melhor qualidade de vida elas tornam-se palco de inúmeros problemas sociais, como desemprego, violências e doenças criando inúmeros bolsões de miséria. Assim, a proteção social, mesmo nas experiências dos países que implementaram o *welfare state* tornou-se um objeto de intervenção por parte do Estado. O modelo capitalista de concentração de renda acelera o crescimento da pobreza e não consegue dar conta das expressões da questão social (saúde, educação, assistência social, violências, lutas sociais, etc.). Para tanto, o neoliberalismo assume uma tendência já experienciada em países da América Latina o “*neoliberalismo familiarista*” que reedita o Estado mínimo e se coloca como o conjunto de alternativas e soluções disponíveis (*policy stream*), transferindo para a família a responsabilidade do bem estar de seus membros, assegurando o enfrentamento da questão social de forma mais rápida, mais eficiente e mais barata para o capital. É o Estado mínimo para o social e máximo para o capital. Segue a lógica da globalização e privatiza da proteção social via mercado ou instituições sociais (família, igreja, associações, ONG’s, OSCIPs) seguindo a lógica das experiências internacionais e vivendo as especificidades de uma sociedade em disputa por diversos atores visíveis e invisíveis que participam do processo de definição das agendas das políticas públicas.

É nesse sentido que se manifesta Regina Célio Tomaso Miotto⁸:

7 IDEM.

8 MIOTTO, Regina Celio Tomaso. Políticas públicas e família: estratégias para enfrentamento da questão social. Disponível em: http://www.joinpp.ufma.br/jornadas/joinppIII/html/mesas/POLITICAS_PUBLICAS_E_FAMILIA___Mesa_Coordenada_Regina_Celi.pdf

No Brasil, o acompanhamento da implementação da agenda neoliberal permite levantar duas observações relacionadas ao debate sobre a família no âmbito das políticas públicas. A primeira indica que, em torno da centralidade da família nas políticas públicas, – tanto daquelas que mantêm o seu caráter de universalidade quanto daquelas de caráter focalizado – desenham-se projetos distintos que disputam a hegemonia, tanto no plano da direção política de seus formuladores, quanto nos espaços de gestão e execução das políticas públicas. A segunda vincula-se a questão ideológica, ou seja, mais precisamente a ideologia secular que atravessa a sociedade brasileira: a da responsabilização da família na provisão da proteção social, como um fator importante no processo de adesão e fortalecimento da agenda neoliberal.

Verifica-se, com efeito, a ruptura econômica e social como fatores preponderantes da inserção das famílias na agenda de políticas públicas. A crise do bem estar social, e a ineficiência do governo na economia neoliberal, precisando editar novos contornos às demandas prestacionais que cresciam vertiginosamente com a concentração de riquezas nas mãos de uma minoria, e todo o resto dependendo do Estado para prestações mínimas, a saída foi a transferência de responsabilidade para a família.

Para maior compreensão e alcance da presente pesquisa, passa-se ao estudo da evolução de família e os enfrentamentos necessários para reconhecer esse núcleo que será destinatário das políticas públicas.

2. O QUE É FAMÍLIA?

Esta foi uma pergunta que assumiu diferentes respostas no curso dos tempos. Antes da intervenção das máquinas, o Brasil vivenciou a sociedade estritamente patriarcal, ou seja, o homem era o chefe da família, e a mulher, a figura submissa que deveria cuidar dos filhos e dos afazeres domésticos. Na linha descendente, os filhos assumiam papel no trabalho, quase sempre agrícola, e as filhas eram criadas para casar, ter filhos e obedecer ao marido.

Após a revolução industrial, as famílias migraram para os centros urbanos e os salários não atendiam ao sustento da família, momento em que as mulheres vão trabalhar e passam a ser também a figura mantenedora da família. Não sendo mais o homem o chefe de família, a figura

masculina fica abalada e os homens acabam abandonando o lar, primeiros resquícios da família monoparental.

Outro marco histórico foi a revolução feminina na década de 1960:

A partir da década de 1960, (...) em escala mundial, difundiu-se a pílula anticoncepcional, que separou a sexualidade da reprodução e interferiu decisivamente na sexualidade feminina. Esse fato criou as condições materiais para que a mulher deixasse de ter sua vida e sua sexualidade atadas à maternidade como um “destino”, recriou o mundo subjetivo feminino e, aliado à expansão do feminismo, ampliou as possibilidades de atuação da mulher no mundo social. A pílula, associada a outro fenômeno social, a saber, o trabalho remunerado da mulher, abalou os alicerces familiares, e ambos inauguraram um processo de mudanças substantivas na família... (SARTI, 2005, p. 21).

A partir de então, houve a ruptura dos casamentos e além das famílias monoparentais, novos arranjos familiares vão se formando. A segunda união, passa a agregar os filhos dos casamentos anteriores, e as famílias são recompostas com as figuras do padrasto, madrasta e enteados. Hodiernamente, vivencia-se a revolução dos gêneros, com o reconhecimento e consequente formação das famílias homossexuais.

Posto isto, consoante explica Michelly Laurita Wiese⁹, é de se entender que:

(..) a família é, uma construção social que varia segundo as épocas, permanecendo, no entanto, aquilo que se chama de “sentimento de família”, que se forma a partir de um emaranhado de emoções e ações pessoais, familiares e culturais, compondo o universo do mundo familiar. Entretanto, há dificuldade de se definir família, cujo aspecto vai depender do contexto sociocultural em que a mesma está inserida.

E conclui a autora¹⁰:

Para Kaloustian & Ferrari (1994), a família é o espaço indispensável para a garantia da sobrevivência e da proteção integral dos filhos e demais membros, independentemente do arranjo

9 WIESE, Michelly Laurita. Políticas públicas e família: as novas configurações familiares e sua centralidade nas políticas da Seguridade Social. Disponível em: http://www.joinpp.ufma.br/jornadas/joinppIV/eixos/12_seguridade/politicas-publicas-e-familia.pdf. Acesso em 22/10/2022.

10 IBIDEM.

familiar ou da forma como vem se estruturando. É a família que propicia os aportes afetivos e, sobretudo, materiais necessários ao desenvolvimento e bem-estar dos seus componentes. Ela desempenha um papel decisivo na educação formal e informal. É em seu espaço que são absorvidos os valores éticos e morais, e onde se aprofundam os laços de solidariedade.

Na oportunidade, traz-se à baila os ensinamentos de Andréa Pacheco de Mesquita¹¹ acerca do assunto:

Os estudos de família têm três grandes marcos teóricos. A primeira baseada na “perspectiva funcionalista” que reconhece os membros da família a partir da consanguinidade (laços de sangue). São considerados os teóricos da descendência que tem a biologia como referência de quem é família. Entre eles Morgan é o principal representante nos estudos que se iniciam nos anos de 1870. A segunda perspectiva vai surgir a partir dos anos de 1960 com Lévi-Strauss que inaugura a “perspectiva estruturalista” reconhecendo a aliança e/ou casamento como definidores da família. Para os Teóricos da Aliança a vivência na casa/residência define os laços familiares. A terceira, a perspectiva pós-modernista, tem suas bases nas críticas de Schneider a Morgan e a Strauss que ao criticar o biológico traz a cena outras questões sobre as relações sexo x gênero, biologia x cultura. Para ele as relações de parentescos podem acontecer por laços de sangue e/ou por afinidades adquiridas pelo casamento, e/ou por um “código de conduta” apropriado.

Por fim, consigna-se o posicionamento de Nathalie Reis Itaboraí¹²

Um mínimo de segurança é necessário aos seres humanos (o que Giddens chama de segurança ontológica), assim como são necessários vínculos afetivos que lhe deem uma identidade e um sentido de pertença social. É o que nos aponta Singly, e sobre o que nos adverte Sennett e Postman. Essa preocupação se

11 MESQUITA, Andréa Pacheco de. A família como centralidade nas políticas públicas: a Constituição da Agenda Política da Assistência Social no Brasil e as Rotas de Reprodução das Desigualdades de Gênero. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/code2011/chamada2011/pdf/area2/area2-artigo29.pdf>. Acesso em 22.10.2022.

12 ITABORAI, Nathalie Reis. A proteção social da família brasileira contemporânea: reflexões sobre a dimensão simbólica das políticas públicas. Disponível em: <http://www.abep.nepo.unicamp.br/docs/anais/outros/FamPolPublicas/Nathalielta-borai.pdf>

materializa na ênfase em políticas sociais que valorizem e fortaleçam os vínculos familiares, não de um tipo de família específico, uma vez que cada vez mais se rompe o vínculo entre parentesco biológico e social, mas da pluralidade de tipos de entidade familiar. Agora não com o objetivo de construir um determinado modelo de nação que exija a submissão da individualidade aos propósitos grupais, mas para garantir direitos individuais de identidade e afetividade a cada cidadão, o que no final das contas, garante também o bem estar e o progresso humano, e não apenas material, de um país.

