

30 ANOS

**DO CONSELHO SUPERIOR DE DIREITO
DA FECOMERCIO-SP**

HISTÓRIA E ESTUDOS JURÍDICOS

COORDENADORES

Ives Gandra da Silva Martins

Fernando Passos

Rogério Vidal Gandra Da Silva Martins

Luis Antonio Flora

Jean-Claude E. Silberfeld

Ana Regina Campos de Sica

EDITOR

Conselho Superior de Direito da FecomercioSP



— **AUTORES**

ANDRÉ L. COSTA-CORRÊA

SAMANTHA RIBEIRO
MEYER-PFLUG MARQUES

DIRCÊO TORRECILLAS RAMOS

MARILENE TALARICO
MARTINS RODRIGUES

ROBERTO ROSAS

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS

ANTONIO CARLOS RODRIGUES
DO AMARAL

KIYOSHI HARADA

ROGÉRIO VIDAL GANDRA
DA SILVA MARTINS

AGOSTINHO TOFFOLI TAVOLARO

LUIS ANTONIO FLORA

FERNANDO PASSOS

ARNOLDO WALD

MARCOS DA COSTA E
PAULO LUCENA DE MENEZES

JOSÉ RENATO NALINI

CARMEN SILVIA VÁLIO
DE ARAUJO MARTINS

ADILSON ABREU DALLARI

REGIS FERNANDES DE OLIVEIRA

WAGNER BALERA

MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO

30 ANOS

**DO CONSELHO SUPERIOR DE DIREITO
DA FECOMERCIO-SP**

HISTÓRIA E ESTUDOS JURÍDICOS

COORDENADORES

Ives Gandra da Silva Martins

Fernando Passos

Rogério Vidal Gandra da Silva Martins

Luis Antonio Flora

Jean-Claude E. Silberfeld

Ana Regina Campos de Sica

EDITOR

Conselho Superior de Direito da FecomercioSP



— MENSAGEM
DE ABRAM SZAJMAN

MENSAGEM DE ABRAM SZAJMAN

|

|

E

Em 1989, o Brasil e o mundo começavam a mudar. Embora o século 20 durasse formalmente ainda mais uma década, a queda do Muro de Berlim encerrava as turbulências de duas sangrentas Guerras Mundiais e da polarização dual da Guerra Fria, inaugurando um cenário internacional multipolar que resultaria na globalização em que vivemos.

O nosso País passava, igualmente, por intensas transformações. Às vésperas de eleger diretamente seu presidente após duas décadas de regime autoritário, respiravam-se os ares de liberdade trazidos pela mais democrática Carta Magna de nossa história, em vigor desde o ano anterior.

A Constituição de 1988, porém, deixou inúmeros dispositivos para posterior regulamentação por meio de leis complementares e ordinárias, boa parte delas com interferência direta na atividade econômica. Assim, era preciso acompanhar no Congresso Nacional os debates sobre a legislação a ser elaborada em temas como tributação, relações de consumo, participação no lucro das empresas, defesa da livre-concorrência e de um tratamento diferenciado para a micro e a pequena empresa.

Nesse contexto, as lideranças empresariais sentiam a necessidade de dotar suas entidades de classe do conhecimento técnico necessário para que pudessem melhor desempenhar, nessa nova conjuntura, seu papel de defesa dos interesses e direitos das empresas e categorias econômicas representadas.

Desse modo, a criação de um órgão interno na Federação do Comércio de Bens, Serviços e Turismo do Estado de São Paulo (FecomercioSP) especializado em questões jurídicas era uma tarefa que demandava a escolha de um jurista não apenas renomado, mas que também tivesse a atuação e a liderança capazes de aglutinar outros nomes proeminentes no universo das leis e dos tribunais.

Dessa forma, sob o comando de Ives Gandra Martins, Doutor em Direito e especialista em Direito Tributário e Ciência das Finanças, além de professor Emérito da Universidade Mackenzie e professor da Escola de Comando e Estado-Maior do Exército, surgiu, há 30 anos, o nosso Conselho

Superior de Direito, que tantas vitórias e conquistas nos tem proporcionado ao longo desse tempo.

Podemos citar, de uma extensa lista de realizações no período, desde a exitosa elaboração do Código de Defesa do Consumidor, na década de 1990, até a formulação, em 2019, de doze anteprojetos de simplificação tributária, contribuição fundamental para o debate nacional que se trava em torno de um sistema de tributos menos complexo e mais justo.

Todo esse labor, como é natural, foi resultado de um trabalho de equipe. Passaram pelo Conselho, ao longo de três décadas e ainda nele atuam, as mais brilhantes mentes dedicadas ao estudo e à interpretação do Direito em nosso País. Professores doutores, eminentes desembargadores e ministros dos Tribunais Superiores, que nos honraram com sua contribuição e aos quais seremos sempre profundamente gratos, fazem parte de uma lista completa publicada neste livro.

Também esta obra comemorativa resulta em benefício da sociedade, pela atualidade dos temas que a integram e a qualidade dos articulistas selecionados nas áreas do Direito Constitucional, Tributário, Econômico, Administrativo, Previdenciário e Financeiro.

A segurança jurídica é o mais importante fundamento da atividade econômica. Ela é a garantia dos investimentos que geram empregos e proporcionam desenvolvimento com distribuição de renda. Para isso, também é fundamental o respeito à democracia e o equilíbrio entre os poderes.

Consolidar todo esse arcabouço de modo a clarificar as regras para a relação entre as empresas e o Estado, por meio de leis modernas e eficazes, tem sido a missão do Conselho Superior de Direito da FecomercioSP. Que continue a desempenhá-la com êxito – são os nossos votos e a nossa certeza.

**ABRAM SZAJMAN É PRESIDENTE DA FEDERAÇÃO
DO COMÉRCIO DE BENS, SERVIÇOS E TURISMO DO
ESTADO DE SÃO PAULO (FECOMERCIO-SP)**

APRESENTAÇÃO

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS

APRESENTAÇÃO



O Conselho Superior de Direito comemora, em 2019, 30 anos. Fundado em 1989 pelo presidente Abram Szajman, foi entregue pelo eminente líder empresarial a mim para formá-lo e conduzi-lo, estando eu na sua presidência há três décadas, ou seja, desde a fundação.

Surgiu, o conselho, logo após a promulgação da Constituição de 1988, com o objetivo de examinar, com base na interpretação de seus ilustres membros, a nova ordem suprema do País e os caminhos jurídicos possíveis para a sua implementação.

Passou, o conselho, a se reunir, regularmente, todos os meses – procedimento adotado até hoje – para discutir, pelo prisma jurídico, os mais relevantes temas da conjuntura nacional, colaborando com as entidades governamentais dos três Poderes e apresentando sugestões e propostas, muitas delas tendo se tornado direito positivo, pela aceitação, por parte do Poder Público, dos seus estudos.

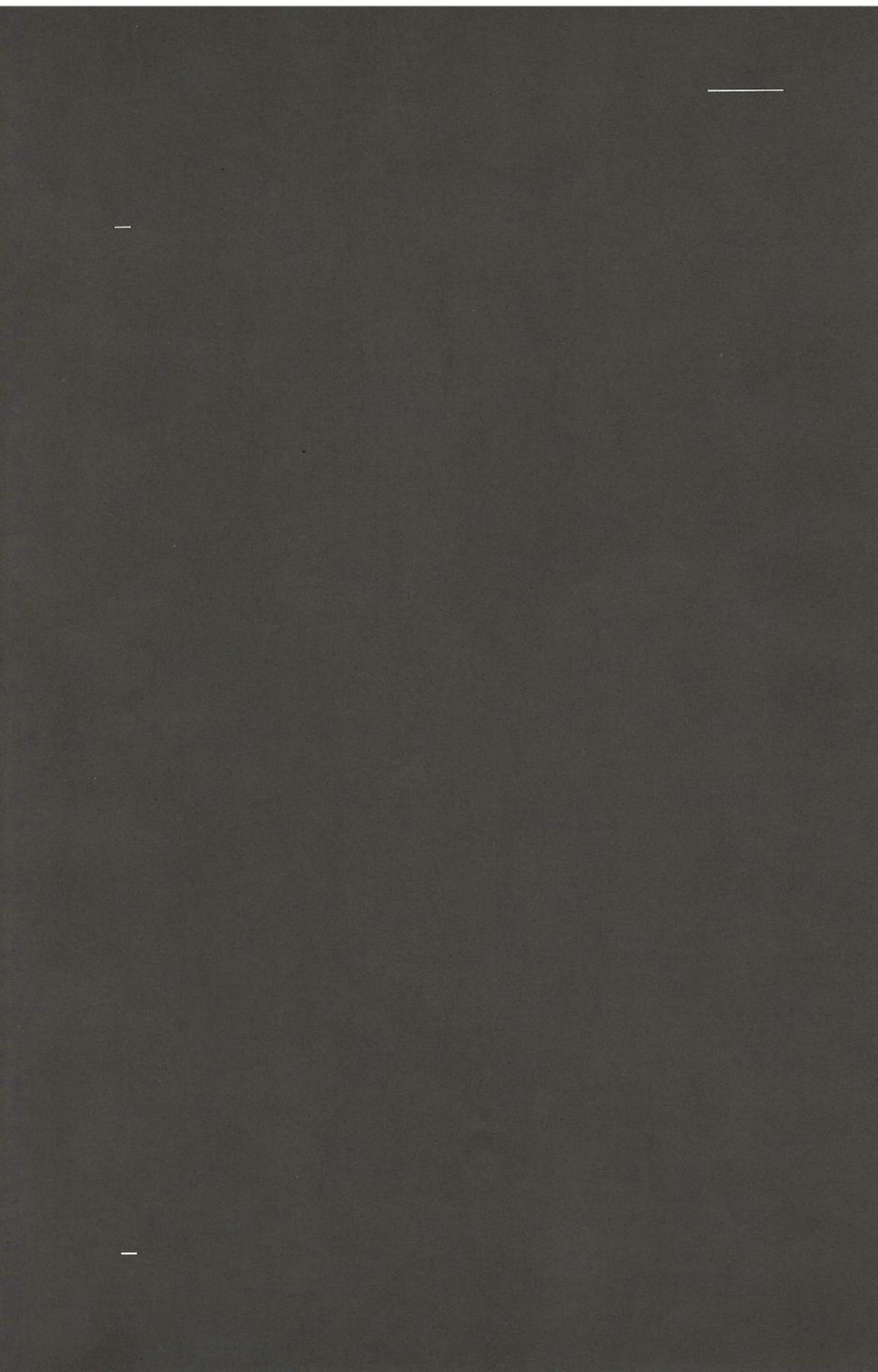
Composto, inicialmente, por 15 membros, hoje tendo em torno de 40 conselheiros, teve em seu quadro preclaros juristas hoje falecidos – como o governador Franco Montoro, o desembargador Ney Prado e o ministro Cordeiro Guerra) e contando, até hoje, em seus quadros, com juristas do porte dos ministros Francisco Rezek e Nelson Jobim; do ex-presidente Michel Temer; do senador Bernardo Cabral; e dos professores Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Ivette Senise, Maria Garcia, Adilson Dallari, Dircêo Torrecillas, Sérgio Ferraz, Fábio Ulhoa Coelho, entre outros brilhantes intérpretes do Direito, cujos nomes constam ao fim desta edição.

Audiências públicas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal foram realizadas durante as sessões do conselho, transformadas em cenário dos debates dos parlamentares com os conselheiros da Casa, assim como congressos dos mais variados temas em conjunto com a Academia Internacional de Direito e Economia e com o CEU-Law School (antigo Centro de Extensão Universitária).

Após 30 anos de intenso trabalho de reflexão acadêmica com impacto no direito posto, sentem seus conselheiros e este presidente que o trabalho realizado até agora valeu a pena, pois só examinando a estrutura legal do País, cortando arestas e implementando os veículos necessários para que a mais democrática Constituição brasileira seja o verdadeiro retrato da política nacional, poderá o Brasil dar o salto de qualidade que todos esperamos e ingressar, definitivamente, no clube das grandes nações desenvolvidas.

—

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS
PRESIDENTE DO CONSELHO SUPERIOR
DE DIREITO DA FECOMERCIO-SP
COORDENADOR



— HOMENAGEM
AO PRESIDENTE
DO CONSELHO

FERNANDO PASSOS

—

À REVELIA

—

À

À revelia de nosso presidente, decidimos que não poderia faltar nas páginas inaugurais desta obra festiva singela homenagem permeada de inteira justiça àquele que foi, nesses 30 anos, a essência do Conselho Superior de Direito da FecomercioSP. Ives Gandra da Silva Martins, emérito professor de tantas instituições no Brasil, como também no exterior, faz questão de se denominar simplesmente um advogado militante. Poderíamos logo afirmar que ele é muito mais que isso. Mas o que pode ser maior do que ser apenas um advogado militante na maior profundidade que esse título possa significar?

Ives Gandra se tornou sinônimo da expressão “cidadã”. Não há tema relevante à Pátria que nele não tenha encontrado respaldo para se colher o bom debate. Homem de profundas convicções, tanto no campo do Direito como na vida particular, nunca se negou a debater quaisquer dos grandes temas que assolam o ser humano – na política, na religião, na economia, na filosofia, na psicanálise, na história, entre tantos outros que permeiam a vida em sociedade. Não há na atualidade jurista maior no País. Conhecido por seus pareceres que chegam a mudar o curso de processos judiciais ou no próprio exercício combativo da advocacia, o Brasil ainda lhe deverá enormemente pelas ações não conhecidas em que vem atuando nesses anos todos. Não há assunto relevante à República que ele não seja consultado. Quantos pareceres não escritos teriam sido emitidos por ele que vieram a evitar crises institucionais? Quantas vezes teria atuado como mediador preferindo o anonimato para que grandes causas fossem resolvidas?

O professor: não tem importância menor. Um dos mais brilhantes que podemos conhecer. Nunca se furtou a ensinar. E com que dedicação sempre o faz. Emérito no sentido exato da palavra, dedicou boa parte de sua honrada vida a ensinar, o que demonstra ainda mais a essência do caráter público que imprimiu a sua vida. Uma vez mais sua renúncia ao privado aqui se sustentou.

O escritor: talvez não exista no País homem do Direito que tenha mais partilhado convicção e aprendizado em artigos, livros, ensaios, jornais ou

revistas entre tantas as formas conhecidas da transmissão de ideias e conhecimentos. Seus artigos publicados na grande imprensa sempre foram referência às reflexões maiores da Nação. Seus livros atingiram a excelência, sendo referência especialmente para a classe jurídica nacional. Juristas estrangeiros não se aventuram falar ou escrever sobre o Brasil sem antes conhecer o pensamento de Ives Gandra.

O homem: dedicado à família. Há de se perguntar, “Com vida tão brilhantemente construída, com enormes sacrifícios e renúncias pessoais, como Ives Gandra e seu grande amor, Sra. Ruth, puderam constituir tão bela família? Como Ives Gandra arrumou tempo para tão bem educar os filhos? Como conseguiu manter esse decantado amor por Sra. Ruth por já quase 60 anos? Quanto ele nos ensina com tudo isso. O livro de Ruth: obra poética é guia seguro para os apaixonados, mas, acima de tudo, revela a beleza e a alegria do amor conjugal. Estimula pelo seu exemplo a constituição de famílias que devem se conservar no amor. Lições aqui tão importantes quanto as da sala de aula ou de sua escrita. Lições de vida e felicidade. Ele não cansa de expor seu amor por Ruth. Em 1996, no poema “Ruth” (há inúmeros com o mesmo título), sentenciou: “Há quantos anos eu te quero tanto, prisioneiro de teu sereno encanto”. Em 2000, repetiu: “Se teu amor não existisse, a vida pouco valeria”. Que exemplo. Que excelente lição.

Há tanto para escrever sobre Ives Gandra que páginas inesgotáveis ainda estariam a acolher nossos relatos. Mas, ao fim, darei meu testemunho de sua presidência em nosso Conselho Superior, do qual tenho a honra de participar há 25 anos. Nunca conheci em todos os fóruns, conselhos ou instituições de que participei alguém tão democrático no debate como Ives Gandra. Como escrito acima, homem de convicções profundas que delas não faz nenhum segredo, nunca proibiu um tema sequer de interesse do Brasil que não pudesse ser tratado em nosso conselho. Às vezes, é certo que quase nunca em função da excelência de seu poder de persuasão e ensinamentos, soube até mesmo ser derrotado em pretendidas proposições. Nunca se abalou com isso. Sempre permitiu que cada um de nós falássemos o que bem entendíamos. Trouxe ao debate temas com os quais não concordava. Falou muito sempre. Nós queríamos que ele sempre falasse muito. Muitos de nós vínhamos às reuniões até mesmo para somente escutá-lo. Mas muito mais que falar, Ives Gandra sempre soube ouvir. E, ouvindo, elaborou muitos e relevantes conselhos para autoridades da República e, de maneira especial, para o nosso presidente da FecomercioSP, Abram Szajman, a quem respei-

— 4	MENSAGEM DE ABRAM SZAJMAN
— 8	APRESENTAÇÃO
— 12	À REVELIA

tosamente agradecemos por todo o apoio dado ao conselho, mas, acima de tudo, por ter propiciado que Ives Gandra nos conduzisse por tantos anos, o que ainda certamente o fará.

Como é que Ives Gandra se tornou assim, tão completo? Não é possível afirmar. Somente Deus poderá revelar. Mas é possível saber exatamente por que sua palavra é tão respeitada a ponto de conduzir parte dos destinos da Nação. Ives Gandra é a expressão exata da referência de Padre Vieira no Sermão da Sexagésima: "Pregação sem obras é pregação vazia, já a lastreada no exemplo pessoal... Essa é a verdadeira". Ainda acentua Padre Vieira algo de que gosto muito: "Quando ouço o verdadeiro pregador, saio muito descontente de mim". Assim é a pregação de Ives Gandra – consubstanciada em absoluto na sua vida pessoal exemplar, capaz de nos causar desconfortos diante de nossa pequenez.

—

FERNANDO PASSOS
CONSELHEIRO DO CONSELHO SUPERIOR
DE DIREITO DA FECOMERCIO-SP
COORDENADOR

— 24

A CONSTITUIÇÃO: ONTEM, HOJE E AMANHÃ!

ANDRÉ L. COSTA-CORRÊA

— 42

EXPECTATIVAS E BALANÇO DOS TRINTA ANOS
DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

SAMANTHA RIBEIRO MEYER-PFLUG MARQUES

— 66

CARGA TRIBUTÁRIA E CARGA BUROCRÁTICA

DIRCÊO TORRECILLAS RAMOS

— 80

“DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS”

MARILENE TALARICO MARTINS RODRIGUES

— 96

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ)

ROBERTO ROSAS

— 102

CARGA TRIBUTÁRIA E CARGA BUROCRÁTICA

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS

— 110

LIMITAÇÕES AO PODER DE TRIBUTAR: A CRIAÇÃO DE
UM ESTATUTO DE DIREITOS BÁSICOS DO CONTRIBUINTE

ANTONIO CARLOS RODRIGUES DO AMARAL

— 126

TRIBUTOS ESTADUAIS

KIYOSHI HARADA

— 144

BREVES APONTAMENTOS ACERCA
DO IMPOSTO SOBRE GRANDES FORTUNAS

ROGÉRIO VIDAL GANDRA DA SILVA MARTINS

— 156

TRIBUTAÇÃO MUNICIPAL E METROPOLIZAÇÃO

AGOSTINHO TOFFOLI TAVOLARO

— 164

O SISTEMA S

LUIS ANTONIO FLORA

— 176

VISÃO GERAL DO SISTEMA
CONCORRENCIAL BRASILEIRO

FERNANDO PASSOS

— 186

À LIBERDADE ECONÔMICA NA CONSTITUIÇÃO
FEDERAL DE 1988 E NO MERCADO DE CAPITAIS

ARNOLDO WALD

— 196

O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR
E OS NOVOS DESAFIOS

MARCOS DA COSTA E PAULO LUCENA DE MENEZES

— 208

ESTABILIDADE DAS RELAÇÕES DE CONSUMO NO COMÉRCIO

JOSÉ RENATO NALINI

— 224

PROCESSO LEGISLATIVO E DIREITO DO CONSUMIDOR

CARMEN SILVIA VÁLIO DE ARAUJO MARTINS

4. DIREITOS ADMINISTRATIVO, PREVIDENCIÁRIO E FINANCEIRO

— 236

PROCESSO ADMINISTRATIVO
E AS NOVAS NORMAS DA LINDB

ADILSON ABREU DALLARI

— 250

ORÇAMENTO

REGIS FERNANDES DE OLIVEIRA

— 266

PASSADO E PERSPECTIVAS
DA PREVIDÊNCIA NO BRASIL

WAGNER BALERA

— 280

REFLEXÕES DE ORDEM POLÍTICO-INSTITUCIONAL
A PROPÓSITO DA REFORMA DA PREVIDÊNCIA

MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO

5. TRÊS DÉCADAS DE ATUAÇÃO: PUBLICAÇÕES

— 288

INTERPRETAÇÕES INOVADORAS

LIVROS PUBLICADOS

— 294

PROJETOS E DEBATES

REVISTA CONSELHOS

— 298

PRESENTE DESDE A PRIMEIRA REUNIÃO

REVISTA PROBLEMAS BRASILEIROS

1

DIREITO
CONSTITUCIONAL

— A CONSTITUIÇÃO:
ONTEM, HOJE
E AMANHÃ!

ANDRÉ L. COSTA-CORRÊA

ANDRÉ L. COSTA-CORRÊA

—
Professor, conferencista e consultor em Direito Público. Coordenador e professor do Núcleo de Direito Tributário da Escola de Direito do Instituto Internacional de Ciências Sociais (IICS). Professor e pró-reitor de graduação do Uniciesa (AM). Diretor e professor da Faculdade da Amazônia Ocidental (FaaO). Professor e pesquisador visitante na Brooklyn Law School e no Centro Didattico Euroamericano sulle Politiche Costituzionali (CEDEUAM), da Università del Salento. Mestre e doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Especialista em Direito Tributário pela PUC-SP e pelo CEU. Membro da Academia Paulista de Letras Jurídicas (APLJ) - cadeira 26. Membro da União dos Juristas Católicos de São Paulo e da International Fiscal Association e da Associação Brasileira de Direito Financeiro (ABDF). Membro do Conselho Superior de Direito da FecomercioSP. Membro do Núcleo de Estudos Estratégicos em Tributação (Neet).

—

INTRODUÇÃO

A

A Constituição Federal e o Conselho Superior de Direito da FecomercioSP comemoram bodas! Ambos nasceram no mesmo momento histórico. Se a Constituição foi promulgada para instaurar uma nova República, inspirada nos mais auspiciosos valores e anseios democráticos, o Conselho Superior de Direito nasceu com o intuito de ser um vigilante contumaz das normas constitucionais, da democracia, dos interesses da sociedade representados pelos agentes econômicos, além de influenciar politicamente o Parlamento, o governo, as cortes jurisdicionais e a sociedade – tanto que tem sido um agente ativo na fiscalização e na promoção de melhorias legislativas e institucionais. Os seus membros guardam, por consequência, o dever de serem os primeiros a refletir sobre mudanças legislativas, a promover ações e propostas de *lege ferenda*, a debater e gerar discussões para a preservação e melhoria de nosso sistema jurídico-constitucional.

Inspirado nessa missão, o Conselho Superior de Direito da FecomercioSP tem promovido a edição de importantes obras como a presente. Em especial, o presente livro pretende discutir os últimos 30 anos de atuação do Conselho Superior de Direito e as modificações jurídicas das últimas décadas.

Em especial, o presente estudo quer fazer uma análise pretérita, atual e prospectiva da Constituição Federal de 1988 como forma de conhecer o que nos trouxe até aqui e quais são os desafios futuros de nossa Carta Política.

A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: ONTEM, HOJE E AMANHÃ

A CONSTITUIÇÃO: ONTEM

A Constituição, enquanto documento, é um produto histórico. Logo, produto de seu tempo, *i. e.*, das condicionantes sociais e políticas do momento de sua elaboração e promulgação. E qualquer Constituição é, também, produto da linha constitucional pretérita que constitui um sentimento constitucional de uma dada sociedade.

Nesse sentido, Akhil Reed Amar, em *America's unwritten constitution*, afirma que inúmeros outros textos icônicos podem resumir o que seja *o the american way* e, por consequência, ajudar a compreender o que distingue os norte-americanos dos demais povos, e, também, o que conforma as suas normas materialmente constitucionais, porque representam a "America's symbolic Constitution"¹. Em especial, porque esses textos têm ganhado um lugar especial no discurso constitucional norte-americano – mesmo que muitos deles não os tenham lido – e porque, relacionando-se com o coração e a mente da maioria dos norte-americanos, possibilitaram mantê-los ligados como uma entidade legal e política. E porque a articulação de tais textos, conjuntamente com os enunciados formalmente constitucionais, baseia questões constitucionais em algum sentido com reconhecida autoridade constitucional. Assim, representam o sentimento constitucional norte-americano, a Declaração de Independência, os *Federalist Papers*, a *Northwest Ordinance*, o *Lincoln's Gettysburg Address*, o voto do juiz Warren em "*Brown versus Board Education*" e o discurso "*I have a dream*" de Martin Luther King².

Logo, pode-se afirmar que a Constituição Federal de 1988 também pode ser representada por um sentimento constitucional identificado por elementos icônicos – textos, fatos, pessoas ou outros elementos gráficos (ou não) que representem o nosso sentimento constitucional e que possibilitem compreender nossas realidades política e constitucional.

Assim, salvo outros possíveis ícones constitucionais, pode-se identificar como elementos representativos de nossa Constituição simbólica: **a.** *Oração aos moços* de Ruy Barbosa (1921); **b.** a Revolução Constitucionalista de 1932; **c.** a Carta aos brasileiros de Goffredo Telles Júnior (1977); e **d.** o discurso de promulgação da Constituição Federal de 1988 do deputado Ulysses Guimarães.

Cabe aqui uma análise dos textos que representam, em nossa visão, o sentimento constitucional brasileiro.

Na *Oração aos moços*, Ruy Barbosa, fazendo considerações sobre a ira de justiça que deve nortear os corações dos jovens bacharéis de Direito

que se formavam no Largo São Francisco, reforça a compreensão de que o sistema jurídico brasileiro deve ser pautado pela liberdade, pela igualdade e pela moralidade, bem como buscar sempre as verdades: constitucional e republicana. Isso porque somente por meio de tais valores e verdades é que seria possível banir da sociedade o imoral, o corruptor e o libertino; varrer dos serviços do Estado o prevaricador, o concussionário e o ladrão público; e, também, precipitar do governo o “negocismo”, a prostituição política e a tirania. Além disso, reforça o sentimento de que o sistema jurídico deverá sempre buscar a vontade da maioria, porque somente na escolha democrática é que reside a verdadeira moral de uma sociedade. E que a Constituição, como a mão sustentadora do sistema jurídico-político, é o maior poder político de nosso País e que direcionará à justiça!

Nesse sentido, Ruy Barbosa exalta que nas democracias:

(...) o eixo é a justiça, eixo não abstrato, não supositício, não meramente moral, mas de uma realidade profunda e tão seriamente implantado no mecanismo do regime, tão praticamente embebido através de todas as suas peças, que, falseando ele ao seu mister, todo o sistema cairá em paralisia, desordem e subversão. Os poderes constitucionais entrarão em conflitos insolúveis, as franquias constitucionais ruirão por terra, e da organização constitucional, do seu caráter, das suas funções, das suas garantias apenas restarão destroços.

Eis o de que nos há de preservar a justiça brasileira, se a deixarem sobreviver, ainda que agredida, oscilante e malsegura, aos outros elementos constitutivos da república, no meio das ruínas, em que mal se conservam ligeiros traços da sua vontade.

Ora, senhores, esse poder eminentemente necessário, vital e salvador, tem os dois braços, nos quais aguenta a lei, em duas instituições: a magistratura e a advocacia, tão velhas como a sociedade humana, mas elevadas ao cem-dobro, na vida constitucional do Brasil, pela estupenda importância, que o novo regime veio dar à justiça.

E em relação à advocacia, Ruy Barbosa afirma que sua missão é uma espécie de magistratura, visto que ambas se entrelaçam, mesmo que diversas nas suas funções, porque buscam a justiça.

Por fim, Ruy Barbosa, em sua *Oração ao moços* ressalta que não é possível haver justiça se não houver celeridade processual, porque “justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta. Porque a dilação ile-

gal nas mãos do julgador contraria o direito escrito das partes, e, assim, as lesa no patrimônio, honra e liberdade". E aconselha aos futuros magistrados que não venham a militar em partidos políticos para preservar a sua imparcialidade, que não busquem a popularidade, não transijam com as conveniências e, entre outros conselhos, que não deliberem por conselheiros ou assessores!

Compreende-se que tal discurso foi fundamental para o impedimento de atividade político-partidária aos juizes na Constituição Federal de 1946, a elevação da moralidade como valor da atividade pública e o reconhecimento da advocacia como função essencial à Justiça na Constituição Federal de 1988, para a reforma da estrutura processual brasileira e, entre outras possíveis modificações constitucionais, para a Emenda Constitucional n.º 45 à Carta Magna de 1988, que reconheceu a garantia de todos, no âmbito judicial e administrativo, à razoável duração do processo e aos meios que garantam a celeridade de sua tramitação (vide inciso LXXVIII, do art. 5º, da Constituição Federal vigente).

Em relação ao discurso de Goffredo da Silva Telles em 1977, ele foi importante para lembrar os brasileiros – e, em especial, os membros do governo militar – que há uma profunda distinção entre o que seja legal e legítimo e entre ordem, poder e força. E, portanto, que nem toda lei, apesar de legal, é legítima; e que a ordem não deve provir apenas do uso da força pelo Estado, mas deve ser consequência do poder legítimo conferido pela sociedade, porque será sempre ilegítimo o governo que, cheio de força, for desprovido de poder. Isso porque legítimo somente será o governo proveniente do poder, nunca da força. Assim, reforçou a compreensão de que o poder constituinte popular é o único poder legítimo a conferir poder ao Estado. Tal discurso foi fundamental para o desenvolvimento do processo de democratização que culminou no movimento Diretas Já.

Outro ponto importante do discurso de Goffredo da Silva Telles é que a Constituição deve manter uma constância, uma perpetuidade – o que não significa que essa não possa ser modificada para refletir os dados sociais, as contingências históricas da coletividade, a média das aspirações e das repulsas populares, os anseios dominantes do povo, os usos e os costumes. Nesse sentido, Goffredo da Silva Telles ressaltou que "as emendas na Constituição não se podem fazer como se fazem as alterações na legislação ordinária. Na Constituição, as emendas somente se efetuam quando apresentadas, processadas e aprovadas em conformidade com preceitos especiais, que a própria Constituição há de enunciar, preceitos estes que têm por fim conferir à Lei Magna do Povo uma estabilidade maior do que a das outras leis".

Posição, inclusive, que possibilitou a manutenção pelo Supremo Tribunal Federal (STF) de entendimento interpretativo quanto à prisão em se-

gunda instância, visto que, após a Corte ter firmado posição distinta de sua secular interpretação, afastou inúmeras tentativas de modificação de sua jurisprudência recente sob o argumento de que a interpretação constitucional – e, portanto, a compreensão da extensão material das normas constitucionais – deveria gozar de estabilidade, a fim de garantir legitimidade popular e manutenção do sentido (sentimento) constitucional.

Em outro momento de seu discurso, Goffredo da Silva Telles lembrou a sociedade e o governo de que o Estado de Direito se caracteriza por três notas essenciais, a saber: por ser obediente ao Direito, por ser guardião dos direitos e por ser democraticamente aberto para as conquistas da cultura jurídica. Tal lembrança reforçou em nosso sentimento constitucional a compreensão de que a Constituição – e, por consequência, o próprio sistema jurídico nacional – não pode ser estéril às reivindicações sociais (advindas de parcelas minoritárias, ou não, da sociedade), mas tem que manter hígido o conjunto de valores, princípios e regras que a sociedade, mediante o poder constituinte (originário ou derivado), escolheu para erigir a Constituição; e que, portanto, qualquer modificação proposta àqueles que não venha dos legítimos atores constituintes – por exemplo, dos membros do Poder Judiciário – é ilegítima, mesmo que representativa dos anseios sociais, minoritários ou majoritários. Em especial, porque os poderes de Estado devem ser fiéis aos limites de sua competência.

Por fim, a síntese conclusiva do discurso de Goffredo da Silva Telles identifica elementos indispensáveis para a reconstrução de nosso sistema constitucional. Vejamos:

Sustentamos que um Estado será tanto mais evoluído quanto mais a ordem reinante consagre e garanta o direito dos cidadãos de serem regidos por uma Constituição soberana, elaborada livremente pelos representantes do povo, numa Assembleia Nacional Constituinte; o direito de não ver ninguém jamais submetido a disposições de atos legislativos do Poder Executivo, contrários aos preceitos e ao espírito dessa Constituição; o direito de ter um governo em que o Poder Legislativo e o Poder Judiciário possam cumprir sua missão com independência, sem medo de represálias e castigos do Poder Executivo; o direito de ter um Poder Executivo limitado pelas normas da Constituição soberana, elaborada pela Assembleia Nacional Constituinte; o direito de escolher, em pleitos democráticos, seus governantes e legisladores; o direito de ser eleito, governante ou legislador, e o de ocupar cargos na administração pública; o direito de se fazer ouvir pelos poderes públicos e de introduzir seu pensamento nas decisões do governo; o direito à liberdade justa, que é o direito de fazer ou de não fazer o que a lei não proíbe; o direito à igualdade perante a lei, que é o direito de cada um receber o que a cada um

pertence; o direito à intimidade e à inviolabilidade do domicílio; o direito à propriedade e o de conservá-la; o direito de organizar livremente sindicatos de trabalhadores, para que estes possam lutar em defesa de seus interesses; o direito à presunção de inocência, dos que não forem declarados culpados, em processo regular; o direito de imediata e ampla defesa dos que forem acusados de ter praticado ato ilícito; o direito de não ser preso, à exceção dos casos previsto em lei; o direito de não ser mantido preso, em regime de incomunicabilidade, à exceção dos casos da lei; o direito de não ser condenado a nenhuma pena que a lei não haja cominado antes do delito; o direito de nunca ser submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante; o direito de pedir a manifestação do Poder Judiciário sempre que houver interesse legítimo de alguém; o direito irrestrito de impetrar *habeas corpus*; o direito de ter juízes e tribunais independentes, com prerrogativas que os tornem refratários a injunções de qualquer ordem; o direito de ter uma imprensa livre; o direito de fruir das obras de arte e cultura, sem cortes e restrições; o direito de exprimir o pensamento, sem qualquer censura, ressalvadas as penas legalmente previstas, para os crimes de calúnia, difamação e injúria; o direito de resposta; e o direito de reunião e associação.

Tais direitos são valores soberanos. São ideais que inspiram as ordenações jurídicas das nações verdadeiramente civilizadas. São princípios formadores do Estado de direito.

Fiquemos apenas com o essencial.

O que queremos é ordem. Somos contrários a qualquer tipo de subversão. Mas a ordem que queremos é a ordem do Estado de direito.

A consciência jurídica do Brasil quer uma cousa só: o Estado de direito, já.

Outro documento representativo do sentimento constitucional brasileiro é o discurso de promulgação da Constituição Federal vigente pelo deputado Ulysses Guimarães³, então presidente da constituinte. Tal discurso iniciou ressaltando que a Constituição que se promulgava era o "estatuto do homem, da liberdade e da democracia" – e, posteriormente, que a Constituição deveria ser conceituada como "a Constituição coragem, a Constituição cidadã, a Constituição federativa, a Constituição representativa e participativa, a Constituição do governo síntese Executivo-Legislativo, a Constituição fiscalizadora"⁴. Tal ponderação reforçou, portanto, valores que já se encontravam presentes na *Oração aos moços*, de Ruy Barbosa – a saber: liberdade, moralidade e democracia. E, em especial, que a referida Carta representava as reivindicações das ruas para que a Nação mudasse, ressaltando que a referida Constituição "mudou na sua elaboração, mudou na definição dos poderes, mudou restaurando a Federação, mudou quando quer mudar o homem em cidadão, e só é cidadão quem ganha justo e suficiente salário, lê e escreve,

mora, tem hospital e remédio, lazer quando descansa⁵". E que a Constituição pretende ser a voz, a letra, a vontade política da sociedade rumo à mudança.

Cabe mencionar, também, que no referido discurso foi reconhecido que a Constituição não era um documento perfeito e, portanto, perpétuo. Tanto que reconhecia em seus enunciados a possibilidade de ser reformada. Reconhecia-se, assim, que somente pelo poder constituinte derivado é que deveria ser possível a alteração dos enunciados constitucionais – não se reconhecendo à época que a Constituição Federal pudesse vir a ser alterada pela criação de normas materialmente constitucionais por meio do Poder Judiciário (em especial, pelo STF quando do exercício da jurisdição abstrata ou concreta). Inclusive, nesse sentido, reforçando que os enunciados constitucionais deverão ser observados sempre, mesmo que com eles se discorde ou divirja, porque não poderiam ser afrontados nunca – afirmando-se, ainda, que os traidores da Constituição se equiparariam a traidores da própria Pátria. Em especial, porque a persistência da Constituição Federal é a sobrevivência da democracia (participativa e representativa); devendo-se, portanto, mantê-la incólume a fim de se afastar qualquer hipótese de ditadura, tirania. Devendo-se rechaçar qualquer hipótese de nova constituinte para não se flertar com possíveis golpes constitucionais.

Entretanto, cabe mencionar que o discurso relembrou que o nosso Estado foi constituído sob a compreensão da preeminência da sociedade sobre o Estado (a qual pode ser representada pelo lema da insurreição nativa de Tabocas e Guararapes de que "desobedecer a El-Rei, para servir a El-Rei"). E que, portanto, admitir-se-ia apenas desobedecer a Constituição se fosse para servir à própria Constituição.

Outros pontos importantes do discurso do deputado Ulysses Guimarães quando da promulgação da Constituição é quando afirma que "o inimigo mortal do homem é a miséria. O Estado de direito, conseqüente da igualdade, não pode conviver com estado de miséria⁶". E quando afirma que "a Federação é a unidade na desigualdade, é a coesão pela autonomia das províncias⁷". Devendo a Federação ser sinônimo de governabilidade e esta ser compreendida, além do mero equilíbrio federativo de competências políticas, como expressão de solidariedade na medida em que os entes federativos mais prósperos devem colaborar com os menos desenvolvidos – reconhecendo, inclusive, que o maior poder fiscal deveria estar nos municípios e nos Estados, porque é nesses entes federativos que os cidadãos vivem e é neles que as suas necessidades devem ser atendidas.

Ressalte-se, ainda, como icônica a quase profecia enunciada pelo deputado Ulysses Guimarães de que a corrupção, como cupim que suja a República, deveria ser combatida. Que todos deveriam ter muito clara a compre-

ensão do “primeiro mandamento da moral pública”, a saber: “não roubar, não deixar roubar, pôr na cadeia quem roube⁸”.

Tal discurso, portanto, reforçou a compreensão de que a Constituição Federal de 1988 é uma Carta cidadã e que, portanto, deve colocar o indivíduo em primeiro lugar sempre! Os esforços da sociedade e do Estado devem ser solidários sempre para a proteção e promoção da dignidade do ser humano – inclusive, o das gerações futuras. E, também, que a Federação brasileira goza de uma estrutura própria por elevar os municípios à condição de membros efetivos da Federação – devendo, portanto, gozar não apenas de deveres constitucionais, mas, sobretudo, de recursos financeiros (próprios ou não) necessários para a implementação das políticas públicas indispensáveis para a implantação do efetivo Estado social que os enunciados constitucionais desenharam.

Tais elementos fortaleceram um sentimento constitucional que possibilitou com que a Constituinte de 1987 resgatasse os valores constitucionais pretéritos e possibilitasse a formação de uma Constituinte efetivamente popular – distanciando-se, por consequência, dos movimentos constitucionais que impuseram Cartas Constitucionais outorgadas pelos presidentes da República⁹.

Nesse sentido, Paulo Bonavides e Paes de Andrade (1991, pág. 451) reconheceram que seria impossível compreender a missão cumprida pela Assembleia Nacional Constituinte sem o exame preliminar das suas nascentes políticas, visto que essas foram definidoras da natureza, do cunho e da qualidade daquele colégio soberano – o qual foi o mais singular de toda a nossa história constitucional. Em especial, pouco se pode compreender da estrutura constitucional da presente Carta política sem a devida análise do processo constituinte, porque esse foi singular na divisão dos trabalhos constituintes entre comissões, subcomissões e da própria redação e sistematização dos trabalhos constituintes da Assembleia Nacional Constituinte, bem como da análise e incorporação das propostas populares e dos intensos lobbies das mais variadas categorias econômico-profissionais¹⁰ estatais, paraestatais e privadas.

A Constituição Federal de 1988 foi, portanto, produto de sua história constitucional e dos anseios sociais. Nesse sentido, Paulo Bonavides e Paes de Andrade (1991, págs. 454-455) relatam que:

Inaugurados os trabalhos da Constituinte, a Assembleia se viu diante de uma perplexidade: não sabia por onde principiar, não dispunha de um texto que lhe servisse de base ou de ponto de apoio, não tinha método, por onde levar a cabo a difícil incumbência. Encontrava-se, por conseguinte, numa situação muito mais desconfortável do que a de todas as Constituintes que a precederam.

Com efeito, o governo não considerou o anteprojeto da Comissão Afonso Arinos um projeto do governo, mas um simples texto de curiosidades e sugestões, ao mesmo nível de quantos haviam sido elaborados e oferecidos à Assembleia por juristas insuladamente ou por entidades da sociedade civil, como a OAB, do Rio Grande do Sul. Em suma, tinham os constituintes de partir do ponto zero.

Talvez por isso mesmo, a Assembleia Nacional Constituinte tenha, por um lado, possibilitado ampla discussão sobre o texto constitucional e, de outro, gerado desalinho na sua linguagem e fragilidade da redação de vários enunciados constitucionais – por exemplo, prevendo mecanismos parlamentaristas (v. g., a previsão de medida provisória) para um regime presidencialista (ou parlamentarista híbrido), o qual deveria ser confirmado em processo de revisão constitucional após a promulgação da Carta Constitucional.

Nesse sentido, José Fogaça no livro *1988: segredos da constituinte – os vinte meses que agitaram e mudaram o Brasil* (2017, pág. 150) reconhece que “o carro da Constituinte só tinha farol traseiro”. O que resultou em uma “Constituição poliédrica, com muitos lados. Na maioria se acertou, tanto que nós temos o maior período da vida republicana sem golpe de Estado. Isso é uma grande conquista”.

A CONSTITUIÇÃO: HOJE

Assim, a Constituição Federal de 1988 resgatou os valores democráticos brasileiros e promoveu uma estabilidade constitucional – dissociando-se, assim, dos ares totalitários das cartas constitucionais de 1967 e 1969, bem como das constituições promulgadas em 1934 e 1946, que, apesar de promoverem avanços constitucionais em direitos fundamentais e na estruturação do Estado brasileiro, visavam à preservação política de grupos aristocráticos regionais; inclusive, a Constituição vigente foi a primeira em nossa história constitucional a não ser originada em uma ruptura anterior de instituições¹¹ e uma das poucas em nossa história constitucional a ser derivada de uma assembleia constituinte com intensa participação popular. Isso porque a presente Carta Constitucional procurou refletir, portanto, o sentimento constitucional que influenciou a história política brasileira (que possibilitou, inclusive, o levante constitucional de 1932), o qual pode ser compreendido como o equilíbrio entre forças opostas (v. g., entre conservadores e liberais, no império e na promulgação da República, em 1889; entre presidencialistas e parlamentaristas na República Velha) que preservava direitos e interesses na mesma medida em que promovia importantes mudanças sociais – como

a extensão da cidadania ativa, a inclusão de direitos sociais, a ampliação das garantias jurisdicionais, a preservação do patrimônio imaterial e ambiental e a recondução de grupos minoritários ao seio constitucional. Em especial, a Constituição Federal de 1988 buscou reforçar a igualdade, em todos os campos possíveis, e o equilíbrio democrático e federativo – mesmo que mantendo condições constitucionais que desequilibram, na prática, a nossa Federação (por exemplo, o crescimento das competências estaduais e municipais sem o efetivo poder tributário para fazer frente às necessidades advindas de sua concretização) – mediante o reconhecimento de que o Estado brasileiro se funda na solidariedade intrageracional, no respeito à dignidade humana, no diálogo das fontes protetivas ao indivíduo e na concretização dos mais elevados direitos fundamentais.

Assim, a Constituição Federal de 1988 conferiu direitos em profusão para empregados e patrões, para indígenas, quilombolas e proprietários rurais; concedeu mais benefícios do que deveres aos cidadãos e aos próprios representantes do Estado. Inflou os enunciados formalmente constitucionais e delegou à legislação infraconstitucional a concretização de um sem-número de enunciados constitucionais materiais – o que possibilitou, inclusive, longa discussão se os direitos constitucionais seriam ou não de eficácia plena ou contida ou se seriam meras normas programáticas, principiológicas. Talvez tal relação (e condição) tenha possibilitado, inclusive, com que ela se mantivesse, apesar das inúmeras emendas, hígida no tempo.

Mas a Constituição Federal tem sofrido ataques indiretos à sua materialidade constitucional. Em especial, o STF tem promovido, sob os auspícios de um neoconstitucionalismo e de uma leitura contramajoritária, verdadeiras modificações materiais nos enunciados constitucionais pela reinterpretção (e, por que não, reescrita) de seus enunciados. Tal “modernização constitucional” se reveste, por vezes, de mera mutação constitucional; mas, em outros tantos casos, é transmutada pela via atípica do ativismo constitucional.

A CONSTITUIÇÃO: AMANHÃ

Se o leitor fizer, em conjunto com o autor deste estudo, uma análise mediúnica sobre os próximos anos da Constituição Federal de 1988, possivelmente encontraremos uma Constituição Federal bem modificada.

No momento atual, encontra-se em fase avançada proposta de emenda constitucional para reformar por mais uma vez o sistema previdenciário brasileiro – o que, por si só, possibilitará a modificação de vários enuncia-

dos constitucionais em um curto período de tempo, mas não evitará que os enunciados alterados e outros não sofram novas alterações em um futuro próximo se a votação da referida proposta de emenda constitucional vier a ser aprovada como, no momento, está para ser aprovada; em especial, porque a referida proposta de emenda constitucional acaba por não enfrentar algumas das questões conexas à Previdência de forma mais atenta, o que possibilitará com que o tema volte a ser enfrentado na próxima década. Situação que fará com que a Constituição Federal tenha reforçada, mais uma vez, a sua condição de imperfeita.

Além disso, provavelmente, a Constituição Federal de 1988 deverá sofrer outros ajustes. Em especial, no sistema tributário, no sistema político e no próprio equilíbrio federativo.

No tocante ao sistema tributário, como a sociedade já percebeu que é impossível manter e elevar o nível de tributação para ofertar recursos adicionais ao modelo de Estado social criado pela própria Constituição Federal de 1988, os contribuintes passaram a exigir modificações na estrutura tributária constitucional, na medida em que, estando o exercício da solidariedade tributária além do ponto de Pareto eficiente, compreenderam que o sistema tributário precisa ser revisto para conferir uma melhor estrutura tributária a si próprios, aos agentes econômicos e, também, ao próprio Estado, porque: a matriz tributária brasileira confere maiores competências ao poder central em vez de conferir aos entes federativos mais próximos dos contribuintes e dos sujeitos das políticas públicas; porque está estabelecida de forma a onerar mais a produção e o consumo do que a geração de renda e de patrimônio (condição, inclusive, que ofende a própria estrutura axiológica constitucional, pois não possibilita que os pobres sejam menos tributados do que os mais ricos – elemento indispensável para a concretização dos princípios da capacidade contributiva, da preservação do mínimo essencial, da proteção dos desvalidos, da igualdade e da diminuição das desigualdades); porque ainda busca tributar relações econômicas de forma analógica e intranacional em mundo econômico cada vez mais internacionalizado e digital; porque desestimula a criação e o desenvolvimento regional, visto que agrava a competição irracional entre os entes federativos pelos investimentos e consumo dos agentes econômicos; porque não será capaz de fazer frente aos possíveis acordos econômicos com blocos comerciais e não resolverá o problema do alto custo tributário nas relações com o próprio Mercosul; e porque não foi suficientemente capaz de preservar o contribuinte de inconstitucionalidades e de possibilitar, de forma eficaz e célere, a não devolução de valores arrecadados de forma indevida ou a não tributação de relações econômicas que não deveriam há muito serem mais tributadas (por exemplo, bens de capital, bens de uso e consumo, produtos e serviços exportados, etc.).

Em relação ao sistema político, provavelmente o leitor deste texto perceberá nos próximos anos, em se mantendo a Constituição Federal de 1988 em vigor, que o sistema político foi atualizado perante a compreensão, cada vez menos latente, de que há uma efetiva não representação política no Brasil em face do sistema político eleitoral privilegiar os partidos políticos e os seus "caciques" em relação aos candidatos eleitos e aos candidatos não eleitos frente ao sistema proporcional ainda vigente nesse jubileu.

Além disso, em face do sistema político partidário "hiperplasiado", a sociedade tem aumentado as críticas em relação: ao impedimento de candidaturas não filiadas a partidos políticos; ao sistema de representação eleitoral; ao modelo de financiamento dos partidos políticos; às garantias processuais conferidas aos agentes políticos; à baixa possibilidade de responsabilidades civil e criminal dos agentes políticos em face de crimes comuns; e, entre outras, à quantidade de representantes na Câmara Federal e no Senado Federal.

DESEQUILÍBRIOS CONSTITUCIONAIS

Governos, parlamentos e cortes constitucionais podem ser contramajoritários ou contraminoritários porque são fundamentalmente órgãos políticos e, portanto, fortemente influenciados pelas pressões sociais. Logo, tais instituições são ocupadas por agentes políticos que visam a manter ou ocupar espaços próprios em relação aos seus opositores – tanto no campo político-partidário quanto no filosófico, religioso, moral, econômico, sexual e aristocrático – e, por consequência, conter os avanços das forças políticas que lhes são opostas. E, portanto, seus agentes são passíveis de cometerem possíveis abusos e atos antidemocráticos.

Por consequência, constituições expressam, de certa forma, essas forças políticas e seus anseios quando da estruturação dos Poderes Estatais, da definição dos limites desses mecanismos de freios e contrapesos institucionais necessários para a preservação da sociedade, do Estado e do próprio sistema jurídico necessário para suportar as pressões internas e externas que uma comunidade política, em um dado território, sofre daquelas forças. Mas não apenas isso. As constituições são mais do que meros instrumentos políticos, do que um conjunto de enunciados jurídicos de máxima validade, do que um sistema de promoção ou proteção social frente aos possíveis grupos, porque são a expressão máxima de um sentimento popular, dos anseios e valores sociais. São como lanternas que iluminam o caminho a ser seguido e nos possibilitam olhar, mesmo que sem a mesma clareza, o passado trilhado que nos levou até

um determinado lugar. São, portanto, elementos de estabilidade social, porque relembram o passado, confirmam o presente e assentam o desejo de futuro.

A Constituição é, portanto, o elemento que possibilita com que governos, parlamentos e cortes não cometam abusos ou desequilíbrios em um Estado de direito.

Apesar disso, nosso sistema constitucional tem sofrido vários ataques por parte do governo, do Parlamento e das cortes jurisdicionais – o que têm gerado sérios desequilíbrios à ordem constitucional.

Crescente foi a quantidade de normas declaradas inconstitucionais pelo Poder Judiciário brasileiro – o que demonstra que o Parlamento e o Poder Executivo não têm conseguido evitar ataques à ordem constitucional. Mas, como mencionado, também o Poder Judiciário é agente deflagrador de ataques à Constituição, o que tem provocado inúmeros distúrbios constitucionais em nosso Estado de direito democrático.

Essa situação, somada à tese da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, tem possibilitado com que agentes comunicantes não legítimos (*i. e.*, não pertencentes ao Poder Legislativo ou Judiciário) se ponham a discorrer sobre possíveis interpretações dos enunciados constitucionais e a exigir dos comunicantes legítimos que reconheçam possíveis mutações constitucionais, modificações ou interpretações sobre normas constitucionais, o que tem gerado uma crise de interpretação constante sobre qual o efetivo significado de alguns enunciados constitucionais, bem como qual a limitação semântica de alguns dos signos constitucionais e, principalmente, qual a visão constitucional que deve prevalecer para o sistema jurídico brasileiro – e, sobretudo, para a sociedade.

Tal situação tem gerado crises institucionais entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo e entre esses e a própria sociedade, além de estimular a própria mutação constitucional – distanciando-se, assim, da compreensão exposta por Goffredo da Silva Telles e por Ulysses Guimarães de que a Constituição precisa ser protegida das incessantes modificações advindas dos interesses sociais (tanto que prevê as hipóteses materiais que impedem sua modificação, bem como um processo legislativo específico para tanto). O que, por consequência, tem levado à tentativa de se afastar a compreensão de que a Carta Política tem de ser produto do poder, e nunca da força, na medida em que alguns “legitimados”, mesmo não apresentando legitimidade constituinte para tanto, se arrogam a condição de “representantes legítimos” para exercer o poder de se corrigir o texto constitucional a fim de atingir o nosso sentimento constitucional. E isso, a graves distúrbios constitucionais que fragilizam nosso sentimento constitucional.

Alguns exemplos de distúrbios que se tornam presentes em nosso sistema constitucional. A mutação constitucional e a “superafetação” de poderes pelo STF.

A mutação constitucional é, portanto, uma forma ilegítima de modificação constitucional – a fim de evidenciar que essa situação foi a alteração semântica, fora dos parâmetros constitucionais, do que seja família, contido no art. 226 da Constituição Federal de 1988, ou a permissão de se proceder a aborto para interrupção da vida intrauterina. E, portanto, algo fora do parâmetro do Estado de direito adotado pela nossa Carta Política atual. Devendo, por isso mesmo, ser combatida. Do contrário, a estabilidade da Constituição sofrerá forte diminuição e, conseqüentemente, possibilitará a “esterilização” de enunciados constitucionais quando esses forem contrários a interesses de determinados grupos de intérpretes constitucionais.

Outro desequilíbrio constitucional presente em nosso sistema: a “superafetação” do STF para discutir a extensão semântica das normas constitucionais – em especial, dos princípios e normas programáticas constitucionais. Qualquer discussão jurídica nacional passa a ser uma discussão constitucional porque afronta ou toca em algum princípio ou valor constitucional, e, portanto, carece de análise por parte do STF como último intérprete dos enunciados constitucionais. Da compreensão de meio ambiente a quem deve ser o campeão brasileiro de futebol. Se o condenado em segunda instância pode iniciar o cumprimento da pena a se alguém que seja réu em processo judicial por crime comum pode ou não estar na linha de sucessão presidencial. Assim, o STF passa a ser o grande oráculo da República, porque qualquer assunto, tema ou interesse é, em grandes linhas, matéria constitucional. Situação que faz com que esse órgão do Poder Judiciário ganhe responsabilidade e poder muito além do que o almejado pelos constituintes e pela própria sociedade – tanto que a imprensa passa a reverberar diuturnamente as opiniões dos ministros do STF sobre todos os assuntos sociais.

Ainda sobre a atuação do Supremo Tribunal Federal. A Corte Constitucional tem realizado, nos últimos anos, verdadeira “tortura” aos princípios constitucionais porque se utiliza deles, sem o menor pudor, para informar que algo é constitucional ou inconstitucional, a depender dos interesses sociais representados nas discussões constitucionais. O que faz com que não haja uma estabilidade semântica para a construção do que seja um determinado princípio ou valor constitucional. Por vezes, inclusive, determinados princípios têm seu conteúdo alargado ou diminuído para proteger como constitucional determinadas normas ou para afastar essas mesmas normas frente a outras situações. Isso ocorre, em especial, quando princípios ou expressões constitucionais não apresentam um significado muito restrito, como quando estamos diante do que seja “dignidade da pessoa humana” ou do que seja “função social” de algo, bem como quando um determinado valor possa ser ampliado ou restringido sem que haja a sua perda de eficácia – exemplo: a

liberdade de expressão acoberta o livre discurso dos parlamentares, mas é afastado para punir um parlamentar quando o discurso desse é contrário ao “politicamente correto ou aceitável” por parcela política da sociedade.

Outro exemplo de ativismo – e, por que não, de tortura aos enunciados constitucionais –, por parte do STF, que tem provocado sério distúrbio constitucional: a mutação dos processos de declaração de inconstitucionalidade. Recentemente, o Supremo Tribunal Federal passou a compreender que a sistemática constitucional de interpretação abstrata e difusa não deveria ser aplicada mais no Brasil, mesmo com normas constitucionais prevendo apenas essas hipóteses e os efeitos de suas decisões (artigos 52, X, e 102, §2º, da Constituição Federal de 1988), porque começou a compreender como passível, mesmo sem previsão constitucional ou infraconstitucional, a técnica da “abstratização do controle difuso” (“transcendência dos motivos determinantes”) – o que possibilita conferir efeitos *erga omnes* (próprio do sistema abstrato e concentrado) para decisões no sistema difuso de interpretação constitucional, sem a anuência do Senado Federal. Técnica que não é legítima perante a nossa Constituição, porque é contrária à separação e independência dos poderes previstos na nossa Carta Política. E que possibilita um grave desequilíbrio constitucional, pois afasta uma das competências do Senado Federal e confere poder ao Supremo Tribunal Federal, que não foi anteriormente previsto e autorizado pelos legisladores constituintes – sem o consentimento da sociedade e sem legitimidade constitucional.

Tais desequilíbrios têm provocado abusos e atos antidemocráticos, anticonstitucionais. E, conseqüentemente, têm colocado em risco a nossa Constituição. Assim, a sociedade – e o próprio Conselho Superior de Direito da FecomercioSP – deve se manter vigilante perante essas situações para possibilitar com que nossa Constituição permaneça hígida, válida e eficaz nos próximos anos. E, por consequência, para que seja mantido nosso Estado de direito, nossa democracia.

BIBLIOGRAFIA

AMAR, Akhil Reed. *America's unwritten constitution: the precedents and principles we live*. New York: Basic Books, 2012.

BONAVIDES, Paulo e ANDRADE, Paes. *História constitucional do Brasil*, 3ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

CARVALHO, Luiz Maklouf. *1988: segredos da constituinte – os vinte meses que agitaram e mudaram o Brasil*. Rio de Janeiro: Record, 2017.

1

AMAR, Akhil Reed. *America's unwritten constitution: the precedents and principles we live*. New York: Basic Books, 2012, pág. 245.

2

AMAR, Akhil Reed. *America's unwritten constitution: the precedents and principles we live*. New York: Basic Books, 2012, pág. 247.

3

Vide discurso de promulgação da Constituição Federal de 1988, em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/plenario/discursos/escrivendohistoria/25-anos-da-constituicao-de-1988/constituente-1987-1988/pdf/Ulysses%20Guimaraes%20-%20DISCURSO%20%20REVISADO.pdf> acessado em 30/6/2019.

4

Vide discurso de promulgação da Constituição Federal de 1988, em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/plenario/discursos/escrivendohistoria/25-anos-da-constituicao-de-1988/constituente-1987-1988/pdf/Ulysses%20Guimaraes%20-%20DISCURSO%20%20REVISADO.pdf> acessado em 30/6/2019.

5

Vide discurso de promulgação da Constituição Federal de 1988, em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/plenario/discursos/escrivendohistoria/25-anos-da-constituicao-de-1988/constituente-1987-1988/pdf/Ulysses%20Guimaraes%20-%20DISCURSO%20%20REVISADO.pdf> acessado em 30/6/2019.

6

Vide discurso de promulgação da Constituição Federal de 1988, em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/plenario/discursos/escrivendohistoria/25-anos-da-constituicao-de-1988/constituente-1987-1988/pdf/Ulysses%20Guimaraes%20-%20DISCURSO%20%20REVISADO.pdf> acessado em 30.06.2019.

7

Vide discurso de promulgação da Constituição Federal de 1988, em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/plenario/discursos/escrivendohistoria/25-anos-da-constituicao-de-1988/constituente-1987-1988/pdf/Ulysses%20Guimaraes%20-%20DISCURSO%20%20REVISADO.pdf> acessado em 30.06.2019.

8

Vide discurso de promulgação da Constituição Federal de 1988, em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/plenario/discursos/escrevendohistoria/25-anos-da-constituicao-de-1988/constituente-1987-1988/pdf/Ulysses%20Guimaraes%20-%20DISCURSO%20%20REVISADO.pdf> acessado em 30/6/2019.

9

Ressalte-se, inclusive, que a Constituição Federal de 1988 se afastou do texto-base indicado pela própria Comissão Afonso Arinos, a qual foi formada para desenvolver pesquisas e estudos fundamentais que serviriam de base para o “projeto” de Constituição. Paulo Bonavides e Paes de Andrade ressaltam que o presidente Sarney, ao receber o projeto de Constituição da Comissão Afonso Arinos, disse, em agradecimento, que o referido relatório era muito mais do que uma proposta e que deveria ser compreendido como um “acervo de contribuições para a reflexão dos futuros integrantes da Assembleia Nacional Constituinte”, porque refletia “sugestões dos mais diversos setores da sociedade brasileira” (BONAVIDES, Paulo e ANDRADE, Paes. *História constitucional do Brasil*, pág. 453).

10

Bonavides e Paes de Andrade reconhecem que o modelo adotado pela Assembleia Nacional Constituinte “solucionou o problema participativo” e “salvou também o caráter paritário da titularidade constituinte no exercício objetivo da função naquele momento inicial”. Contudo, “não evitou o afluxo caudaloso de matérias, muitas estranhas à natureza constitucional” (1991, pág. 456).

11

Nesse sentido, ver: BONAVIDES e PAES DE ANDRADE, 1991, pág. 451.

— EXPECTATIVAS
E BALANÇO DOS
TRINTA ANOS DA
CONSTITUIÇÃO
FEDERAL DE 1988

SAMANTHA RIBEIRO MEYER-PFLUG MARQUES

—
Doutora e mestre em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, PUC-SP. Advogada. Integrante do Conselho Superior de Estudos Jurídicos da FecomercioSP e membro do Conselho de Estudos Avançados da Fiesp (Consea). Membro da Academia Paulista de Letras Jurídicas e da Academia Internacional de Direito e Economia. Professora do programa de mestrado em Direito da Universidade Nove de Julho (Uninove).

SAMANTHA RIBEIRO
MEYER-PFLUG MARQUES

—

INTRODUÇÃO

A

A Constituição Federal, promulgada em 5 de outubro de 1988, instituiu o Estado democrático de direito após o fim do regime militar. Já possui 30 anos de vigência, representando o mais longo período democrático da história do Brasil. Vale dizer que, nesse período, o País enfrentou dois processos de impeachment de presidentes da República legitimamente eleitos pelo povo, na mais estrita observância dos preceitos constitucionais e legais, sem que houvesse ruptura da ordem constitucional vigente.

O processo constituinte brasileiro teve algumas peculiaridades que acabaram por interferir no conteúdo do texto da Constituição da República. Ela não foi fruto de uma assembleia legislativa genuína, na medida em que os próprios deputados e senadores se reuniram em uma assembleia constituinte, elaboraram o texto e, após a sua apresentação, continuaram com seus mandatos. Não houve uma convocação apenas para a criação de uma assembleia constituinte que elaborasse exclusivamente o texto da Constituição e depois fosse dissolvida, sem que seus membros continuassem no poder. Em outras palavras, os próprios parlamentares, entre eles, inclusive, os senadores biônicos que não foram eleitos pelo povo, participaram da constituinte. Há, portanto, um déficit de legitimidade no processo constituinte.

O fato de ter sido elaborada pelo próprio Congresso Nacional, ou seja, pelos parlamentares que são vinculados a diversos partidos políticos, possibilitou que os mais diversos grupos de interesse (magistrados, empresários, Ministério Público, professores, ruralistas, índios, minorias, entre outros) influenciassem bastante o texto constitucional.

Trata-se de uma Constituição bastante extensa, contendo 230 artigos, inspirada na Constituição Portuguesa, denominada por Joaquim Gomes

Canotilho como “Constituição Dirigente”, pois se assemelha a um verdadeiro plano de governo.

Mesmo com a presença de diversos princípios contidos em seu texto, a Constituição de 1988 tem um nítido caráter analítico, pois abarca diversos assuntos em detalhes, tratando, muitas vezes, de matérias que seriam mais bem normatizadas pela legislação ordinária, por exemplo, a Previdência Social e os direitos trabalhistas. Esse caráter analítico, para não dizer casuístico, como denominava o Professor Ney Prado, dificulta sobremaneira a governabilidade do País. Tanto é assim que qualquer implementação de uma reforma da Previdência tem de ser feita por meio da edição de uma emenda constitucional. Tal fenômeno é facilmente identificável nos anos de vigência da Carta Magna, independentemente de quem esteja no exercício do poder, partido de direita ou de esquerda. Todos levaram a efeito alterações no texto constitucional para implementarem suas políticas de governo.

As emendas constitucionais, para serem aprovadas, exigem um processo legislativo mais solene e rigoroso do que o exigido para as demais leis, qual seja, aprovação por três quintos dos membros de cada Casa e votação em dois turnos. Demanda, portanto, uma articulação do governo no sentido de mobilizar a sua base para alcançar o quórum qualificado e aprovar as reformas pretendidas.

A despeito do caráter dificultoso do processo legislativo de aprovação de emendas à Constituição, nesses 30 anos, a Constituição já sofreu seis emendas revisionais, nos cinco anos após a sua edição, e 101 emendas constitucionais até julho de 2019. Esse número excessivo de emendas constitucionais acaba por comprometer a unidade e coerência do texto constitucional, além de dificultar sua compreensão. Qualquer mudança na Constituição tem um impacto direto nas demais leis do ordenamento jurídico, na medida em que devem estar em consonância com o seu teor, sob pena de incidirem no vício da inconstitucionalidade.

A Constituição de 1988 trouxe inúmeras inovações e avanços que foram se consolidando ao longo de sua vigência. Nesse sentido, salienta-se a presença de um amplo rol de direitos e garantias fundamentais; a proteção ao meio ambiente; a democracia participativa; a autonomia conferida ao Ministério Público; a ampliação do acesso à justiça pelo cidadão; as criações da defensoria pública e da advocacia pública; o aperfeiçoamento do sistema de controle de constitucionalidade; e a maior independência do Poder Judiciário. Contudo, destacar-se-á nesse estudo os avanços nos direitos fundamentais, em especial dos direitos sociais e a atuação do Poder Judiciário, tendo em vista a repercussão que tais temas ocasionam na sociedade.

1. DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

A Constituição de 1988 também é denominada “Constituição Cidadã”, em virtude do amplo tratamento conferido aos direitos e garantias fundamentais, que se constituem em cláusulas pétreas, ou seja, “cláusulas imodificáveis pelo poder de reforma”¹. Não podem ser objeto de supressão por meio de emenda constitucional. Trata-se de extensivo rol de direitos que se constituem numa verdadeira carta de direitos do cidadão. Houve um significativo aumento da previsão de direitos individuais em relação ao disposto na Constituição de 1967, bem como dos meios para garanti-los.

Ela dispõe logo em seu título II sobre os “Direitos e garantias fundamentais”, de modo que tais direitos acabam por se irradiar pelo sistema normativo, estabelecendo que as demais normas sejam interpretadas em conformidade com o seu conteúdo. É dividido em cinco capítulos, sendo o primeiro destinado ao tratamento dos direitos e deveres individuais e coletivos. São os direitos de primeira dimensão, que se caracterizam por serem direitos do indivíduo oponíveis ao Estado e que prestigiam o homem enquanto indivíduo. São direitos que limitam a atuação do ente estatal.

Prestigiu o texto constitucional a liberdade em seus mais diversos aspectos. Nos incisos do art. 5º, fica assegurada a liberdade de pensamento (IV), a liberdade de consciência e de crença (VI), a liberdade de expressão (IX), a liberdade de profissão (XIII), o direito à informação (XIV), a liberdade de locomoção (XV), a liberdade de reunião (XVI) e a liberdade de associação (XVII). No rol dos direitos sociais, fica estabelecido no art. 8º, *caput*, a liberdade de associação profissional ou sindical, e no art. 17, *caput*, a liberdade de criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos. No título VII, que trata das ordens econômica e financeira, é garantida, no art. 170, *caput*, IV e parágrafo único, a liberdade de iniciativa e a concorrência livre.

