

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

## ***REVISTA DO IBEDAFT***



**ISSN: 2965-2073  
Vol. 8, n. 4 - jul./dez./2023**

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

**Site: [ibedaft.com.br](http://ibedaft.com.br)  
E-mail: [ibedaft@ibedaft.com.br](mailto:ibedaft@ibedaft.com.br)**



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

## ***REVISTA DO IBEDAFT***



### **AUTORES DO VOL. 8**

Adriano Romero da Silva	Jorge Miranda
Antonio Francisco Costa	Mário Frota
Bruno Gomes de Farias	Kiyoshi Harada
Eduardo Marcial Ferreira Jardim	Marcelo Kiyoshi Harada
Fabiana Felix Ferreira	Renan Clemente Gutierrez
Fernando Facury Scaff	Renato Gugliano Herani
Francisco Pedro Jucá	Thais Xavier Ferreira Costa

**Max  
Limonad**  
*desde 1944*

## Composição do Conselho Editorial

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

### Membros:

Adilson Abreu Dallari	José Mauricio Conti
Alberto Higa	Kiyoshi Harada
Antonio Francisco Costa	Marcos Abraham
Dircêo Torrecillas Ramos	Maria Claudia de Carvalho Gallon
Eduardo Marcial Ferreira Jardim	Maria Sylvia Zanella Di Pietro
Elival da Silva Ramos	Mário Ângelo Leitão Frota
Fernando Facury Scaff	Massami Uyeda
Francisco Pedro Jucá	Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho
Jorge Miranda	Regis Fernandes de Oliveira
José Casalta Nabais	Sydney Sanches
	Toshio Mukai

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

Revista do IBEDAFT: vol. 8, n. 4 / [coordenação Kiyoshi Harada, Francisco Pedro Jucá]

Publicação semestral oficial do Instituto Brasileiro de Estudos de Direito Administrativo, Financeiro e Tributário – IBEDAFT / - São Paulo: Editora Max Limonad, 2024.

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

Referências bibliográficas.

ISSN Revista Impressa: 2965-2073

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

CDD 340

**ARTIGOS PARA A REVISTA SEMESTRAL DO IBEDAFT – Vol. 9**  
**Edição comemorativa de 5 anos de fundação do IBEDAFT**

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

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

2 – O Artigo deverá conter:

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

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

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

5 – Prazo de entrega dos artigos para compor o Volume 9 da Revista (jan/jun/2024): 30-07-2024.



# Sumário

<b>Composição do Conselho Editorial</b> .....	3
<b>Membros da Diretoria e dos Conselhos do IBEDAFT</b>	
- Diretoria.....	9
- Conselho Fiscal.....	9
- Conselho Superior de Orientação .....	10
<b>Quadro de associados do IBEDFT</b>	
Associados nacionais .....	11
Associados estrangeiros .....	15
<b>Palavras do Presidente do IBEDAFT</b> .....	17
<i>Kiyoshi Harada</i>	
<b>Apresentação do Coordenador Geral</b> .....	19
<i>Francisco Pedro Jucá</i>	
<b>Artigos</b>	
<b>I - Lançamento como marco divisor entre a decadência e prescrição tributária</b> .....	23
<i>Kiyoshi Harada</i>	
<b>II - O direito do consumo na Constituição portuguesa</b> .....	41
<i>Jorge Miranda</i>	
<b>III - Ética no jornalismo investigatório: preceito constitucional e civilidade</b> .....	55
<i>Antonio Francisco Costa</i>	
<b>IV - Da fiscalização e observância das diretrizes de sustentabilidade e desenvolvimento sócio-econômico no dispêndio de recursos públicos oriundos do Programa Nacional de Alimentação Escolar</b> .....	81
<i>Francisco Pedro Jucá e Thais Xavier Ferreira da Costa</i>	
<b>V - Direitos dos consumidores: direitos fundamentais. Uma perspectiva Doméstica</b> .....	111
<i>Mário Frota</i>	

---

<b>VI - O desrespeito do STF aos limites impostos à justiça constitucional como causa de esvaziamento da competência da justiça do trabalho no Brasil .....</b>	<b>133</b>
<i>Renato Gugliano Herani e Adriano Romero da Silva</i>	
<b>VII - O uso do FPM – Fundo de Participação dos Municípios – como garantia de empréstimos bancários .....</b>	<b>165</b>
<i>Fernando Facury Scaff</i>	
<b>VIII - A urgência na reforma do contencioso tributário brasileiro ..</b>	<b>193</b>
<i>Renan Clemente Gutierrez e Bruno Gomes de Farias</i>	
<b>IX - Tributação, violência, mortes no trânsito, turismo e o Brasil no ranking negativo .....</b>	<b>215</b>
<i>Eduardo Marcial Ferreira Jardim</i>	
<b>X - A arbitragem na administração pública e jurisdição: preceitos teóricos .....</b>	<b>231</b>
<i>Fabiana Felix Ferreira</i>	
<b>XI - Parecer jurídico sobre desenquadramento do regime especial de tributação do ISS .....</b>	<b>261</b>
<i>Kiyoshi Harada e Marcelo Kiyoshi Harada</i>	

# Diretoria e Conselho Fiscal do IBEDAFT

**Quadriênio 2023-2027**

## **Diretoria**

---

Presidente - Kiyoshi Harada

1º Vice-Presidente - Marcelo Campos

2º Vice-Presidente - Marcelo Kiyoshi Harada

3º Vice-Presidente - Eduardo Marcial Ferreira Jardim

Secretário-Geral - Fabiane Louise Taytie

Primeiro Secretário - Maria Cláudia de Carvalho Gallon

Tesoureiro Geral - Jennifer Pereira Simão Verospi

1º Tesoureiro - Solange Mesquita

## **Conselho Fiscal**

---

### **Efetivos:**

1 - Alberto Shinji Higa

2 - Samantha Ribeiro Meyer-Pflug Marques

3 - Marcelo Borlina Pires

### **Suplentes:**

1 - Diógenes de Brito Tavares

2 - Daniel Geoffroy

3 - Aline Aparecida da Silva Tavares

## **Membros do Conselho Superior de Orientação**

---

- 1 - Adilson Abreu Dallari
- 2 - Antonio Francisco Costa
- 3 - Aurélio Nomura
- 4 - Carlos Augusto Gobbi
- 5 - Cleide Regina Furlani Pompermaier
- 6 - Doris de Miranda Coutinho
- 7 - Elival da Silva Ramos
- 8 - Everardo Maciel
- 9 - Felícia Ayako Harada
- 10 - Fernando Facury Scaff
- 11 - Francisco Pedro Jucá
- 12 - Francisco Rezek
- 13 - Ivette Senise Ferreira
- 14 - José Maurício Conti
- 15 - Licurgo Joseph Mourão de Oliveira
- 16 - Marcos da Costa
- 17 - Maria Sylvia Zanella Di Pietro
- 18 - Marilene Talarico Martins Rodrigues
- 19 - Massami Uyeda
- 20 - Paulo de Barros Carvalho
- 21 - Regis Fernandes de Oliveira
- 22 - Renan Clemente Gutierrez
- 23 - Roque Antonio Carraza
- 24 - Ruy Martins Altenfelder Silva
- 25 - Sydney Sanches

## **Quadro de associados do IBEDAFT**

---

### Lista numérica de associados do IBEDAFT

1. Adilson Abreu Dallari
2. Agostinho Toffoli Tavolaro
3. Alberto Shinji Higa
4. Alfredo Portinari Greggio Lucente Maranca
5. Aline Aparecida da Silva Tavares
6. Antonio Francisco Costa
7. Antonio Urbino Penna Jr
8. Arthur Bezerra de Souza Junior
9. Aurélio Nomura
10. Betina Treige Grupenmacher
11. Bonfilio Alves Ferreira
12. Bruno Romano
13. Carlos Augusto Gobbi
14. Carlos Figueiredo Mourão
15. Carlos Roberto de Alckmin Dutra
16. Carmen Silvia Válio de Araujo Martins
17. Christianne de Carvalho Stroppa
18. Cleide Regina Furlani Pompermaier
19. Daniel Geoffroy
20. Daniel Biagini Brazão Bartkevicius
21. Daniel Oliveira Matos
22. Danielle Nascimento de Souza Linhares
23. Di Bonetti
24. Diógenes de Brito Tavares
25. Dircêo Torrecillas Ramos
26. Doris Terezinha Pinto Cordeiro de Miranda Coutinho
27. Edilberto Carlos Pontes Lima
28. Edson Emanuel Simões
29. Eduardo Jorge Lima
30. Eduardo Marcial Ferreira Jardim
31. Eduardo Sérgio Sousa Medeiros
32. Eduardo Tuma
33. Edvaldo Pereira de Brito

34. Elisabeth Libertuci
35. Elival da Silva Ramos
36. Érico Della Gatta
37. Esther Seiko Yoshinaga
38. Everardo de Almeida Maciel
39. Fabiane Louise Taytie
40. Felicia Ayako Harada
41. Fernando Barboza Dias
42. Fernando Facury Scaff
43. Fernando Fracari Vargas
44. Filipe Piazzi Mariano da Silva
45. Flávio Garcia Cabral
46. Francisco Pedro Jucá
47. Francisco Rezek
48. Gustavo Andre Muller Brigagão
49. Hamilton Dias de Souza
50. Helcio Honda
51. Heleno Taveira Torres
52. Hélio José Machado
53. Henrique Nelson Calandra
54. Igor Mauler Santiago
55. Ivette Senise Ferreira
56. Jane Cleide Alves da Silva
57. Jennifer Pereira Simão Verospi
58. Jo Tatsumi
59. José Bazilio Teixeira Marçal
60. José Mauricio Conti
61. José Renato Nalini
62. José Soares Ferreira Aras Neto
63. Josinaldo Leal de Oliveira
64. Juarez Arnaldo Fernandes
65. Juliana Assolari Adamo Cortez
66. Kiyoshi Harada
67. Kristian Rodrigo Pscheidt
68. Laercio Guerra Silva
69. Léo da Silva Alves
70. Licurgo Joseph Mourão de Oliveira
71. Luciano de Almeida Pereira
72. Luis Antonio Flora

73. Luiz Fernando Ferraz de Rezende
74. Luiz Gonzaga Bertelli
75. Luiz Henrique Sormani Barbugiani
76. Marcelo Baptistini Molero
77. Marcelo Borlina Pires
78. Marcelo Campos
79. Marcelo Kiyoshi Harada
80. Marcio Ferraz Nunes
81. Marcos da Costa
82. Marcus Abraham
83. Maria Claudia de Carvalho Gallon
84. Maria Garcia
85. Maria Sylvia Zanella Di Pietro
86. Marilene Talarico M. Rodrigues
87. Massami Uyeda
88. Massami Uyeda Junior
89. Michel Temer
90. Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho
91. Patricia Mayumi Murakami
92. Paulo Ayres Barreto
93. Paulo de Barros Carvalho
94. Rafael Albertoni Faganello
95. Raphael Silva Rodrigues
96. Regis Fernandes de Oliveira
97. Renan Clemente Gutierrez
98. Renato Akira Shimmi
99. Rita de Cássia de França Carneiro Agra
100. Ronaldo Chadid
101. Roque Antonio Carrazza
102. Ruy Martins Altenfelder Silva
103. Samantha Ribeiro Meyer-Pflug Marques
104. Sebastião Helvecio Ramos de Castro
105. Solange Mesquita
106. Sydney Sanches
107. Sylvio Toshiro Mukai
108. Talita Pimenta Félix
109. Thais Fernanda Borba dos Santos
110. Thais Xavier Ferreira da Costa
111. Thiago Glucksmann de Lima

112. Toshio Mukai
113. Wagner Seian Hanashiro
114. Walter Carvalho Monteiro Britto
115. Waneska Leticia dos Santos Fragoso Sarmiento

## **Associados estrangeiros**

---

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



## PALAVRAS DO PRESIDENTE DO IBEDAFT



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

Chegamos ao final do 4<sup>o</sup> ano de fundação do Instituto Brasileiro de Estudos de Direito Administrativo, Financeiro e Tributário - IBEDAFT - lançando o volume VIII da sua Revista oficial, contendo 11 artigos pertinentes às áreas do direito constitucional, administrativo, financeiro e tributário escritos por renomados juristas pátrios e de Portugal.

No ano que se findou, o IBEDAFT manteve intensas atividades como a realização do 3<sup>o</sup> Seminário Internacional de Direito Público com 15 palestras proferidas por juristas do Brasil e do exterior.

Realizou cerimônia oficial de lançamento do volume VII da Revista. Procedeu, em parceria com a Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, à premiação dos juristas de destaque de 2023 homenageando as seguintes personalidades: Antonio Francisco Costa, Maria

Claudia Gallon, Regis Fernandes de Oliveira, Dimas Ramalho e Renan Clemente Gutierrez.

Publicou no site do IBEDAFT inúmeros pareceres, artigos e monografias abordando temas atuais e relevantes do direito público.

Por derradeiro, o IBEDAFT realizou 5 *lives* debatendo diversos temas de interesse público, sob a mediação de Marcelo Harada como seguem:

1 Dia 2-3-2023 – Limites da coisa julgada. Participação de Kiyoshi Harada, Eduardo Alvim, Eduardo Jardim e Marcelo Campos.

2 Dia 17-5-2023 – Tributação de rendas auferidas no exterior por pessoas físicas domiciliados no país. Participantes: Kiyoshi Harada, Eduardo Jardim e Marcelo Campos.

3 Dia 5-6-2023 – Aspectos jurídicos do caso Dallagnol. Participantes: Kiyoshi Harada e Adilson Dallari.

4 Dia 26-7-2023 – Reforma tributária aprovada pela Câmara dos Deputados. Participantes: Kiyoshi Harada, Gustavo Brigagão e Marcos Cintra.

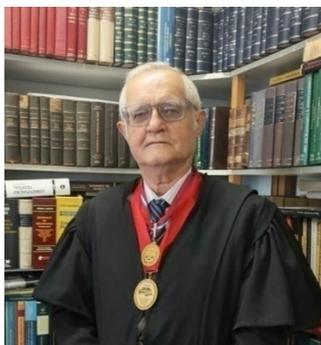
5 Dia 5-9-2023 – Tributação do PIS/COFINS das atividades das instituições financeiras. Participação: Kiyoshi Harada, Lucia Lombardi, Eduardo Jardim e Marcelo Campos.

Já estamos planejando a premiação de juristas de destaque do ano de 2024, bem como a realização do 4º Seminário Internacional de Direito Público com a participação de conferencistas nacionais e estrangeiros.

Com a colaboração do corpo diretivo, dos conselheiros e associados do IBEDAFT seguiremos dinamizando as atividades do IBEDAFT cumprindo a sua missão institucional de contribuir para o aprimoramento de nossas instituições jurídicas, públicas e privadas.

Kiyoshi Harada  
Presidente do IBEDAFT

# Apresentação do Coordenador Geral da Revista



*Francisco Pedro Jucá*

## **APRESENTAÇÃO**

---

O Instituto Brasileiro de Estudos de Direito Administrativo, Financeiro e Tributário – IBEDAFT oferece ao público jurídico e acadêmico, pela oitava vez, a sua Revista. Isto mesmo. Chegamos ao volume VIII da Publicação.

O projeto idealizado e, mais do que isso, realizado pelo descor-tínio e tenacidade do eminente Jurista Kiyoshi Harada, vem seguindo em frente, cada vez mais generosamente produtivo. Em cada oportunidade oferece contribuição relevante e fecunda para a cultura jurídica, para as instituições do Estado de Direito e para a sociedade civil. É sua missão e finalidade.

É forçoso reconhecer que se trata de empreitada dura, inçada de dificuldades e obstáculos, que mais tem sido meio de estímulo para a invariável superação. É uma construção serena, importante e ininter-rupta, mercê de uma vontade férrea e aglutinadora de seu idealizador e principal condutor.

A leitura transversal e integrativa do direito público, que a um só tempo preserva as identidades de seus ramos e destaca suas indis-sociáveis conexões e entrelaçamentos, oferece, assim, a visão trans e

interdisciplinar do Direito Constitucional, Administrativo, Financeiro e Tributário, que interagem, complementam-se e completam-se, e sua articulação é fundamental para a consolidação do Estado de Direito, vindo a ser o cerne, a essência, tanto da proposta quanto de todas as ações, iniciativas, reflexões e atividades do IBEDAFT. Assim tem sido e assim será. É o ideário de seu fundador e dirigente: jurista, mas, sobretudo, humanista.

Em outra oportunidade, (na apresentação do volume anterior) fez-se o registro de que “as grandes missões e grandes propósitos jamais ficam concluídas, ao contrário, sempre se desdobram em novos desafios, invariavelmente maiores”, não é excesso nem repetitivo colacionar agora.

A grande missão e propósito tem seu curso. Desta forma, o IBEDAFT conseguiu realizar o seu III Simpósio Internacional de Direito Público, prestou, em colaboração com a Assembleia Legislativa do Estado, a tradicional homenagem aos Juristas de Destaque do ano de 2023 e trouxe a lume os dois volumes de sua Revista.

Segue seu empenho para o ano de 2024, com suas promoções e publicações, devendo ser destacada a atenção que vem dando em suas reflexões sobre as chamadas “reformas estruturais”: Tributária e Administrativa, as acompanhando com atenção e cuidado, sem abdicar da necessária apreciação crítica e, mais do que isso, oferecendo, sempre, elementos e subsídios para reflexão e compreensão desta temática de vital importância para a sociedade no seu conjunto.

Ajuntando-se ao condutor Kiyoshi Harada, o corpo de juristas integrado ao IBEDAFT vem, mais uma vez, oferecer rico e precioso material de reflexão ao leitor através de substanciosos artigos que veicula.

O Jurista Kiyoshi Harada abre o número com o tema “Lançamento como marco divisor entre decadência e prescrição tributária”. O festejado constitucionalista português Jorge Miranda brinda-nos com “O Direito do Consumo na Constituição Portuguesa”. O Jurista baiano Antônio Francisco Costa oferece: “Ética no jornalismo investigatório: preceito constitucional e civilidade”. Francisco Pedro Jucá e Thais Xavier Ferreira da Costa apresentam “Da Fiscalização e observância das diretrizes de sustentabilidade e desenvolvimento socioeconômico no dispêndio de recursos públicos oriundo do Programa Nacional de Alimentação Escolar.”