Nesse contexto, conclui-se que o conceito de família encontra-se inserido em questões sociais e culturais, sofrendo mutação em seu conceito no decorrer do tempo e, enquanto foco das políticas públicas, deve compreender em sua teoria, uma acepção ampla, reconhecendo-se em laços afetivos o estabelecimento do núcleo familiar.

3. DO PROGRAMA DE ATENÇÃO INTEGRAL À FAMÍLIA – PAIF¹³

Hodiernamente, o desenvolvimento de políticas públicas em favor das famílias não possui várias frentes de atuação. Mas nesse cenário de apoio ao núcleo familiar, destaca-se o **PAIF – Programa de Atenção Integral à Família** – programa do governo federal, desenvolvido nas três esferas de governo, cuja execução ocorre exclusivamente nos Centros de Referência de Assistência Social (CRAS), ou seja, o PAIF e o CRAS são, respectivamente, serviço e unidade intrinsecamente relacionados.

O Programa de Atenção Integral à Família – PAIF tem como **antecedente histórico**, o Programa Núcleo de Apoio à Família – NAF, criado em 2001. O NAF foi o primeiro programa da esfera federal no âmbito da assistência social destinado às famílias. Já em 2003 foi lançado o Plano Nacional de Atendimento Integrado à Família (PNAIF)¹⁴ e em 2004 essa

13 Disponível em: <http://mds.gov.br/aceso-a-informacao/perguntas-frequentes/assistencia-social/psb-protecao-social-basica/projetos-psb/servico-de-protecao-e-atendimento-integral-a-familia-2013-paif>

14 Sobre o Programa analisa Andréa Pacheco Mesquita “A Política Nacional de Assistência (2004) coloca o eixo estruturante da “Matricialidade Familiar” como forma de garantir a inclusão sociocultural de grande parcela da população brasileira fruto das desigualdades econômicas, sociais, políticas e culturais causada pela perspectiva capitalista de desenvolvimento. O princípio da proteção social a partir da matricialidade sociofamiliar significa que “a família é o núcleo social básico de acolhida, convívio, autonomia, sustentabilidade e protagonismo social” e que para isso a “família deve ser apoiada e ter acesso a condições para responder ao seu papel no sustento, na guarda e na

proposta foi aprimorada com a criação pelo Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome (MDS) do Programa de Atenção Integral à Família (PAIF). Em 19 de maio de 2004, o PAIF tornou-se “ação continuada da Assistência Social”, passando a integrar a rede de serviços de ação continuada da Assistência Social financiada pelo Governo Federal.

O Programa de Atenção Integral à Família (PAIF) oferta ações socioassistenciais de prestação continuada, por meio do trabalho social com famílias em situação de vulnerabilidade social, com o **objetivo** de prevenir o rompimento dos vínculos familiares e a violência no âmbito de suas relações, garantindo o direito à convivência familiar e comunitária. O trabalho social se baseia no respeito à heterogeneidade dos arranjos familiares, aos valores, crenças e identidades das famílias e se fundamenta no fortalecimento da cultura do diálogo, no combate a todas as formas de violência, de preconceito, de discriminação e de estigmatização nas relações familiares. O trabalho social **objetiva** ainda, a potencialização dos recursos disponíveis das famílias, suas formas de organização, sociabilidade e redes informais de apoio para o fortalecimento ou resgate de sua autoestima e a defesa de direitos.

Tem como **princípios** a matricialidade sociofamiliar e a territorialização. É então, a família reconhecida como o núcleo primário de afetividade, acolhida, convívio, sociabilidade, autonomia, sustentabilidade e referência no processo de desenvolvimento e reconhecimento da cidadania. E o Estado tem o dever de prover proteção social às famílias a fim de possibilitá-las ao exercício de sua função protetiva. O território é o lócus de operacionalização do PAIF, o lugar a ser ressignificado pelas suas ações. A equipe do CRAS, responsável pela implementação do PAIF, sob coordenação do gestor municipal deve ainda contribuir para a organização das ações no território, tendo as famílias como referência.

O PAIF **rege-se pela universalidade e gratuidade** de atendimento e sua oferta é exclusiva da esfera estatal. Assim, a gestão é de atribuição do Estado, cabendo aos municípios a execução. O PAIF ainda tem uma dimensão democrática que deve ser exercitada em todos os momentos de sua implementação, em especial no âmbito do território de

educação de suas crianças e adolescentes, bem como na proteção de seus idosos e portadores de deficiência” (NOB/ SUAS, 2005, p. 90).” In MESQUITA, Andréa Pacheco de. A família como centralidade nas políticas públicas: a Constituição da Agenda Política da Assistência Social no Brasil e as Rotas de Reprodução das Desigualdades de Gênero. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/code2011/chamada2011/pdf/area2/area2-artigo29.pdf>. Acesso em 22.10.2022.

abrangência do CRAS, a fim de não se tornar um serviço prescritivo, modelador e verticalizado, isto é, as ações do PAIF devem ser planejadas e implementadas com a participação e controle social dos seus usuários.

São **destinatários** do PAIF as famílias em situação de vulnerabilidade e risco social, residentes nos territórios de abrangência dos CRAS, em especial as famílias beneficiárias de programas de transferência de renda ou famílias com membros que recebem benefícios assistenciais, pois a situação de pobreza ou extrema pobreza agrava a situação de vulnerabilidade social das famílias.

Para fins de aplicação do programa, entende-se por vulnerabilidade social a situação decorrente da pobreza, privação, ausência de renda, precário ou nulo acesso aos serviços públicos, intempérie ou calamidade, fragilização de vínculos afetivos e de pertencimento social decorrente de discriminações etárias, étnicas, de gênero, sexualidade, deficiência, entre outros, a que estão expostas famílias e indivíduos e que dificultam seu acesso aos direitos e exigem proteção social do Estado; Já por risco social, compreende-se o agravamento das situações reconhecidas como de vulnerabilidade social.

Constituem-se **prioridade** as seguintes situações, consideradas de maior vulnerabilidade social:

1. Famílias beneficiárias do Programa Bolsa Família em descumprimento de condicionalidades;
2. Famílias do Programa de Erradicação do Trabalho Infantil – PETI em descumprimento de condicionalidades;
3. Famílias com pessoas com deficiência de 0 a 18 anos beneficiários do BPC;
4. Famílias beneficiárias do Programa Bolsa Família e/ou em situação de risco com jovens de 15 a 17 anos.

Além disso, o PAIF deve voltar sua atenção para:

1. Famílias residentes no território do CRAS com presença de pessoas que não possuem documentação civil básica;
2. Famílias com crianças de 0 a 6 anos em situação de vulnerabilidade/ou risco social;
3. Famílias com indivíduos reconduzidos ao convívio familiar, após cumprimento de medidas protetivas e/ou outras situações de privação do convívio familiar e comunitário.
4. Famílias com pessoas idosas;

O acesso às ações do PAIF ocorre por meio de: a) demanda das famílias e indivíduos em situação de vulnerabilidade social; b) busca pró-ativa de famílias, realizada pelas equipes dos CRAS; e c) encaminhamento realizado por: i. rede socioassistencial, ii. serviços setoriais e órgãos públicos, iii. pelos conselhos de políticas e/ou defesa de direitos.

As ações do PAIF potencializam a família como unidade de referência, fortalecem os vínculos internos e externos de solidariedade, por meio do desenvolvimento do convívio, socialização, autonomia e protagonismo das famílias, bem como pelo desenvolvimento de projetos coletivos e pela promoção do acesso a programas de transferência de renda, benefícios assistenciais e aos demais serviços socioassistenciais e setoriais.

As ações que compõem o Programa de Atenção Integral à Família – PAIF são as seguintes:

Acolhida (recepção no CRAS; entrevista; visita domiciliar)- é o processo de contato inicial do usuário com o PAIF, ocorrendo em grande parte na recepção do CRAS. Deve ser cuidadosamente organizada, de forma a se constituir em referência para as famílias. Seu objetivo é instituir o vínculo entre as famílias usuárias e o PAIF, necessário para a continuidade do atendimento socioassistencial iniciado. A acolhida consiste ainda, na recepção e escuta qualificada das necessidades e demandas trazidas pela população, com oferta de informações sobre serviços, programas, projetos e benefícios da rede socioassistencial e demais políticas setoriais, bem como sobre defesa de direitos. A acolhida é primordial na garantia de acesso da população e de compreensão da assistência social como direito de cidadania.