No título VIII, que dispõe sobre a ordem social, fica assegurada, no art. 206, II, a liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber. Por fim, no art. 220, fica garantida a liberdade de comunicação e a vedação a toda e qualquer censura de naturezas política, ideológica e artística. Verifica-se, pois, que a proteção à liberdade permeia todo o texto constitucional, irradiando-se por todas as outras disposições normativas.

Garantiu-se igualmente, na Constituição, o direito à igualdade e os direitos à propriedade, à segurança, à dignidade humana, entre outros. A igualdade é assegurada em toda sua amplitude, ou seja, abarca o seu aspecto formal consistente na impossibilidade de a lei discriminar por critérios que não sejam legítimos e também o critério material que se encontra diretamente relacionado à proteção da dignidade da pessoa humana e visa a propiciar ao indivíduo

condições para que possa usufruir em igualdade de condições dos demais bens da vida, tais como saúde, educação, moradia, alimentação e trabalho.

Também se assegurou expressamente a igualdade entre homens e mulheres nos termos da Constituição. Isso implica dizer que é autorizado ao texto constitucional fazer distinções entre homens e mulheres com vistas a assegurar a tão almejada isonomia.

O capítulo segundo, que tem seis artigos, trata dos direitos sociais, também denominados “direitos de segunda dimensão” ou direitos positivos, pois demandam do ente estatal para sua concretização a tomada de posturas positivas, ou seja, investimentos na criação e implantação de políticas públicas com vistas a concretizá-los². O art. 6º se restringe meramente a elencar quais são os direitos sociais, que apenas são aprofundados na “Ordem Social” constante do título VIII do texto constitucional, sem especificar de que maneira serão prestados. Já os artigos 7º, 8º, 9º, 10º e 11º dispõem apenas sobre os direitos dos trabalhadores. A regulamentação dos direitos sociais só é verificável no título VIII da Constituição, que cuida da “ordem social”. Os demais artigos tratam tão somente dos direitos dos trabalhadores, ou seja, daqueles que possuem vínculo empregatício³.

Consoante o disposto no texto constitucional são direitos sociais: a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a Previdência Social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados. O texto constitucional demonstrou uma grande preocupação com a garantia dos direitos sociais ao enumerá-los expressamente em seu texto, dando ampla proteção do ponto de vista normativo e impôs ao Poder Legislativo e ao Poder Executivo a necessidade de formulação e implementação de políticas públicas para assegurá-los na prática.

Ensina Joaquim José Gomes Canotilho que os direitos sociais “são autênticos direitos subjetivos inerentes ao espaço existencial do cidadão, independentemente da sua justicialidade e exequibilidade imediatas”⁴. Em virtude desse caráter social do texto constitucional é que se vislumbra o caráter dirigente de suas normas, como denominado pelo referido autor⁵.

A Constituição desempenha aqui um papel distinto à medida que impõe a realização de políticas públicas para a garantia desses direitos, chegando inclusive a vincular receitas orçamentárias que obrigatoriamente devem ser usadas na efetivação desses direitos. Por exemplo, o texto constitucional estabelece no art. 212 que “a União aplicará, anualmente, nunca menos de 18%, e os Estados, o Distrito Federal e os municípios, 25%, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino”. São as denominadas “receitas obrigatórias”.

Em virtude de os direitos sociais vincularem os demais poderes e necessitarem de verbas para serem implementados e tendo em vista a necessidade de se assegurar a força normativa da Constituição⁶, a Lei Fundamental alemã de 1949 optou por não disciplinar os direitos sociais, deixando sua regulamentação para as leis infraconstitucionais. Já nos países da América Latina, a maioria das constituições assegura um amplo rol de direitos sociais e assim deve ser, pois é necessário conferir maior eficácia a esses direitos e evitar que a legislação infraconstitucional possa retirar a fruição desses direitos pelos cidadãos. Desse modo, ao se garantir, por exemplo, a gratuidade da saúde e da educação, evita-se a privatização desses serviços.

Os poderes Executivo e Legislativo não conseguem implementar todas as políticas públicas necessárias para a efetivação desses direitos de maneira satisfatória. As razões que levam a esse insucesso são inúmeras, entre as quais se destacam os objetivos eleitorais, a própria incapacidade técnica dos agentes e a escassez de recursos. A realidade é que não há recursos suficientes para atender às demandas de maneira satisfatória.

Contudo, o Estado não pode se furtar ao oferecimento desses direitos, na medida em que se encontram expressamente constitucionalmente assegurados e são verdadeiros direitos subjetivos dos indivíduos, que no caso do seu não oferecimento de modo satisfatório pelo ente estatal, possibilitam que o indivíduo ingresse com ações no Poder Judiciário visando à sua fruição.

Os direitos sociais são direitos de implementação progressiva, pois dependem de orçamento, de recursos para tanto, contudo não são desprovidos de efeitos jurídicos⁷. Pelo contrário, todas as normas constitucionais são dotadas de uma eficácia mínima⁸. Não há norma constitucional destituída de eficácia⁹. A própria hermenêutica constitucional elenca como um dos seus postulados o da “máxima efetividade possível”, segundo o qual deve o intérprete atribuir à norma constitucional uma interpretação que lhe outorgue a maior efetividade possível¹⁰. Os intérpretes diretos da norma constitucional são o Poder Legislativo e o Poder Executivo. Ao primeiro, incumbe elaborar normas para conferirem efetividade aos direitos assegurados, e ao segundo, criar as possibilidades fáticas para tanto.

A implementação integral e imediata dos direitos sociais não é possível pela simples razão que não há recursos suficientes para garanti-los, portanto, devem ser implementados de forma gradual e isonômica. Essa difícil tarefa é imposta ao Poder Legislativo. Cabe a ele fazer as difíceis escolhas, levando em consideração os recursos existentes e as prioridades na formulação das políticas públicas. No entanto, como será visto adiante, o Supremo Tribunal Federal (STF) tem proferido decisões no sentido de implementar diretamente as políticas públicas para efetivar tais direitos.

O terceiro capítulo, por sua vez, dispõe sobre os direitos referentes à nacionalidade, a sua aquisição e perda; e o quarto capítulo, aos direitos políticos ativos e passivos. Por fim, o quinto capítulo trata dos partidos políticos.

2. JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E O ATIVISMO JUDICIAL

A Constituição se distingue das demais normas jurídicas, entre outras peculiaridades, em razão de tratar de matéria política. Nesse particular, destaca-se a definição de Constituição de Joaquim José Gomes Canotilho, ao considerá-la “o estatuto jurídico do político”¹¹. Em matéria constitucional, não é tarefa das mais fáceis distinguir o político do jurídico, pois ambos se encontram mutuamente imbricados. As normas constitucionais são dotadas de conteúdos jurídico e político, e essa é uma das características que as diferencia das demais normas que compõem o ordenamento jurídico. Trata-se de uma das peculiaridades das normas constitucionais¹².

Todavia, a despeito do caráter político das normas constitucionais, verifica-se que após a promulgação da Constituição de 1988 surge com mais ênfase no Brasil o fenômeno da judicialização da política. Explica Luís Roberto Barroso que a judicialização da política:

Significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade¹³.

Ganha relevo aqui a função desempenhada pela jurisdição constitucional, fez com que esta fosse a responsável pela solução de conflitos relevantes envolvendo matéria constitucional e política¹⁴.

É notório que a Constituição de 1988 promoveu uma judicialização da política, ao passo que incluiu expressamente em seu texto questões políticas e os próprios direitos sociais, que, como dito anteriormente, necessitam de recursos orçamentários – na maioria das vezes, escassos – e políticas públicas para serem garantidos. Observa-se que a pretensão do texto constitucional em dar maior efetividade aos direitos sociais e às normas programáticas acaba por redundar em uma “exacerbação do constituciona-

lismo sem qualquer evidência substantiva desses resultados”¹⁵. A presença desses direitos na Constituição implica a possibilidade de qualquer cidadão ingressar no Poder Judiciário para garantir a sua fruição. Tem-se aqui a judicialização desses direitos.

Deve-se considerar que ao dispor que a educação e a saúde sejam direitos de todos e deveres do Estado e da sociedade, ao elencar como objetivo fundamental da República Federativa Brasileira construir uma sociedade justa, livre e solidária (art. 2º, inc. I), entre outros princípios, o texto constitucional pressupõe um Poder Judiciário ativo na consecução dessas finalidades e na preservação dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana. No entanto, isso não significa que deve o próprio Poder Judiciário formular e implementar as políticas públicas.

Há um nítido processo de judicialização das mais diversas questões da vida em sociedade, o que acaba por reforçar cada vez mais o vínculo existente entre política e Direito. Esse vínculo é mais forte e evidente na Constituição, que se caracteriza por ser uma norma jurídica que trata de matéria política. O texto constitucional pressupõe uma democracia mais judicializada, que é aquela que encontra no Poder Judiciário a sua força regulatória e dinamizadora. Contudo, ao desempenhar esse papel mais ativo, ele não deve se descuidar de suas limitações, uma delas é a de que não deve invadir as áreas constitucionalmente asseguradas aos demais Poderes instituídos. Deve-se atentar aos limites impostos pela Constituição.

A judicialização da política é mais facilmente verificável no âmbito da aplicação dos direitos sociais. Tem-se, como visto anteriormente, que sua aplicação está diretamente relacionada à reserva do possível¹⁶, ou seja, a existência de recursos orçamentários para tanto, e também à capacidade estatal para alocá-los. Não se apresenta possível realizar todos os direitos sociais na sua amplitude máxima e de maneira imediata¹⁷. Isso seria uma ilusão e inegavelmente comprometeria o desenvolvimento econômico.

Mas não se pode reduzir a aplicação dos direitos sociais em toda a sua extensão à reserva do economicamente possível, pois esses limites não são intransponíveis¹⁸. É necessário cuidado na escolha de prioridades para a aplicação de recursos, de modo a atender aos fins essenciais colimados pela Constituição de 1988 e conciliar prestação de serviços sociais com desenvolvimento¹⁹. A partir dessa necessidade de proteção dos fins essenciais do texto constitucional, que são aqueles que decorrem diretamente da dignidade da pessoa humana, é que ganha destaque a proteção nas decisões judiciais do “mínimo existencial”. O direito ao mínimo existencial também surge na jurisprudência do Tribunal Federal Administrativo alemão em 1954²⁰.

O “mínimo existencial” pode ser compreendido como um complexo de situações materiais indispensáveis para a existência de uma vida digna em toda a sua amplitude, ou seja, em seus aspectos físico e intelectual, necessários para o desenvolvimento do indivíduo. Nesse particular, busca-se harmonizar a proteção do mínimo existencial com as prioridades orçamentárias e a reserva do possível²¹. A dignidade humana aparece como um limite à atuação dos Poderes Públicos. A dignidade da pessoa humana é o núcleo do sistema jurídico e acaba por atrair “o conteúdo de todos os direitos fundamentais”²², vinculando tanto o Poder Legislativo como o Poder Executivo e o Poder Judiciário.

Joaquim José Gomes Canotilho faz referência à expressão “garantia do mínimo social” que “resulta já do dever indeclinável dos poderes públicos de garantir a dignidade da pessoa humana e não de qualquer densificação jurídico-constitucional dos direitos sociais”²³. O STF, também inspirado na jurisprudência da Corte alemã, passou a aplicar a teoria do mínimo existencial a partir de 2005²⁴.

Firmou jurisprudência no sentido de que o STF pode adentrar no mérito das políticas em casos de abusividade governamental e em observância ao mínimo existencial. Tal posição foi apresentada inicialmente no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 45. A decisão foi proferida nos seguintes termos:

*(...) não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa, criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições mínimas de existência (...) a cláusula da reserva do possível, ressalvada a ocorrência de justo motivo, não poderá ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade*²⁵.

A função desempenhada pelo Poder Judiciário reside em observar se as normas constitucionais relativas aos direitos sociais são efetivadas e, quando necessário, conchamar o Poder Executivo para que concretize as políticas públicas constitucional e legalmente previstas²⁶. Não se pode perder de vista que a realização do Estado social e democrático de direito é uma tarefa constante e comum a todos os Poderes do Estado e aos cidadãos.

Importante registrar que os “neoconstitucionalistas” entendem que a Constituição confere ao Poder Judiciário “o novo papel de controlador político da efetivação das políticas constitucionais”²⁷. Destarte, ao se adotar essa linha de raciocínio, tem-se que admitir que a Constituição fornece elementos que possibilitam o Poder Judiciário se sobrepor à vontade das maiorias “reduzindo o espaço político”²⁸. Essa sobreposição à vontade da maioria é facilmente identificável quando se tem em vista que a quem compete constitucionalmente elaborar as políticas públicas é o Poder Legislativo. Esse poder é composto por senadores e deputados legitimamente eleitos pelo povo e que representam a vontade da maioria. O Poder Judiciário, ao adentrar no mérito das políticas públicas e também ao elaborá-las com fundamento na aplicação do mínimo existencial, sem levar em conta os recursos para tanto no campo dos direitos sociais, acaba colocando a sua interpretação acima dos representantes do povo, que representam a maioria e desfrutam de legitimidade para tanto.

O Poder Judiciário carece de legitimidade para realizar políticas públicas, na verdade, tal postura viola a própria democracia, caracterizada pela prevalência da vontade da maioria. Há um “déficit de legitimidade” nessa atuação atípica do STF²⁹. Levando-se a efeito uma interpretação sistemática do texto constitucional, quer parecer que não foi esse o intuito das normas constitucionais. Pelo contrário, o constitucional estabelece que a tarefa do Poder Judiciário não é outra senão a de “exigir ou garantir ao administrador público a concretização de políticas públicas, discutidas e aprovadas pelo Poder Legislativo”³⁰. A função dos magistrados é a de garantir a isonomia na implementação dessas políticas públicas.

A Constituição, ao prever expressamente inúmeros direitos e garantias, como visto anteriormente, tratou de estabelecer os mecanismos necessários para efetivar esses direitos, pois é sabido que todos os direitos têm um custo, ou seja, necessitam de recursos para serem implementados. Não são apenas os direitos sociais que demandam recursos; os direitos individuais, em maior ou menor grau, também dependem de orçamento para serem efetivados. Para tanto, a Constituição de 1988 incumbiu o Congresso Nacional da tarefa de elaborar o orçamento e aprovar tanto a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDOs) como a própria Lei Orçamentária Anual (LOA). Todavia, a discricionariedade do Poder Legislativo, no tocante à alocação dos recursos, não é ilimitada, pelo contrário, o texto constitucional vincula uma série de receitas para os gastos sociais. Fernando Facury Scaff define essa vinculação estabelecida pela Constituição de “orçamento mínimo social” ou “garantias constitucionais de financiamento dos direitos sociais”³¹.

A fixação desses recursos constitucionais obrigatórios para o oferecimento de determinados direitos sociais não tem o condão, contudo, de ex-

terminar a discricionariedade do legislador. Subsiste ainda um espaço para que o legislador exerça sua escolha na realização dos direitos sociais, estabelecendo, assim, suas prioridades – claro, desde que respeitados os recursos vinculados pela Constituição.

Outro aspecto diz respeito à condição do administrador público que se encontra em uma situação extremamente delicada. Isso em razão de um lado ser obrigado a cumprir a decisão judicial, uma vez que o seu não cumprimento é crime e enseja a prisão, e de outra parte ter de arcar com as consequências criminais decorrentes da desobediência do orçamento, que se encontram previstas na Lei de Improbidade Administrativa³².

Não se deve confundir o fenômeno da “judicialização da política” com o “ativismo judicial”. São fenômenos distintos. A judicialização da política é permitida pelo sistema constitucional pátrio³³. O ativismo político implica uma escolha, ou seja, o Poder Judiciário passa a adentrar em matérias referentes aos outros poderes: Legislativo e Executivo. As sociedades democráticas têm se caracterizado pela expansão da atuação do Poder Judiciário, e o fenômeno do ativismo judicial pode ser visualizado tanto no sistema judicial americano como no europeu. No entanto, o ativismo judicial entra em conflito com o princípio da separação dos poderes.

A Constituição de 1988 atribuiu ao STF a função de ser seu guardião. Nesse sentido, tem-se que o papel por ele desempenhado ganha relevância, na medida em que também é o órgão de cúpula do Poder Judiciário e responsável pelo controle de constitucionalidade abstrato e difuso. Cabe a ele a interpretação e aplicação dos princípios constitucionais.

O texto constitucional contemplou uma série de garantias aos magistrados, tornando o Poder Judiciário mais autônomo e o constituindo em um verdadeiro poder político. A ampliação da atuação do Ministério Público como órgão essencial à justiça e dotado de autonomia (funcional, administrativa e financeira) para evitar a sua subordinação aos demais órgãos estatais. Foram outorgadas garantias tanto ao organismo como aos seus membros individualmente considerados.

De igual modo, a criação da defensoria e da advocacia pública contribuiu sobremaneira para uma melhor atuação do Poder Judiciário, vez que este só atua quando provocado. Portanto, questões que antes não eram submetidas aos juizes passaram a sê-lo, na medida em que foram criados e desenvolvidos órgãos para exercer esses direitos e suscitar a controvérsia no âmbito judicial. De outra parte, a Constituição adentrou em matérias políticas, uma vez que contemplou diversos temas que seriam mais bem tratados em nível infraconstitucional, como a matéria eleitoral. Também se constitucionalizou uma série de direitos, transformando, assim, eventuais violações ao seu conteúdo em matéria judicial.

No que diz respeito ao controle de constitucionalidade, vale frisar que o Brasil adota o sistema misto, ou seja, contempla tanto o difuso (no qual qualquer juiz pode afastar a incidência de uma lei que entenda inconstitucional) quanto o concentrado (no qual o Supremo Tribunal Federal declara a inconstitucionalidade de uma lei em abstrato com efeito *erga omnes*), ampliando-se o rol de legitimados para a propositura de ações diretas no STF.

Antes do advento da “Constituição Cidadã”, o único que possuía legitimidade para propor uma ação direta de inconstitucionalidade no STF era o procurador-geral da República. Atualmente, conforme disposto no art. 103 da Constituição, são legitimados: o presidente da República e as mesas do Senado e da Câmara dos Deputados; os governadores dos Estados e do Distrito Federal, bem como as assembleias legislativas estaduais e a Câmara Legislativa do Distrito Federal; os partidos políticos com representação no Congresso Nacional, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB); e as confederações sindicais e entidades de classe de âmbito nacional. Ao aumentar o rol de legitimados, possibilitou-se que mais questões fossem submetidas ao STF.

Soma-se a isso o fato de terem sido criadas: a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), esta última em caráter residual, que permitiu a análise de situações que, segundo a jurisprudência consolidada do STF, não eram passíveis de serem apreciadas, como a análise da inconstitucionalidade de lei anterior à Constituição de 1988, de ato normativo revogado e de leis municipais.

No tocante à legislação infraconstitucional, tem-se a edição das Leis n.º 9.868/99 e n.º 9.882/99, que respectivamente tratam dos procedimentos da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), que representaram grande avanço na atuação do STF no controle de constitucionalidade abstrato. Ambas as leis contemplam a figura do *amicus curiae*, surgido no Direito americano, e possibilitam que entidades representativas da sociedade possam se fazer ouvir quando do julgamento dessas ações. Tal circunstância possibilita uma aproximação entre a sociedade e a Corte Suprema e amplia a discussão sobre a inconstitucionalidade dos atos normativos, fazendo com que a sociedade participe desse processo, bem como legitima a sua atuação.

A Emenda Constitucional n.º 45/05, conhecida como “Reforma do Judiciário”, também introduziu no ordenamento jurídico pátrio o instituto da súmula vinculante. O STF, após reiteradas decisões em matéria constitucio-

nal, pode de ofício ou por provocação, com o quórum de dois terços, editar súmula vinculante. O efeito vinculante atinge todo o Poder Judiciário e o Poder Executivo. O instituto permitiu que questões que ficavam afetadas apenas ao Poder Judiciário ganhassem maior relevo e repercussão.

Também houve a criação da *TV Justiça*, que transmite ao vivo os julgamentos do STF, fazendo com que a sociedade participe do processo e se sinta parte integrante dele. Essa transparência também colabora para o controle social exercido sobre a atividade judicial.

Todos esses elementos demonstram no Brasil o crescimento da judicialização da política e do ativismo judicial e ampliaram sobremaneira a atuação do Poder Judiciário no Estado democrático de direito.

3. ATIVISMO JUDICIAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Recentemente, o STF tem se destacado no cenário institucional brasileiro em razão da repercussão de suas decisões na sociedade, seja na implementação de políticas públicas, seja pelo caráter inovador de suas interpretações.

Cite-se, como exemplo, em matéria eleitoral a decisão sobre fidelidade partidária. Nesse caso, o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) apreciou uma consulta formulada por um parlamentar no sentido de verificar se os deputados federais eleitos pelo sistema proporcional que trocaram de partido após as eleições poderiam vir a sofrer alguma sanção, vez que a Constituição estabelece a fidelidade partidária. O parágrafo único, do artigo 17, do texto constitucional dispõe: “É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento e para adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações eleitorais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal, devendo seus estatutos estabelecerem normas de disciplina e fidelidade partidária”.

O STF, ao interpretar o dispositivo constitucional supracitado, entendeu que se o parlamentar necessita do sistema proporcional do partido político para se eleger, uma vez que tem de atingir o coeficiente eleitoral, o mandato pertence ao partido ou à coligação, e não ao parlamentar. Desse modo, se o parlamentar trocar de partido, após a eleição, para um que não faça parte da coligação que o elegeu, ele receberá como sanção a perda do mandato.

Referida decisão foi questionada no STF. Vale registrar aqui que o TSE é composto por sete ministros, dos quais três deles, incluso o presidente e o vice-presidente, são ministros do STF. A Corte Suprema, ao apreciar a matéria, confirmou a decisão do TSE deixando certo que, no sistema proporcional, o mandato pertence ao partido.

No entanto, para que se apure a infidelidade partidária, é necessário a instauração de um procedimento no âmbito do TSE no qual sejam garantidos os princípios da ampla defesa e do contraditório. Não há previsão legal para esse procedimento. Isso porque, em alguns casos, a mudança de partido pode ocorrer não em virtude de uma infidelidade do parlamentar, mas do próprio partido, que pode alterar a sua plataforma política, ou até mesmo nos casos em que esse parlamentar vem sofrendo perseguição dentro do seu partido por eventuais desafetos políticos. Nesses casos, não se pode apená-lo, daí a razão da instauração desse procedimento.

Esse procedimento foi criado nesta decisão do STF, vez que não havia previsão no âmbito do regimento interno do TSE. De outra parte, o tema da fidelidade partidária era um dos aspectos a ser debatido na Reforma Política que se encontrava em discussão no Congresso Nacional, mas que em razão dos interesses em jogo e da complexidade da matéria, acabou por não ser aprovada. Daí causar surpresa a decisão do TSE, confirmada pelo STF, não há de se negar a atender a uma demanda da sociedade e dar concretude ao princípio da moralidade pública expressamente previsto no texto constitucional.

Outra decisão relevante versa sobre o mandado de injunção criado pela Constituição de 1988 e que se constitui em relevante instrumento no combate à omissão inconstitucional, no controle difuso de constitucionalidade. É uma ação constitucional que dispõe o indivíduo para garantir eficazmente o exercício de um direito relativo à nacionalidade, soberania e cidadania previsto na Constituição e que se encontra obstado por omissão do órgão competente para editar a norma regulamentadora.

A ausência da legislação regulamentadora pode dar-se pelos mais diversos motivos: falta de vontade política, alta complexidade da matéria, excesso de medidas provisórias – que acabam por inibir a produção legislativa –, entre outras. Ressalte-se que tanto o excesso como a ausência de leis podem violar a Constituição. Para Louis Favoreu, “O Parlamento ‘pode fazer mal’ e, em seu seio, a maioria pode oprimir”³⁴. O papel do tribunal constitucional é justamente o de evitar esses abusos.

A jurisprudência do STF sofreu ao longo dos anos, na matéria, importantes modificações, no entanto, estas não se mostraram suficientemente eficazes para garantir o exercício do direito assegurado no texto constitucional de maneira plena. No julgamento dos mandados de injunção n.º 712 e n.º 670, os votos proferidos por seus respectivos relatores, quais sejam, min. Eros Roberto Grau e min. Gilmar Mendes, indicaram uma mudança nos efeitos conferidos pelo STF à decisão proferida em mandado de injunção.

Os referidos mandados de injunção se referem à ausência de regulamentação do direito de greve dos servidores públicos assegurado no art. 37,

inc. VII, do texto constitucional. Interessante é que os votos proferidos pelos ministros foram no sentido de reconhecer a ausência de norma regulamentadora, mas em vez de simplesmente declarar a mora ou fixar prazo para a sua elaboração pelo poder competente, ou resolver a questão na possibilidade de ajuizamento no juízo comum de ação de reparação de danos – ou até mesmo declarar que após o transcurso do prazo fixado pelo Poder Judiciário gozariam os impetrantes do direito de fazer greve –, optou-se por aplicar a Lei de Greve da iniciativa privada, qual seja, a Lei n.º 7.783/89, enquanto a lei específica não for elaborada. Em seu voto, min. Gilmar Mendes justifica que:

Em razão dos imperativos da continuidade dos serviços públicos, não estou a afastar que, de acordo com as peculiaridades de cada caso concreto e mediante a solicitação de órgão competente, seja facultado ao juízo competente impor a observância a regime de greve mais severo em razão de se tratar de “serviços ou atividades essenciais”, nos termos dos artigos 10 e 11 da Lei n.º 7.783/1989³⁵.

O min. Eros Grau vota no sentido de que cabe ao STF remover o obstáculo decorrente da omissão, mediante a edição da norma regulamentadora, ressalvando que esta também estará sujeita à interpretação. Aplica ao direito de greve dos servidores a Lei n.º 7.783/89, que regulamenta o direito de greve aos particulares, mas não de maneira integral, esclarecendo que se fazem necessárias algumas adaptações, ou melhor, a fixação de alguns parâmetros³⁶. Conclui, assim, o referido ministro que:

No mandado de injunção, o Poder Judiciário não define norma de decisão, mas enuncia a norma regulamentadora que faltava para, no caso, tornar viável o exercício do direito de greve dos servidores públicos. E nada obsta a que, no que tange às hipóteses de outras impetrações, no futuro, que versem situações análogas, a elas seja estendida, por despacho monocrático do relator, essa mesma regulação, nos termos do disposto no artigo 21 do Regimento Interno desta Corte³⁷.

Vale dizer que foi esse o posicionamento seguido pelo tribunal e que alterou sua jurisprudência de anos.

Cite-se também os mandados de segurados impetrados pelos parlamentares de oposição, tendo em vista o Direito Constitucional de instaurar comissões parlamentares de inquéritos. Nos quais o STF firmou jurisprudência no sentido de que o direito às comissões parlamentares de inquérito é um direito fundamental das minorias políticas de fiscalizar o governo e

que não pode estar sujeito à vontade da maioria³⁸. Nesse diapasão, uma vez preenchidos os requisitos constitucionais para sua criação, quais sejam: requerimento de um terço dos membros da Câmara ou Senado Federal; fato determinado e prazo certo, ela deve ser instalada.

No que diz respeito às súmulas vinculantes, tem-se que o STF editou duas súmulas em matérias polêmicas. A primeira diz respeito ao uso de algemas. Em razão da ausência de uma lei disciplinando o uso de algemas em presos, o STF, com base em apenas quatro decisões – quais sejam, RHC 56465, HC 71195, HC 89429, HC 91952 – e três *habeas corpus*, editou a Súmula Vinculante n.º 11, disciplinando a matéria, que reza:

Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.

A crítica a essa súmula advém do fato de o texto constitucional falar em reiteradas decisões como requisito para a edição da súmula vinculante, o que parece não ter acontecido nesse caso. De igual modo, tem-se a Súmula n.º 13 sobre o nepotismo, que dispõe:

A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.

Ela também foi editada com base em apenas cinco julgados isolados. (ADI 1.521 MC, MS 23.780, ADC 12 MC, ADC 12 e RE 579.951). É interessante notar da leitura do teor dessa súmula que o efeito vinculante só atinge o Poder Executivo e o Poder Judiciário, mas, nesse caso, a súmula se refere também ao Poder Legislativo. Note-se que o enunciado da súmula é bastante sintético, e um tema dessa natureza necessita de tratamento legal, posto haver um sem-número de situações que não têm condições de serem disciplinadas por meio de uma súmula.

Por fim, registre-se a realização de uma audiência pública na área de saúde levada a efeito pelo STF e realizada nos dias 27, 28 e 29 de abril e 4, 6 e 7 de maio de 2009, na qual foram ouvidos cinquenta especialistas, entre advogados, defensores públicos, promotores e procuradores de Justiça, magistrados, professores, médicos, técnicos de saúde, gestores e usuários do Sistema Único de Saúde (SUS), com vistas a delimitar os problemas existentes nesse setor, bem como uniformizar as decisões judiciais sobre a matéria.

Vale citar a decisão do STF proferida em sede de ação arguição de descumprimento de preceito fundamental n.º 132³⁹, na qual ele reconheceu a união estável entre pessoas do mesmo sexo, a despeito de a Constituição da República ser explícita no sentido de destacar que o casamento é entre homem e mulher. Não se trata aqui de adentrar no mérito da questão, de ser contra ou a favor da união homoafetiva, o que se quer destacar aqui é se pode o STF decidir *contra legem*. Se essa é a via cabível para regulamentar a questão. Não seria esse o papel do Congresso Nacional? Não cabe a ele, por força constitucional, elaborar as leis? Ao reconhecer a união homoafetiva, não estaria o STF adentrando na competência do Poder Legislativo e violando a separação de poderes?

De igual modo, recentemente o STF suspendeu o Decreto Presidencial n.º 9.246/17, que concedeu indulto de Natal, em sede da ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5.874, sob o argumento de que violava as normas constitucionais. O min. Luís Roberto Barroso, em decisão monocrática, manteve a suspensão liminar do decreto e fixou novas regras para a concessão do indulto⁴⁰.

Indaga-se se pode a Corte Suprema adentrar no mérito da competência privativa do presidente da República prevista expressamente na Constituição de 1988. Ao assim proceder, não está o STF decidindo ao arrepio dos preceitos constitucionais e se colocando na função de legislador? Não carece ele de legitimidade para tanto, uma vez que não foi eleito pelo povo para cumprir esse desiderato.

Verifica-se que esse ativismo judicial do STF se deve, em grande parte, ao desgaste sofrido pelo Poder Legislativo em razão dos escândalos ocorridos nesta Casa nos últimos anos, tais como o “Caso do Mensalão” e o “Caso do Petrolão”. De outra parte, seu papel já restava enfraquecido em virtude do excessivo número de medidas provisórias editadas pelo presidente da República que sobrestam a pauta da Casa em que estiverem em tramitação no 45º dia de sua vigência e que acaba por impedir que o Congresso Nacional aprove as leis necessárias para regular a sociedade, posto na maioria das vezes se limitar à aprovação ou à rejeição de medidas provisórias.

No entanto, há de se levar em conta que esse ativismo judicial do STF pode vir a comprometer o princípio da separação dos poderes, uma vez que, no Brasil, ele é órgão de cúpula do Poder Judiciário, diferentemente do que

ocorre com os tribunais constitucionais na Europa. Os seus 11 ministros são indicados livremente pelo presidente da República, desde que brasileiros natos, com mais de 35 e menos de 65 anos de idade, no gozo de seus direitos políticos e com notável saber jurídico e reputação ilibada.

O cargo de ministro do STF é vitalício, e a indicação desses ministros está sujeita à aprovação pela maioria absoluta do Senado Federal. Esse órgão tem por dever realizar uma audiência (sabatina) na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania para arguir o indicado e verificar se ele preenche os requisitos constitucionais. Essa é a forma adotada pela Constituição para conferir legitimidade à indicação do presidente.

O STF, como visto, não usufrui da mesma legitimidade do presidente da República e do Congresso Nacional, cujos representantes são eleitos pelo voto direto, pelo povo. Nesse sentido, não se pode pretender que o STF venha a usurpar uma função que é constitucionalmente assegurada aos membros do Congresso Nacional eleitos para legislar, tampouco do presidente da República, eleito para administrar a coisa pública.

CONCLUSÃO

A Constituição de 1988 trouxe grandes avanços em seu texto, conferiu mais autonomia ao Ministério Público, criou a defensoria e a advocacia públicas; ampliou o acesso à Justiça; aperfeiçoou o sistema de controle de constitucionalidade; designou um título próprio para tratar da ordem econômica; tratou do meio ambiente e das minorias; e assegurou um amplo rol de direitos e garantias fundamentais, entre eles, os direitos sociais. Para dar efetividade a esses direitos sociais, estabeleceu expressamente em seu texto determinada parcela do orçamento dos entes federativos que deve ser obrigatoriamente aplicada nessa área.

A implementação dos direitos sociais deve ser feita de forma progressiva, tendo em vista a limitação de recursos existentes no Estado. Não é possível assegurar todos os direitos sociais de imediato, pois não há recursos suficientes. De outra parte, a própria Constituição assegura participação da sociedade seja por meio dos seus representantes legitimamente eleitos pelo povo, seja por meio de audiências públicas na elaboração da lei orçamentária, e, durante esse processo, devem ser elencadas as prioridades do Estado e da sociedade.

Não há de se negar que a Constituição de 1988 possibilitou, mediante seus preceitos, uma judicialização da política, na medida em que ampliou as garantias institucionais e dos membros do Poder Judiciário, ampliou o acesso à Justiça e também expandiu o sistema de controle de concentrado

de constitucionalidade. Essas inovações, aliadas ao caráter principiológico do texto constitucional, possibilitaram uma expansão significativa do Poder Judiciário, especialmente do STF, como intérprete e guardião da Constituição,

De igual modo, o Estado democrático de direito instituído pelo texto constitucional pressupõe uma separação de poderes, na qual prevaleça a independência e harmonia entre eles. Deve-se preservar um Poder Judiciário autônomo e eficaz. Todavia, não é possível se admitir que o STF venha ele próprio criar leis ou realizar políticas públicas, usurpando uma competência que é do Poder Legislativo e do Poder Executivo.

É imprescindível que, em certos casos, a Corte Suprema tenha um papel ativo, no entanto, é imperioso que os limites constitucionais à sua atuação sejam respeitados, sob pena de se destruir o próprio Estado democrático de direito e os direitos e garantias fundamentais.

1

TOLEDO, Gastão Alves de. "A Constituição e seus desafios" In.: *Direito Constitucional contemporâneo: homenagem ao Professor Michel Temer*. Organizadores: DE LUCCA, Newton; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. NEVES, Mariana Barboza Baeta. São Paulo: Quartier Latin, apoio Fiesp, 2012, pág. 177.

2

Cf. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 24ª ed., 2005, pág. 284.

3

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2º vol., 3ª ed., 2004, pág. 428.

4

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional*, 5ª ed., Coimbra: Almedina, 1991, pág. 474.

5

Cf. CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Op. Cit., pág. 475.

6

Cf. GUERRERO, Manuel Medina. *La vinculacion negativa del legislador a los derechos fundamentales*, Madrid: Estudios de Ciencias jurídicas, 1996.

7

Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. Op. Cit., pág. 47.

8

BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. São Paulo, Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2ª ed., 1999, pág. 97.

9

SILVA, José Afonso da. "Aplicabilidade das normas constitucionais", 2ª ed., São Paulo: *Revista dos Tribunais* n.º 1.982, pág. 71.

10

Sobre a eficácia, assevera Luís Roberto Barroso: "Eficaz é o ato idôneo para atingir a finalidade para a qual foi gerado. Tratando-se de uma norma, a eficácia jurídica designa a qualidade de produzir, em maior ou menor grau, os seus efeitos típicos, 'ao regular, desde logo, as situações, relações e comportamentos nela indicados; neste sentido, a eficácia diz respeito à aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade da norma'" (*Interpretação e aplicação da Constituição: uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo, Saraiva, 1996, pág. 219)

11

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional*, 5ª ed., Coimbra: Almedina, 1991.

12

Cf. BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. São Paulo, Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2ª ed., 1999, pág. 119.

13

BARROSO, Luís Roberto. <http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>, pág. 2.

14

ROUSSEAU, Dominique. "La justicia constitucional en Europa". In: *Cuadernos y debates*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, pág. 31.

15

TOLEDO, Gastão Alves de. "A Constituição e seus desafios" In: *Direito Constitucional contemporâneo: homenagem ao Professor Michel Temer*. Organizadores: DE LUCCA, Newton; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. NEVES; Mariana Barboza Baeta. São Paulo: Quartier Latin, apoio Fiesp, 2012, pág. 177.

16

Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5ª ed., Porto Alegre: Livraria do advogado, 2005, pág. 378.

17

Cf. SARMENTO, Daniel. "Reserva do possível e mínimo existencial". In: *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Coordenadores: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura. Rio de Janeiro: Forense, 2009, pág. 287.

18

Cf. SARMENTO, Daniel. *Op. Cit.*, pág. 374.

19

Cf. SARMENTO, Daniel. *Op. Cit.*, pág. 381.

20

BVerwGE 1, pág. 159.

21

Cf. SARMENTO, Daniel. *Op. Cit.*, pág. 383.

22

SARLET, Ingo. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 5ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, pág. 87.

23

CANOTILHO, Joaquim José
Gomes. *Op. Cit.*, pág. 479.

24

Supremo Tribunal Federal (STF). Agravo de Instrumento no Recurso Extraordinário n.º 410.715-5/SP, rel. min. Celso de Mello, julgado em 22/11/ 2005.

25

Supremo Tribunal Federal (STF). Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito fundamental n.º 45, relator min. Celso de Mello. Julgamento: 29/4/2004. Publicação DJ 4/5/2004. PP-00012. RTJ VOL-00200-01 PP-00191.

26

Cf. SARMENTO, Daniel. *Op. Cit.*, pág. 387.

27

SIQUEIRA NETO, José Francisco.
"Neoconstitucionalismo e ativismo judicial: desafios à democracia brasileira". In.: *Direito Constitucional Contemporâneo: homenagem ao Professor Michel Temer*. Organizadores: DE LUCCA, Newton; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. NEVES, Mariana Barboza Baeta. São Paulo: Quartier Latin, apoio FIESP, 2012, p. 203.

28

SIQUEIRA NETO, José Francisco.
"Neoconstitucionalismo e ativismo judicial: desafios à democracia brasileira" In.: *Direito Constitucional contemporâneo: homenagem ao Professor Michel Temer*. Organizadores: DE LUCCA, Newton; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. NEVES, Mariana Barboza Baeta. São Paulo: Quartier Latin, apoio Fiesp, 2012, pág. 203.

29

Cf. MEYER- PFLUG, Samantha Ribeiro. "A internacionalização do Direito Constitucional". In.: *Coletânea de estudos jurídicos*. ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira; PETERSON, Zilah Maria Callado Fadul. Coordenadoras. MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. Organizadora. Brasília: Superior Tribunal Militar (STM), 2008, pág. 436.

30

SIQUEIRA NETO, José Francisco.
"Neoconstitucionalismo e ativismo judicial: desafios à democracia brasileira". In.: *Direito Constitucional Contemporâneo: homenagem ao Professor Michel Temer*. Organizadores: DE LUCCA, Newton; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. NEVES, Mariana Barboza Baeta. São Paulo: Quartier Latin, apoio Fiesp, 2012, pág. 203.

31

SCAFF, Fernando Facury. "Orçamento público, direitos sociais e escolhas políticas ou reserva do possível e escolhas trágicas na implementação dos direitos sociais". In.: *Direito Constitucional contemporâneo: homenagem ao Professor Michel Temer*. Organizadores: DE LUCCA, Newton; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. NEVES, Mariana Barboza Baeta. São Paulo: Quartier Latin, apoio Fiesp, 2012, pág. 572

32

Cf. SIQUEIRA NETO, José Francisco. "Neoconstitucionalismo e ativismo judicial: desafios à democracia brasileira". In.: *Direito Constitucional contemporâneo: homenagem ao Professor Michel Temer*. Organizadores: DE LUCCA, Newton; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. NEVES, Mariana Barboza Baeta. São Paulo: Quartier Latin, apoio Fiesp, 2012, pág. 206.

33

Cf. SANTOS, Coriolano Aurélio de Almeida Camargo; CHOUKR, Fauzi Hassan. "O acesso à justiça e a construção da cidadania no cenário dos direitos humanos". In.: *Direito Constitucional contemporâneo: homenagem ao Professor Michel Temer*. Organizadores: DE LUCCA, Newton; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. NEVES, Mariana Barboza Baeta. São Paulo: Quartier Latin, apoio Fiesp, 2012, pág. 465.

34

FAVOREU, Louis. *As cortes constitucionais*. São Paulo: Landy Editora, 2004, pág. 26.

35

Supremo Tribunal Federal (STF). Voto do min. Gilmar Mendes no Mandado de Injunção n.º 670.

36

O ministro apresenta o seu voto nos seguintes termos: "(...) a norma, na amplitude que ela deve ser conferida no âmbito do presente mandado de injunção, compreende conjunto integrado pelos artigos 1º ao 9º, 14, 15 e 17 da Lei n.º 7.783/89, com as alterações necessárias ao atendimento das peculiaridades da greve nos serviços público, que introduzo no art. 3º e seu parágrafo único, no art. 4º, no parágrafo único do art. 7º, no art. 9º e seu parágrafo único, e no art. 14. Este, pois, é o conjunto normativo reclamado, no quanto diverso do texto dos preceitos mencionados da Lei n.º 7.783/89: 'Art. 3º Frustrada a negociação ou verificada a impossibilidade de recursos via arbitral, é facultada a cessação parcial do trabalho. Parágrafo único. A entidade patronal correspondente ou os empregadores diretamente interessados serão notificados, com antecedência mínima de 72 (setenta e duas) horas, da paralisação. Art. 4º Caberá à entidade sindical correspondente convocar, na forma do seu estatuto, assembleia geral que definirá as reivindicações da categoria e deliberará sobre a paralisação parcial da prestação de serviços';

"Art. 7º [...]

Parágrafo único. É vedada a rescisão de contrato de trabalho durante a greve, exceto na ocorrência da hipótese prevista no art. 14";
"Art. 9º Durante a greve, o sindicato ou a comissão de negociação, mediante acordo com a entidade patronal ou diretamente com o empregador, manterá em atividade equipes de empregados com o propósito de assegurar a regular continuidade da prestação do serviço público.
Parágrafo único. É assegurado ao empregador, enquanto perdurar a greve, o direito de contratar diretamente os serviços necessários a que se refere este artigo";

"Art. 14 Constitui abuso do direito de greve a inobservância das normas contidas na presente Lei, em especial o comprometimento da regular continuidade na prestação do serviço público, bem como a manutenção da paralisação após a celebração de acordo, convenção ou decisão da Justiça do Trabalho". Voto do min. Eros Roberto Grau no MI 712/PA, fls. 32-35.

37

Voto do min. Eros Roberto Grau no Mandado de Injunção n.º 712/PA, fl. 28.

38

Supremo Tribunal Federal (STF). Mandado de Segurança n.º 24.847-5/DF. Relatoria do ministro Celso de Mello. Julgamento em 22/6/2005.

39

Supremo Tribunal Federal (STF). Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 132. Relator ministro Carlos Ayres Britto. Julgamento em 5/5/2011.

40

Supremo Tribunal Federal (STF). Medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5.874/DF. Relator ministro Luís Barroso. Julgamento em 12/3/2018.

**CARGA
TRIBUTÁRIA E
CARGA BUROCRÁTICA**

DIRCÊO TORRECILLAS RAMOS

DIRCÊO TORRECILLAS RAMOS

Livre docente pela USP; correspondente do Center for the Study of Federalism - Philadelphia (EUA); membro da IPSA - International Political Science Association da APSA - American Political Science Association. Livros: *Federalismo Assimétrico* e *Federalização das Novas Comunidades - a Questão da Soberania*. Além disso, é coordenador e coautor da obra *Federalista Atual* e tem dezenas de artigos sobre federalismo.

ÍNDICE

- 68
 - 1. INTRODUÇÃO
- 68
 - 2. REDISTRIBUIÇÃO DE PODERES - TAREFAS
- 69
 - 3. REDISTRIBUIÇÃO DE RECURSOS E RECEITAS
- 70
 - 4. TAREFAS - RECURSOS: CRISE DE SOBRECARGA
- 70
 - 5. FORTALECER OS MUNICÍPIOS
- 70
 - 6. REDUZIR O NÚMERO DE MUNICÍPIOS
- 71
 - 7. REVISÃO DOS INCENTIVOS E PRIVILÉGIOS REGIONAIS E ESTADUAIS
- 72
 - 8. DESONERAÇÕES E INCENTIVOS
- 73
 - 9. REDUZIR MINISTÉRIOS
- 74
 - 10. REDUZIR A QUANTIDADE DE SENADORES
- 74
 - 10.1 SUPLENTE DE SENADORES E DE DEPUTADOS
- 75
 - 11. REDUZIR A QUANTIDADE DE DEPUTADOS FEDERAIS
- 75
 - 12. REDUZIR OS MANDATOS DOS SENADORES E DEPUTADOS
- 75
 - 13. REDUZIR ESTATAIS E ONGS
- 76
 - 14. REDUZIR PESSOAL
- 76
 - 15. DISTRITO FEDERAL - UNIDADE ADMINISTRATIVA
- 76
 - 16. ESTADOS E MUNICÍPIOS NO MESMO SENTIDO DA UNIÃO
- 77
 - 17. AS CAMPANHAS MAIS DO MESMO E OS 100 ANOS DE ATRASO DO BRASIL

1. INTRODUÇÃO

É

É interessante observar que os analistas das reformas, dos subsistemas e/ou das revisões pontuais indicam um resultado pequeno, insuficiente e insignificante dos pontos de vista econômico e financeiro. Em primeiro lugar, não devem ser menosprezados dessa maneira. É importante a soma dos efeitos em seu conjunto e a existência de enormes valores em vários casos. Poderemos exemplificar com as fusões ou eliminações ministeriais; o mesmo com as secretarias estaduais e municipais, o número de ONGs e de estatais; bem como as reduções de senadores, deputados federais e estaduais, vereadores e grande número dos municípios, da máquina administrativa nos três níveis e da Federação, inchada com concursados e não concursados nas administrações direta e indireta com salários elevados mais o aumento pretendido. As reformas necessárias são muitas, mas uma de grande significado será a federativa.

Ao contrário da América do Norte, que estabeleceu uma federação por agregação de Estados soberanos possuidores de instituições próprias, que uniram-se como Estados-membros, cedendo poucas e necessárias competências ao Estado federal, o Brasil sai de um Estado centralizado estabelecendo parte estrutural de uma organização constitucional federal, mantendo as demais instituições de Direito de um sistema unitário, influenciando no desequilíbrio das atribuições de competências. Essas e outras medidas deformadoras do sistema, que têm como princípios a união e a não centralização, exigem um verdadeiro pacto federativo.

2. REDISTRIBUIÇÃO DE PODERES - TAREFAS

A forma de Estado, em comento, apresenta os Estados-membros como sócios que cedem poucos e necessários poderes à União. Devem reter a maior parte

das competências, com instituições próprias, de acordo com suas peculiaridades e tarefas a realizar. Significa autonomia, descentralização, desconcentração e limitação do poder, dividido entre União, Estados, Distrito Federal e municípios. No Brasil há concentração maior na União em detrimento dos Estados, porque ao expressar poderes residuais, reservados, dá a impressão que são muitos, como no caso dos Estados Unidos da América, por isso não detalhados – mas, na prática, detalha tantos para União e municípios e restam insignificantes para os sócios e Estados-membros. Contrária, assim, os princípios orientadores.

3. REDISTRIBUIÇÃO DE RECURSOS E RECEITAS

Havendo uma nova atribuição de tarefas, deverá ocorrer na mesma proporção, de forma equilibrada, o destino de receitas para a sua realização. Na designação atual, conforme o artigo 159 da Constituição Federal, são destinados 49% (quarenta e nove por cento) dos principais impostos da União, imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza e sobre produtos industrializados a Estados, Distrito Federal e municípios, dos quais: 21,5% (vinte e um inteiros e cinco décimos por cento) ao Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal; 22,5% (vinte e dois inteiros e cinco décimos por cento) ao Fundo de Participação dos Municípios; 3% (três por cento) para as regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste; mais 1% (um por cento) ao Fundo de Participação dos Municípios, que será entregue no primeiro decêndio do mês de dezembro de cada ano e 1% (um por cento) no primeiro decêndio do mês de julho de cada ano (art. 159, "I", "a", "b", "c", "d", "e", da CF). Embora o artigo 160 da Lei Maior proíba a retenção ou restrição à entrega, salvo nos casos do parágrafo único, há uma centralização por parte da União para posterior recebimento pelos entes federativos. Temos no Texto Magno outros meios de distribuição e redistribuição dos tributos, mas o que chama a atenção é a Desvinculação da Receita da União (DRU), prevista no artigo 76 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, de 30% sobre a arrecadação relativa às contribuições sociais. Era transitória e de 20%, mas vem sendo prorrogada, tornando-se definitiva, e, com a Emenda n.º 93, de 8/9/2016, passou a 30%. Essa emenda restringiu para a União e estendeu a desvinculação com mais alcance a Estados, Distrito Federal e municípios. Concedida ao Poder Central e, nesse volume, tendo a liberdade de utilização, poderá influir, a seu critério, na autonomia dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios. Contrariam, dessa maneira, a Redistribuição de Recursos e a Desvinculação da Receita da União e os princípios do federalismo de União e não centralização – e merecem uma revisão.

4. TAREFAS – RECURSOS: CRISE DE SOBRECARGA

Verificamos que União, Estados-membros, Distrito Federal e municípios têm tarefas determinadas pelo texto superior. São serviços públicos com custos para infraestruturas material, humana e de execução. Da forma estabelecida ou que vier a ser estabelecida com uma reforma, necessitam das verbas necessárias para atender aos seus fins. Os recursos deverão ser distribuídos na proporção dos serviços a serem realizados. Se a um ente federativo é dada mais tarefas e menos recursos, tributos, este entrará numa CRISE DE SOBRECARGA. Nessa situação, irá procurar auxílio de quem dispõe, e regularmente será o Poder Central, com o risco de uso político, comprometendo a autonomia e, por consequência, os princípios do Estado federal.

5. FORTALECER OS MUNICÍPIOS

A forma de Estado em questão é uma associação de Estados. No Brasil, há o reconhecimento dos municípios, embora estes não tenham senadores como representantes no Congresso ou nas assembleias estaduais, tampouco no Poder Judiciário. Ocupam territórios dentro dos Estados, assim como estes os ocupam dentro da União. Têm competências próprias conforme o art. 30 da Constituição Federal e competências comuns com União, Estados e o Distrito Federal previstas no art. 23. O fortalecimento municipal se justifica porque neles se encontram os problemas e as necessidades dos serviços públicos. Neles estão a educação, a saúde, a habitação, a mobilidade – locomoção e transporte –, a higiene (com rios e córregos poluídos) e a atuação para a ordem e segurança pública, evidentemente necessitam verbas públicas. Estas devem ser destinadas, sem ingerência, imposição, troca, que comprometam suas autonomias, mas de forma direta, como deverá ocorrer nos três níveis da Federação e com controle sobre todos.

6. REDUZIR O NÚMERO DE MUNICÍPIOS

Se por um lado se deve fortalecer os municípios, por outro, impõe-se a redução do número deles. É decorrência do fato que muitos não têm condições populacional, econômica e financeira para subsistência. Foram criados por interesses políticos e dependem do Fundo de Participação dos Municípios. Temos 5.695 unidades municipais. Destas, 1/3 (um terço) – quase 2 mil – não arrecada para pagar a remuneração do prefeito. Muitas têm população reduzida, equivalente

a um condomínio, e são menos habitadas do que um bairro de São Paulo (um bairro, não uma região) – para exemplificar, podemos citar Borá, em São Paulo, com pouco mais de 800 habitantes –, mas são em quantidades enormes em todos os Estados; com 1 mil; 1,2 mil; 2 mil; de 2 mil a 3 mil; até 5 mil. Embora sem os requisitos para se manterem nem população razoável para se construírem e exercerem funções com autonomia, têm prefeitos, vice-prefeitos, secretarias, mínimo de nove vereadores e infraestruturas físicas material e humana, com custo exorbitante. A eliminação de 2.695 municípios, que verdadeiramente não o são, com a redução das despesas decorrentes do pessoal e produtos mencionados, nos cargos eletivos, concursados e de confiança, prédios, locações, etc., produziria economia de recursos incomensurável a serem destinados aos serviços públicos necessários para o conforto do povo e geraria empregos alternativos a quem precisa. Comumente os políticos, principalmente prefeitos, vices e vereadores, são os comerciantes e empresários de outras áreas.

As verbas do Fundo de Participação iriam para os verdadeiros entes federativos municipais. Como dissemos anteriormente, neles estão os problemas e neles devemos encontrar as soluções na educação, na saúde, na habitação, na mobilidade, no transporte, na higiene, etc. A correção desses desvios eliminará as monstruosidades que nem deveriam existir e fortalecerá os remanescentes, gerando empregos – e quem ganha é o povo.

7. REVISÃO DOS INCENTIVOS E PRIVILÉGIOS REGIONAIS E ESTADUAIS

A Constituição, em seu art. 43, permite a criação de regiões de desenvolvimento, visando ao seu progresso e à redução das desigualdades. Oferece, por conseguinte, incentivos, e entre estes, juros favorecidos; isenções; reduções ou diferimento temporário de tributos federais, estaduais e municipais; proteção nas regiões atingidas por secas temporárias; e participação na redistribuição de tributos, conforme art. 159.

Várias são as assimetrias, de fato, corrigidas pelas de direito, em diversos países. No nosso caso brasileiro, deveremos considerar, com relação aos entes federativos, a dimensão territorial, a “riqueza” (capacidade de arrecadação), a população e, nesta, as pessoas carentes. Como anotou Wayne A. Selcher na revista *Publius – The Journal of Federalism*:

The unusually great variance in its territorial, economic, and demographic conditions marks Brazil as an example of seriously asymmetrical federalism, a problem analyzed by Ramos (1998). Among and within

its 26 states, furthermore, independent of region, per capita income varies considerably. Institutional aberrations overlaying such variations have produced major distortions in representation across the federation, which have become particularly relevant in national politics with the increased power of the National Congress.

É justo o tratamento desigual, mas que seja na medida de suas desigualdades, em atenção das condições de cada unidade, com equilíbrio. Quando falamos em dimensões, devemos comparar Estados-membros, como Pará e Amazonas – cortados por rios –, oferecendo dificuldade de locomoção para pessoas e de transporte para cargas, e Rio Grande do Sul, Roraima, Sergipe, apenas para exemplificar e justificar o tratamento diferenciado visando ao desenvolvimento e diminuindo as desigualdades para tanto. Ao nos referirmos à “riqueza” como produtos e arrecadação, notamos uma distinção enorme. Entretanto, deve-se dar importância ao potencial e ao esforço para produzir e arrecadar tributos. Com relação à população, a diferença é significativa. São Paulo tem uma população de 45,5 milhões, enquanto Roraima, 576.6 mil habitantes. Evidentemente, o primeiro tem fontes de produção e arrecadação enormemente superiores, mas na mesma proporção de serviços públicos a oferecer aos seus habitantes de todo o País, como saúde, educação, habitação, mobilidade, transporte, higiene, segurança, etc. Não se trata apenas da população, mas especialmente a de carentes. Considerando que existem 1,1 milhão na extrema pobreza, a população é duas vezes o povo total de Roraima, sem considerar os demais que não estão na extrema.

É justo que haja solidariedade entre regiões e Estados, mas deve ser seguida pelo controle de gastos e da boa aplicação, com obras que tenham início, desenvolvimento e fim. Impõe-se a conscientização de que as assimetrias são temporárias e transitórias, e uma unidade, ao atingir o nível desejado, deixe de receber os benefícios e que um ente com menos problemas não receba recursos daquele que os tem em maior quantidade e intensidade. Dessa maneira, merecem revisão os incentivos e privilégios no sentido dessas correções, no controle dos gastos públicos com uma máquina administrativa inchada, com superfaturamentos, “indústria da seca”, transposição de águas (verbas), Estados que atingiram ou estão em posições melhores e recebem benesses.

8. DESONERAÇÕES E INCENTIVOS

Os membros da Federação brasileira não admitem limites aos gastos públicos. Ao contrário, desejam mais liberdade para gastar e o fazem desnecessariamente.

te – com pessoal, principalmente – e serviços. Cometem abusos e querem mais. Por outro lado, a União oferece, também, de forma inaceitável, desonerações e incentivos fiscais, de repercussão mais política do que administrativa. O mesmo ocorre com os Estados. Evidentemente, essas vantagens, por vezes abusivas, repercutem na redução de receitas. Como estas compõem os valores do Fundo de Participação dos Estados, do Distrito Federal, dos municípios, das regiões e outras repartições, agravam os problemas dos entes federativos.

A solução exige a participação de todos. Estudos sobre as reais necessidades dos incentivos, redução dos exageros e abusos. Todavia, os Estados-membros, o Distrito Federal e os municípios devem reduzir os gastos excessivos, mormente com pessoal, na quantidade, nos altos salários e nos “penduricalhos”. Os serviços públicos devem ser mantidos, diante do caos que vivemos devem ser acrescidos, mas sem inchaços administrativos, salariais, superfaturamentos, estatais inoperantes e ONGs ineficientes e ineficazes. São questões que trarão os recursos, mas deverão ser resolvidas pela Reforma Federativa.

9. REDUZIR MINISTÉRIOS

Indubitavelmente, muitos ministérios foram divididos ou criados por influência partidária em troca de apoio. O incipiente governo Bolsonaro reduziu o número, mas há uma insistência para o restabelecimento de vários que foram eliminados. Desnecessários, acarretam despesas que poderiam ser destinadas a serviços públicos. Portanto, essa troca para oferecer condições de governabilidade causa grandes prejuízos à Nação e deve chegar a um fim. A diminuição desse primeiro escalão poderá ser concretizada por intermédio de fusões ou eliminações. Evidentemente, surgirão opositores, interessados, contrários. É comum o argumento da impossibilidade. Da mesma forma, haverá afirmação da divisão exagerada de acordo com funções. Assim, poderemos fundir ou separar. Por exemplo: o Ministério da Agricultura e do Meio Ambiente. Afirmam que o ecossistema é mais amplo e diferenciado do que apenas a agricultura. Citam as águas marítimas, pesca, etc. Entretanto, nessa linha de raciocínio, deveríamos estabelecer um ministério para cada elemento: Agricultura, Pecuária, Solo, Subsolo, Ar, Águas Marítimas, Águas Fluviais, Pesca, Caça, Flora, Fauna e Paisagem.

A conclusão é pela fusão, e o ministério unido terá departamentos especializados. Deve-se considerar as afinidades e o nível, a intensidade, a quantidade de diversificação para justificar autonomia ou fusão. A finalida-

de será a redução dos custos com pessoal, altos cargos e, individualmente ou no conjunto, oferecer recursos para necessidades do povo.

10. REDUZIR A QUANTIDADE DE SENADORES

O Brasil tem, paritariamente, três senadores para cada unidade da Federação a fim de representá-las. São 81, considerando o Distrito Federal. Poderá ser reduzida a quantidade para 2, e no total, 52, voltando a capital a ser uma unidade administrativa, sem status de Estado-membro. Esse número já foi estabelecido pela Lei Magna de 1934, é o adotado pelos Estados Unidos da América; foi assim na ex-União das Repúblicas Socialistas Soviéticas.

10.1 - SUPLENTE DE SENADORES E DE DEPUTADOS

Quanto aos representantes dos Estados, deveriam ser eliminados. Como diz nosso Texto Maior, art. 46: "o Senado Federal compõe-se de representantes dos Estados e do Distrito Federal, eleitos segundo o princípio majoritário"(...) §3º "cada Senador será eleito com dois suplentes". Regularmente, em sua maioria, são os financiadores das campanhas ou parentes do titular. São eleitos juntos, mas alguns (ou a maioria) jamais seriam eleitos individualmente e, portanto, não têm legitimidade para exercer o cargo. Aliás, são desconhecidos pelo eleitor que votou no primeiro nome. Em muitos casos, este vai ocupar cargos em ministérios, secretarias ou entre outras posições, e assume o ilustre desconhecido. O exemplo a ser seguido é dos Estados Unidos, com a Emenda n.º XVII, de 1913. O governador de um Estado pode nomear temporariamente para preencher a vaga de seu Estado que ocorre no Senado, com permissão de seu Legislativo, ou poderá convocar uma eleição especial para eleger o novo senador.

Para a Câmara dos Deputados a situação poderá ser a mesma. É isso que dispõe a Constituição dos Estados Unidos da América do Norte, no artigo 1º, Section 2. Quando um representante popular do Estado morre, renuncia, torna-se muito doente para exercer o cargo ou é afastado por 2/3 (dois terços) dos membros, o governador do Estado deve convocar eleição especial para preencher a vaga pertencente a seu Estado na Casa de Representantes. Não têm, pelo exposto, suplentes de senadores; os suplentes não são eleitos com os senadores, assim como não os têm para a representação popular. É o que deveria ocorrer no Brasil, pelos motivos expostos.

11. REDUZIR A QUANTIDADE DE DEPUTADOS FEDERAIS

Hoje, temos 513 representantes do povo. Apenas para comparar, os Estados Unidos têm 435. É interessante notar que 100 milhões a mais de habitantes possuam 78 representantes do povo a menos. Nesse país da América do Norte, 7 Estados têm apenas um deputado, e o cálculo permite o máximo de 52. Entre nós, estabeleceu-se o mínimo de 8 e o máximo de 70. Uma unidade como Roraima tem o mínimo de 8, com 576,6 mil habitantes, enquanto São Paulo atinge 70, o máximo, com população de 45,5 milhões. É uma desproporção, causa um desequilíbrio que significa um déficit democrático. A correção geraria maioria das regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste no Senado e das regiões Sul e Sudeste na Câmara Federal, restabelecendo o equilíbrio. Esse acerto após a redução do número de parlamentares para 300 no total, mínimo de 1 e cálculo para atingir o limite de acordo com o quociente, considerando o mínimo de 1 em vários Estados e a população de 208 milhões de habitantes. Os americanos do Norte determinaram 435 deputados, possibilidade de acréscimos, mas se passaram oito décadas e continuam com o mesmo número, justificando pela celeridade, eficiência nas deliberações. O exemplo é perfeitamente adequado à nossa realidade.

12. REDUZIR OS MANDATOS DOS SENADORES E DEPUTADOS

A Reforma Federativa poderá incluir a diminuição de mandatos. Hoje é de 8 (oito) anos para senadores e 4 (quatro) para os representantes do povo. Mais uma vez poderemos citar os Estados Unidos da América do Norte. Estes adotaram 6 (seis) anos para senadores e 2 (dois) anos para os deputados federais. O argumento favorável é o tempo curto que reduz a possibilidade de barganha. Poderá servir de exemplo e, assim como o número menor dá mais rapidez, o tempo evita o “toma lá, dá cá”, o “troca-troca” pernicioso e ambos facilitam a governabilidade com honestidade.

13. REDUZIR ESTATAIS E ONGS

O Reino Unido possui 16 estatais; os Estados Unidos, 16; o Japão, 8; enquanto o Brasil abriga 418. Além da má administração, dá a impressão que são constituídas para oferecer emprego (não trabalho) para protegidos, cabos eleitorais. Essa situação levou um executivo, em relação à Eletrobras, dizer que

dispensaria 40% de “vagabundos”. A privatização não poderá se revestir por troca, por meio da criação de ONGs ineficientes, nas mãos dos mesmos e de parentescos políticos. Deve resultar em economia de gastos, gerar recursos e tributos com eficiência.

14. REDUZIR PESSOAL

Como dito em relação às estatais, a administração direta deve seguir o mesmo caminho. São milhares ou dezenas e até centenas de milhares de cargos de confiança, não concursados, concursados, aposentados do setor público que continuam em outros cargos remunerados, ocupando empregos de quem não os têm, acumulando altas remunerações no lugar daqueles que as têm insuficientes. O pior, a maioria de cargos e funções desnecessárias, consumindo recursos dos serviços públicos que estão no verdadeiro caos, como saúde, educação, mobilidade, segurança, entre muitos outros.

15. DISTRITO FEDERAL - UNIDADE ADMINISTRATIVA

Mais uma vez, lembramos os americanos do Norte, onde o distrito de Columbia é uma unidade administrativa. Não tem representantes políticos, apenas um delegado no Parlamento. Brasília, entre nós, tem 8 deputados federais e 3 senadores. Além disso, elege governador e deputados distritais; constitui secretarias, governo e toda uma infraestrutura humana e física de Estado, a um custo exorbitante para a Federação. Com a reforma, deveria retornar, como outrora, e para seguir o exemplo citado, constituindo uma unidade administrativa.

16. ESTADOS E MUNICÍPIOS NO MESMO SENTIDO DA UNIÃO

Estes deveriam seguir o mesmo destino da União, com a redução de parlamentares. Justifica-se a diminuição e a representação de todas as regiões do Estado de São Paulo, com 70 representantes do povo dessa unidade, no lugar de 94. Na capital, 30 vereadores atendem às necessidades, em vez de 55. No mesmo sentido, como na União, a redução de secretarias estaduais e municipais. O cálculo deverá ser seguido em todos os entes locais, do Brasil, na mesma proporção e revisão do mínimo de representantes. A restrição alcançará a máquina ou o aparelhamento administrativo inchado, inclusive as condi-

ções de existências municipal e estadual, e, nesse caso, lembramos o Estado de Roraima sob intervenção (10/12/2018). Da mesma forma que a União, em relação à revisão dos incentivos, dos privilégios, desonerações e reduções de ONGs, estatais e pessoal.

17. AS CAMPANHAS MAIS DO MESMO E OS 100 ANOS DE ATRASO DO BRASIL

Assistindo a apresentações, “debates”, entre candidatos à presidência da República e aos governos estaduais e municipais, constatamos que não têm a mínima noção da realidade brasileira. Um utiliza a transposição de águas, “verbas”, do Rio São Francisco para sua própria promoção, como uma grande realização, e outro o faz para demonstrar obra inacabada. Ignoram quase 40% de brasileiros vivendo sem rede de esgoto nem sanitários. Tivemos um orgulho de transportar sete milhões em São Paulo, mas não se sabe de que forma, e do déficit de transporte, o tempo gasto. Tiveram a coragem de elogiar a saúde porque não precisam dos serviços públicos. Da mesma forma, as educações precária e ideológica, que deturpa no lugar de ensinar.

Vários partidos e seus candidatos ocuparam ou ocupam cargos no poder há décadas e se preocupam em dizer o que fizeram, como se fosse muito. Na verdade, deveriam se manifestar no sentido do que não realizaram, deixando o País, os Estados e os municípios cem anos atrasados. Além dos problemas já citados, temos os rios poluídos, como o centro do município de São Paulo, que é uma ilha – porção de terra cercada de esgotos por todos os lados. Rios Tietê, Pinheiros e Tamanduateí, bem como todos os córregos de bairros. Alguns falam em dar continuidade às desgraças do antecessor (do mesmo partido, evidentemente). Desconhecem a falta de planejamento, resultando na repetida falta d’água, com consequências na energia e em aumentos a serem pagos pelo consumidor e transferindo os prejuízos dos furtos praticados pelos delinquentes aos pagadores honestos.