O Jurista Português Mario Frota, com a autoridade doutrinária que possui oferece-nos: “Direitos dos Consumidores: direitos fundamentais. Uma perspectiva doméstica”. Os Juristas Renato Gugliano Erani e Adriano Romero da Silva presenteiam-nos com o artigo: “O desrespeito do STF aos limites impostos à justiça constitucional como causa do esvaziamento da competência da Justiça do Trabalho”. O eminente jurista Fernando Facury Scaff ilumina-nos com “O uso do FPM – Fundo de Participação dos Municípios – como garantia de empréstimos bancários”. Os estudiosos Renan Clemente Gutierrez e Bruno Gomes Farias contribuem com “A urgência na reforma do contencioso tributário brasileiro”. O festejado jurista Eduardo Marcial Ferreira Jardim traz “Tributação, violência, mortes no trânsito, turismo e o Brasil no ranking negativo”. A estudiosa Fabiana Félix Ferreira abrilhanta com “A arbitragem na administração pública e jurisdição: preceitos teóricos.” Por derradeiro, Kiyoshi Harada e Marcelo Kiyoshi Harada ofertam o parecer jurídico versando sobre o “Desenquadramento do regime especial de tributação do ISS”.

Está evidenciado que a qualidade e os méritos dos trabalhos que integram este número, sua variedade e pluralidade de abordagem, metodologia e temática conferem o elevado nível de valor, sempre crescente, que os esforços e trabalhos do IBEDAFT, capitaneados por Kiyoshi Harada, materializam mais uma contribuição de substância à reflexão crítica, endereçado à comunidade jurídica.

Não é demais registrar que é leitura que se sugere e recomenda, mas, mais do que isso, se julga obrigatória.

Encerrando a apresentação, tem-se o dever de registrar o apoio permanente da FADISP às atividades do IBEDAFT, especialmente pela generosa contribuição de seu Diretor, Prof. Dr. Thiago Matsushita.

Francisco Pedro Jucá  
Coordenador Geral da Revista do IBEDAFT



# I

## O lançamento como marco divisor da decadência e prescrição tributárias

*The tax assessment as milestone of tax decadence and prescription*

*Kiyoshi Harada*<sup>1</sup>

**Resumo:** O presente artigo objetiva analisar uma das questões mais controvertidas na jurisprudência do STJ. Mediante interpretação sistemática do Código Tributário Nacional assinala o início do prazo da prescrição a partir do término do procedimento administrativo do lançamento com a notificação feita ao sujeito passivo, quando ocorre a constituição definitiva do crédito tributário.

**Abstract:** This article aims to analyze one of the most controversial issues in the jurisprudence of the STJ.

Through systematic interpretation of the National Tax Code, it marks the beginning of the limitation period from the end of the administrative procedure of the assessment with the notification of the taxable person, when the definitive constitution of the tax credit occurs.

**Palavras chaves:** Lançamento tributário. Obrigação tributária. Crédito tributário. Decadência tributária. Prescrição tributária.

**Keywords:** Tax assessment. Tax obligation. Tax credit. Tax decay. Tax prescription.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Conceito de lançamento. 2.1. Lançamento enquanto procedimento administrativo. 2.2. Lançamento enquanto documento exteriorizador dos atos praticados pelo agente fiscal. 3. Conceito de crédito tributário. 3.1. Constituição definitiva do crédito tributário. 3.2. Pagamento ou impugnação do crédito tributário. 4. Lançamento como marco divisor entre decadência e prescrição. 4.1. Modalidades de lançamento. 4.1.1. Lançamento direto ou de ofício. 4.1.2. Lançamento misto ou por declaração. 4.1.3. Lançamento por homologação. 4.1.4

---

<sup>1</sup> Jurista com 43 obras publicadas. Presidente do Instituto Brasileiro de Estudos de Direito Administrativo, Financeiro e Tributário – IBEDAFT. Acadêmico da Academia Paulista de Letras Jurídicas, da Academia Paulista de Direito e da Academia Brasileira de Direito Tributário. Ex procurador chefe da Consultoria Jurídica do Município de São Paulo.

Conceitos. 4.2. Marco inicial da decadência. 4.3. Marco inicial da prescrição. 5. Jurisprudência do STJ. 6. Considerações finais.

## **1. INTRODUÇÃO**

---

Este é um dos temas em que não há unanimidade quer na doutrina, quer na jurisprudência de nossos tribunais.

Aliás, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça inova a legislação a respeito, como veremos mais adiante, praticamente abolindo a prescrição no âmbito do direito tributário.

Para bem compreender essa matéria é preciso que se entenda o termo lançamento em suas duas acepções, bem como que se distinga o procedimento administrativo do lançamento, do processo administrativo tributário que se segue.

É o que faremos neste breve estudo.

## **2. CONCEITO DE LANÇAMENTO**

---

O lançamento é o ato pelo qual a obrigação tributária que surge com a ocorrência do fato gerador torna-se líquida e certa. Tem por fim delimitar o *quantum debeat*. Por isso, na Itália o lançamento é conhecido como *accertamento*; nos Estados Unidos como *tax assessment*; na Espanha como *liquidación* e na França como *liquidation*.

### **2.1. Lançamento enquanto procedimento administrativo**

---

O Código Tributário Nacional disciplina a matéria em seu art. 142:

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

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

Na dicção do texto normativo o lançamento é um procedimento administrativo no sentido de que um agente administrativo competente procede à averiguação da subsunção do fato concreto à hipótese

legal prevista na norma jurídica de tributação; à determinação da matéria tributável; ao cálculo do montante do tributo devido e identifica o sujeito passivo, propondo a aplicação de penalidade cabível, quando for o caso.

Essa série de atos praticados pelo agente do fisco pode ser praticada em um dia ou vários dias. Em casos complexos envolvendo uma empresa de porte com agências, sucursais, filiais etc., pode-se levar meses para a conclusão do lançamento. Daí o acerto do legislador em empregar a expressão “procedimento administrativo”, que expressa a ideia de prática de atos sucessivos de forma ordenada.

A atividade do lançamento é obrigatória e vinculada, sob pena de responsabilidade funcional (parágrafo único, do art. 142 do CTN).

## **2.2. Lançamento enquanto documento exteriorizador dos atos praticados pelo agente fiscal**

---

No final do procedimento administrativo descrito no art. 142 do CTN há sempre um documento exteriorizador dos atos praticados pelo agente que, uma vez dele notificado o sujeito passivo opera a constituição definitiva do crédito tributário, nos termos do art. 145 do CTN, só podendo ser alterado por via de impugnação do sujeito passivo, pelo recurso de ofício, ou por iniciativa da autoridade administrativa nos casos previstos no art. 149 do CTN (revisão do lançamento).

Esse documento final do lançamento normalmente é representado por auto de infração, termo de notificação de débito tributário, notificação de lançamento de débito tributário etc.

Do ponto de vista material o lançamento constitui-se, portanto, em ato jurídico administrativo, ou seja, um título jurídico munido de abstração, apto a ensejar a cobrança executiva do tributo, após a inscrição do tributo na dívida ativa, nos termos do art. 202 do CTN ou do art. 2º da Lei nº 6.830 de 22-9-1980 (LEF).

## **3. CONCEITO DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO**

---

Com a ocorrência do fato gerador surge, *ipso facto*, a obrigação tributária que é ilíquida e incerta. Por meio do lançamento tributário aquela obrigação torna-se líquida, certa e exigível.

Dessa forma, o crédito tributário nada mais é do que a obrigação tributária principal formalizada pelo lançamento, isto é, tornada líquida e certa pelo lançamento. A obrigação principal consiste no pa-

gamento de tributo ou pena pecuniária. O crédito tributário é, pois, a conversão dessa obrigação tributária ilíquida em líquida, certa e exigível no prazo estatuído na legislação tributária.

Do ponto de vista material a obrigação e crédito se confundem: as partes são as mesmas, o objeto é idêntico e o vínculo jurídico também.

Dispõe o art. 139 do CTN que “o crédito tributário decorre da obrigação principal e tem a mesma natureza desta.”

Por causa desse dispositivo doutrinadores de nomeada sustentam que o crédito tributário nasce juntamente com a obrigação tributária, subsiste e se extingue simultaneamente com ela.

Não concordamos com esse posicionamento, pois o crédito tributário não se confunde com a obrigação tributária. Primeiramente porque o crédito tributário é líquido e certo, enquanto a obrigação tributária é ilíquida e incerta. Não se sabe qual o valor do tributo devido, nem quem é o sujeito passivo. Esse segundo lugar, a obrigação tributária subsiste sem a existência do crédito tributário.

De fato, anulado o crédito tributário por vício formal, por exemplo, subsiste a obrigação tributária que lhe deu causa.

É o que dispõe o art. 140 do CTN:

Art. 140. As circunstâncias que modificam o crédito tributário, sua extensão ou seus efeitos, ou as garantias ou os privilégios a ele atribuídos, ou que excluem sua exigibilidade não afetam a obrigação tributária que lhe deu origem.

Anulado o crédito tributário por vício formal é possível novo lançamento para constituir o crédito tributário vinculado à respectiva obrigação tributária. E mais, se a autoridade administrativa fiscal permanecer inerte por longo tempo, depois de surgida a obrigação tributária, o crédito tributário não virá à luz, podendo operar a decadência do direito de constituir o crédito tributário pelo lançamento, dependendo do tempo decorrido. Daí a insustentabilidade da tese do nascimento simultâneo da obrigação e do crédito tributário.

### **3.1. Constituição definitiva do crédito tributário**

---

A exata fixação do momento da constituição do crédito é de capital importância porque ele deflagra o início da contagem do prazo quinquenal de prescrição, ao teor do art. 174 do CTN.

Antes afirmamos que no final do procedimento administrativo referido no art. 142 do CTN haverá sempre um documento exteriorizador dos atos praticados pelo agente fiscal, eficiente para a constituição definitiva do crédito tributário pela notificação feita ao sujeito passivo, conforme preceitua o art. 145 do CTN:

Art. 145. O lançamento regularmente notificado ao sujeito passivo só pode ser alterado em virtude de:

I - impugnação do sujeito passivo;

II - recurso de ofício;

III - iniciativa de ofício da autoridade administrativa, nos casos previstos no artigo 149.

Constituído definitivamente o crédito tributário pelo lançamento *ipso facto*, o procedimento administrativo do lançamento cessa, *ipso facto*, o procedimento administrativo do lançamento. A partir de então o crédito só pode ser alterado pela impugnação do sujeito passivo, recurso ofício ou por iniciativa de ofício da autoridade administrativa nos casos previstos no art. 149 do CTN (revisão do lançamento).

Superando as intermináveis divergências doutrinárias existentes acerca da natureza jurídica do lançamento, o legislador pátrio fixou o entendimento de que ele tem efeito meramente declaratório da obrigação tributária, mas constitutivo do crédito tributário, pois modifica a obrigação preexistente conferindo-lhe liquidez, certeza e exigibilidade antes inexistentes.

### **3.2. Pagamento ou impugnação do crédito tributário**

---

Notificado do ato do lançamento (ato jurídico administrativo) ao sujeito passivo restam a este duas alternativas: efetuar o pagamento extinguindo o crédito tributário (art. 156, I do CTN), ou apresentar impugnação dando origem à instauração do processo administrativo tributário, que tem por fim solucionar a lide, a exemplo do que acontece com a interposição de ação judicial para desconstituição do crédito tributário, uma faculdade do sujeito passivo que não é obrigado a exaurir o processo administrativo como condição para o ingresso no Judiciário (art. 5º, XXXV da CF).

A possibilidade de impugnar o débito tributário diretamente perante o Judiciário, por si só, revela a fragilidade da argumentação de parcela da doutrina e da jurisprudência segundo as quais, enquanto perdurar a discussão administrativa, o crédito tributário não está

definitivamente constituído, porque ele pode ser alterado no todo ou em parte.

Voltaremos ao assunto no tópico seguinte.

## **4. LANÇAMENTO COMO MARCO DIVISOR ENTRE DECADÊNCIA E PRESCRIÇÃO**

---

Já verificamos que a palavra “lançamento” não é unívoca. Ele é um procedimento administrativo em que o agente fiscal pratica os atos referidos no art. 142 do CTN, para constituir o crédito tributário. É ato jurídico administrativo quando ao final do procedimento promove a notificação do sujeito passivo constituindo definitivamente o crédito tributário que se torna imutável, exceto nos casos previstos no art. 145 do CTN.

### **4.1. Modalidades de lançamento**

---

Temos três modalidades de lançamento a seguir examinadas.

#### **4.1.1 Lançamento direto ou de ofício**

---

Essa modalidade é prevista no art. 149 do CTN. O lançamento direto ou de ofício é efetuado pelo agente administrativo competente, sem qualquer ajuda do contribuinte. O fisco age por conta própria verificando a ocorrência do fato gerador, determinando a matéria tributável, calculando o montante do tributo devido, identificando o sujeito passivo e promovendo a sua notificação.

Nessa modalidade de lançamento é de responsabilidade exclusiva do fisco o risco de interpretação errônea da legislação tributária, bem como da respectiva notificação do sujeito passivo.

É o caso, por exemplo, do IPTU. Devido ao custo elevado dessa modalidade de lançamento há tendência legislativa de diminuir as hipóteses de lançamento de ofício.

#### **4.1.2 Lançamento misto ou por declaração**

---

Essa modalidade de lançamento é prevista no art. 147 do CTN. No caso o fisco age com base nas informações prestadas pelo sujeito passivo.

Antigamente o imposto de renda das pessoas físicas era apurado por meio de informações prestadas pelo sujeito passivo. Este

declarava ao fisco federal o imposto devido que depois de analisar a declaração expedia a notificação de lançamento tributário.

Hoje, o IRPF configura hipótese de lançamento por homologação a ser examinado no tópico seguinte.

Exemplo típico de lançamento por declaração encontramos na apuração do Imposto Territorial Rural – ITR – em que cabe ao sujeito passivo declarar ao fisco, dentre outros elementos, o valor da terra nua, as áreas aproveitáveis e não aproveitáveis, as áreas efetivamente utilizadas etc. Na hipótese de omissão ou falta de sinceridade das informações prestadas pelo sujeito passivo o agente fiscal poderá arbitrar o valor ou o preço, observado o processo regular como dispõe o art. 148 do CTN.

### **4.1.3 Lançamento por homologação**

---

O lançamento por homologação é aquele previsto no art. 150 do CTN:

Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

Aqui duas considerações se impõem. Primeiramente é de se afastar o posicionamento de setores da doutrina especializada que denominam essa modalidade de lançamento de autolancamento, porque tudo é praticado pelo sujeito passivo que apura e recolhe o montante do tributo devido, sem prévio conhecimento do fisco.

É de se lembrar que o lançamento é ato privativo da autoridade administrativa competente (art. 142 do CTN).

Outrossim, na dicção do art. 150 do CTN está proclamada, com solar clareza, que é o fisco quem expressamente homologa a atividade exercida pelo sujeito passivo. Este poderá deixar de homologar e proceder ao lançamento de ofício do montante do tributo que entender devido, desprezando aquele informado pelo sujeito passivo (§ 3º, do art. 150 do CTN). Homologada a atividade exercida pelo sujeito passivo abrangendo o pagamento antecipado, opera-se, simultaneamente, a constituição do crédito tributário e sua extinção (§ 1º, do art. 150 do CTN).

Não homologada no prazo de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação (§ 4º, do art. 150 do CTN).

Apesar da expressão “expressamente a homologa” constante na parte final do art. 150 do CTN, não se exige manifestação formal de homologação pelo fisco. O despacho da autoridade administrativa ordenando a inscrição na dívida ativa do montante do tributo apurado pelo sujeito passivo equivale à homologação do lançamento.

O STJ editou a Súmula nº 436 com o seguinte teor:

A entrega de declaração pelo contribuinte, reconhecendo o débito fiscal, constitui o crédito tributário, dispensada qualquer outra providência por parte do fisco.

Esse enunciado serve para afastar o posicionamento de alguns especialistas que reclamam a notificação do sujeito passivo antes da inscrição na dívida ativa, invocando o princípio constitucional do contraditório e ampla defesa. O equívoco de tal posicionamento é manifesto, pois esse princípio constitucional, por óbvio, se refere a atos praticados por terceiros. Ninguém exerce o contraditório contra ato que ele próprio praticou. O sujeito passivo, antes da homologação, poderá retificar a declaração feita.

Em segundo lugar, deve-se afastar a jurisprudência do STJ no sentido de que o lançamento por homologação pressupõe pagamento antecipado (REsp nº 973.733/SC, Rel. Min. Luiz Fux, julgado sob o rito de recurso repetitivo).

Ora, não se pode confundir o dever de o sujeito passivo “de antecipar o pagamento” com o “pagamento antecipado” que extingue o crédito tributário sob condição resolutória de ulterior homologação do lançamento (§ 1º, do art. 150 do CTN). O que se homologa não é apenas o pagamento, mas toda a atividade exercida pelo contribuinte, (emissão de notas fiscais; sua escrituração em livros próprios; apuração periódica do montante do tributo devido; comunicação ao fisco do valor do tributo apurado por meio de GIA/ DCTF; seu pagamento antecipado etc.).

Cabe ao fisco verificar a exatidão dessas atividades praticadas pelo sujeito passivo e sua compatibilidade com o montante do tributo apontado para cada período, homologando-as. No silêncio do fisco, o prazo de homologação é de cinco anos a contar da ocorrência do fato

gerador (§ 4º, do art. 150 do CTN), findo o qual se tem por definitivamente extinto o crédito tributário.

No caso de antecipação parcial do pagamento o fisco deverá efetuar o lançamento da diferença (§ 3º, do art. 150 do CTN), porém, sempre dentro do prazo decadencial de 5 anos, a contar da data do fato gerador ocorrido.