Acompanhamento Familiar (grupos de famílias; atendimento particularizado; atendimento particularizado domiciliar) – Consiste na oferta de atividades planejadas e continuadas, com objetivos específicos, em especial grupos de famílias, que valorizam o convívio, protagonismo, autonomia, fortalecimento de vínculos familiares e comunitários e o desenvolvimento de projetos coletivos. A abordagem interdisciplinar e a utilização de espaços apropriados são fundamentais para a garantia do atendimento integral às famílias, de modo a traduzir essa ação como direito. O princípio fundamental que deve nortear o acompanhamento familiar é o reconhecimento de que as famílias são protagonistas de suas histórias, mas que sofrem os impactos da realidade socioeconômica e cultural nas quais estão inseridas, em especial as contradições do território. Tal compreensão é fundamental para negar a postura que individualiza

os problemas vivenciados pelas famílias e as estigmatizam. Para atingir seus objetivos, o acompanhamento familiar pode ser realizado de forma particularizada ou coletiva.

Atividades Coletivas/ Comunitárias (reuniões de planejamento participativas; palestras; campanhas socioeducativas; eventos comunitários)- são processos coletivos e/ou comunitários voltados para a dinamização das relações no território de abrangência do CRAS; a defesa ou efetivação de direitos; decorrentes de mobilização de grupos ou comunidades; ou como decorrência de projetos coletivos propostos pelos grupos que participam de serviços socioeducativos. Tem como objetivo evidenciar as demandas da comunidade, promover uma participação ativa das famílias referenciadas, bem como agir de forma a prevenir as potenciais situações de riscos sociais identificadas. As atividades coletivas/comunitárias ainda constituem importantes instrumentos de comunicação comunitária, mobilização social e desenvolvimento do protagonismo, devido seu papel na divulgação e promoção do acesso a direitos, bem como por sensibilizar a comunidade, fazendo-a reconhecer as condições de vida no seu território, as possibilidades de mudança, as iniciativas já existentes para sua melhoria e a existência de recursos naturais, culturais e econômicos nos territórios, que podem ser utilizados na melhoria da qualidade de vida da comunidade.

Encaminhamento (encaminhamento, com acompanhamento, para benefícios e serviços socioassistenciais ou para as demais políticas setoriais) – Consiste no processo de encaminhamento voltado para a promoção do acesso dos usuários do SUAS aos demais serviços socioassistenciais e socioeducativos, políticas setoriais e programas de transferência de renda e benefícios assistenciais. Sua efetividade depende de um investimento dos municípios, na promoção da intersetorialidade local, bem como da capacidade da gestão local em estabelecer fluxos de encaminhamentos e articulações inter setoriais no âmbito do seu território de abrangência. Os encaminhamentos constituem importantes instrumentos de inclusão e, em consequência, de desenvolvimento social, pois formam uma rede de proteção social com potencialidade de articular os diversos saberes e práticas que apresentem respostas inovadoras à complexidade das situações de vulnerabilidade social.

4. ANÁLISE E PROPOSIÇÕES:

O enfrentamento da análise das políticas públicas de integração familiar têm sido objeto de estudos e diálogo constante de pesquisadores

das ciências jurídicas, da sociologia, da antropologia, da psicologia, dentre outros. Dentro de uma perspectiva de revisão bibliográfica, o presente trabalho buscou extrair as observações mais contundentes em face da realidade brasileira.

E foi saindo da contemplação da situação genérica que o assunto vem sendo abordado que Nathalie Reis Itaboraí¹⁵, faz a seguinte observação:

Conscientes das tendências recentes em termos de desenvolvimento do Estado Brasileiro, e das políticas condizentes com os ideários sociais atuais (igualitarismo, respeito à individualidade, liberdade de escolha, etc.) podemos apontar que: 1) Proteção à maternidade-paternidade-infância (mais do que a fecundidade) pensada como proteção aos vínculos familiares/afetivos e não como parte de uma política natalista ou de simples combate a reprodução social da pobreza; 2) Incentivo a igualdade social nas famílias no que diz respeito à divisão do trabalho por gênero, que inclusive se reproduz na socialização de meninos e meninas, é uma forma de garantir oportunidades iguais para homens e mulheres na sociedade em geral; 3) Punição e combate as formas de violência doméstica e familiar de forma a construir uma cultura de paz e evitar a deterioração da solidariedade social, repercutindo em contextos mais amplos; 4) Respeito à diversidade cultural das formas de família (não há mais espaço para moralismos e isso não é condizente com os valores contemporâneos), impedindo por exemplo a exclusão das leis e das políticas públicas dos direitos das famílias baseadas em arranjos homoafetivos, e tratando com igualdade as variações étnicas e regionais nas escolhas e padrões familiares; 5) Superação do viés de classe social, que historicamente diferenciou em termos legais e de políticas públicas os estratos sociais, fomentando a dependência e a invasão de privacidade das famílias de classe baixa; 6) Focalização nas camadas e pessoas vulneráveis (mulheres, crianças e idosos, sem ignorar possíveis situações de vulnerabilidade masculina) de forma a favorecer o equilíbrio entre autonomia e solidariedade nas relações familiares.

15 ITABORAI, Nathalie Reis. A proteção social da família brasileira contemporânea: reflexões sobre a dimensão simbólica das políticas públicas. Disponível em: <http://www.abep.nepo.unicamp.br/docs/anais/outros/FamPolPublicas/Nathalielta-borai.pdf>

Quanto à extensão do conceito de familiar, ao explanar o assunto na perspectiva histórica dos programas, elucida Andréa Pacheco Mesquita¹⁶:

Temos também o conceito de família que apesar de ter sido ampliado na PNAS e na NOB/SUAS no cotidiano da efetivação dos programas ainda se tem como referência um modelo tradicional de família contrapondo os diversos arranjos familiares presentes na nossa sociedade. E outro ponto que também merece uma análise de destaque são os papéis sociais atribuídos aos membros das famílias reforçando uma desigualdade de gênero que historicamente foi produzida e se reproduziu na nossa sociedade androcêntrica e patriarcal.

É de especial atenção ainda, a questão da vulnerabilidade feminina, pois, em que pese ser a responsável pela família na maior parte dos casos de beneficiários de programas sociais¹⁷, ainda remanesce a inferioridade de gênero, ou seja, a visão da mulher na sociedade ainda é sob a ótica da cuidadora do lar, da casa e dos filhos, submissa à figura masculina, conforme explana a autora:¹⁸

16 MESQUITA, Andréa Pacheco de. A família como centralidade nas políticas públicas: a Constituição da Agenda Política da Assistência Social no Brasil e as Rotas de Reprodução das Desigualdades de Gênero. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/code2011/chamada2011/pdf/area2/area2-artigo29.pdf>. Acesso em 22.10.2022.

17 Essa lógica fica clara diante dos números de mulheres responsáveis pelas famílias cadastradas em que “segundo dados do próprio programa, as mulheres constituíam, em março de 2005, 91% do total de pessoas responsáveis pelas 6.449.778 famílias cadastradas” (TEXEIRA RODRIGUES, 2009, p. 220). Reforça as desigualdades de gênero ao vincular a mulher ao cuidado, ao espaço doméstico, de subserviência e obediência. O crescimento do número de mulheres responsáveis pelos domicílios, indicado nas estatísticas nacionais, mais do que representar mudança de gênero na provisão econômica familiar ou autonomia feminina indica, que em se tratando de camadas pobres, a condição de vulnerabilidade de tais mulheres. E mais ainda, significa que essas mulheres além de serem chamadas a assumir a provisão da família são chamadas também a assumir os papéis fruto do binarismo que reforça as desigualdades de gênero na velha equação tão naturalizada ao longo da história da humanidade: mulher = mãe = dona de casa. *In* MESQUITA, Andréa Pacheco de. A família como centralidade nas políticas públicas: a Constituição da Agenda Política da Assistência Social no Brasil e as Rotas de Reprodução das Desigualdades de Gênero. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/code2011/chamada2011/pdf/area2/area2-artigo29.pdf>. Acesso em 22.10.2022.

18 *IDEM*.