Os políticos que ocuparam cargos e quando o fizeram, ao aumentar impostos diante de manobras, afirmam não ser aumento, mas redução do desconto. Mudaram a denominação de desapropriação para “restrição de uso”, evitando a indenização prévia, justa e em dinheiro (artigo 5º, inciso XXIV, CF). É a chamada “desapropriação indireta”, que o poder não deposita. Se não deposita, não poderá ser contestado, e, se não contestado, prescreve. O governo, quando paga o cidadão, utiliza a Taxa de Referência (TR) para correção, mas para receber aplica a correção plena, com diferença que já chegou

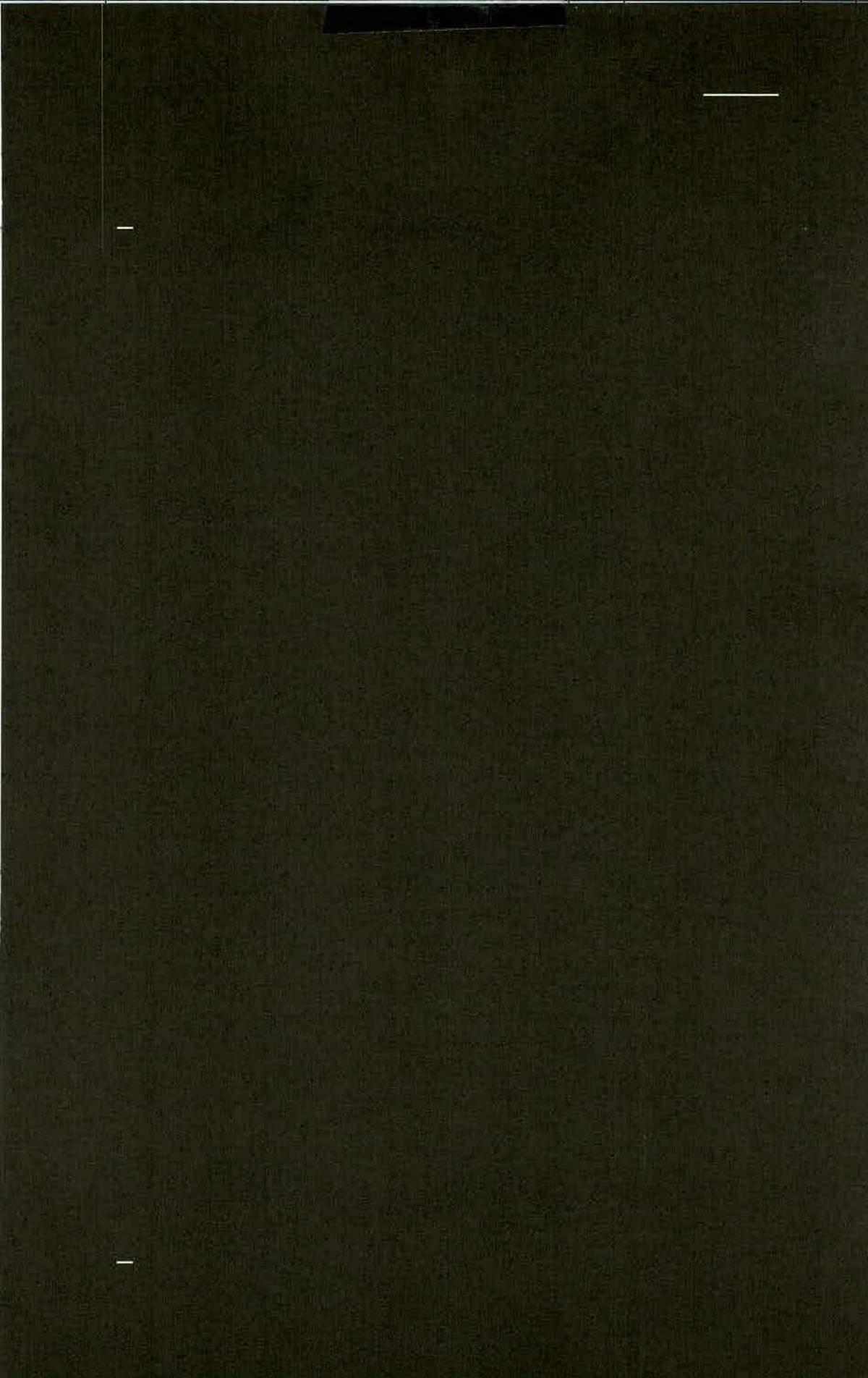
a 50% a favor do Estado, conforme Ives Gandra e Cláudia Fonseca, em artigo no jornal *O Estado de S. Paulo* de 8 de março de 2019, pág. A2.

O povo não se ilude mais. Por isso, para alguns candidatos, quanto mais tempo na mídia, será pior para ele e melhor para os adversários, porque repetirão as baboseiras, verborreias de sempre para eleitores mais conscientes. Colocam os obstáculos. Para todas essas soluções, onde encontrar recursos? À evidência, temos casos que dependem de reformas, a exemplo da Previdência, em razão da mudança nas relações fáticas em que houve o aumento do tempo de vida, consumindo os recursos. Entretanto, ouvimos candidatos alegando a redução de investimentos ou aumento dos impostos já com carga excessiva. Ora, essa redução acarretaria diminuições na produção e no comércio, com consequências na arrecadação tributária e no desemprego, progressivamente, aumentando os problemas já existentes.

Ao contrário, os recursos deverão surgir ao enxugar a máquina estatal que eles incharam com parasitas, cabos eleitorais, para vencer eleições; com a revisão para eliminar incentivos fiscais e subvenções atendendo a interesses duvidosos (ou não recomendáveis); com a redução de municípios – que está chegando ao número de seis mil, quando razoavelmente teríamos 3 mil, sendo o excedente enorme –, composto por prefeito, vice-prefeito, secretarias, mínimo de 9 vereadores e estruturas material e humana com custos exorbitantes; acabar com os vices nos executivos da União, dos Estados e dos municípios; eliminar suplentes; reduzir substancialmente o número de senadores, deputados federais e estaduais, vereadores, ministérios e secretarias; e acabar ou diminuir ao máximo possível a corrupção, o superfaturamento, os supersalários, os “penduricalhos”.

Não é, portanto, reduzindo o investimento necessário ou aumentando tributos a solução para as calamidades, porque assim as piora. Deve-se aplicar os recursos mal gastos no desenvolvimento e na repressão ao abuso do poder econômico, como pilares da ordem econômica. São obras públicas aliadas às privadas, com essas verbas, que gerarão empregos, consumo, tributos e lucros, que demandarão as produções pública e privada, progressivamente, com mais empregos diretos e indiretos na produção, no comércio e na manutenção – reiniciando o ciclo cada vez mais volumoso, ampliando a competitividade no mercado externo e atraindo o capital estrangeiro pela confiabilidade.

O que assistimos é desanimador, em sua maioria: alianças sem afinidades, a força da troca de apoio por cargos e verbas para interesses particulares. É o mais do mesmo que o eleitor deverá combater nas eleições. Nesse dia, seremos o povo soberano, e o verdadeiro pacto federativo, se adotado, trará significativa colaboração.



— **“DIREITOS E
GARANTIAS
FUNDAMENTAIS”**

MARILENE TALARICO MARTINS RODRIGUES

Advogada, sócia da Advocacia Gandra Martins; especialista em Direito Tributário pelo Centro de Extensão Universitária CEU Law School; membro do Conselho Superior de Direito da FecomercioSP; membro do Instituto dos Advogados de São Paulo (Iasp); membro da diretoria da Academia Brasileira de Direito Tributário (ABDT); membro do Instituto Brasileiro de Direito Tributário (IBDT); membro da Academia Paulista de Letras Jurídicas (APLJ); e membro da União de Juristas Católicos de São Paulo (Ujucasp).

MARILENE TALARICO
MARTINS RODRIGUES

—

“Os direitos fundamentais são hoje o parâmetro de aferição do grau de democracia de uma sociedade. Ao mesmo tempo, a sociedade democrática é condição imprescindível para a eficácia dos direitos fundamentais, não subsistindo aqueles fora do contexto desse regime político.”

Paulo Gustavo Gonet Branco - *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*¹

INTRODUÇÃO

E

Em comemoração aos 30 (trinta) anos do Conselho Superior de Direito da FecomercioSP, escrevo este artigo com meus agradecimentos pelo convite feito por seu presidente, Dr. Ives Gandra da Silva Martins, e demais organizadores para participar da obra.

Os direitos e garantias fundamentais, assegurados pela Constituição Federal de 1988, foi um dos temas mais debatidos em diversas discussões entre os colegas integrantes do Conselho Superior de Direito em nossas reuniões mensais, razão pela qual foi mencionado para compor o livro comemorativo da data.

HISTÓRICO

Para que **os direitos fundamentais** cumpram a sua função de assegurar garantias aos cidadãos, torna-se necessário que o Estado respeite a Constituição nos limites por ela estabelecidos, bem assim que o Legislativo elabore leis em obediência à Constituição – o que nem sempre ocorre – para melhor convivência social.

A Constituição Federal de 1988, ao estabelecer os fundamentos do Estado brasileiro em seus artigos 1º e 3º, preceitua:

ART. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e dos Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I. a soberania;

II. a cidadania;

III. a dignidade da pessoa humana;

IV. os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V. o pluralismo político.

ART. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

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.

Esse modelo de Estado representa não só um Estado de direito voltado à **legalidade**, mas um Estado democrático de direito voltado também à **defesa dos direitos fundamentais e sociais**.

Segundo o prof. Celso Bastos,

*o chamado “constitucionalismo social” aparece como reflexo das conquistas e progressos alcançados.*²

As mais importantes funções do Estado são **organizar a vida em sociedade**, protegendo os indivíduos e intervir para coibir excessos, impedindo **colisão de interesses**. Por essa razão, cabe-lhe impor pautas de condutas mediante **regras de comportamento** para serem respeitadas por todos, ou seja, o **ordenamento jurídico** possibilita a vida em sociedade e é composto de **normas de diversas espécies** e **princípios constitucionais** que devem ser observados por conterem **valores estabelecidos pelo constituinte**, que servem de **parâmetros normativos** de validade da **norma jurídica**.

Como mencionou **Tércio Sampaio Ferraz Jr.**, “**valores** são preferências por núcleos de significação, ou melhor, são centros **significativos** que expressam **preferibilidade** por certos **conteúdos de expectativa**. Podemos dizer que é a não indiferença de alguma coisa relativamente a um sujeito ou a uma consciência motivada. É uma relação entre o sujeito dotado de uma necessidade qualquer e um objeto ou algo que possua qualidade ou possibilidade real de satisfazê-lo. **Valor é um vínculo que se institui entre o agente do conhecimento e o objeto**, tal que o sujeito, movido por uma necessidade, não se comporta com indiferença, **atribuindo-lhe qualidades positivas**”³ [grifamos].

Os direitos fundamentais assumem posição de “realce na sociedade quando se inverte a relação entre Estado e indivíduo e se reconhece que o indivíduo tem, primeiro, direitos e, depois, deveres perante o Estado, e que o Estado tem, em relação aos indivíduos, primeiro, deveres e, depois, direitos.”⁴

Jorge Miranda lembra que “o conceito de direito fundamental é coetâneo ao conceito de Constituição, sendo ambos indissociáveis do liberalismo político – daí o primado de **valores da liberdade**, da **segurança** e da **propriedade** –, e sempre a preocupação com a resistência ao arbítrio do governante”.

E continua:

“O ‘cunho’ desses direitos fundamentais é, sobretudo, fixar uma esfera de autonomia pessoal indene contra as expressões do poder. Não surpreende, assim, que se voltem contra ações do Estado. Trata-se de direitos que postulam abstenção dos governantes, criam **obrigações de não fazer**, de **não intervir** sobre aquelas esferas íntimas de cada indivíduo, indispensáveis ao seu digno desenvolvimento”⁵.

A ideia de que o Estado é sujeito de direitos e obrigações é essencial para que se lhe possam opor direitos fundamentais. Enquanto o Estado se si-

tuava além da ordem jurídica, não lhe era exigível um comportamento com base no Direito. Situar o Estado como sujeito de direito enseja o reconhecimento de uma esfera de autonomia em que os indivíduos são titulares de direitos exercitáveis contra os poderes públicos.

José Afonso da Silva, sobre o tema, escreve: “A importância e a transformação dos direitos fundamentais do homem no evoluir histórico dificultam definir-lhes um conceito sintético e preciso. Aumenta essa dificuldade a circunstância de se empregarem várias expressões para designá-los, tais como: ‘direitos naturais’, ‘direitos humanos’, ‘direitos individuais’, ‘direitos públicos subjetivos’, ‘liberdades fundamentais’, ‘liberdades públicas’ e ‘direitos fundamentais do homem’”.

Para o autor, “direitos fundamentais do homem” constitui a expressão mais adequada a esse estudo, porque, além de se referir a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, ao nível do Direito Positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual a todas as pessoas. Na qualificação “fundamentais”, acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive: esses direitos fundamentais “do homem” no sentido de que todos, por igual, devem ser não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados. Direitos fundamentais “do homem” significa “direitos fundamentais da pessoa humana”, ou “direitos humanos fundamentais”. É com esse conteúdo que a expressão “direitos fundamentais” encabeça o título II da Constituição, que se completa como “direitos fundamentais da pessoa humana, expressamente referidos (...)”⁶.

A importância dos direitos fundamentais foi mencionada na **Declaração de Direitos de 1789**, em seu art. 16, que dispõe: “Uma sociedade em que a garantia dos direitos não está prevista nem a separação de poderes está determinada não possui uma Constituição”.

Os direitos fundamentais representam um conjunto de direitos reconhecidos e garantidos pelo ordenamento jurídico de um determinado país. São direitos delimitados em razão do seu caráter fundamentador do sistema jurídico próprio do Estado de direito, consagrados em normas que têm por objeto o próprio protegido. E as garantias fundamentais são os instrumentos que a Constituição outorga para defesa e efetividade daqueles direitos.

Na Constituição Federal de 1988, os direitos fundamentais estão arrolados no seu art. 5º e integram o núcleo imodificável da Constituição. Desse extenso rol enumerado de direitos e garantias estabelecidos nesse dispositivo, é importante destacar aqueles que guardam relação direta

com as garantias individuais e coletivas do cidadão, a saber: *caput* do art. 5º – igualdade e segurança jurídica: I. igualdade ; II. legalidade; X. inviolabilidade da privacidade; XII. inviolabilidade de sigilo de dados; XXII. direito de propriedade; XXXIII. direito de recebimento de informações; XXXIV. direito de petição; XXXV. inafastabilidade do controle judicial; XXXVI. proteção do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e a coisa julgada; LIII. juiz natural; LIV. devido processo legal; LV. ampla defesa; LVI. impossibilidade de obtenção de provas por meios ilícitos; LVII. presunção de inocência; LX. publicidade dos atos processuais; LXVII. proibição de prisão de civil por dívidas; LXIX. mandado de segurança; LXX. mandado de segurança coletivo; LXXI. mandado de injunção; LXXII. *habeas data*; LXXXIV. assistência judiciária gratuita; LXXV. indenização por erro judiciário; LXXVI. são gratuitos para os reconhecidamente pobres, na forma da lei: **a.** o registro civil de nascimento; **b.** a certidão de óbito; LXXVII. são gratuitas as ações de *habeas corpus* e *habeas data* e, na forma da lei, os atos necessários ao exercício da cidadania; LXXVIII. a todos no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

E os §§ 1º, 2º, 3º e 4º do art. 5º estabelecem:

§ 1º. As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata;

§ 2º. Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte;

§ 3º. Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada casa do Congresso Nacional em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais;

§ 4º. O Brasil se submete à jurisdição do Tribunal Penal internacional, a cuja criação tenha manifestado adesão.

A importância que o constituinte atribuiu aos **direitos e garantias expressos na Constituição** foi tanta, que determinou a sua aplicação imediata (§ 1º); os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ele adotados ou de trata-

dos internacionais em que o Brasil faça parte (§ 2º); os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos após aprovado em cada casa do Congresso Nacional serão equivalentes a emendas constitucionais (§ 3º); e o Brasil se submete à jurisdição de tribunal penal internacional nos casos em que tenha manifestado adesão (§ 4º).

Essa enumeração do art. 5º e §§ da CF não é taxativa. Além de seus direitos e garantias acima arrolados, existem outros espalhados por todo o texto constitucional, que igualmente integram o rol dos direitos fundamentais, como o direito à livre-iniciativa, prescrito no art. 170 da CF e do “Capítulo das limitações ao poder de tributar”, arts. 150 a 152, estes específicos do Direito Tributário, entre outros.

Ives Gandra da Silva Martins apresenta sua visão sobre os direitos e as garantias constitucionais, nos seguintes termos:

Tem-se discutido se, via de regra, toda a Constituição não seria um feixe de direitos e garantias individuais, na medida em que o próprio estado de assegurá-lo, e sua preservação, em rigor, é um direito e uma garantia individual. Toda a Constituição não faz senão garantir direitos individuais, que decorrem, necessariamente, da existência do poder assecuratório (Judiciário), Legislativo (produção de leis), Executivo (executá-las a favor do cidadão).

Por esta teoria, a Constituição seria imodificável, visto que direta ou indiretamente tudo estaria voltado aos direitos e garantias individuais.

Tal formulação, todavia, peca pela própria formulação do artigo, visto que, se os organismos produtores, executores e assecuratórios do direito representassem forma indireta de permanência dos direitos e garantias individuais, à evidência, todo o resto do art. 60 seria desnecessário em face da imodificabilidade da Lei Suprema. O conflito fala por si só para eliminar a procedência dos argumentos dos que assim pensam.

“Em posição diversa, entendo que os direitos e garantias individuais são aqueles direitos fundamentais plasmados no texto constitucional – e apenas nele –, afastando-se, de um lado, da implicitude dos direitos não expressos ou de veiculação infraconstitucional, bem como restringindo, por um lado, aqueles direitos que são assim considerados pelo próprio texto e exclusivamente por ele.”⁷

De forma sintética, podemos dizer que os direitos e as garantias fundamentais são aqueles derivados das próprias existências humana e empre-

sarial, e que se coloca acima de toda e qualquer norma para assegurar condições de liberdade individual e sobrevivência e de valorização social, que não podem ser abolidos por alterações constitucionais, ou seja:

1. AS CLÁUSULAS PÉTREAS E SUA IMPORTÂNCIA NO TEXTO CONSTITUCIONAL

A doutrina do Direito Constitucional faz menção ao “poder constituinte originário” e ao “poder constituinte derivado”, para distinguir as normas constitucionais originárias do poder constituinte que instaurou uma nova ordem constitucional, daquelas normas elaboradas pelo “poder derivado” que representa uma competência reformadora do texto constitucional.

Essa competência reformadora deve ser exercida pelo Congresso Nacional dentro de certos limites previstos pelo constituinte originário, que constam expressamente do texto constitucional.

Esses limites correspondem a determinadas matérias que foram colocadas fora do alcance do “poder derivado” para alterar o texto constitucional.

As cláusulas pétreas equivalem a determinadas matérias que não poderão ser alteradas pelo exercício da competência reformadora “poder constituinte derivado”, por representarem os valores básicos, fundamentais da Constituição, e que não podem ser modificados, sob pena de alteração da própria identidade do texto constitucional. Ao inserir tais dispositivos no texto constitucional, o constituinte visa a impedir que os valores que integram o Estado democrático de direito possam ser suprimidos na forma da legalidade.

Trata-se de um núcleo irreformável, que é consequência da rigidez constitucional e representa a supremacia da Constituição.

O fundamento das constituições rígidas consiste em “leis de proteção política”, e “leis de garantia”, o poder constituinte elege determinadas matérias como indispensáveis a fim de assegurar essa proteção, não podendo ser abolidas.

O significado essencial das cláusulas pétreas (§ 4º, do art. 62, da CF) é o de ressaltar que as normas que definem direitos fundamentais são normas de caráter preceptivo, e não meramente programático. Os direitos fundamentais têm seu fundamento de validade na Constituição, e não na lei, com o que fica claro que é a lei que deve respeitar os direitos fundamentais inseridos na Constituição, e não o contrário. Os direitos fundamentais não são meramente normas matrizes de outras normas, mas são também normas diretamente reguladoras de relações jurídicas.⁸

2. O ALCANCE DO INCISO IV, DO § 4º, DO ART. 60, DA CF

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu limites materiais ao poder constituinte derivado, para alteração da Constituição, ao prever que: “**ART. 60.** A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: § 4º. Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I. a forma federativa de Estado; II. o voto direto, secreto, universal e periódico; III. a separação de poderes; IV. os direitos e garantias individuais”.

O inciso se refere à forma de organização política do Estado; o inciso II se refere ao regime democrático, pelo qual o povo escolhe, pelo voto, de forma secreta e periódica – a fim de alternar o detentor do poder – o seu governante; o inciso III se refere à separação de poderes, o melhor modo, desde Montesquieu, para partilhar o poder político, no sistema de pesos e contrapesos, para que Executivo, Legislativo e Judiciário exerçam cada um a sua função, na forma estabelecida pela Constituição; e, finalmente, o inciso IV se refere a direitos e garantias individuais, característica intrínseca do Estado democrático de direito. **Essa última cláusula significa não só a impossibilidade de abolir os direitos individuais, mas também as suas garantias.**

Os direitos e as garantias individuais constam do art. 5º da CF e consubstanciam, em essência, **valores e limites objetivos com a função de salvaguardar liberdades individuais, consideradas valores supremos da ordem constitucional.**

Valores como **isonomia, democracia, segurança jurídica e direito de defesa** são alçados objetivamente por limites, como **legalidade, irretroatividade, devido processo legal, habeas corpus, mandado de segurança, etc.**

Além de direitos e garantias arrolados no art. 5º da CF, há outros espalhados por todo o texto constitucional, por exemplo, os princípios republicano e do Estado democrático de direito são cláusulas de proteção tanto individuais como do contribuinte para efeitos de tributação. Tanto que o § 2º do art. 5º estabelece que “*os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outro decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou de tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte*”.

3. O ART. 60, § 4º, DA CF E SEU ALCANCE EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

As matérias previstas nos incisos I, II, III e IV do art. 60, § 4º, da Constituição Federal, têm o seguinte alcance:

ART. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

I. de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;

II. do Presidente da República;

III. de mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

(...)

§ 4º. Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I. a forma federativa de Estado;

II. o voto direto, secreto, universal e periódico;

III. a separação dos Poderes;

IV. os direitos e garantias individuais.

Com relação ao inciso IV, o alcance da expressão “**direitos e garantias individuais**” abrange qualquer direito e garantia constitucional outorgada também ao contribuinte, principalmente aqueles constantes do capítulo denominado “Das limitações constitucionais ao poder de tributar” (arts. 150 a 152), além do art. 5º e outros dispositivos que assegurem garantias espalhados por todo o texto constitucional.

4. LIMITAÇÕES CONSTITUCIONAIS AO PODER DE TRIBUTAR

O *caput* do art. 150 da CF estabelece que, “sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios (...)”.

A Constituição consagrou um amplo sistema de tutela do contribuinte, que se espalha por todo o seu texto. Isto é, o constituinte adotou um sistema de valores em favor do contribuinte, que contém uma vedação que limita a atuação do legislador infraconstitucional para exigências tributárias. Essa limitação é de rigor.

De tal forma que a interpretação do texto constitucional não deve seguir o modelo previsto para a exegese dos textos infraconstitucionais, porque as constituições apresentam características próprias que as diferenciam dos demais documentos normativos. A lei infraconstitucional deve se subordinar por inteiro às normas constitucionais, sob pena de inconstitucionalidade.

Ainda sobre direitos e garantias constitucionais, a advertência de **Norberto Bobbio** permanece atual, quando afirma que “o problema grave do nosso tempo, com relação aos direitos do homem, não é mais o de fundamentá-los, mas de protegê-los. O problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e, num sentido amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é a sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas **qual é o modo mais seguro para garanti-los**; para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados”.

Essa advertência serve para o **Executivo**, que procura dar interpretação reduzida a direitos e garantias constitucionais sempre que estiver em jogo obter mais arrecadação de tributos, e para o **Legislativo**, que deve elaborar leis mais claras em obediência ao texto constitucional – o que nem sempre ocorre, deixando para o **Poder Judiciário** solucionar as questões de conflitos e interpretações constitucionais, solução que conta com a morosidade do julgamento, além de transformar o Judiciário em legislador positivo em determinados casos.

Com efeito, a segurança do direito deve ser dada pelo **legislador** e a certeza pelo exame imparcial do **Judiciário**.

Pela limitação imposta ao presente trabalho, vamos **comentar a garantia do direito de defesa** constante do art. 5º, LV, da CF, como segue:

DIREITO DE AMPLA DEFESA, DEMOCRACIA E CIDADANIA

O regime constitucional da democracia e de liberdades se afirma, em especial, na eficácia que os juízes e tribunais conferem às cláusulas das declarações de direitos individuais e coletivos perante o Estado.

O Estado de direito, concebido e estruturado em bases democráticas, mais do que simples figura conceitual ou mera proposição doutrinária, reflete, em nosso sistema jurídico, uma realidade constitucional densa de significação e plena de potencialidade concretizadora dos direitos e das liberdades públicas.

A construção de uma sociedade livre, justa e solidária, conforme preceitua a Constituição (art. 3º), se assenta na preservação dos direitos indivi-

duais e coletivos e nos princípios da autonomia da harmonia e da independência dos poderes (art. 2º).

Nos sistemas constitucionais modernos, cada vez mais há preocupação com a dinâmica das **relações sociais** e, portanto, com o **exercício dos direitos**.

Esses direitos e garantias estão arrolados no art. 5º da Constituição Federal, entre os quais podemos destacar, para **ampla defesa**, os seguintes:

ART. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XXXV. a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

(...)

XLI. a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;

(...)

LIV. ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

IV. aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

LVI. são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;

LVII. ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

(...)

LXXVIII. a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (Incluído pela Emenda Constitucional n.º 45, de 2004)

Dai a importância do **direito de defesa para a democracia e a cidadania**.

Tais direitos, com base na Constituição Federal de 1988, por assegurarem a dignidade da pessoa humana e representarem **direitos à cidadania**, não podem ser **REDUZIDOS** pelos agentes públicos.

O processo administrativo da Constituição 1988 surgiu com um novo perfil, conforme inciso LV, do art. 5º, ao determinar: “(...) **aos litigantes em processo judicial ou administrativo e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes** (...)”, ou seja, foi alargado para assegurar o contraditório e a ampla defesa, nos mesmos moldes do processo judicial, garantindo a defesa de meios e recursos cabíveis, com apresentação de provas e documentos necessários para instrução de defesa.

Efetivamente, há garantias constitucionais segundo as quais: **a.** aos litigantes em processo judicial ou administrativos, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. (art. 5º, LV, CF); **b.** a lei não excluirá de apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito (art. 5º, XXXV, CF).

Sendo assim, podem surgir situações que denotem violação à garantia do devido processo legal, segundo a qual “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens, sem o devido processo legal” (art. 5º, LIV, CF), e, a título exemplificativo, podemos mencionar a exigência de tributo, por implicar sempre privação de um bem do patrimônio do contribuinte, para poder se defender do débito tributário perante o Poder Judiciário.

As garantias individuais são próprias das constituições democráticas e visam a restringir o poder do Estado e dar mais proteção ao cidadão contra o arbítrio do poder.

É, pois, garantia de todos que a legislação, ao ser editada, não contenha regras discriminatórias que se afastem do princípio da isonomia.

Em relação ao processo penal, é preciso observar a dignidade da pessoa humana, que por sua **relevância** determinou a Constituição de 1988, a **vedação de tratamento desumano, por parte das autoridades encarregadas da repressão**, ao estabelecer nos incisos III e X do seu art. 5º que:

III. ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante.

X. são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

As inviolabilidades de **intimidade, vida privada, honra e imagem** de qualquer pessoa é, também, garantida pela Constituição, assim como o **devido processo legal, com direito a ampla defesa, com os meios e recursos a ele inerentes**. Por essa razão, entre as garantias arroladas no art. 5º da CF, consta o inciso LVII, mencionando que “**ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória**”.

O Supremo Tribunal Federal (STF), intérprete da Constituição, no caso das ações penais conhecidas como “Operação **Lava Jato**”, entendeu que, após o julgamento em 2ª instância do processo penal, a condenação **podará ser cumprida**, não havendo necessidade de se aguardar o trânsito em julgado, para se dar início ao cumprimento da pena, por entender que o **julgamento em segunda instância já é suficiente para a condenação se houver comprovação de culpabilidade penal**, ainda que pendente de eventual recurso. Esse entendimento da Suprema Corte poderá ser revisto em razão de recurso interposto, após o reexame do caso pelo plenário do tribunal. No momento da elaboração deste trabalho, ainda não havia entrado em pauta para julgamento no STF.

CONCLUSÃO

- 1º. O direito de ampla defesa compreende, também, o exame da presunção de inocência (art. 5º, inciso LVIII, da CF/88), que consagra uma proteção individual a todo e qualquer cidadão processado;
- 2º. O magistrado, como aplicador da lei material e processual, deve obedecer ao devido processo legal, nos limites da lei;
- 3º. E, finalmente, o princípio da presunção de inocência, **parte do devido processo legal**, mas se **irradia por todo o sistema de intervenção estatal de natureza fiscal** sobre a pessoa;
- 4º. Para a concretização do direito ao devido processo legal, é necessário a atuação de advogado, para que a defesa seja efetivada;
- 5º. O advogado é indispensável à realização da Justiça (art. 113, CF).

1

Obra coletiva, coautoria com Gilmar Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP), 2002, pág. 104.

2

Comentários à Constituição do Brasil – co-autoria com Ives Gandra da Silva Martins – 2º Vol. – Saraiva – 1989 – pág. 426

3

Introdução ao Estudo do Direito – Editora Atlas – S. Paulo, 1991 – pág. 111.

4

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos* Rio de Janeiro, Ed. Campos: 1992, pág. 4

5

Manual de Direito Constitucional. Coimbra: Ed. Coimbra, 1993, t. IV, págs. 17 e 22.

6

Comentário contextual à Constituição. Malheiros Editores, 2005 pág. 56.

7

Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva, vol. 4, t. I, págs. 417-418 – coautoria com Celso Ribeiro Bastos.

8

Ver Jorge Miranda. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: Ed. Coimbra, 1993, t. IV, pág. 276.

9

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos* – Rio de Janeiro: Ed. Campus, 1992 – pág. 29.

**SUPREMO
TRIBUNAL DE
JUSTIÇA (STJ)**

ROBERTO ROSAS

Professor titular da Universidade de Brasília (UnB). Membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas (ABLJ). Ex-ministro do Tribunal Superior Eleitoral (TSE). Ex-conselheiro federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) (20 anos).

ROBERTO ROSAS

E

Exporemos a importância do Superior Tribunal de Justiça (STJ) no sistema judiciário brasileiro. Antes, nesta publicação, é importante a apresentação do próprio sistema judiciário.

O Supremo Tribunal Federal (STF) está na cúpula. Em outra escala, está o Superior Tribunal de Justiça (STJ), juntamente com os demais tribunais superiores de matérias especializadas (trabalhista, eleitoral e militar). Em seguida, temos as justiças estadual e federal, com juízes e tribunais.

Dirão: "o STF trata de tudo!". Mas há significativa restrição de acesso, limitada apenas a questões constitucionais. O peso se revela em questões abaixo da Constituição, aquelas à luz da legislação ordinária, chamada de "infraconstitucional". Essa tarefa está atribuída ao STJ e aos seus 33 ministros distribuídos em seis turmas.

A abrangência de exames e atuação desse tribunal abarca praticamente todos os ramos do Direito, exceto às justiças especializadas, quais sejam: a liberdade pessoal, o patrimônio, as relações de família, a administração pública, o tributário e a previdência. Nem sempre foi assim, já que o STJ somente surgiu com a Constituição Federal de 1988.

No período republicano até 1946, cabia ao Supremo Tribunal o julgamento das causas de interesse da União em segunda instância (apelação). O Supremo fazia o papel de corte de controles constitucional, legal e de revisão.

Na Constituição de 1946, foi criado o Tribunal Federal de Recursos (TFR), instalado em 1947, para assumir a competência recursal. O Supremo, então, passou a exercer exclusivamente os controles de legalidade e constitucionalidade, no recurso extraordinário.

A Constituição de 1988 trouxe grande alteração na organização judiciária. Extinguiu o TFR, substituindo-o pelos Tribunais Regionais Federais (TRFs) para o exercício de sua competência. Instituiu o STJ para recolher a competência de controle infraconstitucional. E ao Supremo Tribunal, reservou a competência precípua de guarda da Constituição.

Nesse contexto, o Superior Tribunal assumiu uma posição intercalar entre a Justiça de segundo grau e o Supremo Tribunal, com competência, principalmente, de julgar causas oriundas dos tribunais de Justiça e dos TRFs.

Antes de tudo, compete ao STJ o julgamento de causas decididas em única ou última instância por meio do recurso especial.

O alcance da expressão “causa” está no fato de não haver reexame dos fatos e das provas. Essa apreciação é soberana das instâncias inferiores. Nada impede a qualificação jurídica da prova ou do fato. Se os fatos não levam ao supedâneo legal ou jurídico, o STJ pode desqualificar e dar o verdadeiro enquadramento legal ou jurídico, porém, não alterará as provas e os fatos reconhecidos pelos tribunais antecedentes.

Como dito, a causa deve ter sido decidida definitiva ou de última instância, isto é, da qual não cabia mais recurso ordinário (ex.: apelação julgada, por maioria). Também pode ser decisão de única instância, como ocorre nos conflitos de competência, questão originária do tribunal.

O pressuposto mais importante do recurso especial é a contrariedade ou a negativa de vigência da lei federal. Contrariar é mais extenso, mais abrangente do que negar vigência; basta a simples desatenção à lei para caracterizar a contrariedade, ao passo que a negativa de vigência traz conteúdo mais enérgico, com a intenção de violação. Assim, se a decisão não aplicou bem a regra jurídica, há contrariedade. A negativa de vigência, por outro lado, exige um ataque frontal à lei federal (CF, art. 105, III, a).

Anteriormente, o recurso extraordinário era cabível somente por negativa de vigência de lei federal, e não por contrariedade. Essa não foi a melhor interpretação. Ampliou-se demasiadamente o cabimento do recurso.

Outro aspecto importante é extremar a relação do recurso especial com a lei federal. Não cabe ao STJ apreciar a violação à lei estadual. Portanto, exclui qualquer envolvimento com a lei local (estadual ou municipal).

Diferente é a situação na hipótese de confronto entre a lei local em face de lei federal, quando a decisão recorrida julgar válida lei ou ato estadual ou municipal discutido perante lei federal, isto é, lei que contraria a lei federal (ex.: lei estadual sobre normas de trânsito em confronto com o Código de Trânsito Brasileiro – CTB). Nesse caso, o recurso é cabível.

Ainda cabível o recurso especial por divergência entre a decisão recorrida e qualquer outro tribunal, na interpretação da lei federal. Exclui-se, portanto, a divergência com assento em lei local diante da lei federal.

A interpretação divergente deve estar envolvida com o tema em debate. A questão divergente atribuída por outro tribunal deve se relacionar com a questão discutida pelo Superior Tribunal, naturalmente em oposição.

Cabe ao STJ o julgamento do mandado de segurança contra ato de ministro de Estado, não se abrindo, nessa hipótese, os atos delegados (ocorrência comum), passando à competência de juiz federal.

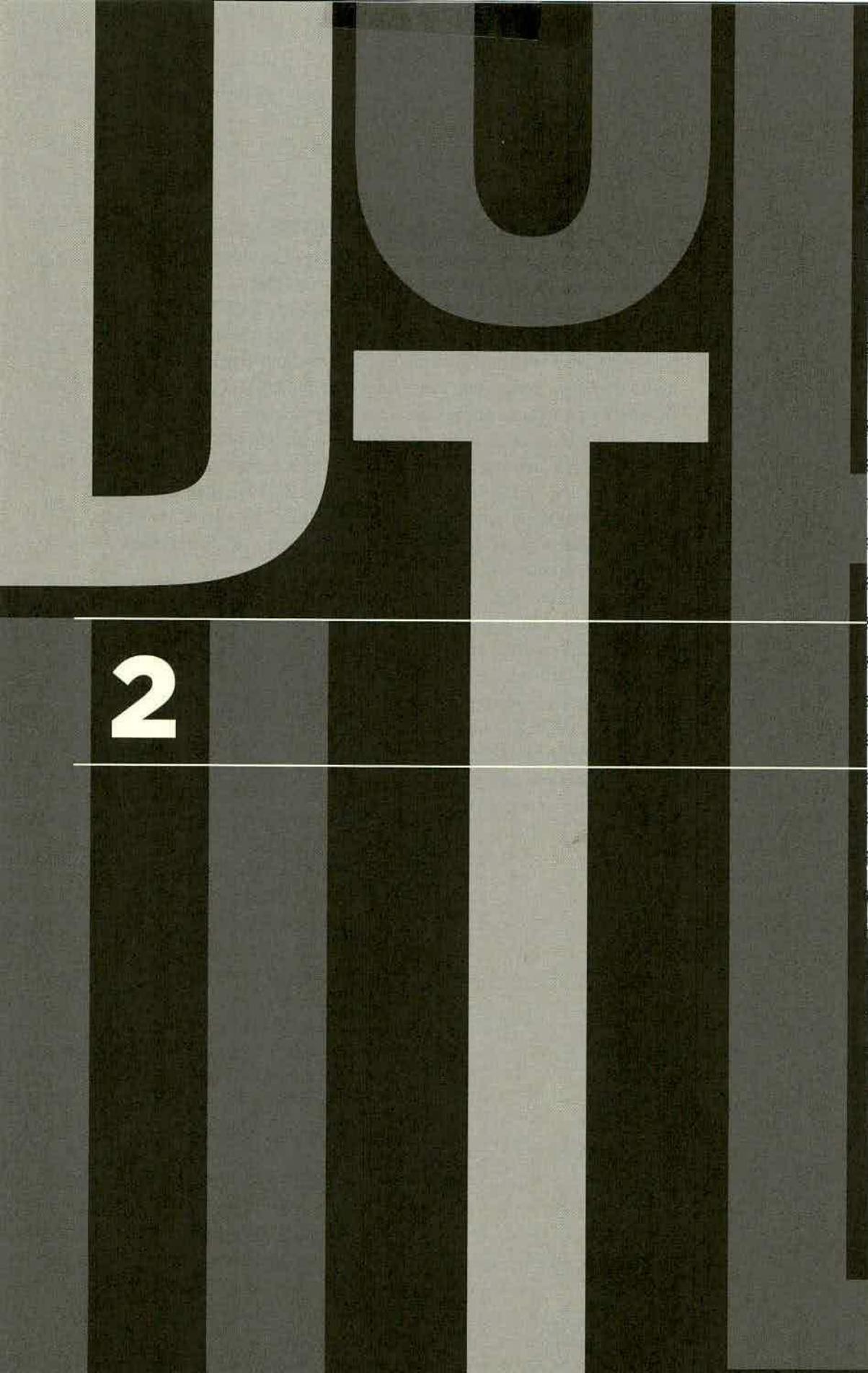
O Superior Tribunal decide os conflitos de competência entre tribunais diversos, ou entre tribunal e juiz não vinculado a esse tribunal, e juizes vinculados a tribunais diversos. Inclui-se na competência a reclamação, muito discutida, porque tem como finalidade preservar a competência do tribunal e a perfeita execução das decisões dos tribunais.

O mandado de injunção é cabível no STJ quando a falta de norma legal é atribuída à área federal, inclusive da administração direta ou indireta.

O recurso ordinário é interposto das decisões em mandado de segurança decidido em única instância (em geral no TRF, contra ato de juiz federal) e pelos tribunais estaduais (em geral, contra ato de governador e secretário de Estado).

Como se percebe, com o objetivo de aliviar a carga de trabalho do Supremo, atribui-se uma quantidade enorme de competências ao STJ, abrangendo os mais variados temas. Daí exsurge a importância do STJ no atual sistema judiciário brasileiro, porém, dessa importância, exsurge uma crise de excesso de carga de trabalho como dizem os números de processos julgados ano a ano, após a sua instalação (em 1989): em 2000, 154.164; em 2010, 330.283; em 2018, 524.801.

A galopante média de julgamentos indica a necessidade de soluções para essa crise já instalada.

An abstract graphic design featuring large, stylized letters 'U' and 'T' in a light gray color against a dark background. The letters are partially cut off by the edges of the frame. A white number '2' is positioned on the left side, between two horizontal white lines. The background is composed of vertical stripes of varying shades of gray and black.

2

DIREITO
TRIBUTÁRIO

**CARGA
TRIBUTÁRIA E
CARGA BUROCRÁTICA**

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS

Professor emérito das universidades Mackenzie, Unip, Unifie, UniFMU; do Ciee/O *Estado de S. Paulo*; das Escolas de Comando e Estado-Maior do Exército (ECEME), Superior de Guerra (ESG) e da Magistratura do Tribunal Regional Federal - 1ª Região; professor honorário das universidades Austral (Argentina), San Martin de Porres (Peru) e Vasili Goldis (Romênia); doutor *honoris causa* das universidades de Craiova (Romênia) e das PUCs do Paraná e do RS, e catedrático da Universidade do Minho (Portugal); presidente do Conselho Superior de Direito da FecomercioSP; e fundador e presidente honorário da Escola de Direito CEU Law School.

IVES GANDRA DA
SILVA MARTINS

E

Em 1983, em painel presidido pelo então conselheiro federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), Sepúlveda Pertence, e participações do presidente da Associação Brasileira de Imprensa (ABI), Barbosa Sobrinho; do jurista baiano Emmanuel Matta; e do economista carioca Carlos Lessa, participei de um seminário na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco – fundada em 1827 pelo Imperador Pedro I –, sobre a necessidade de uma reforma tributária.

Em minha participação, critiquei a excessiva burocracia – na época, se comparadas às exigências do cipoal gerado pelas administrações tributárias na atualidade, estaríamos perante condições ditadas por verdadeiros “monges trapistas” – que não permitia ao País crescer e que atravancava, na ânsia de cobrar tributos de todas as formas legais e ilegais, o desenvolvimento nacional¹.

Tendo convivido com os pais do atual sistema tributário brasileiro, acredito que eles conformaram sua espinha dorsal em 1965 e 1967, que é boa, apesar da notável “contribuição de pioria” que todos os governos brasileiros trouxeram ao modelo do período. Embora tenham sido restabelecidos seus princípios gerais na Constituição de 88, teve, dos governos pós-constituintes, outra expressiva demonstração da capacidade corrosiva do texto aprovado, gerando uma das mais fantásticas e complexas legislações impositivas do planeta.

Lembro-me de palestra de Francisco Dornelles – veio a presidir, posteriormente, a subcomissão de tributos na constituinte –, quando era ainda ministro da Fazenda do presidente Sarney. Disse ele que, muitas vezes, a Secretaria da Receita Federal dava orientações ilegais, na interpretação da complexa legislação brasileira, contestadas e derrubadas no Judiciário, mas que, todavia, não afastavam a cobrança dos tributos ilegais, pois a grande maioria dos contribuintes pagava sem discutir. Dizia que, para o Ministério, “tributo indevido” não contestado é receita, e receita tem sempre destino assegurado no governo. Segundo informava, mesmo a receita advinda dos

“tributos indevidos” em decorrência das leis ou atos normativos condenados pelo Judiciário, era de 90% do programado².

A bem do ministro Dornelles, grande conhecedor de Direito Tributário, na sua manifestação não havia um juízo de valor quanto à edição de leis ou de atos ilegais, mas simples constatação de que uma legislação complexa como a brasileira gerava tais distorções, que, todavia, beneficiavam sempre o Fisco, pois poucos eram os que as contestavam perante o Judiciário.

Há 61 anos militando na área tributária, minha constatação é, lamentavelmente, muito mais aterradora para os contribuintes, pois a Receita Federal e muitas administrações estaduais e municipais pressionam consideravelmente o contribuinte, tornando-se um dos maiores fatores de atrasamento do desenvolvimento nacional pelo nível de assimetria descompromissada com tal perspectiva, visto que seu único intuito é retirar recursos da sociedade, mesmo que à custa do progresso econômico.

É de se lembrar que, em todos os levantamentos feitos por instituições internacionais, inclusive o Fundo Monetário Internacional (FMI), o número de horas que o contribuinte brasileiro gasta para trabalhar de graça para o Fisco é o maior de todos os países. É de se lembrar, ainda, que todas as obrigações acessórias são obrigações administrativas definidas pelo Poder Público para os pagadores de tributos atenderem às exigências do Fisco. Sem remuneração e como os escravos medievais da gleba, se não fizerem corretamente o trabalho gratuito em prol do governo, serão punidos³.

À evidência, a melhor política tributária é aquela em que os desenvolvimentos econômico e social, de um lado, e a Justiça Fiscal, de outro, permitam a evolução do País, algo que a National Commission on Taxation do Canadá apurou, após longos estudos, publicados no início da segunda metade do século 20. Ora, Justiça Tributária e desenvolvimentos econômico e nacional passam distantes do atual assistemático regime tributário brasileiro, em que arrecadar, legal ou ilegalmente, é o único objetivo dos atuais publicanos do século 21.

É evidente que a culpa maior reside na inacreditável burocracia brasileira, geradora – como os “integradores” de Toffler, em *A terceira onda* –, de obrigações, para os governantes se perpetuarem no poder e gozarem das benesses que este lhes dá⁴.

O nível de carga tributária brasileira – em torno de 33%, ou seja, superior à de Estados Unidos, Japão, Suíça, Coreia do Sul, China, México e esmagadora maioria dos países integrantes da ONU – é absorvido para sustentar a mão de obra governamental, a burocracia brasileira enquistada nas três esferas da Federação, cujas aposentadorias são escandalosamente superiores às dos comuns mortais não participantes do governo. Carga essa, inclusive,

insuficiente para atender aos gastos com o pessoal e sua estrutura. Apesar da exorbitância de tais valores arrancados dos contribuintes, o Brasil é obrigado a se endividar, pegando dinheiro do mercado para pagar servidores públicos, o que levou a dívida brasileira a quase 80% do Produto Interno Bruto (PIB), no seu conceito nominal. É, pois, de se admitir que são os “publicanos brasileiros” que exaurem a sociedade com tributos e interpretações *pro domo sua*, na busca de tais recursos mantenedores da casta de governantes nos três Poderes, e que tizam a imagem do Brasil perante o mundo.

Ora, num país em que há 13 milhões de desempregados e em que a educação está muito abaixo daquela propiciada em outras nações emergentes, em que o sonho de qualquer jovem é ser servidor público para ter a segurança que o povo não tem, independentemente de vocação para esta ou aquela atividade, nossa carga tributária passa longe da Justiça Tributária e dos desenvolvimentos econômico e social, visto que objetiva, principalmente, manter os privilégios dos governantes. Há, pois, algo de muito errado no “Estado brasileiro”⁵.

Tome-se, por exemplo, a saúde. Todos os servidores públicos têm sido beneficiados, mesmo numa terra de desempregados, com reajustes e “penduricalhos” que esgotam os tesouros dos Estados federados. Entretanto, a tabela do SUS para os hospitais sem fins lucrativos não é atualizada desde 1995, na grande maioria dos procedimentos. A Receita, por outro lado, impõe uma série de obrigações não constantes da Constituição Federal e do CTN para impedir o gozo das imunidades consagradas constitucionalmente, e autua as instituições hospitalares por pontos e vírgulas, divulgando para a imprensa que faz jus a centenas de bilhões de reais em decorrência de autos de infração. Contudo, tais autos de infração são lavrados contra a lei e contra as decisões da Suprema Corte, inviabilizando o gozo de imunidades – VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL AO PODER DE TRIBUTAR –, a pretexto de que seria uma “renúncia fiscal”. Ora, ninguém pode renunciar ao que não tem, e a Constituição, nas imunidades, não dá aos poderes tributantes competência para a imposição de impostos e de contribuições sociais! O resultado, nos últimos anos, desta crescente política de buscar receitas para sustentar privilégios é que foram fechados, no País, 218 hospitais (!) sem fins lucrativos, como se apurou em recente estudo das Santas Casas de Misericórdia e do Fórum Nacional das Instituições Filantrópicas (Fonif). Este último, inclusive, mostrou que a cada centavo de tributo tornado imune pela constituinte, o 3º setor devolve sete centavos e nove décimos, ou seja, 7,9 vezes o que não recolheu à sociedade!⁶

Nada obstante a Suprema Corte tenha declarado, em ação de controle concentrado, proposta em 1999 (ADI n.º 2.028) – que apenas lei complemen-

tar pode impor requisitos ao gozo da imunidade –, a União Federal cria toda a espécie de empecilhos ao gozo dessa desoneração constitucional mediante legislação ordinária. Há 20 anos tramita a referida ação, e, mesmo após decisão pelo plenário do STF, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional insiste em retardar, com interposição de recursos e embargos de declaração, a solução definitiva da questão, enquanto procura se beneficiar dos vultosos honorários de sucumbência. Tudo isso, repita-se, não obstante o fechamento dos 218 hospitais e um número muito maior de estabelecimentos de ensino no País⁷!

Por outro lado, os bônus de produtividade dado a agentes fiscais que atuam ou decidem a favor da Fazenda Nacional, no Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (Carf) ou em erários estaduais e municipais, transformam todos esses agentes em caçadores de infrações, reais ou imaginárias, e não no que deveriam ser: orientadores do contribuinte, em face da caótica legislação tributária⁸.

Quando se fala que a carga tributária brasileira – segundo a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), gira em torno de 33% do PIB –, esta não é propriamente a carga, mas o porcentual da arrecadação do governo. Em nível de carga legal, ou seja, a que decorre da lei (mais carga potencial derivada das multas pecuniárias por infrações), esse porcentual ultrapassaria, a meu ver, de muito, os 40% do PIB, pois não há, no mundo inteiro, de países desenvolvidos ou emergentes, um contencioso no nível do brasileiro.

Por fim, há de se lembrar que os bônus de produtividade e das generosas sucumbências – pois ainda hoje se mantém, contra o exposto texto do art. 85, § 3º, do CPC, o acréscimo de 20% sobre a inscrição da dívida ativa, em grande parte destinado aos procuradores do erário – tornam a atuação de tais agentes públicos verdadeira milícia “anticontribuinte”, sob uma falsa bandeira de combate à sonegação. Dizem-se defensores do interesse público, porém, de rigor, é cada vez mais o interesse dos detentores do poder⁹.

Nesta análise, à evidência, não personalizo a crítica e jamais discuto a honestidade e a figura de procuradores e fiscais, mas a filosofia que rege a política tributária do Brasil, política essa que transformaria os publicanos dos tempos de Cristo em meras carmelitas descalças.

Por fim, o Ministério Público, no seu combate legal à corrupção, muitas vezes abusa de sua função, terminando por levantar suspeitas contra qualquer juiz que venha a decidir tese jurídica a favor do contribuinte, em ações envolvendo elevadas quantias. Além disso, frequentemente ocorrem vazamentos seletivos à imprensa, jamais apenados, cumprindo lembrar que todo o vazamento, em matéria de que a autoridade é obrigada a guardar se-

greco, é crime. O Poder Público busca, assim, desconstituir os fundamentos legais das mais legítimas teses jurídicas pró-contribuinte, lançando dúvidas sobre a probidade do magistrado que as julga favoravelmente. O receio de que possa ser considerado suspeito – nada obstante a qualidade da magistratura no Brasil – leva, não poucas vezes, o juiz a buscar interpretação favorável ao Fisco, mesmo que não a melhor ou a mais correta, como forma de evitar desconforto de exarar decisão pró-contribuinte. Reitero, também aqui, que não discuto a idoneidade e a competência dos membros do MP ou do Poder Judiciário, mas a tal filosofia de atuação.

Nesse quadro, a norma do artigo 112 do CTN – preceituando que, na dúvida, a decisão deve ser sempre a favor do contribuinte – é constantemente ignorada. Nos julgamentos ocorridos no Carf, quando há empate (e, portanto, dúvida), o presidente da Câmara Administrativa, nomeado pelo Fisco, vota sempre a favor da administração pública em duplo voto, com o que, na violação da boa norma do *in dubio pro reo*, assegura receita para a SRB e seus bônus de produtividade.

É contra esse estado de coisas – que torna o contribuinte brasileiro um escravo da gleba medieval, e a política tributária vigente, um entrave aos desenvolvimentos econômico e social do País – que tem se oposto o Conselho Superior de Direito da FecomercioSP, numa luta sem tréguas contra o arbítrio, a injustiça tributária e a desfiguração do sistema perpetrado, em grande parte, pelos erários das diversas esferas da Federação¹⁰.

1

Na ocasião, disse: "A boa regra do planejamento exige que as despesas públicas sejam programadas a partir da estimativa das receitas. A boa regra do planejamento exige, também, que mecanismos constitucionais sejam criados para que os planejadores governamentais não invertam a fórmula para projeção de receitas em função de despesas. Por fim: a boa regra do planejamento exige, nas federações, que as unidades federativas tenham condições de viver autonomamente, no plano financeiro, por força dos ingressos próprios derivados da imposição tributária. À evidência, a boa regra do planejamento não existe no Brasil. Em relação à programação de despesas, não obstante as sucessivas imposições de sacrifícios sobre o segmento privado da Nação, responsável por mais de 40 milhões de empregos, o governo federal, que se utiliza de pouco mais de 1 milhão de brasileiros, tem-nas projetado sem qualquer preocupação com a receita. E, por via de consequência, a contrapartida ao sacrifício imposto aos governados é o desperdício permitido aos governantes" (*Congresso Nacional de Advogados Pró-Constituinte da OAB*. Ed. OAB, São Paulo, 1º a 4/8/1983, pág. 151).

2

Analiso toda a evolução do sistema anterior para o atual sistema na constituinte, no livro *O sistema tributário na Constituição* (6ª ed., Ed. Saraiva, págs. 21-73).

3

O artigo 113 do Código Tributário Nacional (CTN) tem a seguinte dicção:

"ART. 113. A obrigação tributária é principal ou acessória.

§ 1º. A obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente.

§ 2º. A obrigação acessória decorre da legislação tributária e tem por objeto as prestações, positivas ou negativas, nela previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos.

§ 3º. A obrigação acessória, pelo simples fato de sua inobservância, converte-se em obrigação principal relativamente à penalidade pecuniária".

4

No livro publicado, na década de 1980, logo após *O choque do futuro*, dizia Alvim Toffler que políticos e integradores do poder (burocratas) dominavam a evolução do mundo, segurando-a, mas que os integradores se multiplicavam em velocidade maior que os políticos, gerando novos integradores para se manterem mais tempo no poder que os políticos.

5

Preferi usar o vocábulo "errado" em relação ao Shakespeare utilizou em *Hamlet* para definir o reino da Dinamarca.

6

O Fórum Nacional das Instituições Filantrópicas (Fonif) distribuiu aos 11 ministros da Suprema Corte o exaustivo levantamento com esses dados, que podem ser acessados no site <http://fonif.org.br/>.

7

A ação direta de inconstitucionalidade proposta em 1999 mereceu a concessão de medida liminar monocrática do ministro Marco Aurélio de Mello, confirmada por dez votos a zero, na relatoria do ministro Moreira Alves no mesmo ano, com sustentação oral minha em 2014 e decisão definitiva em 2017, pendendo os embargos de declaração de julgamento, quando escrevo este artigo em junho de 2019!

8

Fere a decisão, na dúvida a favor do Fisco, o artigo 112 do CTN, assim redigido:

"ART. 112. A lei tributária que define infrações, ou lhe comina penalidades, interpreta-se da maneira mais favorável ao acusado, em caso de dúvida quanto:

- I - à capitulação legal do fato;*
- II - à natureza ou às circunstâncias materiais do fato, ou à natureza ou extensão dos seus efeitos;*
- III - à autoria, imputabilidade ou punibilidade;*
- IV - à natureza da penalidade aplicável, ou à sua graduação", pois, no Carf, o voto do presidente, de desempate, é um segundo voto dado pelo mesmo julgador!*

9

O § 3º, do art. 85, do CPC tem a seguinte dicção:

"§ 3º. Nas causas em que a Fazenda Pública for parte, a fixação dos honorários observará os critérios estabelecidos nos incisos I a IV do § 2º e os seguintes percentuais:

- I. mínimo de dez e máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido até 200 (duzentos) salários-mínimos;*
- II. mínimo de oito e máximo de dez por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 200 (duzentos) salários-mínimos até 2.000 (dois mil) salários-mínimos;*
- III. mínimo de cinco e máximo de oito por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 2.000 (dois mil) salários-mínimos até 20.000 (vinte mil) salários-mínimos;*
- IV. mínimo de três e máximo de cinco por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 20.000 (vinte mil) salários-mínimos até 100.000 (cem mil) salários-mínimos;*
- V. mínimo de um e máximo de três por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 100.000 (cem mil) salários-mínimos".*

10

Presidindo há 30 anos o conselho, sempre me orgulhei de terem todos os nossos conselheiros travado permanente luta para que a Justiça Tributária seja, um dia, a meta de todos os governos, e não a mera arrecadação a qualquer custo.

LIMITAÇÕES
AO PODER DE
TRIBUTAR: A CRIAÇÃO
DE UM ESTATUTO DE
DIREITOS BÁSICOS DO
CONTRIBUINTE

ANTONIO CARLOS RODRIGUES DO AMARAL

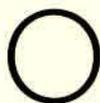
ANTONIO CARLOS
RODRIGUES DO AMARAL.

—
Conselheiro do Conselho Superior de Direito da FecomercioSP; *visiting scholar* na Columbia Law School (Nova York); professor de Direito Constitucional e de Direito Tributário da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie; doutor e mestre, com distinção, em Educação pela Universidade de São Paulo (USP); mestre em Direito (LL.M.) pela Harvard Law School e pós-graduado, com distinção de excelência acadêmica, pelo Harvard University International Tax Program. Foi vice-presidente da Comissão de Direito Tributário do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e da Comissão de Direito Tributário da OAB-SP. É acadêmico titular da Academia Brasileira de Direito Tributário (ABDT), da Academia Paulista de Direito (APD) e da Academia Paulista de Letras Jurídicas (APLJ). Advogado em São Paulo e consultor jurídico (Brazilian Law Expert) certificado em Nova York e na Flórida (EUA).

—

SÍNTESE: *O presente artigo retoma a discussão de várias propostas discutidas ao longo dos anos no Conselho Superior de Direito da FecomercioSP, sob a fecunda e sempre inovadora presidência do Prof. Ives Gandra da Silva Martins, e que também foram, em regra, encampadas por várias instituições quando apresentadas ao Congresso Nacional e às autoridades públicas (OAB Nacional, OAB-SP, CNC, CNI, Fiesp, Sescon, ACSP, entre outras). Várias delas, com variações na sua redação, chegaram a ser incorporadas em projetos de lei votados no âmbito do Senado Federal ou da Câmara dos Deputados. Todavia, por pressão dos órgãos fazendários, a sua maioria não chegou a ser incorporada aos textos legislativos, ou tiveram o seu conteúdo e alcance desidratados. Assim, é uma luta perene do contribuinte fazer valer alguns direitos básicos perante o Poder Público. As propostas arroladas neste artigo são pertinentes a disposições legislativas que formariam um Estatuto de Direitos Básicos do Contribuinte (EDC). Diferentemente de um amplo "código" de defesa do contribuinte, nesse caso, do EDC, objetiva-se garantir e proteger certos direitos básicos do cidadão e das empresas, que, todavia, são muito relevantes para elevar o nível das relações entre Fisco e contribuinte. Pretende-se, assim, conformar um rol inicial de proposições que solucionem problemas do dia a dia do cidadão e das empresas, quanto ao acesso às autoridades fiscais, aos meios elementares de defesa, de obtenção de informações ou evitar a aplicação de sanções desproporcionais ou incompatíveis com o Estado democrático de direito. Ademais, visam a desburocratizar e racionalizar as obrigações acessórias, facilitando e desonerando custos excessivos da sociedade no cumprimento das obrigações fiscais. O delineamento de certos direitos básicos do contribuinte objetiva, sobretudo, promover proteção concreta, em pontos relevantes, aos contribuintes honestos e que procuram arduamente honrar suas obrigações tributárias, principais e acessórias, em meio a um emaranhado de normas complexas e, muitas vezes, contraditórias. Apesar de sua plena boa-fé (e mesmo quando empenhado em legitimamente afastar complicações fiscais), o contribuinte se vê em diversas ocasiões maltratado e mesmo compelido ao erro e ao insucesso diante de obrigações fiscais herméticas, complexas ou notadamente injustas, derivadas dos vários fiscos de diferentes entes políticos. Este pequeno artigo, por sua concisão, elenca apenas alguns direitos básicos aos quais outros poderão ser acrescidos. Visam, em suma, a propor temas práticos e concretos para o justo e melhor tratamento e proteção do cidadão e de suas empresas, incentivando os investimentos e o empreendedorismo e, por decorrência, a geração de empregos e o crescimento econômico. Assim, com a sua reapresentação neste artigo, espera-se que tais temas sejam novamente submetidos ao crivo do debate democrático, sob a perspectiva de sua razoabilidade e proporcionalidade, na persecução da justiça fiscal, da eficiência e do bem comum.*

PALAVRAS INICIAIS



O Conselho Superior de Direito (CSD) da FecomercioSP, ao longo dos últimos 30 anos, sob a liderança excelsa e segura do eminente **Prof. Ives Gandra da Silva Martins**, sempre debateu, propôs e defendeu em conjunto com as autoridades públicas (governos federal e estadual, municipalidades, Congresso Nacional, entre outros) uma variada gama de proposições voltadas à proteção do contribuinte. Notadamente, em várias ocasiões, apresentou ao Congresso Nacional propostas para garantir direitos básicos do cidadão e de suas empresas sob a ótica tributária. Diversas dessas proposições, com variações em suas redações, chegaram a ser incorporadas em projetos de lei votados no âmbito do Senado Federal ou da Câmara dos Deputados. Todavia, por pressão dos órgãos fazendários, a sua maioria não chegou a ser incorporada aos textos legislativos – ou teve o seu conteúdo e alcance reduzidos. Daí a luta perene de instituições como o CSD da FecomercioSP, em comunhão com várias instituições relevantes (OAB Nacional, OAB-SP, CNC, CNI, Fiesp, ACSP, Sesccon, entre outras), em reaperceber e reforçar o debate e a defesa de propostas voltadas aos direitos básicos do contribuinte, fomentando a geração de empregos, o empreendedorismo, o crescimento econômico e a justiça fiscal.

Assim, é justa e necessária a elevada homenagem e agradecimento devidos ao incansável e nosso sempre presidente e fundador do Conselho Superior de Direito, Prof. Ives Gandra da Silva Martins, a quem o autor reitera seu afeto, gratidão e admiração pelas grandes lições jurídicas e também decorrentes de uma vida extraordinariamente profícua, dedicada ao saber, ao bem do Brasil e a tanto alegrar e enriquecer cultural e moralmente seus incontáveis amigos e discípulos. Por ocasião do aniversário de três décadas do CSD, são também enaltecidos todos os membros presentes e passados deste valioso sodalício. Em especial, o autor expressa de público as suas homenagens póstumas ao inesquecível e querido conselheiro **Ney Prado**, tão admirado por seus pares tanto por sua grande cultura jurídica quanto por

sua experiência de vida e influência na política nacional e nos debates constitucionais. Por fim, imprescindível também agradecer e enaltecer os exímios préstimos dos doutos colegas e amigos conselheiros **Fernando Passos**, **Rogério Vidal Gandra da Silva Martins** e **Luis Antonio Flora** pela iniciativa e empenho em levar adiante a edição desta importante obra, que sintetiza assuntos de enorme relevância ao País e que foram objeto de reiterados estudos, debates, reflexões e proposições ao longo dos últimos 30 anos do Conselho Superior de Direito da FecomercioSP.

INTRODUÇÃO

Como se observa, ao longo das últimas décadas, o contribuinte brasileiro tem sofrido substancial redução em seus direitos e garantias básicas na rotina de suas relações com o Fisco. O Estado, em vez de bem servir ao cidadão, muitas vezes se coloca na posição de seu algoz. Estabelece obrigações descabidas. Trata mal aquele que lhe sustenta. Pune injustamente o contribuinte honesto, impondo-lhe uma carga tributária voraz e obrigações tributárias que se acumulam e se repetem. O erro de boa-fé é punido com multas elevadas e, diversas vezes, com ameaças de sanções penais por fiscais de tendência menos republicana – ainda que sejam uma minoria – e constrangimentos de variada ordem.

O cidadão comum e os empresários, enquanto isso, sofrem com a ausência de direitos básicos a lhes garantir acesso às autoridades fiscais, com prazos exíguos de defesa, legislação complexa, desordenada, confusa, multas elevadíssimas, juros escorchantes e decorrentes de um regime tributário arcaico e com consequências muitas vezes desconhecidas pelos próprios fiscos. Um ato praticado hoje pelo contribuinte poderá ser interpretado diferentemente daqui alguns anos se sofrer uma fiscalização. A interpretação válida atualmente das autoridades nas cortes administrativas poderá ser diametralmente oposta no futuro, quando seu caso vier a ser julgado, sem qualquer garantia prática de que a interpretação original será, de fato, respeitada. Desse modo, uma prática tributária hoje inocente poderá ser punível posteriormente! Enfim, o contribuinte convive com uma certeza: a de que há grandes incertezas não apenas no presente ou futuro próximo ou distante, mas igualmente em relação ao passado. E é esse o tônus dominante em diversas matérias tributárias! Em uma reprovável inversão de valores, em inúmeras oportunidades, inverte-se o princípio da boa-fé e da mínima presunção de inocência para se generalizar, aprioristicamente, a conclusão de atuação de má-fé dos contribuintes. Não se quer obviamente sustentar que

o contribuinte esteja predestinado aos altares da santidade fiscal. Mas o Estado, por seus agentes, não tem o direito de tratá-lo mal, de forma pouco transparente, impor dificuldades no atendimento, restringir o acesso às repartições ou aos procedimentos administrativos, a complicar a forma, a restringir arbitrariamente prazos e ampliar desarrazadamente limites da fiscalização. Criar fronteiras bem definidas para a atividade dos agentes fiscais, estabelecendo direitos básicos do contribuinte, não é para amarrar o Estado em suas legítimas e necessárias atividades fiscal e arrecadatória, mas para prevenir abusos e ineficiências, garantir o exercício de direitos básicos da cidadania e, assim, elevar o nível das relações entre Fisco e contribuinte. Um meio de bem elevar o justo tratamento fiscal ao contribuinte é, por exemplo, reconhecer que, no caso de dúvida razoável na interpretação de uma norma tributária, é imperativo que se reconheça a fruição do princípio *in dubio pro* tributário, segundo o qual uma interpretação razoável da literalidade de uma disposição legal não pode ser utilizada contrariamente ao contribuinte que agiu de boa-fé; o que obrigaria autoridades fiscais e judiciárias a julgar favoravelmente ao contribuinte no caso de ambiguidade¹.

Na sequência, será apresentada uma série de proposições que tratam de direitos básicos do contribuinte que há anos vêm sendo debatidas e defendidas pelo autor e por vários estudiosos e especialistas. É um esqueleto de ideias sem uma autoria bem-definida, o que não é, no caso, relevante – pois são proposições que nasceram como respostas a diversos problemas do dia a dia do contribuinte. Congregam alguns pontos defendidos por aqueles que propõem a elevação no nível de tratamento e respeito a ser deferido ao cidadão e às empresas nas relações com o Fisco. Certamente podem (e devem) ser acrescidos de vários outros direitos básicos. São propostas que, como já se adiantou, não pretendem resultar em um amplo código de defesa do contribuinte. Não se trata aqui, a bem dizer, de “defesa” do contribuinte em sentido amplo, mas de estabelecer e garantir regras básicas de mútua convivência com o Fisco, firmando e enaltecendo direitos e garantias que melhorem a vida do cidadão nas suas relações fiscais habituais. Aquelles que defendem um amplo código de defesa do contribuinte podem (e devem) continuar a fazê-lo. O objetivo da criação de um Estatuto de Direitos Básicos do Contribuinte, reiterando algo que há anos se propugna, é mais limitado, prático e pontual pois é principalmente voltado a questões do dia a dia do contribuinte, em suas relações com as autoridades fiscais e no exercício ordinário de seu direito de defesa.

PROPOSTA INICIAL DE PONTOS PARA UM ESTATUTO DE DIREITOS BÁSICOS DO CONTRIBUINTE

1. PRAZO CERTO E RAZOÁVEL PARA FISCALIZAÇÃO

Há fiscalizações que às vezes permanecem em aberto por um ano ou mais. Documentos são solicitados do contribuinte, algumas intimações esporádicas são feitas e, subitamente, o contribuinte é autuado com apenas 30 dias para se defender, tendo de juntar documentação complexa, contratar advogados, etc. A proposta é a de que, quando haja a abertura de uma fiscalização com o Mandado de Procedimento Fiscal (MPF), ela tenha de se encerrar em 180 dias, somente podendo ser prorrogada uma vez, por igual período, por autorização fundamentada do auditor-chefe, especificamente aplicável ao caso concreto do contribuinte. A extensão por período superior a 12 meses dependerá de ato fundamentado da maior autoridade fiscal da jurisdição de residência do contribuinte. Para cada mês iniciado após o primeiro período de 180 dias, poderá ser acrescido o prazo de dez dias para a defesa inicial do contribuinte. Isso dará eficiência aos agentes fiscais, que não deverão simplesmente abrir inúmeras fiscalizações ao mesmo tempo, mas focar nas que iniciar e terminá-las o quanto antes, de forma a permitir a boa continuidade das atividades ordinárias do contribuinte, igualmente permitindo que erros, se existirem, possam ser corrigidos.