#### **4.1.4 Conceitos**

---

Decadência é conceituada pela doutrina como sendo o perecimento do direito por não ter tido exercitado dentro de determinado prazo. É um prazo de vida do direito.

Não comporta suspensão nem interrupção. É irrenunciável devendo ser pronunciada de ofício.

Se existe interesse público em proteger o direito do sujeito ativo, decorrido determinado prazo, sem que ele exercite esse direito, passa a ser de interesse público que o sujeito passivo daquele direito não venha mais a ser perturbado pelo credor, a fim de preservar a estabilidade das relações jurídicas. *Dormientibus non succurrit jus*, diz o velho ditado.

A prescrição é a perda do direito à ação pelo decurso do tempo. Não extingue o direito, mas apenas a ação, pelo que o pagamento da dívida prescrita não enseja repetição. A prescrição comporta suspensão e interrupção podendo ser renunciada sempre que envolver direitos patrimoniais. Hoje, a prescrição pode e deve ser pronunciada de ofício (§ 4º do art. 40 da LEF).

Pela doutrina moderna tanto a prescrição, como a decadência atingem a pretensão, que não se confunde com a ação, nem com o direito.

A pretensão quando resistida dá ensejo ao nascimento da lide a ser dirimida pelo Poder Judiciário.

Se ambos extinguem a pretensão pelo discurso do prazo, pergunta-se, o que diferencia a decadência da prescrição?

Ângelo Amorim Filho seguindo as pegadas de Chiovenda sustenta que:

- a) somente os direitos que envolvem prestação conduzem à prescrição porque somente esses são suscetíveis de violação, ensejando o nascimento da pretensão. E como a satisfação das pretensões só pode ser obtida através de ações condena-

tórias somente estas, e todas elas se sujeitam aos efeitos de prescrição;

b) os direitos potestativos, que são por excelência direito sem pretensão, porque insuscetíveis de violação, não podem dar origem ao prazo prescricional. Como a tutela dos direitos protestativos, se dá através de ação constitutiva, esta sofre os efeitos da decadência sempre que fixado prazo especial para o exercício do direito, para assegurar a tranquilidade social

c) são perpétuas as ações declaratórias, as quais visam tão somente estabelecer uma certeza jurídica, bem como todas as ações constitutivas sem prazo especial de exercício fixado em lei.

Esse critério aventado por Amorim, apesar de algumas dificuldades por não haver unanimidade na doutrina quanto à qualificação de determinado direito como sendo de natureza protestativa, ou como aquele tendente a uma prestação, é o mais completo até agora conhecido.

No direito tributário a distinção entre decadência e prescrição torna-se fácil tendo em vista o instituto de lançamento tributário.

Antes do lançamento o prazo é de decadência. Consumado o lançamento com a notificação do sujeito passivo constitui-se definitivamente o crédito tributário cessando, *ipso facto*, o procedimento administrativo do lançamento. A partir daí o prazo é de prescrição, sem hiato entre um prazo e outro. A prescrição sucede imediatamente a decadência.

## 4.2. Marco inicial da decadência

---

Examinemos, agora, o termo inicial da decadência, tendo em vista as diferentes modalidades de lançamento.

No lançamento de ofício (art. 149 do CTN) o prazo inicial da contagem do prazo decadencial está regulado no art. 173 do CTN:

Art. 173 O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se cinco anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento pode ter sido efetuado

II - da data em que se formar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Parágrafo Único. O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento.

Como se verifica, exclui-se o exercício em que ocorreu o fato gerador da obrigação tributária (inciso I).

Contudo, se o fisco promover a notificação ao sujeito passivo de qualquer medida preparatória do lançamento, o prazo decadencial conta-se a partir da data dessa notificação (parágrafo único). Normalmente o fisco lavra no livro próprio do contribuinte o termo de início da fiscalização. Sempre que isso acontecer a fluência do prazo decadencial antecipa-se para a data do termo lavrado, sem necessidade de aguardar o exercício seguinte ao da ocorrência do fato gerador.

No que tange ao lançamento por homologação, o prazo decadencial conta-se a partir da data de ocorrência do fato gerador (§ 4º do art. 150 do CTN).

A jurisprudência do STJ, inicialmente, havia firmado o entendimento de que a decadência nesse caso opera-se no prazo de 10 anos, somando-se o prazo do art. 173, I do CTN com o prazo do § 4º, do art. 150 do CTN (Resp nº 0063529/PR: 0058918/RJ).

É manifesto e equívoco da jurisprudência, pois o CTN fixou critérios diferentes para a contagem do prazo decadencial segundo a modalidade de lançamento. Aliás, a soma dos prazos do art. 173, I e do § 4º do art. 150 do CTN conduz a onze anos e não dez como afirmado pelo STJ.

Essa tese foi abandonada. Porém, o STJ continua lançando confusão nessa matéria ao exigir que no lançamento por homologação, além de não existir dolo, fraude ou simulação deve haver pagamento antecipado do tributo (Resp nº 971.733/SC, *DJe* de 18-9-2009).

Ora, o preceito do art. 150 do CTN não faz referência ao pagamento. Fala-se em legislação que “atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento”. É coisa bem diferente!

Atribuir o dever se antecipar o pagamento do tributo não quer dizer pagamento do tributo. Todos têm o dever de pagar tributos, mas alguns não pagam voluntariamente.

### 4.3. Marco inicial da prescrição

De conformidade com o art. 174 do CTN a ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data da constituição definitiva do crédito tributário:

Art. 174. A ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva.

Parágrafo único. A prescrição se interrompe:

I – pelo despacho do juiz que ordenar a citação em execução fiscal; (Redação dada pela Lcp nº 118, de 2005)

II - pelo protesto judicial;

III - por qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor;

IV - por qualquer ato inequívoco ainda que extrajudicial, que importe em reconhecimento do débito pelo devedor.

Já sabemos que a constituição definitiva do crédito tributário ocorre no final do procedimento administrativo do lançamento com a notificação do sujeito passivo. Desde então o crédito pode ser cobrado, enquanto não prescrito o direito de ação.

Uma vez notificado, o contribuinte pode tanto efetuar o pagamento extinguindo o crédito tributário, como também impugnar administrativamente o crédito constituído, dando nascimento ao processo tributário para a solução da lide. Pode, igualmente, se assim preferir, ajuizar desde logo a ação judicial para desconstituir no todo ou em parte o crédito constituído pelo lançamento. Não há obrigatoriedade de prévio esgotamento da via administrativa.

A impugnação administrativa suspende a exigibilidade do crédito tributário nos precisos termos do art. 151, inciso III do CTN. Suspensão da exigibilidade não significa suspensão da prescrição, como muitos sustentam agasalhados pela equivocada jurisprudência dos tribunais.

Nas precisas palavras de Ruy Barbosa Nogueira a revisão do lançamento decorrente da impugnação do sujeito passivo *tem que estar concluída dentro do prazo de prescrição que, precisamente para possibilitar o trabalho procedimental de reexame suspende a exigibilidade por tempo considerado pela vontade objetivada na lei, não só como suficiente para terminá-lo (cinco anos), mas ainda com a flexibi-*

*lidade da sua interrupção judicial, se necessária, para ser terminado esse trabalho.*<sup>2</sup>

Como vimos, a fazenda dispõe de 5 longos anos para concluir, a tempo, o processo administrativo tributário, sendo certo que o contribuinte só é responsável, no máximo, por 75 dias como já vimos.

Sustentar a tese da suspensão na pendência da discussão administrativa é atentar contra a finalidade da prescrição que é exatamente a de combater a inércia do credor, a fim de assegurar a estabilidade das relações jurídicas. O contribuinte não pode ficar eternamente preso a um processo administrativo, cujo impulsionamento é dependente apenas da ação do fisco.

A prescrição é interrompida naquelas quatro hipóteses elencadas no parágrafo único, do art. 174 do CTN retrotranscrito.

Verifica-se que a Fazenda deve concluir o processo administrativo e obter o despacho inicial do juiz ao prazo de 5 anos, sob pena de extinção do crédito tributário pela prescrição (Art. 156, V do CTN).

Em havendo alguma razão que impeça a Fazenda de concluir o processo dentro do quinquídio legal deve ela efetuar o protesto judicial para interromper a prescrição (inciso II, do art. 174 do CTN).

A adesão do contribuinte ao regime de parcelamento interrompe a prescrição (inciso IV, do art. 174 do CTN).

Como se nota, o Código Tributário Nacional disciplinou a prescrição e decadência de forma lógica e racional dentro daquilo que estabelece a teoria geral do direito. É preciso, apenas, que os diversos dispositivos esparsos sejam interpretados de forma sistemática, dentro do sistema jurídico como um todo.

## **5. JURISPRUDÊNCIA DO STJ**

---

Infelizmente a jurisprudência do STJ afastou-se dos dispositivos normativos, procedendo a uma interpretação pró fisco sendo, inclusive, contraditória.

Com efeito, não concorda o STJ com o início do prazo prescricional pela notificação de lançamento feita ao sujeito passivo, porque o crédito pode ser alterado no curso do processo administrativo. Somen-

---

<sup>2</sup> *Curso de direito tributário*, 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 298.

te ao final, não do procedimento, mas do processo administrativo tributário é que o crédito estaria definitivamente constituído.

Se assim for deveria, igualmente, aguardar a prescrição da ação anulatória, porque a decisão judicial poderá alterar no todo ou em parte o crédito tributário. Na linha de raciocínio desenvolvido pelo STJ, poder-se-ia sustentar, igualmente, que se deve aguardar o decurso do prazo da ação rescisória, porque uma decisão confirmatória do crédito tributário poderá, em tese, ser reformada.

É próprio do ato jurídico comportar impugnação administrativa ou judicial. O estranho seria impugnar o crédito tributário em constituição, salvo nos casos de vício formal do procedimento administrativo do lançamento.

De outro lado, fica bem difícil de entender porque o pagamento em cumprimento à notificação feita pelo fisco extingue definitivamente o crédito tributário. Extingue exatamente porque com a notificação o crédito estava definitivamente constituído.

A jurisprudência do STJ, ora sustenta que a impugnação administrativa interrompe a contagem do prazo prescricional (Resp nº 751132/RS), ora afirma que suspende a prescrição (AgRg no Resp nº 108811-SP).

Conforme assinalamos em nossa obra “por imperativo lógico a afirmativa de que a superveniência da inexigibilidade do crédito tributário interrompe ou suspende o prazo prescricional implica o reconhecimento de que esse prazo estava fluindo desde a sua constituição definitiva pelo lançamento”<sup>3</sup>.

Transcrevemos, abaixo uma das ementas do Acórdão proferido do STJ que bem ilustra a matéria que estamos expondo:

Processual civil e tributário. Ofensa ao art. 535 do CPC. Não ocorrência. Impugnação de débito tributário na via administrativa. Suspensão do prazo prescricional. Inteligência dos arts. 151, III, e 174 do CTN. Acórdão recorrido. Revisão de entendimento. Reexame de fatos e provas. Súmula 7/STJ. Inobservância das normas legais. Afronta à boa-fé objetiva. *Venire contra factum proprium*. Divergência jurisprudencial. Exame prejudicado.

---

3 Cf. nosso *Direito financeiro e tributário*, 31ª ed. São Paulo: Dialética, 2022, p. 913.

1. Não se configura ofensa ao art. 535, II, do Código de Processo Civil, uma vez que o Tribunal de origem julgou integralmente a lide e solucionou a controvérsia, tal como lhe foi apresentada. Não é o órgão julgador obrigado a rebater, um a um, todos os argumentos trazidos pelas partes em defesa da tese que apresentaram. Deve apenas enfrentar a demanda, observando as questões relevantes e imprescindíveis à sua resolução. Nesse sentido: REsp 927.216/RS, Segunda Turma, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 13/8/2007; e REsp 855.073/SC, Primeira Turma, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, DJ de 28/6/2007.

2. A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial 1.113.959/RJ, submetido ao rito do art. 543-C do CPC, firmou o entendimento de que ‘o recurso administrativo suspende a exigibilidade do crédito tributário, enquanto perdurar o contencioso administrativo, nos termos do art. 151, III do CTN, desde o lançamento (efetuado concomitantemente com auto de infração), momento em que não se cogita do prazo decadencial, até seu julgamento ou a revisão *ex officio*, sendo certo que somente a partir da notificação do resultado do recurso ou da sua revisão, tem início a contagem do prazo prescricional, afastando-se a incidência da prescrição intercorrente em sede de processo administrativo fiscal, pela ausência de previsão normativa específica’ (REsp 1.113.959/RJ, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe de 11/03/2010).

[...]

5. A inobservância das normas legais para ver-se livre do pagamento de tributo afronta a boa-fé objetiva, nos termos do brocardo *venire contra factum proprium*.

6. Fica prejudicada a análise da divergência jurisprudencial quando a tese sustentada já foi afastada no exame do Recurso Especial pela alínea ‘a’ do permissivo constitucional.

7. Agravo Regimental não provido (AgRg no AREsp nº 705.069/RJ, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 04-02-2016).

Como se constata pela leitura do item 2 do V. Acórdão, a tese foi firmada no bojo do processo julgado sob a sistemática de recursos repetitivos.

O V. Acórdão liquida com a prescrição no direito tributário. Somente após a notificação da decisão administrativa ou de revisão é que a prescrição tem o seu curso, vedada a contagem da prescrição intercorrente por ausência de norma legal específica.

Dessa forma, o processo administrativo poderá permanecer inerte por 5, 10, 20 ou 50 anos ou mais, contrariando a própria finalidade do instituto da prescrição que, a exemplo da decadência, tem por objetivo combater a inércia do credor.

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Essa é uma das matérias em que o STJ não tem decidido com acerto.

Ao não reconhecer o início do prazo prescricional com a notificação do lançamento feita ao sujeito passivo, na forma do art. 145 do CTN, a Colenda Corte confunde *data vênia*, o procedimento administrativo do lançamento, que termina com a notificação do sujeito passivo, com o processo administrativo tributário, que nasce com a impugnação do sujeito passivo.

Não distingue a Corte o lançamento enquanto procedimento administrativo, do lançamento enquanto ato jurídico administrativo e como tal perfeito e acabado apto a produzir os efeitos jurídicos e, também, suportar a impugnação administrativa ou judicial.

Outrossim, afirmar que enquanto perdurar a discussão perante a última instância administrativa (CARF, TIT etc.) o crédito não estará definitivamente constituído implica desconsiderar o art. 142 do CTN que prescreve no sentido de que o lançamento é de competência privativa do agente administrativo competente, porque no colegiado de segunda instância há representantes dos contribuintes que não podem exercer o ato do lançamento, ainda que para constituir definitivamente, como diz o STJ. E mais, os representantes do fisco no Órgão Colegiado exercem função judicante, portanto, incompatível com a função de constituir o crédito que somente pode ser feito por servidor público integrante da carreira de auditor fiscal, de agente fiscal, ou de inspetor fiscal, respectivamente, para a União, Estados e Municípios.

Por fim, a jurisprudência do STJ utiliza o dispositivo que favorece o sujeito passivo (art. 151, III do CTN) para decidir contra esse mesmo sujeito passivo ao condicionar o início do prazo prescricional a um ato potestativo da Fazenda, qual seja, a notificação para pagamento

expedida ao final do processo administrativo tributário. Semelhante tese só poderia ser razoavelmente entendida se reconhecida a prescrição intercorrente, exatamente, a categoria jurídica repelida pelo V. Acórdão a pretexto de ausência de norma específica.

A jurisprudência do STJ subordina o início da contagem do prazo prescricional para a cobrança do crédito tributário à vontade unilateral da Fazenda, permitindo que o processo administrativo tributário perdure por tempo indeterminado.

Semelhante posicionamento, *data vênia*, não encontra guarida na ordem jurídica positivada.

## Referências

---

- HARADA, Kiyoshi. *Direito financeiro e tributário* 32ª ed. São Paulo: Dialética, 2023.
- NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Curso de direito tributário*, 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 1989.



## II

# O Direito do consumo na Constituição Portuguesa

### *Consumer law in the Portuguese Constitution*

*Jorge Miranda*<sup>1</sup>

**Resumo:** O artigo situa o direito do consumo na Constituição Portuguesa. Enuncia a proteção dos consumidores dispensada por diferentes Constituições e pela Lei nº 24, de 31 de julho de 1996. Aborda o direito à reparação pelos danos causados ao consumidor e a omissão do Estado nos deveres de proteção.

Examina a democracia participativa e a proteção de direitos difusos.

Por fim, discorre sobre o sistema de proibições no campo do direito do consumidor.

**Palavras chaves:** Direito do consumo. Direito à reparação de danos. Omissão do Estado. Direitos difusos.

**Abstract:** The article places consumer law in the Portuguese Constitution. Enunciates the protection of consumers dispensed by different Constitutions and by Law nº 24, of 31 July 1996. It addresses the right to compensation for damages caused to the consumer and the State's omission in the duties of protection.

Examines participatory democracy and the protection of diffuse rights.

Finally, it discusses the system of prohibitions under consumer law.

**Keywords:** Consumer law. Right to compensation for damages. State omission. Diffuse rights.

**Sumário:** 1 Introdução. 2 Proteção dos consumidores dispensada por diversas Constituições. 3 As diretivas europeias. 4 As previsões constitucionais. 5 O art. 60 da Constituição. 6 A Lei nº 24 de 31 de julho de 1996. 7 Do direito à reparação de danos. 8 A omissão do Estado nos deveres de proteção. 9 Democracia participativa e a proteção dos direitos difusos. 10 Contraposição entre direitos, liberdades e

---

<sup>1</sup> Professor catedrático das Faculdades de Direito da Universidade de Lisboa e da Universidade Católica Portuguesa.

garantias e direitos sociais. 11 Direito à promoção de bens e serviços. 12 A Constituição não se circunscreve a estabelecer uma reserva de lei.