Contudo, vale ressaltar que essa apesar de ser uma lógica dominante na nossa sociedade capitalista ela não é única. Convivem em conflitos e disputas as várias formas de composição familiar. E que mesmo diante da forte imposição social de uma sociedade patriarcal, racista, burguesa e heteronormativa que presenciamos através dos números absurdos de violência contra a mulher em que a cada 1 minuto quatro mulheres são agredidas e que cerca de 90% das agressões são feitas por seus companheiros, maridos, namorados, noivos, pais e irmãos o que demonstra a perpetuação da mulher como a “outra”, a mulher como posse do pai e posteriormente quando se casa do marido. Estes dados também jogam por terra o conceito de família como “o núcleo social básico de acolhida, convívio, autonomia, sustentabilidade e protagonismo social”

A família possui ainda, especial importância na prevenção e recuperação de usuários de drogas, questão comumente tratada na área da saúde:

A partir dos novos estudos sobre a família e do avanço da Política Antidrogas, o dependente químico passou a ser compreendido como sujeito com vínculos particulares de pertencimento familiar. Estes vínculos começaram a ser entendidos como primordiais, tanto para o fortalecimento das barreiras de prevenção como de recuperação. Dessa forma, para a prevenção e recuperação do uso de drogas a família torna-se segmento indispensável a ser considerado e protegido pelas políticas públicas, em especial pelas políticas de saúde, de assistência social, de atendimento à criança e ao adolescente e de educação. Pois, o consumo de drogas só pode ser prevenido, se antes as famílias estiverem em condições de proporcionar a proteção aos seus membros. A proteção a que nos referimos diz respeito à condição de moradia, alimentação, acesso aos serviços de saúde e educação, de oferta de informações e ações de acolhimento e cuidados. Por isso, atualmente podemos indicar que as ações desenvolvidas pelo Estado têm baixo poder de prevenção e recuperação, quando não consideram as condições de vulnerabilidade das famílias, deixando seus membros cada vez mais fragilizados e expostos ao mundo das drogas.¹⁹

19 MIOTO, Regina Celio Tomaso. Políticas públicas e família: estratégias para enfrentamento da questão social. Disponível em:

Verifica-se que o programa desenvolvido pelo Governo Federal, em que pese criar um sistema para atender a todas as demandas, não contempla de forma satisfatória as necessidades que enfrentam as famílias no Brasil, conforme observa Célia Regina Tomaso Mioto²⁰:

Entendemos que a Política de Assistência Social, situada no contexto do Estado neoliberal, não consegue responder a todas as demandas das famílias brasileiras, ao mesmo tempo em que precisa de estratégias de legitimação do capital. Nesta lógica, a ideia de “centralidade na família”, como difusão ideológica da revalorização da família nas políticas públicas, se constitui uma das estratégias de privatização do Estado neoliberal, que justifica a ampliação da responsabilização das famílias com a sua própria proteção social. No entanto, a possibilidade de as famílias realizarem a proteção e a inclusão social de seus membros só poderá ser efetivada se antes elas forem protegidas pelo Estado.

O que foi possível aferir, é que a família que procurar o atendimento, após superar todas as etapas, será encaminhada para o atendimento pertinente ao caso. Entretanto, é cediço que nas crises familiares há relutância na procura de ajuda, na exposição de entes que amamos. Não se tratam de programas específicos, com vertentes direcionadas, para demanda de violência, de natalidade/fertilidade, de gêneros ou de variações étnicas; como também não possui abordagem de caráter preventivo.

Sobre os desafios para concreção dessa política pública, destaca-se ainda, o múltiplo comando na gestão do PAIF, que revela o entrave da intersetorialidade no âmbito local²¹, a baixa programabilidade frente a

http://www.joinpp.ufma.br/jornadas/joinppIII/html/mesas/POLITICAS_PUBLI-CAS_E_FAMILIA__Mesa_Coordenada_Regina_Celi.pdf. Acesso em 22/10/2022.

20 IDEM.

21 Acerca da intersetorialidade, verifica-se a necessidade esforços governamentais, institucionais e dos atores que atuam frente as políticas sociais, para tanto, uma total transformação de pensamento e nas ações que permeiam esse processo, o que representa um dos grandes desafios da gestão intersetorial, visto que romper com um histórico de gestões assistencialistas, e um aparato governamental focalizado, fragmentado, não é tarefa fácil. Outro desafio que uma ação intersetorial tende a enfrentar é a determinação de regiões geográficas por cada área de política pública, o que justifica uma forte perspectiva de intervenção ligada à noção de território(...). in COSTA, Dandara Cristina Nascimento da. A Intersetorialidade na Política de Assistência Social: uma análise sobre a relação do PAIF com as demais políticas públicas no CRAS/Fercal. 2014. Disponível em: <https://bdm.unb.br/bitstream/10483/11630/1/2014>. Acesso em 20/07/2023.

demanda do PAIF; ausência de controle efetivo das tarefas, e a dificuldade de interação com os usuários e diversos atores sociais beneficiários do programa.²²

Vale dizer, que é necessária a elaboração de estratégias, de convênios dos setores incumbidos da gestão e execução das políticas públicas com outros órgãos ou entidades cuja atividade possibilite o encaminhamento das famílias. Como exemplo, pode-se citar as Delegacias Especializadas no atendimento à mulher vítima de violência doméstica, da infância e juventude, do idoso, atores de maior fragilidade no contexto familiar.

Impende registrar, que o planejamento dos recursos destinados ao SUAS, que contemplam, dentre outros programas, o PAIF, possuem destinação de recursos federais, que inclusive foram objeto de aprimoramento de aplicação e estabelecimento de diretrizes por força do Decreto n. 886, de 18 de maio de 2023, que nos moldes do seu artigo 8º, inciso I²³, contempla a política pública em apreço.

Até alcançarmos a efetividade e eficiências das políticas públicas de atenção à família, o texto constitucional permanecerá com suas normas programáticas, e o contexto social será o retrato fidedigno dos desafios para desenvolvimento das políticas públicas e, via de consequência, para concreção de direitos fundamentais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS:

As políticas públicas de integração familiar no Brasil estão diretamente ligadas às ações sociais de combate à fome, e isso resume grande parte de sua atuação. Em que pese o projeto desenvolvido pelo governo federal através do PAIF – Programa de Atenção Integral à Família –,

22 COSTA, Eliete Cristina Rezende. A IMPLEMENTAÇÃO DE SERVIÇOS SOCIOASSISTENCIAIS: uma análise do PAIF e seus desafios para a garantia das seguranças sociais. Disponível em: <http://tede.fjp.mg.gov.br/handle/tede/368>. Acesso em 20/07/2023.

23 Art. 8º Os recursos para assistência financeira temporária e eventual para custeio da proteção social básica e proteção social especial serão destinados a solicitações apresentadas pelos gestores de assistência social estaduais, municipais e do Distrito Federal, para financiamento dos seguintes serviços:

I - Serviço de Proteção e Atendimento Integral à Família (PAIF);
(...)

Disponível em: <https://www.in.gov.br/web/dou/-/portaria-mds-n-886-de-18-de-maio-de-2023-484466703>. Acesso em 20/07/2023.

prever o encaminhamento em todos os casos, as prioridades do programa estão atreladas à questão da vulnerabilidade econômica.

Obviamente este é um sério problema brasileiro, resultado da economia neoliberal e do conseqüente acúmulo de riqueza e extensão da pobreza. Mas se de um lado tratar a questão da fome é de cunho social primordial, é de se reconhecer também que representa um forte poder eleitoral nas mãos dos políticos. Por outro lado, são tantos outros os enfrentamentos para sanar questões de igual importância que assolam as famílias e devem ser tratadas no contexto familiar (como as drogas, a violência, a desigualdade de gêneros), e que são relegados pelo Poder Público, que revelam um contexto de ineficiência das políticas públicas de integração familiar.

Com efeito, não se vislumbra a materialização de políticas públicas que fortaleçam, que previnam, e que em última *ratio*, tratem os problemas no núcleo familiar. Não obstante as várias diretrizes e princípios contemplados no programa, tudo ainda é muito rudimentar, não se existe aplicabilidade do “integral”, tampouco da “centralidade na família”, porque os verdadeiros problemas não são tratados, os elementos que propiciam a dignidade e a harmonia no lar não são objeto de intervenção.

REFERÊNCIAS

- BOBBIO, Norberto et alii. *Dicionário de política*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998.
- CHADID, Ronaldo. Os Tribunais de Contas e a eficiência das políticas públicas. Disponível em: <http://www.tce.ms.gov.br/portal/admin/uploads/file/Artigo%20Cons%20Chadid.pdf>. Acesso em 22.10.2022.
- COSTA, Dandara Cristina Nascimento da. A Intersetorialidade na Política de Assistência Social: uma análise sobre a relação do PAIF com as demais políticas públicas no CRAS/Fercal. 2014. Disponível em: <https://bdm.unb.br/bitstream/10483/11630/1/2014>. Acesso em 20/07/2023.
- COSTA, Eliete Cristina Rezende. A implementação de serviços socioassistenciais: uma análise do PAIF e seus desafios para a garantia das seguranças sociais. Disponível em: <http://tede.fjp.mg.gov.br/handle/tede/368>. Acesso em 20/07/2023.
- DALLARI, Maria Paula. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- ITABORAÍ, Nathalie Reis. A proteção social da família brasileira contemporânea: reflexões sobre a dimensão simbólica das políticas públicas. Disponível em: <http://www.abep.nepo.unicamp.br/docs/anais/outros/FamPolPublicas/NathalieItaborai.pdf>
- MESQUITA, Andréa Pacheco de. A família como centralidade nas políticas públicas: a Constituição da Agenda Política da Assistência Social no Brasil e as Rotas de

Reprodução das Desigualdades de Gênero. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/code2011/chamada2011/pdf/area2/area2-artigo29.pdf>. Acesso em 22.10.2022.