2. ACESSO DO CONTRIBUINTE, POR SEUS ADVOGADOS E REPRESENTANTES, A AUTORIDADES DA PROCURADORIA DA FAZENDA NACIONAL E DA RECEITA FEDERAL COM ATUAÇÃO EM CONJUNTO COM O PODER JUDICIÁRIO

Nos processos judiciais de natureza tributária, é comum a existência de erros evidentes e graves em afirmações ou defesas da Procuradoria da Fazenda Nacional (PFN) ou em documentos que são juntados aos feitos. É comum que passem meses, e às vezes anos, para que se possa solucionar o problema criado. Muitas vezes, o tumulto causa impasses que travam os processos, não permitindo seu julgamento, na pendência de esclarecimentos da Receita Federal ou da PFN, que tardam – e muitas vezes falham. Como usualmente não se consegue ter acesso aos procuradores da Fazenda Nacional nem à Receita Federal nos respectivos fóruns e tribunais, a proposta visa a estabelecer um serviço de apoio ao contribuinte no Poder Judiciário com a finalidade de dar celeridade processual, tornando possível o rápido esclarecimento de questões documentais e outras que se façam necessárias com as respectivas autoridades.

3. DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO ADMINISTRATIVO E PRAZO PARA A OBTENÇÃO DE RESPOSTAS OU DECISÕES DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

A proposta é que as decisões sejam proferidas, em cada estágio do processo administrativo (ou decisório do Fisco), em 180 dias, havendo hipóteses de suspensão na contagem desse prazo para a produção de provas e diligências e extensão excepcional, fundamentada no caso concreto, por uma vez em igual período. Ou seja, com três níveis de julgamento, o processo administrativo federal deveria se encerrar, em média, em um ano e meio, enquanto os mais complexos, em três. Com diligências e provas que se fizessem necessárias (e com prazo certo para a sua produção), a extensão não deveria ser muito maior. Isso sob pena de cancelamento do respectivo lançamento de ofício (ou dispensa legal do recolhimento de determinado tributo, sem prejuízo da responsabilidade funcional do agente público responsável pelo não cumprimento dos prazos, de forma injustificada). Ora, há situações, atualmente, em que o contribuinte passa sete, oito ou mais anos esperando o encerramento de seu caso na seara administrativa, mesmo inexistindo qualquer produção de prova ou diligências. Isso simplesmente porque há redistribuições infundáveis, mudanças de estrutura, etc. A vida do cidadão não pode ficar à mercê da pura ineficiência estatal, principalmente quando se trata muitas vezes de lançamentos de ofício de valores muito elevados e de autos de infração eivados de vícios notáveis, que causarão sua nulidade ou substancial redução pelos órgãos julgadores superiores. Mas enquanto isso não ocorre, o cidadão e suas empresas penam por muitos anos com a impossibilidade de expansão, recepção de investimentos externos, obtenção de financiamentos, etc., simplesmente porque o lançamento de ofício, por maior que seja a sua provável improcedência, pende de julgamento e cancelamento pelas instâncias superiores. Igualmente há necessidade de serem estabelecidos prazos razoáveis para restituição de tributos pagos indevidamente.

4. SUSPENSÃO DO CÔMPUTO DOS PRAZOS RELATIVOS AO ATENDIMENTO A PROCEDIMENTOS DE FISCALIZAÇÃO E À APRESENTAÇÃO DE DEFESAS E RECURSOS ADMINISTRATIVOS NO PERÍODO DAS FESTAS NATALINAS E DE FIM DE ANO (ENTRE 20 DE DEZEMBRO E 20 DE JANEIRO)

É injustificável a prática de lançamentos de ofício, notificações de recursos, etc., serem enviados aos contribuintes no período das festas natalinas e de fim de ano, quando é usual (e, inclusive, fomentado pelas políticas públicas) que as empresas deem férias coletivas a seus empregados. Ora, é evidente

o risco real de perda de prazos para defesa ou apresentação de recursos, e, certamente, isso causa dificuldades concretas ao direito de defesa. Não há qualquer razoabilidade em impor ao contribuinte que junte documentos, contrate advogados e contadores em período de Natal e Ano-Novo com a sua empresa fechada em férias coletivas. Para as pessoas físicas, a dificuldade é ainda maior. De qualquer modo, a proposta não visa a impedir que o Fisco notifique as empresas (para evitar questões de decadência, etc.), mas que haja suspensão, no referido período, de cômputo do prazo para apresentação de defesas, recursos ou de esclarecimentos à fiscalização (salvo, evidentemente, nesse último caso, questões urgentes e impostergáveis, assim demonstradas por despacho fundamentado da autoridade responsável). O interstício de 20 de dezembro a 20 de janeiro já é, inclusive, o período de suspensão dos prazos processuais pelo art. 220 do CPC, para as ações judiciais.

5. ELIMINAÇÃO OU MITIGAÇÃO DA EXIGÊNCIA DE CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITOS FISCAIS (OU POSITIVA COM EFEITO DE NEGATIVA) PARA ATOS ORDINÁRIOS DA VIDA EMPRESARIAL OU DO CIDADÃO QUE NÃO GUARDEM PERTINÊNCIA DIRETA COM O CUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÕES TRIBUTÁRIAS OU QUE NÃO SEJAM RAZOÁVEIS NAS RELAÇÕES COM O PODER PÚBLICO OU EM TRANSAÇÕES PRIVADAS

Há necessidade de uma revisão nos casos em que se deve exigir certidão negativa de débitos fiscais, que atualmente pode não ser expedida pelos órgãos fazendários por razões das mais diversas, inclusive erros primários nos registros do próprio Fisco. Isso pode causar constrangimentos enormes na vida do cidadão e das empresas sem qualquer razoabilidade. A proposta pretende, assim, limitar os casos em que a certidão negativa de tributos (ou positiva com efeito de negativa, que muitas vezes é obtida apenas mediante ação judicial, aumentando ainda mais a carga dos tribunais) seja exigida.

6. AMPLIAÇÃO DAS CAUSAS DE SUSPENSÃO DE EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO (EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE, APRESENTAÇÃO DE FIANÇA BANCÁRIA OU SEGURO GARANTIA EM AÇÃO ANULATÓRIA)

Por construção jurisprudencial, o processamento de exceção de pré-executividade e a apresentação de fiança bancária ou seguro-garantia em ação anulatória, admitem a suspensão da exigibilidade do crédito tributário. No entanto, muitas vezes, algumas decisões judiciais tergiversam sobre o

assunto, e o Fisco não reconhece tal efeito. Mesmo no âmbito do Superior Tribunal de Justiça (STF), há decisões contraditórias, em face de se tratar de hipóteses construídas pela jurisprudência e por não estarem elencadas no art. 151 do CTN. A proposta quer, assim, adaptar o CTN para evitar as dificuldades ora enfrentadas pelos contribuintes com a falta de previsão legal das referidas hipóteses.

7. ELIMINAÇÃO DE MULTAS INCOMPATÍVEIS COM O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO INSTITUÍDO COM A CONSTITUIÇÃO DE 1988

A proposta visa a eliminar multas de caráter administrativo criadas nos idos de 1964, de caráter confiscatório, sobre a distribuição de lucros e dividendos de empresas com “débito não garantido” com o Fisco. Tais multas foram indevidamente ressuscitadas por legislação posterior de 1991 (previdenciária) e 2004 (tributária), sem que haja um posicionamento final dos tribunais sobre a sua incompatibilidade com o sistema constitucional de 1988.

8. ADAPTAÇÃO DOS PORCENTUAIS DE MULTAS DE OFÍCIO A NÍVEIS COMPATÍVEIS COM CRITÉRIOS DE RAZOABILIDADE

Multas de ofício de 75%, 150% e 225% são incompatíveis com os tempos atuais. Foram criadas em situação diversa, sob modelos econômicos e inflacionários absolutamente distintos. Nada atualmente justifica a sua manutenção, que apenas onera débitos tributários de forma absolutamente extraordinária. As multas penais de 150% têm sido vulgarizadas em autos de infração e constantemente canceladas nos julgamentos administrativos. No entanto, causam um impacto econômico totalmente desconectado da realidade da possível infração fiscal. Ou seja, impõe-se a redução das multas a patamares razoáveis, que realmente exprimam a diferença entre a mora, o lançamento de ofício pelo descumprimento, de boa-fé, de obrigações fiscais, e as multas penais quando houver grave e evidente indicativo de sonegação.

9. PADRONIZAÇÃO DOS PRAZOS PARA APRESENTAÇÃO DE DEFESA ADMINISTRATIVA NOS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS FISCAIS

Em face das variações nos prazos de defesas administrativas em matérias tributárias, previdenciárias e mesmo de outra natureza (como envolvendo o

FGTS), mas com implicações diretas no âmbito empresarial, a proposta visa a uniformizar prazos (sempre 30 dias para defesa inicial e recursos) nos processos administrativos em âmbitos federal, estadual e municipal.

10. OBRIGAÇÃO DE PUBLICAÇÃO DE INTIMAÇÕES DO PROCESSO ADMINISTRATIVO, DE DISTRIBUIÇÃO E DE INCLUSÃO EM PAUTA DE JULGAMENTOS, CONSTANDO O NOME DA PARTE E DE SEUS ADVOGADOS

A proposta quer tornar transparente e obrigatória a divulgação das informações relevantes referentes às principais etapas dos procedimentos administrativos, nos âmbitos federal, estadual e municipal, mediante publicação no *Diário Oficial*, com antecedência razoável.

11. DIREITO À OBTENÇÃO DE VISTAS E DE CÓPIAS REPROGRÁFICAS DOS AUTOS DE PROCESSOS ADMINISTRATIVOS, COM SUSPENSÃO DO PRAZO DE APRESENTAÇÃO DE DEFESA ADMINISTRATIVA NO CASO DE NÃO DISPONIBILIZAÇÃO IMEDIATA AO CONTRIBUINTE

No caso de os autos do procedimento fiscal não estarem disponíveis para vista ao contribuinte, deverá haver a correspondente suspensão do prazo para defesa administrativa.

12. OBRIGAÇÃO DE A RECEITA FEDERAL E A PROCURADORIA DA FAZENDA NACIONAL NOTIFICAREM O CONTRIBUINTE PREVIAMENTE À INSCRIÇÃO DE DÉBITO NA DÍVIDA ATIVA, GARANTIDO O DIREITO À APRESENTAÇÃO DE DEFESA E RECURSOS ADMINISTRATIVOS

São muitos os erros do próprio sistema da Receita Federal que podem gerar cobranças indevidas ao contribuinte. Mesmo o contribuinte que tenha recolhido os seus tributos, poderá ter cometido mero erro de preenchimento nas várias e repetidas obrigações burocráticas exigidas pelo Fisco. Assim, para impedir que simplesmente o cidadão seja cobrado e, daí, se não quitar o débito, vá imediatamente para inscrição na dívida ativa (forçando o custoso e demorado recurso ao Poder Judiciário se o débito não for devido), é razoável que sejam abertas as vias ordinárias de defesa administrativa.

13. VEDAÇÃO AO PROTESTO DE TÍTULOS DE DÍVIDA TRIBUTÁRIA OU PREVIDENCIÁRIA

O protesto é o meio próprio para ser utilizado pelas pessoas físicas ou jurídicas de Direito Privado para evidenciar publicamente a inadimplência do devedor e resguardar o direito de crédito representado por um título. No caso de um contribuinte, que tem uma relação obrigacional de Direito Público com o Poder Público, permitir o protesto de título da dívida ativa é medida vexatória, irrazoável e que se afigura incompatível com o regime jurídico próprio do Estado democrático de direito. O crédito tributário já goza de proteção especial e, além disso, o Cadastro Informativo de Créditos não Quitados do Setor Público Federal (Cadin) cumpre a mesma função do protesto de tornar pública a suposta inadimplência do contribuinte. É necessária a alteração legislativa em face de a matéria ter sido, em geral, definida a favor do Fisco, no âmbito do STJ.

14. APLICAÇÃO AO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL DAS DISPOSIÇÕES DA LEGISLAÇÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO GERAL

Distintamente do Decreto n.º 70.235/1972, mesmo com as alterações posteriores à CF/1988 e à Lei n.º 8.212/91, a Lei n.º 9.784/1999 contém expressamente modernas normas de proteção ao cidadão contra eventuais arbítrios, tais como os princípios da finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência, ainda pouco considerados nos processos tributário e previdenciário administrativos, para a defesa do contribuinte. A proposta pretende garantir tratamento mais adequado ao contribuinte, dando plena fruição aos princípios informadores da administração pública, elencados no *caput* do art. 37 da CF.

15. VEDAÇÃO À EXIGÊNCIA DE PRESTAÇÃO DAS MESMAS INFORMAÇÕES FISCAIS DO CONTRIBUINTE DE FORMA REPETIDA PELO FISCO, AGRAVANDO SEM RAZOABILIDADE O ÔNUS DAS OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS

16. ANTERIORIDADE PARA AS OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS: VEDAÇÃO À EXIGÊNCIA DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA NOVA OU QUE SOFRA ALTERAÇÃO EM PRAZO INFERIOR A 90 (NOVENTA) DIAS DA PUBLICAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO NO DIÁRIO OFICIAL

17. OBRIGAÇÃO DE QUE OS ATOS NORMATIVOS EXPEDIDOS PARA A ALTERAÇÃO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA CONSOLIDEM INTEGRALMENTE AS NORMAS APLICÁVEIS À MESMA OBRIGAÇÃO, REVOGANDO AS DISPOSIÇÕES ANTERIORES

As três propostas acima querem facilitar a vida das empresas e dos contribuintes em geral no cumprimento das obrigações burocráticas fiscais. O Fisco moderniza e aprimora os seus sistemas. No entanto, as obrigações acessórias sobre as empresas, em vez de diminuírem, aumentam mais e mais. Os textos normativos são cada vez mais complexos e não são usualmente consolidados. Os prazos para cumprimento de novas obrigações são praticamente imediatos. Os erros são punidos com multas desproporcionalmente elevadas. Enfim, não há nada de justo ou razoável na relação entre Fisco e contribuinte nessa matéria. A proposta tem por objetivo estabelecer um padrão mínimo de razoabilidade, segurança e certeza para o contribuinte no cumprimento das obrigações burocráticas com o erário.

18. OBRIGAÇÃO DE DIVULGAÇÃO PELA RECEITA FEDERAL, EM SEU SÍTIO NA INTERNET, DE FORMA CLARA, DIDÁTICA E INEQUÍVOCA

- a. DE INFORMAÇÕES RELATIVAS ÀS REPARTIÇÕES FISCAIS E ÀS AUTORIDADES RESPONSÁVEIS E FUNCIONÁRIOS EM FUNÇÕES RELEVANTES, COM OS RESPECTIVOS ENDEREÇOS E TELEFONES.
- b. DAS INFORMAÇÕES RELATIVAS AO MANDADO DE PROCEDIMENTO DE FISCALIZAÇÃO (MPF) QUE INSTRUI OS RESPECTIVOS PROCEDIMENTOS E PRAZOS, NOMES DOS AUDITORES FISCAIS RESPONSÁVEIS E AUTORIDADES ÀS QUAIS ESTÃO SUBORDINADOS, COM OS RESPECTIVOS ENDEREÇOS E TELEFONES.
- c. DOS MEIOS DE ACESSO AOS ÓRGÃOS DA CORREGEDORIA EM SUAS DIVERSAS LOCALIDADES, COM AS INFORMAÇÕES SOBRE SUA COMPETÊNCIA E OBJETIVOS, REGRAS QUANTO AO SIGILO NAS INVESTIGAÇÕES, COM A INDICAÇÃO DOS NOMES DAS AUTORIDADES RESPONSÁVEIS, ENDEREÇOS, TELEFONES E E-MAILS.

Essas propostas pretendem permitir a transparência e o acesso do contribuinte ao Fisco, que, embora sendo um importantíssimo órgão de Estado, é composto por servidores do cidadão e que deve, assim, estar em condições de sempre bem atendê-lo. Nada mais justo que o contribuinte tenha minimamente informações sobre como acessar o órgão, a quem se dirigir, buscar esclarecimentos e, até mesmo, reclamar ou indagar sobre dúvidas de procedimento ou conduta de fiscalização. A proposta não

quer nada que não seja razoável ou adequado em um Estado democrático de direito, com um mínimo de respeito ao dever de prestação de contas ao cidadão, que é o destinatário e, insista-se, o contratante, de fato, dos préstimos dos servidores do Fisco.

19. UNIFICAÇÃO DOS INSTITUTOS DE DECADÊNCIA E PRESCRIÇÃO 3 (TRÊS) ANOS APÓS A OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR

O cômputo de decadência e prescrição em matéria tributária é um verdadeiro martírio para o contribuinte, também prejudicando o Poder Público. São cálculos que mudam de tempos em tempos pela jurisprudência, e o Fisco dá, por sua vez, tratamento de diversas formas. As cortes administrativas divergem das judiciais, etc. A unificação dos institutos e sua limitação a três anos da ocorrência do fato gerador (poderia ser exceção o caso de sonegação fiscal, por exemplo, estendendo o período para cinco anos) seria muito positivo, pois permitiria que o passado fosse de vez eliminado tanto para o contribuinte quanto para o Estado. Como, atualmente, os métodos de fiscalização eletrônica adotados pelo Fisco são eficientes e cada vez mais disseminados, isso deveria aliviar as obrigações do contribuinte quanto aos encargos do próprio Fisco, que poderiam sempre se concentrar em períodos mais próximos de apuração fiscal.

20. UNIFICAÇÃO DO NÚMERO DE CONTRIBUINTE DA UNIÃO E DOS ESTADOS

A utilização do número do CNPJ para equalização da identificação do contribuinte em todo o território nacional, incluindo os Estados, é medida que em muito facilitará a vida das empresas e concorrerá para a harmonização das obrigações acessórias dos contribuintes com operações nas várias unidades federativas.

21. HARMONIZAÇÃO DE OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS DO ICMS ENTRE OS ESTADOS

A padronização das obrigações acessórias do ICMS entre os Estados facilitará a burocracia, simplificará a vida tributária das empresas e também concorrerá positivamente para as atividades de fiscalização e arrecadação tributárias.

22. ESTABELECIMENTO DE PADRÕES DE EFICIÊNCIA E JUSTIÇA FISCAL PARA RESTITUIÇÃO DE CRÉDITOS DE ICMS E DEMAIS TRIBUTOS

Sem dúvida é uma necessária medida de justiça fiscal para os contribuintes com créditos acumulados de ICMS e também de tributos federais. Assim, a possibilidade da eficiente transferência de créditos tributários para terceiros ou, então, o estabelecimento de mecanismos rápidos de restituição, ou a possibilidade de compensação entre tributos diferentes (embora do mesmo ente federativo), concorrerão para geração de empregos e aumentos do investimento produtivo e crescimento econômico do País.

CONCLUSÃO

Como visto, trata-se, em sua maioria, de questões que simplificam e facilitam a vida do contribuinte, mas que muitas vezes representam direitos negados nas relações com o Fisco. De fato, muitas proposições poderiam ser aplicadas e solucionadas pelas próprias autoridades fazendárias. Além destas, sem dúvida, os cidadãos e suas empresas têm muito a colaborar com ideias positivas para a melhoria das relações entre Fisco e contribuinte, sem prejudicar a atividade fiscalizatória e arrecadatória do Poder Público. A criação de uma função de *ombudsman* tributário nas várias esferas estatais (União, Estados e municípios) também concorreria para facilitar o intercâmbio de ideias e sugestões entre o contribuinte e os órgãos fiscais.

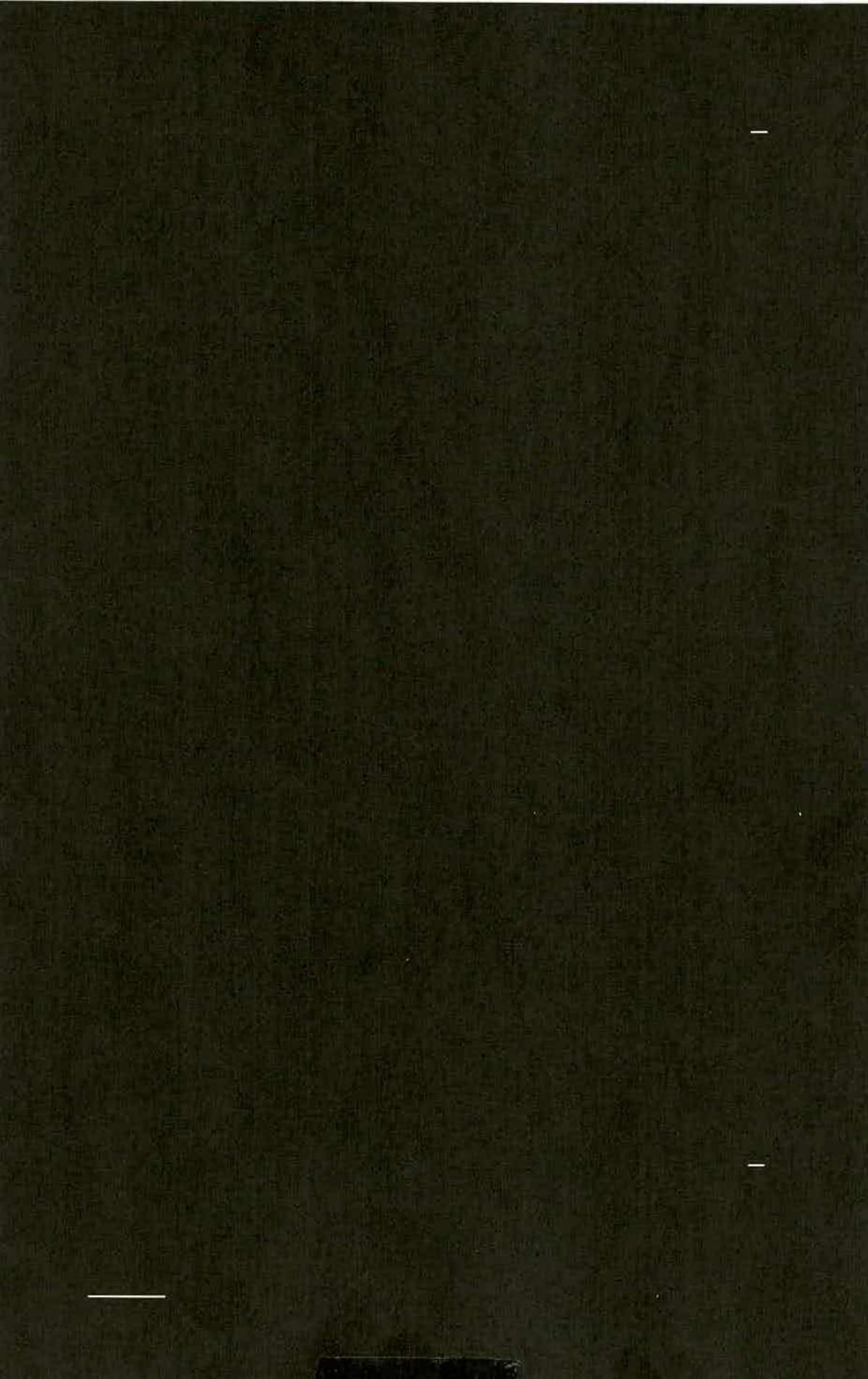
Enfim, são várias as propostas que têm sido discutidas, ao longo dos anos, no âmbito do Conselho Superior de Direito da FecomercioSP e também por várias instituições pátrias, em prol de direitos básicos do contribuinte. Nas últimas décadas, houve avanços, mas ainda há necessidade de empenho, criatividade e inovação por parte das autoridades públicas a fim de efetivamente haver uma melhoria substancial nas relações entre Fisco e Contribuinte, fomentando a geração de empregos e os incentivos aos investimentos, ao empreendedorismo e ao crescimento econômico.

1

Nesse sentido, vide por ex.: [https://assets.kpmg/content/dam/kpmg/pdf/2015/06/](https://assets.kpmg/content/dam/kpmg/pdf/2015/06/KPMG-Frontiers-in-tax-June-2015-ENG.pdf)

[KPMG-Frontiers-in-tax-June-2015-ENG.pdf](https://assets.kpmg/content/dam/kpmg/pdf/2015/06/KPMG-Frontiers-in-tax-June-2015-ENG.pdf).

Igualmente, vide: http://www.roedl.net/pl/en/hot_news/the_tax_act_in_poland/in_dubio_pro_tributario_introduction_of_the_principle_of_resolving_doubts_in_favour_of_taxpayers_in_poland.html. Acesso em 30/7/2019.



— **TRIBUTOS
ESTADUAIS**

KIYOSHI HARADA

—

Autor de 33 obras jurídicas e professor de direitos Administrativo, Financeiro e Tributário nos cursos de especialização em várias instituições de ensino.

Acadêmico da Academia Paulista de Letras Jurídicas (APLJ), da Academia Brasileira de Direito Tributário (ABDT) e da Academia Paulista de Direito (APD).

Conselheiro do Conselho Superior de Assuntos Jurídicos e Legislativos (Conjur) da Fiesp e do Conselho Superior de Direito da FecomercioSP.

KIYOSHI HARADA

—

ÍNDICE

- 1. BREVE INTRODUÇÃO

 - 2. EXAME DA COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA DOS ESTADOS DESDE A PRIMEIRA CONSTITUIÇÃO REPUBLICANA DE 1891
 - 2.1 NA CONSTITUIÇÃO DE 1891
 - 2.2 NA CONSTITUIÇÃO DE 1934
 - 2.3 NA CONSTITUIÇÃO DE 1937
 - 2.4 NA CONSTITUIÇÃO DE 1946
 - 2.5 NO REGIME DA EMENDA N.º 18/65
 - 2.6 NA CONSTITUIÇÃO DE 1967
 - 2.7 NO REGIME DA EMENDA CONSTITUCIONAL N.º 1/69
 - 2.8 NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

 - 3. EXAME DA COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA DOS ESTADOS À LUZ DA CONSTITUIÇÃO DE 1988
 - 3.1 IMPOSTO SOBRE TRANSMISSÃO *CAUSA MORTIS* E DOAÇÃO DE QUAISQUER BENS OU DIREITOS.
 - 3.2 IMPOSTO SOBRE OPERAÇÕES RELATIVAS À CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SOBRE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TRANSPORTES INTERESTADUAL E INTERMUNICIPAL E DE COMUNICAÇÃO
 - 3.3 IMPOSTO SOBRE PROPRIEDADE DE VEÍCULOS AUTOMOTORES

 - 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS
-

1. BREVE INTRODUÇÃO

P

Para bem entendermos o atual sistema tributário dos Estados é bastante oportuno e útil fazer um breve retrospecto histórico para o exame da evolução da competência tributária atribuída aos Estados, desde a primeira Constituição Republicana de 1891 até a Constituição de 1988, para nos deter, ao depois, no exame do sistema tributário atual dos Estados, apontando os aspectos mais relevantes ou polêmicos de cada imposto privativo do Estado.

Assinale-se que a Constituição Imperial de 1824 não continha a enumeração de impostos, limitando-se o seu art. 36 a prescrever que “é privativa da Câmara dos Deputados a iniciativa sobre impostos”, a proclamar, desde então, o princípio da legalidade tributária.

2. EXAME DA COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA DOS ESTADOS DESDE A PRIMEIRA CONSTITUIÇÃO REPUBLICANA DE 1891

2.1 NA CONSTITUIÇÃO DE 1981

Dispunha o art. 9º da Constituição de 1981 que era de exclusiva competência dos Estados a decretação do imposto:

- a. sobre exportação de mercadoria de sua própria produção;
- b. sobre imóveis rurais e urbanos;
- c. sobre transmissão de propriedades;
- d. sobre indústrias e profissões;

2.2 NA CONSTITUIÇÃO DE 1934

Dispunha o seu art. 8º que competia privativamente aos Estados decretar impostos sobre:

- e. propriedade territorial, exceto a urbana;
- f. transmissão de propriedades *causa mortis*;
- g. transmissão de propriedade imobiliária *inter vivos*, inclusive a sua incorporação ao capital de sociedade;
- h. consumo de combustíveis de motor de explosão;
- i. vendas e consignações efetuadas por comerciantes e produtores, inclusive, os industriais, ficando isenta a primeira operação do pequeno produtor, como tal definido na lei estadual;
- j. exportação das mercadorias de sua produção até o máximo de dez por cento *ad valorem*, vedados quaisquer adicionais;
- k. indústrias e profissões;
- l. atos emanados do seu governo e negócio da sua economia, ou regulados por lei estadual.

2.3 NA CONSTITUIÇÃO DE 1937

Na forma do art. 23 da Constituição de 1937, era de competência exclusiva dos Estados a decretação de impostos sobre:

- a. a propriedade territorial, exceto a urbana;
- b. transmissão de propriedade *causa mortis*;
- c. transmissão da propriedade imóvel *inter vivos*, inclusive a sua incorporação ao capital de sociedade;
- d. vendas e consignações efetuadas por comerciantes e produtores, ficando isenta a primeira operação do pequeno produtor, como tal definido na lei estadual;

- e. exportação de mercadorias de sua produção até o máximo de dez por cento *ad valorem*, vedados quaisquer adicionais;
- f. indústrias e profissões;
- m. atos emanados de seu governo e negócios da sua economia, ou regulados por lei estadual.

O art. 24 facultou ainda aos Estados criar outros impostos, vedando, entretanto, a bitributação e prevalecendo o imposto decretado pela União em caso de competência concorrente.

2.4 NA CONSTITUIÇÃO DE 1946

Nos termos do art. 19 da Constituição de 1946, competia aos Estados decretar impostos sobre:

- a. a propriedade territorial, exceto a urbana;
- b. transmissão de propriedade *causa mortis*;
- c. transmissão de propriedade imóvel *inter vivos*, inclusive a sua incorporação ao capital de sociedade;
- d. vendas e consignações efetuadas por comerciantes e produtores, inclusive indústrias isentas, porém, a primeira operação do pequeno produtor conforme o define a Lei Estadual;
- e. exportação de mercadorias de sua produção para o estrangeiro até o limite máximo de 5% (cinco por cento) *ad valorem*, vedados quaisquer adicionais;
- f. os atos regulados por lei estadual, os do serviço de sua Justiça e os negócios de sua economia.

Com o advento da Emenda Constitucional de n.º 5, de 21 de novembro de, os Estados perderam a competência impositiva em relação ao imposto sobre propriedade territorial, exceto a urbana, e relativamente ao imposto sobre a transmissão de propriedade imobiliária *inter vivos* e sua incorporação ao capital de sociedade.

2.5 NO REGIME DA EMENDA N.º 18/65

A Emenda n.º 18/65 acabou com a discriminação constitucional de impostos privativos para os entes da Federação.

Atribuiu aos Estados e ao Distrito Federal a competência para tributar:

- a. Imposto sobre a transmissão, a qualquer título, de bens imóveis e de direitos reais sobre imóveis, exceto os direitos reais de garantia (art. 9º). Abrange cessão de direitos relativos à aquisição (§ 1º) e não incide na incorporação ao capital de pessoas jurídicas, salvo o daquelas cujas atividades preponderantes, como definida em lei complementar, sejam a venda ou a locação da propriedade ou a cessão de direitos relativos à sua aquisição (§ 2º);
- b. Imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias (art. 12);
- c. Taxas de serviços e de polícia no âmbito das atribuições dos Estados, além da contribuição de melhoria pelas obras que executar (arts. 18 e 19).

2.6 NA CONSTITUIÇÃO DE 1967

Nos termos do art. 24 da Constituição de 1967, competia aos Estados e ao Distrito Federal decretar impostos sobre:

- a. transmissão, a qualquer título, de bens imóveis por natureza e acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como sobre direitos à aquisição de imóveis;
- b. operações relativas à circulação de mercadorias realizadas por produtores, industriais e comerciantes.

2.7 NO REGIME DA EMENDA CONSTITUCIONAL N.º 1/69

O art. 23 manteve inalterável a competência tributária dos Estados e do Distrito Federal estabelecida pela Constituição de 1967.

2.8 NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Nos termos do art. 155 da Constituição de 1988, competem aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

- a. transmissão *causa mortis* e doação de quaisquer bens ou direitos;
- b. operações relativas à circulação de mercadorias e sobre a prestação de serviços de transportes interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;
- c. propriedade de veículos automotores.

3. EXAME DA COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA DOS ESTADOS À LUZ DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Cumpre assinalar preliminarmente que com base na EC n.º 18/65, a partir dos impostos privativos, os Estados receberam a competência para instituir taxas de serviços e de polícia, além da contribuição de melhoria pelas obras que executar. Com o advento da Constituição de 1988 foi outorgada aos Estados a competência para criar contribuição social cobrada de seus servidores, com o objetivo de custeio do regime previdenciário próprio.

A seguir, passaremos a examinar nesse tópico os impostos estaduais em vigor analisando os respectivos fatos geradores, apontando os aspectos mais relevantes e ainda controvertidos na doutrina e na jurisprudência.

3.1 IMPOSTO SOBRE TRANSMISSÃO CAUSA MORTIS E DOAÇÃO DE QUAISQUER BENS OU DIREITOS

A incidência do imposto sobre doação foi para compensar a perda do imposto sobre a transmissão *inter vivos* a título oneroso, que foi para o município.

O fato gerador desse imposto, conhecido pela sigla "ITCMD", é a transmissão por morte de bens imóveis e de direitos reais sobre imóveis (art. 35, I e II do CTN) e a transmissão por doação de quaisquer bens e direitos. Em relação à doação de bens e direitos de quaisquer naturezas, acrescida pela Carta de 1988, não há ainda a definição de seu fato gerador. A omissão do legislador complementar não pode implicar impossibilidade do exercício da competência outorgada pela Constituição. O Estado pode (e deve) instituir a tributação da doação de bens e direitos de qualquer espécie com fundamento no art. 24, §§ 2º, e 3º da CF. E aqui é oportuno lembrar que o Supremo Tribunal Federal (STF) declarou a inconstitucionalidade das leis estaduais que instituíram diretamente o adicional do imposto de renda a favor dos Estados sem aguardar a definição de seu fato gerador por lei complementar

como determina o art. 146, III, “a” da CF (RE n.º 170.005-0-SP). É que se tratava de um imposto inexpressivo sob o ponto de vista financeiro, cuja supressão não comprometeria a autonomia e independência do Estado-membro.

A base de cálculo do ITCMD é o valor venal dos bens ou os direitos transmitidos (art. 38 do CTN). Em se tratando de imóvel rural, a base de cálculo costumeiramente adotada pelos Estados é o valor fundiário utilizado para a tributação do ITR. No caso de imóvel urbano, o Fisco estadual abandonou o antigo critério de utilização do valor venal do IPTU, substituindo-o pelo Valor Venal de Referência (VVR) – utilizado para a tributação do ITBI. A utilização desse VVR, sem previsão legal nem fundamento no CTN, no âmbito do ITBI, foi declarada inconstitucional pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Arguição de Inconstitucionalidade n.º 0056693-19.2014.8.26.0000). A alíquota máxima desse imposto é fixada por resolução do Senado Federal, sendo que atualmente é de 8%, por força da Resolução n.º 9, de 5 de maio de 1992.

Dois aspectos desse imposto vêm despertando divergência na doutrina e na jurisprudência.

O primeiro aspecto se refere ao valor limite para a fruição da isenção do imposto previsto na Legislação Estadual (até 5 mil Ufesp para imóveis residenciais).

Em relação à transmissão da *causa mortis*, esse valor limite para efeito de isenção deve ser considerado o valor da metade ideal do imóvel objeto de inventário, visto que a outra metade é de titularidade do cônjuge supérstite.

Outrossim, é equivocado o posicionamento da doutrina e da jurisprudência que imputa o valor limite da isenção ao quinhão de cada herdeiro, que somente tornar-se-á conhecido após a partilha dos bens do espólio.

Ora, o fato gerador não é a partilha, mas a morte do titular que provoca a transmissão, *ipso facto*, de seus bens e direitos a herdeiros e legatários, independentemente do conhecimento deles. O Código Civil adotou o Princípio da Saisine, como se depreende de seu art. 1784: “(...) ocorrido o evento morte, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários”.

Em relação à doação, é possível o ajuste entre os interessados da parte ideal cabente a cada um, hipótese em que o valor limite da isenção do ITCMD se aplica individualmente a cada donatário, porque o fato gerador do imposto somente ocorrerá por ocasião do registro do título de transferência no registro imobiliário competente (art. 1.245 do CC).

Outra questão diz respeito à necessidade de prévia regulamentação por lei complementar do disposto do inciso III, do §1º, do art. 155, da CF. Esse dispositivo subordinou a instituição do imposto ao que dispuser a lei complementar: **a.** se o doador tiver domicílio ou residência no exterior; **b.** se o

de *cujus* possuía bens, era residente ou domiciliado ou teve seu inventário processado no exterior.

Certo ou errado, o posicionamento da jurisprudência é no sentido de inibir o exercício do poder de tributar pelos Estados enquanto não regulamentado, por lei complementar, o preceito constitucional apontado. Pende de julgamento o RE n.º 851.108/SP, rel. min. Dias Toffoli, no qual foi reconhecida a existência de repercussão geral do tema ventilado (tema 825). Há parecer do órgão ministerial pela imprescindibilidade da prévia edição de lei complementar, tendo em vista o patente risco de bitributação internacional.

3.2 IMPOSTO SOBRE OPERAÇÕES RELATIVAS À CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SOBRE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE INTERESTADUAL E INTERMUNICIPAL E DE COMUNICAÇÃO

A Constituição de 1988 adicionou ao antigo ICM a tributação sobre a prestação de serviços de transportes interestadual e intermunicipal e de comunicação formando do imposto conhecido pela sigla "ICMS".

Inovando a doutrina tradicional, o legislador constituinte conferiu à energia elétrica o caráter de bem móvel para ser tributado como mercadoria em seu conceito tradicional, ou seja, bem objeto de compra e venda.

Mais de duas décadas levou a jurisprudência de nossos tribunais até assentar em definitivo o conceito de operação relativa à circulação de mercadorias centrado na circulação jurídica.

A circulação jurídica, isto é, uma operação que implica mudança de proprietário ou de possuidor, cristalizou-se finalmente na jurisprudência do STF (RE n.º 540.829), suplantando entendimento anterior segundo o qual, à luz da EC n.º 33/2001, caracterizado estaria o fato gerado do ICMS "na entrada de bem ou mercadorias importadas do exterior por pessoa física ou jurídica, ainda que contribuinte não habitual do imposto, qualquer que seja a sua finalidade, assim como serviços prestado no exterior" (RE n.º 206.069).

Igualmente restou superada a equivocada jurisprudência anterior da Corte Suprema no sentido de que nas operações de substituição tributária descabe a restituição do imposto cobrado a maior, por fato gerador presumido, porque a substituição tributária é definitiva (AgRRE n.º 266.523/MG, rel. min. Maurício Correa, DJ de 17-11-00; Adin 1.851-AL, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ de 13-12-02). Como assinalamos em nossa obra "a definitividade diz respeito à figura da substituição tributária que é irreversível, nunca à base de cálculo presumida em virtude dos princípios da legalidade tributária e da capacidade

contributiva, além do caráter não cumulativo do ICMS, que impedem a perpetuação do imposto recolhido antecipadamente mediante aplicação da base de cálculo resultante de presunção *iuris tantum*¹. Depois de vários lustros, o STF reconheceu o direito à repetição do imposto pago a mais, no julgamento do recurso extraordinário processado sob a égide da repercussão geral (RE n.º 593.849-RG/MG, rel. min. Edson Fachin, *DJe* 31-3-16). Atualmente, discute-se o valor do ICMS a ser restituído. A ministra Cármen Lúcia, quando no exercício da presidência da Corte, decidiu que deve ser repetido o valor destacado na nota fiscal, que, em verdade, não corresponde ao valor do imposto pago embutido no preço da mercadoria.

Com o correto posicionamento da Suprema Corte, há uma tendência de diminuição dos casos de substituição tributária, porque os Estados perderam a vantagem ilícita que vinham auferindo, exacerbando a base de cálculo do ICMS com o fito se apropriar ilegalmente do excesso arrecadado.

Resta ainda a pacificação da jurisprudência no que tange à cobrança do ICMS nas operações que destinem a outros Estados petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados e energia elétrica (letra “b”, do inciso X, do § 2º, do art. 155 da CF).

Na visão do STF, a hipótese não é de imunidade, mas de não incidência propriamente dita, com o objetivo de favorecer o Estado consumidor.

Entretanto, a LC n.º 87/96 possibilita a adoção do regime de substituição tributária por acordo celebrado entre os Estados interessados (art. 9º). O Convênio ICMS n.º 110/2007 com sucessivas alterações dispõe sobre o regime de substituição tributária nas operações com petróleo, combustíveis e lubrificantes dele derivados.

Essa LC n.º 87/96 permite à lei estadual atribuir ao remetente de petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados a responsabilidade pelo pagamento do ICMS a favor do Estado destinatário, sempre que esses produtos não se destinarem à industrialização ou à comercialização. Algumas legislações, como as do Estado de Minas Gerais e do Rio de Janeiro, exigem a industrialização do próprio produto. O lubrificante destinado à industrialização, por exemplo, deveria ele próprio sofrer industrialização, sob pena de se sujeitar ao pagamento do imposto por substituição tributária. É o caso de se perguntar: como fica no caso de venda de energia elétrica para contribuinte localizado em outro Estado? Como industrializar a energia elétrica?

Entendemos inconstitucional essa cobrança antecipada pelo Estado remetente ainda que a favor do Estado destinatário. A Constituição prescreveu com lapidar clareza o regime da não incidência tributária na saída desses produtos para outro Estado.

Uma discussão acirrada no STJ diz respeito à inclusão nas contas de energia elétrica de valores de diversos encargos das concessionárias que são repassados automaticamente aos consumidores de energia elétrica, elastecendo a base de cálculo do ICMS: Conta de Consumo de Combustível (CCC); Reserva Global de Reversão (RGR); Compensação Financeira pela Utilização de Recursos Hídricos (CFURH); Encargo de Serviços do Sistema (ESS); Taxa do Operador Nacional do Sistema (ONS); Encargo de Energia de Reserva (EER); Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia Elétrica (Proinfa); Investimentos em Pesquisas e Desenvolvimento e Eficiência Energética (P&D); Taxa de Uso do Sistema de Distribuição de Energia Elétrica (Tusd) e Taxa de Uso do Sistema de Transmissão de Energia Elétrica (Tust). Quanto às inclusões da Tusd e da Tust, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) já determinou a exclusão desses valores da tarifa energética, reconhecendo, outrossim, a legitimidade do consumidor para propor ação declaratória cumulada com a repetição de indébito (AgRg no Resp n.º 1408485/SC, rel. min. Humberto Martins, *DJe* de 19/5/2015).

Esses penduricalhos, somados aos valores de PIS, Cofins e Cosip, fazem com que a alíquota do ICMS de 25% alcance a alíquota real de 33,33%. Isso revela, no mínimo, a falta de ética do legislador que exacerba a carga tributária onde é mais rentável e mais fácil de arrecadar, por meio de “n” mecanismos obíquos, obscuros, que não dão visibilidade.

Da mesma forma, na tarifa de comunicações igualmente tributada pelo ICMS estão embutidos valores de outros penduricalhos, como o Fundo de Universalização do Serviço de Telecomunicações (Fust); Fundo de Desenvolvimento Tecnológico das Telecomunicações (Funtel) e o Fundo de Fiscalização das Telecomunicações (Fistel). Todos esses fundos padecem do vício da inconstitucionalidade formal, porque desatendem às exigências contidas na parte final do inciso II, do § 9º², do art. 165 da CF. E o art. 36 do ADCT extinguiu, sob condição, com as ressalvas aí previstas, todos os fundos até então existentes. São dois dos dispositivos constitucionais mais espezzinhados. Proliferam-se os fundos à margem da lei e da Constituição. O pior deles e o mais venal é o Fundo Eleitoral, que retira bilhões de reais dos recursos orçamentários anuais arrecadados a duras penas da sofrida população para financiar campanhas de políticos que não são de sua preferência. Esse fundo vicia a legitimidade da representação popular.

Outra questão bastante controvertida e sem posicionamento definitivo da jurisprudência diz respeito às parcelas da receita pertencente aos municípios de acordo com o disposto no § único, do art. 158, da CF:

“PARÁGRAFO ÚNICO. As parcelas de receita pertencente aos Municípios, mencionadas no inciso IV, serão creditadas conforme os seguintes critérios:

I. três quartos, no mínimo, na proporção ao valor adicionado nas operações relativas à circulação de mercadorias e nas prestações de serviços, realizados em seus territórios;

II. até um quarto, de acordo com o que dispuser a lei estadual ou, no caso dos territórios, lei federal”.

A correta interpretação do inciso II já está pacificada. No que tange ao inciso I, as acirradas disputas continuam acontecendo por causa da imprecisão da jurisprudência quanto ao município destinatário do valor adicionado referente ao ICMS gerado pelas usinas hidrelétricas.

A definição de valor adicionado (VAF) está sob reserva de lei complementar (art. 161, I, da CF). E a Lei Complementar n.º 63/90 definiu esse VAF (§§ 1º e 2º, do art. 3º). Três quartos, no mínimo, daqueles 25% do produto de arrecadação do ICMS estão vinculados aos municípios onde são realizadas as operações relativas à circulação de mercadorias. O legislador estadual somente tem a faculdade de estabelecer critério próprio de participação dos municípios situados em seu território no limite de até um quarto dos 25% do produto de arrecadação do ICMS. Por isso, leis estaduais que extrapolaram os limites fixados na LC n.º 63/90 foram declaradas inconstitucionais.

Entretanto, o grande problema consiste em definir o município beneficiário do VAF.

Sabe-se que o Convênio n.º 66/88 regia essa questão de forma transitória, como se depreende do exame do § 8º, do art. 34, do ADCT. Esse convênio continha dispositivos obscuros e ambíguos que permitiam interpretações literais, insusceptíveis de aceitação em face do ordenamento jurídico global. Com base nesse convênio, inúmeros julgados deferiam o VAF ao município onde estão situadas fisicamente as usinas hidroelétricas, ou ao município em cujo território estão localizadas as barragens, com total abstração do elemento espacial do fato gerador, isto é, onde ocorre o fato gerador que define o local da cobrança do ICMS.

Houve uma confusão entre a geração de energia elétrica pela usina, que nem sequer é sujeito de direito, com o fato gerador da obrigação tributária. No tocante à eleição do município em cujo território estão situadas as barragens, houve confusão do VAF com a compensação financeira referida no § 1º, do art. 20, da CF, que tem nítida natureza indenizatória para compensar o município atingido pela exploração de recursos naturais.

Ora, o imposto é devido no local da ocorrência do fato gerador segundo o princípio da territorialidade, salvo exceção expressa na lei. É preciso,

então, examinar o domicílio fiscal do contribuinte, que, ao teor do art. 127 do CTN, é aquele eleito pelo contribuinte.

Na falta de eleição, quanto à pessoa física é o local de sua residência habitual, ou o local de sua atividade (inciso I); quanto à pessoa jurídica é o lugar de sua sede, ou em relação aos atos ou fatos que derem origem à obrigação, o de cada estabelecimento (inciso II).

De regra, é o contribuinte quem elege o seu domicílio fiscal, só não podendo escolher o local que impossibilite ou dificulte a arrecadação ou fiscalização do tributo (§ 2º).

Logo, o contribuinte pode eleger o seu domicílio no local onde está situada a usina hidrelétrica; no local onde estão localizadas as represas; no município fora do local da usina ou da represa de águas, ou seja, um terceiro município alheio à produção de energia elétrica.

Pode até parecer estranho a lei conferir ao contribuinte a escolha do município beneficiário do VAF. Entretanto, não cabe ao aplicador questionar o critério de justiça do legislador que deu essa flexibilidade ao contribuinte de promover a arrecadação do ICMS neste ou naquele município.

Toda a jurisprudência calcada no Convênio n.º 66/88 não pode prosperar a partir do advento da LC n.º 63/90 que definiu o VAF.

A energia elétrica é produzida pela usina, mas a sua comercialização é feita pela proprietária dela (pessoa física ou jurídica) que pode ter seu domicílio fora do município onde está localizada a usina. Na hipótese, haverá simples deslocamento de energia produzida para o estabelecimento comercializador que não constitui fato gerador do ICMS, ao teor da Súmula n.º 166 do STJ. Aliás, a usina, que não tem personalidade jurídica, não poderia praticar ato de comércio ensejador da ocorrência do fato gerador.

Em julgado relativamente recente, o STJ, buscando contornar a “injustiça” do sistema legal vigente, por maioria de votos, fixou o entendimento de que o VAF pertence ao município do local do consumo da energia elétrica. (ED em Resp n.º 811.712, rel. min. Hamilton Carvalhido, relator para acórdão min. Castro Meira, *DJe* de 6-3-2013).

Esse entendimento, que não tem respaldo legal, não se compatibiliza com a incidência plurifásica do ICMS e de caráter não cumulativo. Fosse um imposto de incidência monofásica, aí, sim, o fato gerador do imposto poderia ser postergado para a etapa final do ciclo de comercialização da mercadoria.

No sistema constitucional vigente, o fato gerador do ICMS ocorre na venda da mercadoria, e o imposto é devido, *ipso facto*, independentemente de ter havido o consumo da mercadoria, ou do local do consumo. Este último não faz parte integrante do fato gerador, sendo irrelevante para deflagrar a ocorrência dele.

O VAF só existe se presente o ICMS devido, e este só é devido no local da ocorrência do fato gerador. O local do consumo só é relevante nas operações interestaduais de petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos gasosos dele derivados e energia elétrica (art. 155, § 2º, X, "b", da CF), quando o ICMS será integralmente devido no Estado destinatário onde se dá o consumo, hipótese em que caberá ao Estado destinatário proceder à distribuição do VAF segundo os critérios previstos na LC n.º 63/90 que se harmoniza com o preceito constitucional do parágrafo único do art. 158.

A jurisprudência do E. TJSP, acertadamente defere o VAF ao município onde é realizada a operação de venda da energia elétrica: Ap.Civ. n.º 47.419-5/4/SP, rel. des. Luis Ganzerda, f. 28/3/2000; Ap.Civ. n.º 57.264-5/4/SP, rel. des. Luis Ganzerda, f. 15/8/2000; Embargos Infringentes n.º 123.633-1/3-02, rel. des. Cezar Peluso, mantido pelo STF (RE n.º 196.243-7 AgR/SP, rel. min. Octavio Gallotti, DJ de 4/8/2000).

Entretanto, em face do posicionamento do STJ, que parece estar construindo um novo modelo de distribuição do VAF, a discussão só terá fim com uma solução legislativa que preconize um novo critério de distribuição que repute justo, sem desconsiderar o local da geração da energia elétrica ou o local do reservatório de águas. Talvez a melhor solução fosse a de partilhar o VAF entre os municípios envolvidos na produção de energia hidroelétrica.

3.3 IMPOSTO SOBRE PROPRIEDADE DE VEÍCULOS AUTOMOTORES

Esse é um imposto novo acrescido pela Constituição de 1988, partilhado com os municípios e, até agora, sem definição de seu fato gerador por lei complementar, como prescreve o art. 146, inciso III, letra "a", da CF. Como antes examinamos, em relação ao ITCMD a omissão legislativa não impede a sua instituição pelo Estado.

O imposto não oferece maiores dúvidas. A distinção de alíquotas entre veículo nacional e importado, que ofendia os princípios constitucionais da isonomia e da uniformidade geográfica, já está superada³.

Observe-se, contudo, que o STF, quanto ao fato gerador desse imposto, restringiu à propriedade de veículo automotor terrestre, porque baseado no conceito previsto no Código de Trânsito Brasileiro (CTB)⁴. Na realidade, o fato gerador pode (e deve) ser estendido a outros veículos automotores, como embarcações de luxo, aeronaves e motocicletas, ou qualquer outro veículo de propulsão.

O elemento nuclear do fato gerador é a propriedade de veículo automotor de qualquer espécie, como definido no CTB. Seu aspecto temporal é

o dia 1º de janeiro de cada ano, em se tratando de veículo usado, e a data de sua primeira aquisição, em se tratando de veículo novo. Com relação ao veículo importado é a data de seu desembaraço aduaneiro. O aspecto espacial do fato gerador é o domicílio ou a residência do proprietário, fato que tem trazido uma espécie de guerra fiscal provocada pelos proprietários que procuram licenciar os veículos em Estados onde vigora a alíquota mais vantajosa. Quanto ao aspecto quantitativo em relação a veículos usados, é o valor de mercado geralmente constante de uma tabela que, entretanto, não gera presunção absoluta quanto ao valor real de mercado.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na Constituição de 1891 o Estado detinha competência tributária sobre cinco impostos. Curiosamente, no regime centralista das constituições de 1934 e 1937, o Estado era contemplado com nove impostos privativos. No regime da Constituição liberal de 1946, sofreu redução para seis impostos. E no regime da Emenda n.º 18/65, ficou com dois impostos, sendo que nos regimes das constituições de 1967 e 1969, os Estados ficaram igualmente com dois impostos privativos. Na Constituição de 1988, foi outorgada a competência para instituir três impostos privativos.

Em todas as constituições retroexaminadas, o Estado foi contemplado com o imposto sobre transmissão de propriedade, ora se referindo à transmissão *causa mortis* e *inter vivos*, ora sem essas adjectivações.

Nas constituições de 1934, 1937 e 1946, o imposto sobre transmissão de propriedade *inter vivos* abrangia a incorporação ao capital das pessoas jurídicas. No regime da Emenda n.º 18/65, a transmissão das propriedades *inter vivos* não incidia sobre a incorporação do capital de pessoas jurídicas, salvo a daquelas cuja atividade preponderante fosse a venda ou locação da propriedade ou a cessão de direitos à sua aquisição (§ 2º, do art. 9º).

Nos regimes da Emenda n.º 18/65 e das constituições de 1967/1969, o imposto sobre transmissão de bens imóveis e de direitos reais sobre imóveis deixou de distinguir a transmissão *causa mortis* e a transmissão *inter vivos*. Por isso, o CTN, em seu art. 35, define o fato gerador desse imposto pelo gênero transmissão de bens imóveis e de direitos a ele relativos.

Finalmente, na Constituição de 1988, por ação de lobistas, o imposto sobre transmissão de bens imóveis foi cindido para situar na competência do Estado apenas o imposto sobre a transmissão *causa mortis*, acrescido de doação de quaisquer bens e direitos. A transmissão *inter vivos*, e a título oneroso, ficou inserida na competência impositiva do município. Daí o cuidado

que se impõe no exame do fato gerador desses dois impostos com a devida adaptação dos dispositivos do CTN.

Apesar de não implementado, o sistema tributário previsto na Emenda n.º 18/65, – porque colhido pela Reforma Tributária que veio no bojo da Constituição de 1967 e disposto no § 2º, do art. 9º, referente à imunidade condicionada do ITBI – causou reflexo na interpretação do atual ITBI inserido na competência dos municípios e que bem distingue a imunidade pura na hipótese de incorporação ao capital subscrito da imunidade condicionada nas hipóteses de incorporações decorrentes de fusão, cisão, incorporação e dissolução de pessoas jurídicas (inciso I, do § 2º, do art. 156, da CF).

Nem sempre o aplicador se dá conta da alteração legislativa porque norteia sua atividade pelos precedentes jurisprudenciais. A incorporação ao capital das empresas era tributada nos regimes das constituições de 1934, 1937 e 1946. No regime da Emenda n.º 18/65, passou a gozar de imunidade condicionada. Finalmente, sob a égide da Constituição de 1988, o imposto sobre transmissão *inter vivos* de bens imóveis e de direitos a ele relativos por ato oneroso passou para a competência dos municípios com a expressa menção à imunidade incondicional da incorporação de bens imóveis ao capital das empresas.

Por derradeiro, cumpre assinalar que duas das principais propostas de Reforma Tributária em discussão na Câmara Federal, a PEC n.º 293-A/2005, de autoria do ex-deputado Luis Carlos Hauly, e a PEC n.º 45/19, de autoria do deputado Baleia Rossi, retiram do Estado o seu principal imposto, o ICMS, que representa 88% da arrecadação estadual.

1

Cf. *Direito Financeiro e Tributário*, 28ª ed. São Paulo: Atlas, 2019, pág. 535.

2

“§ 9º. Cabe à lei complementar:

II – estabelecer normas de gestão financeira e patrimonial da administração direta e indireta, bem como condições para instituição e funcionamento de fundos.”

3

Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n.º 10.906-RJ, rel. min. Garcia Vieira, DJ de 5/6/2000.

4

Código Trânsito Brasileiro, anexo I (Lei n.º 9.503/97).

**BREVES
APONTAMENTOS
ACERCA DO IMPOSTO
SOBRE GRANDES
FORTUNAS**

ROGÉRIO VIDAL GANDRA DA SILVA MARTINS

Graduado em Direito pela Faculdade Direito da Universidade de São Paulo (USP). Especialista em Direito Tributário pelo CEU Law School. Advogado-sócio da Advocacia Gandra Martins. Conselheiro do Conselho Superior de Direito da FecomercioSP desde 1995.

ROGÉRIO VIDAL GANDRA
DA SILVA MARTINS

01. INTRODUÇÃO

A

Ao comemorar os 30 anos do Conselho Superior de Direito da FecomercioSP, dos quais tive a honra de me tronar conselheiro desde a década de 1990, considero-me um privilegiado em poder ter aprendido tanto com mentes brilhantes durante todo esse tempo. O conselho, capitaneado com a mestria e excelência do professor Ives Gandra, mostrou-se (e tem se mostrado) uma verdadeira caixa de ressonância do estudo profundo do Direito em seu caráter multidisciplinar, seja por meio da interligação dos mais variados ramos do Direito, seja por meio da ligação deste com as mais diversas ciências que permeiam o saber humano, prova maior que por intermédio do Direito muito pode se construir, fazer crescer e renovar uma sociedade. Durante estas três décadas, não foram poucas as manifestações públicas do conselho acerca dos assuntos que mais preocupavam a sociedade pátria conforme o respectivo momento. Outrossim, inúmeras publicações de altíssimo quilate foram produzidas versando sobre temas de altíssima relevância, como o amplo debate sobre a forma de governo parlamentarista, a tributação vista pela economia e pelo Direito, o cinquentenário do Código Tributário Nacional (CTN), a modernização do Judiciário, entre tantos outros.

Completa o Conselho Superior de Direito da FecomercioSP seu 30º aniversário coincidindo com a entrada em vigor do Sistema Constitucional Tributário (SCT) por força do art. 34 do Ato das Disposições Transitórias de nossa Carta Magna.

Pela coincidência das datas, bem como pela iminência de uma ampla Reforma Tributária – um dos grandes eixos propostos pela nova equipe econômica –, entendi por bem, ainda que em breves linhas, tecer algumas

considerações sobre um tributo que sempre vem à baila quando se debate a reformulação do sistema constitucional: o imposto sobre grandes fortunas.

02. HISTÓRICO DO IGF

O imposto sobre grandes fortunas, previsto no art. 153, inciso VII, de Nossa Carta Constitucional de 1988, teve a competência de instituição atribuída à União e por intermédio de lei complementar.

De todos os impostos discriminados em nossa Lex Magna, foi o único que no decorrer dos 30 anos de vida constitucional nunca foi instituído. Mesmo impostos criados em 1988 e já excluídos do sistema tributário nacional chegaram a ser regulamentados por lei e cobrados, como é o caso do adicional do imposto de renda estadual e o Imposto sobre Venda a Varejo de Combustíveis (IVV) municipal.

Tal não foi a trilha perfilada pelo IGF.

Enquanto o AIRE e o IVV foram previstos, criados, cobrados e extintos da CF, o IGF nunca foi regulamentado e cobrado. No entanto, o IGF permanece na ordem constitucional tributária como uma letra morta e, do ponto de vista técnico, a nosso ver, representando total obsolescência e ineficácia de uma política tributária de qualidade, como teremos a oportunidade de analisar no decorrer deste sumário estudo.

A introdução dessa espécie de tributação sintética sobre o patrimônio se deu no calor dos debates que permearam a Assembleia Nacional Constituinte durante os anos de 1987 e 1988. À época, principalmente influenciada pelas ideologias socializantes, foi o tributo espelhado no modelo francês, que já o tinha no ordenamento fiscal desde 1982.

De fato, a França instituiu o *impôt sur les grandes fortunes* no fim do ano de 1981, por meio da Lei n.º 81-1160 (30/12/1981) para começar a ser cobrado no primeiro dia de 1982. Naquela ocasião, o citado país era governado por François Mitterrand, membro do Partido Socialista francês. Vale ressaltar que Mitterrand assumiu a Presidência da França após 30 anos sem esta acolher um chefe do Executivo de esquerda, e na qualidade do primeiro presidente socialista da 5ª República, iniciada em 1958¹.

Todo esse ambiente socialista impregnava os ares jurídicos do primeiro ano de Mitterrand no poder, e nada mais “normal” quanto a proposta e introdução de um tributo que taxasse os “ricos”.

É bom sempre frisar que seu antecessor na Presidência da França, Valéry Giscard d'Estaing, juntamente com o então primeiro-ministro, Barre, em cumprimento a uma promessa de campanha, já havia estabelecido uma

comissão para estudar a viabilidade da imposição sobre grandes fortunas.

Composta pelos peritos Gabriel Ventejol, Robert Blot e Jacques Meraud, a comissão (alcançada de “os três sábios”, *trois sages*), após pormenorizado estudo, apresentou em 1978 o seu relatório no qual refutou a ideia de se criar o tributo, já que os inconvenientes e complexidades que exação fiscal geraria seriam maiores do que as vantagens de sua instituição.

Mesmo assim, a ideia de tributar as grandes fortunas voltou à ordem do dia na corrida presidencial de 1981. Como ressalta Ricardo Lobo Torres, “a justificativa inicial para a criação do imposto sobre grandes fortunas em 1981, lançado durante a campanha presidencial de Mitterrand, foi a de que o tributo seria **socialmente justo, economicamente razoável e tecnicamente simples, claro e preciso**” [*grifos nossos*].²

Pela própria justificativa do imposto, percebe-se o caráter demagógico e eleitoral da imposição tributária em comento, haja vista que, de todas as características apontadas, nenhuma se condiz com o imposto sobre as grandes fortunas.

Isso porque não só a literatura jurídica (mas também a econômica) vem analisando essa modalidade de tributação sintética, e cada vez se chega mais à conclusão que um tributo que recaia sobre riqueza acumulada sob o argumento de que “os ricos devem pagar mais do que os pobres” termina gerando uma tributação inócua, vez que a justificativa já é atendida por outros impostos agregados a técnicas de imposição, sendo o imposto sobre a renda progressivo o mais clássico exemplo. E ao se instituir mais um imposto sobre a renda acumulada, facilmente se fere a capacidade contributiva, em demonstração inequívoca de que o imposto carece do adjetivo “justo”. Não é a injustiça na tributação dos contribuintes que tem mais capacidade econômica que legitima a “sociabilidade” da justiça daqueles que menos possuem.

E ainda que, por um absurdo, não se considerasse a existência de outras formas de tratamento desigual para contribuintes em situação desigual, a própria prática mostrou que não só na França, mas em todos os países nos quais se adotou tal exigência fiscal, a parcela dos contribuintes de menor capacidade econômica, ou mesmo sem esta, não foi beneficiada pela medida, haja vista não só a pequeníssima quantia arrecadada pelo imposto como pela própria ineficiência do Estado nessa “falsa”, a nosso ver, redistribuição de riqueza.

Entendemos “falsa redistribuição de riqueza” pois já tivemos oportunidade de nos manifestarmos sobre o tema em outras obras³, no sentido de que é a sociedade, e não o Estado, o maior e melhor redistribuidor de riqueza. Por meio do mercado, a sociedade produz riqueza na forma de bens, serviços, emprego, renda, consumo e patrimônio. Serão estes em plena cadência que

gerarão o círculo virtuoso da economia em uma sociedade, cada vez gerando em mais quantidade e qualidade os vetores acima citados.

“Redistribuir” nesse campo não equivale a “transferir” via Estado vetores que se produzem na sociedade. Redistribuir, sob nosso ponto de vista, caracteriza-se por ofertar condições a que todos os membros da sociedade possam ter acesso ao “círculo virtuoso”.

Por mais que as vozes ditas “solidárias” possam pregar posicionamento contrário ao entendimento supraexposto, fato incontestável durante toda a história da humanidade é que a sociedade, por meio do mercado, conseguiu “redistribuir” muito mais riquezas produzidas do que qualquer governo. Não foi à toa que a famosa declaração de Abraham Lincoln continha, entre outros “mandamentos”, dois que aqui destacamos:

Não ajudarás o assalariado se arruinares aqueles que o pagam.

Não ajudarás os pobres se eliminares os ricos.

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS, tecendo considerações sobre o princípio da eficiência em matéria tributária e o relacionando com as finalidades da tributação, o poder e a política tributária, leciona:

Infelizmente o homem não é confiável no exercício do poder. Deseja o poder pelo poder e – muito raramente – o utiliza para servir. Por esta razão, a política de arrecadação acaba sendo formulada e utilizada para efeitos de fortalecer a ele próprio e a seus parceiros, no controle, sendo o tributo o instrumento maior que os governantes hospedam para cooptar, corromper e assegurar o domínio da máquina governamental. Este é o motivo pelo que Carl Schmitt, Maquiavel, Lord Acton e Montesquieu, os primeiros, sem ilusões, e o último, com ilusões, diagnosticaram que o objetivo maior de quem detém o poder é mantê-lo, utilizando-se dos recursos arrecadados da sociedade através de tributos. Por essa ótica, a primeira função desta política é ser útil aos detentores do poder. Como efeito colateral é que retorna ao cidadão parcela do que dele foi retirado, em serviços públicos.

À evidência, o “princípio de eficiência relativa” – jamais, em relação ao Poder Público, haverá a “eficiência absoluta”, pois os detentores do poder precisariam ser anjos e não homens para que isso fosse possível – é tornar o agente “um quase servidor público”, isto é, interessado em servir à comunidade – e não, apenas, em servir-se da comunidade –,

com o que nos aproximariamos da justiça fiscal e do desenvolvimento econômico e social.

Como, todavia, políticos e burocratas – estes chamados por Alvin Tofler de “integradores do poder” – são ideólogos do poder, qualquer que seja a sua ideologia de esquerda, direita ou centro, têm todos uma “subideologia” comum, ou seja, ter o poder a seu serviço. Nitidamente manipulam tais ideologias para justificar o apoio popular e vender ilusões. É interessante que nada é tão distante, no mundo da ciência política, como as propostas do candidato e suas realizações, quando eleito. “Mercadores dos sonhos alheios”, fortalecem-se no poder mediante políticas de arrecadação cada vez mais confiscatórias⁴ [grifos nossos].

Percebe-se, pois, que a justiça social como adjetivo do IGF carece de embasamentos teórico e prático razoáveis.

Outrossim, alegar que a imposição seria “economicamente razoável”, como já explicitado acima, não condiz com o que comprova a doutrina e a prática econômico-jurídica.

De fato, é razoável do ponto de vista econômico tributar os que mais detêm patrimônio. Mas a afirmação pode se transformar em perigoso sofisma caso se conclua que é “razoável do ponto de vista econômico tributar o patrimônio global dos que mais o detêm”. Existe uma grande diferença entre ambas as assertivas, principalmente porque na tributação patrimonial global não se pode esquecer que os bens e direitos que comporão o fato gerador e base de cálculo já foram tributados por outros impostos (no caso brasileiro, um imóvel pelo IPTU, automóvel pelo IPVA, bens e direitos por impostos indiretos e até a compra destes se deu por renda já tributada). Que um automóvel de luxo de um contribuinte seja tributado mais mediante o seu valor venal do que um veículo popular é economicamente razoável. O mesmo se afirme em relação a um imóvel.

A situação, porém, difere-se totalmente de se avaliar o conjunto total de bens e direitos, já tributados em sua grande maioria, e apenas tributar os patrimônios globais de maior valor. Nesse caso, existe o ferimento do princípio da igualdade horizontal na tributação, pois, por meio da imposição fiscal sobre o conjunto total dos bens e direitos individualmente já tributados, segundo a regra do “tratamento desigual a situações desiguais”, cria-se uma bitributação que alcança tão somente as universalidades de bens e direitos que, em sua soma total, alcançam altos valores. À evidência, nenhum critério de adaptação e razoabilidade econômica – e jurídica também – se encontra no imposto sobre as grandes fortunas.