## **1 INTRODUÇÃO**

---

O tratamento jurídico dominante do consumo e dos consumidores situava-se até há cerca de cinquenta anos, e continua a situar-se predominantemente no âmbito do Direito privado. Basta pensar, entre nós, nos regimes dos vícios da vontade no negócio jurídico (arts. 140<sup>o</sup> e segs.), do cumprimento ou não cumprimento das obrigações (arts. 153<sup>o</sup> e segs.), do negócio usurário (arts. 282<sup>o</sup> e 283<sup>o</sup>), da venda de coisas defeituosas (arts. 913<sup>o</sup> e segs., todos do Código Civil) ou das cláusulas contratuais gerais (Decreto-Lei n<sup>o</sup> 446/85, de 25 de outubro e suas alterações).

É relativamente recente um tratamento específico nominativo (Base III da Lei n<sup>o</sup> 1/72, de 24 de março, a primeira lei portuguesa de defesa da concorrência já não em vigor) e é ainda mais recente um tratamento específico a nível da Constituição.

Isso não significa que, alguma vez, a proteção dos consumidores tenha estado arredada do sistema constitucional, porque a Constituição, na fórmula bem conhecida de SANTI ROMANO, é o tronco da ordem jurídica estatal, donde arrancam os ramos da grande árvore em que se desenvolve essa ordem jurídica; correspondentes, na expressão de PELLEGRINO ROSSI, às respetivas *têtes de chapitre*<sup>2</sup>.

Para, além disso, a chamada sociedade de consumo, com as suas vicissitudes muito variáveis, obriga a estabelecer ou a repor condições de liberdade e igualdade e a prescrever direitos dos consumidores, como cidadãos, a par da preocupação com a proteção do meio ambiente e da qualidade de vida.

## **2 PROTEÇÃO DOS CONSUMIDORES DISPENSADA POR DIVERSAS CONSTITUIÇÕES**

---

Porventura, terá sido a Constituição portuguesa de 1976 a primeira a conferir relevância à proteção dos consumidores, ao fixar, entre as incumbências prioritárias do Estado no domínio económico-

---

2 Cfr. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito constitucional*, I, 1, 10<sup>a</sup> ed., Coimbra, 2014, págs. 17 e segs.

social *proteger o consumidor, designadamente através do apoio à criação de cooperativas e de associações de consumidores* [art. 81º, alínea m]<sup>3</sup>.

Outras Constituições são a espanhola, de 1978 (art. 51º), a brasileira, de 1988 (arts. 170º-V, 150º, § 5º e 178º, § único-II), a cabo-verdiana, de 1992 (art. 82º), a peruana, de 1993 (art. 65º), a polaca, de 1997 (art. 76º), a suíça, de 1999 (art. 97º), a timorense, de 1992 (art. 53º), a angolana, de 2010 (art. 78º).

Merece realce a Constituição brasileira, referindo-se à defesa do consumidor numa ordem económica fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por fim assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social (art. 170º).

### **3 AS DIRETIVAS EUROPEIAS**

---

Há numerosos diretivas europeias, em sintonia com o art. 38º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de harmonia com o qual “as políticas da União devem assegurar um elevado nível de defesa dos consumidores”.

### **4 AS REVISÕES CONSTITUCIONAIS**

---

Em 1982, na primeira revisão constitucional, foi acrescentado ao art. 110º um nº 1, dizendo *Os consumidores têm direito à formação e à informação, à proteção da saúde, da segurança e dos seus interesses económicos e à reparação de danos.*

A revisão de 1989 transferiu a matéria do art. 110º para o art. 60º, substituiu a epígrafe *proteção dos consumidores* por *direitos dos consumidores*, e reformulou o nº 1, passando ele a dizer *os consumidores têm direito à qualidade dos bens e serviços consumidos, à formação e à informação, à proteção da saúde, da segurança e dos seus interesses económicos, bem como à reparação de danos.*

---

3 Fonte: Projeto de Constituição do Partido Popular Democrático (art. 67º). E no nosso *Um projecto de Constituição* (Braga, 1975), prevíamos, sob a epígrafe de *Democratização da economia*, a incumbência do Estado de *salvaguardar a liberdade do consumidor* [art. 93º, alínea e)].

Cfr. *Diário da Assembleia Constituinte*, nºs 70, 71, 80 e 131, reuniões de 24 e 28 de outubro e 2 de novembro de 1975 e de 1 de abril de 1976, págs. 223, 225, 2267 e segs., 2678 e segs. e 4372.

Dessa revisão de 1989 resultou a redação do nº 2: *A publicidade é disciplinada por lei, sendo proibidas todas as formas de publicidade oculta, indireta ou dolosa.*

O nº 3 resulta das revisões de 1982, 1989 e 1997: *As associações de consumidores e as cooperativas de consumo têm direito, nos termos da lei, ao apoio do Estado e a ser ouvidas sobre as questões que digam respeito à defesa dos consumidores, sendo-lhes reconhecida legitimidade processual para defesa dos seus associados ou de interesses coletivos ou difusos*<sup>4 5</sup>.

## 5 O ART. 60 DA CONSTITUIÇÃO

O art. 60º situa-se no título dos direitos económicos, sociais e culturais da Parte I da Constituição, respeitante a direitos e deveres

4 Cfr. *Diário da Assembleia da República*, 2ª legislatura, 2ª sessão legislativa, 2ª série, suplemento ao nº 19, págs. 432-(12) e segs., e suplemento ao nº 87, págs. 1618-(3) e 1ª série, nº 114, de 7 de julho de 1982, págs. 4728 e segs.

*Ibidem*, 5ª legislatura, 1ª sessão legislativa, 2ª série, nºs 22-RC, 35-RC, 75-RC e 84-RC, págs. 642 e segs., 2270 e segs. e 2508-2509, e 1ª série, 2ª sessão legislativa, nº 75, de 4 de maio de 1989, págs. 3589, 3590 e 3621.

*Ibidem*, 7ª legislatura, 2ª sessão legislativa, 1ª série, nº 96, de 17 de julho de 1997, págs. 3510 e segs.

5 Cfr. na doutrina jurídico-constitucional, JOSÉ MANUEL MEIRIM, *A Constituição da República e os consumidores*, in *Revista do Ministério Público*, nº 44, 1990, págs. 161 e segs.; CARLA AMADO GOMES, *O direito à privacidade dos consumidores*, *ibidem*, 1999, págs. 89 e segs., e os *Novos trabalhos do Estado: a Administração Pública e a defesa do consumidor*, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, 2000, págs. 621 e segs.; PAULO LUIZ NETTO LÔBO, *A informação como direito fundamental do consumidor*, in *Estudos de Direito do Consumidor*, nº 3, 2001, págs. 23 e segs.; JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos dos consumidores como direitos fundamentais na Constituição de 1976*, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 2002, págs. 13 e segs.; ANTÓNIO BARBOSA DE MELO, *Aspectos jurídico-públicos da protecção do consumidor*, in *Estudos de Direito do Consumidor*, nº 5, 2003, págs. 23 e segs.; DIOVANA BARBIERI, *A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais dos consumidores na ordem jurídica portuguesa*, in *Estudos de Direito do Consumidor*, nº 8, 2006-2007, págs. 299 e segs.; JOSÉ CASALTA NABAIS, *O estatuto constitucional dos consumidores*, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, nº 3954, janeiro-fevereiro de 2009, págs. 137 e segs.

Ainda, as anotações ao artigo 60º de J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, in *Constituição da República Portuguesa Anotada*, I, 4ª ed., Coimbra, 2004, págs. 760 e segs., e de JORGE MIRANDA, in *Constituição Portuguesa Anotada*, I, 2ª ed., Lisboa, 2017, págs. 487 e segs.

fundamentais. Isto não significa, porém, que os direitos aí expostos se reconduzam, ou se reconduzam todos, a direitos fundamentais no sentido rigoroso do termo – os direitos fundamentais como direitos da pessoa frente ao poder público. Se alguns direitos se reconduzem a direitos económicos, sociais e culturais, há também os que possuem estrutura de direitos, liberdades e garantias<sup>6</sup>.

Pelo contrário, neles avultam as pessoas dentro da sociedade civil, como acontece também no âmbito da família (arts. 36º e 67º), em órgãos de comunicação social (art. 38º, nº 2), no interior de associações (arts. 46º, 51º, 55º e 63º, nº 5), nas relações de trabalho nas empresas (art. 59º), no ensino particular e cooperativo (art. 75º), nas universidades (art. 76º), na fruição e criação cultural (art. 77º).

Os direitos fundamentais são, essencialmente, direitos perante o Estado ou perante outras formas de poder político. Ora, os direitos dos consumidores aparecem numa economia de mercado, para além da sua conexão com interesses difusos, como direitos em face de privados, enquanto tais ou (no caso de serviços públicos concessionados) investidos de prerrogativas de autoridade. Não é agora tanto o poder político quanto o poder económico que pode ameaçar a realização da pessoa humana.

Nem por isso deixa de se justificar o elenco de direitos que constam do art. 60º. Do que se trata é de o Estado agir, por lei ou pelas funções administrativas e jurisdicionais<sup>7</sup> de modo a que os consumidores usufruam dos direitos aqui enunciados. Do que se trata é de verdadeiros deveres de protecção do Estado, análogos a outros que aparecem na Lei Fundamental (*v.g.*, a respeito de saúde ou do ambiente) e a que corresponde um direito geral de protecção dos cidadãos.

O nº 1 abrange quer projecções de direitos fundamentais consagrados noutros lugares do texto constitucional, quer direitos que se reconduzem a interesses difusos (como os direitos à protecção da segurança, à qualidade e à protecção dos interesses económicos). E há um direito, o mais importante de todos, que apenas está implícito: a liberdade de consumo como liberdade de escolha (ou de não escolha)

---

6 Sobre a distinção, sem a acentuar demasiado, *v.* JORGE MIRANDA, *Direitos fundamentais*, 3ª ed., Coimbra, 2020, págs. 120 e segs. Pondo-a em causa, *cfr.*, nomeadamente, JORGE REIS NOVAIS, *Uma Constituição – Dois sistemas? – Direitos de liberdade e direitos sociais*,

7 *Cfr.* JORGE MIRANDA, *Direitos fundamentais*, págs. 94 e segs.

deste ou daquele bem ou serviço, e que pode, porventura, ver-se ainda como corolário do direito ao desenvolvimento da personalidade.

## **6 A LEI Nº 24, DE 31 DE JULHO DE 1996**

---

A Lei nº 24/96, de 31 de julho (dita lei de defesa do consumidor)<sup>8</sup> considera consumidor todo aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos destinados a *uso não profissional* por pessoa que exerça, com carácter profissional, uma actividade económica que vise a obtenção de um benefício (art. 2º, nº 1); e idêntico conceito aparece no Decreto-Lei nº 57/2008, de 26 de março, sobre práticas comerciais desleais [art. 3º, alínea a)].

Mas não se vê por que razão não deva merecer protecção como consumidor quem adquira bens ou serviços para *uso profissional* (v.g., por que distinguir quem compra um romance de quem compra um livro científico ou por que distinguir quem faz uma viagem turística de quem faz uma viagem por motivos profissionais). De resto, a Lei nº 24/96, de 21 de julho, ao definir utente de serviços públicos essenciais não faz tal distinção e, por certo, este utente é ainda um consumidor<sup>9</sup>.

O modo como, salvo quanto ao direito à reparação de danos, a Lei nº 24/96, configura os direitos contemplados no nº 1 traduz bem a mediatização do Estado:

- Direito à qualidade dos bens e serviços – Os bens e serviços destinados ao consumo deve ser aptos a satisfazer os fins a que se destinam e produzir os efeitos que se lhes atribuem, segundo as normas legalmente estabelecidas ou, na falta delas, de modo a corresponder às legítimas expectativas do consumidor (art. 4º, nº 1);
- Direito à formação – Incumbe ao Estado a promoção de uma política educativa para os consumidores, através da inserção nos programas e nas actividades escolares, bem como, nas acções de educação permanente de matérias relacionadas com o consumo e os direitos dos consumidores, de-

---

8 Com as alterações das Leis nºs 85/98, de 16 de dezembro; 67/2003, de 8 de abril; 10/2013, de 28 de janeiro; 47/2014, de 28 de julho; e 63/2019, de 16 de agosto.

9 A título comparativo, note-se que, no Brasil, o correspondente Código (Lei nº 8.078, de 11 de Setembro de 1990) define, simplesmente, consumidor como “toda a pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”.

signadamente os meios tecnológicos próprios numa sociedade de informação (art. 6º, nº 1);

– Direito à informação – Incumbe ao Estado, às regiões autónomas e às autarquias locais desenvolver acções e adoptar medidas tendentes à informação em geral dos consumidores (arts. 7º e 8º); e a informação ao consumidor deve ser prestada em língua portuguesa (art. 8º, nº 3); o dever de informação não pode ser denegado ou condicionado por invocação de segredo de fabrico não titulado por lei, nem pode prejudicar o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais ou outra legislação mais favorável ao consumidor (art. 8º, nº 6);

– Direito à protecção da saúde e da segurança – É proibido o fornecimento de bens ou a prestação de serviços que, em condições de uso normal ou previsível, incluindo a duração, implique riscos incompatíveis com a sua utilização, não aceitáveis de acordo com um nível elevado de protecção da saúde e da segurança física das pessoas (art. 5º, nº 1); os riscos para a saúde e a segurança dos consumidores que possam resultar da normal utilização de bens ou serviços perigosos devem ser comunicados, de modo claro, completo e adequado, pelo fornecedor ou prestador de serviços ou potencial consumidor (art. 8º, nº 3);

– Direito à protecção dos interesses económicos – Nas relações jurídicas de consumo impõem-se a igualdade material dos intervenientes, a lealdade e a boa fé nos preliminares, na formação e na vigência dos contratos (art. 9º, nº 1); o fornecedor de bens ou o prestador de serviços estão obrigados à redacção clara e precisa, em caracteres facilmente legíveis, das cláusulas contratuais gerais, incluindo as inseridas em contratos singulares, e à não inclusão de cláusulas ou contratos singulares que originem significativo desequilíbrio em detrimento do consumidor (art. 9º, nº 2; o consumidor tem direito a assistência após a venda, com incidência no fornecimento de peças e acessórios, pelo período de duração média normal dos produtos fornecidos (art. 9º, nº 5);

– Direito à reparação de danos – o consumidor tem direito à indenização de danos patrimoniais e não patrimoniais respeitantes ao fornecimento dos bens ou da prestação de serviços, independentemente da culpa do produtor (art. 12º).

No domínio dos serviços públicos essenciais (água, energia eléctrica, gás, comunicações electrónicas, serviços postais, recolha e

tratamento de águas residuais, gestão de recursos sólidos urbanos), alguns destes direitos exigem desenvolvimentos específicos.

## **7 DO DIREITO À REPARAÇÃO DE DANOS**

---

A respeito do direito à informação acrescente-se:

- Direito à reparação de danos – o consumidor tem direito à indenização de bens ou prestação de serviços defeituosos, independentemente da culpa do produtor (art. 12<sup>o</sup>)
- Que este direito é crucial nas situações caracterizadas pela profunda “assimetria” de informação entre fornecedores e consumidores, como sucede, por exemplo, nos cuidados de saúde e nos serviços financeiros<sup>10</sup> ou nos contratos à distância (Decretos-Leis n<sup>os</sup> 143/2001 e 95/2006, de 26 de abril e de 29 de maio, respectivamente);
- Que ele é tanto um direito positivo (o direito a receber informação) como um direito negativo, numa dupla dimensão (o direito a ninguém impedir o consumidor de acesso à informação e o de ele recusar, designadamente, certo tipo de informação como a publicidade domiciliária por via postal ou telefónica, conforme a Lei n<sup>o</sup> 6/99, de 27 de janeiro).

No que se refere à reparação de prejuízos causados pelo deficiente ou anormal funcionamento de serviços, aplicam-se as regras gerais de responsabilidade, sendo de admitir, cláusulas de exclusão, quando não estejam em causa casos de dolo ou de culpa grave do devedor, mas não quando razões de protecção social justifiquem uma proibição absoluta dessas cláusulas.

Ainda que a falta ou o atraso no cumprimento da obrigação envolva tão só lucro cessante, não fica o utente privado do direito à reparação do dano sofrido<sup>11</sup>.

Ao legislador ordinário não está vedado efetuar modelações, por sorte a que a reparação não tenha de ser, inelutavelmente, integral, embora não ao ponto de a menor qualidade dos bens e serviços ficar desprovida de qualquer ressarcimento. A jurisprudência constitucional reconhece assim que “o legislador ordinário tem ampla liber-

---

10 J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada* cit., pág. 781.

11 Cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional n<sup>o</sup> 153/90, de 3 de maio (*Diário da República*, 2<sup>a</sup> série, de 7 de setembro de 1990).

dade de conformar mais ou menos limitativamente o direito à reparação dos danos, seja definindo condições para a constituição de uma obrigação de indenização, seja limitando os danos ressarcíveis. Necessário é, que, no estabelecimento dessas condições e limites, não venha a tornar desprovido de significado o 'núcleo' desse direito, ou seja, que o direito à reparação dos danos, na prática, não venha a ser impossibilitado de operar, ou que dos limites fixados não resulte um ressarcimento dos danos irrisórios ou desprezível, devendo essas condições e limites serem justificados pelos interesses em jogo"<sup>12</sup>.

## **8 A omissão do Estado nos deveres de protecção**

---

A não efectivação dos deveres de protecção por parte do Estado pode envolver:

- Inconstitucionalidade por omissão (art. 283º da Constituição), em caso de omissão de lei que dê exequibilidade aos direitos carecidos de concretização legislativa, como o da protecção da saúde e da segurança;
- Responsabilidade civil, eventualmente, na hipótese tanto de inconstitucionalidade por acção como de inconstitucionalidade por omissão (art. 21º).

## **9 DEMOCRACIA PARTICIPATIVA E A PROTECÇÃO DOS DIREITOS DIFUSOS**

---

Para além do direito ao apoio do Estado – fórmula demasiado genérica – os direitos das associações de consumidores do nº 3 traduzem duas das ideias básicas da Constituição: a democracia participativa [arts. 2º e 9º, alínea c)] e a protecção dos interesses difusos (art. 52º, nº 3 e Lei nº 83/85, de 31 de agosto).