MIOTo, Regina Celio Tomaso. Políticas públicas e família: estratégias para enfrentamento da questão social. Disponível em: http://www.joinpp.ufma.br/jornadas/joinppIII/html/mesas/POLITICAS_PUBLICAS_E_FAMILIA__Mesa_Coordenada_Regina_Celi.pdf

WIESE, Michelly Laurita. POLÍTICAS PÚBLICAS E FAMÍLIA: as novas configurações familiares e sua centralidade nas políticas da Seguridade Social. Disponível em: http://www.joinpp.ufma.br/jornadas/joinppIV/eixos/12_seguridade/politicas-publicas-e-familia.pdf. Acesso em 22/10/2022.

XII

Direito financeiro: importância e utilidade

Financial law: importance and usefulness

Francisco Pedro Jucá¹

RESUMO: A compreensão das Finanças Públicas e da vida financeira do Estado em nossos dias demanda uma visão de transversalidade com o Direito, a Economia, a Governança e a Política, sendo marcada pela orientação de sua instrumentalidade a serviço da realização de um Bom Governo, entendido como Direito Fundamental, e, que a seu turno consiste na concretização dos Direitos Fundamentais dos cidadãos. Com isto se impõe haja controle não mais apenas formal, mas, sobretudo da qualidade das despesas públicas tomando como critério o efetivo retorno concreto do despendido com os resultados obtidos.

PALAVRAS CHAVE: Instrumentalidade. Eficiência. Mensuração de resultados. Controle qualitativo. Governança. Direitos Fundamentais.

ABSTRACT: *The understanding of Public Finance and the financial life of the State in our days demands a transversal vision with Law, Economy, Governance and Politics, being marked by the orientation of its instrumentality in the service of the realization of a Good Government, understood as a Fundamental Right, and which, in turn, consists of the realization of the Fundamental Rights of citizens. With this, it is imperative that there is no longer just formal control, but, above all, the quality of public expenditures, taking as a criterion the actual concrete return on expenditure with the results obtained.*

KEYWORDS: *Instrumentality. Efficiency. Measurement of results. Qualitative control. Governance. Fundamental rights.*

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Perfil conceitual e conteúdo do Direito Financeiro. 3. Constituição e Organização das Finanças Públicas. 4. Estado, Governo e Políticas Públicas. 5. Conclusão. 6. Referências

1 Livre Docente e Doutor em Direito (USP). Doutor em Direito (PUC/SP). Pós Doutorado em Direito Público (U. Salamanca, Esp.). Pós Doutorado em Direito Social (U. Nac. de Córdoba, Arg.). Presidente da Sociedade Brasileira de Direito Financeiro – SBDF. Presidente da Academia de Direito do Trabalho do Mercosul. Membro da Academia Paulista de Letras Jurídicas e da Academia Paraense de Letras Jurídicas. Professor Titular da Faculdade Paulista de Direito – FADISP. Juiz do Trabalho de 1º Grau da 2ª Região (SP).

1. INTRODUÇÃO

A Presidência do IBEDAFT (Instituto Brasileiro de Estudos de Direito Administrativo, Financeiro e Tributário) por ocasião do III Seminário Internacional, acontecido em junho de 2023, evento que já vem construindo tradição de qualidade no universo jurídico, sempre com a participação de juristas estrangeiros, propôs como tema de uma breve comunicação o tema: “Direito Financeiro: importância e utilidade”.

Para atender à solicitação, que vem a ser de certa forma propor uma resposta quanto a essa importância e utilidade, apresenta-se algumas reflexões, naturalmente breves e sumárias, colacionadas neste pequeno ensaio, dando ênfase mais pronunciada na importância e utilidade (real e concreta) do Direito Financeiro, o que serve de fundamento justificador de seu estudo metódico e sistemático, o que por si só responde o porquê se deve estudá-lo.

Partindo de um perfil conceitual da matéria e gizando seu conteúdo, vamos a dimensão constitucional de suas raízes, identificando a vinculação essencial de sua conformação jurídica com as finalidades e objetivos do Estado (até mesmo sua razão de ser), e os reflexos disto nas linhas orientadoras a atividade governativa e da atuação dos mecanismos e seus agentes operadores, na gestão e manuseio das finanças públicas ao império da conformidade jurídica, como só acontece no Estado de Direito Democrático, estabelecido entre nós pelas letras expressas da Constituição.

Entendendo-se que a razão e finalidade do Estado e de toda a organização política e administrativa é atender ao seu destinatário essencial que é o ser humano, destaca-se que toda a ação deste aparato (material e imaterial) está orientada obrigatoriamente à busca pela concretização dos Direitos Fundamentais, à construção da sociedade justa, solidária e equilibrada, na qual todos tenham oportunidades reais e concretas de desenvolvimento de seu potencial humano, dentro de suas características e atributos individuais.

Assim, nos se afigura que a compreensão clara do fenômeno financeiro e de sua regulação jurídica, enfim, o estudo do Direito Financeiro, encontra seu horizonte exatamente na contribuição dele para a concretização dos Direitos Fundamentais.

2. PERFIL CONCEITUAL DO DIREITO FINANCEIRO

Até pela natureza e finalidade deste trabalho não se vai aqui oferecer, propriamente, definição e conceito completo do Direito Financeiro, diversamente, em voo sobre reputados doutrinadores do tema, vamos colacionar traços de suas formulações e, mais adiante, fazer as inferências que consideramos úteis.

O Jurista Marcus Abraham² oferece explicação lapidar quando dá conta de que: “O Direito Financeiro é destinado a disciplinar a atividade financeira do Estado, ou seja, é o conjunto de normas que regulam o relacionamento do Estado com o cidadão para arrecadar, gerir e aplicar recursos financeiros, de acordo com o interesse público.”

Régis Fernandes de Oliveira³ pontua:

Podemos definir o direito financeiro como “o conjunto de princípios e regras que dispõe sobre a arrecadação das receitas não tributárias, colocando-as no orçamento, estabelece as despesas, realiza-as, controla-as por seus órgãos e instrumentos de controle, administra receitas e despesas, distribui-as entre os diversos entes federativos, exige responsabilidade na aplicação dos recursos e impõe sanções às infrações cometidas.

Kiyoshi Harada⁴, de forma enriquecedora aponta: “Podemos dizer que o Direito Financeiro é ramo do Direito Público que estuda a atividade financeira do Estado sob o ponto de vista jurídico.”

Mas, prossegue-se adiante, aduzindo aspectos que são relevantes para a reflexão que se faz neste estudo, quando menciona⁵:

Seu objeto material é o mesmo da Ciência das Finanças, ou seja, a atividade financeira do Estado que se desdobra em receita, despesa, orçamento e crédito público. Enquanto esta estuda esses desdobramentos sob o ponto de vista especulativo, o Direito Financeiro disciplina normativamente toda a atividade financeira do Estado, compreendendo todos os aspectos em que se desdobra.

Ricardo Lobo Torres⁶ propõe:

O Direito Financeiro, como sistema objetivo, é o conjunto de normas e princípios que regulam a atividade financeira.

2 Curso de Direito Financeiro Brasileiro, ed. Gen Forense, RJ, 2021, p. 31

3 Curso de Direito Financeiro, ed. Thomson Reuters, SP, 2015, p. 206

4 Direito Financeiro e Tributário, 29ª ed. São Paulo: Gen Atlas, 2019, p. 17

5 Op. cit. loc. cit.

6 Curso de Direito Financeiro e Tributário, ed. Renovar, RJ, 2008, p. 12

Incumbe-lhe disciplinar a constituição e a gestão da Fazenda Pública, estabelecendo as regras e procedimentos para a obtenção da receita pública e a realização dos gastos necessários à consecução dos objetivos do Estado.