Por fim, a última justificativa do ex-presidente francês para a criação do IGF, qual seja, a de que o imposto seria “tecnicamente simples, claro e preciso”, a nosso ver, cai por terra pelas próprias constatações que aquele país verificou no concernente a esse tributo, assim como pela experiência mundial com o tema, seja por meio de estudos prévios sobre a viabilidade e eficácia da implementação do tributo, seja por meio dos infrutíferos ou parcos resultados que trouxe quando instituído.

Com efeito, a própria França, como já afirmado acima, estudou profundamente a matéria no governo de Giscard d’Estaing e concluiu pela não introdução do tributo, dada, entre outros fatores, a **complexidade** de sua adoção e administração (técnica de cobrança, fiscalização, etc.).

Mesmo com a argumentação presidencial favorável ao IGF, referido tributo se mostrou incapaz de atender às necessidades prometidas e esperadas, constatando-se muito mais os pontos contrários à sua instituição do que os que a justificaram.

Nesse contexto, pela Lei n.º 86-824, de 11/7/1986, o *impôt sur les grandes fortunes* saía do ordenamento jurídico francês.

No ano seguinte, François Mitterrand buscou a sua reeleição presidencial e, novamente, volta à baila, dentro do ideário do partido socialista francês, a questão tributária referente à taxa redistributiva, alcançando os mais abastados em benefício das classes sociais mais desprotegidas.

A “nova máscara eleitoral” justificadora do imposto, diferentemente da que lhe foi colocada no pleito de 1981 (justiça social, razoabilidade econômica, técnica simples, clara e precisa)⁵ se lastreava no princípio da solidariedade visando a dar o mínimo existencial aos mais pobres.

RICARDO LOBO TORRES, citando **Pierre Courtois**, salienta que a ideia de Mitterrand em trazer novamente o imposto para o ordenamento jurídico visava a “manifestar a solidariedade dos ricos com os desprotegidos e de contribuir parcialmente para o financiamento do ‘rendimento mínimo de inserção’ (*revenu minimum d’insertion*)’ que ele pretendia instituir em favor dos ‘novos pobres’”⁶

Iniciado o segundo mandato presidencial, o imposto voltou ao ordenamento jurídico francês, agora sob a denominação de *impôt de solidarité sur la fortune* (ISF), pela Lei n.º 88-1149, de 23/12/1988”.

Esse modelo de imposição francesa foi a principal fonte de direito que inspirou os constituintes brasileiros de 1987/1988 a criar a competência da União para a instituição do imposto sobre grandes fortunas, prevista no art. 153, inciso VII, de nossa Magna Carta.

Com efeito, o processo de elaboração de nossa Constituição teve forte conotação político-social de esquerda. Não raros foram os dispositivos de

natureza tipicamente socializante, não apenas no título dedicado ao sistema tributário nacional, mas ao longo de todo o texto constitucional.

Nessa linha de raciocínio, nos debates que permearam a subcomissão de tributos, participação e distribuição de receitas, encarregada de redigir o novo sistema constitucional tributário, a ideia de incluir uma nova modalidade de imposição que de alguma forma gravasse as classes com maior riqueza, surge inicialmente a partir do modelo de tributação patrimonial espanhola criado em 1977 pela Lei n.º 50/1977 e denominado *impuesto extraordinario sobre el patrimonio de las personas físicas*⁷. É importante frisar que o referido imposto veio a ser abolido do sistema jurídico espanhol em 2008, haja vista que o tributo que havia sido concebido para ser temporário (extraordinário) se converteu em tributo permanente. Ademais, o alto custo burocrático, a evasão de capitais, a não efetividade de seus objetivos, o pequeno volume arrecadado quando comparado à receita tributária global, entre outros fatores, contribuíram para a retirada da exação fiscal do sistema hispânico.

Muito embora o modelo espanhol de tributação tenha sido proposto na Assembleia Nacional Constituinte, modelo este de tributação patrimonial analítica e não sintética, vez que englobava alguns bens e direitos apenas, ele terminou por ser descartado, preferindo o constituinte outorgar à União a possibilidade de uma tributação patrimonial global a uma analítica e adotando a linhagem francesa de tributação global do patrimônio, na mesma linha ideológica justificadora do imposto francês.

Corolário dessa assertiva se verifica na Emenda Constitucional n.º 31/00, que confere ao produto da arrecadação do IGF a destinação de compor o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza (art. 80, III, ADCT), assemelhando-se muito ao caráter redistributivo do *revenu minimum d'insertion* já presente, como vimos, na plataforma eleitoral de François Mitterrand em 1987.

03. DIREITO COMPARADO

A imposição fiscal sintética sobre o patrimônio com finalidade extrafiscal redistributiva foi objeto de inúmeras análises, estudos e discussões, podendo-se, a nosso ver, constatar duas características significativas:

- a. muitos foram os países que a estudaram, mas poucos os que a implementaram, e parte dos que a introduziram terminou por retirá-la do ordenamento jurídico, já que os efeitos positivos advindos se situaram aquém dos esperados, e os efeitos desfavoráveis levantados se mostraram maiores do que os imaginados.

- b. Os caracteres ideológico e eleitoral a permearem diversas vezes a imposição, tirando dela boa parte de sua análise técnica.

Em linhas gerais, passemos a analisar alguns exemplos ofertados pelo Direito Comparado.

Conforme já analisado, na **França**, o *impôt sur les grandes fortunes* (IGF), posteriormente revitalizado como *impôt de solidarité sur la fortune* (ISF), foi promessa de dois períodos eleitorais (1981 e 1987) e, muito embora continue existindo neste país, tem sido severo alvo de críticas, seja por provocar a fuga de capitais, seja pelo caráter redistributivo não alcançado. Pode-se facilmente constatar tais fatos pela própria iniciativa do Partido Comunista francês, dez anos após a entrada em vigor do ISF, em apresentar projeto de lei visando a remodelar o tributo, haja vista que este não chegava a contribuir nem com a metade da quantia destinada ao *revenu minimum d'insertion*, uma das principais justificativas para reintrodução do imposto.

Vale lembrar que a adoção do ISF na França gerou mais efeitos maléficos à economia do que os propalados pelos idealizadores do tributo. Além da baixa arrecadação (1,5% das receitas tributárias), a fuga de capitais aumentou consideravelmente na França, em especial após o governo socialista de François Hollande ter aumentado a alíquota do tributo para 75% em 2012. Em 2017, o presidente Emmanuel Macron suprimiu o imposto, para em 2018 recriá-lo como **l'impôt sur la fortune immobilière (IFI)**, abarcando apenas o patrimônio imobiliário e excluindo da tributação os ativos financeiros. A justificativa central era a de que o ISF estava provocando uma desvantagem econômica do país frente à concorrência de outros países, pelo desestímulo que a tributação trazia à entrada de capital externo. Ao não taxar ativos financeiros pelo imposto, a ideia básica era a de desenvolver a indústria nacional, o que geraria mais empregos. Percebe-se claramente que a proposta inicial advinda dos anos de 1980, de criar um imposto sobre grandes fortunas, na prática trouxe muito mais desvantagens financeiras ao Estado francês, assim como seus ideais de redistribuição de riqueza jamais foram efetivados pelo imposto.

Na **Alemanha**, a tributação nasceu no Estado da Prússia na forma de imposto suplementar sobre a renda. Vários Estados passaram a introduzir tal modelo tributário de imposição, e, em 1922, essa tributação passava das mãos dos entes federados para a União.

Talvez seja na Alemanha que encontraremos o melhor exemplo de que, para se tentar aferir uma correta avaliação patrimonial sintética, é necessário um processo extremamente complexo.

De fato, o país chegou a criar uma lei específica cujo objeto era somente o de avaliação do patrimônio tributável. O diploma normativo citado possui 123 parágrafos, sendo que o comentário da lei contém 1.698 páginas.

O tribunal constitucional alemão declarou em 1995 o imposto inconstitucional por se revestir de natureza confiscatória e atentar contra o princípio da igualdade. Determinou aquela corte que, para a cobrança do imposto, novas regras fossem estatuídas até o fim de 1996. Até o presente momento, ainda não houve novo regramento jurídico.

Estados Unidos, Canadá, Inglaterra e Austrália estudaram de forma aprofundada a viabilidade da imposição sintética sobre o patrimônio, chegando à conclusão que não valeria a pena inseri-la em seus sistemas fiscais, optando-se, nesse particular, em soluções alternativas e de mais eficiência, tais como aperfeiçoar a cobrança do imposto sobre a renda, bem como promover uma tributação patrimonial analítica.

Itália, Irlanda e Japão chegaram a instituir a tributação patrimonial sintética, mas os três países a abandonaram, haja vista o baixo volume arrecadado jungido ao alto custo de cobrança e administração dela. Em outras palavras, pela relação entre custo e benefício, a introdução do tributo atentaria contra qualquer política tributária racional.

A **Espanha** adotou a tributação sintética patrimonial de forma provisória em 1977 pela Lei n.º 50, que instituiu o *impuesto extraordinário sobre el patrimonio de las personas físicas*. Possuía, conforme já analisado, mais características de uma tributação analítica sobre bens de luxo que propriamente uma tributação sintética. Em 1991 (Lei n.º 19), o tributo passou a ser permanente, recebendo nova denominação: *impuesto sobre el patrimonio* (IP). Muito embora o caráter redistributivo esteja presente no imposto, inúmeras críticas recaem sobre este.

O próprio primeiro-ministro **José Luis Rodríguez Zapatero**, em 2007, anunciou que caso seu partido vencesse as eleições parlamentares, buscaria suprimir o imposto por considerar, entre outros motivos, que ele fora concebido em caráter provisório, mas acabou se tornando permanente, desvirtuando-se, e que “seria mais justo, simplificado e racional que se produzisse sua supressão”⁸. Como já analisado supra, o imposto foi retirado em 2008 do sistema tributário espanhol.

Na **Suíça**, o imposto patrimonial sintético se constitui no mais antigo tributo do país, sendo de competência dos cantões e com alíquotas extremamente baixas, não passando de 1% e não representando significativo impacto tributário na carga fiscal global.

Também nos países europeus que mantêm tal modalidade de tributação (patrimonial sintética), ela é caracterizada por alíquotas extremamen-

te modestas (**Finlândia**, 0,9%; **Islândia**, 0,6%; **Luxemburgo**, 0,5%; **Noruega**, 0,9% a 1,1%; e **Suécia**, 1,5%)⁹ pretendendo não gerar os malefícios provocados por uma alta imposição dessa espécie.

Percebe-se, dessa forma, que a tributação sintética do patrimônio se afigura como técnica fiscal em pleno desuso na grande maioria dos países, demonstrando que seus resultados em prol da sociedade são mínimos, nulos ou inexistentes.

Em uma pequena análise histórica de como o imposto sobre grandes fortunas foi introduzido em nossa constituição, bem como de seu exame no Direito Comparado, conclui-se que as funções do tributo não foram alcançadas nos poucos países que o incorporaram, assim como a grande maioria dos demais países que se debruçaram sobre tal exação optou por não incluí-los em seus sistemas jurídicos.

CONCLUSÃO

Tendo em vista os argumentos apresentados neste breve artigo sobre a matéria, focado principalmente na evolução histórica do tributo, assim como mediante o Direito Comparado verificar quais os resultados obtidos nos países que estudaram e/ou implantaram o tributo, entendemos que, no tocante ao imposto sobre grandes fortunas, a melhor solução para ele seria expurgá-lo da *Lex Magna*. A retirada dessa espécie de tributação sintética sobre o patrimônio de nosso ordenamento jurídico faz com que o País se alinhe à tendência mundial nesse específico campo.

1

Dá-se o nome de "5ª República" à quinta constitucional republicana promulgada pela França, em vigor desde 5/10/58.

2

"O imposto sobre grandes fortunas no Direito Comparado". In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Pesquisas tributárias*, nova série, n.º 9. Direito Tributário e reforma do sistema. São Paulo: Coed. Centro de Extensão Universitária (CEU). Ed. Revista dos Tribunais, 2003, pág. 99.

3

"A política tributária como instrumento de defesa do contribuinte". In: MARTINS, Ives Gandra da Silva e MARTINS, Rogério Vidal Gandra da Silva (coords.). *A defesa do contribuinte no Direito brasileiro*. São Paulo: IOB, 2002, págs. 21-58.

4

Princípio da eficiência em matéria tributária. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Pesquisas Tributárias*, nova série, n.º 12. Princípio da eficiência em matéria tributária. São Paulo: Coed. Centro de Extensão Universitária (CEU). Ed. Revista dos Tribunais, 2006, págs. 35-37.

5

Vide citação Ricardo Lobo Torres supra (n.º 02).

6

"O imposto sobre grandes fortunas no direito comparado". In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Pesquisas Tributárias*, nova série, n.º 9. Direito tributário e reforma do sistema. São Paulo: Coed. Centro de Extensão Universitária (CEU). Ed. Revista dos Tribunais, 2003, pág. 99.

7

Tal imposto veio a ser reconfigurado em 1991 pela Lei n.º 19, tomando o nome de *impuesto sobre el patrimonio*.

8

Zapatero suprimirá el Impuesto de Patrimonio si gana las próximas elecciones. 12.04.2007. Disponível em <http://www.eleconomista.es/economia/noticias/324499/12/07/Zapatero-suprimira-el-impuesto-de-Patrimonio-si-gana-las-proximas-elecciones.html> (último acesso 04.08.2008) (tradução livre)

9

Fonte: International Bureau of Fiscal Documentation – IBFD e Swedish Taxpayers Association (2003).

AGOSTINHO TOFFOLI
TAVOLARO

—
Advogado, sócio-diretor de Tavoraro e Tavoraro Advogados (Campinas/SP); vice-presidente da International Fiscal Association (IFA) - Holanda - 1983/1985; presidente do Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario (ILADT) - Uruguai - 1977/1998; presidente da Associação Brasileira de Direito Tributário (ABDF) - Rio de Janeiro - 1996/1998; vice-presidente da Associação Brasileira de Direito Tributário (ABDT) - São Paulo; presidente da Academia Campinense de Letras (ACL) - Campinas/SP - 2006/2016; membro da Academia Paulista de História (APH); membro da Academia Paulista de Direito do Trabalho (APDT) e membro do Conselho Superior de Direito da FecomercioSP (São Paulo).

—

1. INTRODUÇÃO

E

Em tempos em que a Reforma Tributária, as inovações tecnológicas e a inevitável concentração urbana se impõem em nosso País e, quiçá, em todo o mundo dito civilizado, a tributação municipal merece atenção especial, principalmente tendo em vista a chamada "metropolização", a que mesmo à nossa Constituição de 1988 não passou despercebida, embora timidamente abordada.

2. O MUNICÍPIO

Louvando-nos nas, por Michel Temer qualificadas como "preciosas", as "Lições de Teoria Geral do Estado", ministradas por Ataliba Nogueira, vemos que o município, em nosso Brasil, teve origem no fato de que "houve um dia em que o colonizador quis testemunhar a sua fé e erigiu a ermida"¹, doando a terra em que se erigiu a capela e se formando em seu entorno um aglomerado humano para o culto externo e a recepção dos sacramentos.

3. O MUNICÍPIO NO IMPÉRIO

Na Constituição Política do Império mandado observar pela Carta de Lei de 25 de março de 1824, a referência a município se fez em seu art. 167, determinando a criação de câmaras em todas as "cidades e villas" às quais compete os governos econômico e municipal, estabelecendo o art. 169 que "o exerci-

cio de suas funções municipais, formação das suas posturas policiais, aplicação das suas rendas, e todas as suas particulares, e úteis atribuições, serão decretadas por uma lei regulamentar”, nessas atribuições, objeto da lei de 1º/10/1828 se incluindo nas posturas policiais normas sobre a “boa guarda das rendas, foros, coimas e mais cousas que à Câmara pertençam em arca forte de três chaves”, constituindo-se os foros em tributos municipais².

4. O MUNICÍPIO NAS CONSTITUIÇÕES REPUBLICANAS

4.1 - CONSTITUIÇÃO DE 1891

Nesta Constituição, determinou-se a competência dos municípios em tudo quanto respeite ao seu peculiar interesse (art. 67), erigindo-se como princípio constitucional pela emenda constitucional de 7/9/1926, a autonomia dos municípios (redação dada ao art. 6º, II, “f”).

4.2 - CONSTITUIÇÃO DE 1934

Na Constituição de 1934, encontramos 28 disposições relativas aos municípios, cabendo destacar quanto à tributação municipal a norma de participação igualitária no lançamento e arrecadação do imposto de indústrias e profissões entre Estado e município (art. 8º, § 2º), e a pertença dos municípios dos impostos de licenças, predial e territorial urbano, diversões públicas, cedular sobre a renda de imóveis rurais e taxas, sobre serviços municipais (art. 13, § 2º) e a faculdade de cobrar contribuições de melhoria sobre valorização de imóveis por motivo de obras públicas (art. 124).

4.3 - CARTA DE 1937

Nesta, encontramos 22 disposições que dizem respeito aos municípios, cabendo destacar, no que se refere ao campo de tributação, aquelas constantes dos arts. 23, § 2º (participação igualitária no imposto de indústrias e profissões); 26 (autonomia para a decretação de seus impostos e taxas); e 28 (impostos de licença, IPTU, diversões públicas e taxas de serviços municipais). Cabe destacar aqui que o art. 29 previa a possibilidade de se agruparem os “municípios de uma mesma região para a instalação, exploração e administração de serviços públicos comuns”, sendo dotado o agrupamento de personalidade jurídica própria.

4.4 - CONSTITUIÇÃO DE 1946

A Lei Magna de 1946, na sua redação original, continha 45 preceitos sobre municípios, havendo sido objeto em seus 21 anos de existência de 21 ementas constitucionais e quatro atos institucionais.

Mantida originalmente a tributação anterior, o sistema tributário nacional sofreu inteira reformulação com a EC 18, introduzindo-se a tributação sobre o valor agregado (ICM), atribuindo-se aos municípios competência quanto aos impostos IPTU, predial, sobre transmissão de propriedade imobiliária, licenças, indústria e profissões, diversões públicas se sobre atos de sua economia ou assuntos de sua competência (art. 29), além de poder cobrar contribuição de melhoria, taxas e quaisquer outras rendas que possam provir do exercício de suas atribuições e da utilização de seus bens e serviços (art.30).

4.5 - EMENDA CONSTITUCIONAL DE 1967

Dada por esta emenda nova redação à Constituição de 1946, nela se previu a possibilidade de delegação, por convênio entre os membros da Federação e os municípios, das atribuições de administração tributária (art. 19, § 7º), além da de arrecadar taxas e contribuição de melhoria, competindo-lhes ainda decretar impostos sobre IPTU e sobre serviços (art. 25), dispondo ainda o art. 157, § 10, poder a União, mediante lei complementar, estabelecer regiões metropolitanas constituídas pelos municípios que integrem a mesma comunidade socioeconômica, visando à realização de serviços de interesse comum.

4.6 - EMENDA CONSTITUCIONAL DE 1969

Dando nova redação à Constituição, esta emenda manteve em linhas gerais a competência tributária dos municípios, qual disposta na anterior (arts. 18 e 24), bem como a competência da União para estabelecer regiões metropolitanas (art. 164).

5. A VIGENTE CONSTITUIÇÃO DE 1988

Havendo nossa Constituição Federal em seus 30 anos de vigência sofrido já 107 emendas, das quais 6 são de revisão, e 101, específicas, nela incluso desde o primeiro momento de seu nascimento como membros da Federação os municípios, vemos que no seu art. 25, § 3º, se outorga aos Estados a possibilidade de instituir regiões metropolitanas, adotando ainda a separação

vertical do poder tributário³ aos municípios se lhes deferindo a tributação privativa da propriedade predial e territorial urbana, da transmissão *inter vivos* de bens imóveis e de direitos reais sobre imóveis, de serviços de qualquer natureza (art. 156). De se destacar ainda que no art. 30 é estabelecida a competência dos municípios para legislar sobre assuntos de interesse local, bem como instituir e arrecadar os impostos de sua competência, além de outras disposições específicas.

6. A AUTONOMIA MUNICIPAL

Consagrada a autonomia municipal pela constituição de 1988, em seu art. 34, como escreve André Ramos Tavares⁴, rende-se, assim, à lição de Tocqueville de que a força dos povos livres reside no município, temos que a regra constitucional que atribui aos Estados a criação de regiões metropolitanas constitui exceção à crítica que ao art. 25, § 1, lhe fez Celso Ribeiro Bastos, pois ao lhe dar a qualificação de “regra de ouro das competências estaduais”, já vazia de sentido nas constituições anteriores, “torna-se mais oca na atual, diante dos róis extenso de competências outorgadas a União e municípios”⁵. Em nosso entender, vem a regra em causa atender, com maior vigor, à inexorável realidade que se apresenta no mundo de hoje, com a urbanização que tem levado inclusive à luta das regiões para ter assegurada a sua autonomia, atestada pelos vários movimentos principalmente no continente europeu (cite-se a Catalunha, na Espanha) e o regionalismo político emergente que analisa na Espanha e em Portugal⁶, sem olvidarmo-nos de que lista a Wikipédia em torno de 85 movimentos separatistas em todo o mundo⁷.

7. A REGIONALIZAÇÃO E A CONURBAÇÃO

A realidade da expansão horizontal de uma cidade de modo que seus limites geográficos mal possam ser definidos nos dá a metropolização completada pela conurbação, que é “a união de várias cidades que funcionam, na prática, como uma única cidade”⁸.

8. REGIÕES METROPOLITANAS NO BRASIL

Definidas as regiões metropolitanas pelo art. 25, § 3º, da Constituição, como “agrupamentos de Municípios limítrofes” constituídas “para inte-

grar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum” vemos que o extraordinário desenvolvimento tecnológico e de inteligência artificial vem dando origem a uma maior integração dos aglomerados urbanos que, em função da robotização e da troca de dados, com isso, acelerando a desconcentração urbana com a disseminação dos “home offices” e a facilidade dos meios de transporte (metrô, trens intercidades, rodovias e veículos de uso pessoal), propiciando a especialização das cidades em ramos e sub-ramos diversos da economia, utilizando-se os residentes em uma cidade, usuário dos serviços públicos e particulares de outra urbe, facilitado o descolamento físico e se especializando umas e outras em ramos específicos da atividade humana, por exemplo, nas cidades no ramo da indústria automobilística, cidades em hospitais e serviços de saúde, cidades em educação, principalmente superior (faculdades), cidades com centros de informática, etc.

Inaugurado o quadro legal das regiões metropolitanas em nosso país pela Lei nº. 14 de 1973, quando foram estabelecidas nove regiões metropolitanas, temos que, sob a égide da Constituição atual temos legislação federal, relativas à política urbana (Estatuto da Cidade – Lei nº. 10.057 de 10/7/2001), bem como Lei de diretrizes gerais para o planejamento, gestão e execução das funções públicas de interesse comum em regiões metropolitanas e em aglomerações urbanas (Estatuto da Metrópole, Lei nº. 13.089, de 12/1/2015). Recorde-se que, facultada pela CF art. 25, § 3º, a instituição de regiões metropolitanas, mediante lei complementar estadual, editaram vários estados suas leis complementares próprias.

Nelas, porém não se identificam normas sobre tributação conjunta, gerando guerra fiscal entre municípios e distinção no atendimento pelos serviços municipais de saúde de residentes em um município pelo outro, serviços de segurança regional, tributação de instituições de ensino e seus insumos, impostos sobre serviços de inteligência artificial, processamento de dados, planejamento de programas de computador, além mesmo da imaginação do legislador de nossos dias.

9. UM OLHAR PARA O FUTURO

Inconteste o fenômeno do crescimento populacional nas áreas urbanas, dando ensejo a um deslocamento populacional dos campos para as cidades, somado à interação das atividades das cidades, impõe-se que, ao se falar em Reforma Tributária, não se menospreze o fenômeno da metropolização que, certamente, se acentuará nas próximas décadas.

Desafio presente que se põe e exige de quantos busquem assegurar o desenvolvimento de nosso País que o enfrentemos desde já, levantando a luva e aceitando o repto, pelo bem de nossos pósteros.

Nesta comemoração do 30º Aniversário deste conselho, indiscutivelmente se faz necessária a parabenização da FecomercioSP a memória de Ney Prado, inteligência viva e humor sempre presentes, ao dinamismo e dedicação de Ives Gandra da Silva Martins planejando, conduzindo nossos trabalhos com dedicação e sapiência e o mesmo entusiasmo juvenil que os anos não arrefecem, além da eficiência do colega Luís Antonio Flora, que nos proporciona a consecução de nossa missão.

Campinas, 31 de julho de 2019.

1

ATALIBA, Nogueira, cit. por TEMER, Michel, *Elementos de Direito Constitucional*. RT: São Paulo, 7ª ed. 1990, pág. 103.

2

GODOY, José Eduardo Pimentel de. *Dicionário de história tributária do Brasil*. Brart. 5ª Brasília: ESAF, 2002.

3

TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. Rio: Renovar, 2009, 16ª ed., pág. 361.

4

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 7ª ed., pág. 1.074.

5

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo: Saraiva, 13ª ed., pág. 271.

6

MODERNE, Franck. "Les expériences régionalistes en Espagne et au Portugal : analyse comparative". In: *As vertentes do Direito Constitucional Contemporâneo – Estudos em Homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho*. Coord. Ives Gandra da Silva Martins. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, pág. 69.

7

pt.wikipedia.org/wiki/Lista_de_movimentos_separatistas, acesso em 31/7/2019.

8

ROMANELLI, Carla e ABIKO, Alex Kenya. *Processo de metropolização no Brasil*. Texto técnico da Escola Politécnica da USP. <http://publicações.pcc.usp.br/Textos.Tecnicos> acesso 31/9/2019.

—
Advogado, começou a carreira na Assessoria Jurídica do Sesc/Senac em 1982, foi assessor e diretor jurídico da FecomercioSP, desde então organiza os trabalhos do Conselho Superior de Direito.

LUIS ANTONIO FLORA

—

E

Eu não esperava e nem pretendia participar, como coautor, deste livro editado em 2019, em razão da comemoração dos 30 anos de existência do Conselho Superior de Direito (CSD), da Federação do Comércio de Bens, Serviços e Turismo do Estado de São Paulo (FecomercioSP), porque há muitos anos (para não dizer desde o começo, quando assistia ao Dr. Antonio Nicácio, então Diretor Jurídico da FECOMERCIO-SP, na revisão das transcrições¹ das gravações das reuniões) minha função sempre foi a de auxiliar e organizar os seus trabalhos.

Mas, diante do generoso e irrecusável convite feito pelo Dr. Ives Gandra da Silva Martins e com o incentivo do Dr. Fernando Passos para falar um pouco sobre o conjunto de entidades de direito privado, denominado Sistema S, seguem, então, algumas palavras sobre o tema, uma vez que iniciei minha carreira na Assessoria Jurídica² do Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial (Senac) e do Serviço Social do Comércio (Sesc), em 1982.

Antes, porém, de adentrar ao tema que foi proposto, quero fazer um rápido introito a respeito do CSD, eis que o presente livro se reveste mais de caráter histórico e comemorativo do que acadêmico.

Pois bem. O CSD nasceu no ano seguinte à promulgação da Constituição Federal de 1988. Em síntese, foi criado para dar continuidade aos trabalhos da FecomercioSP realizados durante a Assembleia Nacional Constituinte, inaugurada em 1º de fevereiro de 1987, vez que a respectiva Constituição, então recém-promulgada, havia deixado muitos dos seus dispositivos para a legislação infraconstitucional regulamentar (a exemplo do Código de Defesa do Consumidor e a definição do tratamento diferenciado da microempresa e da pequena empresa).

A participação da FecomercioSP na Constituinte foi intensa, com a apresentação de sugestões e emendas em prol das atividades empresariais e da preservação do Sistema S, sempre sob a batuta do meu saudoso mestre Antonio Nicácio (um dos idealizadores do CSD, juntamente com Antonio Carlos Borges). Portanto, fazia-se necessária a continuidade dos trabalhos durante a regulamentação da nova Carta.

Por ocasião da celebração dos 70 anos da FecomercioSP³, em 2008, Abram Szajman relembra que:

Nós tivemos uma atuação e participação importante na Constituinte, no sentido de um posicionamento a favor da economia de mercado. Lógico que nem tudo que propusemos foi aceito pela Assembleia Constituinte, mas acho que colaboramos no sentido de modernização do País. Em muitos aspectos, a Constituição de 1988 deixou muito a desejar, por isso hoje se discute a necessidade de uma reforma tributária e de uma reforma previdenciária. Isso demonstra que muitas das medidas que defendíamos na época estavam certas: o Estado não pode e não deve participar de tudo.

Para dar maior peso e respeitabilidade às propostas da FecomercioSP foram convidados para compor o CSD as maiores celebridades do mundo jurídico brasileiro, sob a presidência do eminente Dr. Ives Gandra da Silva Martins, que teve intensa e brilhante participação nos trabalhos constituintes, e que também já integrava o Conselho de Economia, Sociologia e Política da FecomercioSP, precursor do CSD. Coube, assim, ao Dr. Ives Gandra a convocação da “seleção jurídica”, de onde vieram os nomes de Celso Bastos, Saulo Ramos, Oscar Dias Correa, Cordeiro Guerra, Antonio Nicácio, Cássio Mesquita Barros, José Eduardo Farias, Washington de Barros Monteiro, Cláudio Lombo, Francisco Rezek, Geraldo Vidigal, Arnold Wald, Alfredo Buzaid, Rubens Approbato Machado, Roberto Rosas, Edevaldo Britto, Agostinho Toffoli Tavaláro e muitos outros que vieram depois, inclusive o próprio relator da Constituinte, senador Bernardo Cabral. Não posso deixar de lembrar a vinda e a presença marcante de Ney Prado no CSD, que muito contribuiu e trabalhou como vice-presidente até o seu falecimento, em junho de 2019.

Apenas a título de curiosidade, uma vez que este texto não é acadêmico, cito aqui passagem interessante e divertida que presenciei numa das primeiras reuniões do CSD, a respeito da então recém-promulgada Constituição Federal. Estavam conversando Dr. Antonio Nicácio e o ministro Cordeiro Guerra sobre as vicissitudes da nova Constituição, quando o ministro, com muito bom humor, a comparou com uma escada: “Nicácio, os constituintes fizeram a Constituição de 1988 como se ela fosse uma escada para pular o muro de Berlim, só que ele caiu. Agora temos uma escada nas mãos, mas não temos onde escorá-la!”. Seguiram-se risos, mas a analogia ainda é válida.

Voltando ao tema proposto, o Sistema S, concisamente, é o nome pelo qual ficou conhecido o conjunto de instituições “privadas”, criadas por lei, a partir da década de 1940. O Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial

(Senai) foi o primeiro, criado em plena Segunda Guerra Mundial, em 1942, pelo Decreto-lei n.º 4.048. O Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial (Senac), o Serviço Social da Indústria (Sesi) e o Serviço Social do Comércio (Sesc) vieram depois, em 1946, após o fim da guerra, delineados pela Carta de Teresópolis⁴, por meio dos Decretos-lei n.º 8.621, n.º 9.403 e n.º 9.853, respectivamente. Senai e Senac foram idealizados pelos empresários com a finalidade de promover a formação profissional, criando mão de obra qualificada para os setores da indústria e do comércio, respectivamente, e o Sesi e o Sesc, para dar assistência social, lazer e cultura aos trabalhadores e suas famílias. Portanto, os empresários conceberam essas instituições e as mantêm até hoje, colaborando com o Poder Público e o desenvolvimento do Brasil.

É importante destacar que, embora tenham sido criadas por ato do Poder Executivo, estas entidades do Sistema S não são “empresas privadas” como muitos pensam. Nasceram por lei porque o governo, à época, encampou a ideia e “emprestou” a compulsoriedade das contribuições aos empresários de Teresópolis, em razão do interesse nacional. Se não houvesse a obrigatoriedade para toda coletividade empresarial a criação das entidades seria inócua, pois não haveria sentido alguns empresários contribuírem enquanto outros não. E o mesmo em relação aos empregados, sendo que, aqueles que mantivessem contrato com empregador contribuinte teriam direito à formação profissional e assistência social; em caso contrário não usufruiriam desses benefícios.

Da mesma forma, outras entidades foram criadas, depois, a partir de 1990: o Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (Sebrae)⁵, o Serviço Nacional de Aprendizagem Rural (Senar), o Serviço Nacional de aprendizagem de Transporte (Senat), o Serviço Social do Transporte (Sest) e o Serviço Nacional de Aprendizagem do Cooperativismo (Sescoop). Cada uma dessas entidades, com natureza jurídica idênticas, possuem atribuições distintas, cada qual com suas peculiaridades no tocante ao setor econômico que representam^{6 7}.

Todas essas entidades citadas não estão adstritas aos princípios constitucionais que regem a Administração Pública. Não estão sujeitas, por exemplo, à contratação de pessoal mediante concurso público, utilizando obrigatoriamente a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), estão dispensadas do dever de licitar, embora tenham procedimentos próprios para contratação com terceiros, dentre outros que lhes concedem a flexibilidade própria do setor privado.

Os objetos e finalidades sociais dessas entidades são inquestionáveis, principalmente das pioneiras. Nada se questiona quanto sua existência e atuação. O aspecto polêmico, todavia, que envolve o Sistema S cinge-se na

compulsoriedade das contribuições incidentes sobre a folha de salários dos empregadores, sua natureza e a confusão que se faz entre dinheiro público e privado, sem mencionar o volume da arrecadação que desperta interesses políticos em vista da escassez do orçamento público em virtude da má gestão governamental.

O Supremo Tribunal Federal já confirmou⁸ (e nem precisava) que os recursos dessas entidades são privados e não integram o orçamento da União. Apenas para esclarecer, são os empresários que pagam, administram e fiscalizam essas entidades, por meio da organização sindical a que pertencem e são vinculadas {por exemplo, da indústria, à Confederação Nacional da Indústria (CNI), do comércio, à Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo (CNC)}.

Os pagamentos das contribuições sociais devidas ao Sistema S são feitos pela guia de recolhimento da Previdência Social, como um valor a mais, além daqueles devidos para a Seguridade Social.

A meu ver, não precisariam estar subordinados ao controle do Tribunal de Contas da União (TCU), ainda que finalístico, como ocorre atualmente e não existia até a década de 1990⁹. Se isso acontece hoje, naturalmente foi por desinformação ou por desvios que deveriam ser julgados apenas pelo Poder Judiciário. A natureza jurídica das contribuições ao Sistema S é a mesma das contribuições sindicais (compulsórias até 2017) as quais nunca foram fiscalizadas pelo TCU por não se tratar de dinheiro público¹⁰. O mesmo ocorre com as contribuições devidas pelos advogados para a Ordem dos Advogados do Brasil e outras entidades de representação profissional.

Comparo o Sistema S a um condomínio pertencente ao setor empresarial, onde cada empresário paga sua cota para ter uma melhoria na qualidade da mão de obra e bem-estar dos seus colaboradores, independentemente da atuação do Estado. Nele existe um síndico, que são as entidades que o administram e um conselho fiscal eleito pelos próprios empresários (condôminos). Cada entidade possui um departamento nacional e conselhos regionais compostos por representantes dos empresários, do governo e hoje, até de trabalhadores. Portanto, verifica-se um controle interno. De qualquer forma, se as entidades cumprirem fiel e efetivamente as suas finalidades, não vejo óbice quanto à subordinação das contas ao TCU em prol da lisura e da transparência, como já ocorre com o dever de publicação na internet dos valores arrecadados e suas demonstrações contábeis¹¹.

Outro fato que pouco se sabe e gera confusão é que a Receita Federal do Brasil apenas arrecada tais contribuições e as repassa para as entidades. Ela cobra por esse serviço 3,5% do valor arrecadado por meio da Guia da Previdência Social (GPS)¹². Essa parte sim é dinheiro público!

Como se pode observar no dia a dia, a questão jurídica e controvertida que gravita em torno do Sistema S não é o desempenho das entidades que o compõe, mas o montante dos recursos que recebem.

Durante os trabalhos da Constituinte houve a tentativa de federalizar o Sistema S, sem sucesso. As entidades sindicais patronais resistiram e defenderam o seu patrimônio, dando origem ao art. 240 da Constituição Federal. Referida regra, rápida e objetiva, recepcionou e reconheceu as entidades do Sistema S (tanto é verdade que outras foram formadas), bem como sua fonte de custeio.

Diz o citado artigo da CF:

ART. 240 – *Ficam ressalvadas do disposto no art. 195 as atuais contribuições compulsórias dos empregadores sobre a folha de salários, destinadas às entidades privadas de serviço social e de formação profissional vinculadas ao sistema sindical.*

Essa disposição constitucional parece complexa, mas não é. Em poucas linhas, de forma clara e didática, reitera e ratifica a natureza jurídica das entidades (privadas), os seus objetos sociais (assistência social e formação profissional), quem as administra (sistema sindical) e quem as mantém (empresariado), além de ratificar a compulsoriedade emprestada aos empresários de Teresópolis.

Ademais, a ressalva feita ao citado art. 195 da CF demonstra também que os empresários, de fato, contribuem duplamente para a Seguridade Social, em relação aos seus empregados. Primeiro, contribuem com o pagamento da contribuição social sobre a folha de salários dos funcionários destinada diretamente à Previdência Social. E, segundo, contribuem com mais um porcentual sobre o total da mesma folha de salários, para as entidades de formação e assistência social, cujos objetivos integram o conjunto de iniciativas destinados ao bem-estar, à assistência social e à formação da classe trabalhadora, como previsto no art. 194 e seu parágrafo único da Lei Maior.

São, assim, contribuições compulsórias, mas não públicas. Podem ter, no máximo, interesse público, mas interesses políticos desvirtuam esse entendimento e induzem o imaginário popular a ver as entidades do Sistema S como repartições públicas. Recentemente, na inauguração de uma unidade do Sesc na Avenida Paulista, um amigo que acompanhava a solenidade e diante da beleza e da organização da nova unidade, admirado, disse-me: *"Isso que é dinheiro público bem aplicado, uma verdadeira prestação de serviços para a sociedade!"*. É assim que a população enxerga, induzida até bem pouco tempo atrás por uma campanha ideológica oposta ao desenvolvimento e crescimento pelo trabalho, que espera tudo do Estado.

Muito mais poderia ser tratado sobre esse tema, mas em razão do espaço deixo minhas considerações para outra oportunidade, destacando apenas um acontecimento decorrente de uma polêmica jurídica gerada por uma federação espúria, criada ao arrepio da lei na década de 1990¹³, que teve combativa e importante participação do CSD no deslinde favorável ao Sesc e ao Senac.

Dizendo-se representante do empresariado prestador de serviços, referida federação tentou criar conceitos diversos para a atividade econômica empresarial, ou seja, empresas de venda de mercadorias e empresas de venda de serviços, argumentando que estas últimas não praticavam atividade comercial (diferentemente do que dizia o quadro de atividades do art. 577 da CLT), não sendo assim contribuintes compulsórios do Sesc e do Senac.

A tese contrária, defendida pelo CSD, por intermédio do seu eminente conselheiro Dr. Roberto Rosas, foi vitoriosa no Superior Tribunal de Justiça¹⁴, onde definitivamente ficou decidido que as empresas prestadoras de serviços estão incluídas entre as que devem recolher contribuição para o SESC e para o Senac, vez que estão enquadradas no plano sindical da CNC, conforme classificação do citado art. 577 da CLT e seu anexo, recepcionados pela Constituição de 1988.

Finalizando, penso que o designio dos empresários reunidos em Teresópolis em 1946 foi realizado. Idealizou-se um projeto para o futuro em favor não só dos empresários, mas de toda a sociedade.

Pelo menos no Estado de São Paulo posso testemunhar que o dinheiro do empresariado paulista é bem aplicado. Além da maciça presença, basta percorrer qualquer unidade do Sesc e do Senac para ver o zelo e o capricho com que são tratados, o que não se vê nas repartições públicas de um modo geral. Isso demonstra que, por enquanto, ainda os empresários administram melhor do que os políticos.

Quem sabe o CSD não possa sugerir aos empresários uma nova Carta de Teresópolis?

1

As transcrições das gravações das reuniões eram publicadas, em encarte, da revista **Problemas Brasileiros**.

2

Havia uma única Assessoria Jurídica para as duas entidades, criada mediante convênio, dirigida pela Dra. Maria Antonietta Machado Antinori.

3

História da Federação do Comércio do Estado de São Paulo – 1938 – 2008.

4

Documento elaborado numa conferência de empresários brasileiros reunidos na cidade de Teresópolis, Rio de Janeiro, em maio de 1945, definindo metas e planejamento de reestruturação da economia brasileira. Foi um “pacto social” onde a classe produtiva se propôs a colaborar com os Poderes Públicos.

5

Antigo órgão público chamando Centro Brasileiro de Apoio à Pequena e Média Empresa (Cebrae) transformado em serviço social autônomo, de direito privado, administrado por várias entidades sindicais de grau superior.

6

Existem outras entidades que foram criadas e estão inseridas no Sistema S, mas que não possuem autonomia plena, a exemplo da Agência de Promoção de Exportações do Brasil (Apex).

7

O enquadramento das empresas no Sistema S continua sendo feito com base num quadro de ramos e atividades empresarias, referido no art. 577 da CLT e que foi recepcionado pela Constituição de 1988, segundo o STF.

8

RE n.º 789.874, dentre outros.

9

Lei n.º 8.443/92.

10

Isso pode ser constatado na exposição de motivos da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), vez que existiam outros procedimentos para prestar contas.

11

Lei n.º 13.080/15, art. 130. Em 10 de maio de 2019 foi publicado o Decreto n.º 9.781, que torna obrigatório as entidades do Sistema S a detalhar suas contas na internet.

12

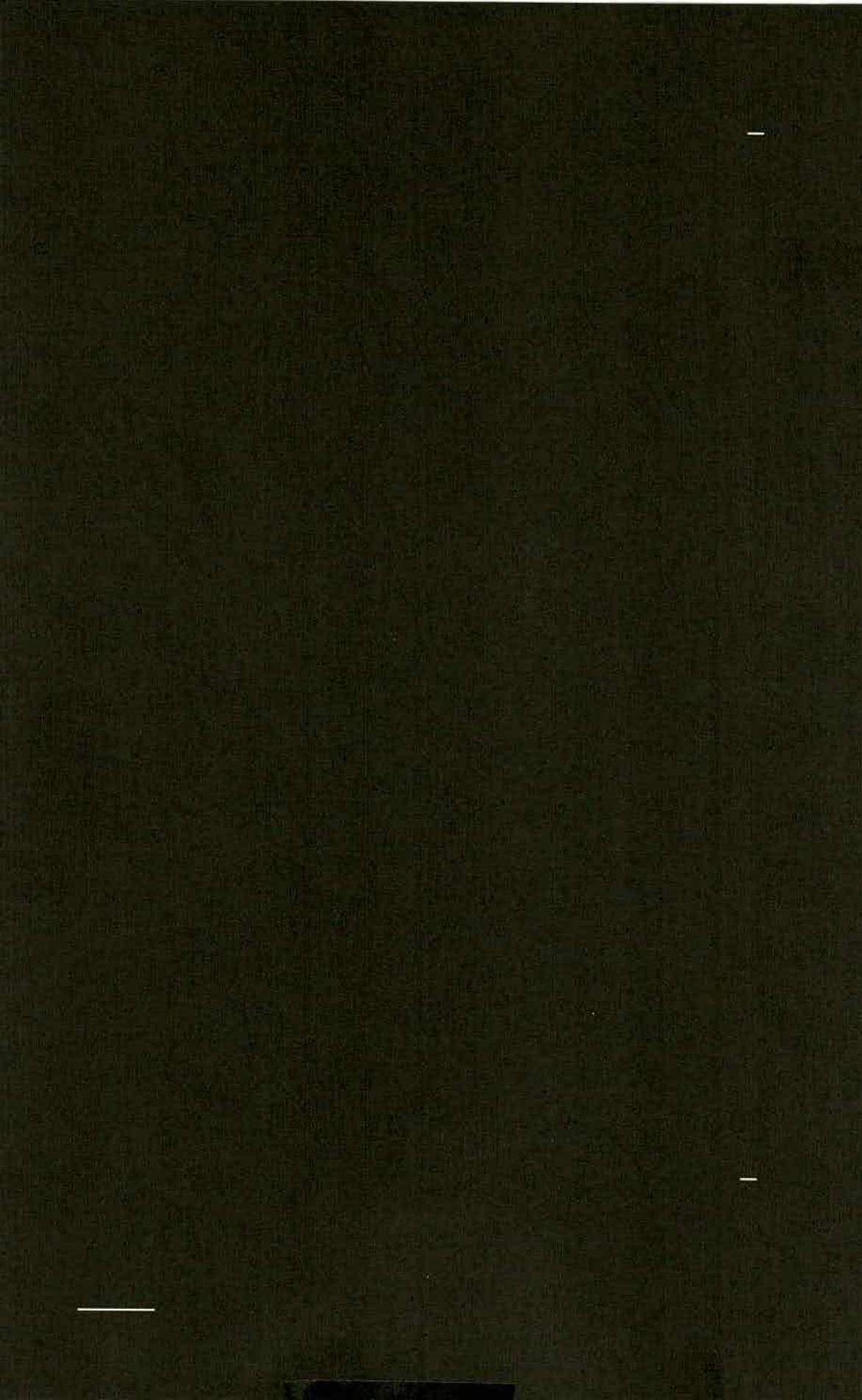
Lei n.º 11.457/07.

13

Essa federação teve os seus atos constitutivos anulados pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo cujo acórdão está na iminência de transitar em julgado.

14

Recurso Especial n.º 431.347, julgado pela 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça.



3

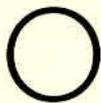
DIREITO
ECONÔMICO

**DIREITO
ECONÔMICO
VISÃO GERAL
DO SISTEMA
CONCORRENCIAL
BRASILEIRO**

FERNANDO PASSOS

Professor titular de Direito Empresarial da Universidade de Araraquara (Uníara), chefe do Departamento de Ciências Jurídicas e coordenador do curso de Direito da Universidade de Araraquara (UNIARA), conselheiro do Conselho Superior de Direito da FecomercioSP, membro da Comissão de Juristas que assessora a Comissão Especial da Câmara dos Deputados constituída para deliberar o projeto do Código Comercial, membro do grupo de análise da CNC, constituído especialmente para analisar o Projeto do Código Comercial, advogado formado pela FDUSP, turma 1985 e Mestre em Direito pela Unesp/Franca.

FERNANDO PASSOS



O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), criado pela Lei n.º 4.137/62, foi transformado em autarquia federal pela Lei n.º 8.884/94. A partir deste fato, podemos afirmar, sem nenhuma dúvida, ter havido verdadeira revolução no sistema concorrencial brasileiro.

De 1985 para os dias atuais, o direito econômico, em especial, o direito da concorrência, foi uma das áreas do direito brasileiro que mais sofreu alterações, reflexos dos avanços e retrocessos que o Brasil teve na área econômica nesses anos (Garbelini Junior, 2016).

Hoje, o Cade, cuja finalidade é estimular a livre-concorrência, punir condutas contrárias à competição e, em diversas situações, garantir a livre-iniciativa é composto, por força de novo diploma legal, a Lei n.º 12.529/11, por três órgãos: (i) Tribunal Administrativo de Defesa Econômica; (ii) “poderosa” Superintendência – Geral e (iii) Departamento de Estudos Econômicos, substituindo o antigo sistema de “3 balcões” que englobava a Secretaria de Direito Econômico (SDE), do Ministério da Fazenda, a Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE), do então Ministério da Fazenda, e o próprio Cade.

O espantoso crescimento do papel do órgão regulador da economia pátria, relacionado com o processo de globalização e com o “desembarque maciço de investimentos no País”, propiciou completa reformulação legislativa relativa ao Cade, materializada na Lei n.º 8.884/94, hoje, Lei n.º 12.529/11 (Passos, 2019).

A importância da Lei n.º 8.884/94 para a consolidação do sistema deve sempre ser estudada, já que além de redefinir o papel do órgão regulador conforme afirmado, lhe garantiu autonomia e distância da influência política do executivo. Ademais, em consonância com as melhores técnicas internacionais, foram ampliados os tipos concorrenciais a serem observados, além de acrescentar novas modalidades, como a exigência de aprovação prévia de atos de concentração, modificada posteriormente, mas que cumpriu relevante papel à época. Assim, como o Cade se encontra hoje, pelo menos em nível legal, comparado com as

grandes agências do mundo moderno, é necessário analisarmos a sua verdadeira extensão na economia brasileira (Passos, 2019)

Não reproduzirei aqui o histórico concorrencial anterior à Lei n.º 8.884/94, pois ações relevantes se mantiveram muito mais no campo das ideias e da própria criação do Conselho em 1962 que já teria sido um marco legal. O pouco interesse pelo direito da concorrência nos anos 1980 é justificado em razão de que o mesmo seria apenas uma ferramenta que os governos tinham para efetuar controle de preços, com base no Decreto-lei n.º 869/38 e na Lei n.º 4.137/62, que criou o Cade, mas não um instrumento para a defesa da livre-iniciativa e da livre-concorrência (Garbelini Junior, 2016).

O efetivo combate às condutas prejudiciais somente após 1994, verdadeiramente, pudemos verificar. Com relação aos atos de concentração e a atuação preventiva do Cade, os avanços são ainda mais recentes, podendo ser notados a partir da consolidação ainda da Lei n.º 8.884/94 e quando a autarquia foi “heroicamente” presidida pelo economista e professor da FGV, Gesner Oliveira, que honrosamente para todos nós, integra a lista de coautores desta festiva obra.

Nestes 30 anos de Conselho Superior de Direito, oportuno relembrar um pouco do ambiente vivido em várias reuniões do nosso Conselho Superior de Direito, à época intitulado Conselho de Estudos Jurídicos da FecomercioSP, sendo a 1ª ainda na discussão do projeto de Lei n.º 3.712/93 realizada em 26 de maio de 1993. Iniciamos a reunião com a indagação: quando é que a concorrência no Brasil passou a merecer a tutela do ordenamento jurídico, pois há bons tempos o tema já trazia preocupações relevantes ao País? (Passos, 2019).

A reunião foi revestida de certa tensão. O grande economista Roberto Campos, inspirador de muitos conselheiros do Conselho Superior de Direito da FecomercioSP, havia publicado substancial artigo em sua coluna dominical no jornal *Folha de S. Paulo* arrasando a Lei n.º 8.884/94, onde analisou, censurando-os, diversos de seus dispositivos legais. Ao final conclamava pela sua não observância ou até mesmo pela completa revogação da lei. Lembro-me bem da referência feita pelo economista: *transformar-se-á o Cade em mais um dos órgãos burocráticos, onde será ocupado por cabides de emprego e criará embaraços às empresas.*

O presidente do Cade, Dr. Rui Coutinho, confidenciou ao final a tensão que antecedia a reunião e o alívio dos resultados obtidos. Além das preocupações externadas com a burocracia a emperrar a vida das empresas, notadamente na análise dos atos de concentração – algo extremamente inovador no Brasil – e da não instrumentalização do órgão pela vida partidária brasiliense, pairavam muitas dúvidas sobre a real extensão dos artigos que dispunham sobre a repressão às condutas anticompetitivas.

Tais disposições, que vieram a se consolidar nos artigos 20 e 21 da Lei n.º 8.884/94, já mereciam execração pública do emblemático economista Roberto Campos, pois a seu ver, em última hipótese, autorizava a adoção de sanções mesmo que as condutas não tivessem sido ao final praticadas e/ou não tivessem as mesmas atingido seus objetivos. Ora, isso seria inaceitável, ponderava. Dizia-se muito à época: *“nos termos desta proposição, os burocratas do Cade poderão punir até mesmo quem sonhou com um cartel ou quem pensou organizá-lo, mas desistiu a tempo”*, assim, por diante. A seguir havia definição de algumas condutas anticompetitivas, ressaltando ser aquele rol meramente exemplificativo, possibilitando, assim a punição de outras condutas caso as mesmas se adequassem à previsão do parágrafo 4º do artigo 173 da Constituição. Ou seja, havendo conduta que pudesse caracterizar abuso do poder econômico, aumento arbitrário de lucros e eliminação da concorrência, mesmo que não descritas na lei, ainda assim, seriam punidas. E eram severas as punições.

Em oportunidade posterior, pessoalmente evidenciei, ao presidir (por generosidade do presidente Gesner) reunião no Cade onde as autoridades do *antitrust* americano mostravam a necessidade de rol não taxativo de condutas para garantir a saudável concorrência, quando demonstraram como chegaram à conclusão, após mais de dois anos de investigação que a Microsoft praticava conduta que falseava a concorrência. A dificuldade é que a conduta praticada era nova, nunca esteve elencada como as previstas nos julgados americanos. E assim deve ser, pois ao já conhecer as práticas proibidas especificamente, o infrator dá-lhes novas roupagens para continuar em seu intento delituoso.

Mesmo nosso presidente, prof. Ives Gandra, e o gigante do direito econômico pátrio, prof. Geraldo Vidigal, demonstraram muito receio destes tipos “abertos”, que poderiam levar a decisões arbitrárias. A preocupação era maior ainda em virtude da previsão das decisões do Cade não mais comportarem revisão no seio do Executivo. Somente o Judiciário poderia enfim, barrar algo supostamente autoritário ou desprovido do enquadramento jurídico necessário à eventual sanção. Prof. Celso Bastos se preocupava de maneira especial sobre a necessidade das três condições dispostas no parágrafo 4º do artigo 173. Todas elas precisariam ocorrer simultaneamente? Era, enfim, tudo confuso para o direito tradicional brasileiro.

Prof. Ives Gandra, em 2003 procura bem esclarecer a questão, afirmando que: *“Alguns autores identificam apenas duas formas de abuso na dicção constitucional, a saber: eliminação da concorrência e o aumento arbitrário de lucros, ambos terminando por gerar a dominação de mercados”* (Martins, 2003).

Completo o autor “*Vejo três formas, na medida em que o constituinte não colocou as duas últimas enunciações como explicitações do gênero dominação, mas no mesmo nível, de tal maneira que qualquer forma de dominação, mesmo que não provocadas por técnicas de dumping, pode ser considerada processo tendente a gerar abuso do poder econômico*” (Martins, 2003).

Uma vez mais, a razão foi se encaminhando no reconhecimento da interpretação do nosso presidente, Prof. Ives Gandra. A expressão *dumping* (passou a ser utilizada para transações entre Estados) também foi substituída por “preço predatório” ou *underseling* (mercado interno), não desfigurando porém a interpretação exposta por nosso ilustre presidente.

Como disse, tensão impregnava o ambiente da mencionada reunião do Conselho Superior de Direito da FecomercioSP, já que o resultado daquele encontro poderia ser o verdadeiro massacre ao projeto de lei ou o fim do mesmo. Uma nota do Conselho em nome do empresário se posicionando terminantemente contrário à ideia em gestação no parlamento (projeto de Lei n.º 3.712/93), tendo como signatários os grandes juristas que, em alguns aspectos, poderiam até mesmo apontar inconstitucionalidades, o que seria nefasto ao novo direito concorrencial que nascia no País. O momento era decisivo e muito influenciaria as sociedades jurídica e empresarial, que muitas vezes era até mesmo estimulado (anteriormente à abertura econômica de 1990) pelo próprio governo por meio do Conselho Interministerial de Preços (CIP) a adotar práticas que a nova lei considerava ilegais.

Recordo-me ainda do prof. Antonio Carlos Rodrigues do Amaral, honrosamente também coautor da presente obra e combativo advogado, haver delineado as balises do *antitrust* internacional justamente baseado nos “tipos abertos” para a qualificação das condutas. O que bem aprendi dessas lições é que em direito econômico “os tipos descritos”, quando enunciada a “ressalva”, serão sempre tipos meramente exemplificativos. O importante é observar na prática se a conduta havida mesmo que não especificada no texto legal configura-se infrativa à ordem econômica conforme as hipóteses de incidência previstas na lei ou no texto constitucional, como dominação de mercado, eliminação da concorrência e aumento arbitrário de lucros. Foi o que prevaleceu. Mas as contundentes ressalvas feitas pelos ilustres juristas, que compunham o Conselho Superior de Direito da FecomercioSP, certamente auxiliaram a constituir algo muito identificado na atuação do Cade diante do novo direito que surgia, pelo menos no Brasil: a prudência.

Nunca esquecerei nosso presidente, prof. Ives Gandra, a respaldar as ações pretendidas pelo Cade desde que os senhores conselheiros fizessem observar tais princípios essenciais à nova ordem econômica pretendida para o País. A inexperiência de jovens autoridades da concorrência em administração

de qualquer empresa não poderia tornar as decisões do Cade burocráticas e desprovidas do sentido prático da ação empresarial. Honestamente penso que foi o que realmente prevaleceu, ou seja, a observância dos princípios ensejados da livre-iniciativa e livre-concorrência com bases no texto constitucional.

Assim, a temida reunião, onde os “discípulos” ou “admiradores” de Roberto Campos fariam destruir as bases do projeto de lei transformado na Lei n.º 8.884/94, terminou com certo teor de confiança para que a prudência pudesse prevalecer nas decisões tão relevantes e complexas pelas quais se defrontaria a autoridade da concorrência no Brasil. Penso que foi exatamente o que ocorreu, tendo sido muito observado que o Cade neste princípio aplicava penas mínimas e apenas contra as empresas. Somente com o passar do tempo que elas foram aumentando e também alcançando administradores e colaboradores envolvidos.

Nesses tempos, poucas decisões foram anuladas pelo Poder Judiciário, exceto por motivos processuais, outras muito poucas estão em discussão, embora haja que prevalecer sempre o sagrado direito ao devido processo legal. A esmagadora maioria das decisões do Cade sequer foi questionada.

Teria havido, fruto da inexperiência pátria ou mesmo diante dos desafios do novo direito que surgia que as infrações fossem positivas nos casos de conduta e por isso não tenham sido questionadas? Há que se refletir. Arrisco responder negativamente. Infrações positivas significam, em síntese, as ocasiões que o infrator recebe penalidades muito inferiores aos benefícios alcançados com o ato infrativo. Assim, quando da sua ocorrência não haverá recursos da decisão, pois ainda que tenha havido penalidades, o objeto advindo da infração tenha sido muito superior das externalidades negativas que a penalidade possa ter causado.

É certo que podemos notar na evolução dos julgamentos do Cade certa elevação nos percentuais financeiros das penalidades. Isso não quer significar que as decisões anteriores tenham sido brandas. Ademais, havia à época um caráter muito educativo/preventivo da ação do Cade e principalmente da Secretaria de Direito Econômico. Educar sobre o novo direito em caráter preventivo chegou, em certo momento, a ser tão importante quanto punir. O período, então, a meu ver, assistiu à consolidação de novos patamares legais até então desconhecidos e que fizeram consolidar a moderna jurisprudência sobre o tema em nosso País. Nunca esqueceremos os emblemáticos casos Kolynos/Colgate ou Ambev, por exemplo, já em análise preventiva de atos de concentração, bem como a punição exemplar de diversas condutas tipificadas como cartéis ou venda casada a falsear a concorrência.

O Conselho Superior de Direito da FecomercioSP examinou ainda os aspectos polêmicos da lei em pelo menos duas ocasiões, a saber: meados de agos-

to de 1994 e em 13 de março de 1996, produzindo documentos importantes com ideias e apontamentos que viriam, em parte, a ser incorporados na jurisprudência do Cade. Após contextualizar o *admir* da Lei n.º 8.884/94, que vivi intensamente, passo a analisar os reflexos da nova Lei n.º 12.529/11, responsável pela reestruturação do SBDC, que refletiu em significativas mudanças para a política de defesa da concorrência no Brasil. Honestidade intelectual faz com que confesse haver debatido exaustivamente e defendido a sua não adoção em dois básicos aspectos, a saber (i) alteração da análise dos atos de concentração, que deveriam agora ser adotada *a priori*, ou seja, as empresas estariam proibidas de praticar qualquer ato de concentração sem a análise prévia do Cade e (ii) os superpoderes conferidos à Superintendência Geral. Com minha experiência, imaginei que haveria um “estoque de ações” a ser transferido no aguardo de decisões administrativas, o que é inadequado para a celeridade essencial da vida das empresas. Já os superpoderes de um órgão com decisão monocrática, sempre me assustam de forma geral.

Isso porque com a nova lei, o Cade passou a ter a responsabilidade de instruir os processos administrativos de apuração de infrações à ordem econômica, assim como os processos de análise de atos de concentração, competências que antes eram da SDE e da Seae. De acordo com o histórico recente do Cade, as principais alterações – como a exigência de submissão prévia ao Cade de fusões e aquisições de empresas – que possam ter efeitos anticompetitivos e que pela legislação anterior, podiam ser comunicadas ao Cade depois de serem consumadas, na visão geral, trouxeram mais segurança jurídica às empresas e maior agilidade à análise dos atos de concentração, sendo que o Cade passou a ter prazo máximo de 240 dias para analisar as fusões, prorrogáveis por mais 90 dias em caso de operações complexas. A nova lei também alterou o valor mínimo das multas a serem aplicadas às empresas nos casos de condutas anticompetitivas. A nova sistemática aumentou a capacidade do conselho de estabelecer, a partir de critérios claros, penalidades adequadas e proporcionais para a efetivação da política de combate a condutas anticompetitivas (Assessoria da Comunicação Social – Cade, 2016).

Neste aspecto processos importantes passaram a ter relevância ainda maior para a ordem econômica. Vale ressaltar um dos mais recentes julgados do Cade, de 08 de julho de 2019, que propiciou a condenação de 11 empresas por formação do cartel de trens e metrô e a condenação de 42 pessoas físicas por formação de cartel em licitações públicas de trens e metrô. Além da condenação das empresas, que configuram a instauração do processo, o relator do Cade sugere a aplicação da multa equivalente a R\$ 535,6 milhões de reais para 11 companhias, sendo estabelecido que os valores referentes à multa imposta mudarão de acordo com as empresas, já para as pessoas físicas, as multas chegam até R\$ 19,5 milhões.

A investigação realizada pelo Cade, no ano de 2013 apontava que empresas organizaram o cartel a partir de encontros, com o objetivo de dividir o mercado, fixar preços, ajustar condições, obter vantagens em forma da participação das empresas nas licitações. Claro que tudo isso é muito recente, a decisão não transitou em julgado. Mas assim tem caminhado o Cade.

O anuário do Cade de 2018 demonstra o gigantismo assumido pelo órgão em virtude do arcabouço legal já referido e consolidado no Estado democrático de direito onde vivemos. Neste ano, foram submetidos à apreciação 405 casos. No mesmo período, 404 foram julgados, tendo havido 384 operações sido aprovadas sem restrições. Reprovação absoluta, somente um caso. O mais importante: 83% dos casos foram decididos por prazo médio de 13 dias. Isso em virtude do procedimento sumário instituído pela lei para evitar o que eu denunciava como “estoque de ações a serem transferidas aguardando decisões administrativas”. Na prática, o procedimento sumário impediu meu temor. Também para evitar fraudes, o Cade tem se aprimorado. Instituiu o *Manual interno para análise de APACs [apuração de ato de concentração econômico obrigatório, conhecida como gun jumping]*. Estimula até o disque denúncia para quem não comunica o Cade desta obrigatoriedade.

Já nas condutas anticompetitivas, 74 casos foram submetidos à apreciação do órgão. Foram 25 julgados, pois nestes casos a dilação probatória é muito maior. Foram aplicados 627,2 milhões em multas. E o mais importante: 73,5% dos questionamentos judiciais tiveram as decisões confirmadas. Entre multas e acordos firmados em TCC, chegamos somente em 2018 ao relevante valor de quase 2 bilhões de reais, sendo R\$ 637.262.655,00 a título de multas e R\$ 1.327.702.540,00 a título de acordos firmados. Nota-se grande evolução, pois em 2015 ambas rubricas somavam mais de oitocentos e cinquenta milhões. Em 2017, quase um bilhão de reais.

Isso representa algo a comemorar? Estaria o Cade se transformando em órgão arrecador? Sim e não. Comemorar, pois o *antitrust* brasileiro é uma realidade e quanto mais aplicado, mais punições a infratores e benefício à sociedade. Não, pois o Cade jamais será órgão arrecador de tributos ao erário disfarçado de multas ou acordos firmados. Jamais isso estará no centro das decisões. E se um dia assim se portar, o Cade terá suas decisões anuladas diferentemente, muito diferentemente do que ocorre hoje em sua grande maioria, tanto que o Cade foi eleito pela quarta vez a melhor agência *antitrust* das Américas. Vale lembrar, que pela décima vez, se manteve entre as melhores agências de *antitrust* do mundo.

Relevante mostrar que, até o atual momento, os números gerais no ano de 2019 somam o total de 381 processos julgados, 219 atos de concentração, 23 processos administrativos, 13 requerimentos do TCC e, com 126 entre

outros procedimentos, totalizando o montante de R\$ 781.669.920,12 em multas aplicadas e com Contribuições Pecuniárias no total de R\$ 134.032.887,36 (excluída condenação do cartel dos trens e metrô descrito anteriormente).

Para reproduzir os números acima relatados, o Cade conta com uma equipe exclusiva, técnica e profissional, tendo blindado-se de nomeações políticas e minimizando o risco de captura pelo governo e pelo mercado, com número de servidores considerado baixo [*baixo demais, segundo atestado pelo relatório da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) sobre a agência*] quando comparado ao de seus pares ao redor do mundo e acrescenta que julgar centenas de atos de concentração, com prazo médio de 30 dias de análise, – um dos menores prazos do mundo – é assegurar celeridade (Lamberti, 2019).

Assim, o Cade tem usado o mecanismo de “silêncio positivo”. Enquanto que no setor público as delongas e atrasos são comuns, o Cade, no seu regimento interno, assevera que o descumprimento de certos prazos implica a aprovação tácita do ato de concentração. O Cade é provavelmente um dos pioneiros na digitalização do setor público, por meio do projeto Cérebro – um instrumento de *data mining*, isto é, coleta e análise de grandes volumes de dados à procura de padrões consistentes. Portanto, o Cade tem usado o Cérebro para averiguar o comportamento de preços em casos de cartel e para identificar potenciais casos de conduta unilateral (Lamberti, 2019).

Assim, tenho muita tranquilidade em afirmar que o marco legal em defesa da concorrência iniciado em 1994 propiciou ao País modernos instrumentos tanto para investigação de práticas anticompetitivas como competentes instrumentos de análise para atos de concentração. Defender a concorrência por todos os meios é a forma mais saudável de propiciar bem-estar econômico a todos os cidadãos. E o Cade tem sido o principal “fiador” deste processo.

A excelência da agência foi atestada pela OCDE em relatório: “o Cade é considerado uma das entidades públicas mais eficientes no Brasil e seu posicionamento como uma das principais autoridades de concorrência, tanto regionalmente quanto em nível global, reforça a perspectiva nacional de que se trata de uma autoridade pública modelo” (Lamberti, 2019).

Portanto, o Cade tem tratado o *dinheiro do contribuinte* com o devido *rigor e parcimônia*. Agindo assim, o Cade, que é uma ilha de excelência no setor público, e, como tal, deve ser um modelo para as agências reguladoras, tem impactado positivamente o mercado e a vida de consumidores brasileiros – que é, em última instância, a métrica pela qual se mede a efetividade de uma autoridade concorrencial (Lamberti, 2019).

BIBLIOGRAFIA

CADE - Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Anuário CADE 2018*. Brasília, 2018. Consultado em 05 de julho de 2019. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/anuario-2018.pdf/view>.

_____. *Relatório de gestão 2018*. Brasília, 2018. Consultado em 05 de julho de 2019. Disponível em: http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/auditorias-1/auditorias-anejos/2018/relatorio-de-gestao/relatorio-de-gestao_2018.pdf/view

GARBELINI JUNIOR, Antônio. A evolução do direito da concorrência no Brasil. In FATTORI, Sara Corrêa. *Arcadas: 30 anos da turma de 85*. São Paulo: Max Limonad, 2016.

LAMBERTI, Lúcia. Ilha de excelência no setor público, Cade deve ser modelo para agências reguladoras. in revista *Consultor Jurídico*, 15 de maio de 2019. Consultado em 02 de julho de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mai-15/lucia-lamberti-cade-modelo-agencias-reguladoras>

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Direito à Concorrência. In COSTA, Marcos da; MENEZES, Paulo Lucena; MARTINS e Rogério Gandra da Silva. *Direito concorrencial: aspectos jurídicos e econômicos*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2012.

OLIVEIRA, Gesner e RODAS, João Grandido. *Direito e economia da concorrência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PASSOS, Fernando. *Atos de concentração – análise prévia*. In ZANOTTA, Pedro e BRANCHER, Paulo. *Desafios atuais do direito da concorrência*. São Paulo: Singular, 2008.