A Constituição não prevê a representação dos consumidores no Conselho Económico e Social (art. 92º). Ela resulta da Lei nº 108/91, de 17 de agosto (art. 2º, nº 1).

A audição das associações de consumidores, de interesse genérico e de interesse específico e a das cooperativas acha-se institucionalizada através do Conselho Nacional de Consumo (hoje, Decreto-Lei nº

---

12 Assim, entre outros, Acórdão nº 444/2008, de 23 de setembro (*Diário da República*, 2ª série, de 28 de outubro de 2008) – cfr. ainda os Acórdãos nºs 153/90, 650/2004 e 117/2008.

5/2013, de 16 de janeiro)<sup>13</sup>. Por seu turno, a audição das organizações representativas de utentes de serviços públicos essenciais tem regulamentação reforçada (art. 2º da Lei nº 23/96).

Questões que digam respeito à defesa dos consumidores, para efeito do nº 3, são, naturalmente, as que afectem os seus direitos constitucional e legalmente consagrados ou, numa fórmula mais ampla, as que afectem interesses predominantemente deles.

São diversas, porém, as figuras da audição [cfr. também art. 67º, nº 2, alínea *g*], da Constituição] e as de participação [cfr. arts. 54º, nº 5, alínea *d*], 56º, nº 2, alínea *a*), 63º, nº 2, 77º, nº 2, 98º e 267º, nº 2].

Por outro lado, a Lei nº 24/96 prevê a existência de conselhos municipais de consumo [art. 7º, nº 1, alínea *c*)], o que se mostra bem conforme com o princípio da descentralização democrática da Administração Pública (arts. 6º, nº 1 e 235º e segs. da Constituição).

## **10 CONTRAPOSIÇÃO ENTRE DIREITOS, LIBERDADES E GARANTIA E DIREITOS SOCIAIS**

---

Voltando à contraposição entre direitos, liberdades e garantias e direitos sociais, sem dúvida pertencem à primeira categoria a liberdade de consumo, os direitos à informação e à reparação de danos quando dirigidos contra o Estado, a iniciativa de constituição de associações e o direito da sua livre constituição e gestão.

Ao lado dos princípios gerais sobre direitos fundamentais (como os da universalidade, da igualdade e da protecção da confiança), aplicam-se-lhe os princípios específicos do regime dos direitos, liberdades e garantias<sup>14</sup>.

Os consumidores não têm propriamente deveres fundamentais na acepção rigorosa do termo. O que existe são deveres ligados a outros direitos – o dever de defender e promover a saúde (art. 64º, nº 1, 2ª parte, da Constituição) e o dever de defender o ambiente (art. 66º, nº 1, 2ª parte).

No dever de defender e promover a saúde se esteia as limitações ou proibições do consumo de tabaco, de bebidas alcoólicas, de

---

13 Assim como a audição de associações empresariais, de confederações sindicais e da Associação Nacional dos Municípios (art. 4º).

14 V. *Direitos fundamentais*, cit., págs. 291 e segs. e 473 e segs.

estupefacientes. No dever de defender o ambiente entra a racionalização do consumo de bens essenciais, como a água ou a energia. O princípio da solidariedade entre as gerações [art. 66º, nº 2, alínea d), *in fine*] manifesta-se flagrantemente aqui.

Com objectivos semelhantes e de desenvolvimento económico e de justiça social existem formas variadas de intervenção do Estado, como a tributação do consumo, em especial o de luxo (art. 104º) e a fixação dos preços dos serviços públicos essenciais.

## **11 DIREITO À PROMOÇÃO DOS BENS E SERVIÇOS**

---

Distinto, se bem que próximo, do direito e do dever de informar dos produtores, intermediários e prestadores de serviços é o seu direito à promoção dos respectivos bens e serviços, uma das vertentes, por seu turno, do direito de iniciativa económica (art. 61º).

A relevância constitucional da publicidade explica-se, antes de mais, para garantia da liberdade de consumo e dos demais direitos dos consumidores; decorre da necessidade de concordância prática daquele direito com os direitos dos consumidores (cfr. art. 18º, nº 2); e vincula-se à incumbência do Estado de assegurar o eficiente funcionamento dos mercados, de modo a garantir a equilibrada concorrência entre as empresas e a repressão de práticas lesivas do interesse geral [art. 81º, alínea f)].

A intervenção do Estado tem, portanto, que ver com a protecção daqueles direitos e com as suas incumbências prioritárias no domínio económico e social.

## **12 A CONSTITUIÇÃO NÃO SE CIRCUNSCREVE A ESTABELEECER UMA RESERVA DE LEI**

---

A Constituição não se circunscribe a estabelecer uma reserva de lei. Vai mais longe, em norma directamente aplicável, proibindo todas as formas de publicidade oculta, indirecta e dolosa<sup>15</sup>:

- publicidade *oculta*, a que não está identificada como tal (art. 8º do Código da Publicidade) ou que se faz através de imagens subliminares ou de outros meios dissimuladores,

---

15 Cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional nº 633/2006, de 21 de novembro (*Diário da República*, 2ª série, de 3 de janeiro de 2007).

sem que os destinatários se apercebam da natureza publicitária da mensagem (art. 9º, nº 1);

– publicidade *indirecta*, a que se faz através da desvalorização de outros bens, serviços ou empresas – e daí os limites à publicidade comparativa (art. 6º);

– publicidade *dolosa* ou *enganosa* (art. 11º, após o Decreto-Lei nº 57/2008, de 26 de março), a que decorre de práticas comerciais desleais das empresas nas relações com os consumidores. Esta última fórmula corresponde à publicidade *fraudulenta*, prevista e punida pelo atrás citado Decreto-Lei nº 28/84 (art. 40º).

Afora isto, é proibida a actividade publicitária que se socorra, depreciativamente, de instituições, símbolos nacionais ou religiosos ou personagens históricas; estimule ou faça apelo à violência ou a qualquer actividade ilegal ou criminosa; apele a quaisquer discriminações das pessoas; utilize, sem autorização do próprio, a sua imagem ou a sua palavra; utilize linguagem obscena; encoraje comportamentos prejudiciais ao meio ambiente; em geral, atente contra a dignidade da pessoa humana (art. 7º, nº 2 do Código da Publicidade). E ainda restrições de publicidade dirigida a menores ou a de certos bens ou serviços (*v.g.*, tabaco, tratamentos médicos, produtos e serviços milagrosos).

Há quem sustente que, do ponto de vista do *mercado livre das ideias*, a publicidade serve uma função de interesse público, contribuindo para a divulgação de ideias e opiniões alternativas, relevantes no plano das preferências, escolhas e decisões individuais e colectivas, pelo que não poderia subtrair-se ao âmbito de protecção da liberdade de expressão ou, quando muito, teria uma dupla natureza, expressiva e económica<sup>16</sup>.

Sem negar essa dupla vertente, parece, no entanto, ter de se reconhecer um relevo muito inferior do direito de expressão e de informação no confronto do direito de iniciativa económica, o que explica estar ela sujeita a uma disciplina legal muito intensa, pois este direito (como lembrou o Tribunal Constitucional, no acórdão nº 348/2003) exerce-se “nos quadros definidos pela Constituição e pela lei e tendo em conta o interesse geral” (art. 61º).

---

16 JÓNATAS MACHADO, *Liberdade de expressão – Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*, Coimbra, 2002, págs. 435 e segs., *maxime* 450 e 451.

Tal como, por outro lado, quando acções publicitárias utilizem formas semelhantes às de manifestações, não podem elas beneficiar do regime do direito de manifestação<sup>17</sup>.

---

<sup>17</sup> Neste sentido, cfr. EDUARDO CORREIA BAPTISTA, *Os direitos de reunião e de manifestação no Direito português*, Coimbra, 2006, pág. 77.



### III

# Ética no jornalismo investigativo: preceito constitucional e de civilidade

*Ethics in investigative journalism: constitutional precept and civility*

*Antonio Francisco Costa*<sup>1</sup>

**Resumo:** A divulgação de fatos ou acontecimentos influencia na vida da sociedade, naturalmente, constitui-se de interesse social, propiciando o exercício dinâmico da democracia. O acesso à informação gratuita divulgada de maneira responsável e transparente proporciona aos cidadãos uma possível participação direta ou indireta no processo político. Pautando-se nos princípios consagrados pela Constituição Federal de 1988, o presente artigo tem por objetivo debater a respeito da atividade de jornalismo investigativo, de que forma a liberdade de imprensa é exercida no Brasil e como vem atuando a Suprema Corte nas decisões a respeito do tema.

**Abstract:** The disclosure of facts or events influences the life of society, naturally, it is of social interest, promoting the dynamic exercise of democracy. Access to free information disseminated in a responsible and transparent manner provides citizens with possible direct or indirect participation in the political process. Based on the principles enshrined in the Federal Constitution of 1988, this article aims to discuss the activity of investigative journalism, how freedom of the press is exercised in Brazil and how the Supreme Court has acted in decisions regarding the theme.

**Palavras-chaves:** Jornalismo investigativo; Liberdade de imprensa; Princípios constitucionais; Direito Constitucional; Democracia; Ética.

---

<sup>1</sup> Jurista e Escritor. Especialista em Ciência Jurídica, Mestre em administração de Empresa e Comércio Internacional, Pós-Graduado em Direito Processual Civil e Direito Cambiário, Especialista em Jornalismo Investigativo, ex-coordenador do Curso de Direito da Universidade Católica do Salvador, Professor de Direito Internacional e Direito Processual Civil da UNIFACEMP, Membro do Instituto dos Advogados da Bahia, do Instituto Brasileiro de Governança Corporativa – IBGC, da Academia Maçônica de Letras da Bahia, Diretor Consultor do Escritório *Antonio Francisco Costa Advogados Associados*, Membro do Instituto Brasileiro de Estudos do Direito Administrativo, Financeiro e Tributário-IBEDAFT, Presidente do Instituto Baiano de Direito Empresarial – IBADIRE. E-mail: afccosta49@hotmail.com

**Keywords:** *Investigative journalism; Freedom of the press; Constitutional principles; Constitutional right; Democracy; ethic.*

**Sumário:** 1. Noções introdutórias. 2. Preceitos éticos constitucionais. 3. Acesso à informação livre. 4. Jornalismo e Direitos Humanos. 5. Prova quádrupla rotariana e o jornalismo. 6. Como nasceu o jornalismo? 7. A profissão de jornalista e a empresa de jornalismo. 8. O jornalismo nas empresas. 9. Lealdade e transparência. 10. O jornalismo na Constituição Federal. 11. O jornalismo fortalece ou enfraquece uma Democracia. 12. Perversa influência do jornalismo no judiciário: sensacionalismo imprudente. 13. Jornalismo *versus* marketing. 14. Existe o jornalismo independente? 15. A liberdade de imprensa sob a ótica dos Tribunais. 16. Aparentes violações constitucionais do STF. Censuras ao jornalismo. 17. À guisa de conclusão. Referências bibliográficas.

## 1. Noções introdutórias

Ao buscarmos fazer uma reflexão sobre *ética no jornalismo investigativo*, torna-se imperioso principiar focando na conceituação desses dois substantivos de relevante importância no cotidiano da sociedade moderna, modeladora do processo civilizatório, no qual estamos imersos. A sociedade, naturalmente, avança continuamente modulando o processo civilizatório.

Com o olhar voltado para Grécia Antiga, onde mais, filosoficamente, se trabalhou o conceito de Ética, vamos ver que, para *Sócrates*, a Ética se caracterizava por bom caráter e valores morais do indivíduo. Argumentava Sócrates que o homem não é mal, não nasce mal. Será, então que ele nasce naturalmente bom, puramente virtuoso? Em sendo assim, por que do mesmo modo não permanece?

Esse entendimento *Socrateano* é conhecido como “intelectualismo moral” justificando que a virtude pode ser conhecida e pode ser ensinada, repassada no princípio da formação do “eu”.

Já no entendimento de *Platão*, o “bem” não traduz as coisas materiais, mas tudo aquilo que pode permitir o engrandecimento da alma. Então, ensinava ele que o homem deve desprezar os prazeres, as riquezas e as honras e voltar-se à prática das *virtudes*.

*Aristóteles*, por sua vez, afirmava que, entre todas as virtudes, a *prudência* é a mais importante, e, por conseguinte, o fundamento de todas as outras, e que se encontra na capacidade humana de deliberar.

Assim, a *Ética* envolve conduta originária do bom caráter, valores morais, virtudes e prudência. Por esta razão é que o vocábulo “*ética*”, do grego “*ethos*” significa “costume”, “hábito” ou “caráter”, o

que, para *Aristóteles*, estava diretamente relacionado com a ideia de virtude, do grego “*areté*”, e de felicidade “*eudaimonia*”, no sentido de que o “*bem*” e a “*felicidade*” constituem a finalidade da vida humana, denotando que a felicidade não deve ser compreendida como prazer, posse de bens ou reconhecimentos, mas, como a prática de uma vida virtuosa.

## 2. PRECEITOS ÉTICOS CONSTITUCIONAIS

Como todos nós sabemos, a nossa Constituição Federal de 1988, vigente, foi desenvolvida após a finalização do rigoroso Regime Democrático Militar, objetivando a consolidação da democracia, solidificação de um regime democrático mais liberal, fundado em ideias garantistas e assentada numa pluralidade de princípios fundamentais, direitos e deveres que norteiam a vida da Nação.

A Constituição Federal, nossa chamada Carta Magna, no rastro dos preceitos da *Declaração Universal dos Direitos do Homem* de 1948, e do *Pacto Internacional de Direitos Humanos, Econômicos, Sociais e Culturais*, de 1966, absorveu as saudáveis sugestões para o neoconstitucionalismo, imprimindo uma narrativa marcada pelos direitos fundamentais, voltados para o “bem comum” pontuado nos padrões dos preceitos **éticos**, trazendo princípios e regras para a segurança do Estado e segurança e bem-estar dos cidadãos.

Os ditos preceitos éticos constitucionais encontram-se delineados em diversos dispositivos, tais como o *princípio da moralidade*, insculpido na norma do artigo 37; o *princípio da dignidade da pessoa humana*, na norma do artigo 1º, e tantos outros princípios éticos, como ainda o da “*igualdade e justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos*”, gravado no preâmbulo do texto constitucional, bem como o do Artigo 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...*”.

Reflexo dessa nova consciência de conduta social que se constituiu o Estado brasileiro, no ano de 1994, foi editado o Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal, dando ênfase ao *princípio da moralidade* entre outros pertinentes à boa administração pública, pautando de forma taxativa e pedagógica

como deve ser a conduta do servidor no âmbito da Administração Pública.

### **3. ACESSO À INFORMAÇÃO LIVRE**

---

A *ética* em si, não tem o condão simples, exauriente, de distinguir o bem do mal, o bom do ruim, mas, sobretudo, o de impulsionar o ideal de que o fim de tudo deverá ser sempre o bem comum, em todas as dimensões. Assim é a *ética*.

O *Jornalismo*, por sua vez, dizemos que é a difusão ou divulgação de fatos, ideias, personalidades ou coisas, identificadas, coletadas, investigadas, analisadas ou não, com o objetivo de dar conhecimento ao público, como informação necessária, notícias que direta ou indiretamente devem afetar a vida da sociedade em algum aspecto, ou até mesmo no aspecto geral. A divulgação de fatos ou acontecimentos que podem influenciar na vida da sociedade, naturalmente, constitui-se do interesse social.

Entretanto, no espectro desta concepção conceitual, o jornalismo profissional trabalha um produto comercial, do interesse e para as respectivas empresas de jornalismo ou comunicação. Todavia, ao se voltar ao trabalho de preparação da divulgação do fato/notícia, o jornalista haverá de cuidar da perfeita identificação e confirmação da sua autenticidade ou veracidade, especialmente para construção e preservação de sua reputação de credibilidade.

No âmbito profissional, ao jornalista repórter, por exemplo, caberá a análise das informações necessárias à produção e entrega dos respectivos relatórios a sua chefia ou coordenação, sobre fatos que se destacam no momento e que afetam a sociedade, para a elaboração da notícia, de modo a permitir a criação de manchete atrativa. Isto é, que, para além de atrair os destinatários da notícia, nela precisem acreditar.

A hoje chamada mídia jornalística inclui a matéria impressa (revistas e jornais), a televisão, o rádio e a *Internet*. Obviamente que o conceito do papel do jornalismo varia entre as Nações. Conquanto, a depender dos regimes de governos locais, em algumas nações, os veículos de comunicação são controlados pelo Estado, não há que se falar em independência jornalística. Já em outras, os meios de comunicação são independentes do governo, mas a objetivação de lucro acaba pro-

piciando tensão com as proteções constitucionais da liberdade de imprensa.

Ter acesso à informação livre divulgada por empresas jornalísticas independentes, com regras editoriais transparentes e em livre concorrência, faculta aos cidadãos possível participação direta ou indireta no processo político. O que é bom para todos.

Não seria puritanismo, nem excesso de escrúpulo ou de zelo que o jornalismo em si se desenvolvesse com base na rigorosa apuração dos fatos a serem divulgados, sem alhear-se aos princípios gerais de direito orientadores dos direitos humanos, desvinculado de quaisquer vieses de ativismo. Quão bom seria para as sociedades!

#### **4. JORNALISMO E DIREITOS HUMANOS**

---

Inicialmente, há de se entender e se ter a consciência de que *direitos humanos* não são direitos de classe ou categoria de pessoas, de branco, ou de preto, de ricos ou de pobres ou de homens ou de mulheres, muito menos instrumentos protetores dos delinquentes ou criminosos. São *direitos de todos os seres humanos*, direitos voltados à proteção da vida, à dignidade humana. São direitos interdependentes e inter-relacionados, dos quais não se podem fazer divisões, separar um do outro, ou escolher quais devem ou não ser respeitados, conquanto a violação de um só deles já constitui prévia violação aos demais.

Somente depois de milhões de seres humanos serem trucidados, em consequências das duas irracionais guerras mundiais, as nações por seus líderes sobreviventes, temerosos de serem alcançados pela continuação das guerras e seus famigerados efeitos, decidiram reunirem-se em termos de Nações Unidas, para editarem uma regra comum, destinada à proteção da vida e respeito à dignidade de todos os seres humanos, a esta regra todas as Nações se comprometeram a cumprir a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948.