O jurista português Antonio L. de Sousa Franco⁷ ensina:

A actividade financeira envolve complexas arbitragens de interesses e uma estruturação institucional, articulada em razão de fins públicos e do exercício do poder político ou da autoridade pública; por força tem e então de ser regidas por normas jurídicas e determina a existência de instituições, situações e relações jurídicas. Daí que, tomando-a imediatamente como objeto de uma regulação jurídica, ela dê origem ao aparecimento de um complexo jurídico (ordem normativa e ordenamento concreto) e de uma disciplina da ciência jurídica, designados todos por Direito Financeiro. As normas jurídicas que regulam a actividade financeira em função de valores, fazem-no fundamentalmente em dois planos: 1)-o da organização e funcionamento interno da atividade financeira de Estado e demais entidades públicas; 2)- o das relações financeiras entre o Estado e outras entidades, nomeadamente os particulares.” E mais adiante, arremata: “O Direito Financeiro é assim o ramo do Direito que regula, mediante um regime próprio, nascido no século XVIII, a actividade financeira.

Alexandre Barros Castro⁸ sugere: “O Direito Financeiro é um ramo autônomo do Direito Público, que estuda os preceitos sobre receita pública em geral, gestão patrimonial, dispêndio dos serviços públicos, arrecadação tributária, elaboração orçamentária e tributária, além de toda a escrituração contábil.”

Feito este sobrevo, podemos desde já fazer as primeiras inferências que se julga relevantes.

A primeira delas é que toda a atividade financeira desempenhada pelo Estado tem fundamento no exercício concreto de poder político, tanto para a obtenção de recursos financeiros como também para o seu dispêndio. Ora, se estamos em um Estado de Direito, por óbvio, que todo este ciclo em que o Poder Político se opera necessariamente está submetido a ordem jurídica – de forma imperativa –, exatamente para que seja, como todo o poder, limitado e controlado, sob pena de ser mero arbítrio, sem controle, negação absoluta do Estado de Direito mesmo.

7 Finanças Públicas e Direito Financeiro, ed. Almedina, Coimbra, 2015, p. 97.

8 Manual de Direito Financeiro e Tributário, ed. Forense, RJ, 2004, p. 15.

No que respeita a obtenção dos recursos, tal deita raízes da solidariedade social necessária e inerente à organização humana, da qual decorre o dever de todos e de cada um em contribuir, na medida de suas posses e capacidades, para construir o interesses geral, identificado nas opções políticas em consenso na sociedade; da mesma forma, no que respeita ao dispêndio, há de estar submetida à concretização destes mesmo interesses gerais, os quais, naturalmente, estão orientados às representações dos valores vigentes na sociedade a seu tempo.

Noutras palavras, da mesma forma que o Estado enquanto organismo não é um fim em si mesmo e o governo, atividade que o opera e o põe em atividade, também não o é, a conclusão necessária é a de que a gestão e aplicação destes recursos igualmente está jungida aos mesmos valores e princípios, tudo em conformidade com um sistema normativo dotado de coerência e harmonia interna, voltado as essas mesmas finalidades e objetivos, sendo inegável (e mesmo essencial) seu caráter político, como o pioneiro Aliomar Baleeiro⁹ dá conta ao afirmar: “Necessidade pública é toda aquela de interesses geral, satisfeita pelo processo do serviço público. É a intervenção do Estado para provê-la, segundo aquele regime jurídico, que lhe dá o colorido inconfundível. A necessidade torna-se pública por uma decisão dos órgãos políticos.”

Temos, pois, assim, que a atividade estatal em todos os níveis, instâncias e formas está direcionada a uma finalidade, constituindo-se, assim, em instrumento para a funcionalidade do sistema, viabilizando a obtenção de resultados concretos que vão ao encontro dos interesses da sociedade que estejam estabelecidos, como se pode acompanhar na visão do já citado Ricardo Lobo Torres¹⁰:

Característica importantíssima da atividade financeira é a de ser puramente instrumental. Obter recursos e realizar gastos não é um fim em si mesmo. O Estado não tem o objetivo de enriquecer ou de aumentar seu patrimônio. Arrecada para atingir certos objetivos de índole política, econômica ou administrativa. Apesar de instrumental, a atividade financeira não é neutra frente aos valores e princípios jurídicos, senão a eles se vincula fortemente.

9 Uma Introdução à Ciência das Finanças, ed. Forense, RJ, 2012, pp. 4-5.

10 Op. cit. p. 5.

3. CONSTITUIÇÃO E ORGANIZAÇÃO DAS FINANÇAS PÚBLICAS

Se se atenta para o fato (essencial) de que existe um Poder Financeiro do qual o Estado é detentor, porque arrecada recursos a partir de parte da riqueza produzida pelos cidadãos e suas atividades e, por outro lado, faz a aplicação destes recursos no desenvolvimento de atividades que alcançam de certa forma todo o conjunto da cidadania, é forçoso concluir que esta atividade encerra um conteúdo enorme de poder político, que, como tal, no contexto de um Estado de Direito, como já se observou antes, deve estar sujeito à limitação e controle, de sorte a prevenir, evitar e, mesmo quando necessário, coibir os excessos e abusos, no seu exercício.

Exatamente por isso, o emolduramento do Direito Financeiro demanda estar inserido na Constituição, hoje não apenas naquilo que se refere a elaboração e execução do Orçamento com controle a posteriori, mas, mais além, merecendo atenção especial e cada vez maior naquilo que diz respeito à governança e a gestão dos recursos, de sorte que a aplicação ou empregos deles guarde afinidade e, mais do que isso, fidelidade para com os objetivos estatais, obedecendo aos princípios orientadores e com os critérios de definição próprios, tudo isso inserido no texto constitucional, vindo a ser o que o já citado Ricardo Lobo Torres denomina de Constituição Financeira, como sendo o conjunto de normas disciplinadoras, no nível constitucional, de toda a atividade financeira estatal, com especial destaque no Estado Social, como sendo aquele que centra toda a sua atividade e atuação na promoção e realização do bem estar geral da sociedade, seu desenvolvimento pleno e substancial, dando meios e instrumentos jurídico-institucionais para enfrentar e superar as crises cíclicas da economia e mesmo da sociedade. Ilustra-se com as palavras do autor¹¹:

O Estado Social seria impensável sem a Constituição Financeira, pois que sua essência repousava na definição constitucional das limitações do poder tributário frente as liberdades individuais e à propriedade privada; como observa Forsthoff, “se inexistisse a distinção entre a imposição tributária e a expropriação da propriedade, retirar-se-ia do Estado Social hodierno a sua fundamentação constitucional.” A segunda grande crise fiscal do século XX, que se aguçou na década de 1980, só foi superada com a reformatação do Estado Fiscal e da sua Constituição Financeira, ancorada em princípios como os do equilíbrio orçamentário,

11 Op. cit. p. 20.

proporcionalidade tributária, responsabilidade fiscal, a transparência financeira, proteção da concorrência, eficiência e apoiada em novas fontes financeiras surgidas no ambiente da globalização e da informática (tributação dos intangíveis).

Mas a concepção que se propõe para compreender as finanças públicas nas suas raízes constitucionais coaduna com a ideia de constituição total, acerca da qual Manoel Gonçalves Ferreira Filho¹² elucida: “Aplicado ao Estado, o termo “Constituição” em sua acepção geral pode designar a sua organização fundamental total, quer social, quer política, quer jurídica, quer econômica. E na verdade tem ele sido empregado – às vezes – para nomear a integração de todos esses aspectos – a Constituição total ou integral.”

No mesmo sentido Jorge Miranda¹³, observa a respeito:

Sendo o Estado comunidade e poder, a Constituição nunca é apenas a Constituição política, confinada à 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 – que 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 de Direito do Estado, necessariamente abarca tanto o poder quanto a sociedade sujeita a esse Direito.

Linares de Quintana¹⁴ tratando do conceito específico de Constituição:

(...) do qual deriva o adjetivo constitucional, como qualificativo de um determinado tipo de Estado – que única e exclusivamente expressa a ideia de um ordenamento jurídico estatal orientado a consecução de um fim supremo e último: a garantia da liberdade e da dignidade do homem na sociedade, regime que implica em direitos individuais e sociais. Somente o Estado que tenha uma Constituição com um conteúdo teleológico semelhante justifica a qualificação de constitucional e tem especificamente uma Constituição.