_____. O regime jurídico da livre concorrência adotado pela Constituição Federal do Brasil. In LAMACHIA, Claudio; CERZETTI, Sheila C. Neder e COSTA NETO, Gustavo Ramiro. *Estudos de direito empresarial*. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2019.

— A LIBERDADE
ECONÔMICA NA
CONSTITUIÇÃO
FEDERAL DE 1988
E NO MERCADO DE
CAPITAIS

ARNOLDO WALD

—
Advogado. Professor Catedrático de Direito Civil na Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Doutor *honoris causa* da Universidade Panthéon-Assas (Paris II).

ARNOLDO WALD

—

“O Brasil tem jeito, sim. Mas ele passa pela substituição do totalitarismo econômico, a que estamos submetidos, por uma economia de mercado livre e maximamente produtiva.”

**Roberto Campos. *Digesto Econômico*,
n.º 370, pág. 41, jan./fev. 1995.**

A

A partir da Constituição de 1988, e especialmente, com a promulgação do Código Civil de 2002 e a edição da Medida Provisória n.º 881/2019, convertida na Lei nº 13.874, de 30 de abril de 2019, a empresa passou a representar, no plano jurídico, um elemento básico para a compreensão do mundo contemporâneo.

Do mesmo modo que, no passado, tivemos a família patriarcal, a paróquia, o município, as corporações profissionais, que caracterizaram um determinado tipo de sociedade, a empresa é, hoje, a célula fundamental da economia de mercado.

Já se disse, aliás, que a criação da empresa moderna representa, na história da humanidade, uma mudança de civilização tão importante não só quantitativa, mas qualitativa, quando comparada ao artesanato ou às pequenas sociedades familiares do passado. A nova dimensão das multinacionais, das empresas públicas e das sociedades de economia mista importou criar uma nova unidade no sistema político, econômico e social. Trata-se de entidades que, pelo seu tamanho, pelo seu faturamento e pela diversificação de suas atividades, atingiram e chegaram, em alguns casos, a ultrapassar a importância dos próprios Estados soberanos, como bem salientou o jornalista Anthony Sampson¹, ao analisar as dimensões da ITT.

Como sujeito de direito, a empresa tem direitos e obrigações e é em relação a eles que encontraremos os chamados interesses societários e extrassocietários.

Antes de analisarmos esses diversos aspectos, parece-nos importante salientar que há, na sociedade anônima, considerada como a forma normal e natural da grande empresa moderna, vários elementos que têm situações próprias e que concebem a empresa de acordo com as funções que nela exercem.

Assim, para o empresário, ela constitui o ponto de encontro de um capital afetado por uma ou várias pessoas, para realizar um objetivo econômico determinado, em relação ao qual ele assume a inteira responsabilidade da gestão.

Para os empregados, a empresa é uma entidade cuja finalidade básica consiste em assegurar-lhe o pagamento do salário. A remuneração que lhe é paga independe, em tese, do lucro da empresa, mas existe um incontestável interesse seu em que a sociedade possa prosseguir com a sua atividade – o que pressupõe uma adequada rentabilidade – sob pena de ameaçar a segurança do emprego e o próprio futuro do assalariado.

Os acionistas minoritários e os debenturistas pretendem receber uma adequada remuneração pelo capital investido. Os consumidores estão interessados na qualidade e na durabilidade do produto fabricado ou distribuído. O Fisco pretende receber os seus impostos. O acionista controlador pode ter interesses total ou parcialmente coincidentes com os dos minoritários. Finalmente o Estado faz prevalecer a função social da empresa, procurando examinar e, eventualmente, influenciar a atuação da empresa de acordo com a macroeconomia.

Na realidade, existem conflitos na empresa pela diferença de concepção das mesmas situações pelos diversos participantes. Assim, por exemplo, o salário representa, para o empregador, um custo que, em tese, deve ser reduzido ao mínimo possível, para garantir a maior rentabilidade, enquanto, para o empregado, constitui um nível de vida que deve ser mantido e aumentado, para permitir a plena realização da sua personalidade e o desenvolvimento de sua família. O mesmo tipo de conflito surge entre o empresário e os acionistas preferenciais e minoritários. Muitas vezes, o empresário quer utilizar os lucros para reinvestir e melhorar os seus equipamentos, enquanto os acionistas se interessam mais diretamente pelo recebimento dos dividendos.

Essa aparente torre de Babel faz que, no direito contemporâneo, já se considere a obtenção do lucro como não sendo necessariamente o objetivo único da sociedade, embora constitua fator indispensável para garantir o seu autofinanciamento e a sua independência. Neste sentido, é possível

afirmar que, além do seu objetivo de lucro, a sociedade anônima atende aos interesses gerais da comunidade, mantendo e criando empregos, utilizando e desenvolvendo a poupança, satisfazendo as necessidades dos consumidores. Todos os interesses em conflito encontram soluções ou tentativas de soluções na legislação, cabendo ao direito conciliar as aspirações divergentes e criar uma técnica de composição dos interesses que entram em conflito na sociedade anônima. Do mesmo modo que a propriedade, a empresa exerce uma função social, aplicando-se-lhe o disposto nos arts. 170, 172 e 173 da Constituição de 1988.

Ora, toda essa conceituação é relativamente nova. De fato, um jurista contemporâneo, como George Ripert, chegou a afirmar que o direito civil não conhecia a empresa e só conhecia o proprietário. E, por outro lado, Bloch Lainé esclarece, na sua obra já hoje clássica, sobre a reforma da empresa, que a verdade empresarial não mais se encontra exclusivamente nos estatutos da companhia. Assim a realidade econômica, que é a empresa, e sua forma mais comum, que é a sociedade anônima, constituem situações que basicamente ultrapassaram os quadros e as molduras do direito clássico, para exigir novas formulações, que encontramos, muitas vezes, ainda em forma incipiente, no direito brasileiro.

Podemos, assim, reconhecer que, entre as várias transformações básicas, que está sofrendo a empresa contemporânea a partir da Constituição, destacam-se as seguintes:

- a. a sua plena integração na economia internacional, com acordos como o que afirmamos recentemente com a União Europeia;
- b. a substituição da empresa isolada pelo grupo empresarial, pelo conjunto de sociedades que se unem em decorrência do controle ou pela coligação, sem prejuízo de alianças de grupos, mediante joint ventures, que, muitas vezes, unem até, para fins específicos, os concorrentes, que se consorciam para melhor atender aos interesses dos seus clientes ou alcançar as dimensões necessárias para a realização de grandes empreendimentos;
- c. a reformulação do controle das empresas, com a presença de mecanismos de conciliação dos conflitos entre majoritários e minoritários e a maior proteção dada a estes últimos, com a sua efetiva representação nos conselhos;
- d. a presença e a responsabilidade, cada vez maior de consultores, auditores e advogados, a fim de garantir não só a evolução formal da empresa, mas a sua melhor performance;

- e. a terceirização crescente de certas atividades secundárias;
- f. uma tendência para, em certos casos, substituir a abertura ampla do capital pelo controle partilhado ou até pulverizado;
- g. a evolução de comando autoritário para o que se denominou a lógica da responsabilidade difusa, baseada na delegação e no consenso. Enquanto, no passado, um pequeno número de pessoas sabia, pensava e decidia, e a maioria se limitava a executar as ordens, está havendo, agora, uma inversão dessas proporções, com maior autonomia e responsabilidade de todos, desenvolvendo-se competências próprias e estabelecendo-se uma verdadeira cultura empresarial, ou seja, uma escala de valores comum para todos os integrantes das equipes;
- h. a mais ampla responsabilidade da empresa pelos seus atos e dos seus órgãos e prepostos.

Na realidade, a empresa não mais se rege exclusivamente pelo Direito Societário e pelo Direito do Trabalho, mas está a merecer um direito próprio, o *direito empresarial*, com elementos dos anteriormente citados, mas ainda abrangendo o *direito da concorrência*, o *direito do mercado de capitais*, o *direito da engenharia financeira* e quem sabe um verdadeiro *direito da parceria*. Este direito repercutiu na elaboração da Constituição de 1988 para que tivéssemos no Brasil o Estado moderno, que se confunde com o Estado modesto e eficiente.

A regulação no Direito Societário se caracteriza pela estruturação da governança corporativa, com a separação entre a direção e o Conselho de Administração, que deve ser independente, em parte ou em sua totalidade; a criação de comitês especializados, de acordo com as necessidades e a atividade da companhia; e uma representação ativa dos sócios minoritários e dos acionistas preferenciais e, se for o caso, a criação dos comitês empresariais.

Mas por mais importante que seja a composição dos órgãos sociais e de suas relações, é preciso lembrar que são instrumentos para permitir e garantir um novo espírito da sociedade comercial, que é um espírito de liberdade.

Trata-se de humanizar a estrutura da empresa e de conciliar a liberdade de iniciativa, ou seja, a liberdade de empreender, com a liberdade de participar e o espírito de parceria. É este último que deve permitir a escolha adequada dos diretores e administradores da sociedade, e define tanto sua responsabilidade em relação aos stakeholders, incluindo os consumidores e usuários, quanto a distribuição equilibrada dos resultados obtidos, considerando as necessidades de investimento e reservas para o futuro.

O comercialista americano Adolf Berle Jr. e o filósofo francês Henri Bergson concordam em fazer da empresa uma "sociedade aberta", na qual o comandante ou o chefe não tem apenas uma função técnica e burocrática, mas uma verdadeira missão social, um poder-dever do qual decorrem responsabilidades econômicas, sociais e políticas².

Essa nova mentalidade, que o século 21 e a Constituição exigem do empresário, do acionista principal de uma sociedade e de todos os seus dirigentes, cria, para eles, uma obrigação quanto ao futuro da empresa, não permitindo que eles sejam nem predadores, nem puros especuladores, como bem ressaltou o professor Claude Champaud³. Sua liberdade é condicionada à finalidade da sociedade. Sua função consiste em construir e não em destruir. Eles devem construir pontes sólidas e eficientes com seus diferentes parceiros, e não muralhas entre eles. Eles têm o dever de criar riqueza e empregos, na medida do possível, sendo os catalisadores da prosperidade e da segurança no meio social em que vivem.

A Terceira Revolução Industrial criou, para o mundo, uma nova consciência⁴, que concilia as diversas liberdades e garante a harmonia entre os diferentes poderes e interesses. É o que os principais acionistas e administradores devem assegurar. Se eles sufocarem a sociedade, nós teremos "uma ciência que, sem consciência, significa a ruína da alma, pois o homem não adquire nada de definitivo e as civilizações são mortais"⁵.

Se atravessamos uma crise, é preciso reconhecer que a globalização e as novas tecnologias são elementos criadores de uma nova civilização, e que o direito deve acompanhar a economia. Trata-se de valorizar a parceria, que significa a cooperação constante e progressiva entre as partes, em todas as áreas. A concorrência se completa, assim, pela colaboração entre os grupos, nos diversos campos de atividade e nos diversos países. A luta de classes, que se tornou obsoleta, é ultrapassada pelo diálogo construtivo entre os membros de uma mesma rede ou mesmo entre aqueles que pertencem a redes distintas.

Por outro lado, o direito de propriedade, complementado ou, conforme o caso, substituído pelo direito de acesso, pressupõe uma maior comunicação, entre as partes, uma completa transparência e, até mesmo, uma comunhão de interesses entre o titular do direito e o usuário do bem⁶. É, portanto, a conciliação da liberdade e da regulação, que está no espírito da Constituição de 1988, que assegura a função econômica das instituições jurídicas, atribuindo-lhes, também, uma função social.

No momento em que se cogita das reformas necessárias ou úteis para permitir o desenvolvimento da nossa economia, combater o desemprego e assegurar as estabilidades monetária e fiscal, não se pode esquecer a importância do mercado de capitais.

Em todos os países têm sido uma alavanca do progresso, permitindo o fortalecimento e a democratização das empresas às quais assegura novas fontes de financiamento e ensejando verdadeiras parcerias entre os diversos participantes do capital da empresa e os demais interessados no seu bom funcionamento, empregados, fornecedores, etc.

No Brasil, podemos dizer que nos últimos anos tem sido esquecido pelo legislador não obstante algumas reformas importantes, mas pontuais da legislação societária, da regulamentação e de progressos relevantes da governança corporativa. Basta recordar a involução que o mercado de capitais teve nas últimas décadas e as perspectivas que poderia oferecer se houvesse a sua revisão, que se enquadra perfeitamente na atual política do governo de liberalização das economias com regulamentação adequada, aproveitando-se o restabelecimento da credibilidade e da confiança na atuação do Estado.

Em relação ao passado, bastaria reconhecer com a Associação de Investidores no Mercado de Capitais (AMEC) que o nosso mercado de capitais, que já representou 25% do índice dos mercados emergentes, chegou recentemente a não corresponder à metade, ou a cerca de um terço do mesmo. Para alguns estudos de bancos, corremos o risco de continuar numa relativa involução para não ultrapassar, em 2030, mais do que 4%, com uma perda de relevância de cerca de 90% em quase 40 anos. Mesmo se os percentuais citados já não correspondem hoje a valores atualizados, com a recente subida da Bolsa, é evidente que não progredimos e que se justifica a imediata tomada de providências ou ao menos um estudo da matéria mediante uma parceria entre o governo e o setor privado, para evitar e combater as fraudes e irregularidades ocorridas nos últimos anos e revelados nos escândalos da Lava Jato e outros.

Atribui-se a nossa involução tanto a políticas macroeconômicas e à instabilidade política como à complacência ou ao menos a inércia de alguns dos participantes do mercado.

Por outro lado, reconhece-se que durante o mesmo período, vários países puderam desenvolver o seu mercado de capitais, citando-se, entre outros, o Chile, a Austrália e a Malásia. Estudos especializados consideram que o fortalecimento do mercado de capitais poderia ensejar, nos próximos cinco anos, mais de 1,5 milhão de empregos além de importante aumento de investimentos, soluções para vários problemas da nossa infraestrutura, expansão do PIB e reflexos na arrecadação.

A discussão a respeito da revisão a ser feita não passou despercebida à opinião pública nem aos meios jurídicos e econômicos. A Lei da Liberdade Econômica, nº 13.874/19 pretende ampliar a liberdade econômica e reduzir o campo da regulamentação. Está em curso de aprovação o Projeto de Código

Comercial, do qual foi excluída a regulamentação das sociedades anônimas, por motivos de conveniência existentes no passado, mas que, já agora, não mais se justificam, especialmente por se cogitar de uma revisão e não das elaborações de um novo texto. A Lei n.º 6.404 é um diploma excelente que precisa ser atualizado, pois mesmo sendo um diploma prospectivo, não imaginou a evolução empresarial que ocorreu no Brasil. Por outro lado, discute-se o regime legal da responsabilidade da empresa pela divulgação de informações falsas ou pela omissão das verdadeiras. O problema da obrigatoriedade do dividendo mínimo também tem sido objeto de polêmicas ou ao menos de sérias divergências de autoridades na matéria, acresce que com a negociação de grande parte das ações brasileiras na bolsa de Nova Iorque, parece justificar-se a adoção do mesmo regime legal para o direito de acionistas titulares de ações idênticas, conforme o lugar em que foram adquiridas, pois tal fato não deve influir nos respectivos direitos.

Finalmente, com as situações que se criaram em certos casos, voltando a ser discutido o princípio *one share, one vote* e permitindo que certas ações possam ter direito a dois ou mais votos. As legislações dos diversos países variam na matéria, desde a permissividade ampla, que temos nos Estados Unidos e que tem sido usada em diversas grandes empresas até a proibição completa de atribuição de mais de um voto a cada ação, que consta no direito alemão. Pensamos que não se trata de matéria dogmática, mas que o legislador, as Bolsas, as empresas e os investidores podem encontrar soluções flexíveis e adequadas para os seus interesses nem cada momento histórico, de acordo com a evolução econômica e as necessidades e as possibilidades do mercado.

Existem assim soluções intermediárias como as da legislação francesa, que, aliás, tem evoluído no tempo. Permitiu inicialmente que os estatutos concedessem um direito de voto duplo a acionistas que tivessem adquirido as suas ações há mais de dois anos. Mais recentemente, em 2014, determinou o legislador para as sociedades de capital aberto que, no silêncio dos estatutos, se atribuisse o direito de voto duplo aos acionistas que tivessem participado da sociedade há mais de dois anos, permitindo, todavia, que a sociedade não lhes reconhecesse esse direito. A doutrina francesa justifica essa legislação, chamada *Loi Florange*, como instituindo um prêmio de fidelidade, assegurando também uma maior permanência dos acionistas na empresa e podendo ser útil para manter o equilíbrio entre os interesses do Estado e dos acionistas privados nas sociedades de economia mista.

No Brasil, a possibilidade de se atribuir um voto duplo poderia ser um meio de defesa da continuidade do controle contra operações de tomada de controle, que nem sempre se revestem de todos os requisitos éticos, e tam-

bém daria a possibilidade de privatizações parciais, mantendo o poder público numa situação relativamente privilegiada, mas não sendo o privilégio exclusivo do Estado, beneficiando também os particulares que estivessem participando da sociedade por um tempo maior.

Essas considerações nos parecerem oportunas para comemorar os 30 anos da Constituição, assim como os 30 anos do Conselho Superior de Direito da FecomercioSP e para abrir o debate no momento em que novos investimentos ingressam no nosso mercado de capitais e em que a privatização retoma um ritmo acelerado, além de haver uma maior expectativa de entrada no País de empresas estrangeiras que se preocupam com a proteção dos minoritários e a responsabilidade empresarial.

1

SAMPSON, Anthony. *The sovereign state of ITT*. Greenwich: Fawcett Publications, 1974.

2

BERLE JR., Adolf ; MEANS, Gardiner C. *The modern corporation and private property*. New York: Macmillan, 1932, e, no que tange à "sociedade aberta", BERGSON, Henri. *Les deux sources de la morale et de la religion*, Paris: Presses Universitaires de France, 1948.

3

CHAMPAUD, Claude. « Leçon terminale », In: *Le Droit de l'Entreprise dans ses Relations Externes à la fin du XXe Siècle*, Mélanges en l'Honneur de Claude Champaud. Paris: Dalloz, 1997, p. XXIV-XXVII.

4

RIFKIN, Jeremy. *A terceira revolução industrial*. São Paulo: M.Books do Brasil, 2012.

5

Apud CHAMPAUD, Claude, *Leçon terminale*, op. cit., p. XXVII.

6

WADDOCK, Sandra; RASCHE, Andreas. *Building the responsible enterprises*. Stanford: Stanford University Press, 2012, pág. 3 e seguintes.

— O CÓDIGO DE
DEFESA DO
CONSUMIDOR E OS
NOVOS DESAFIOS

MARCOS DA COSTA E PAULO LUCENA DE MENEZES

—

Marcos da Costa - Advogado. Ex-Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil - secção de São Paulo.

Paulo Lucena de Menezes - Advogado. Doutor em Direito.

MARCOS DA COSTA E
PAULO LUCENA DE MENEZES

—

E

Em 1963, durante as férias de verão, dois colegas da Faculdade de Direito de Harvard fizeram uma viagem de turismo pela América do Sul, com uma passagem programada pelo nordeste brasileiro, com o intuito de conhecer aquela região que, à época, gerava sérias preocupações políticas. A visita se estendeu mais do que o previsto e, pelo que consta, salvo a impressão causada por algumas lideranças, ambos tiveram uma visão crítica sobre a realidade que encontraram, considerando superestimadas as projeções de alguns observadores internacionais.

No ano seguinte, um deles retornou ao local, embora ciente das transformações políticas ocorridas no País. Talvez tenha subestimado a nova realidade. Foi preso para interrogatório e, não fosse a intervenção oportuna do consulado norte-americano, explicando a situação, certamente teria maiores problemas. A vida seguiu e ele, que se chama Joseph Page, tornou-se um acadêmico de prestígio, inclusive no âmbito das relações de consumo¹, vindo a lecionar em instituições de ensino conceituadas, sem nunca perder o interesse pela América Latina e pelo Brasil.²

Page parece nunca ter divulgado publicamente a identidade do companheiro de viagem, com o qual manteve amizade. Contudo, é tido como certo que se tratava de Ralph Nader, que veio a se tornar uma celebridade. Em primeiro lugar, por ser considerado um profissional bem-sucedido e ativista, ao qual são atribuídos notória influência e um pioneirismo no direito norte-americano, especialmente no tocante à proteção jurídica dos consumidores.³ Segundo, pela projeção política que obteve, tendo sido candidato à presidência dos Estados Unidos em quatro eleições, nas quais não passou despercebido (até a derrota de Al Gore à presidência já lhe atribuíram). Por tudo, foi diversas vezes relacionado entre as personalidades norte-americanas mais influentes, por publicações como a *Time Magazine* e outras semelhantes.

A trajetória de Nader, evidentemente, trouxe-lhe opositores de igual envergadura, que nunca pouparam críticas, incluindo insinuações sobre a real natureza de sua viagem ao Brasil.

Ele ganhou notoriedade no final da década de 1960, após a publicação de um livro – *Unsafe at any Speed* – questionando a baixa e injustificada segurança dos veículos, causada inclusive pela redução excessiva dos custos de produção (como a ausência de cintos de segurança), o que teria ocasionado muitas mortes evitáveis⁴. A ousadia rendeu-lhe uma série de ataques pessoais (revidados em um conhecido processo judicial)⁵, que provavelmente tiveram o resultado inverso, tornando-o um *best-seller*. As repercussões geradas por sua atuação, tais como as mudanças das normas de segurança aplicáveis aos veículos, terminaram por consagrá-lo.

Essa história pitoresca apenas ilustra que, mesmo no centro da sociedade de consumo, o sistema de proteção jurídica do consumidor é uma conquista relativamente recente. No Brasil, essa colocação é ainda mais pertinente, mesmo na doutrina⁶, sendo usualmente indicados como referências mais relevantes a promulgação da Constituição Federal vigente e o advento do denominado Código de Proteção e Defesa do Consumidor (CDC) [Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990].

A Constituição Federal de 1988, seguindo alguns precedentes (especialmente a Constituição Espanhola de 1978) e iniciativas (v.g. Resolução plenária n.º 39/248 da ONU), tratou da proteção do direito do consumidor em diversos dispositivos⁷, de amplitude e significado distintos, sendo os mais abrangentes: **i)** aquele que, entre os direitos e garantias fundamentais, determina que “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor” (art. 5º, XXXII) e **ii)** a norma que contempla, entre os princípios da ordem econômica, a “defesa do consumidor” (art. 170, V).

Os dois preceitos, que devem ser interpretados conjuntamente, orientam a elaboração de uma *política pública* direcionada, com o alcance e as dificuldades inerentes a tais previsões, no contexto constitucional pátrio.⁸

A Constituição Federal também previu, como disposição transitória, a elaboração de um código de defesa do consumidor (ADCT, art. 48), o que foi atendido com o advento da Lei n.º 8.078, em 11 de setembro de 1990. Tal diploma, evidentemente, não exauriu, por si só, toda a matéria constitucional, sendo apenas um elemento de um programa mais amplo⁹.

Ainda que ocorra, muitas vezes, falta de clareza (ou mesmo confusão) entre os efeitos decorrentes do art. 48 do ADCT com o próprio conteúdo do CDC, é predominante o entendimento de que o código de defesa do consumidor almejado pela Constituição Federal deveria **(i)** disciplinar um campo específico do direito, como princípios e diretrizes próprios; **(ii)** reconhecer o princípio da vulnerabilidade do consumidor e **(iii)** contemplar normas de ordem pública, assim entendidas como normas de caráter cogente e “*que implicassem predominio de seu conteúdo*”¹⁰.

O CDC, deve-se reconhecer, foi além, estabelecendo novos paradigmas para as relações de consumo, não obstante as resistências existentes, com destaque para a discussão acerca da aplicação de seus preceitos para as instituições financeiras, o que somente foi pacificado pelo Supremo Tribunal Federal em 2006 (Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2591).

As mudanças sociais e econômicas verificadas após o advento do CDC, entretanto, terminaram impondo novos desafios. Em alguns casos, pela potencialização de questões existentes, inclusive alhures, tal como o aumento das taxas de endividamento da população. Em outros, pela transformação drástica da realidade, como é o caso, inigualável, do comércio eletrônico.

De fato, embora seja um fenômeno relativamente novo, considerando que só começou a ser efetivamente praticado no início dos anos 2000, o comércio eletrônico revolucionou rapidamente o modelo tradicional das negociações ao superar barreiras tradicionais como de tempo (funcionando ininterruptamente) e espaço (com o consumidor podendo promover compras por sites de todo o mundo). Desde que surgiu, as transações eletrônicas jamais pararam de crescer. Para citar apenas os dados mais recentes, mesmo com a crise vivenciada pelo Brasil em 2018, com o desemprego e o impacto da greve dos caminhoneiros sobre o PIB nacional, o comércio eletrônico teve alta nominal de 12% em relação a 2017, com faturamento de R\$ 53 bilhões, sendo que a expectativa para 2019 é de movimentações de R\$ 61,2 bilhões, representando nova elevação de 15%, segundo a Ebit/Nielsen, referência em comércio eletrônico no País¹¹.

Seu rápido crescimento ocorreu por todo o mundo, gerando demandas legislativas para enfrentar as novas questões por ele criadas, como da prova dos negócios eletrônicos, responsabilidade pela segurança das transações e privacidade dos dados dos consumidores.

No ano de promulgação do Código de Defesa do Consumidor, em 1990, o comércio eletrônico ainda era inexistente. A própria internet só chegou ao Brasil em meados daquela década. Por essa razão, o tema não chegou a ser por ele tratado.

O primeiro projeto de lei a tratar de comércio eletrônico sob suas diversas vertentes foi o PL n.º 1589/99, da Câmara dos Deputados, elaborado pela Comissão de Informática da OAB de São Paulo, a primeira a ser criada em todo o País.

Em março de 2013, buscou-se adequar o CDC ao comércio eletrônico com a edição do Decreto n.º 7.962¹², que ajustou normas gerais de proteção ao consumidor, como a obrigação de informações claras a respeito do produto, serviço e do fornecedor e o direito ao arrependimento, à realidade das transações eletrônicas.

Em 2001, uma Medida Provisória, de n.º 2002¹³, ao optar pelo uso da criptografia assimétrica, buscou dar segurança tecnológica e jurídica às transações eletrônicas, assegurando sigilo e integridade na transmissão de informações via internet e concedendo ao documento eletrônico o mesmo valor probante do documento em papel.

Ainda na década de 1970, dois professores de Stanford, Martim Hellman e Whitfiled Diffie, buscavam encontrar solução para uma questão essencial para o sigilo das informações, ou seja, da distribuição da chave criptográfica para decodificar uma mensagem criptografada. Por maiores que foram os avanços na complexidade da criptografia de mensagens, especialmente no plano militar, para evitar que pessoas desautorizadas tivessem acesso ao seu conteúdo, um ponto crítico permanecia em aberto, ou seja, como fazer com que o destinatário da mensagem tivesse acesso à chave que permitiria tornar acessível a mensagem, sem que terceiros conseguissem obter cópia dela.

Em outras palavras, a criptografia tradicional está baseada em dois métodos, um para criptografar a mensagem e o outro para decriptá-la. E em uma única chave, a mesma usada para as duas funções. O exemplo tradicionalmente apresentado e de fácil compreensão é o de Júlio César, que codificava as ordens para as suas tropas, substituindo cada letra do texto pela terceira letra subsequente do alfabeto. O método para criptografar a mensagem era o avanço de letras à frente do alfabeto; e o método para decriptar era retornar para letras anteriores no alfabeto; e a chave, única nos dois métodos, era o número três: três casas à frente, três casas atrás¹⁴. Com o avanço da criptografia, século após século, critérios mais complexos passaram a ser usados, mas sempre seguindo esse mesmo modelo: uma mesma chave cifra e decifra a mensagem. E era exatamente na dificuldade de distribuição segura dessa chave que residia o risco de quebra do sigilo criptográfico¹⁵.

Hellman e Diffie, por sua vez, inovaram e criaram um algoritmo matemático que invertia o processo. Ao invés de dois métodos, um apenas. E substituía a única chave por duas. Descobria-se a criptografia assimétrica, que, posteriormente, percebeu-se ser capaz de gerar uma “assinatura eletrônica” capaz não apenas de servir – como faz a manuscrita no papel para vincular documentos eletrônicos a alguém – como também promover o controle de sua integridade.

Basicamente, o sistema trabalha com as chaves pública e privada. O que a chave privada faz, a chave pública desfaz. E vice-versa. Ambas as chaves são geradas por um algoritmo que usa elementos aleatórios que impedem que a mesma operação matemática gere um par de chaves igual ao outro¹⁶. Como exemplo, imagine-se uma operação que tivesse como fatores o

número de série de uma CPU e do sistema operacional, a velocidade da ventoinha do equipamento, a soma de “zeros” e “uns” de arquivos armazenados no equipamento, a hora da emissão das chaves, etc. Todos esses elementos, que são estatisticamente improváveis de se repetirem em um outro computador, servem como fatores na operação matemática de geração das chaves. O par de chaves se torna, assim, estatisticamente único, a cada vez que é gerado, evitando que duas pessoas possam ter as mesmas chaves.

A chave privada é aquela de conhecimento único de seu titular, guardada sob proteção de senhas. Já a chave pública é de conhecimento de todos com quem ele pretenda se relacionar e, muitas vezes, para conhecimento do público em geral.

Aquele que quiser passar uma informação sigilosa para outrem utiliza a chave pública do destinatário para codificá-la. E seu titular utiliza a chave privada de mesmo par, que é sigilosa, para decifrá-la. Esse sistema é muito usado no comércio eletrônico em geral, quando adquirimos produtos ou promovemos uma operação bancária, e se quer evitar que as informações pessoais transitem sem proteção na rede pública da internet.

Além de assegurar sigilo das informações, o mesmo algoritmo é também capaz de vincular a manifestação de vontade declarada por meio imaterial, bits, ao seu respectivo titular, permitindo que o dono do par de chaves “assine” eletronicamente um documento. Como só ele tem acesso à chave privada, sigilosa, só ele consegue acioná-la na operação matemática que irá gerar a “assinatura” eletrônica, que nada mais é do que o resultado de uma operação matemática que tem como fatores, além da chave privada, um resumo matemático dos “zeros” e “uns” que compõem a sequência binária do documento.

Presume-se por estatística, já que não é possível gerar o mesmo par duas vezes, que se uma chave pública validar a assinatura eletrônica do documento, é porque seu titular, que detém a chave privada, sigilosa, correspondente, foi quem a gerou. Assegura-se com isso a certeza de autoria. Ao mesmo tempo, ao se validar, com a chave pública, aquele resumo matemático denominado “assinatura eletrônica” tem-se a certeza de que o documento do qual foi extraído não sofreu modificação. Isso porque qualquer mudança na sua sequência binária modificaria seu resumo matemático, invalidando o próprio documento. Garante-se, com isso, sua integridade. Desta forma, não apenas documentos eletrônicos podem ser utilizados para expressar manifestações de vontade, como também passam a servir como prova processual.

Ao lado disso, é possível também agregar maior confiança sobre a quem pertence o par de chaves que gerou a assinatura digital por meio do uso de certificado eletrônico, que nada mais é do que uma declaração formulada em formato eletrônico padrão, que atesta a quem pertence a chave

pública e, assim, da chave privada a ela correspondente. É como um atestado de titularidade do par de chaves, que gera e confere a assinatura digital. Algo comparável ao reconhecimento de firma por um cartório.

Diversos países passaram a adotar leis¹⁷, assim como a comunidade europeia, com diretiva de seu Parlamento¹⁸, destinadas a assegurar ao documento eletrônico gerado com emprego da criptografia assimétrica o mesmo valor jurídico daqueles emitidos em papel com assinatura manuscrita. Nenhum país, entretanto, havia adotado modelo similar ao brasileiro, de centralizar todo o sistema de chaves públicas sob uma infraestrutura tecnológica do governo¹⁹.

Com o desenvolvimento do uso da informática no comércio em geral, não apenas no eletrônico, mas também no tradicional, bem como em atividades e serviços governamentais, surgiu a necessidade de buscar estabelecer o chamado direito à autodeterminação informática, ou seja, de assegurar proteção jurídica contra o mal uso da tecnologia com o tratamento de dados pessoais dos cidadãos. Foi então promulgada a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, Lei n.º 13.709, de 14 de agosto de 2018, estabelecendo regras e responsabilidades a quem pretenda possuir base de dados com informações pessoais.

E, para reforçar essa proteção, tramita no Congresso Nacional, já aprovada no Senado Federal e agora em andamento na Câmara Federal, a Proposta de Emenda Constitucional 17/19, elevando, no Brasil, como já fizeram outras nações, como a espanhola²⁰, para o plano constitucional, o direito à autodeterminação informativa.

O avanço tecnológico é inevitável e a chegada da inteligência artificial, uma realidade. Da derrota do mestre russo Garry Kasparov, provavelmente o mais graduado jogador de xadrez da história, para o Deep Blue, da IBM, em 1997, fato que surpreendeu o mundo e fez as ações da IBM dispararem, aos dias atuais, o avanço da inteligência artificial é impressionante. Dialoga-se hoje com máquinas que nos oferecem serviços ou negociam dívidas por telefone, imaginando que pessoas estejam do outro lado da linha, quando são computadores que se prepararam para uma conversa, considerando todas as variáveis possíveis. Serviços estão sendo realizados por sistemas de inteligência em todo o mundo²¹. Na área médica já existe o "doutor IA", aprovado pela agência norte-americana Food and Drug Administration, uma ferramenta impulsionada pela inteligência artificial que detecta a retinopatia diabética, estudando imagens da parte posterior do olho. Em um minuto, o software produz um diagnóstico, detectando a presença ou ausência da condição causada quando o alto nível de açúcar no sangue danifica os vasos sanguíneos da retina, o que pode levar à perda da visão²². Escritórios

de advocacia usam a nova tecnologia em diversas atividades ligadas especialmente à leitura de documentos. Até mesmo as mais elevadas cortes brasileiras desenvolveram sistemas com inteligência artificial²³.

A vinda da internet 5G tenderá a dar um novo salto na evolução informática com o desenvolvimento da chamada internet das coisas, promovendo integração jamais vista da tecnologia com a rotina de vida das pessoas. E certamente essa nova realidade reclamará nova base legislativa de proteção da sociedade, em face dos riscos éticos e sociais que se apresentam. Não foi por outro motivo que a comunidade europeia aprovou um código de conduta que impõe aos desenvolvedores valores como os de supervisão humana, privacidade e boa governança de dados²⁴. Não é possível deter os avanços tecnológicos que iremos vivenciar nos próximos anos, mas é imprescindível fazer com que seu desenvolvimento tenha como ideário a busca do bem-estar de toda a humanidade.

1

Cf. Ralph Nader e Joseph A. Page, *Automobile Design and the Judicial Process*, California Law Review, Volume 55, Issue 3, pág. 645 e seguintes (1967).

2

Ele é autor do livro *The Brazilians* (1995), entre outros.

3

Ao retornar de uma viagem de férias à Escandinávia, em 1961, Nader escreveu o primeiro projeto de lei norte-americano tratando do *ombudsman*, que foi apresentado em Connecticut e serviu de base para a legislação da Califórnia e do Havai.

4

O tema tornou-se clássico para os estudiosos dos casos de regulação, até sob o viés econômico (cf. Viscusi, Vernon e Harrington Jr., *Economics of Regulation and Antitrust*, 3ª edição, pág. 734 e seguintes).

5

Nader vs. General Motors Corp. (25 N.Y.2d 560, 1970).

6

Cf. Fabio Konder Comparato. A Proteção ao Consumidor: importante capítulo do direito econômico, *Revista de Direito Mercantil*, n.º 15/26, pág. 89 e seguintes (1990).

7

Vide arts. 24, VIII; 150, § 5º; 175, parágrafo único. II; 220, § 4º e 221.

8

Cf. Fabio Konder Comparato. A proteção ao consumidor na Constituição Brasileira de 1988, *Revista de Direito Mercantil*, n.º 80, pág. 66 e seguintes (1990).

9

Cf. Comparato, ob. cit., pág. 74.

10

Cf. Vidal Serrano Nunes e Yolanda Alves Pinto Serrano, *Dicionário Brasileiro de Direito Constitucional*, págs. 83-84 (2007).

11

Diário do Comércio, 20 de fevereiro de 2019.

12

Decreto n.º 7.962, de 15 de março de 2013.
Regulamenta a Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990, para dispor sobre a contratação no comércio eletrônico.

13

Medida Provisória n.º 2.200-2, de 24 de agosto de 2001, que instituiu a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira – (ICP-Brasil), transformou o Instituto Nacional de Tecnologia da Informação em autarquia, além de dar outras providências.

14

Essa cifra é conhecida como Cifra de César.

15

Sobre a história da descoberta da criptografia assimétrica, ver “*O livro dos códigos: a ciência do sigilo – do Antigo Egito à criptografia quântica*” (*The Code Book*, no original), de Simon Singh, importante estudo sobre a evolução da criptografia até os dias atuais (editora Record, tradução de Jorge Calife).

16

Daniel Balparda de Carvalho esclarece: “A geração de números aleatórios é central na prática criptográfica moderna. Isto porque, por um lado, eles são necessários como ferramentas para várias tarefas na criptografia e, por outro, bons números aleatórios são relativamente difíceis de conseguir”. E em seguida, afirma: “Na criptografia precisa-se dos chamados números aleatórios criptograficamente fortes. É impressionante como se pode facilmente ser enganado quando se trata de gerar este tipo de número. Normalmente, quando se precisa de um número aleatório na criptografia, o inimigo não pode, nem de perto, desconfiar qual o número escolhido. Se ele possuir um meio de reproduzir o processo de geração de números e/ou limitar o espaço de procura, então o número não é adequado para usos criptográficos.” (*Criptografia: métodos e algoritmos*, editora Express Book, pág. 59).

17

Exemplos disso foram: Argentina – *Ley 25.506*, de 11 de dezembro de 2001; Austrália – *Electronic Transactions Act 1999*; Chile – *Ley 19799*, de 25/03/2002; EUA – *Electronic Signatures in Global and National Commerce Act*, de 30 de junho de 2000.

18

Diretiva 1999/93/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de dezembro de 1999, relativa a um quadro legal comunitário para as assinaturas eletrônicas.

19

O modelo adotado no Brasil pela MP n.º 2200 é único no mundo e foi objeto de diversas críticas de um dos autores deste artigo [*Marcos da Costa*], a começar por conter, na sua primeira versão, a obrigação de que o par de chaves criptográficas, que serve não apenas para gerar assinaturas, mas também para criptografar mensagens e assegurar o sigilo delas, fosse fornecido pelo Centro de Pesquisa e Desenvolvimento para a Segurança das Comunicações (CEPESC), que é o braço tecnológico da Agência Brasileira de Informação (ABIN), sucessora do Serviço Nacional de Informação (SNI). As críticas feitas deram resultado e a CEPESC foi afastada da emissão das chaves criptográficas na segunda versão daquela MP. O sistema centralizado de emissão de certificados eletrônicos, porém, permanece até os dias atuais, embora sustentado juridicamente por uma Medida Provisória que jamais foi votada pelo Parlamento, eis que teve sua vigência prorrogada indefinidamente pela disposição transitória do art. 2º, da EC n.º 32/2001.

20

Art. 18, 4. “*La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos.*”

21

<https://www.echosis.com.br/3-exemplos-que-mostram-que-a-inteligencia-artificial-ja-e-realidade/>

22

<https://www.modernhealthcare.com/article/20181006/TRANSFORMATION03/181009975/ai-alone-now-making-the-diagnosis>

23

Batizado de Victor, a ferramenta de inteligência artificial é resultado da iniciativa do Supremo Tribunal Federal, sob a gestão da ministra Cármen Lúcia, em conhecer e aprofundar a discussão sobre as aplicações de IA no Judiciário. Cuida-se do maior e mais complexo Projeto de IA do Poder Judiciário e, talvez, de toda a administração pública brasileira. "Victor não se limitará ao seu objetivo inicial. Como toda tecnologia, seu crescimento pode se tornar exponencial e já foram colocadas em discussão diversas ideias para a ampliação de suas habilidades. O objetivo inicial é aumentar a velocidade de tramitação dos processos por meio da utilização da tecnologia para auxiliar o trabalho do Supremo Tribunal. A máquina não decide, não julga, isso é atividade humana. Está sendo treinado para atuar em camadas de organização dos processos para aumentar a eficiência e a velocidade de avaliação judicial." (notícia veiculada no site do STJ em 30 de maio de 2018) – <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=380038>

24

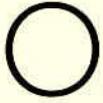
<https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/communication-building-trust-human-centric-artificial-intelligence>

— **ESTABILIDADE
DAS RELAÇÕES
DE CONSUMO NO
COMÉRCIO**

JOSÉ RENATO NALINI

—
Reitor da Uniregstral, docente da Pós-
-graduação da Uninove e Presidente da
Academia Paulista de Letras - 2019-2020

JOSÉ RENATO NALINI



O século 21 enfrenta a profunda mutação causada pela Quarta Revolução Industrial. Os impactos disruptivos derivados das tecnologias emergentes impõem a adoção de novos modelos de negócios. Indubitável que isso acarreta o enfrentamento de desafios que, até há pouco, não eram previstos, nem previsíveis. A rápida transformação do mundo superou a ficção científica.

Os estudiosos da realidade expandida pelo ritmo das descobertas enxergam o futuro com discreto otimismo. “A Quarta Revolução Industrial representa uma importante fonte de esperança para darmos continuidade a essa escalada do desenvolvimento humano que tem gerado uma significativa melhoria na qualidade de vida de bilhões de pessoas desde 1800”¹.

Todas as pessoas com discernimento e responsabilidade precisam colaborar para a superação dos reptos postos à humanidade. Cumpre fazer com que as tecnologias auxiliem a consecução dos objetivos pessoais que reforcem os atributos dos seres racionais e não sejam manipuladoras da vontade humana.

Só haverá adequado aproveitamento dos benefícios da Quarta Revolução Industrial, se os avanços científicos e tecnológicos não forem considerados “meras ferramentas”, submetidas ao falível controle humano. Tarefa urgente é “procurar entender como e onde os valores humanos estão incorporados às novas tecnologias e como elas podem ser moldadas para melhorar o bem comum, a gestão ambiental e a dignidade humana”². O mundo novo sem ética não será apenas desumano. Será irracional, caótico, catastrófico.

Ninguém está excluído ou dispensado de participar dessa reflexão, seguida de discussão e de tomada de atitudes. Protagonismo singular há de ser exercido pelo universo consumerista, inteiramente afetado pela realidade adveniente.

O Brasil dispõe, desde os anos 1990, de um Código de Defesa do Consumidor. A Lei n.º 8.078/90 é um marco divisor de rumos na ampla esfera do consumo, da qual o comércio é distinguida parte integrante.

Não é tranquilo falar-se em estabilidade das relações de consumo comerciais, num ambiente em que a dinâmica acelerada de transformações costuma produzir o inesperado. Há de se procurar interpretar as mudanças, nada impedindo que uma análise inicial se faça à luz da principiologia adotada pelo legislador consumerista.

Um dos dispositivos merecedores de atenta consideração é o art. 4º do CDC. É uma das chamadas *normas narrativas*, resultantes do impulso que a comunicação assumiu na pós-modernidade. Essa tendência fez surgir “novo método de elaborar normas legais, não normas para regular condutas, mas normas que narram seus objetivos, seus princípios, suas finalidades, positivamente os objetivos do legislador no sistema, de forma a auxiliar na interpretação teleológica e no efeito útil das normas”³. A narrativa auxilia a extrair da normatividade a plenitude de efeitos que talvez sequer tenham sido vislumbrados pelo legislador.

Depois de três décadas de vigência do CDC, pode-se dizer que alguns objetivos da tutela de consumo foram alcançados. Houve incremento na obtenção de transparência, confiança e harmonia nas relações consumeristas, com evidente aprendizado de ambas as partes envolvidas. Embora os interesses do consumidor sejam realçados, este evoluiu também e se tornou mais consciente. A vulnerabilidade do consumidor se atenua na proporção em que o comércio adota práticas derivadas de constante experimentação. À medida em que o consumidor se torna mais capacitado a fazer escolhas, a normatividade se inclinará no sentido de maior equilíbrio entre as partes da operação comercial. A tendência eminentemente protetiva cederá ao tranquilo reconhecimento de que o consumidor não é mentecapto, mas titulariza também responsabilidades, paralelamente aos seus direitos.

Algo que não pode escapar à presente reflexão é o hiperconsumo, como característica típica do pós-modernismo. O consumo é uma das faces do individualismo. Este, “aplicado à Economia, cria os mercados livres e o capitalismo. A economia capitalista se baseia no princípio de que os indivíduos devem ter liberdade para tomar suas próprias decisões com respeito à produção, consumo e comércio”⁴. O pós-modernismo tem natureza paradoxal. “Todos professam, por um lado, os temas abstratos do relativismo e do igualitarismo. Esses temas assumem formas éticas e epistemológicas. A objetividade é um mito; não existe “verdade”, nenhuma “maneira certa” de interpretar a natureza ou um texto. Todas as interpretações são igualmente válidas. Os valores são produtos socialmente subjetivos. Culturalmente falando, portanto, não há valores, em nenhum grupo, que mereçam crédito especial. Todos os modos de vida são legítimos, de afegãos a zulus”⁵.

O mercado passa a ser uma solução panaceia. Tem de atender a todas as demandas. Disso resulta a dinâmica exponencial do consumo. O consumidor pós-moderno é ávido de novidades. Como as necessidades são infinitas e a maior parte delas são artificiais, o consumo é alavancado por propaganda e incremento da criatividade comunicacional. O objetivo do marketing é suscitar sensações e emoções, criar um clima de incitação, seduzir para melhor vender e atrair a clientela. “Os criadores das lojas de departamentos compreenderam que, nas novas condições da vida moderna, o espaço comercial devia proporcionar algo mais que os valores de uso e a realidade tangível dos objetos; era preciso envolver as mercadorias numa atmosfera específica capaz de transfigurá-las em objetos feéricos, em objetos-fetichê. Fetichismo da mercadoria que se efetuou graças à aura estético-mágica do local comercial moderno”⁶.

Ocorre que a volúpia por consumir não se faz acompanhar de aumento das condições econômicas viabilizadoras da aquisição. Um fenômeno contemporâneo é o crescimento da pobreza nas últimas décadas. O Relatório da Desigualdade Social por equipe liderada por Thomas Piketty apurou que a classe média, em todo o Ocidente, encolheu sensivelmente. Está comprimida entre os 50% mais pobres e os 10% muito ricos. A mesma propaganda veiculada nas mansões, nos edifícios providos da mais atualizada tecnologia, as “residências inteligentes”, chega à favela, ao cortiço e à telinha do mobile que o catador de rua de material para reciclagem também possui.

Como atender a faixas bem distintas e nitidamente escalonadas, todas ostentando em comum idêntico anseio: possuir os bens da vida anunciados como essenciais à aquisição de um status propalado como o único desejável? A produção em massa teve de se subordinar a leis implacáveis. É inviável a manufatura artesanal de todos os objetos de desejo, substituída pela fabricação em série.

A loja de departamentos converteu o espaço de venda em espetáculo feérico. Já o sistema de produção em massa vai se distinguir “inversamente, pelo déficit estético e a mediocridade de seus produtos. A confecção industrial, que realiza roupas em grande escala, toma pleno impulso na segunda metade do século 19 e se dirige tanto para a classe operária como para a pequena burguesia. Não tem fantasia, não tem inovação nem renovação acelerada, não tem material de qualidade; a confecção apresenta apenas um simulacro de moda e se opõe assim, diametralmente, à alta-costura, que constitui o polo luxuoso, fulgurante e criativo da moda, enquanto a confecção representa seu polo popular, sem arte nem prestígio”⁷.

As elites não querem se igualar à plebe. A busca de sofisticação é a fuga permanente, para que se possa identificar, principalmente pelo traje, a

condição de superioridade perante o vulgo. Assim que algo se populariza, se mostra acessível aos menos favorecidos, os gostos apurados procuram outro alvo e criam o novo. Abandonam aquilo que, agora, qualquer pessoa pode usar. Passam a consumir aquilo que, por uma fase, ao menos, será inacessível aos desprovidos de dinheiro.

Nada obstante, há exemplos notáveis de disseminação de hábitos tendentes a gerar certa homogeneização. A calça que se chamou “rancheira”, hoje conhecida por “jeans”, espalhou-se por todo o mundo. A estratégia para que algumas de suas marcas possam cobrar um preço absurdo é mutilá-las, provocando rasgões e rasuras. O tênis propagou-se. A *T-shirt* serve desde o esmoler, até o CEO da multinacional.

Um fenômeno interessante em relação ao consumo foi a postura da esquerda. Registrou-se audaciosa mudança nos seus padrões éticos. Inicialmente, o socialismo marxista defendia a plena satisfação das necessidades humanas. Atendê-las significava “o teste elementar da moralidade de um sistema social. A aquisição de riqueza, portanto, era uma coisa boa, pois a riqueza propiciava melhor nutrição, moradia, assistência à saúde e horas de lazer”⁸. O capitalismo era condenado porque não propiciaria ao desfavorecido acesso a todos esses bens da vida. Só que a história provou o contrário: foi o capitalismo que gerou riqueza e tornou possível à classe humilde o acesso ao consumo.

O principal filósofo da nova esquerda, Herbert Marcuse, passou então a pregar que o capitalismo usara a riqueza para oprimir o proletariado: “Ao proporcionar aos proletários riqueza suficiente para deixá-los confortáveis, o capitalismo cria uma classe de cativos: o proletariado se tornara prisioneiro do sistema capitalista, dependente de seus atrativos, escravizado pelo objetivo de ascender na escala econômica e aprimorar-se no desempenho agressivo de ‘ganhar seu sustento’ ”⁹.

O mundo das compras oferece uma excelente metáfora para entender a militância de esquerda. Viu-se que líderes que se autoproclamavam socialistas se acostumaram logo com vinhos caríssimos, com charutos cubanos, com viagens internacionais antecedidas por numerosas equipes precursoras e com a hospedagem nos hotéis seis estrelas. Não é diferente o que se constata com a reação do homem simples. Ele quer mais é ter o seu carrinho, o seu celular de última geração, não repudia uma roupa de grife, nem o tênis que a garota saudável e sedutora da publicidade na TV, nos *outdoors*, nos sites e nas demais mídias, recomenda a ele como o passaporte para a felicidade.

A propriedade é o maior antídoto ao comunismo. O proprietário passa a ter um motivo para querer o predomínio da lei. Sabe que o ordenamento

preservará o seu direito real. Sua casa é o seu castelo. E, dentro dela, ele quer tudo aquilo que é considerado sinal de conforto, comodidade e, se possível, atenda também a um elevado padrão estético.

As massas não conseguem acompanhar a sofisticação dos formadores de opinião. Para atendê-las, surgiu o impressionante avanço estético do *kitsch*¹⁰. “Em quase todos os domínios, o *kitsch* ganha terreno, impõe sua estética sobrecarregada e eclética, ao mesmo tempo que se beneficia de uma ampla corrente de reabilitação. Ele invade e redesenha o mobiliário, os videogames, os brinquedos (boneca Barbie), a moda, a cozinha, as decorações e iluminações do Natal, a arquitetura pós-moderna, o cinema (Almodóvar, Sofia Coppola, Baz Luhrmann), o teatro, os programas de variedades, os casamentos da nobreza, os videocliques, a publicidade, as salas dos cassinos, os parques de lazer”¹¹.

À evidência, grande parte do comércio é repleta de mercadorias que poderiam ser abrigadas sob essa concepção. Isso é natural, pois nas sociedades hiperconsumistas, prevalecem os valores hedonistas e individualistas. Se a popularização do varejo e a multiplicação de estabelecimentos serviu, em relação aos bens duráveis, para promover a aparência de ascensão social, o pós-modernismo trouxe a compra por emoção ou divertimento. “É isso que possibilita o *kitsch*: objeto sem pretensão, sua única finalidade não é mais do que fazer rir, delirar, sem se levar a sério, sem ambição cultural”¹².

Comprar passou a ser uma diversão rotineira. O “fabuloso mundo das compras” oferece entretenimento para todos. As crianças são alvo de uma publicidade convincente, que, não raro, sacrifica os pais desprovidos de recursos. A tirania infantil impõe a aquisição do brinquedo eletrônico reiteradamente anunciado, às vezes até em propaganda enganosa. Há famílias que sacrificam o essencial em nome do supérfluo.

O mercado infantil é uma via próspera de manutenção da máquina em funcionamento. Lançamentos de produtos infantis geram campanhas milionárias. É porque “não são apenas as crianças que adoram: os adultos também encontram nisso como que um universo encantado que se prolonga, um Natal de outrora que se perpetua. Donde a estigmatização imediata: regressão infantil e superficialidade imbecilizante. Seria então a maneira como ‘o capitalismo nos infantiliza’, por meio de espetáculos próprios de um sistema que privilegia o simples ante o complexo, o fácil ante o difícil, o rápido ante o demorado, a espuma cremosa ante o núcleo duro!”¹³.

Falou-se em Natal. Mas logo em seguida vem o Carnaval, e a Semana Santa, e o Dia das Mães, e as festas juninas, e as férias de julho, e o Dia dos Pais, e o Dia da Criança, e a *semana do saco-cheio*, que coincide com o Dia do Professor – este esquecido. Daí novamente a decoração de Natal.

Nas cidades cada vez mais caóticas, nas quais impera a sensação de medo ante a insegurança – mais ficcional do que real – os shopping centers são o refúgio tranquilo. São frequentados por todos. Principalmente pelos mais carentes. Daí o problema da inadimplência, que é um dos pontos frágeis do comércio. A tentação da compra é maior do que a razão. Educação financeira só recentemente entrou na pauta. O endividamento dos pobres é um tema a ser melhor apreciado.

As “liquidações”, a temporada “on sale”, – a persistente mania de copiar o americano – a *Black Friday*, tudo estimula o consumidor a se valer do crédito. Para os mais simples, vale mais o valor da prestação do que o cálculo do custo final do produto.

Os *outlets* atraem excursões, assim como os grandes conglomerados de venda por atacado, hoje franqueados ao comprador singular. As imensas lojas de material de construção, que se repaginam e oferecem a visão final das construções e reformas, assim como a multiplicidade de ofertas e uma infinita variedade de materiais. Há um atraente estímulo ao “faça você mesmo”, que multiplica as oportunidades de compras e a ilusão de que o amadorismo substitui o profissional.

Os *petsshops* têm sua clientela cativa, porque um dos signos da pós-modernidade é a companhia garantida de um cão ou gato, ambos mais fiéis do que filhos que visitam os pais esporadicamente, o que é compreensível para alguns, pois os faltosos estão na fase de “ganhar a vida”.

Tudo é motivo para atrair consumidores. Ruas temáticas, espaços gastronômicos, templos de compras luminosos, fazem das cidades um espaço lúdico, a recordar um parque de diversões para todas as idades, todos os gostos, todos os padrões e todos os bolsos. Em virtude do consumo, as cidades adquirem nova vocação. “Teatralizando-se, tematizando-se, espetacularizando-se, a cidade gera experiências, suscita emoções cria sensações: nela, busca-se uma atmosfera. Ela responde a uma ‘demanda de ambiência’ ”¹⁴.

O advento desta *era de rupturas*, consequência da Quarta Revolução Industrial, implica em adoção de estratégias que possam prevenir o que se avizinha. As anteriores revoluções industriais ocasionaram perda de empregos, mas também originaram empregos novos. O perigo atual advém do fato de que a inteligência artificial compete diretamente com a inteligência humana e é capaz de superá-la.

A automação é incessante e a interconexão em rede potencializa a capacidade de eliminação de inúmeras atividades hoje entregues aos humanos. O comércio já experimenta essa mudança. As compras online propiciam a comodidade de uma escolha sem a necessidade de locomoção. Existe a oferta de um abastecimento de geladeira feito por algoritmo que “avisa” o

produto que está faltando e se encarrega de que ele seja entregue na casa do cliente. A entrega pouparia todo um arsenal de humanos, que conservariam seus empregos para que a mercadoria chegasse ao cliente por um sistema tradicional. Alguém, no depósito, escolhe o produto e vai entregá-lo pessoalmente no local indicado pelo consumidor.

Não é mais assim. Os algoritmos controlam a quantidade em depósito. Máquinas localizam o produto comprado e drones o entregam ao comprador. Elimina-se toda uma cadeia de préstimos humanos.

Dir-se-á que haverá necessidade de mais técnicos em drones, engenheiros que os reparem, criar mais equipes com os encarregados da manutenção. A verdade é que as necessidades do cenário impõem uma educação qualificada, ainda inexistente. Prenuncia-se imensa massa de desempregados inabilitados para as funções que advierem.

É possível que os governos procurem retardar a implementação de tudo aquilo que a ciência e a tecnologia viabilizarem. Para proteger o trabalho, impedir-se-á a aceleração do avanço disponível. Situação que não poderá perpetuar-se. Alguns terão acesso à nova realidade e dela usufruirão. Não se conseguirá, por longo tempo, impedir a expansão de sistemas considerados benéficos, inegável reflexo do progresso em sua caminhada que não admite pausa.

A probabilidade é a de que tudo seja ainda mais complexo. Hoje, “a globalização fez as pessoas num país dependerem totalmente dos mercados de outros países, mas a automação poderia desfazer grande parte dessa rede global de comércio, com consequências desastrosas para as conexões mais fracas”¹⁵. Não é novidade que parcela considerável dos bens de consumo sejam fabricados muito longe do país aos quais se destina. A experiência evidencia o predomínio do mercado chinês, com a indefectível etiqueta “*made in China*”, em quase tudo o que se compra, desde roupas e objetos, até pretensas marcas de grife, e isso em qualquer parte do mundo. Quase a mesma coisa ocorre com a Indonésia e a Coreia. Aqui no Brasil, já se comprovou ser mais fácil produzir no Paraguai, com encerramento de atividades fabris transferidas para o país vizinho. Ali há menos tributos, menos burocracia e os salários são compensadores para os trabalhadores; mais ainda, para os empregadores.

Ainda hoje, “milhões de bengaleses ganham a vida produzindo camisas e as vendendo a clientes nos Estados Unidos, enquanto o ganha-pão de outras pessoas em Bangalore é lidar com as reclamações dos clientes americanos em centrais de teletendimento”¹⁶. Tudo indica a permanência de situação tal, ao menos por enquanto. A mão de obra da confecção é muito mais barata, o valor/hora do Primeiro Mundo tornaria inviável transferir para ali

a fabricação. Simultaneamente, a mocidade bengalesa vai se adestrando nas novas tecnologias da informação e comunicação atendendo com eficiência ao mercado dos reclamantes.

A inteligência artificial propõe um novo quadro, quando prodigaliza a produção de robôs e impressoras. Eles fazem desimportante o trabalho não qualificado, ainda que a remuneração seja quase vil. “Em vez de fabricar uma camisa em Dacca e despachá-la para os longínquos Estados Unidos, pode-se comprar o código online da camisa na Amazon e imprimi-la em Nova Iorque. As lojas da Zara e da Prada na Quinta Avenida poderiam ser substituídas por centros de impressão em 3-D no Brooklyn, e algumas pessoas talvez queiram ter uma impressora em casa”¹⁷.

Perfeitamente possível, mas ainda restrito a nichos privilegiados. Só que o barateamento de tudo aquilo que as novas tecnologias produzem é um fato incontestável. Basta lembrar quanto custavam os primeiros computadores e a que preço hoje são adquiridos, sem falar na redução da dimensão e do peso, além da fantástica multiplicação de suas funcionalidades.

Também não vale mais o argumento de que o serviço de telemarketing continuará a socorrer os bengaleses. Pois “em vez de ligar para serviços de atendimento ao consumidor em Bangalore para reclamar de sua impressora você poderia conversar com um representante de inteligência artificial na nuvem do Google (cujo sotaque e tom de voz podem ser modelados segundo sua preferência). Os operários e os operadores de SAC recém-desempregados em Dacca e em Bangalore não têm a instrução necessária para virarem estilistas e programadores – então como vão sobreviver?”¹⁸.

A hipótese não é absurda. Os recursos destinados a pagamento de operários e operadores do sul da Ásia refluirão para gigantes tecnológicos que já ocupam espaço maior do que se poderia imaginar à época de seu surgimento. A riqueza está nos nichos de alta tecnologia e os países em desenvolvimento sofrerão rude golpe.

Diante da realidade presente e de tudo o mais que ainda virá, o comércio precisa estar preparado. Sobreviverá aquele que detectar o gosto, a preferência, as peculiaridades do consumidor selecionado. Este não é uma categoria homogênea, apesar do consumo em massa de algumas mercadorias. Para competir e subsistir, em tempos de Quarta Revolução Industrial, precisará criar nichos de atendimento a inúmeras configurações de interesses. Sempre haverá aquele que não quer se confundir com outros, nem ser um a mais a se servir do mesmo produto, usar roupa idêntica ou fazer parte da maioria. Abrir canais especiais e particulares para esse consumidor poderá ser uma estratégia inteligente.

O comerciante que pretende permanência no negócio não poderá se desligar das novas tendências. Precisarás estar alerta, na desafiadora missão de detectar o que acontecerá na próxima década e se cercar de quadros dispostos a uma constante readaptação a novas demandas. Atendimento em balcão será algo associado à pré-história. A função de “caixa” parecerá mister antediluviano. E assim por diante.

Pela primeira vez na história da humanidade, acena-se até com a possível irrelevância do consumo. É o vaticínio de Harari, com seus três *best-sellers* que fizeram o mundo negocial parar e pensar: “Alguém poderá alegar que humanos nunca se tornarão economicamente irrelevantes, porque mesmo que não consigam competir com a inteligência artificial no mercado de trabalho, sempre serão necessários como consumidores. No entanto, não temos certeza se a economia do futuro vai precisar de nós, mesmo como consumidores. Máquinas e computadores poderiam fazer isso também. Em teoria, pode-se ter uma economia na qual uma corporação de mineração produz e vende ferro para uma corporação de robótica, a corporação de robótica produz e vende robôs para a corporação de mineração, que extrai mais ferro, que é usado para produzir mais robôs, e assim por diante”¹⁹. Parece ficção, mas isso já ocorre. Computadores e algoritmos já são clientes. Na Bolsa de Valores, os algoritmos são hoje os mais frequentes compradores de títulos, ações e commodities.

Pensou-se que *Admirável mundo novo*, de Aldous Huxley, assim como *1984*, de George Orwell, tivessem exagerado ao prever o que seria o futuro. Foram superados pela realidade. Mas convém estar a par daquilo que os estudiosos salientam, não só para o comércio, mas para a vida humana em geral. Evgeny Morozov, bielorusso de 35 anos, professor da Universidade Georgetown, escreveu um livro instigante²⁰. Considera o impacto das novas tecnologias um retorno – ou permanência? – da política extrativista. Só que agora, o extrativismo é digital. Tudo aquilo que é oferecido aos viventes deste século 21 em termos de comunicação e informação está a serviço da coleta de dados. As pessoas que se utilizam dos mobiles – celulares, smartphones, tablets e computadores – estão constantemente fornecendo dados aos próprios fornecedores desses serviços em rede. Google, Facebook, Uber, Amazon, Alibaba e tantos outros. O armazenamento daquilo que nós mesmos oferecemos como informação pessoal a quem nos permite estar plugados é um propulsor do consumo.

A partir desses dados, elaboram-se os planejamentos de venda, a criação de novos produtos, as estratégias de convencimento do consumidor de que ele não pode ficar sem aquilo que o mercado acabou de lançar. Aliadas do produtor, as redes são alimentadas por algoritmos que manipulam a

vontade do consumidor. Não é coincidência que ele seja convidado a tomar refeição num lugar próximo, assim que chega o horário do almoço. Ou que leve para casa um determinado produto em oferta, quando está voltando do trabalho. É a inteligência artificial nos automatizando.

Verdade que a tecnologia digital pode até sugerir que, na verdade, auxilia o consumidor a economizar. Um aplicativo, chamado Bill Guard, avisa por mensagem no celular que o limite mensal de gastos reservados para alimentação, para lazer, para transporte, seja lá para o que for, está sendo ultrapassado. Para incentivar o uso sensato, ele também fornece vantagens e descontos. Outro aplicativo, o iBag, chega a vedar acesso a dinheiro ou a cartão de crédito, se a cota reservada para aquisição de bens já se exauriu.

Os bancos, sabendo da concorrência que consideram agressiva das *fintechs*, encontraram fórmula de fazer o consumidor de seus préstimos servir-se do sistema bancário, ainda que sem plena consciência disso. Um grande banco brasileiro atraiu aquele cliente que “detesta banco”, fazendo com que os aplicativos sugerissem a ele almoçar num restaurante próximo – pois hoje a localização de cada portador de um *mobile* é fornecida a quem queira – mediante oferta de um convidativo desconto. Ou reserva para ele ingressos para jogos de futebol, ou para shows, ou para teatro, com vantagens que outros não teriam. O uso do cartão de crédito com a bandeira do banco é a fórmula para que este capte um cliente que se gaba por se considerar imune à sua influência.

Sempre há fórmulas de se fazer alguém consumir, pois somos todos *animais consumidores*. Viver é se nutrir daquilo que a natureza oferece, com valor agregado por quem teve ideias originais de aperfeiçoar o que já veio pronto. E haverá a necessidade do intermediário, de quem exerce a fabulosa arte da mercancia, uma das mais antigas e essenciais atividades humanas sobre o planeta.

Muito mais ainda será visto por quem tiver alguns anos pela frente. É a metamorfose da humanidade, que implica em metamorfose de cada ser humano. Para encarar aquilo que ciência e tecnologia nos propõem, a criatura racional precisa se apegar não aos incríveis objetos dos quais muitos se tornam dependentes – e que permitem comunicação instantânea, auditiva e visual, com pessoas em qualquer parte do mundo e acesso ao infinito de informações – mas sim à filosofia. E dentro da filosofia, escolher a ética para tornar sua vida mais adequada ao que se espera da aventura terrena de um animal racional.

O fardo das transformações será excessivo, se não houver esse recurso ao filosofar. “A filosofia é uma atividade concreta e prática. Se cultiva o recolhimento e o distanciamento, é em relação às ideologias e ao pronto-a-

-pensar, nunca em relação ao real e à vida. É certo que exige rigor e paciência, virtudes pouco valorizadas nos nossos dias. Todavia, os grandes temas da filosofia que são o amor, a felicidade, a justiça, a verdade, nada têm de abstrato. Mais, não só a filosofia *fala* da vida e das coisas mais concretas e práticas, como é *ela mesma uma prática*, um modo de pensar indissociável de uma certa maneira de estar no mundo”²¹.

O ser humano continua a ser o mesmo, em sua vontade de viver em plenitude, em seu anseio por descobrir novas opções, por se reinventar, por reencontrar a alegria de viver. Nunca escapará da luta incessante que é o enfrentamento da angústia diante de sua finitude. Tudo passa, só Deus não passa, proclamou Teresa D’Ávila, a corajosa espanhola que hoje é doutora da Igreja.

As quebras de paradigma deste século 21 aprofundam o mal-estar da civilização e fazem lembrar a alegoria de Walter Benjamin, quando escreveu, em 1940, suas *Teses sobre a filosofia da história* e interpretou o quadro *Angelus novus*, de Paul Klee, de uma forma que até hoje nos motiva a uma profunda reflexão. Para o atormentado pensador, que se suicidaria semanas depois, o artista retratara o *Anjo da história*. A figura tem as asas agitadas com tal violência, que se vê obrigado a recolher. “A tempestade impele-o irresistivelmente para o futuro, ao qual vira as costas, enquanto diante de si o monte de escombros cresce até ao céu. Essa tempestade é aquilo a que chamamos *progresso*”²².

Não tem de ser apenas essa a concepção de progresso. Um progresso que não sacrifique a humanidade é responsabilidade nossa. Afinal, ele significa o desabrochar da inteligência humana, o testemunho de que o homem é a primícia da criação e que sua vocação é aprimorar, o quanto possa, o patrimônio que lhe foi dado gerir durante sua permanência na Terra.

As conquistas científicas e tecnológicas podem contribuir para que a atividade comercial se faça com intuito de não apenas facilitar a rotina das pessoas, mas de maneira a lapidar seus talentos, permitir a construção de um convívio harmônico e fraterno. O comércio é atividade essencial para conferir *upgrade* ao relacionamento entre as pessoas. Ele acrescenta qualidade à vida, refina o consumo, favorece a formação de uma consciência atenta ao exaurimento dos recursos naturais e, portanto, adepta ao dogma da sustentabilidade.