Esta “Lei Internacional” tem como foco o disciplinamento dos direitos básicos, elementares, de todos os seres humanos, sem nenhuma distinção, versando sobre as garantias e as liberdades fundamentais dos humanos, assegurando os direitos individuais, sociais, políticos, econômicos, jurídicos, e, notadamente direito à liberdade, manifestação de pensamento e acima de tudo de uma vida digna. Direito de bem-estar, harmonia social e de paz permanente, um tanto utópico

pela natureza humana de viver em conflito, mas necessário e pelo que devemos aspirar e nos esforçar.

Assim como todo cidadão, o jornalista, também, deve estar comprometido com tais preceitos de natureza universal, porque somente dessa maneira estará concorrendo para a promoção do bem-estar social, para a construção de uma sociedade livre e feliz.

Sem fugir desses preceitos ético-jurídicos fundamentais, nada impede que o jornalista investigativo acompanhe e investigue toda a administração pública, abarcando todos os níveis de governo, inclusive as casas legislativas, e as afetações sociais e ambientais proporcionadas pelas empresas, possíveis práticas de corrupção, as atividades administrativas do Poder Judiciário e a qualidade de sua produção no exercício funcional da prestação jurisdicional, eficiência, transparência e a segurança jurídica no que diz respeito às garantias legais e constitucionais do cidadão, da pessoa física ou jurídica, para bem informar a sociedade de modo que esta, bem informada, possa melhor contribuir para o aperfeiçoamento das instituições, especialmente no exercício do direito de votar.

“Conheça a verdade e a verdade vos libertará”! Quanto mais competente for, mais capacitado for o profissional de jornalismo, mais independente o será. As preocupações particulares do jornalista deverão estar sempre, o mais alinhado possível com as preocupações sociais para poder produzir um eficiente jornalismo investigativo, imparcial, dotado de credibilidade, um jornalismo continuamente inovador, sem se descurar da apuração isenta e criteriosa dos fatos, com base em fontes primárias, autênticas.

No mundo atual, em que pese o crescimento dos desentendimentos, dos conflitos, da ambição e do egoísmo, do desprezo pelos princípios de solidariedade e do respeito à dignidade humana no sentido real, o jornalista tem todas as condições de prestar um serviço da mais pura utilidade para sociedade, difundindo as informações necessárias às ampliações do conhecimento e do saber ampliando as competências e capacidade de discernimento da coletividade. Conhecimento gera poder e independência, características da liberdade, um dos direitos fundamentais do homem, do cidadão, preconizado na Declaração Universal dos Direitos Humanos, enfaticamente reiterado no Pacto Internacional dos Direitos Humanos, Econômicos, Sociais e Culturais, anteriormente referido.

Os meios de comunicação de massa, naturalmente, vêm construindo mudanças ao longo do tempo, especialmente nas últimas décadas com o surgimento da chamada tecnologia digital, ao que já batizamos de “era digital”, com a *internet* servindo de veículo de divulgação em tempo real ou transporte de notícias a serem divulgadas, inclusive como alternativa de consumo contra a mídia impressa, concorrendo para que as pessoas busquem cada vez mais informações/notícias através de jornalismo eletrônico, pelos *smartphones*, *computadores e tablets* e até *celulares*, até ameaçando a sobrevivência das organizações empresariais de imprensa. Tudo isto deve ampliar a responsabilidade do jornalista com o dever de estar alinhado com as preocupações sociais, para poder produzir um eficiente jornalismo investigativo e independente dotado de credibilidade.

## 5. PROVA QUÁDRUPLA ROTARIANA E O JORNALISMO

Seria possível para o jornalista aplicar a *Prova Quádrupla do Rotary* na sua atividade jornalística? A Prova Quádrupla do Rotary constituiu-se numa das declarações relacionadas à ética profissional mais conhecida no mundo, criada pelo rotariano *Herbert J. Taylor em 1932*, quando assumiu a direção de uma Empresa sediada em *Chicago*, a famosa *Club Aluminium Company*, com o objetivo de salvar a empresa de uma ameaçada falência.

Com esse intuito, *Taylor* procurou uma forma de recuperar aquela empresa que se encontrava mergulhada em uma espantosa dificuldade financeira, criando, inicialmente, um código de ética para ser obedecido por todos os seus empregados, independentemente do posto hierárquico ou função exercida na empresa.

Então, a Prova Quádrupla tornou-se referencial de ética nas vendas, produção, propaganda e em todas as relações da empresa com seus vendedores e clientes, alcançando, por conseguinte, a recuperação financeira, creditada a filosofia desenvolvida numa simples forma de postura ética.

Por que *Prova Quadrupla do Rotary*? É que no ano de 1927, o engenheiro *Herbert Taylor* tornou-se membro do Rotary Club de *Chicago* na classificação de Distribuidor de Utensílios de Alumínio para Cozinha, onde exerceu a presidência no período de 1939/1940, tornando-se Diretor do Rotary Internacional em 1944 a 1946, como Vice-Presidente no período de 1945/1946 e Presidente durante o Jubileu de Ouro do Rotary Internacional no biênio 1954/1955.

A *Prova Quádrupla*, então, foi adotada pelo Rotary Club Internacional no ano de 1943, com tradução para mais de cem idiomas e reproduzida em milhares de lugares diferentes. Atualmente as perguntas constitutivas da *Prova Quádrupla* são do conhecimento de todos os rotarianos, o que por eles devem ser obedecidas.

Do que nós pensamos, dizemos ou fazemos: 1) É a *verdade*? 2) É *justo* para todos os interessados? 3) Criará *boa vontade e melhores relações*? 4) Será *benéfico* para todos os interessados?

Indagamos então: estaria o jornalista a comentar o “pecado” do excesso de escrúpulo ao aplicar a *Prova Quadrupla* no exercício do jornalismo? Ou será que no exercício do jornalismo não cabem escrúpulos? Creio que tudo o quanto devamos fazer deverá estar, sempre, voltado para alcançar o bem comum, concorrer para o bem-estar social, a harmonia e a paz duradoura.

## **6. COMO NASCEU O JORNALISMO?**

---

O jornalismo que surgiu para o mundo por volta do século XVII, em consequência da magnífica invenção de *Gutenberg*, com a prensa de tipos móveis dando início a impressões múltiplas em grande quantidade de documentos o que muito se expandiu com as organizações das Nações, como estados politicamente organizados, que descobriram a importância das publicações periódicas que se tornaram conhecidas como jornais, instrumentos formais de divulgação de fatos, notícias e negócios.

Obviamente, a partir de então, surge a profissão do jornalista, um especialista em prospecção de fatos e notícias capaz de despertar a curiosidade social e o interesse popular pelas informações, pelos fatos e notícias habilmente divulgadas, precedidas de manchetes atrativas, ou provocantes de curiosidades. Manchete significa o título principal, de maior destaque, no alto da primeira página de jornal ou revista, fazendo alusão a mais importante dentre as notícias contidas na edição, embora o título de qualquer notícia deva ser desenvolvido de forma a espelhar um sentido atrativo para a sua leitura, como a manchete.

## **7. A PROFISSÃO DE JORNALISTA E A EMPRESA DE JORNALISMO**

---

É de simples compreensão que o profissional de jornalismo presta um relevante trabalho para a sociedade, informando para o público em geral as *coisas que aconteceram, ou, de destacada importân-*

*cia que estão na iminência de acontecer, através dos jornais, revistas, periódicos, estações de rádio, estações de televisão ou por meio de aplicativos por via da internet, ou mesmo por meio de livros e documentários audiovisuais e etc.. Não há como negar que o jornalismo constitui uma área profissional com grande interesse público, razão pela qual, também, exerce grande influência sobre as decisões do cidadão que está conectado com os fatos do dia a dia do mundo.*

Todavia, conforme destacamos anteriormente, o jornalista não pode tergiversar com o compromisso com a verdade e com a ética, se acautelando na investigação e conhecimento dos fatos para conquistar a imprescindível credibilidade e a desejada respeitável qualificação profissional. Logo, antes que um jornalista escreva uma matéria, sobre um assunto, ele deverá, primeiramente, *coletar as devidas informações, principalmente* realizando as necessárias entrevistas com as pessoas que estejam envolvidas ou possuam conhecimento sobre o assunto.

O jornalista tem de estudar bastante e se preparar para desempenhar bem as suas funções na área escolhida, seja com repórter, apresentador de rádio ou televisão, cronista esportivo, entrevistador, redator, assessor de imprensa, e em todas as demais.

Atuando para uma empresa jornalística, no cotidiano das atividades de redação dos jornais, integrando ou interagindo com as equipes de reportagem, o jornalista investigativo terá de ir ao local de um acontecimento para entrevistar protagonistas e/ou testemunhas, além de documentar o momento dos fatos. É que o jornalista investigativo tem de pesquisar, inclusive, registros públicos ou outros quaisquer disponíveis bancos de dados que lhe propicie encontrar as informações e as estatísticas necessárias para respaldar suas narrativas.

Neste caso, aos *repórteres* cabe a função de cobrir os acontecimentos e eventos que tenham impacto nas pessoas e nas comunidades. Buscam colher as informações sobre os casos através da pluralidade de fontes e transformando essas informações em notícias para rádio, televisão, jornais, revistas e mídias eletrônicas as chamadas *sites*.

Os trabalhos são desenvolvidos, basicamente, no campo, mediante a *coleta de informações, através de entrevistas e investigando as histórias para se confirmar a veracidade dos fatos*. Para tanto, deverão ser persistentes e hábeis em comunicação, na objetividade, e empatia.

Já o *jornalista esportivo* precisa unir a vocação profissional ao *amor pelos esportes, conquanto ao se tornar um jornalista esportivo,*

haverá de cobrir eventos esportivos, inclusive terá de participar de gravações de eventos da área e desenvolver textos explicativos sobre os respectivos temas. Sendo assim, então, como o é, este profissional deve desenvolver um consistente conhecimento sobre o esporte que está cobrindo. Por exemplo, não é suficiente simplesmente saber os nomes dos jogadores e em que posição atuam. O jornalista esportivo deve, também, ter competência para emitir opiniões e tecer comentários sobre os jogos e os assuntos que se destacam nos esportes.

## **8. O JORNALISMO NAS EMPRESAS**

---

As grandes empresas continuamente expandem suas relações com a sociedade sob a exigência de efetivos e transparentes compromissos sociais, incluindo-se com o meio ambiente, atualmente, prescindindo de uma assessoria de imprensa. Por isso mesmo, a função vem ganhando muita relevância, assumindo esse setor a responsabilidade de *representar a instituição perante a mídia, competindo-lhe* o papel de responder aos questionamentos dos jornalistas, em nome da instituição, redigir comunicados para serem divulgados pelos veículos de comunicação, fazer a monitoria e a cobertura da mídia sobre temas relacionados direta ou indiretamente à empresa assessorada. Uma especial atividade jornalística moderna.

Deste modo, as atribuições funcionais do jornalista assessor de imprensa de empresas compreendem participar de coletivas de imprensa, dar entrevistas em nome da empresa para os porta-vozes dos veículos de comunicação, responder os e-mails de jornalistas, atender a telefonemas de jornalistas e alinhar as estratégias de comunicação dos valores e da missão da empresa pela qual fala.

## **9. LEALDADE E TRANSPARÊNCIA**

---

Sendo a *lealdade* sinônima de respeito aos princípios e as regras que norteiam a honra e a probidade, fidelidade aos compromissos assumidos, o profissional do jornalismo não pode faltar com a lealdade para com a coletividade de destinatários dos seus serviços, de extrema relevância para sociedade, os quais deverão, sempre, continuamente, inspirar o máximo de credibilidade.

Neste mesmo direcionamento, não pode se alhear ao fato de que a moeda mais valiosa em qualquer relacionamento, comercial ou não, é a confiança. Portanto, no cerne da estratégia do jornalismo em-

presarial há de residir à *transparência*, uma ferramenta indispensável na construção da credibilidade, da confiança duradoura com o público e a mídia em geral.

O jornalista empresarial não pode ser apenas um habilidoso narrador de histórias com enredo, mas, antes de tudo um prospectador da verdade sobre o fato empresarial, desenterrando as narrativas autênticas reveladoras das motivações e sucessos da empresa. Somente assim poderá desenvolver uma base sólida de relacionamento e de interação com um público crente, na autenticidade dos fatos, mesmo porque o jornalismo empresarial transita de modo compartilhado entre a mídia e as empresas.

## 10. O JORNALISMO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

No capítulo “V” da nossa Constituição Federal, que trata da “*Comunicação Social*”, temos o preceito fundamental da *proteção ao jornalismo* independente, comprometido com a verdade, com a lealdade e a transparência, com o dever de levar as informações necessárias ao público em geral, à sociedade, para melhor desenvolverem as suas habilidades, sobre fatos ou acontecimentos diversos, dispondo no artigo 220 que:

(...) a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a *informação*, sob qualquer forma, processo ou veículo *não sofrerão qualquer restrição*, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1º *Nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.*

§ 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

...

§ 5º Os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio.

§ 6º *A publicação de veículo impresso de comunicação independe de licença de autoridade.*

Art. 221. A produção e a programação das emissoras de rádio e televisão atenderão aos seguintes princípios:

I - preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e *informativas*;

- II - promoção da cultura nacional e regional e *estímulo à produção independente que objetive sua divulgação*;
- III - regionalização da produção cultural, artística e *jornalística*, conforme percentuais estabelecidos em lei;
- IV - *respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família*.

Portanto, a sagrada Carta Magna brasileira, assegura ao profissional de jornalismo a livre difusão da informação, sob qualquer forma, processo ou veículo sem qualquer restrição, garantindo que nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV, sendo vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

Garante, ainda, que *a publicação de veículo impresso de comunicação independe de licença de autoridade*, e que, dentre as preferências a serem dadas para *as emissoras de rádio e televisão está à informativa*.

O que dizem os susos referidos incisos IV, V, X, XIII e XIV, do artigo 5º, da Constituição Federal? Diz o inciso IV que é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato; o inciso V que é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; o X que 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; o XIII que é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer; e o XIV que é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional.

Por outro lado, O Código de Ética Jornalista, em seu artigo 9º, estabelece que é dever do profissional: Divulgar todos os fatos que sejam de interesse público; Lutar pela liberdade de pensamento e expressão; Defender o livre exercício da profissão; Valorizar, honrar e dignificar a profissão; Opor-se ao arbítrio, ao autoritarismo e à opressão, bem como defender os princípios expressos na Declaração Universal dos Direitos do Homem; Combater e denunciar todas as formas de corrupção, em especial quando exercida com o objetivo de contro-

lar a informação; Respeitar o direito à privacidade do cidadão; Presti-  
giar as entidades representativas e democráticas da categoria.

Ademais, o aludido Código também deixa claro que *o compromisso fundamental do jornalista é com a verdade dos fatos e que ele não deve se pautar por seus interesses individuais*, de modo que o papel do jornalista é prospectar as informações apuradas, de interesse público para a sociedade.

## **11. O JORNALISMO FORTALECE OU ENFRAQUECE UMA DEMOCRACIA**

---

É uma verdade incontestável o que outrora afirmava o cientista político e professor na UNICAMP, Oswaldo Martins Estanislau do Amaral<sup>2</sup>, que: *“Não há democracia sem liberdade de imprensa”, por outro lado, assim como a ninguém, à imprensa não é dada a ousadia da ameaça aos regimes democráticos, ameaça à democracia.*

Para um jornalismo pleno, autêntico, útil à sociedade, exige-se que os profissionais possam atuar de maneira livre e democrática, inclusive podendo tecer críticas e fazer questionamentos em relação ao governo e às políticas públicas de Estado, fundamentando em razões fáticas evidentes, sem a desvinculação dos preceitos constitucionais e éticos, incluindo o da apuração da verdade, e, sem pintar os fatos com as cores de sua ideologia e sem as contamináveis apologias de atos contrários às liberdades sociais e à democracia.

Dentre os princípios constitucionais fundamentais está o de que *“todos são iguais perante a lei”*, portanto, todo aquele que causa prejuízo a outrem é obrigado a reparar o dano; por conseguinte, todo aquele que pratica ato regularmente tipificado na lei como crime, haverá de incidir nas respectivas penas colimadas. De fácil entendimento, Liberdade não é libertinagem e deve ser exercida com o devido senso de responsabilidade, inclusive acautelando-se com própria segurança e a integridade pessoal.

Em razão da natureza peculiar da profissão, porquanto a divulgação da verdade incomode, o jornalista viverá, sob os riscos de ataques e agressões, por parte daqueles que se sintam prejudicados,

---

2 Apud WATANABE, Bárbara. *Jornalismo e democracia*. Portal Gama. Disponível em: <https://portalgama.com.br/jornalismo-e-democracia>; Acesso em 20 jan. 2024.

por isso não se pode ter a ilusão de *que a verdade posa ser um escudo protetor do jornalista*.

Em tese, todo jornalismo deve ser investigativo. O jornalista pode amenizar os riscos da profissão, investigando a veracidade dos fatos antes da sua divulgação, e fazê-la sem tomar partido. Não deve associar as suas ideologias e/ou paixões ao fato jornalístico em divulgação. A cada direito corresponde uma obrigação e não existem direitos sem a efetiva comprovação dos respectivos deveres cumpridos. Se o jornalista tende para o lado “a” ou lado “b”, tornou-se adversário, “inimigo” do outro lado, por conseguinte, automaticamente, torna-se um dos protagonistas do “conflito” criando justificativas para as retaliações, ameaças e agressões, porque o conflito faz parte da natureza humana.