12 Curso de Direito Constitucional, ed. Saraiva, SP., 2015, p. 20

13 Manual de Direito Constitucional, Tomo II, ed. Coimbra, 2000, p. 21

14 Tratado de La Ciencia del Derecho Constitucional – Argentino e Comparado, Tomo III, p. 108, ed. Plus Ultra, Buenos Aires, 1978

Como já se pode inferir, a Constituição Integral (como a vemos) implica na organização jurídica não apenas do Estado, mas também da sociedade na sua totalidade, porque reconhece status político às relações sociais e econômicas que geram efeitos (direitos ou indiretos) em outras relações e instituições, repercutindo, não importa em que grau, no contexto da sociedade. E assim é porque estado e sociedade são organismos vivos, interativos e com dinâmica própria, o que torna indispensável regulação adequada e abrangente. O pano de fundo de todo este conjunto é o que se pode considerar como sendo “conjunto político integrado”, cabendo à medida justa e precisa, a consideração de Jorge Miranda¹⁵ ao lecionar:

Assim, antes de mais, enquanto parcela do ordenamento jurídico do Estado, a Constituição é elemento conformado e elemento conformador das relações sociais, bem como resultado e fator de integração política. Ela reflete a formação, as crenças, as atitudes mentais, a geografia e as condições econômicas de uma sociedade e, imprime-lhe caráter, funciona como princípio de organização, dispõe sobre os direitos e os deveres de indivíduos e dos grupos, rege seus comportamentos, racionaliza as suas posições recíprocas perante a vida coletiva como um todo., pode ser agente ora de conservação, ora de transformação. Porém, por ser Constituição, Lei Fundamental, Lei das Leis, revela-se mais do que isso. Vem a ser a expressão imediata dos valores jurídicos básicos acolhidos ou dominantes na comunidade e política, a sede da ideia de Direito nela triunfante, o quadro de referência do poder político que se pretende a serviço dessa ideia, o instrumento último de reivindicação de segurança dos cidadãos frente ao poder.

Já é possível observar que o “direcionamento” da antes referida Constituição Financeira, em harmonia e sistematização com a Constituição na sua integralidade, está voltado necessária e obrigatoriamente aos valores, referências e objetivos nela insculpidos e orientado pelos princípios explícitos e implícitos nela contidas.

Com esta leitura, identifica-se com clareza que o regramento constitucional e infraconstitucional da vida financeira do Estado ganha forte caráter instrumental, na medida em que vem a ser o elemento essencial para a realização das atividades estatais, com o uso dos recursos financeiros obtidos da sociedade em benefício dela própria, na

15 Op. cit. 68.

conformidade com as prioridades e escolhas políticas dela, debuxadas nos consensos políticos estabelecidos (pactuados) através das instâncias decisórias formais, informais e cooperativas existentes no organismo social na sua totalidade.

Há de ser destacado que a organização das finanças públicas, em conformidade com os aspectos conceituais e principiológicos até aqui expendidos, está obrigatoriamente jungida ao regramento constitucional respectivo, o que significa dizer, hão de estar ordenadas em todo o ciclo respectivo com a estrita observância daquilo que antes se mencionou como sendo Constituição Financeira.

A organização não basta que seja tecnicamente correta e adequada sob o aspecto formal, há de conter os traços fundantes da natureza instrumental que lhe é própria, portanto, posta como meio útil (essencial até), para viabilizar a ação estatal/governamental direcionada ao atingimento dos objetivos constitucionais preconizados através da realização de Políticas Públicas, enfim, todas as ações de Estado e de Governo, no mesmo sentido, efetivando de fato as escolhas políticas feitas pela sociedade no processo de consenso democrático para atender às demandas sociais formuladas, reconhecidas e estabelecidas.

4. ESTADO, GOVERNO E POLÍTICAS PÚBLICAS PAR A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.

Vem-se destacando ao longo de todo este estudo o traço instrumental das finanças públicas, a forma da sua organização e gestão, portanto alcançando a todo o ciclo: arrecadação, gestão, aplicação e controle, de maneira sistêmica, orgânica e direcionada a objetivos e finalidades determinadas, na conformidade das demandas acolhidas no contexto da pactuação social, definida na conformidade com as instâncias de decisão política institucionais e formais.

A característica apontada perpassa as instituições do Estado, como se mencionou antes, que é uma estrutura organizacional, em princípio, hábil e suficiente para buscar os interesses gerais da sociedade; do Governo, entendido como aparato estrutural e humano de organização formal e racional de recursos com a finalidade de, valendo-se da estrutura estatal em funcionamento, dar curso às ações concretas, Políticas Públicas, voltadas à concretização e efetivação dos Direitos Fundamentais dos cidadãos, de sorte a perseguir em caráter permanente os meios

e modos do pleno desenvolvimento humano, em todas as suas dimensões.

A função essencial da organização política em nossos dias vai muito além da organização do Poder Político, as maneiras de aquisição, manutenção, exercício e transmissão dele, desaguando necessária e obrigatoriamente na realização de ações concretas que vão ao encontro das necessidades da sociedade, de seus interesses politicamente legitimados pelo consenso democrático na conformidade com o processo decisório, acontecido nas instâncias pertinentes que estejam estabelecidas.

O delineamento destes interesses (bem como, interesses geral ou público) é feito pela atividade governamental através de seus órgãos, com a interpretação das demandas e a formulação de ações destinadas a atender tais demandas (sempre obedecida a reserva do possível), em conformidade com uma escala de prioridades que, por natureza e pertinência, está inserida nesta mesma interpretação concretizadora a que se alude.

Exatamente a partir da interpretação feita devem ser formuladas “as respostas” concretas e concretizadoras, através do instrumento denominado de Políticas Públicas, que alcançam o variado e largo espectro em face a diversidade enorme de demandas.

Para a concretização destas Políticas Públicas são necessários os recursos financeiros arrecadados da sociedade, significando que, com fundamento na solidariedade social que embasa a organização da sociedade mesmo, cada membro da sociedade contribui com parcela determinada parcela de sua riqueza, destinando-a a financiar a ação estatal através das políticas públicas, através das ações de Estado e de Governo, tudo em conformidade com aquilo que está constitucionalmente estabelecido.

É importante acentuar aqui ser inaceitável o divórcio entre tais ações e a real moldura constitucional da teleologia e dos princípios fundantes, nisto consistindo a conformidade constitucional inerente à qualificação de Estado não apenas de Direito, porque conformado e operado conforme o Direito, mas do Direito, no sentido de que busca a concretização dos valores contidos na ordem jurídica, já que estes espelham o que se considera a vontade geral da sociedade, noutras palavras, integra o universos das escolhas feitas.

Com efeito, a atividade governativa e a responsabilidade dos agentes que a exercem está inteiramente submetida a este desenho, remetendo o necessário espaço discricionário (escolhas concretas) àquilo indispensável à flexibilização necessária e adaptativa na execução das

ações em busca de tais objetivos. Isto significa dizer que a atividade governamental caminha na concretização daquilo que está posto e determinado pela e na ordem jurídica, até porque, esta é a ordem estabelecida pela sociedade.

Destarte, toda a atividade e toda a ação desenvolvidas não de coincidir no mesmo sentido e direção – concretizar e efetivar os Direitos Fundamentais –, e isto consiste em prestar os serviços públicos, entendido o termo na sua acepção clássica e tradicional que engloba todas as atividades estatais, com direcionamento claro.

Implícito a tal direcionamento está aquilo que hoje se consagra como sendo “qualidade da despesa pública”, e que tem conteúdo bem mais amplo e profundo do que os aspectos formais de regularidade de fluxo de recursos, bem mais porquanto nela se tem a eficiência real dos dispêndios, que significa a capacidade real de resposta direta e mensurável dos resultados obtidos e alcançados com o desembolso feito.

Por óbvio, isto tudo se reflete no que hoje se chama de qualidade governativa, como sendo o emprego técnicas e práticas de gestão adequadas e aperfeiçoadas de sorte a extrair os maiores e melhores resultados das ações empreendidas e dos recursos dispendidos, significando o retorno em benefícios à sociedade e aos indivíduos de tudo o que é feito.

Naturalmente não se vive no mundo ideal, tem-se sempre presente as limitações não raro severas, impostas pela reserva do possível, assim, as demandas e objetivos não podem ser atendidos simultaneamente, é imperioso o escalonamento com a fixação de uma escala de prioridades, o que também com frequência coloca os dolorosos dilemas de escolhas (como ensinam os economistas: canhões ou manteiga). O que o Estado de Direito Democrático (definição constitucional do Estado brasileiro) impõe é que também as escolhas determinantes da citada escala de prioridades sejam transparentes, clara, e também ela, objeto de consenso político, o que é uma das tarefas mais difíceis e delicadas da atuação de governo, forçoso é reconhecer. Talvez aí esteja algo da arte na política.