A relação entre produtor, comerciante e consumidor tem de ser uma cadeia em que a dignidade do ser humano seja respeitada e prestigiada. Investir numa ética do consumo responsável, da comercialização inspirada pela justiça, no apuro do relacionamento entre os imprescindíveis elos dessa cadeia também imprescindível, é a missão de quantos exercem a nobre

atividade de suprir as necessidades de um ser frágil e, também, a de tornar esse consumidor – de início considerado extremamente vulnerável – livre da inferioridade, mediante contínuo e crescente processo educativo.

Tudo depende, em última análise, de educação. Educação alicerçada em ética, pois de nada valeria a mais qualificada especialização, se o eixo inspirador de toda atividade não fosse a busca permanente do bem.

O progresso tem de servir à elevação do homem, favorecer o seu crescimento até à plenitude possível e tornar mais suave a sua caminhada existencial. Aceitemos o avanço e tornemos mais humanas todas as nossas invenções e atividades. Sem deixar de reconhecer que, em pleno vendaval da Quarta Revolução Industrial, não se há de falar, senão na ordem teleológica, em estabilidade das relações de consumo no comércio.

1

SCHWAB, Klaus. *Aplicando a Quarta Revolução Industrial*. pág. 30. São Paulo: Edipro, 2018.

2

SCHWAB, Klaus, op. cit., idem, ibidem.

3

JAYME, Erik. *Identité culturelle et intégration*. in MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V. e MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. pág. 227, 4ª ed. São Paulo: Thomson Reuters-RT, 2013.

4

HICKS, Stephen R.C., *Explicando o pós-modernismo*. pág. 21. São Paulo: Callis Editora, 2011.

5

HICKS, Stephen R.C., *Explicando o pós-modernismo*. pág. 31. São Paulo: Callis Editora, 2011.

6

LIPOVETSKY, Gilles e SERROY, Jean. *A estetização do mundo – viver na era do capitalismo artista*. pág. 145. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

7

LIPOVETSKY e SERROY, op. cit., idem, pág. 155.

8

HICKS, Stephen R.C., op. cit., idem, pág. 179.

9

HICKS, Stephen R.C., op. cit., idem, pág. 180.

10

Kitsch é utilizado, neste artigo, para designar algo que, no âmbito estético, traduz imitação grosseira, utilização de padrões inimitáveis, para cair no agrado de quem não tem gosto muito apurado.

11

LIPOVETSKY e SERROY, op. cit., idem, pág. 303.

12

LIPOVETSKY e SERROY, op. cit., idem, pág. 309.

13

LIPOVETSKY e SERRO, op. cit., idem, pág. 311.

14

LIPOVETSKY & SERROY, op. cit., idem, pág. 321.

15

HARARI, Yuval Noah. *21 Lições para o século 21*. pág.63. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

16

HARARI, Yuval Noah. op. cit., idem, págs. 63 e 64.

17

HARARI, Yuval Noah. op. cit., idem, pág.64.

18

HARARI, Yuval Noah. op. cit., idem, ibidem.

19

HARARI, Yuval Noah, op. cit. idem, pág.60.

20

MOROZOV, Evgeny. *Big-Tech: a ascensão dos dados e a morte da política*. São Paulo: Ubu Editora, 2019.

21

DELRUELLE, Edouard. *Metamorfoses do sujeito*. pág. 11, Lisboa: Instituto Piaget, 2009.

22

BENJAMIN, Walter. *Sobre o conceito de história*, IX in *Oeu7vres*, III. pág. 434. Paris: Folio-Gallimard, 2000.

4

DIREITOS
ADMINISTRATIVO,
PREVIDENCIÁRIO
E FINANCEIRO

— **PROCESSO
LEGISLATIVO
E DIREITO DO
CONSUMIDOR**

CARMEN SILVIA VÁLIO DE ARAUJO MARTINS

—

Advogada. Membro do Conselho Superior
de Direito da FecomercioSP.
Presidente da Comissão de Assuntos Legis-
lativos - FecomercioSP

CARMEN SILVIA VÁLIO
DE ARAUJO MARTINS

—

DIREITO LEGISLATIVO

A

Antes de abordarmos a relação que se estabelece entre o Direito do Consumidor e o Processo Legislativo, faz-se necessário um brevíssimo resumo sobre alguns dos preceitos básicos do Direito Legislativo, que tem impacto direto e substancial em todas as áreas do Direito Positivo.

Dentre os princípios constitucionais que orientam o processo legislativo, aquela que se refere à distribuição de competências ocupa lugar de destaque.

O federalismo, instrumento de descentralização política que é, presuppõe a distribuição das competências normativas entre os entes que o compõem, bem como entre os Poderes Legislativo e Executivo.

O Poder Judiciário, em matéria de Direito Legislativo tem também competência constitucionalmente estabelecida, mas em situações taxativamente enumeradas e que neste momento não há necessidade de abordá-las.

A competência é instituto constitucional e refere-se à faculdade, juridicamente atribuída, de ação de determinado ente estatal. É a parcela de poder que cabe ao órgão ou à instituição, posto que no direito público a ação depende de autorização legal, ou seja, o Estado só pode fazer o que a lei lhe permite. Esta situação é diametralmente oposta àquela do indivíduo, seja ele pessoa física ou jurídica, a quem é facultado fazer tudo aquilo que a lei não proíba.

Competência é poder, capacidade, e a Constituição pátria, ao distribuir o poder o faz por meio do estabelecimento de parcelas deste poder para os órgãos que integram o Estado.

A distribuição constitucional do poder, ou seja, da competência, torna como base a natureza material do assunto a ser normatizado.

De acordo com a sua distribuição e os limites constitucionalmente impostos, a competência poderá ser classificada em privativa, exclusiva, comum e concorrente. Em apertada síntese podemos dizer que:

- a competência privativa é peculiar a uma entidade ou órgão, permitindo-se, no entanto, que seja delegada;
- a competência exclusiva é destinada a determinado órgão ou entidade, com a exclusão de qualquer outro;
- a competência comum refere-se diretamente às capacidades da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Ela implica no cumprimento de uma função pública. É uma competência-dever, no dizer do professor José Afonso da Silva, pois se traduz na obrigação da prestação de determinado serviço público, cuja realização por um dos entes federados, não desonera os demais;
- a competência concorrente, por fim, indica que caberá à União editar normas gerais sobre a matéria, cabendo aos Estados, ao Distrito Federal e aos municípios, complementá-la com especificidades sobre o tema que considerarem convenientes e necessárias.

O art. 24 da Constituição Federal determina:

“ART. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

I. Direito Tributário, Financeiro, Penitenciário, Econômico e Urbanístico;

II. orçamento;

III. juntas comerciais;

IV. custas dos serviços forenses;

V. produção e consumo;

VI. florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição;

VII. proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico;

VIII. responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

IX. educação, cultura, ensino, desporto, ciência, tecnologia, pesquisa, desenvolvimento e inovação;

X. criação, funcionamento e processo do juizado de pequenas causas;

XI. procedimentos em matéria processual;

XII. Previdência Social, proteção e defesa da saúde;

XIII. assistência jurídica e defensoria pública;

XIV. proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência;

XV. proteção à infância e à juventude;

XVI. organização, garantias, direitos e deveres das polícias civis.

§ 1º No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.

§ 2º A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados.

§ 3º Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades.

§ 4º A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário."

Há que restar claro que ao se tratar de competência concorrente, a capacidade da União para legislar sobre normas gerais, na prática, não a impede de emanar regras sobre o assunto. A competência concorrente é inclusiva, não excludente.

A competência legislativa, por seu turno, refere-se à capacidade de inovação do ordenamento jurídico por intermédio de norma emanada mediante o devido e regular processo legislativo.

Por sua vez, o processo legislativo, independentemente de quem detenha a capacidade de deflagrá-lo, sempre terá lugar no Parlamento, sendo que não há processo legislativo fora dele.

Resta, porém, estabelecer quem detém a iniciativa de deflagrar o processo legislativo para sua efetivação.

O poder de iniciativa é a capacidade de deflagrar o processo legislativo, e estará constitucionalmente destinado entre os poderes do Estado, cumpridas as exigências constitucionais para tanto.

Em situações taxativamente enumeradas deterão a iniciativa dos chefes do Poder Judiciário, da Procuradoria-Geral, do Ministério Público e da Advocacia Geral da União. Aqui as iniciativas referem-se exclusivamente aos temas relativos à organização e à administração dos órgãos que chefiam.

Para a abordagem do tema sobre o qual nos debruçamos no momento vimos que o inciso V do artigo 24 da Constituição Federal determina ser competência concorrente da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios legislar sobre produção e consumo, cabendo à primeira estabelecer as normas gerais que orientarão o regramento regionalizado do assunto.

DIREITO DO CONSUMIDOR

O Direito do Consumidor é uma das matérias eleitas pelo constituinte originário como sendo de tal relevância que decidiu por determinar ser a capacidade legislativa abrangente. Tal amplitude, porém, não é absoluta, deve submeter-se à orientação das normas gerais estabelecidas pela legislação federal. Trata-se de competência legislativa suplementar, ou seja, a de complementar a legislação geral sobre o assunto, que no caso do Direito do Consumidor já têm as normas gerais estabelecidas no Código de Defesa do Consumidor (CDC).

No que concerne à iniciativa, que é a capacidade de deflagrar o processo legislativo, ela foi deferida tanto ao Chefe do Poder Executivo como a qualquer membro do Poder Legislativo.

Em suma, excluída a hipótese de substituição da norma geral emanada pela União, poucos foram os limites impostos aos entes federados e seus legisladores para cuidar do direito consumerista.

Destaque-se, por fim, que o Direito do Consumidor é matéria que poderá ser inteiramente regulamentada por meio de lei ordinária, ou seja, sem qualquer exigência de quórum qualificado para sua deliberação.

No âmbito federal, sob a característica da norma geral prevista, temos a Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990, que cuidou de estabelecer os princípios gerais que regem a matéria, e principia por definir ser o consumidor *toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final* (art. 2º, Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990 – CDC).

Como vemos, o Direito do Consumidor é amplamente protegido pelo ordenamento jurídico pátrio.

Somente no Estado de São Paulo, desde o advento da Constituição Federal de 1988, foram editadas quase uma centena de normas destinadas à proteção do consumidor, seja por meio da determinação de colocação de avisos e cartazes que os alertam sobre seus direitos, seja estabelecendo outras obrigações nas relações consumeristas.

A municipalidade paulistana editou em 05 de junho de 2019 a Lei n.º 17.109, que instituiu o Código Municipal do Consumidor. O código estabeleceu, dentre outras medidas, serem práticas abusivas nas relações de consumo o estabelecimento de limites quantitativos na venda dos produtos ofertados, a ausência do preço individualizado do produto ou serviço anunciado, além disso impõe que seja informado o prazo de entrega das mercadorias e proíbe a oferta de bala ou qualquer outro produto em substituição ao troco, dentre outras situações.

A regra geral é que, quando se trata de relação de consumo, o legislador entende o consumidor como o polo mais frágil da relação e, por consequência, aquela que mais necessita da tutela jurídica.

Todos nós, em algum momento, certamente estaremos na posição de consumidor final de uma relação de consumo de produto ou serviço. Este é um tema de interesse geral, e para o qual o ordenamento jurídico pátrio destinou especial atenção, posto que abrange situações das mais diversas, que vão desde a compra de um pãozinho até um pacote de viagem internacional.

Algumas das práticas consumeristas são tão antigas e tradicionais que remontam à história da vida em sociedade. Porém, com o advento da revolução tecnológica, novas formas de relação de consumo vêm surgindo a cada dia. Estas precisam, às vezes até com certa urgência, ser normatizadas a fim de que não haja prejuízo para nenhuma das partes.

TELEMARKETING - TELEVENDAS (UM EXEMPLO REAL)

Quem de nós já não foi importunado por um telefonema de telemarketing? Hoje em dia, além dos telefonemas, também vemos nossas redes sociais inundadas por mensagens com ofertas de produtos e serviços.

São ligações insistentes de telemarketing em que atendentes, quando não robôs, tentam vender um produto ou serviço. Elas estão entre os fatos que mais irritam os consumidores e geram inúmeras reclamações diárias para os órgãos de defesa.

Ainda não existe no âmbito federal lei que regulamente este assunto, embora haja mais de uma dezena de projetos de lei em tramitação que abordam o tema, nem sempre sob o mesmo prisma.

Há aqueles que buscam regulamentar a atividade de televendas por meio de um diploma próprio, como é o caso dos projetos n.º 866/2007, n.º 3.095/2008, n.º 4.414/2008, n.º 4.517/2008, n.º 4.996/2009, n.º 7.164/2017, n.º 8.195/2017, n.º 2.369/2019, de iniciativa dos deputados Neilton Mulin (PR/RJ), Ayrton Xerez (DEM/RJ), Carlos Bezerra (PMDB/MT); Jair Bolsonaro (PP/RJ), Capitão Assumpção (PSB/ES), Vinicius Carvalho (PRB/SP), Heuler Cruvinel (PSD/GO) e Jorge Braz (PRB/RJ), respectivamente. Os dados supracitados referem-se ao Estado e ao partido do parlamentar à época da apresentação do projeto, como é o caso do PL n.º 4.517/2018, de iniciativa do então deputado, hoje presidente da República, Jair Bolsonaro, que integrava naquela ocasião a Bancada do Partido Progressista.

Dos projetos acima enumerados, cinco criam cadastro nacional para o consumidor inscrever-se para receber, ou não, telefonemas das empresas de telemarketing. São previstas duas formas de cadastro – positivo e negativo.

Outras proposições, por seu turno, têm por escopo inserir em norma já existente o regramento relativo à atividade de televendas.

Os projetos de lei n.º 2.512/2015, de iniciativa do deputado Alexandre Baldy (PSDB/GO); n.º 9.615/2018, de iniciativa do Senador Lasier Martins (PSD/RS); n.º 10.064/2018, do deputado Rômulo Gouveia (PSD/PB); n.º 23/2019, de autoria conjunta dos deputados Weliton Prado (PSB/PR) e Aliel Machado (PSB/PR) e n.º 3.209/2019, da deputada Edna Henrique (PSDB/PB) objetivam acrescentar dispositivo ao CDC – Lei n.º 8.078, de 1990, para estabelecer limites à atividade do telemarketing em respeito às prerrogativas do consumidor.

Outros parlamentares vão ainda mais além e cuidam de estabelecer restrições às televendas diretas inserindo novo dispositivo na Lei Geral de Telecomunicações – Lei n.º 9.472, de 1997, como é o caso do PL n.º 5.652/2016, dos deputados Laura Carneiro (MDB/RJ) e Hildo Rocha (MDB/MA), e do PL n.º 8.230/2017, do Deputado Ronaldo Carletto (PP/BA), que propõe novo dispositivo tanto ao CDC, como à Lei Geral das Telecomunicações.

De todas as propostas acima referidas, aquela que tem a maior possibilidade de ser deliberada com brevidade é o Projeto de Lei n.º 9.615, de 2018, de iniciativa do senador gaúcho, Lasier Martins, que já está pronta para deliberação do Plenário. O escopo principal da proposição é, com a inclusão do

inciso XV ao artigo 39 da Lei n.º 8.078, de 1990 – o CDC, estabelecendo como prática abusiva do fornecedor a oferta produto ou serviço por telefone ou mensagem de texto a consumidor cujo número de telefone seja inscrito em cadastro telefônico de proibição de oferta. A proposta original sofreu grandes alterações, mas seu escopo foi preservado.

O senador Lasier Martins afirmou que a ideia é possibilitar ao consumidor se prevenir e se proteger contra as inúmeras ligações de televendas de empresas que oferecem produtos que não interessam ao consumidor, das quais muitas sequer se completam quando atendidas.

A redação aprovada no âmbito das Comissões, porém, é do relator Cidinho Santos (PR-MT). Ao invés de um caráter negativo proposto inicialmente pelo autor, o relator propõe um cadastro positivo. Em outras palavras, ao invés do consumidor inscrever-se para permitir as ligações de televendas, o cadastro passará a receber as inscrições de consumidores que não aceitem as ligações de ofertas de produtos e serviços de determinadas empresas.

A proposta, em síntese, determina que os órgãos públicos de defesa do consumidor deverão disponibilizar um sistema onde o consumidor que não deseja mais receber chamadas de telemarketing inscreva no cadastro os números de telefone, fixo ou celular, de sua titularidade.

No âmbito federal, portanto, estamos no aguardo de lei que permita ao consumidor receber, ou não, chamadas de telemarketing de determinadas empresas.

Isso não significa que a matéria não esteja regulada. Vejamos a seguir.

Desde 2008, a lei paulista n.º 17.109, do deputado estadual Jorge Caruso (PMDB), que criou o Cadastro para o Bloqueio do Recebimento de Ligações de Telemarketing, destinado a impedir que as empresas de telemarketing efetuem ligações telefônicas não autorizadas para os usuários nele inscritos. A norma paulista faz, porém, uma exceção. Não serão abrangidas as entidades filantrópicas que utilizem telemarketing para angariar recursos próprios. Tal providência não está prevista na proposta federal que, em contrapartida, proíbe também o envio de mensagens de texto, procedimento não usual há 11 anos atrás.

Em Minas Gerais foi sancionada a Lei n.º 19.095, de 2010, de iniciativa do deputado Célio Moreira, que disciplina a atividade do marketing direto de vendas. Além de criar um cadastro, batizado de *lista antimarketing*, a legislação mineira estabelece os horários em que tal atividade poderá ser desenvolvida. Proíbe que as ligações ocorram nos finais de semana e feriados, bem como estabelece seus horários – só poderão ocorrer entre 8h00 e 20h00. A lei mineira também excetua as entidades beneficentes da vedação imposta.

No Espírito Santo não houve a criação de qualquer cadastro. A lei capixaba, Lei n.º 10.626, de 13 de janeiro de 2017, do deputado Gilsinho Lopes (PR), determina que os fornecedores de produtos e serviços somente poderão efetuar ligações aos consumidores para a realização de serviços de telemarketing de segunda-feira a sexta-feira entre 8h00 e 19h00 horas, vedadas as ligações aos sábados, domingos e feriados.

No Rio Grande do Sul a Lei Estadual n.º 13.249, de 2009, de autoria do deputado Alceu Moreira (PMDB), criou cadastro sob a responsabilidade do órgão público local e impôs multa face ao descumprimento das medidas previstas. Também a lei paulista previa tal penalidade, mas teve seu artigo vetado.

O Estado do Rio de Janeiro conta com norma que restringe a atividade de televentas, desde 2006, quando foi promulgada a Lei estadual n.º 4.896. Em 2018, a Lei carioca n.º 7.853 acrescentou à norma anterior o limite de dias e horários das ligações de telemarketing. Ambos diplomas legais têm autoria parlamentar – deputados Ely Patrício (PFL) e Átila Nunes (MDB), respectivamente. O que diferencia a legislação carioca das analisadas até aqui é que a criação do cadastro é imposta às empresas de telefonia e não aos órgãos públicos de proteção ao consumidor.

Recentemente a cidade do Rio de Janeiro editou lei sobre o tema, a Lei n.º 6.523, de 15 de abril de 2019, de iniciativa do vereador Inaldo Silva (PRB), instituiu o Cadastro Municipal, sob responsabilidade do Instituto Municipal de Proteção e Defesa do Consumidor. A lei municipal fluminense, assim como as leis estaduais paulista e mineira, excetua as entidades filantrópicas das restrições impostas.

Outros entes da Federação também já contam com leis estaduais que buscam preservar o consumidor da ação abusiva das empresas de telemarketing, como por exemplo Ceará, Distrito Federal, Mato Grosso do Sul e Paraná.

Interessante observar que todas elas, sem exceção, foram de iniciativa parlamentar, embora de distintos partidos políticos, o que comprova que o assunto não está vinculado a qualquer ideologia ou programa partidário.

Como observado anteriormente, por tratar de assunto de competência concorrente, no caso da aprovação do PL n.º 9.615/2018, em fase final de tramitação junto à Câmara dos Deputados, as normas Estaduais e municipais em vigor que cuidam do tema continuaram vigentes em caráter supletivo à norma federal adotada, exceto naquilo em que lhe seja frontalmente contrária.

CONCLUSÃO

O compartilhamento de competências entre os entes federados na construção do ordenamento jurídico é medida salutar adotada pelo constituinte originário e mostra que a participação efetiva dos deputados estaduais e vereadores traz contribuição importante e significativa para o bem-estar da população.

Entendemos, inclusive, que a repartição de competências deveria ser materialmente ampliada, pois muitas vezes questões que afetam a população brasileira como um todo, somente alcançam abrangência nacional por meio das ações regionais de parlamentares locais que, no mais das vezes, acabam por ter uma maior proximidade com a população, e acabam por atingir toda a nação em decorrência do surgimento de uma norma local, fazendo com que determinado tema ganhe repercussão nacional.

PROCESSO
ADMINISTRATIVO E
AS NOVAS NORMAS
DA LINDB

ADILSON ABREU DALLARI

—
Professor titular de Direito Administrativo
pela PUC/SP
Membro do Conselho jurídico da FIESP -
Conjur
Consultor Jurídico

ADILSON ABREU DALLARI

—

INTRODUÇÃO



O propósito do presente artigo é mostrar a importância da evolução do processo administrativo, ao longo do tempo, para dar eficácia aos princípios da administração pública, elencados no art. 37 da Constituição Federal: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Além disso, visa apresentar um sumário das mais recentes manifestações doutrinárias sobre as novas normas da LINDB.

No decorrer de sua história, o Brasil não tinha uma lei geral de processo administrativo, mas apenas a disciplina de alguns processos específicos: tributário, disciplinar, licitatório e de expedição de algumas licenças. Era muito grande o poder do agente público para dar, ou não, seguimento a uma postulação formulada por um particular, diante da ausência de disciplina da tramitação de processos administrativos. Essa omissão contribuiu enormemente para o desenvolvimento de uma política de corrupção, desde a gorjeta a um funcionário subalterno até a vultosa propina para as autoridades de maior nível.

A disputa política pela ocupação dos mais elevados cargos na República sempre teve um significado econômico (no mau sentido), pois permitia a "negociação" de decisões. Confira-se: "Se um empresário estiver disposto a pagar e for capaz de pagar, por exemplo, para comprar um contrato governamental, e se um agente público, com o seu poder funcional de decisão, se dispuser a vendê-lo, será feita a transação, bastando apenas acordarem o preço para que ambos sejam beneficiados. Nesses termos, o agente público fará do seu poder de decisão um negócio como outro qualquer, tendo como finalidade a maximização da sua renda, enquanto o empresário estará voltado à ampliação dos seus lucros".¹

Já tivemos oportunidade de tangenciar o tema da negociação de decisões administrativas em nossa monografia sobre licitações, enfocando o momento do ato de controle (aprovação, anulação ou revogação do procedimento licitatório, depois de conhecido o vencedor), no qual alertamos: "Somente em situações absolutamente excepcionais e diante de uma prova cabal da impossibilidade da assinatura do contrato, pela existência de vício insanável ou defeito irremediável, é que se poderá deixar de aprovar o procedimento. Lamentavelmente, a prerrogativa de praticar o ato de controle tem ensejado larga corrupção. Autoridades inescrupulosas "encomendam" pareceres negativos quanto à aprovação do certame e passam a exigir do vencedor da licitação uma generosa contribuição em dinheiro (obviamente às escondidas) como condição da aprovação, tendo em seu favor o fato de que a correção do abuso (pela via administrativa e/ou judicial) demanda muito tempo. Em síntese, o controle é essencial para evitar abusos, mas pode ser, ele mesmo, fonte deles"².

Toda decisão administrativa depende da manifestação de um ser humano incumbido dessa tarefa ou competente para falar em nome de dado órgão ou entidade pública a que esteja vinculado. Mas é preciso deixar claro que a "vontade" da administração é sempre instrumental (voltada para a realização de um fim de interesse público) e não se confunde com a vontade psicológica do agente. Entretanto, é impossível eliminar totalmente o componente pessoal, decorrentes de relacionamentos, valores ou concepções ideológicas do agente público.

Essa impossibilidade não libera a autoridade de buscar a neutralidade possível, conforme adverte o ministro Roberto Barroso, ao discorrer sobre interpretação das normas constitucionais: *"A impossibilidade de chegar-se à objetividade plena não minimiza a necessidade de se buscar a objetividade possível. A interpretação, não apenas no direito como em outros domínios, jamais será uma atividade inteiramente discricionária ou puramente mecânica. Ela será sempre o produto de uma interação entre o intérprete e o texto, e seu produto final conterá elementos objetivos e subjetivos"*³.

A inspiração para a propositura de um projeto de lei geral de processo administrativo nasceu com a percepção da necessidade de se conferir maior concretude e eficácia às garantias do devido processo legal e da ampla defesa, previstos nos incisos LIV e LV, do art. 5º da Constituição Federal. Buscava-se dar maior proteção especialmente aos litigantes com a administração pública e, também, aos postulantes perante ela. Com o tempo foi-se apercebendo que a disciplina normativa do processo administrativo tinha alcance mais amplo, servindo para a defesa do próprio interesse público, em assuntos internos da administração e no relacionamento normal desta com os particu-

lares. As decisões administrativas são adotadas por meio de processos, nos quais devem estar consignados seus fundamentos e seus motivos. Com isso, fica assegurado o controle também jurisdicional das decisões, inclusive e principalmente as tomadas no exercício de competência discricionária.

Carlos Ari Sundfeld, com muita precisão, em trabalho publicado sob o título *Processo e procedimento administrativo no Brasil* (em obra coletiva, por ele coordenada, sobre As Leis de Processo Administrativo)* adverte que, no estágio atual da administração pública brasileira, após o surgimento da Lei n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que estabelece normas gerais de processo administrativo, ficou absolutamente patente que "**decidir é fazer processos**", pois toda atividade decisória de qualquer autoridade deve ser precedida do "devido processo legal", no qual fique consignada a motivação (explicitação dos motivos) da decisão proferida e do qual tenham participado, tenham tido oportunidade de manifestar-se, as pessoas, físicas ou jurídicas, especialmente e diretamente afetadas pela decisão. O processo administrativo, disciplinando e dando publicidade aos mecanismos de decisão, certamente contribui para reduzir, ou mesmo definir, a margem de discricionariedade do agente público.

É preciso deixar muito claro que os preceitos da Lei n.º 9.784/99, outra coisa não são senão a positivação, mediante normas legais, dos princípios implícitos decorrentes dos acima citados princípios constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa. Isso significa que alguns dispositivos, dada a sua umbilical vinculação aos mencionados princípios constitucionais, assumem o valor de princípios gerais de processo administrativo, funcionando como normas nacionais, de observância obrigatória não apenas pela União Federal, mas também por Estados, municípios e Distrito Federal.

Essa relação imediata entre os princípios constitucionais e a lei geral de processo administrativo fica muito nítida no *caput* do art. 2º da Lei n.º 9.784/99: "A administração pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência". Em seu parágrafo único estão elencados os critérios que deverão ser observados no desenvolvimento do processo, todos eles genéricos, sem especificidades ou particularidades, de maneira que podem e devem ser observados por órgãos e entidades de todos os níveis de governo.

Desde sua edição, em 1999, a lei geral de processo administrativo veio sendo assimilada pela administração pública em geral e, o que é mais importante, veio sendo cada vez mais aplicada pelo Poder Judiciário, tanto em suas atividades administrativas, quanto no exercício da função jurisdicional.

Esse ambiente jurídico propiciou um necessário aditamento ao Decreto-Lei n.º 4.657, de 04 de setembro de 1942, designado como Lei de Introdução

às Normas do Direito Brasileiro – LINDB. Essa Lei, resultado de uma cultura da época de sua edição, pouco ou nada tratava de matérias específicas de direito administrativo. Porém, na medida em que foi sendo percebida a relevância das decisões administrativas, tanto para o desenvolvimento econômico, quanto para o nível de vida dos cidadãos em geral, percebeu-se a necessidade de uma complementação da LINDB, o que foi feito pela Lei n.º 13.655 de 25 de abril de 1918, que acrescentou dez artigos ao texto original.

Não se pretende, neste estudo, fazer uma análise completa desses novos dispositivos, mas, sim, apenas, brevíssimos comentários, apenas para destacar como eles propiciam um avanço na aplicação e controle das normas que disciplinam a tomada de decisões no âmbito administrativo. A doutrina ainda é incipiente, dado o pouco tempo decorrido, mas existem algumas análises muito bem elaboradas, que serão transcritas ou mencionadas.

MOTIVAÇÃO E ALTERNATIVAS

O art. 50 da Lei n.º 9.784/99 já exigia que os atos administrativos fossem motivados, com a indicação dos fatos e fundamentos jurídicos, deixando claro que a motivação, ou seja, a explicitação dos motivos da decisão, sempre deve ser explícita, clara e congruente. A LINDB foi um pouco mais longe, proibindo que a decisão seja tomada com base em valores jurídicos abstratos, e determinando que se demonstre a necessidade e adequação da medida, inclusive em face de possíveis alternativas.

Na doutrina, merece transcrição o texto que se segue: “O dever de motivar (geral a toda decisão) passa a ser reforçado, nos casos de decisão baseada em valores abstratos, com o dever de indicar as consequências antevistas pelo decisor. Mais do que isso, o dispositivo obriga a que as consequências possíveis sejam avaliadas e sopesadas. E, assim exigindo, torna a decisão baseada na aplicação de princípio controlável (e censurável) quando não vier acompanhado da análise das consequências. Daí por que temos que o art. 20 visa a interditar que, por intermédio da utilização de conceitos vagos, sobretudo os controladores, se substituam às competências da administração pública, sem assumirem os ônus que são próprios ao administrador”.⁴

CONSEQUÊNCIAS PRÁTICAS, JURÍDICAS E ADMINISTRATIVAS

O art. 21 da LINDB reforça as exigências quando a decisão (inclusive na esfera judicial) decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma

administrativa, devendo indicar condições para a eventual e possível regularização, de maneira a evitar prejuízo aos interesses gerais da coletividade.

A mais consagrada doutrina tradicional já relativizava o suposto dever de anular sempre, diante de qualquer irregularidade. Paulo Neves de Carvalho, em brilhante estudo sobre “Os atos administrativos em espécie: conteúdo, forma, revogação e anulação”⁵ já afirmava: “Uma das ideias mais importantes é a de que na avaliação dos fatores da nulidade, na avaliação do ato administrativo, há que sopesar, confrontar, sempre, a situação posta por intermédio do ato que se diz viciado com a presença do interesse público, isto é, não se invalida apenas em nome de uma desconformidade do ato administrativo com a regra legal, mas ele vai se desfazer ou não em razão da presença do interesse público.”

Ainda durante a tramitação do projeto de lei que resultou no texto atual da LINDB, a doutrina atual já enfatizava a necessidade de alteração da rigidez no tocante à anulação do ato administrativo. “A previsão almeja positivar algo de muito significativo: as decisões que determinam a invalidade de atos e fatos pretéritos não se dão em abstrato (no maravilhoso e inexistente “mundo do dever-ser”). Tampouco a invalidação se encerra em si mesma – como se o tempo nela parasse. Ela não eclode num mundo ideal, endonormativo, sem que haja consequências práticas. Ao contrário: o ato de invalidar irradia os seus efeitos para além das suas fronteiras lógico-normativas (objetivas e subjetivas). Não será demais afirmar que toda decisão de invalidação gera custos internos para as partes relacionadas, bem como externos ao seu desfazimento (as chamadas “externalidades negativas”).⁶

CIRCUNSTÂNCIAS, OBSTÁCULOS E DIFICULDADES

O art. 22 da LINDB coloca em prática, ou insere no direito positivo, o princípio da razoabilidade, cada vez mais aceito e aplicado nas esferas administrativa e judicial, dando respaldo ao gestor público, ao dizer que na interpretação e aplicação de normas sobre gestão pública, devem ser considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor, diante do caso concreto, especialmente diante de exigências das políticas públicas que deve implementar. O agente controlador, em qualquer esfera, sempre deverá considerar as circunstâncias práticas que determinaram a decisão adotada pelo agente público.

Dados os propósitos e limitações do presente artigo, não se pode ir além, na análise do tema, mas é essencial transcrever dois fragmentos de estudo mais completo feito pela recente doutrina: “A respeito da natureza das dificuldades que poderão ser referidas, a maior parte dos comentaristas têm

citado dificuldades e obstáculos materiais, temporais, orçamentários e de pessoal. Estas são, afinal, as mais óbvias circunstâncias que podem impedir a implementação de uma dada política pública. Além disso, são as dificuldades mais frequentemente reportadas pela imprensa em relação à administração pública em todo o País: falta de verbas, tempo escasso para planejar e executar a ação, déficit de pessoal, baixa qualidade dos recursos humanos disponíveis, deficiências de material de escritório, de infraestrutura mínima de trabalho, entre outras. (...) Mas a verdade é que as condições orçamentárias, materiais e de pessoal variam grandemente dentro do País. A atenção a estas disparidades é relevante para interpretar adequadamente a legislação administrativa no tocante a pequenos municípios do interior do País. E não faz sentido aplicar e interpretar a legislação relevante aos seus gestores da mesma forma que a um gestor de uma grande e rica capital brasileira”⁷.

NOVA ORIENTAÇÃO E ORIENTAÇÕES GERAIS

Um preceito fundamental de hermenêutica é o da necessidade de interpretação evolutiva, segundo a qual as normas devem ser interpretadas não em face do ambiente existente quando de sua edição, mas sim, de acordo com as circunstâncias vigentes no momento de sua aplicação.

Já tivemos a oportunidade de tratar do assunto em trabalho já antigo: “Toda norma legal, inclusive constitucional, decorre de um ambiente político, social e econômico vigente no momento de sua edição. Mas esse ambiente muda com o decorrer do tempo, exigindo do intérprete e aplicador da lei um esforço de adaptação, para que possa dar a correta solução aos problemas emergentes. É certo, portanto, que a melhor interpretação da lei (entre as várias possíveis) vai variar ao longo do tempo de sua vigência. Uma interpretação incontestavelmente correta adotada em um momento do passado, pode tornar-se inaceitável em ocasião posterior, pois obviamente, não faz sentido dar-se a mesma solução para um problema que se tornou diferente, em razão de alterações no plano da realidade fática”⁸.

Disso resulta que, com alguma frequência, as administrações públicas se vejam obrigadas a mudar entendimentos consagrados ao longo do tempo e orientações gerais sedimentadas. Esse problema já foi percebido pela Lei n.º 9.784/99, que, em seu art. 2º, parágrafo único, inciso XIII, expressamente vedava a aplicação retroativa de nova interpretação. A LINDB avançou bastante nessa matéria, sendo essencial a transcrição dos artigos que cuidam dos efeitos da adoção de uma nova interpretação:

“ART. 23. A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais.

ART. 24. A revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas.”

Ainda quando da tramitação do projeto de lei de ampliação da LINDB tivemos oportunidade de escrever um texto destacando a necessidade de que essa questão fosse disciplinada, em razão do princípio fundamental da segurança jurídica: “Da mesma forma em que esta lei repudia a retroatividade da lei, por coerência e com maior razão, deve repudiar a aplicação retroativa de nova interpretação da mesma lei, pois isso também ofende, diretamente, o superprincípio da segurança jurídica ou da estabilidade das relações jurídicas (...) Mudanças de interpretação das normas jurídicas, ao longo do tempo, são inevitáveis, pois o Direito está em constante evolução, em decorrência de avanços tecnológicos ou sociais, de alterações no contexto normativo (afetando a interpretação sistemática) e de mudanças na composição dos quadros nos órgãos de deliberação coletiva, os quais são as principais fontes produtoras de orientações gerais. Considerando que, em decorrência do sistema democrático, da estrutura federativa do Brasil, da autonomia dos poderes e da descentralização administrativa, existe, também inafastavelmente, uma pluralidade de órgãos de deliberação coletiva, é imperiosa a edição de uma norma geral, de caráter nacional, para que se possa ter um padrão de conduta para todos eles, estabelecendo critérios, condições e consequências uniformes, nos casos de mudança de interpretação formalmente fixada em momento anterior”⁹.

A recente doutrina, já comentando os artigos das novas normas da LINDB, traz uma importante contribuição para o melhor entendimento do disposto nos artigos transcritos anteriormente, evidenciando a possibilidade de conciliar a interpretação evolutiva com a estabilidade das relações jurídicas e a confiança legítima: “As decisões administrativas gozam de presunção de legalidade. Essa presunção não constitui mera peroração doutrinária

nem pode ser vista apenas como instrumento de efetivação da supremacia do interesse público. Ela, antes de qualquer coisa, retrata uma expectativa real do administrado diante da atuação aparentemente regular de autoridade pública. Se a deliberação provém de órgão legitimado para decidir, é natural e esperado que a sociedade como um todo tome essa manifestação como legítima, ou seja, como conforme ao direito. A partir do reconhecimento dessa presunção em favor da legalidade das deliberações administrativas, cria-se a legítima expectativa de conformidade ao direito dos efeitos produzidos a partir dessas decisões. Desconstituir tais efeitos, por isso, constitui de certa maneira uma perda para a noção de estabilidade jurídica, mesmo que seja para corrigir decisão contrária à lei. O velho brocardo 'ato nulo não produz efeitos' perdeu espaço. Admite-se que a declaração de nulidade de ato administrativo, dependendo do caso, se atingir situação concreta já constituída, para o bem da segurança jurídica e da proteção da confiança do administrado, invalide o ato, mas preserve os efeitos já produzidos" ¹⁰.

CELEBRAÇÃO DE COMPROMISSO E POSSIBILIDADE DE COMPENSAÇÃO

As novas normas acrescentadas à LINDB, nos arts. 26 e 27, contribuem para diminuir substancialmente as disputas judiciais entre particulares e a administração pública, ao admitir, expressamente, adotadas certas cautelas, a possibilidade de soluções negociadas (no bom sentido), de transação e da compensação por benefícios ou prejuízos anormais ou injustos.

Essas possibilidades se abrem em face do contexto dessas novas normas, que, conforme dito anteriormente, exigem a explicitação dos motivos da decisão e a ponderação de suas consequências em face de possíveis alternativas. Na vida real da administração pública existem situações nas quais a simples instauração de uma contenda judicial já representa um dano ao interesse público, na medida em que impede a implantação de medidas urgentes e indispensáveis para a execução de projetos ou implantação de políticas públicas.

Essa possibilidade da celebração de acordos não é nova, pois ela já era prevista no art. 10 do Decreto-Lei n.º 3.365, de 21 de junho de 1941, que disciplina as desapropriações: "A desapropriação deverá efetivar-se mediante acordo ou intentar-se judicialmente". Não se pode ignorar, entretanto, que essa possibilidade incondicionada levou, muitas vezes a acordos espúrios, altamente danosos para o erário. O que se tem agora é a possibilidade da celebração de acordos num contexto que permite aferir, com segurança, sua viabilidade e conveniência.

RESPONSABILIDADE DO AGENTE

A República é o governo dos iguais. Na monarquia, a figura do imperador era inviolável e sagrada, não estando ele sujeito à responsabilidade alguma. Na República não há autoridade imune à responsabilidade, em qualquer ramo ou nível de governo. O art. 37, §6º, da Constituição Federal, estabelece a responsabilidade civil do Estado e a possibilidade de ação regressiva deste contra o agente, nos casos de dolo ou culpa. A responsabilidade da entidade pública é objetiva, mas a do agente é subjetiva, dependendo da apuração do dolo ou culpa, mediante o devido processo legal, assegurada a ampla defesa.

O art. 28 da LINDB estabelece, diretamente, que “o agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro”. Com isso, fica sepultada a antiga controvérsia sobre a possibilidade de responsabilização do agente apenas em ação regressiva. O dolo está suficientemente estudado pela doutrina, não ensejando dúvidas, mas o entendimento do que seja “erro grosseiro” ainda está pendente, mas mantém uma certa relação com a culpa ou culpa grave.

Esse tratamento dado pela LINDB é altamente louvável, pois deixa claro que uma simples opinião técnica, que depois se revele como equivocada ou que não seja a melhor não enseja a responsabilidade de seu prolator. Fica afastado o risco por simples delito de opinião, que ensejou o conhecido “apagão das canetas”. Sem dúvida, a configuração de erro grosseiro sempre dependerá da aferição de uma conduta, elementarmente desatenta, descuidada, contraditória, aberrante, incompatível com o cargo, com a posição hierárquica e o nível de responsabilidade do agente e injustificavelmente divergente de entendimentos gerais consolidados.

CONSULTA PÚBLICA E SEGURANÇA JURÍDICA

A lei geral de processo administrativo, Lei n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999, em seus arts. 31 a 34, traz uma cuidadosa disciplina da possibilidade, conveniência, exigibilidade e desenvolvimento procedimental de consultas públicas. Diante desse tratamento legal já suficientemente detalhado (sem entrar em minúcias ou especificidades) as novas normas da LINDB quanto a isso, no art. 31, foram bastante parcimoniosas, bastando destacar a previsão de que consultas públicas sejam feitas “preferencialmente por meio eletrônico”, o que possibilita maior publicidade e maior participação.

Por último, cabe apenas registrar que, em atenção aos princípios da impessoalidade, da publicidade e visando dar a maior objetividade possível

às decisões administrativas, a LINDB, em seu art. 30, determina às autoridades públicas que editem regulamentos e deem publicidade a súmulas administrativas e respostas a consultas, que passam a ser vinculantes para seus emitentes. Tais providências aumentam a segurança jurídica, mas devem ser compatibilizadas com circunstâncias específicas do caso e com as dificuldades e possibilidades do agente. Pode-se afirmar que, em seu contexto, as novas normas da LINDB marcam uma nova fase na evolução do processo de tomada de decisões no âmbito da administração pública brasileira.

1

"A corrupção pública significa a venda de uma decisão pública". DE PAULA, Marco Aurélio Borges, "Efeitos da corrupção para o desenvolvimento", in *Compliance, gestão de riscos e combate à corrupção*, Coordenadores Marco Aurélio Borges De Paula e Rodrigo Pironti Aguirre de Castro, pág. 21. Ed. Forum. Belo Horizonte: 2018.

2

DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos jurídicos da licitação*, 7ª d., pág. 193. São Paulo, Editora Saraiva: 2006.

3

BARROSO, Luis Roberto. A objetividade máxima que se pode perseguir na interpretação jurídica e constitucional é a de estabelecer os balizamentos dentro dos quais o aplicador da lei exercitará sua criatividade, seu senso do razoável e sua capacidade de fazer a justiça do caso concreto in *Interpretação e aplicação da Constituição*, 3ª edição, pág. 276. São Paulo, Editora Saraiva: 1999.

4

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo e FREITAS, Rafael Vêras de. *Comentários à Lei n.º 13.655/2018: Lei da Segurança para a inovação pública*, págs. 32, 33. Belo Horizonte, Editora Fórum: 2019.

5

BDA n.º 10, outubro de 1996, editora NDJ, pág. 651.

6

MOREIRA, Egon Bockmann. Comentários sobre o artigo 26 do Projeto de Lei n.º 349/2015, que inclui, na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, disposições para aumentar a segurança jurídica e a eficiência na aplicação do direito público, in *Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas: desafios de uma sociedade democrática*, pág. 33. Brasília, Senado Federal: 2015.

7

JORDÃO, Eduardo. Comentários ao art. 22 da LINDB – Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro in *RDA – Revista de Direito Administrativo – Edição Especial – Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei n.º 13.655/2018)*, Editores: Joaquim Falcão e Sérgio Guerra, pág. 76. Rio de Janeiro, FGV – Direito Rio Editora: outubro de 2018.

8

DALLARI, Adilson Abreu. Privatização, eficiência e responsabilidade, in *Uma avaliação das tendências contemporâneas do Direito Administrativo*, obra em homenagem a Eduardo Garcia de Enterria, coordenador Diogo de Figueiredo Moreira Neto, pág. 211. Editora Renovar: 2003.

9

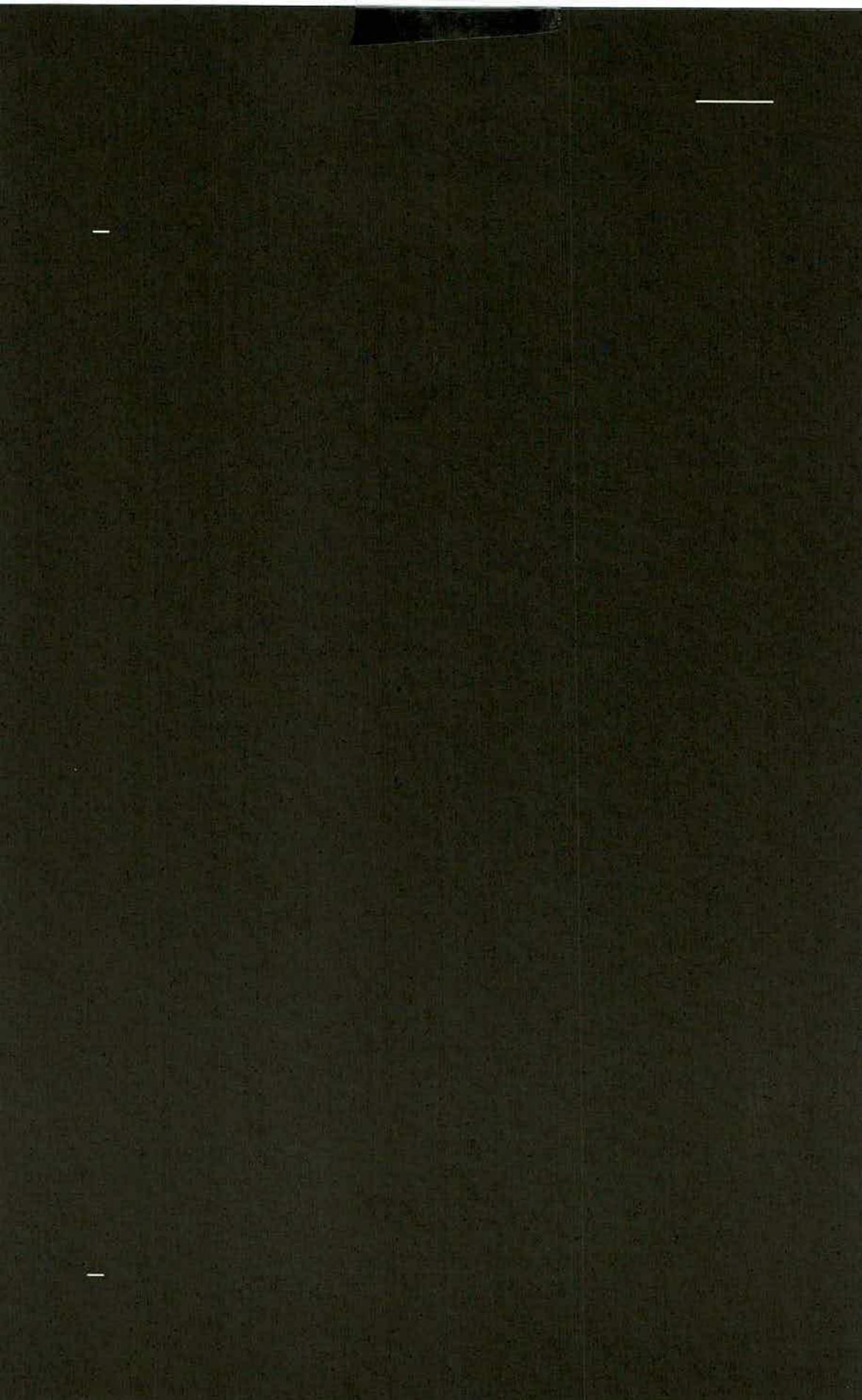
DALLARI, Adilson Abreu. Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas in *Estudos sobre o PL n.º 349/2015*. Brasília-DF, Senado Federal: 2015.

10

CÂMARA, Jacintho Arruda. Comentários ao art. 24 da LINDB – Irretroatividade de nova orientação geral para anular deliberações administrativas in *EDA – Revista de Direito Administrativo – Edição Especial – Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei n.º 13.655/2018)*. Editores: Joaquim Falcão e Sérgio Guerra, pág. 115. Rio de Janeiro, FGV – Direito Rio Editora: outubro de 2018.

*

Malheiros, 2.000, p. 19



ORÇAMENTO

REGIS FERNANDES DE OLIVEIRA

REGIS FERNANDES
DE OLIVEIRA

Professor Titular da USP. Desembargador aposentado. Ex-deputado federal e vice-prefeito de São Paulo. Autor de 17 livros.

NOÇÃO INTUITIVA: O AUMENTO DAS NECESSIDADES DO ESTADO

A

As noções que temos na vida do dia a dia são quase sempre as mesmas quando transplantadas para o mundo normativo. É que a linguagem jurídica deve ser clara para ser entendida. O destinatário das normas é o povo. Não se destina a mera relação sintática (norma/norma) nem meramente semântica (norma/sujeito/fato) com termos somente compreensíveis por atores jurídicos. Não. O mundo das normas deve refletir o real.

Nem por outro motivo é que a economia provém do grego – *oikos* = casa e *nomos* = estatuto, lei. É a norma da casa. Assim, os que cuidavam da casa tinham certas regras e uma delas é a de não gastar mais do que o que recebiam para suportar as despesas. Qualquer indivíduo sabe que se gasta mais do que recebe, fica devendo e é obrigado ou a tomar empréstimo para manter seu padrão de vida ou, não logrando obtê-lo, quebrar. Perde o crédito (= *fidúcia*).

No Estado, a noção é a mesma. Credor privilegiado de tributos, podendo instituí-los e cobrá-los, faz seu caixa por meio das rotuladas receitas. Cria, por lei, seus tributos (inciso I do art. 150 da Constituição Federal) e abastece os cofres públicos. Não apenas por tributos, mas também por outras receitas (exploração do patrimônio público = preços; prestação de serviços (art. 173 da Constituição), tarifas (art. 175), doações, multas, perdimento, etc..

O reverso da medalha ocorre com as obrigações que tem que satisfazer, não apenas com as políticas públicas (discriminadas no art. 21 da Constituição Federal), mas também, com a *estrutura burocrática* (servidores públicos) e serviços que deve desempenhar (art. 175).

No início de sua instituição, o Estado apenas tinha o dever de evitar a morte violenta (pacto decorrente das orientações de Hobbes – tido como o pai do autoritarismo e Locke – visto como o criador do liberalismo). É que, quando das tribos, prevalecia a vingança¹ e o Estado/Judiciário assume a vingança privada. Diz Girard: “É o sistema judiciário que afasta a ameaça da vingança”².

A primeira despesa, então, ocorre em face da segurança, como deixei claro em meu livro *Gastos públicos*³. Como desenvolvimento das sociedades, o Estado passa a assumir outras atribuições, tais como prestação de serviços públicos (educação, saúde, energia elétrica, transporte, etc.), construção de estradas, intervenção no domínio econômico e, pois, as despesas aumentam. De outro lado, tem que manter um aparato gigantesco para exercer todas as atividades. Basta pensar na segurança pública e saber que é necessário manter presídios, atendimento à sociedade (delegacias), prisões de trânsito, veículos, armas e manutenção de todo um esquema de funcionários para investigações, prevenção de ocorrências, apuração de provas, acusação e julgamento. Tudo é muito dispendioso.

A FELICIDADE

A má prestação dos serviços de saúde, por exemplo, causa infelicidade. Quem espera muitas horas para ter atendimento em um pronto-socorro ou vê um ente querido morrer às portas de um hospital sem ser atendido se entristece brutalmente. Aquele que não tem casa, que não tem serviço básico de água e esgoto, que reside em situação de risco, vê a busca de sua felicidade se esvaír. De outro lado, quem recebe uma casa do Poder Público, quem vê um córrego que então era cheio de baratas, pernilongos e ratos ser canalizado, quem é rapidamente atendido numa cirurgia de urgência, vê a busca da *eudamonia satisfeita*.

A previsão de verbas públicas para prestação de serviços que redundam em alegria para a coletividade (o asfaltamento de uma via até então empoeirada) é absolutamente importante para a pacificação da sociedade.⁴

A EXIGÊNCIA DO ORÇAMENTO NO ESTADO DE DIREITO: OBSOLETA DISCUSSÃO SOBRE A SUA NATUREZA JURÍDICA

Os estudos sobre o orçamento passam de considerá-lo mera *peça de ficção*, a vê-lo como instrumento de ação do Estado e passa-se ao orçamento impositivo.

Para mim, o orçamento sempre foi impositivo. É uma lei e, como tal, deve ser cumprido. As emendas que buscam torná-lo impositivo são aberrações jurídicas. Como se pode considerar uma lei não obrigatória? A dificuldade que os autores vêm, provém do disposto no parágrafo 8º do art. 165 ao dispor que “a lei orçamentária anual não conterà dispositivo estranho à previsão da receita e à fixação da despesa...”. Eis os conteúdos da lei orçamentária anual: *previsão da receita e fixação da despesa*. A saber, o governo estabelece as despesas, sabe o que quer. Mas, a receita é meramente estimada, porque não se sabe quanto se arrecadará no exercício financeiro. Logo, mera *previsão*. Se a arrecadação fica a quem das despesas previstas, pode ser decretado o *contingenciamento*. Se não há liquidação, não há como cumprir com as obras, com os serviços e com as demais previsões estabelecidas. De outro lado, se há ingresso, *obrigatória a despesa para atendimento do que foi previsto*.

É equação bastante simples sobre a qual os autores tergiversam. O *contingenciamento* só pode ocorrer se os ingressos não se realizam nos montantes *previstos*.

Outrora, havia discussão sobre a *natureza jurídica do orçamento*. A matéria se afigura ultrapassada. Não se pode considerar o orçamento *mera lei formal* (afirmativa que provém de Laband, à luz do direito alemão), embora passe pelo processo normativo da criação das leis. Nem se pode dizer que é *material*. A discussão está desfocada.

O orçamento é lei fundamental para a estrutura e funcionamento do Estado. É por intermédio dele que se estabelece o comportamento do Estado. Basicamente, como diz Norbert Elias: “Os meios financeiros arrecadados pela autoridade sustentam-lhe o monopólio da força militar, o que, por seu lado, mantém o monopólio da tributação”⁵. Acrescenta que “é fato conhecido como a sua transformação em monopólio público encontrou, finalmente, expressão no orçamento”⁶.

Peça essencial na configuração do Estado, o orçamento disciplina sua vida financeira. Nem vale a pena perder mais tempo discutindo situações obsoletas. Como assinalai, “com os novos ventos, passa o orçamento a ser visto não mais como peça financeira, mas como um *programa* de governo, por meio do qual não apenas se havia de demonstrar a elaboração financeira, mas também definir a orientação do governo”⁷. O que reflete a orientação política dominante⁸. “A positivação não só do ideário político, mas da concretude da peça orçamentária, passa a vincular a ação administrativa e a ação política”⁹.

Termino, afirmando: “Já não se pode admitir um orçamento sem compromissos, apenas para cumprir determinação legal. Já não se aceita o governante irresponsável”¹⁰.

A lei que reflete uma orientação do governo deixa de ser ato meramente estatal para ser um compromisso com a sociedade. O governo não pode fazer o que quer, mas deve cumprir o pacto assumido quando da elaboração orçamentária. Não só a autorização para receber, mas o compromisso com o fazer.

O CHAMADO ORÇAMENTO IMPOSITIVO: AS EMENDAS PARLAMENTARES INDIVIDUAIS

Assim rotulo o item a ser tratado, apenas por questão didática. Como já afirmei, para mim, todo orçamento é impositivo, mas os autores e a imprensa passaram a chamar de orçamento impositivo a Emenda Constitucional n.º 86/2105 e, mais recentemente, a Emenda Constitucional n.º 100/2019.

O que ocorria? Convencionou-se que os parlamentares podem apresentar o que se denomina *emendas parlamentares individuais* para identificar verbas que estes destinam a sua base eleitoral. Houve, inicialmente, um acordo entre governo e Parlamento que senadores e deputados poderiam apresentar as denominadas *emendas parlamentares*.

Com base em tal acordo, os congressistas apresentam, quando da discussão da Lei Orçamentária Anual as emendas destinadas a sua base eleitoral. Festas gospels, rodeios, praças públicas, asfaltamento, aparelhos hospitalares, entre outros, passaram a figurar nas emendas individuais. O que sucedeu? As verbas apenas eram liberadas pelos ministérios antes das votações de projetos de interesse do governo. Assim, instituiu-se uma troca de votos por verbas. Matéria complexa e eticamente discutível. Mas, passou a ser a regra.

A notícia veiculada pelos jornais de que deputados haviam vendido seu voto às vésperas das votações de projetos importantes incomodou o Congresso. Daí o surgimento de Proposta de Emenda Constitucional (PEC) que seria transformada em Emenda Constitucional (a primeira de n.º 86/2015), no sentido de tornar obrigatória a liberação de verbas por parte do governo. Não mais ficaria ao critério do Ministério a liberação de recursos, mas tornar-se-ia impositivo. Daí o nome *orçamento impositivo*.

Mero rótulo, porque impositivo o orçamento já era e continua sendo, independentemente das emendas constitucionais que forem apresentadas. Estabeleceram-se limites para liberação dos recursos e, também, regras para o contingenciamento das referidas emendas.

Agora, verifica-se que a liberação dos recursos para pagamento das emendas parlamentares individuais é obrigatória para o governo. Não pode discutir nem deixar de liberar as verbas. A liberação ocorre durante o exer-

cício financeiro. Não há data prefixada. No entanto, o vício se repete: os recursos são liberados às vésperas das votações importantes para o governo, como a vincular o voto à disponibilidade.

A EMENDA CONSTITUCIONAL N.º 100/2019: AS EMENDAS DE BANCADAS, O SANATÓRIO LEGISLATIVO E A INSANIDADE DO LEGISLADOR

Quando governo e Congresso não se entendem, sobra para a população. Na sintonia, todos se beneficiam. Ocorre que se aprovou a Emenda Constitucional n.º 100/2019 que altera os arts. 165 e 166 da Constituição Federal “para tornar obrigatória a execução da programação orçamentária proveniente de emendas de bancadas de parlamentares de Estado ou do Distrito Federal”.

A emenda acrescentou o parágrafo 12 ao art. 166 da Constituição da República e, por força disso, teve que alterar o inciso III do parágrafo 9º. Do art. 165 para atribuir à lei complementar que disponha sobre critérios para execução equitativa, além de procedimentos que serão adotados quando houver impedimentos legais e técnicos, cumprimento de restos a pagar e limitação das programações de caráter obrigatório para realização da liberação de recursos de pagamento das emendas de bancada.

O parágrafo 10, acrescido ao art. 165 da Constituição Federal, estabelece que a administração “tem o dever de executar as programações orçamentárias, adotando os meios e as medidas necessários, com o propósito de garantir a efetiva entrega de bens e serviços à sociedade”.

O que aí está escrito é teratológico. A saber, antes do acréscimo do referido parágrafo a administração não teria qualquer dever de cumprir *as programações orçamentárias*. Rematado absurdo. Insista-se: o orçamento sempre foi impositivo. Retrata um programa de governo que deve ser cumprido, com uma condição: de que os recursos se realizem. A saber e, como diria Chico Buarque, quero lançar um grito desumano que é para ser escutado, o orçamento é impositivo e só não pode ser cumprido se não houver recursos. Aí cabe o contingenciamento e não ensejará as denominadas *pedaladas fiscais*.

O orçamento é uma lei de *previsão* de receitas e *fixação* de despesas. Se as receitas se realizam, o orçamento deve ser cumprido em toda sua extensão.

A redação do parágrafo 10 do art. 165 é um despautério. É óbvio que a administração tem o dever de executar as programações orçamentárias, adotando os meios e as medidas necessárias, com o propósito de garantir a efetiva entrega de bens e serviços à sociedade. A obviedade é ululante, à imitação de Nelson Rodrigues.

O parágrafo 12, acrescentado ao art. 166, complementa o inciso 9º. Neste se prevê o pagamento das emendas individuais; naquele, as *emendas de bancada*. O que é emenda de bancada? Cada Estado tem sua representação política, em número de parlamentares correspondente ao número de eleitores de cada Estado (ainda que haja adulteração da representação – um indivíduo = um voto – e que o número dos eleitores de cada Estado corresponda ao número de representação parlamentar). Cada unidade federativa tem suas necessidades, seja um hospital, uma via a ser asfaltada, a construção de um porto, etc. Seja o que for, o valor das emendas de bancada é muito maior que o das individuais. A bancada se reúne com o governador e este narra dificuldades e prioridades para o exercício seguinte àquele em que se elabora o orçamento. A bancada acolhe a pretensão do governo do ente federativo e assim dispõe no orçamento anual. Esta é a emenda que, agora, tem caráter impositivo.

Se surgir “impedimentos de ordem técnica” pode haver a suspensão da execução obrigatória [*parágrafo 13 ao art. 166*]. O parágrafo 14, cuja numeração foi alterada para dar sintonia ao texto, contém prescrição meramente técnica. Observe-se o absurdo da previsão constitucional: dá-se ordem a “órgãos técnicos de execução” que deverão atentar para a lei de diretrizes orçamentárias e outros detalhes.

A disposição estaria bem colocada na Lei de Diretrizes Orçamentárias ou, menos ainda, em mera portaria de qualquer órgão técnico responsável pelo cumprimento das previsões orçamentárias.

O mesmo dispositivo revoga quatro incisos que foram incorporados à Constituição por força de Emenda Constitucional anterior. Cuidavam de orientações técnicas absolutamente incompatíveis com o texto de uma Constituição Federal.

A partir do parágrafo seguinte, o texto passa a resolver situações criadas pelos entes federativos. Caso de inadimplência, por exemplo. Estados e Distrito Federal podem deixar de cumprir suas obrigações (encontrarem-se em estado de inadimplência em relação a seus compromissos que não tem importância), farão jus ao recebimento de verbas orçamentárias previstas em emendas de bancada.

O parágrafo 17 cuida dos denominados restos a pagar, ou seja, obrigações que podem ser assumidas pelos governos nos últimos seis meses do final da gestão orçamentária do mandato. O parágrafo 18 cuida da meta a ser atingida e busca exonerar os governos locais do “cumprimento da meta de resultado fiscal”. Institui-se a possibilidade de descumprir “pedaladas” e normas orçamentárias. O parágrafo 19 é fantástico e sem qualquer sentido, cuidando-se de norma de recomendação. Julga equitativa com antecipação a execução de

programas de caráter obrigatório (como se houvesse algum que não o fosse) que observe “critérios objetivos e imparciais” (o que pressupõe que se pode instituir critério subjetivo e parcial dentro da lei orçamentária) e que atenda de “forma igualitária e impessoal às emendas apresentadas”. Nada mais absurdo.

O parágrafo 20 é outra preciosidade que obriga a bancada a prever recursos para investimento de duração continuada (uma obra, por exemplo) que já tenha sido iniciada no exercício anterior, para o exercício seguinte.

Assim, qualquer estudioso do orçamento fica cabisbaixo e sem saber o que dizer sobre as *emendas de bancada*. Instituição absurda, rebarbativa, grosseira a revelar desconhecimento total do que é um orçamento, de sua extrema importância na vida dos Estados, de seu caráter essencial para a vida financeira dos países.

O que ocorre? Os parlamentares viram cumpridas suas emendas individuais, mas começaram a não ser cumpridas emendas de bancada. Então, qual a solução? Faz-se uma emenda constitucional, que é o mais solene diploma legislativo que se conhece, para dispor sobre coisas mesquinhas e sem sentido.

Van Gogh em seu delírio imaginativo, que resultou nas mais lindas pinturas de todos os tempos em seu sanatório em Arles, não teria a possibilidade de pensar bobagens que nosso legislador, sem a inspiração e o gênio do pintor, pensa.

Nada mais ridículo. Fanfarronice parlamentar. Sandice legislativa. Mas, impôs-se uma derrota ao governo. Muitos pensam que se deve liberar o orçamento das amarras da vinculação. Faz-se o contrário. Limita-se o comportamento do Executivo.

O ATENDIMENTO ÀS NECESSIDADES PÚBLICAS: DEMOCRACIA É INCOMPATÍVEL COM A POBREZA

Bobbio disse: “Direitos do homem, democracia e paz são três momentos necessários do mesmo movimento histórico: sem direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia; sem democracia, não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos”¹¹. Atendidos tais requisitos, haverá paz. Daí afirma que “o problema grave de nosso tempo, com relação aos direitos do homem, não era mais o de fundamentá-los, e sim o de protegê-los”¹².

Os direitos estão declarados (art. 5º da Constituição Federal). Ótimo. São atendidos pelo Estado brasileiro? Não. Não basta a declaração, é imprescindível medidas que os realizem. Todos os direitos aí previstos, além de outros garantidos de forma esparsa, são descumpridos. Não há educação. Não há saúde. Não há cultura. Não há assistência social. A desigualdade social

é gritante. Bem analisou Amartya Sen que “a pobreza deve ser vista como privação de capacidades básicas em vez de meramente como baixo nível de renda, que é critério tradicional de identificação de pobreza”¹³).

Em sintonia com o autor, está Thomaz Piketty: “Na democracia, a igualdade proclamada dos direitos do cidadão contrasta de maneira singular com a desigualdade bastante real das condições de vida e, para escapar dessa contradição, é vital fazer com que as desigualdades sociais resultem de princípios racionais e universais, e não de contingências arbitrárias”¹⁴.

Em sendo assim, evidente se nos afigura que os orçamentos ao lado de serem peça essencial numa estrutura democrática, devem conter elementos, dados que possibilitem a alteração da realidade social.

No Brasil, vê-se uma desigualdade brutal em que um mínimo de pessoas fica com grande parte da renda nacional, ao passo que a maioria do povo brasileiro vive na miséria. Evidente está que a discussão não pode ser simplesmente colocada em termos orçamentários. Estudos sociológicos, econômicos e políticos podem fazer análise adequada sobre a diferença de renda que existe no País e o governo (os anteriores, este e os futuros) deve (daí sim poder falar-se em orçamento impositivo) utilizar o orçamento para reduzir desigualdades. Não apenas utilizando o tributo em sua vertente extrafiscal, mas definindo verbas para saúde, educação, saneamento básico. Isso resolve? Claro que não. A destinação de verbas tem sido anotada em todos os orçamentos. O básico é fazer com que elas cheguem a seu destino.

A extrafiscalidade deve ser bastante utilizada. A seu lado, a previsão de programas bastante agressivos de desenvolvimento social. Recursos mínimos para a subsistência. Verbas para saneamento básico [*não é incomum que famílias convivam com moscas, mosquitos, ratos e baratas*]. Desenvolvimento econômico. Grandes incentivos para empresas estabelecerem-se no Brasil [*para isso existem os incentivos fiscais*] e aqui ficarem e aqui produzirem. Verbas remansosas para agricultura e pecuária, pois o Brasil tem tal tendência. Desenvolvimento violento da indústria e, especialmente, da eletrônica.

Tudo deve ser tratado no orçamento. Daí se vem ressaltando o caráter substancial que tem o orçamento para o futuro do País.

De pouco adianta vivermos em estado democrático de direito se há uma desigualdade brutal na sociedade. Como disse Amartya Sen, a pobreza priva o indivíduo de suas capacidades básicas. Como disse Jean Jacques Rousseau: “Concebo na espécie humana duas espécies de desigualdade. Uma, que chamo de natural ou física, porque é estabelecida pela natureza e que consiste na diferença das idades, da saúde, das forças do corpo e das qualidades do espírito ou da alma. A outra, que pode ser chamada de desigualdade moral ou política, porque depende de uma espécie de convenção

e que é estabelecida ou pelo menos *autorizada pelo consentimento dos homens*¹⁵ É uma das grandes verdades. Há uma desigualdade *natural* e outra *política*, esta instituída pelos homens.

Sabidamente, há que existir *vontade política governamental* para que se saia desse embaraço social. O instrumento adequado para superar tais dificuldades é o orçamento. Ele deve conter a política governamental [*por isso não é lei meramente formal*]. Esta deve retratar a ideologia do governante – de esquerda ou de direita, pouco importa e como se isso fosse importante em relação aos meios. Nenhum político que se preze dirá que não atenderá às desigualdades sociais. Pode afirmar que instituirá, de acordo com sua ideologia, meios para combatê-las. O governante de direita buscará retirar o Estado da economia, liberando-a para os empresários [*menos Estado – lida com o rótulo liberdade*]. O de esquerda exigirá maior intervenção do Estado [*lida com o rótulo igualdade*]. De qualquer maneira, ambos quererão efetuar maior inclusão social.

O que importa é que é detestável a forma como os governantes lidam com o problema da desigualdade. Muitos sequer se importam com ela. É como no país dos Bruzundangas a que faz menção nosso grande Lima Barreto. Daríamos a solução por ele apontada de que quanto menos consumo, menor o preço das coisas, enquanto o povo morria de fome. Diz ele “mesmo que viessem a morrer muitos, seria até um benefício, visto que o preço da oferta é regulado pela procura e, desde que a procura diminua com a morte de muitos, o preço dos gêneros baixará fatalmente” (*Os bruzundangas*).