## **12. PERVERSA INFLUÊNCIA DO JORNALISMO NO JUDICIÁRIO: SENSACIONALISMO IMPRUDENTE**

---

Essa perversa influência do jornalismo no judiciário que temos assistido, e que já virou vício (todo vício é pernicioso), pode ser denominada de *descabida advocacia jornalística*, quando o jornalista divulga fatos, descrevendo com ênfase os seus pontos de vista e ideologias particulares para influenciar a opinião pública, criando injustas comoções sociais, muitas vezes para induzir o julgamento do juiz ou tribunal, elidindo a possibilidade de efetividade do princípio constitucional de direitos humanos do dever jurisdicional do julgamento público, transparente e imparcial, aniquilado do devido processo legal e consagrado a indesejável injustiça.

O jornalismo deve ser participativo da organização e da construção do bem-estar social, no papel de bem informar a sociedade, porém, jamais, como instrumento de mediação, sob pena de desnaturar as virtudes do verdadeiro jornalismo, ético e necessário.

Essa postura de muitos jornalistas (modismo cruel) tem afetado fortemente o sistema de justiça, principalmente em face do alarmante aumento de falsas acusações de crimes que prejudicam, não somente aqueles que são acusados injustamente, mas, também, na mesma proporção, o próprio sistema judicial, impactando a credibilidade do Poder Judiciário, inclusive a do Ministério Público que, também, acaba, incautamente, influenciado pelas fabricadas comoções

sociais, tergiversando com o dever da imprescindível e exauriente apuração dos fatos.

Lamentavelmente, muita gente tem sido vítima de falsas notícias e/ou denúncias, e acabam tendo de suportar injustas consequências devastadoras em suas vidas, quando pessoas que descrevem ou escrevem os inverídicos fatos o faz com tanta perfeição, como se verdadeiros fossem, que eliminam qualquer possibilidade de dúvidas, de sorte que, atualmente, nem se fala mais do princípio universal de direito denominado *in dubio pro reo!* O bom jornalista não deve ter medo da preservação do sigilo das fontes, basta que divulgue os fatos sem tomar posicionamento. Não há que se falar em pluralidade de opiniões sobre a autenticidade dos fatos jornalísticos quando prévia e rigorosamente apurada a sua veracidade.

Naturalmente, é bem-aceita a prática jornalística especializada em desvendar mistérios, descobrir e revelar falcatruas e expor uma verdade de interesse da sociedade que é desconhecida ao público, na hipótese de crimes e de casos de corrupção. Todavia, nestes casos, especialmente, não é dado ao jornalista pintar o “quadro”, os fatos/notícias, com as cores das suas ideologias ou paixões com o intuito de coagir os destinatários à formação de uma opinião, estimulando uma repulsa e/ou o ódio.

O objetivo do Jornalismo investigativo deve se restringir a divulgar ou investigar informações sobre más condutas que afetam o interesse público, colaborando com a reconstrução de importantes acontecimentos e a revelação de injustiças, concorrendo para melhoria do bem-estar e harmonia social.

### **13. JORNALISMO VERSUS MARKETING**

---

Alguns jornalistas, objetivando retorno financeiro mais robusto, transformam a atividade jornalística em apenas trabalho de *marketing*. Como dissemos anteriormente, jornalismo “é a difusão ou divulgação de fatos, ideias, personalidades ou coisas, identificadas, coletadas, investigadas, analisadas ou não, com o objetivo de dar conhecimento ao público, como informação necessária”. *Marketing*, por sua vez, é uma instrumentalidade de gestão que consiste em criar e agregar *valor* às coisas ou pessoas, voltadas para determinado *público-alvo*, criando ou ampliando conceitos que desperte interesse ou paixão, objetivando atender a desejos ou satisfazer necessidades até então não atendidas, propiciando a capacidade de ganhos patrimoniais, uma

espécie de mercadologia voltada para resultados, ganhos econômicos, de tal maneira que na tradução simples *Market* significa “mercado”. O objetivo do jornalismo é informar! Propagar é uma coisa, e jornalismo é outra bem distinta.

Não se há negar que a informação pode propiciar o descobrimento de algo do interesse coletivo ou mesmo expandir o conhecimento sobre algo importante no campo consumerista, mas, simplesmente, em decorrência da divulgação de um fato que, naturalmente, venha a produzir esse efeito.

Em verdade, o *marketing* consiste num mecanismo técnico de criação ou ampliação de vendas, de coisas, imagens ou marcas, para serem absorvidas de forma sustentável pela sociedade, por um público-alvo pré-determinado.

Desta forma, o jornalismo torna-se danoso e prejudicial à sociedade, quando confundido pelo jornalista com o *marketing*. Fazer jornalismo com o intuito de beneficiar ou prejudicar alguém, ampliando ou reduzindo o valor ou a qualidade dos fatos, induzindo a ideias distintas da realidade, não faz bem para a sociedade, nem condiz com a ética jornalística.

No *marketing empresarial*, o profissional especializado trabalha com o objetivo de melhorar a imagem da empresa e os resultados econômicos desejados. Já o *marketing pessoal* constitui-se de estratégias de fortalecimento da imagem do indivíduo no seu campo de atuação, objetivando demonstrar ou construir uma relevância e impulsionar o seu destaque como uma referência dentre os demais. Não há que confundir com jornalismo. A única coisa em comum é que ambos estão no campo da comunicação, mas com objetos e objetivos distintos.

## **14. EXISTE O JORNALISMO INDEPENDENTE?**

---

O *jornalismo independente* é uma espécie de jornalismo um tanto utópico desvinculado das grandes linhas editoriais, das empresas de jornalismo e alheia aos interesses econômicos, contrastando com as fontes de mídias tradicionais, instrumentos guiados pelo poder dominante. No mundo atual, não parece haver espaço para o chamado *jornalismo independente*. O jornalista ou se adéqua às linhas editoriais dependentes dos patrocinadores, em especial do poder público, que singra no tempo de acordo com os ventos ideológicos, ou não tem co-

mo sobreviver da profissão, nem fugir das perseguições caso insista em exercê-la com a liberdade sonhada!

Mesmo com a pluralidade de novas alternativas, em função do fácil acesso à *internet* que possibilita a rápida difusão e compartilhamento de informações com um público bem mais amplo, o controle e a pressão do poder dominante são insuperáveis para o profissional de jornalismo que tentar exercer sua atividade em uma linha paralela à imprensa tradicional.

É que esses idealistas profissionais trabalham com a investigação de temas de interesse popular ou de grupos sociais apontados como minorias, que facilmente podem ser desprezados pelas poderosas mídias associadas aos interesses políticos e econômicos. Portanto, a existência dessa “independência jornalística” tende mais para utopia do que realidade.

O que sobra no mercado de trabalho para esse profissional, o *jornalista independente*, é muito pouco. A alternativa restante é trabalhar como *freelance*, produzindo para empresas diversas que, na ocasião, possa se interessar pelo produto ou a matéria específica, em face das concorrências e/ou disputas político-ideológicas.

Mas, será que é possível o jornalista independente sobreviver de forma totalmente autônoma, criando o seu próprio canal de divulgação de informações, como mantê-lo e se manter? Inegavelmente, terá de buscar patrocínio, o que se contrapõe à independência, porque nenhuma pessoa vai investir ou patrocinar aquilo que não lhe interessa, o que não lhe dá retorno.

## **15. A LIBERDADE DE IMPRENSA SOB A ÓTICA DOS TRIBUNAIS**

---

O Superior Tribunal de Justiça – STJ, no julgamento do RECURSO ESPECIAL de nº REsp 1729550 SP 2017/0262943, publicado em 04/06/2021, cuja ementa foi assim editada: RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. LIBERDADE DE IMPRENSA. CONTROVÉRSIA ENTRE JORNALISTAS. ARTIGOS CRÍTICOS À ATUAÇÃO PROFISSIONAL. COMPROMISSO ÉTICO COM A INFORMAÇÃO VEROSSÍMIL (“VERDADE SUBJETIVA”). RELEVÂNCIA SOCIAL (INTERESSE PÚBLICO). NÃO CARACTERIZAÇÃO DE *ANIMUS INJURIANDI VEL DIFFAMANDI* NO CASO CONCRETO, assim se pronunciou:

1. A liberdade de informação e a liberdade de expressão (em sentido estrito), ao fornecerem meios de compreensão da realidade – e, conseqüentemente, propiciarem o desenvol-

vimento da personalidade –, conectam-se tanto à noção de dignidade humana quanto à de democracia, pois o livre fluxo de informações e a multiplicidade de manifestações do pensamento são vitais para o aprimoramento de sociedades fundadas no pluralismo político, a exemplo da brasileira (FAVERO, Sabrina; STEINMETZ, Wilson Antônio. Direito de informação: dimensão coletiva da liberdade de expressão e democracia. Revista Jurídica Cesumar – Mestrado, v. 16, n. 3, set./dez. 2016, pp. 639-655). 2. A liberdade de imprensa, nesse cenário, constitui modalidade qualificada das liberdades de informação e de expressão; por meio dela, assegura-se a transmissão das informações e dos juízos de valor pelos jornalistas ou profissionais integrantes dos veículos de comunicação social de massa, notadamente emissoras de rádio e de televisão, editoras de jornais e provedores de notícias na *internet*. 3. Conquanto seja livre a divulgação de informações, conhecimento ou ideias – mormente quando se está a tratar de imprensa –, tal direito não é absoluto nem ilimitado, revelando-se cabida a responsabilização pelo abuso constatado quando, a pretexto de se expressar o pensamento, invadem-se os direitos da personalidade, com lesão à dignidade de outrem. Assim, configurada a desconformidade, o ordenamento jurídico prevê a responsabilização cível e criminal pelo conteúdo difundido, além do direito de resposta. 4. Nessa linha de raciocínio, não se pode olvidar que, além do requisito da “verdade subjetiva” – consubstanciado no dever de diligência na apuração dos fatos narrados (ou seja, o compromisso ético com a informação verossímil) –, a existência de interesse público também constitui limite genérico ao exercício da liberdade de imprensa (corolário dos direitos de informação e de expressão). 5. Ademais, sempre que identificada, no caso concreto, a agressão injusta à dignidade da pessoa – vale dizer: conduta causadora de angústia, dor, humilhação ou sofrimento que extrapolem a normalidade da vida cotidiana, interferindo intensamente no equilíbrio psicológico do indivíduo –, o exercício do direito à informação ou à expressão deverá ser considerado abusivo, sendo permitida a intervenção do Estado-Juiz a fim de estabelecer medida reparatória da lesão a direito personalíssimo. 6. Na espécie, não se constata o alegado *animus injuriandi vel diffamandi* dos réus, mas *sim animus narrandi e animus criticandi*,

tendo em vista o caráter informativo e opinativo dos artigos, que, malgrado extremamente ácidos e irônicos, não desbordaram os limites do exercício regular da liberdade de expressão – em sentido lato – compreendida na informação, na opinião e na crítica jornalística. 7. A apreciação dos artigos publicados no “Brasil 247” – à luz dos fatos descritos na inicial e delineados na sentença – não revela ruptura dos jornalistas com o compromisso ético com a informação verossímil, que não reclama precisão. Outrossim, apesar do tom jocoso e contundente das matérias, não se observa um grau de agressividade apto a gerar danos à honra, à imagem ou à privacidade do autor; vale dizer, não se vislumbra conteúdo que extrapole o mero aborrecimento do jornalista que desempenhava, à época, função de grande influência na opinião pública do País (redator-chefe da revista *Veja*), donde se extrai a relevância social de informações ou críticas à sua atuação profissional e/ou política, bem como a eventuais vieses que o orientavam, dados essenciais ao debate democrático e à viabilização de uma certa *accountability* do chamado “quarto poder”. 8. Aliás, é de sabença que pessoas públicas estão submetidas à exposição de sua vida e de sua personalidade e, por conseguinte, são obrigadas a tolerar críticas que, para o cidadão comum, poderiam significar uma séria lesão à honra. Tal idoneidade não se configura, decerto, em situações nas quais é imputada, injustamente e sem a necessária diligência, a prática de atos concretos que resvalam na criminalidade, o que não ocorreu na hipótese. 9. Controvérsia que se revela um chamado, um grito, uma imagem no espelho de dupla face, para que a atividade jornalística seja levada a sério, elaborada com ética e com cuidado, de modo a não se desacreditar diante do excesso, conquanto não se constate, no caso, a prática de atos ensejadores de dano moral. 10. Recurso especial provido a fim de julgar improcedente a pretensão indenizatória deduzida na inicial.

Já no julgamento do RECURSO ESPECIAL de nº REsp 1897338 DF 2019/0191423-8, publicado em 05/02/2021, o mesmo *Superior Tribunal de Justiça – STJ*, com a ementa assim sintetizada: RECURSO ESPECIAL. DIREITO DE INFORMAÇÃO, EXPRESSÃO E LIBERDADE DE IMPRENSA. DIREITOS NÃO ABSOLUTOS. COMPROMISSO COM A ÉTICA, A VERDADE E O INTERESSE PÚBLICO. VEDAÇÃO À CRÍTICA DIFAMATÓRIA E QUE COMPROMETA OS DIREITOS DA PERSONALIDA-

DE. ABUSO DO DIREITO E CORRESPONDENTE RESPONSABILIZAÇÃO. CONFIGURAÇÃO DO DANO MORAL. INDENIZAÇÃO. ARBITRAMENTO. MÉTODO BIFÁSICO, ditou a interpretação do direito dizendo:

1. Inexiste afronta aos arts. 141, 489 e 1.022 do CPC quando o acórdão recorrido pronuncia-se, de forma clara e suficiente, dentro dos limites da controvérsia, acerca das questões suscitadas nos autos, manifestando-se sobre todos os argumentos que, em tese, poderiam infirmar a conclusão adotada pelo Juízo. 2. As liberdades de informação e de expressão distinguem-se pelos seguintes termos: a primeira diz respeito ao direito individual de comunicar livremente fatos e ao direito difuso de ser deles informado; a segunda destina-se a tutelar o direito de externar ideias, opiniões, juízos de valor, em suma, qualquer manifestação do pensamento humano. 3. A liberdade de informação diz respeito a noticiar fatos, e o exercício desse direito apenas será digno de proteção quando presente o requisito interno da verdade, pela ciência da realidade, que não se exige seja absoluta, mas aquela que se extrai da diligência do informador, a quem incumbe apurar de forma séria os fatos que pretende tornar públicos. 4. O direito de expressão consiste na liberdade básica de expressar os pensamentos, ideias, opiniões, crenças: trata-se de poder manifestar-se favorável ou contrariamente a uma ideia, é a realização de juízo de valor e críticas, garantindo-se a participação real dos cidadãos na vida coletiva. 5. A liberdade de expressão no debate democrático distingue-se, indubitavelmente, da veiculação dolosa de conteúdos voltados a simplesmente alterar a verdade factual e, assim, alcançar finalidade criminosa de natureza difamatória, caluniosa ou injuriosa. 6. Quando, a pretexto de se expressar o pensamento, invadem-se os direitos da personalidade, com lesão à dignidade de outrem, revela-se o exercício de um direito em desconformidade com o ordenamento jurídico, o que legitima a responsabilização cível e criminal pelo conteúdo difundido, além do direito de resposta. 7. A liberdade de informação, de expressão e de imprensa, por não ser absoluta, encontra limitações ao seu exercício compatíveis com o regime democrático, tais como o compromisso ético com a informação verossímil; a preservação dos direitos da personalidade; e a vedação de veiculação de crítica com o fim único de difamar, injuriar ou caluniar a pessoa (*animus injuriandi vel diffaman-*

di). 8. A pedra de toque para conferir-se legitimidade à crítica jornalística é o interesse público, observada a razoabilidade dos meios e formas de divulgação da notícia, devendo ser considerado abusivo o exercício daquelas liberdades sempre que identificada, em determinado caso concreto, a agressão aos direitos da personalidade, legitimando-se a intervenção do Estado-juiz para pôr termo à desnecessária violência capaz de comprometer a dignidade. 9. A repressão do excesso não é incompatível com a democracia. A garantia de não censura prévia não significa impossibilidade de controle e responsabilização a posteriori contra condutas não protegidas jurídico-constitucionalmente, que, na verdade se contra-põem à liberdade de manifestação e à invulnerabilidade da honra. 10. O regular exercício de um direito não tolera excessos e, por isso, o abuso de direito é ato jurídico, em princípio de objeto lícito, cujo exercício, levado a efeito sem a devida regularidade, acarreta um resultado que se considera ilícito. 11. O reconhecimento do ato ilícito e sua consequente condenação não exigem a prova inequívoca da má-fé da publicação que extrapola os limites da informação, à semelhança do que ocorreu na jurisprudência norte-americana, difundida pela doutrina da *actual malice*, que não se coaduna com o ordenamento brasileiro. 12. No caso dos autos, as qualificações dirigidas à recorrente, no vídeo publicado pela recorrida, em nada se ajustam ao conteúdo legítimo da liberdade de imprensa invocada, nem sequer correspondem ao direito de livre manifestação, de expressão e de pensamento do jornalista sobre determinado fato. Os insultos dirigidos à pessoa que discursava não revelaram o interesse público invocado, não bastasse a utilização de palavras objetivamente indecorosas e degradantes. A narrativa apresentada não se relacionou aos fatos presenciados ou mesmo ao conteúdo do discurso da recorrente, afastando-se da margem tolerável da crítica, transformando a publicação em verdadeira zombaria e menosprezo à pessoa. 13. O exercício do direito à liberdade de pensamento e de expressão, conquanto não esteja sujeito à censura prévia, está condicionado a responsabilidades ulteriores. Não é possível, em absoluto, a proibição (censura) de manifestação da liberdade de pensamento ou de expressão; mas, uma vez que sejam utilizadas, o uso desse direito não pode extrapolar o limite do razoável e violar o respeito

aos direitos e à reputação das demais pessoas. 14. Observadas as circunstâncias do caso – a gravidade do fato em si (ofensa à honra e reputação), imputações aviltantes e humilhantes à vítima (comparação a um animal), a condição do agente de profissional experiente, capaz de identificar termos ofensivos, além da condição econômica do ofensor, assim como a particularidade da divulgação das ofensas por meio da internet, de alcance incalculável –, fixa-se a indenização em R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais), sem se destoar da proporcionalidade e da razoabilidade, tampouco dos critérios adotados pela jurisprudência desta Corte. 15. Recurso especial parcialmente provido para julgar procedente o pedido indenizatório.