É mais ou menos o que pondera o já citado Antonio de Sousa Franco¹⁶ quando diz:

Sem que os direitos, liberdades e garantias do tipo clássico sejam necessariamente subalternizados (embora possam sê-lo, quando as finanças intervencionistas se integram numa estrutura de Estado autoritária, ou até totalitária), surgem, todavia,

16 Op. cit. p. 65

com crescente expressão financeira, direitos econômico-sociais. Assim, o direito à segurança social, o direito ao trabalho e ao emprego, o direito à saúde, o direito à educação, a nova dimensão da igualdade de oportunidades e a qualidade de vida, exprimem-se em numerosas pretensões, que determinam prestações por parte do Estado, da Administração Pública ou de outras entidades públicas – portanto, aumento das despesas e do setor público em geral.

O painel da gestão pública em geral e da gestão das finanças públicas em particular é realmente amplo e complexo. O crescimento da sociedade não apenas demográfico, mas na multiplicação (quase infinda) das variedades e peculiaridades dos segmentos sociais, e ainda mais, a fugacidade das convergências de interesses, tornam cada vez mais difícil o estabelecimento de linhas gerais de ação e com isso de destinação de recursos e aplicação deles com eficiência, conduzindo o processo a uma “era de incertezas” mesmo, o que exige cada vez mais cuidado, atenção, discernimento e capacidade de aglutinar e harmonizar interesses e reivindicações.

Neste quadro, as Finanças Públicas, sua organização, regulação e gestão, também ganham complexidade especial.

E tal é importante (fundamentalmente importante) porque a sociedade ganha cada vez mais consciência, porque sente diretamente na sua vida cotidiana o peso da tributação, da parcela de sua riqueza que tem que transferir para o Estado cumprir suas funções, e, também, no que respeita ao retorno efetivo e concreto dos resultados e consequências das ações governamentais.

Pode-se dizer que hoje, como nunca, a vinculação da regulação jurídica das finanças públicas, tanto no nível constitucional como no nível infraconstitucional, tem implicações e reflexos cada vez maiores e mais intensos na vida do cidadão, no seu prosaico dia a dia, o que leva a conclusão necessária de que a compreensão, mesmo a técnica superficial do sistema, valoriza o estudo do Direito Financeiro, já que é cada vez mais perceptível que assistimos a construção de uma “Cidadania Financeira”, ampliação da dimensão de cidadania que alcança a movimentação financeira do Estado em seus pontos de contato (cada vez maiores) com a vida dos cidadãos. É fato que estes sempre existiram, o novo é que aos poucos, gradativamente, a percepção deles vai crescendo e ganhando corpo.

É razoável e necessário destacar que a atuação do Parlamento, através de seus mecanismos, influenciando na destinação e aplicação de

recursos à determinadas finalidades, a nosso ver, aumenta a conexão com a sociedade na medida em que aproxima ações governamentais e recursos públicos de demandas concretas de segmentos da sociedade, parcelas da população ou regiões geográficas, o que é positivo, na medida em que acentua o caráter instrumental a que se vem fazendo referência ao longo deste breve estudo.

Diante do que se viu, quando se cogita de controle, seja interno, seja externo, há que se considerar que o modelo tradicional que enfatiza a formalidade da prática do que chamamos de atos administrativo-financeiros, sua conformidade com a ordem jurídica positivada, está superada, não só pelo tempo, mas sobretudo pelas necessidades atuais e pela expectativa de ação estatal que permeia a sociedade civil, a qual registre-se é legítima, especialmente se considerado o complexo universo relacional que envolve a todos.

O enfoque necessário (indispensável até) é o de atentar para a qualidade das despesas realizadas, buscando a mensuração dos resultados obtidos com elas, identificando as respostas dadas pelos fatos, as mudanças acontecidas, os efeitos alcançados, constituindo o que se pode considerar como sendo de qualidade por resultados, o que vem a ser, e em grau considerável, elemento de legitimação política da ação governamental, que repousa no que Casalta Nabais chama de “dever fundamental de pagar impostos”, com o fito precípua e fundamental de atender os “direitos fundamentais” constitucionalmente estabelecidos, finalidade maior do Estado, chegando a ser, até, a razão essencial de sua existência, já que como antes se referiu não existe para si próprio, mas para a sociedade e para a cidadania.

Esta é a compreensão atual do Direito Financeiro. Percebê-lo como instrumento de promoção humana através da gestão controlada e eficaz dos recursos financeiros, sempre limitados, e como tal, insuficientes para atender prontamente a todas as demandas da sociedade, mas, pelo menos, hão de estar compatíveis com a execução daquelas Políticas Públicas voltadas aos objetivos estabelecidos na escala de prioridades decidida politicamente pela sociedade, através das suas instâncias formais e institucionais.

5. CONCLUSÕES

A importância e utilidade do Direito Financeiro apresenta-se inquestionável quando se considera sua instrumentalidade a serviço da execução das atividades estatais materializadas em Políticas Públicas

que vão ao encontro daquilo que a sociedade escolheu como prioridade dentre seus interesses e aspirações em ver concretizados.

Sem dúvida, há e haverá sempre a necessidade uma visão pragmática e acompanhamento formal, relativa à conformidade jurídica da atividade financeira no seu todo, porém, ganha relevo especial agora, no tempo em que vivemos, a busca pela boa governança financeira que contém a necessidade enorme de qualificação dos gastos, centrando a atenção na relação essencial entre dispêndio e resultado concreto e mensurável.

Integra o conjunto o universo das ações, decisões e práticas componentes da concepção de bom governo, como sendo aquele que identifica, interpreta e problematiza as demandas e aspirações da sociedade, de seus diversos segmentos, que é de uma variedade gigantesca e cambiante; sendo capaz de, a partir desses elementos, formular ações, atividades e ações, e executá-las com a eficiência necessária.

Naturalmente que para que todo esse processo de governo tenha curso regular e capaz de produzir resultados concretos demanda de recursos financeiros destinados a custeá-los, da mesma forma que a gestão em si das atividades e tarefas, também a gestão financeira há de ser técnica, precisam coincidir em seus passos, e principalmente, na busca dos resultados pretendidos.

Esta articulação necessária é que vem a constituir da concepção de Bom Governo, como sendo um governo capaz de fazendo funcionar a máquina estatal com eficiência, obter resultados concretos no mundo da realidade social, não apenas mensuráveis, por razões de gestão, mas sensíveis à sociedade por legitimação política de quem, exercendo o poder, os execute.

Assim posto, no contexto do sistema de Direito Público, naquilo que Lobo Torres¹⁷ chama de Constituição Financeira, do que é conseqüência a ordem infra constitucional em toda o seu desdobramento hierárquico normativo, vindo a formar a Ordem Jurídica Financeira – Subsistema normativo, inserido no universo do Sistema Total, que é a ordem jurídica e, em harmonia e integração com este mesmo sistema, ganha um papel a cada dia mais relevante, merecendo assim e por isso mais acurada atenção.

Em abono a afirmação aduz-se que a interação do Estado na Economia, tanto na dimensão da Política Econômica como da Economia

17 Op. cit.

Política, envolve cada vez maior volume de recursos, e os reflexos e repercussões destas ações na sociedade como um todo, e também na vida de cada cidadão, impõem seja cada vez mais rigorosamente técnica a gestão e controle do dinheiro público, eis que o Estado não gera nem produz riqueza, antes, abastece-se de parte da riqueza produzida pela cidadania, pelos cidadãos individualmente considerados, e a legitimação política, a justificação jurídica e a finalidade prática desta apropriação compulsória de riqueza, porque derivada de ação tributária, que é impositiva e como tal indeclinável, por isso mesmo chamada de “imposto”, precisa e deve circular na economia como eficiência e eficácia, viabilizando aquelas atividades (públicas no sentido atribuído ao termo pelo já citado Aliomar Baleeiro) voltadas a atender as necessidades e demandas sociais, que vêm a ter a natureza de promoção humana e de concretização dos Direitos Fundamentais.

6. REFERÊNCIAS

- ABRAHAM, Marcus. *Curso de direito financeiro brasileiro*, ed. Gen Forense, RJ, 2021;
- BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à ciência das finanças*, ed. Forense, RJ, 2012;
- CASTRO, Alexandre Barros. *Manual de direito financeiro e tributário*, ed. Forense, RJ, 2004;
- FERREIRA Filho, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*, ed. Saraiva, SP., 2015;
- HARADA, Kiyoshi. *Direito financeiro e tributário*, 29^a ed. São Paulo: Gen Atlas, 2019;
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*, Tomo II, ed. Coimbra, 2000;
- OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Curso de direito financeiro*, ed. Thomson Reuters, SP, 2015;
- QUINTANA, Linares de. *Tratado de la ciencia del derecho constitucional – Argentino e Comparado*, Tomo III, ed. Plus Ultra, Buenos Aires, 1978;
- SOUSA Franco. Antonio L. de. *Finanças públicas e direito financeiro*, ed. Almedina, Coimbra, 2015;
- TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*, ed. Renovar, RJ, 2008.