O orçamento é, pois, peça indispensável para que se organize o governo, para que se estabeleçam as receitas que terá o Estado e fixar as políticas públicas que farão parte da determinação governamental no atendimento às necessidades da população.

As *necessidades públicas* estão previstas na Constituição Federal (não apenas nos artigos introdutórios que estabelecem as atribuições da União – art. 21, dos Estados-membros – art. 25 – e dos Municípios – art. 30, mas os esparsos ao longo de seu texto). Os governos federativos devem atendê-las e estabelecer as políticas que adotará para resolver os problemas que devem enfrentar. Tudo passa pelo orçamento.

A REALIDADE ORÇAMENTÁRIA E SEU DESCOMPASSO COM A REALIDADE SOCIAL: A PARRÉSIA DE FOUCAULT

Afirmo em meu *Curso de direito financeiro*¹⁶: “Com a assunção de novas responsabilidades, a estrutura do Estado moderno cede a imperativos de boa administração. Já não bastam boas intenções. O Estado, por meio de seus

governantes, tem o dever de planificar a peça orçamentária, de forma a identificar a intenção de cumpri-la. Não pode estabelecer previsões irreais ou fúteis, apenas para se desincumbir de determinação constitucional. A peça orçamentária há de ser *real*”.

Passo importante foi dado quando da introdução do *orçamento participativo*, ressalvadas as distorções que carrega. Mas, é importante que a sociedade discuta suas necessidades, de forma aberta. Foucault trata isso sob o nome de *parresía*. Cuidou da matéria ao estudar a tragédia de Eurípides denominada *Íon* e que significa “o direito de falar, o direito de tomar publicamente a palavra, de dizer a sua palavra, de certo modo, para exprimir sua opinião numa ordem de coisas que interessam à cidade. Dizer a sua palavra sobre os assuntos da cidade, é esse direito que é designado pela palavra *parresía*”¹⁷.

A participação livre da sociedade é importante. O que ocorre hoje é que o administrador eleja, de acordo com suas convicções, o que deve inserir no orçamento. Enquanto a matéria poderia ser discutida para saber quais as necessidades que a população realmente tem, o agente político coloca no texto da lei orçamentária aquilo que ele acha que é importante. Pouco importa o que a comunidade precisa ou quer.

Daí mais uma distância que se abre entre o governante e o governado. Promessas de campanha deixam de soar aos ouvidos da população. Esta já não mais importa. Agora, o eleito, iluminado e escolhido ditará os termos de seu governo. Normalmente nada se resolve e os problemas continuam, já herdados de administrações anteriores. As soluções ficam proteladas.

O CUMPRIMENTO DO ORÇAMENTO: AS TRÊS LEIS ORÇAMENTÁRIAS

Sabidamente, a Constituição da República estabeleceu três leis orçamentárias. A primeira é o Plano Plurianual (inciso I do art. 165) que estabelece os objetos do governo pelo prazo de quatro (4) anos; a segunda é a Lei de Diretrizes Orçamentárias (inciso II do art. 165) que fixa, no primeiro semestre de cada exercício financeiro, quais os objetivos que serão atingidos e a Lei Orçamentária Anual (inciso III do art. 165) que prevê as receitas e fixa as despesas para o exercício financeiro.

Cada qual cumpre seu objetivo. O governo eleito deve traçar uma política a ser desempenhada para atingir determinadas metas. Estabelece o que irá realizar em quatro anos. A partir daí estrutura o orçamento anual em diretrizes, metas e prioridades a serem atendidas a cada ano e o orçamento anual dispõe, especificamente sobre despesas e receitas.

A iniciativa das leis orçamentárias é privativa do Chefe do Executivo (art. 165, *caput*). Claro que a peça não é exclusiva dele, mas compartilhada, em termos de emendas, com o Congresso Nacional. Assim, há uma responsabilidade política comum.

Todos os projetos passam por uma Comissão Mista composta por dez (10) senadores e trinta (30) deputados que não podem se repetir de um exercício financeiro para outro. Tal providência é resultado do denominado "Escândalo dos anões do orçamento" em que um grupo de parlamentares (de baixa estatura) se apoderaram da Comissão e a integravam em todos os exercícios e faziam o que queriam com as verbas. O escândalo veio a público e o Congresso editou a Resolução n.º 1 que impediu que qualquer deputado ou senador que integre, durante um exercício, a referida Comissão não possa a ela voltar durante todo o período legislativo. A providência foi salutar.

Nessa Comissão é que tramitam todos os projetos e emendas a eles apresentadas sobre as três leis orçamentárias. O que resultar aprovado pela Comissão segue diretamente ao Plenário do Congresso Nacional.

A partir da aprovação das leis, resta ao Executivo e aí a responsabilidade é exclusiva dele, a execução. Evidente está que o Congresso Nacional tem seu próprio orçamento, o mesmo sucedendo com o Poder Judiciário, o Ministério Público e a Corte de Contas. Cada qual apresenta sua proposta de orçamento, que são reunidas (sem que caiba corte por parte do Executivo) num único documento e encaminhado ao Congresso Nacional.

Apenas o Congresso Nacional é que pode efetuar redução nas previsões encaminhadas pelos demais órgãos de exercício do poder.

ORÇAMENTO FORMAL x REALIDADE SOCIAL

O orçamento pode ser estudado do ângulo meramente formal, ou seja, poder de iniciativa, tramitação legislativa. Comissão Mista do Congresso, apresentação de emendas, discussão e aprovação. De outro lado, pode ser analisado em relação à sociedade à qual se dirige.

Sob qualquer ângulo, a lei orçamentária não pode deixar de ter sua visão política. Nenhuma lei é desapegada da realidade a que se destina. Seu objetivo é essencialmente social. Nada pode ficar fora do denominado *espaço público* a que faz menção Habermas. Esclarece o autor: "A esfera pública pode ser descrita como uma rede adequada para a comunicação de conteúdos, tomadas de posição e opiniões; nela os fluxos comunicacionais são filtrados e sintetizados, a ponto de se condensarem em opiniões públicas enfeixadas em temas específicos"¹⁸.

A busca do social é imprescindível em qualquer democracia. O orçamento deve ter sua perspectiva de diminuição das desigualdades. Evidente que não pode desconsiderar as elites e onde estas vivem. Mas, fundamentalmente, deve prevalecer a destinação de recursos onde eles são mais necessários, ou seja, onde vive a população de baixa renda. Esta é quem precisa da atuação do Estado. Enquanto a classe A não quer ser incomodada pelo Estado e quer que este lhe garanta segurança, as demais precisam dele.

É por meio do orçamento, peça substancialmente democrática e de viés social que integra a vida da sociedade. Por ele é que se pode equilibrar os pratos da balança. Peça fundamental no Estado Democrático de Direito. Assim deve ser o orçamento na contemporaneidade.

1

GIRARD, René. *A violência e o sagrado*, São Paulo: Paz e Terra, 1998, pág. 27.

2

GIRARD, René. *A violência e o sagrado*, São Paulo: Paz e Terra, 1998: pág. 28.

3

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Gastos públicos*, São Paulo: Editora RT, 2012, pág. 28.

4

A propósito, cuidei do assunto no meu livro citado *Gastos públicos*, cap. 4, intitulado "Orçamento e felicidade".

5

ELIAS, Norbert. *O processo civilizador*, São Paulo: Zahar, 1993, 2º vol., pág. 98.

6

ELIAS, Norbert. *O processo civilizador*, São Paulo: Zahar, 1993, 2º vol., pág. 102.

7

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de direito financeiro*, São Paulo: Malheiros, 2019, 8ª ed., pág. 539.

8

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de direito financeiro*, São Paulo: Malheiros, 2019, 8ª ed., pág. 543.

9

(idem, *ibidem*).

10

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de direito financeiro*, São Paulo: Malheiros, 2019, 8ª ed., pág. 543.

11

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*, São Paulo: Campus, 1992, pág. 1.

12

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*, São Paulo: Campus, 1992, pág. 25.

13

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*, São Paulo: Companhia das Letras, 2000, pág. 109.

14

PIKETTY, Thomaz. *O capital no século XXI*, São Paulo: Intrínseca, 2014, pág. 411.

15

ROUSSEAU, Jean Jacques. *Origem da desigualdade entre os homens*, São Paulo: Escala, pág. 27.

16

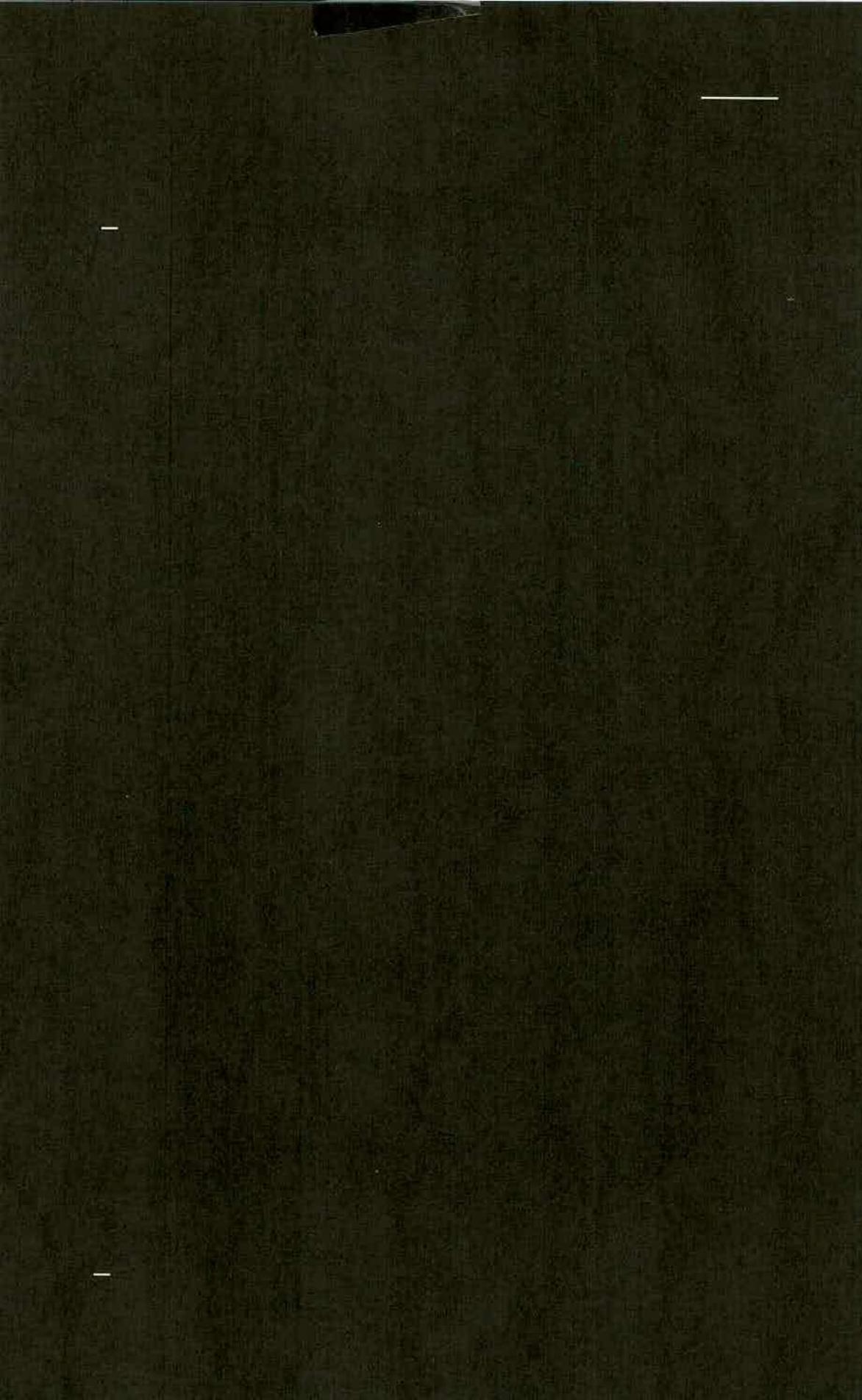
OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de direito financeiro*, São Paulo: Malheiros, 2019, 8ª ed., pág. 543.

17

FOUCAULT, Michel. *A coragem da verdade*, São Paulo: Martins Fontes, 2011, pág. 31.

18

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*. Biblioteca Tempo Universitário, Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2010, vol. I, pág. 92.



**PASSADO E
PERSPECTIVAS DA
PREVIDÊNCIA NO
BRASIL**

WAGNER BALERA

—
Professor Titular na
Faculdade de Direito da PUC-SP

WAGNER BALERA

INTRODUÇÃO

A

A Constituição de 1988 fixou o rol de dispositivos que, sob a égide do mais amplo sistema de proteção social criado em nosso direito, pretende que todos tenham vida digna.

A seguridade social, etapa evolutiva da Previdência, surge como o esquema essencial da ordem social constitucional em favor de todos os brasileiros.

Tal modelo protetivo, consoante a própria função da Constituição e das Constituições, não é perene. Está sujeito e sempre estará a revisões e aperfeiçoamentos.

Entretanto, considerado o passado – objeto específico da primeira parte deste estudo – o que se constata é a notável evolução que o tema adquiriu no ambiente superior da Lei das Leis.

O PASSADO

Estudar o passado constitucional é exercício que nos permite compreender e interpretar a sistemática constitucional presente.

É que, como ensina Romano (1977, pág. 23): “É manifesta a necessidade de conhecer as diversas Constituições e seu número para uma oportuna obra legislativa; porque não é possível que idênticas leis sirvam a todas oligarquias e democracias se muitas são as espécies destas formas políticas”.

Verifiquemos, então, o trato do tema previdenciário nas Constituições que formam parte do passado normativo brasileiro.

A CONSTITUIÇÃO DE 1824

A Constituição Política do Império, de 25 de março de 1824, germinada no liberalismo se filia à célebre fórmula da Declaração de 1789, segundo a qual:

*“ART. 16º – A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.”*¹

É, pois, no bojo da declaração de direitos – Título 8º – que se insere o primeiro preceito de proteção social constitucional de nossa pátria: “A Constituição também garante os socorros públicos” (art. 179, inciso 31º, da Constituição de 1824).

Pimenta Bueno (1958, pág. 429) acentua que: “Desde que a sociedade é fundada, a ideia de proteção é como sinônimo da de governo em favor dos associados...”.

E Pimenta Bueno (1958, pág. 430) enquadra o preceito no ambiente específico da Previdência ao dizer que o agir nessa seara ocorre: “Pelo estabelecimento de caixas econômicas, de bancos de socorro em favor das classes pobres, de montepios, e outras instituições de Previdência, é uma outra proteção valiosa outorgada aos cidadãos que tem poucos recursos”.

De fato, foi a Revolução Francesa quem considerou “os socorros públicos como uma verdadeira dívida sagrada”.

Destarte, a fórmula inicial da proteção social é a assistência pública.

Só em momento posterior é que o engenho humano conceberia a Previdência Social, mais precisamente com a legislação alemã erigida por Bismarck em 1883, consoante explica Barroso Leite (1983, pág. 17).

A primeira lei do Brasil, ainda sob o regime imperial, criava o montepio geral dos servidores do Estado (Garcia, 2017, pág. 6), entidade que, com diversas transformações em sua estrutura formal segue existindo até os nossos dias.

A CONSTITUIÇÃO DE 1891

A Assembleia-Geral Constituinte instalada em 1890 preparou a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, promulgada no dia 24 de fevereiro de 1891.

É verdade que foi mantida a expressão do direito anterior – socorros públicos – nos termos do art. 5º, mas dotada de outro sentido, porque voltada exclusivamente a situações de calamidade pública.

O único comando que cuida do tema previdenciário, ainda que restrito a certo grupo e certa situação, é o art. 75, assim redigido: “A aposentadoria só poderá ser dada aos funcionários em caso de invalidez no serviço da Nação”.

Sem embargo, em nível infraconstitucional o tema já se achava posto.

O Decreto 221, de 26 de fevereiro de 1890, concedia aposentadoria aos trabalhadores da Central do Brasil, enquanto o Decreto 405 estendia o mesmo benefício a todos os ferroviários do País. No mesmo ano, o Decreto 942-A tinha instituído o Montepio Obrigatório dos Empregados do Ministério da Fazenda (Alvim, 200, pág. 14).

Mas é nesse período que serão dadas à estampa as duas leis fundamentais, em perspectiva histórica, da Previdência do Brasil: a Lei n.º 3.724, de 1919, conhecida como Lei de Acidentes do Trabalho, adequadamente definida por Bezerra de Menezes (1976, pág. 443) como: “A maior lei republicana de proteção ao trabalhador brasileiro, promulgada antes de 1930...”.

E, pouco tempo depois, é editada a Lei n.º 4.682, de 24 de janeiro de 1923, que passaria à história como Lei Eloy Chaves em homenagem ao autor do projeto, e que inaugura a Previdência Social para o setor dos ferroviários.

A CONSTITUIÇÃO DE 1934

A Constituição de 1934 estruturou as bases do que se pode considerar o modelo ideal de proteção social brasileiro, segundo os padrões da época.

De um lado, reconhece que tanto o Estado quanto a sociedade são responsáveis pelo financiamento desses programas. E, com justiça, institui a contribuição triplíce – trabalhadores, empregadores e União – e igual para o custeio da Previdência e da assistência social.

A responsabilidade social pelo financiamento de programa dessa magnitude não pode ser descartada e, ainda em nossos dias, é objeto de inúmeras fórmulas.

E de igual significado histórico o fato de a Constituição ter delineado o cardápio essencial dos direitos previdenciários dos trabalhadores.

Percebe-se, destarte, que não mais se tratava de uma fórmula vaga, quase que uma carta de intenções.

Desde então, e doravante, a matéria previdenciária ganharia definição alargada no texto da Lei Magna.

Assim catalogava, de modo objetivo e em linguagem lapidar, o comando estampado no art. 121, letra “h”: “Assistência médica e sanitária ao trabalhador e à gestante, assegurado a esta o descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do salário e do emprego, e instituição de Previdência, mediante contribuição igual da União, do empregador e do empregado, a favor da velhice, da invalidez, da maternidade e nos casos de acidentes do trabalho ou de morte”.

Eis a clara concepção do rol essencial dos riscos sociais que devem ser cobertos pela Previdência e pela assistência.

Durand (1991, pág. 54), o mais qualificado dos doutrinadores dessa disciplina, considera risco social todo aquele que se refere à vida social. Específica: a doença, a invalidez, a velhice e a morte. O vocábulo 'risco' se acha ajustado ao modelo bismarckiano de proteção do tipo em exame, todo ele esquematizado em conformidade com o vetusto modelo do seguro. É de seguro que se trata, ainda que tenha como gestor do plano o Poder Público.

Nessa modalidade de seguro interessam os riscos sociais – doença, invalidez, velhice, morte, acidentes do trabalho e maternidade, segundo essa formulação elementar – que uma vez acontecido protegerá o trabalhador atingido com os benefícios e os serviços previdenciários.

Logo de início o preceito confere assistência médica e sanitária ao trabalhador e à gestante.

É, ainda, um esquema restrito de proteção sanitária, que alberga parte da população nacional. Será preciso esperar a Constituição de 1988 para que a saúde se transforme num direito de todos.

A proteção à maternidade foi a primeira a ser configurada como direito subjetivo da trabalhadora pela Organização Internacional do Trabalho, por intermédio da Convenção n.º 3, promulgada no mesmo ano da criação da entidade, em 1919.

Ademais, trabalhadores inválidos e idosos, bem como os dependentes de segurados falecidos, foram as primeiras categorias amparadas pelo seguro social. A invalidez e a morte, quando decorrente de acidentes de trabalho, já encontravam proteção na legislação pioneira de 1919.

Aliás, decorre dessa Lei Magna o estabelecimento do *descrimen* entre proteção previdenciária e acidentária. Essa esquematização do tema poderá permitir, no futuro, que seja melhor distribuída a carga de responsabilidade pela eclosão de certo risco social.

Registra Francorinos (1968, vol. 6, pág. 26) que, ao detectar o "sentido social do direito público", o constituinte acabava de adjudicar ao texto da Lei das Leis a configuração dos direitos previdenciários.

A CONSTITUIÇÃO DE 1937

Ao decretar, no bojo do movimento que se denominou Estado Novo, a Constituição de 1937, Getúlio Vargas manteve o rol dos direitos previdenciários e assistenciais, contemplados pelo art. 137. Lá se inscreviam, tal como em 1934, o direito a assistência médica ao trabalhador e à gestante; o direito à proteção à velhice, à invalidez e ao acidente do trabalho.

Todavia, o texto era falto de essencial vetor operacional do modelo. Não tratava, como explica Leite (1976, pág.37) do financiamento dos programas então instituídos.

Essa falha estrutural acabava por permitir o arbítrio, ou até mesmo o desequilíbrio entre as responsabilidades sociais decorrentes da ampla gama de prestações que foram postas em marcha.

A CONSTITUIÇÃO DE 1946

A Constituição promulgada aos 18 de setembro de 1946, produto dos trabalhos de uma Assembleia Nacional Constituinte não discrepou do passado constitucional.

Consagrou os direitos previdenciários e assistenciais fundamentais – que cobrem os riscos da doença, da velhice, da invalidez e da morte – além de proteger a maternidade e estipular a contratação do seguro de acidentes do trabalho.

Pela vez primeira foi contemplada a proteção aos desempregados.

Pois é nessa época do passado que será debatida e promulgada a assim chamada Lei Orgânica da Previdência Social – Lei n.º 3.807, de 1960 – cujos contornos básicos seguem sendo, até os nossos dias, o pano de fundo da proteção previdenciária brasileira. Aliás, o teor da Lei Orgânica, também conhecida pela sigla LOPS, só seria revogado pela atual legislação da seguridade social.

A Constituição retoma o conceito da contribuição triplíce – trabalhador, empregador e União – que fora deixado de lado pela Carta de 1937.

No entanto, consideramos que não foi completa a referência do constituinte. Deixou de ser prevista – e nunca mais seria reestabelecida – a paridade contributiva entre os três atores sociais.

Força reconhecer, todavia, que a matéria do financiamento, ou mais propriamente, o equacionamento financeiro do sistema de proteção social delineado pelo constituinte, só encontrou adequada modelagem com o preceito inserido por intermédio de uma emenda constitucional ao texto da Constituição de 1946.

Trata-se do § 2.º do art. 157 da Constituição, conforme a redação delineada pela Emenda Constitucional n.º 11, de março de 1965, que assim se acha grafado:

“§ 2º Nenhuma prestação de serviço de caráter assistencial ou de benefício compreendido na Previdência Social poderá ser criada, majorada ou estendida sem a correspondente fonte de custeio total.”

Esse comando, que denominamos “regra da contrapartida” exige exata correlatividade entre as receitas e as despesas de modo a que se alcance o necessário equilíbrio financeiro e atuarial dos planos previdenciários.

Assim como não é permitida a criação de benefícios ou serviços sem a correspondente fonte de custeio, também não é permitida a criação de fonte de custeio cujo produto não reverta em prestação de benefícios e de serviços.

CONSTITUIÇÃO DE 1967, COM A EMENDA N.º 1, DE 1969

A Constituição, promulgada em 24 de janeiro de 1967 teve vida efêmera. Bem pouco tempo depois foi substancialmente alterada pela Emenda Constitucional n.º 1, de 1969, sobre a qual Silva (1976, pág. 51) não teve nenhuma dúvida em comentar: "Teórica e tecnicamente não se trata da emenda, mas de nova Constituição. A emenda só serviu como mecanismo de outorga uma vez que se promulgou texto integralmente reformulado, a começar pela denominação que se lhe deu: Constituição da República Federativa do Brasil, enquanto a de 1967 se chamava apenas Constituição do Brasil".

A bem da brevidade, tanto o texto de 1967 quanto a redação de 1969 não divergem quanto ao preceito principal que cuida da Previdência Social.

Trata-se do art. 165, XVI, segundo a redação da Emenda, que confere Previdência Social nos casos de doença: velhice, invalidez e morte, seguro-desemprego, seguro contra acidentes do trabalho e proteção-maternidade, mediante contribuição da União, do empregador e do empregado.

No essencial, o comando arrola os direitos constitucionais previdenciários até então consagrados por todo o pretérito ordenamento maior.

É bem verdade que houve um lapso quanto à referência ao seguro de acidentes do trabalho, no texto de 1967, mas a omissão foi suprida em 1969.

Esse lapso poderia significar a supressão de garantia social tão relevante?

Não parece ter sido esse o propósito, porque o legislador da época houve por bem transformar esse segmento em monopólio estatal, conforme os precisos termos da Lei n.º 5.316, de 14 de setembro de 1967.

Abranches (1983, pág. 28) esclarece que: "O seguro contra acidentes do trabalho conceituado pela Lei Magna vigente, como seguro social, passou a ser responsabilidade social, tanto quanto o seguro social tradicional".

As mulheres obtiveram, por força do Texto Magno de 1967, a redução do tempo de serviço exigível para a concessão da aposentadoria, que poderia ser concedida aos trinta anos de trabalho, com salário integral.

Ademais, o benefício do salário-família foi elevado à dignidade constitucional.

A proteção aos desempregados, prevista pela Constituição de 1946, tinha natureza assistencial enquanto a Lei Magna de 1967 instituiu, de maneira mais apropriada e conforme com a modelagem internacional, o seguro-desemprego.

O tema de custeio, objeto de debates judiciais infundáveis quanto à natureza jurídica das contribuições previdenciárias não sofreu qualquer alteração nessas duas Normas Fundamentais.

Todavia, a Emenda Constitucional n.º 8, acoplada à Constituição de 1967, acrescentou ao art. 21 da Lei Magna o § 2º, I, que autoriza a criação das assim chamadas contribuições destinadas ao custeio da parte devida pela União, que o inciso X do art. 43 da mesma Constituição cognominaria de contribuições sociais.

Essa aparente distinção tipológica fez com que certa doutrina entendesse por apartar as contribuições sociais do quadro geral dos tributos, com características finalísticas, como acentua Greco (2000). Temos sustentado (Balera, 2010, pág. 224) que as contribuições são espécies de tributos. E, nesse mesmo sentido a doutrina previdenciária, tendo à frente Coimbra (1980, pág.257) também se posicionou.

Temos por encerrada, com estas breves considerações a abordagem histórica do passado, sempre sob a perspectiva constitucional, da Previdência brasileira.

Como se viu, as primeiras duas Constituições somente tocaram *en passant* no fenômeno, mas a partir de 1934 a Previdência é presença obrigatória no bojo das leis fundamentais brasileiras.

AS PERSPECTIVAS

Como escrevemos anteriormente (Balera, 2016, pág. 23): “A seguridade social — combinação da igualdade com a solidariedade — é o sistema jurídico apto a conferir equivalente quantidade de saúde, de Previdência e de assistência a todos quantos necessitem de proteção. O respectivo objetivo, a justiça social, se tornará realidade quando a promoção do bem de todos deixar de ser mero programa”.

Neste texto interessa pôr em perspectiva essa possibilidade a que aludíamos então.

Será possível o atingimento cabal dos objetivos tracejados pela Constituinte, em 1988, para o sistema de seguridade social.

Diante da conjuntura que se nos apresenta nesta quadra histórica e para evitar que este trabalho fique datado no mais inoportuno dos momentos — o de plena Reforma da Previdência em tramitação no Congresso Nacional — situaremos nossas considerações no plano estritamente principiológico.

Temos em nosso favor o dado essencial. Até este momento, sem embargo das já bastante numerosas modificações do Texto Magno em matéria de seguridade social, os objetivos do sistema permanecem os mesmos, desde 1988.

Cingiremos nossa análise, todavia, às perspectivas na seara dos direitos previdenciários.

As perspectivas quanto à modelagem do financiamento estão, necessariamente, atreladas à discussão, que ainda está em pleno evoluir, da Reforma Tributária. Do que ali se decidir dependerá, em primeiro lugar, o cumprimento cabal da regra da contrapartida e a possibilidade de incremento futuro dos programas de proteção social.

Explicitemos cada um deles, postos nos quatro primeiros incisos do art. 194, parágrafo único da Constituição de 1988, pondo em perspectiva o que podem vir a significar no labor normativo e jurisprudencial futuro.

UNIVERSALIDADE DA COBERTURA E DO ATENDIMENTO

Esse ambicioso propósito da seguridade social – todas as pessoas serão protegidas em todas as situações de risco social – já obteve plena efetividade em um dos três setores da seguridade social.

A área da saúde é, sem nenhum favor, a que mais avançou rumo à universalidade.

Evidentemente, tem a ampará-la os largos traços do art. 196 que, enfaticamente ordena: a saúde é direito de todos e dever do Estado.

É fora de dúvida que, não obstante as inúmeras deficiências de que se reveste a respectiva atuação, o Sistema Único de Saúde (SUS) tem cumprido o papel que lhe foi delineado pelo constituinte. Em todo o território nacional as ações e serviços de saúde estão sendo prestados.

A perspectiva, no entanto, não é boa.

Os avanços da medicina e da tecnologia são excelentes e permitem muito, quase tudo em matéria de atendimento médico, farmacêutico, etc.

Mas, os custos são extremamente elevados.

Até quando os Poderes Públicos estarão capacitados para suportar os custos cada vez mais elevados desse item orçamentário?

A Previdência Social, por seu turno, repousa no esquema do seguro. O seguro opera mediante contribuição. Ergo, a universalidade depende da vinculação do sujeito jurídico ao sistema, na qualidade de segurado ou de dependente.

Não é este espaço o lugar para que se discuta a tão atual questão do déficit.

Todavia, quanto a uma questão ninguém pode ter dúvida: só recebem benefícios aqueles que comprovaram vinculação ao sistema e pagamento das contribuições.

Por fim, a assistência social é, por igual, um setor no qual a universalidade enfrentará enormes desafios.

O País avançou bastante ao conceder a prestação assistencial da LOAS, assim como ao proporcionar as prestações do bolsa-família.

Mas ainda não se identificaram os verdadeiros projetos de enfrentamento da pobreza que se revelassem aptos para resgatar tanta gente da situação da mais completa exclusão social.

De novo a perspectiva se coloca atrelada ao teor da capacidade financeira do Estado para dar conta de tantas e tão inumeráveis despesas.

UNIFORMIDADE E EQUIVALÊNCIA DAS PRESTAÇÕES DE BENEFÍCIOS E SERVIÇOS ÀS POPULAÇÕES URBANAS E RURAIS

Com a promulgação da Lei n.º 8.213, de julho de 1991, que institui o Plano de Benefícios da Previdência Social, a uniformidade (mesmo rol de prestações) e a equivalência (mesmo critério de cálculo) já foram concretizados.

Ressalta à evidência que o objetivo é mais formal do que material.

O modelo não contém mais as distorções e discrepâncias entre as duas populações – que são historicamente de igual importância para o desenvolvimento nacional – mas não é apto a diferenciar o abismo de desigualdade entre esses dois mundos: o urbano e o rural.

Bem, mas essa também não poderia ser considerada uma função específica da seguridade social. É, muito mais, problema de concepção do Estado, da respectiva missão e do propósito dos governantes de enfrentarem de vez as desigualdades sociais.

SELETIVIDADE E DISTRIBUTIVIDADE DAS PRESTAÇÕES

Parece apresentar boas perspectivas essa diretriz programática.

Com efeito, os recursos informáticos cada vez permitirão mais acurado conhecimento do perfil da comunidade protegida.

Esses dados permitirão que o exercício da seletividade seja melhor direcionado.

Destarte, certas prestações poderão ser concedidas como que sob medida para determinada comunidade de riscos – exemplificativamente, as pessoas com deficiência; as crianças carentes – de modo a permitir que a distributividade (signo essencial da Justiça) cumpra o papel histórico que está reservado para o sistema de seguridade social.

IRREDUTIBILIDADE DO VALOR DOS BENEFÍCIOS

Também quanto a essa diretriz, o apuramento dos dados técnicos cedo ou tarde permitirá que se elabore um indexador eficiente, capaz de medir com exatidão os impactos da inflação sobre o poder aquisitivo das prestações previdenciárias e assistenciais. Lograda a identificação desse indexador idôneo, é hora de ser cumprido o conseqüente necessário desse objetivo, tal como o

define o art. 201: o reajustamento periódico dos benefícios, a fim de que preservem o respectivo valor real, vale dizer, o poder de compra de que desde o início se achava investido o beneficiário.

CONCLUSÃO

O registro do passado da Previdência Social brasileira demonstra, claramente, expressiva evolução tanto no plano conceitual como espectro das prestações concedidas, que seguem o referencial internacional na matéria.

A conquista de espaço constitucional, no passado e no presente, torna tais garantias partes integrantes do pacto social brasileiro.

As perspectivas futuras dependem, sobretudo, do destino econômico do País.

É que, como já assinalava Ferrari (1972, pág. 93) a seguridade social nada mais é do que uma economia bem organizada.

Um verdadeiro desenvolvimento econômico terá, necessariamente, que repercutir em melhor, mais eficiente e abrangente sistema previdenciário.

BIBLIOGRAFIA

ABRANCHES. *A Crise institucional da Previdência Social*. Brasília: Dom Quixote, 1983.

ALVIM, Rui Carlos Machado. Uma história crítica da legislação previdenciária brasileira. *Revista de Direito Social*, volume 42. Porto Alegre: NOTADEZ, 2001.

BALERA, Wagner. *Noções preliminares de Direito Previdenciário*. 2ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

_____. *Sistema de Seguridade Social*. 8ª ed. São Paulo: LTr, 2016.

BUENO, José Antônio Pimenta. *Direito Público Brasileiro e análise da Constituição do Império*. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça, 1958.

COIMBRA, José Reis Feijó. *Direito Previdenciário Brasileiro*. Rio de Janeiro: Editora Ri, 1980.

DURAND, Paul. *La Política Contemporánea de Seguridad Social*. Tradução de José Vida Soria. Madrid: Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, 1991.

FERRARI, Francisco de. *Los principios de la seguridad social*. Buenos Aires: Depalm, 1972.

FRANCO, Afonso Arinos de Mello. *História do povo brasileiro*. Vol. 6. São Paulo: Edições Culturais, 1968.

GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa. *Curso de Direito da Seguridade Social*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

GRECO, Marco Aurélio. *Contribuições: uma figura sui generis*. São Paulo: Dialética, 2000.

LEITE, Celso Barroso. *Um século de Previdência Social*. Rio de Janeiro: Zahar, 1983.

LEITE, João Antônio Pereira. *Curso elementar de Direito Previdenciário*. São Paulo: LTr, 1976.

MENEZES, Geraldo Bezerra. *O Direito do Trabalho e a Seguridade Social na Constituição*. Rio de Janeiro: Pallas, 1976.

ROMANO, Santi. *Princípios de Direito Constitucional Geral*. Tradução de Maria Helena Diniz. São Paulo: RT, 1977.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: RT, 1976.

—

1

<https://br.ambafrance.org/A-Declaracao-dos-Direitos-do-Homem-e-do-Cidadao>

—

REFLEXÕES
DE ORDEM POLÍTICO-
-INSTITUCIONAL A
PROPÓSITO DA
REFORMA DA
PREVIDÊNCIA.¹

MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO

Professor Emérito da Faculdade de Direito da USP. Professor Titular (aposentado) de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da USP. Doutor *honoris causa* da Universidade de Lisboa. Doutor pela Universidade de Paris. Ex-Professor visitante da Faculdade de Direito de Aix-en-Provence (França). Membro da Associação Internacional de Direito e Economia. Membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas. Presidente do Instituto "Pimenta Bueno" - Associação Brasileira dos Constitucionalistas.

MANOEL GONÇALVES
FERREIRA FILHO

OBSERVAÇÃO PRELIMINAR

N

Não sou nem economista, nem especialista em direito previdenciário. Sou apenas um beneficiário da Previdência. E duas vezes, no INSS e na USP. Nesta sou como servidor público um “privilegiado”, embora não um “marajá”.

As considerações que vou fazer, por isso, versarão sobre alguns aspectos do problema, de ordem político-institucional, campo que não é estranho.

Visam a trazer para a análise alguns elementos sobre o presente, o passado e o futuro. Quanto a este sugerirei cenários como o pranteado amigo de todos nós, Ney Prado, determinou que eu fizesse.

O PRESENTE

Há um consenso entre os mais respeitados especialistas brasileiros de que, se não houver uma Reforma da Previdência, o País quebrará. Não o discuto, porque confio neles e, ademais, não tenho capacidade para fazê-lo.

Não há consenso, porém, na opinião pública sobre as reformas que devem ser feitas. Em parte, isto advém de lutarem contra ela todos os “privilegiados” – e são estes que têm influência nos meios de comunicação e de pressão sobre o Congresso. Nem no meio político não só porque sofre a referida pressão, mas também porque teme as reações do eleitorado, em geral. Este, realmente, se sente ameaçado de perder “direitos”.

Disto decorre um impasse, como se dizia no passado, quando as elites sabiam francês e não o inglês de Harvard ou Chicago.

O epicentro desse impasse está na necessidade de fazer aprovar a mudança pelo Poder Legislativo, no caso revestido dos poderes de Poder

Constituinte de Revisão, pois a estrutura da Previdência está petrificada na Constituição.

Ora, o Poder Legislativo no quadro político brasileiro é composto por inúmeros pequenos partidos. Para a Câmara dos Deputados, 28 partidos elegeram representantes, o maior dos quais têm apenas 13,5% da Câmara. Daí, para obter a reforma a maioria necessária, ser imprescindível associarem-se nos votos um número extremamente grande de partidos, pois, para exemplo, os três maiores não somam senão 34,8% do plenário e obviamente jamais se aliarão. Para completar o quadro – dantesco, se diria no meu tempo, para fazer de conta que se conhecia a *Divina Comédia* – esses partidos não têm doutrina nem disciplina. São meras máquinas eleitorais. Não negociam por ideias, mas por interesses.

Ora, Poder Executivo que pede a reforma – mesmo no presidencialismo exacerbado que vivemos – num Estado constitucional de Direito precisa arregimentar a maioria parlamentar para tudo o que de importante tem a fazer. Até a Emenda Constitucional n.º 32/2001, ninguém se preocupou com isso, porque as medidas provisórias o ocultavam. Estas poderiam ser infinitamente renovadas, desde que não expressamente rejeitadas. Era fácil fazê-las não votar, empurrando as reformas para a frente, até que fossem irreversíveis – o Plano Real assim se fez. Entretanto, a partir da nova disciplina das medidas provisórias, o Executivo teve de construir maiorias e não simplesmente impedir que se formassem. E, em face do pluripartidarismo composto de partidos sem ideias, usou dos meios de que se sabe, para obtê-las.

O quadro partidário tal qual existe no Parlamento brasileiro – não direi inviabiliza, porque não sou golpista – mas dificulta sobremaneira qualquer reforma. Ainda mais quando é necessária uma maioria de três quintos para aprová-la. E por iniciativa de quem, por escrúpulos ou temor de “lavagens a jato”, não quer ou não pode recorrer aos velhos e consagrados meios de obtê-la.

Subjacente à questão da Reforma da Previdência há uma crise político-institucional.

Há talvez um erro tático na condução dessa reforma. Os que a desenharam, quiseram fazê-la de uma vez, mudando tudo o que deve ser mudado, de uma só vez. Claro está que isto leva à multiplicação dos adversários.

Ora, como o que deve ser mudado em grande parte está na Constituição, é preciso fazê-lo por uma PEC abrangente que toque em todas as feridas ao mesmo tempo. Obviamente o que multiplica as dificuldades e une todos os adversários, embora seus interesses particulares sejam dispares.

Não teria sido mais fácil fazê-la em etapas, apesar da urgência? Mas sempre, pragmaticamente falando, não é melhor conseguir alguma coisa em lugar de nada? O tudo ou nada será o melhor na política?

Como estrategista de tribuna, não de mesa de bar, eu me pergunto se não seria mais fácil aprovar uma PEC genérica que substituísse a disciplina rígida e detalhista da Constituição. Nela, se fixariam princípios e sempre é difícil lutar contra princípios.

Numa segunda etapa, viria o detalhamento que diferenciaria as situações e, assim, não contaria com a unidade dos antagonistas.

E por que não fazê-lo então por lei delegada – todos esqueceram que ela está na Constituição? Com isto, a responsabilidade pelas “malvadezas” ficaria, não com os parlamentares presos eleitoralmente a grupos, mas com o presidente, que pode invocar o mandato dado pela maioria. E, dando certo a reforma, o resultado lhe traria aplauso, como a derrota lhe abalará a força, retirando-lhe a autoridade provinda das urnas.

O PASSADO

Para compreender esta crise, vale abordar o passado. Ela deriva da Constituição de 1988. Quando de sua elaboração, poucos, como Ives Gandra, se aperceberam dos seus defeitos e dos riscos que trazia. Aproveito uma ideia sua para exprimir um aspecto da crise atual – o Estado não cabe no PIB. E não faltou quem apontasse acarretar ela a ingovernabilidade do País. Não é a oportunidade para insistir nesse e noutros pontos que concernem a uma necessária reforma política.

Aponte-se um deles: a índole da Constituição que se adotou. Trata-se de uma Constituição que quer regular tudo e de acordo com a visão dos iluminados constituintes de 1988. Ela é detalhista, e, por isso, rege em minúcias questões como a da Previdência. Esta não é assunto constitucional – ao menos para a doutrina clássica – mas está inscrita na Constituição, em preceitos detalhados.

Doutrinariamente isto se deve à prevalência das ideias de um professor português, que hoje as abandonou, sobre o caráter dirigente que deve ter uma Constituição. Esta deve preordenar o futuro, porque os governantes futuros, mesmo que não concordem com as disposições adotadas, mesmo que estas estejam obsoletas em novos tempos, têm de cumprir o que ela manda. E, para tanto, para, por exemplo, conduzir a uma transição para o socialismo – como estava no modelo, a Constituição portuguesa de 1976 – até se previu a ação de inconstitucionalidade por omissão e seu primo, o mandado de injunção. Não vou apontar os juristas que no Brasil nele se inspiraram.

Acresce a isto que a Constituinte foi o paraíso dos *lobbies*. Abandonada a ideia de se discutir um projeto – o trabalho dos “notáveis”, criticado por Ney Prado

que dela participou, não passou de um anteprojeto. E – diga-se entre parênteses – era mau. Mas o texto piorou em razão do sistema de elaboração que se inventou em substituição ao exame de um projeto feito por sábios. Este processo partia de subseções temáticas, integradas em comissões temáticas, para que uma comissão de sistematização as tornasse um projeto, de modo que o relator, outro de nossos ilustres amigos, pouco pudesse fazer. Não vou apontar o responsável.

Ora, essas subcomissões e comissões foram o alvo de trabalho eficiente por parte dos vários grupos de pressão, como o dos servidores públicos e outros que não cito, para inscrever na Constituição o que convinha aos interesses que defendiam. E foram assim inseridas nela muitas das vantagens – perdão – dos direitos que serão necessariamente afetados numa Reforma da Previdência.

Por outro lado, a estruturação política, no contexto da época, visava o passado sem olhar para a realidade, muito menos para o futuro. Era o repúdio ao “entulho autoritário”. Se o regime anterior era contrário a muitos partidos, facilitemos a sua criação. Mas – depende – se no entulho estava o decreto-lei, mude-se-lhe o nome, surgem as medidas provisórias.

Quanto aos partidos, logo se viu que não passavam de máquinas eleitorais, de modo que os eleitos mudavam de partido com a mesma facilidade com que mudavam de roupa. Entra, então, em campo o ativismo judicial. Para corrigir essa indisciplina, o TSE, em 2007, com a benção do STF, ressuscitou a fidelidade partidária – um dos “entulhos autoritários” – indo mais longe do que a Constituição anterior. Entretanto, como os tempos eram outros, veio a admitir que o eleito podia deixar o partido pelo qual se tinha elegido, desde que fosse para criar um novo partido. Teve isto o efeito perverso de instigar a criação de novos partidos, que nem tentam ter disciplina para não perderem eleitos e as benesses que disso decorrem. Chegou-se assim ao quadro atual.

O FUTURO

Não tenho o dom da profecia. Posso apenas imaginar cenários possíveis, numa formulação puramente subjetiva.

Imagino três deles, que se apresentam a seguir.

O primeiro é um cenário negativo. A Reforma da Previdência não passa, ou passa edulcorada. É insuficiente para melhorar as perspectivas econômico-financeiras do País, não estimula a retomada da economia, não traz investimentos. O desemprego permanece e a opinião pública se torna mais pessimista quanto ao futuro.

Ora, tal situação redundaria no descontentamento com a governança e repercutiria sobre a democracia. Esta – o que aliás já ocorre pelo mundo afo-

ra – perde prestígio. E outros fatores contribuem para tanto, lá como cá. Ela é vista não só como culpada da incapacidade dos políticos para resolverem os problemas, como também da aptidão dos mesmos para os malfeitos, do privilegiamento de minorias atuantes em detrimento da maioria, e não só no plano econômico, mas também no cultural, etc.

Não basta para revigorar a crença na democracia, xingar essa desafeição como “populismo”. O povo quando se sente malgovernado, torna-se aberto a mudanças; até mesmo a mudanças autoritárias e totalitárias. Isto já se viu em tempos modernos. Disso sou, como idoso, testemunha.

É de se temer ocorra então o que, há 20 e tantos séculos Platão, na *República*, já previa, quanto ao que se segue à falência da democracia.

Um segundo cenário é uma especulação. Não é, porém, gratuita. Deriva da recente experiência portuguesa, no plano econômico-financeiro.

Por volta de 2010, este país estava em gravíssima situação econômico-financeira, equivalente à da Grécia. Para sair dela, tinha de contar com o apoio da Comunidade Europeia, do FMI, etc. Para tanto, adotou-se um Programa de Assistência Econômica e Financeira, em nível internacional, que vigorou de 2011 a 2014. Este programa exigia drásticas medidas, como a redução do déficit no plano orçamentário, com impacto quanto a salários, pensões e empregos.

O Gabinete português, à época de matiz socialista, teve evidentemente de executá-lo. Isto importou em drásticas – insisto no qualificativo – medidas de emergência. Elas importavam até na redução da remuneração dos servidores públicos.

Tais medidas não pareciam constitucionais e foram levadas à apreciação do Tribunal Constitucional. Este, sem pacto algum, optou por uma “jurisprudência de crise” – os portugueses assim a designam – consagrando um “estado de exceção financeira” e não as invalidou.

A argumentação que levou a isto é muito interessante no plano jurídico. Em última análise, subscreve a tese de que, em situações de grave crise financeira, podem ser tomadas decisões que não seriam constitucionais em tempos de normalidade. Isto estaria implícito no caso de graves crises econômico-financeiras

Na verdade, o alargamento do poder governamental em situações de exceção é de há muito previsto no Direito Constitucional. Este prevê e regula sistemas de emergência para viger em tempos de crise, como insurreição armada ou guerra, que ensejam, por exemplo, o estado de sítio. Não há, todavia, explícita, uma regulação emergencial para o caso das crises econômico-financeiras, embora, no mundo contemporâneo, tais emergências tendam a ser frequentes e graves.

Por pouco, o Tribunal Constitucional português não invocou o lema da República romana *Salus reipublicae suprema lex esto*: a salvação da República há de ser a suprema lei. Este, aliás, era a justificação da ditadura – falo do sistema de emergência da referida República.

Deixei por último o melhor cenário. A Reforma da Previdência é aprovada, o Brasil poupa trilhões, a economia cresce, o desemprego desaparece, todos passam a viver mais felizes. É o que se espera. “*Pour vu que çà dure*”, desde que isto dure, como dizia Leticia Bonaparte a propósito do êxito de seu filho.

OBSERVAÇÃO FINAL

Sou um pessimista. Um colega meu na Faculdade, grande amigo desde a mocidade, banqueiro de êxito e preocupação social, me disse isso ainda pouco antes de falecer meses atrás.

Mas sou um pessimista esperançoso. Tenho sonhos de que novos rumos se tomarão depois da tempestade. Infelizmente já assisti a muitas tempestades e os novos rumos não vieram. Sou um incorrigível.

1

Palestra proferida, em 12 de junho de 2017,
em São Paulo, em evento da *Academia
Internacional de Direito e Economia* intitulado
*Reforma da Previdência. Aspectos positivos.
Desafios*, (o que explica o seu tom coloquial.)

The background features large, stylized, semi-transparent letters in shades of grey and black. A prominent vertical bar with a fine, woven texture runs down the center of the page. Two thin, white horizontal lines cross the page, one above and one below the central number.

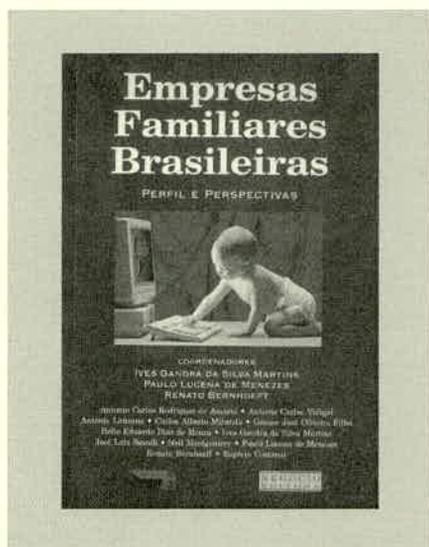
5

TRÊS DÉCADAS DE ATUAÇÃO: PUBLICAÇÕES

A atuação do Conselho Superior de Direito (CSD) da Federação do Comércio de Bens, Serviços e Turismo do Estado de São Paulo (FecomercioSP), ao longo de três décadas, sempre esteve atrelada à publicação de artigos, livros e outras obras, que trouxeram à luz as discussões e debates que nasciam nas reuniões do grupo, sobre temas caros ao País. Com coordenação do presidente, Ives Gandra da Silva Martins, e dos conselheiros da instituição, a obra reúne diferentes perspectivas sobre questões do Direito. Trazemos aqui algumas das publicações mais relevantes, em formato de livros, artigos e outros registros, destacados nas revistas *Conselhos* e *Problemas Brasileiros* (PB).

LIVROS PUBLICADOS

As obras publicadas pelo Conselho Superior de Direito da FecomercioSP servem de alicerce para os debates nos congressos que organiza, anualmente, com a Academia Internacional de Direito e Economia (Aide). Entre essas obras, se destacam: *Os princípios constitucionais relevantes* (2011); *Parlamentarismo: utopia ou realidade?* (2016) e *30 Anos da Constituição da República Federativa do Brasil* (2018), que comemoram as três décadas da sétima Constituição brasileira. As obras também resumem conclusões geradas pelas discussões do Conselho, e abordam assuntos complexos, que necessitam de explicitações e reflexão para sua implementação. Têm participado ativamente dessa produção advogados, magistrados, professores universitários, autoridades dos três poderes, entre outros profissionais do meio que se debruçam sobre as questões para oferecer interpretações inovadoras a respeito de cada matéria.



1999

Obra de 1999 traz um retrato sobre as empresas constituídas por membros de uma mesma família e seu funcionamento, rememora as origens, cita exemplos e aponta erros e acertos nesse modelo de gestão.



2008

Há mais de dez anos, em 2008, já se discutia a necessidade de reformas no sistema de tributação brasileiro. Com organização de Ives Gandra da Silva Martins, Paulo Rabello de Castro e Rogério Vidal Gandra da Silva Martins, este livro reflete sobre a realidade tributária brasileira.

**2010**

Editado pela FecomercioSP em 2010, este livro reúne artigos de juristas e economistas sobre o intrincado sistema tributário nacional.

**2011**

Com coordenação de Ives Gandra da Silva Martins, esta obra de 2011 aborda, em dois volumes, o Direito Constitucional a partir das emendas constitucionais e das decisões do STF à época, não evitando temas polêmicos. Escrevem não apenas conselheiros, mas também outros constitucionalistas convidados.



2014

Em dois volumes, a obra *Aspectos contemporâneos da responsabilidade penal da pessoa jurídica*, editada em 2014, tem organização de Fauzi Hassan Choukr, Maria Fernanda Loureiro e John Vervaele. A apresentação é de Ives Gandra Martins e Abram Szajman. E prefácio de Ivete Senize Ferreira.



2016

Obra editada em 2016 é fruto de discussões realizadas em 2012 pelo Conselho Superior de Direito da FecomercioSP, cujas reuniões abordaram sistemas de governo e crises que o presidencialismo brasileiro vem sofrendo desde 1889, quando foi proclamada a República. E traz ainda reflexões sobre a constante tensão entre os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.



2017

Editado em 2017, com coordenação de Ives Gandra da Silva Martins, Rogério V. Gandra da Silva Martins, André L. Costa-Corrêa, Edison Carlos Fernandes e Luis Antonio Flora.



2018

No livro recente, de 2018, Ives Gandra da Silva Martins coordenou a edição juntamente com Luis Antonio Flora e Ney Prado, para trazer aos estudiosos do Direito Constitucional e aos operadores do Direito em geral a contribuição sobre as vertentes da Lei Suprema no País.

Publicação bimestral voltada para presidentes, CEOs, CFOs e líderes empresariais, a revista *Conselhos* funcionou como eficaz instrumento de divulgação dos debates sobre temas de grande repercussão no mundo corporativo, como macroeconomia, política, relações internacionais e tendências setoriais, assuntos que estiveram presentes em ocasiões diversas também nas ações do Conselho Superior de Direito. Em 2013, a revista mostrou polêmicas sobre as mudanças propostas pelo projeto do novo Código de Defesa Civil, que passava longe da unanimidade. A pedido da FecomercioSP, especialistas em direito formularam relatório com sugestões para melhorar o documento. Em 2015, nova rodada de discussões envolveu juristas e tributaristas entorno de assunto muitas vezes revisitado no País: o sistema de tributação e os malefícios causados pela pouca eficiência. "A tributação não só não promove a distribuição de renda como também diminui o investimento, desestimula a poupança e gera evasão de capitais para países em que tal imposição não exista", afirmou Ives Gandra, em declaração registrada na edição de n.º 31, de junho/julho de 2015.

Em busca do equilíbrio

As reformas processuais por parte do Conselho Superior de Direito foram aprovadas em 2013. O Conselho Superior de Direito aprovou as reformas para o processo de primeira instância.



“O EMPRESARIADO NÃO PODE FICAR RESTRITO À DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA, OU SEJA, DAR MUITO PODER AO JUIZ DE PRIMEIRO GRAU. É PRECISO GARANTIR EM TODAS AS FASES PROCESSUAIS O DIREITO DA AMPLA DEFESA.”



OPINIÃO DE IVO GANDRA MARTINS FILHO, PRESIDENTE DO CONSELHO SUPERIOR DE DIREITO

Em 2013, o Conselho Superior de Direito aprovou as reformas processuais para o processo de primeira instância. O Conselho Superior de Direito aprovou as reformas para o processo de primeira instância.

As reformas processuais por parte do Conselho Superior de Direito foram aprovadas em 2013. O Conselho Superior de Direito aprovou as reformas para o processo de primeira instância.

As reformas processuais por parte do Conselho Superior de Direito foram aprovadas em 2013. O Conselho Superior de Direito aprovou as reformas para o processo de primeira instância.

As reformas processuais por parte do Conselho Superior de Direito foram aprovadas em 2013. O Conselho Superior de Direito aprovou as reformas para o processo de primeira instância.

2013

Na edição de setembro/outubro de 2013 (n.º 21) Ives Gandra assina artigo no qual defende reformas urgentes na legislação processual. “O empresariado não pode ficar restrito à decisão de primeira instância, ou seja, dar muito poder ao juiz de primeiro grau. É preciso garantir em todas as fases processuais o direito da ampla defesa.”

2014

O presidente do Conselho Superior de Direito discorre sobre “O constitucionalismo moderno e sua influência sobre a economia”, artigo em duas partes. A primeira na edição n.º 25, de junho/julho de 2014, e a segunda viria na edição seguinte, n.º 26, de agosto/setembro do mesmo ano.



2014

Na segunda parte do artigo “O constitucionalismo moderno e sua influência sobre a economia”, Ives Gandra discorre sobre crises econômicas e conclui: “O certo é que a humanidade evoluiu na sua conformação jurídica que garantiu estabilidade internacional antes inexistente.”





2015

“A tributação não só não promove a distribuição de renda como também diminui o investimento, desestimula a poupança e gera evasão de capitais para países em que tal imposição não exista”, destaca Ives Gandra na edição n.º 31, de junho/julho de 2015.



2016

Mobilização e no debate Desafios da jurisdição eleitoral: “Há uma instrução do Tribunal Superior Eleitoral de só admitir os juizes estaduais e isso não faz sentido, porque uma instrução não é lei, é uma orientação do tribunal. E a Constituição fala em juiz de Direito. O juiz federal também é juiz de Direito”, diz Ives Gandra da Silva Martins, presidente do Conselho Superior de Direito da FecomercioSP.

REVISTA PROBLEMAS BRASILEIROS

—

Lançada em 1963, a revista *Problemas Brasileiros*, conhecida como PB, desde o início teve como proposta retratar o contexto político, ideológico e social do Brasil. Com um histórico de mais de 450 edições, desde outubro de 2016 passou a ser editada pela FecomercioSP, integrando o rol de publicações da Entidade, mas mantendo sua identidade editorial e visual. As discussões, as propostas, as análises e as resoluções do Conselho Superior de Direito da FecomercioSP em diversas ocasiões passaram e continuam passando pelas páginas da publicação, que chega ao n.º 455. Entre os destaques, o n.º 264 da PB, de 1989, trouxe relatos dos assuntos abordados na primeira reunião do Conselho Superior de Direito da FecomercioSP, com retrato do presidente Ives Gandra da Silva Martins. Os direitos femininos, as distorções na arrecadação, as comparações com os sistemas tributários de outros países, a lógica envolvida nos cálculos dos impostos, as políticas públicas; enfim, nenhum tema escapou dos debates ao longo desses 30 anos.

—



1989

Na primeira reunião do Conselho Superior de Direito da FecomercioSP, em 1989, ocorreram debates sobre justiça tributária e descontos progressivos de impostos. Na foto da página à esquerda, o presidente do Conselho, Ives Gandra; na página à direita, Carlos Longo, que defendeu modernização na estrutura de arrecadação.



1992

O novo anteprojeto de Reforma Tributária leva o grupo de conselheiros a discussões sobre abuso de poder econômico, monitoramento da economia e concorrência.



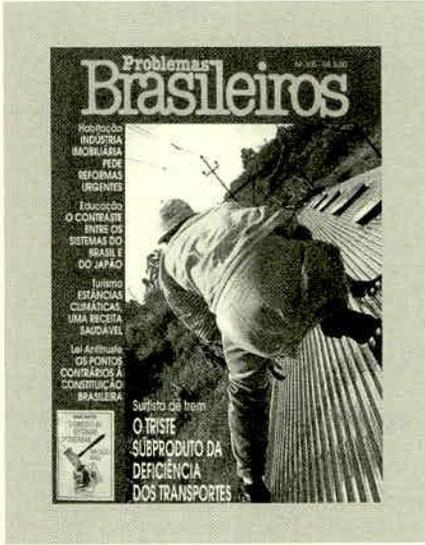
1994

Na edição de maio/junho 1994, Ives Gandra (na página à esquerda) discorre sobre a transformação da URV em real. Na página à direita, Geraldo Vidigal, que critica o excesso de medidas provisórias sem relevância.



1994

Celso Bastos faz críticas à tablita, sistema de conversão que mantinha algumas deficiências na "antecessora" da transformação da moeda (maio/junho 1994)



1994

A PB de setembro/outubro 1994, cuja reportagem de capa tratava sobre a deficiência nos transportes, incluiu o encarte “O direito e as reformas tributárias”, de Arnaldo Wald, além de matéria sobre a lei antitruste.



1994

“Nenhum preço de mercado é abusivo desde que resulte da lei da concorrência”, defendia Fernando Passos, membro do Conselho Superior de Direito, na PB de setembro/outubro de 1994.



1994

Ainda na edição de setembro/outubro 1994, PB traz relatos sobre os debates ocorridos no Conselho de Direito a respeito da lei antitruste, suas implicações jurídicas e empresariais, além dos desdobramentos políticos.



1995

PB de abril de 1995 traz o balanço das discussões de duas reuniões do Conselho no início daquele ano, dedicadas ao estudo das reformas constitucionais e políticas. Entre os presentes, Fernando Passos (na página à esquerda, no alto); Hamilton Dias de Souza (abaixo). E na página à direita, da esquerda para a direita: Roberto Rosas, Saulo Ramos e Arnaldo Wald.



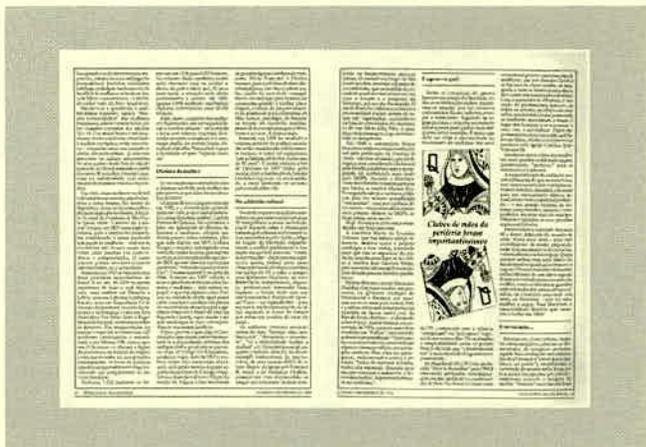
1995

O debate que envolveu os conselheiros, ao tratar de tributos no Brasil, ocorreu “na contramão da história”. A edição da PB de maio/junho de 1995 acompanhou.



1996

Na edição de janeiro/fevereiro de 1996, as mudanças no sistema financeiro tomaram conta das discussões.



1996

Os direitos da mulher foram outro tema da reunião retratada na PB de janeiro/fevereiro de 1996.



1997

A arte de fazer leis: Ives Gandra (na página à direita, no alto), Ney Prado (abaixo) e Roberto Rosas (na página à esquerda), entre outros, discorrem sobre a universalidade dos preceitos jurídicos e sua reciclagem determinada pelo tempo. Na PB de julho/agosto de 1997.



2000

Antonio Carlos do Amaral (na página à esquerda) e Aires Fernandino Barreto (na página à direita) entre os integrantes da reunião. Críticas aos recortes de arrecadação sem geração de riqueza. N PB de março/abril de 2000.



2001

O caos regulamentado (edição de novembro/dezembro 2001): "Em vez de ordenar as cidades, lei provoca mais confusão", é uma das conclusões do grupo sobre o polêmico Estatuto das Cidades.



2004

A PB de maio/junho de 2004, contou com presença de Samantha Meyer Pflug (na página à esquerda), Agostinho Tavoraro (na página à direita, no alto) e Ayres Barreto (abaixo), entre outros. A tributação no País foi o principal assunto em pauta.



2008

As contribuições sociais em debate, na PB de março/abril de 2008. À mesa (foto maior, a partir da esquerda), Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Ives Gandra e Everardo Maciel. Na página à direita, o conselheiro Américo Lacombe.



T833

30 anos do Conselho Superior de Direito da FecomercioSP: história e estudos jurídicos/ Edição da Federação do Comércio de Bens, Serviços e Turismo do Estado de São Paulo; coordenação de Ives Gandra da Silva Martins [et. al]. – São Paulo: Rocha 2019.

316 p.: il.: color.

Vários autores.

ISBN 978-85-92880-01-09

1. Direito – Brasil 2. Conselho Superior de Direito
3. Estudos Jurídicos 4. Direito Tributário 5. Legislação

I. Federação do Comércio de Bens e Serviços
e Turismo do Estado de São Paulo
II. Martins, Ives Gandra da Silva III. Título

CDD 340.0981

CDU 34(81)

PRESIDENTE | FECOMERCIO-SP
Abram Szajman

SUPERINTENDENTE | FECOMERCIO-SP
Antonio Carlos Borges

COORDENADOR-GERAL

Ives Gandra da Silva Martins
PRESIDENTE DO CONSELHO SUPERIOR
DE DIREITO DA FECOMERCIO-SP



SUPERIOR DE DIREITO
Conselho FecomercioSP

FECOMERCIO

Rua Dr. Plínio Barreto, 285
Bela Vista - São Paulo
11 3254.1700 • Fax 11 3254.1650
www.fecomercio.com.br

PRODUÇÃO  TUTU

OUTUBRO 2019

CONSELHO SUPERIOR DE DIREITO DA FECOMERCIO-SP | CONSELHEIROS

ADILSON ABREU
DALLARI

AGOSTINHO TOFFOLI
TAVOLARO

ALEXANDRE SANSONE
PACHECO

ANA REGINA
CAMPOS DE SICA

ANDRÉ L.
COSTA-CORRÊA

ANGELA VIDAL
DA SILVA MARTINS

ANTONIO CARLOS
RODRIGUES DO AMARAL

ANTONIO CLAUDIO
MARIZ DE OLIVEIRA

CARLOS HENRIQUE ABRÃO

CARMEN SILVIA VÁLIO
DE ARAUJO MARTINS

CELSO LAFER

CEZAR PELUSO

CLAUDIA FONSECA
MORATO PAVAN

CLAUDIA PATAH

CORIOLOANO ALMEIDA
CAMARGO

DIRCÊO TORRECILLAS
RAMOS

DIRCEU JOSÉ VIEIRA
CHRYSOSTOMO

EDSON FÁBIO
GARUTTI MOREIRA

EMERSON ALVAREZ
PREDOLIM

EUGÊNIO AUGUSTO
FRANCO MONTORO

EVERARDO DE
ALMEIDA MACIEL

FÁBIO ULHOA COELHO

FAISSAL YUNES JUNIOR

FÁTIMA FERNANDES
RODRIGUES DE SOUZA

FAUZI HASSAN CHOUKR

FELIPE CONTRERAS
NOVAIS

FERNANDA GUIMARÃES
HERNANDEZ

FERNANDO FACURY SCAFF

FERNANDO FERREIRA
CASTELLANI

FERNANDO LUIZ
GAMA LOBO D'EÇA

FERNANDO PASSOS

FRANCISCO CARNEIRO
DE SOUZA

GASTÃO ALVES
DE TOLEDO

GEORGE MELÃO

GERALDO AFFONSO MUZZI

GUSTAVO BRITTO
PEREIRA ALBRECHT

HALLEY HENARES

HAMILTON DIAS DE SOUZA

HELICIO HONDA

HELENO TAVEIRA TORRES

IGOR MAULER SANTIAGO

IVES GANDRA DA
SILVA MARTINS

IVETTE SENISE FERREIRA

JOSÉ BERNARDO CABRAL

JOSÉ HORÁCIO HALFELD
REZENDE RIBEIRO

KIYOSHI HARADA

LINO FERNANDES
DA SILVA JUNIOR

LUCIANO FELÍCIO FUCK

LUIS ANTONIO FLORA

LUIZ GONZAGA BERTELLI

LUIZ MARCELO
PINHEIRO FINS

LUIZ PÉRISSÉ
DUARTE JUNIOR

MAIRAN GONÇALVES
MAIA JÚNIOR

MANOEL GONÇALVES
FERREIRA FILHO

MARCELO MELO
BARRETO DE ARAÚJO

MARCIA APPROBATO
MACHADO MELARÉ

MARCO ANTÔNIO
KOJOROSKI

MARCO AURÉLIO
FLORÊNCIO FILHO

MARCOS DA COSTA

MARIA ANGELA BAREA

MARIA CLAUDIA PRADO

MARIA CRISTINA MATTIOLI

MARIA GARCIA

MARIA ODETE
DUQUE BERTASI

MARILENE TALARICO
MARTINS RODRIGUES

MICHEL MIGUEL
ELIAS TEMER LULIA

MILTON PAULO
DE CARVALHO

MONICA HERMAN
CAGGIANO

PAULO ADIB CASSEB

PAULO ANTÔNIO
SPENCER UEBEL

PAULO DE BARROS
CARVALHO

PAULO OLIVER

REGINA BEATRIZ
TAVARES DA SILVA

ROBERTO ARMELIN

ROGÉRIO ARO

ROGÉRIO LINDENMEYER
VIDAL GANDRA DA
SILVA MARTINS

RUI BARBOSA PEREIRA

RUY MARTINS
ALTENFELDER SILVA

SALVIO SPINOLA

SAMANTHA RIBEIRO
MEYER-PFLUG MARQUES

SERGIO FERRAZ

TALLUAH KOBAYASHI
DE A. CARVALHO

TERENCE DORNELLES
TRENNEPHOL

WILSON VICTORIO
RODRIGUES