## **16. APARENTES VIOLAÇÕES CONSTITUCIONAIS DO STF. CENSURAS AO JORNALISMO**

---

É verdade que nem um mal justifica outro! Qualquer conduta humana consistente em ato ilícito, assim tipificado em lei, possui sua correspondente sanção, nada mais, nem nada menos, obviamente nesta mesma lei, que assim o tipificou.

Lamentavelmente, não obstante o entendimento da Suprema Corte Infraconstitucional, o *STJ*, a quem compete a última palavra sobre a interpretação da norma infraconstitucional, visando a uniformização do direito, a questão da constatação de possíveis violações constitucionais por parte do *Supremo Tribunal Federal*, já ultrapassou as preocupações dos jornalistas, chegando como uma inquietação do *Conselho de Comunicação Social do Congresso Nacional*.

É que no dia 04 de dezembro de 2023 em reunião, o *Conselho de Comunicação Social do Congresso Nacional* questionou decisão do *STF* que responsabiliza veículos de comunicação por declarações de entrevistados, quando Conselheiros afirmaram que a medida irá restringir a liberdade de imprensa e provocar a perseguição de jornalistas, “destacando o Presidente daquele colegiado que a decisão representa ameaça à democracia, conforme matéria assinada pelo jornalista *Floriano Filho*<sup>3</sup>.

---

3 FILHO, Florian. Conselheiros afirmam que decisão do STF vai provocar perseguição de jornalistas. Rádio Senado, Senado Federal. 05 dez 2023. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/radio/1/noticia/2023/12/05/conselheiros->

Naturalmente, este fato, excepcional crítica em Comissão especial do Congresso Nacional à decisão do *STF*, propiciou uma pluralidade de matérias e comentários jornalísticos, com repercussão nas redes sociais, destacando-se o posicionamento da *Associação Brasileira de Imprensa*, que, no mesmo dia, no seu site<sup>4</sup>, publicou texto com o seguinte final conclusivo: “*O presidente da ABI, Octávio Costa, considera que a interferência do STF na liberdade de imprensa é preocupante, mas o “dever de cuidado” é uma atenuante. A ABI aguarda a publicação do inteiro teor da decisão para se manifestar, junto com outras entidades, uma vez que algumas questões, como o caso de entrevistas ao vivo, por exemplo, ainda precisam ser esclarecidas*”.

Uma verdade é que quem não zela pelos seus direitos, não tem direito a ter direito! Não é tão racional somente querer valorizar o direito depois de perdê-lo, principalmente quando se trata da liberdade, da saúde e do respeito à dignidade.

Com vistas para a segurança e o bem-estar social, a liberdade de imprensa é um desses valores que sobre eles não se transige, como a própria ordem jurídica nacional e internacional disciplina, somente em estado de exceção, antidemocrático por natureza, pode-se imaginar a flexibilização desse direito fundamental.

Tornou-se inegável que, hoje, grande parte das decisões emanadas do Supremo Tribunal Federal, constitui verdadeiras ameaças à democracia, às liberdades fundamentais de imprensa e de expressão em nosso País, depois que audaciosamente instituiu para si, e incorporou, o inimaginável e inconstitucional “pode imperial”, “poder moderador do Brasil”, como tem proclamado de público alguns Ministros. Provavelmente, questão discutida e aprovada internamente.

Parece absolutamente desprovida de razoabilidade e bom senso, flagrantemente carente de juridicidade a ideia do *Supremo Tribunal Federal* de responsabilizar veículos de comunicação pelo conteúdo do que falar um entrevistado, mesmo que se venha a verificar que carac-

---

afirmam-que-decisao-do-stf-vai-provocar-perseguiçao-de-jornalistas. Acesso: 18 jan. 2024.

4 ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE IMPRENSA. *STF decide que imprensa pode ser responsabilizada por fala de entrevistado*. 01 dez. 2023. Disponível em: <https://www.abi.org.br/stf-decide-que-imprensa-pode-ser-responsabilizada-por-fala-de-entrevistado>. Acesso em: 20 jan. 2024.

teriza mentiras, injúrias ou difamação. Cuidar-se-ia, de responsabilidade personalíssima!

A ninguém é dado desconhecer a Lei, e ao Supremo Tribunal Federal, compete o dever de velar pelo respeito às garantias constitucionais, pela eficácia das normas constitucionais, não se lhe admitindo violação do disposto na norma do respectivo artigo 220 da sagrada Carta Magna que assim estabelece:

A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1º - Nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

§ 2º - *É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.*

§ 3º - Compete à lei federal: I - regular as diversões e espetáculos públicos, cabendo ao Poder Público informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada; II - estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente.

## 17. À GUIA DE CONCLUSÃO

Já está bastante claro que, quando o judiciário debruçando-se sobre o tema *liberdade de imprensa*, intervém na atividade jornalística, mediante o julgamento de conflitos versando sobre a *liberdade de imprensa versus lesão à honra e à dignidade da pessoa*, o entendimento que se verifica consolidando-se na jurisprudência pátria é no sentido de que *conquanto seja livre a divulgação de informações, conhecimento ou ideias – mormente quando se está a tratar de imprensa –, tal direito não é absoluto nem ilimitado, revelando-se cabida a responsabilização pelo abuso constatado quando, a pretexto de se expressar o*

*pensamento, invadem-se os direitos da personalidade, com lesão à dignidade de outrem.*

Assim, configurada a desconformidade, o ordenamento jurídico prevê a responsabilização cível e criminal pelo conteúdo difundido, além do direito de resposta.

Deste modo, tem reafirmado o judiciário que a liberdade de informação, de expressão e de imprensa, por não ser absoluta, encontra limitações ao seu exercício, compatíveis com o regime democrático, tais como o compromisso ético com a informação verossímil, a preservação dos direitos da personalidade, e a vedação de veiculação de crítica, com o fim único de difamar, injuriar ou caluniar a pessoa (*animus injuriandi et diffamandi*).

A pedra de toque para conferir-se legitimidade à crítica jornalística é o interesse público, observada a razoabilidade dos meios e formas de divulgação da notícia, devendo ser considerado abusivo o exercício daquelas liberdades sempre que identificada, em determinado caso concreto, a agressão aos direitos da personalidade, legitimando-se a intervenção do Estado-juiz para pôr termo à desnecessária violência capaz de comprometer a dignidade.

Portanto, a postura ética comentada anteriormente, ao que deve se vincular o jornalista é com o objetivo de se impulsionar o ideal de que o fim de tudo deverá ser, sempre, o bem comum, em todas as dimensões.

Logo, o jornalismo que, como dito, consiste na difusão ou divulgação de fatos, ideias, personalidades ou coisas, identificadas, coletadas, investigadas, analisadas ou não, com o objetivo de dar conhecimento ao público, como informação necessária, notícias que direta ou indiretamente devem afetar a vida da sociedade em algum aspecto, constitui-se objeto do interesse social, do interesse coletivo. Portanto, além de subordinar-se aos princípios morais e éticas, não poderá, jamais, se descurar do princípio jurídico de que todo aquele que causa prejuízo a outrem é obrigado a reparar o dano, independentemente da sua natureza, seja material ou moral.

Toda profissão, para o seu legítimo exercício e eficiente utilidade, em sua essência deverá ter foco no bem comum, consequentemente, fulcrada nos preceitos da ética e do moral. Jornalismo sem ética é agressão a sociedade, constitui instrumento de fomento ao conflito e desestabilização social. Já dizia o nosso grande *Ruy Barbo*

sa<sup>5</sup>que “*imprensa e liberdade, jornalismo e consciência são termos de uma só equação*”.

Atento a isto, o *jornalista*, acautelando-se na honradez do seu trabalho vinculado aos princípios éticos e morais, compromisso com a verdade e a lealdade para com a comunidade destinatária, não se deve medrar com as injustas ameaças de ninguém, não pode se curvar às graves violações do direito praticadas pelo *STF*, pelo contrário, possui o dever de denunciá-las com a devida firmeza e persistência, para o bem toda a sociedade, somente assim estará contribuindo para o aperfeiçoamento da democracia e a necessária segurança jurídica, base fundamental do Estado de direito.

É dever do jornalista e de toda a imprensa a vigilância e denúncia das condutas irregulares dos agentes públicos, e, em especial, do *Supremo Tribunal Federal*, quando seus atos constituam ameaças à democracia, às liberdades fundamentais de imprensa e de expressão, ou qualquer agressão aos direitos e garantias constitucionais fundamentais do cidadão.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

---

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE IMPRENSA (ABI). *STF decide que imprensa pode ser responsabilizada por fala de entrevistado*. 01 dez. 2023. Disponível em: <https://www.abi.org.br/stf-decide-que-imprensa-pode-ser-responsabilizada-por-fala-de-entrevistado>. Acesso em: 20 jan. 2024.

BARBOSA, Ruy. *A imprensa e o dever da verdade*. São Paulo: Hunter Books, 2016.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 19 jan. 2024.

FILHO, Floriano. Conselheiros afirmam que decisão do STF vai provocar perseguição de jornalistas. Rádio Senado, Senado Federal. 05 dez 2023. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/radio/1/noticia/2023/12/05/conselheiros-afirmam-que-decisao-do-stf-vai-provocar-perseguiçao-de-jornalistas>. Acesso: 18 jan. 2024.

WATANABE, Bárbara. *Jornalismo e democracia: A importância do papel do jornalista no contexto político atual*. Portal Gama. Disponível em: <https://portalgama.com.br/jornalismo-e-democracia>. Acesso em 20 jan. 2024.

# IV

## Da fiscalização e observância das diretrizes de sustentabilidade e desenvolvimento socioeconômico no dispêndio dos recursos públicos oriundos do programa nacional de alimentação escolar

*Francisco Pedro Jucá<sup>1</sup>*  
*Thais Xavier Ferreira da Costa<sup>2</sup>*

- 
- 1 Livre Docência em Direito Financeiro pela Universidade de São Paulo - USP em 2013; Pós-Doutorado em Direito Social pela Universidade Nacional de Córdoba - Argentina em 2015; Pós-Doutorado em Direito Público pela Universidade de Salamanca - Espanha em 2013; Doutorado em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo - USP em 2000; Doutorado em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, PUC/SP em 1997; Mestrado em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Pará - UFPA em 1990. Professor Titular da Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo - FADISP; Professor Convidado da Escola Paulista de Magistratura do TJ/SP. Pertence à Academia Paulista de Letras Jurídicas - APLJ; Academia Paulista de Magistrados; Instituto Brasileiro de Estudos de Direito Administrativo, Financeiro e Tributário - IBEDAFT, Sociedade Brasileira de Direito Financeiro - SBDF; Academia Paraense de Letras Jurídicas.
- 2 É servidora pública estadual, Auditora Estadual de Controle Externo junto ao Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul. Coordenadora do Curso de Gestão Pública da Faculdade Insted. Exerce a docência em cursos de Graduação e Pós-graduação. Especialista em Direito do Estado e Relações Sociais pela Universidade Católica Dom Bosco; MBA em Concessões e Parcerias Público Privadas pela Fundação Escola de Sociologia e Política de São Paulo, Mestre em Ciências Jurídicas pelo Centro Universitário de Maringá. Doutora em Direito Constitucional pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo (FADISP). Membro da Sociedade Brasileira de Direito Financeiro e do Conselho Editorial da Revista Brasileira de Direito Tributário e Finanças Públicas. Membro do Grupo de Pesquisas em Saberes Contemporâneos (GPESC - Faculdade Insted) na linha de pesquisa de Políticas Públicas. Membro do Núcleo de Ensino à Distância da Faculdade Insted.

**Sumário:** Introdução. 1. Fome e desnutrição. 2. A alimentação escolar como desdobramento do direito fundamental à alimentação adequada. 3. Alimentação escolar: aspectos históricos. 4. Do programa nacional de alimentação escolar. 5. Da atuação dos órgãos de controle. Considerações Finais

**Resumo:** A presente pesquisa aborda o controle como meio de efetivação do direito à alimentação escolar. Delimita-se o tema no estudo do controle social, do controle interno e externo, previstos no artigo 9º da Lei do PNAE, diante da problemática acerca da efetiva garantia do direito fundamental à alimentação escolar. Objetiva-se, a partir da contextualização das deficiências na execução do Programa Nacional de Alimentação Escolar, demonstrar que o aprimoramento das ações dos sistemas de controle pode resultar na efetividade da política pública em comento.

A pesquisa foi realizada por meio de levantamentos bibliográficos acerca do tema e do estudo dos diplomas legais que regem e norteiam a tratativa dos direitos fundamentais, a atuação do controle na fiscalização das políticas públicas e as especificidades do Programa Nacional de Alimentação Escolar. O método de abordagem utilizado foi o dedutivo, partindo de premissas teóricas passíveis de conclusão acerca da problemática levantada. O método histórico foi empregado para compreensão dos institutos nos moldes atuais, fornecendo elementos para verificação da evolução dos direitos fundamentais e da atuação do Estado em favor da proteção desses direitos. O método comparativo traz para a pesquisa elementos de aferição das políticas públicas desenvolvidas para a merenda escolar no cenário nacional.

**Palavras-chave:** Controle. Programa Nacional de Alimentação Escolar. Efetividade.

**Abstract:** This research deals with control as a means of effecting the right to school feeding. The subject is delimited in the study of social control, internal and external control, provided for in article 9 of the PNAE Law, in the face of the problematic about the effective guarantee of the fundamental right to school feeding. It is intended, from the context of the deficiencies in the execution of the National School Feeding Program to demonstrate that improvement of the actions of the decontrol systems may result in the effectiveness of the public policy in question. The research was carried out by means of bibliographical surveys about the subject and the study of the legal diplomas that govern and govern the treatment of fundamental rights, the control action in the fiscalization of public policies and the specificities of the National School Feeding Program. The method of approach used was the deductive, starting from theoretical premises that can be concluded about the problematic raised. The historical method was used to understand the institutes in the current molds, providing elements to verify the evolution of fundamental rights and the State's action in favor of the protection of these rights. The comparative method brings to the research elements of measurement of public policies developed for school meals in the national scenario.

**Keywords:** Control. National School Feeding Program. Effectiveness.

## INTRODUÇÃO

---

A atuação do controle social, controle interno e externo, e o desenvolvimento de suas competências como instrumento de efetivação e consolidação eficiente do Programa Nacional de Alimentação Escolar, é a delimitação da pesquisa que se propõe para a abordagem do tema.

É cediço que as políticas públicas, instrumentos de efetivação dos direitos fundamentais consubstanciados na Constituição Federal de 1988, alicerçam-se em momentos históricos: na construção da Teoria dos Direitos da Personalidade, e posteriormente, do Estado do Bem Estar Social (Welfare State). Verifica-se, então, a incumbência do Estado na garantia dos direitos fundamentais, reputados hoje como elementos integrantes da dignidade da pessoa humana.

Dentre essa gama de direitos elencados na CF/88, o estudo abordará o direito à alimentação escolar (arts. 6º e 208, inc. VII), analisando a política pública desenvolvida sob a ótica do controle. A matéria está disciplinada pela Lei n. 11.947/2009, que instituiu o Programa Nacional de Alimentação Escolar, e, dentre outras disposições, caracteriza o repasse voluntário e parcelado da verba, por meio do Fundo Nacional de Educação, trazendo em seu bojo definições, objetivos e critérios de inclusão em suas diretrizes, nos moldes que estabelece o seu art. 2º.

Ao avaliar a qualidade da merenda escolar no país, em auditoria realizada neste ano acerca dos gastos no ano de 2016, a Controladoria Geral da União detectou prejuízo potencial de 4,3 milhões na verba do programa de alimentação escolar. Em conformidade com o relatório disponibilizado pelo Ministério da Transparência, foram identificadas as seguintes situações: licitações e despesas irregulares, descumprimento contratual pelos fornecedores, superfaturamento, armazenagem irregular, alunos sem merenda, falta de cardápio e de higiene, ausência de nutricionista e controle frágil.

No que se refere às diretrizes relacionadas na Lei do PNAE, o cenário que se apresenta é de ineficiência, ineficácia e ausência de efetividade da política pública em comento, evidenciando a necessidade de fortalecimento do controle e da busca de medidas alternativas, cujas proposições teóricas pretende-se desenvolver no curso da pesquisa.

Justifica-se a escolha do tema no fato de que merenda escolar é uma questão social no Brasil, pois é realidade de muitas crianças fre-

quentarem escola na expectativa de fazer uma refeição, que em parte das vezes, é a única que elas têm no dia. Arelado a isso, tem-se que a questão da alimentação está diretamente relacionada ao desenvolvimento físico e mental e, via de consequência, influencia no processo de aprendizagem.

Portanto a importância da nutrição escolar no contexto social do Brasil e as constantes notícias e divulgações acerca da má qualidade da prestação de merenda escolar, evidenciam a relevância de estudar cientificamente o tema, pesquisando suas deficiências e possíveis soluções.

Diante das abordagens realizadas, apresenta-se a seguinte problemática: no desempenho de suas competências, como o sistema de controle previsto no art. 9º da Lei n. 11.947/2009, pode servir de instrumento para a efetivação do direito à alimentação escolar?

Objetiva-se com a pesquisa evidenciar a atuação do sistema de controle para a efetivação do direito à alimentação escolar, como cumprimento das diretrizes do Programa Nacional de Alimentação Escolar sob os preceitos teóricos do controle das políticas públicas.

## **1. FOME E DESNUTRIÇÃO**

---

No Brasil, a alimentação esteve atrelada às questões sociais e econômicas no curso do tempo, e os primeiros trabalhos científicos concluíram o que o senso comum já revelava: que a fome era uma realidade no país. Os resultados desses trabalhos, (nominados inquéritos, e que abordavam a questão alimentar por meio da análise do orçamento familiar e o perfil de consumo alimentar), serviram para subsidiar a política salarial. A instituição do Salário Mínimo, pela Lei 185 de 14/01/36, regulamentada pelo Decreto 399 de 30/04/38 "*considerava que ele deveria garantir, entre outros itens, uma ração essencial mínima, teoricamente capaz de prover o aporte nutricional necessário ao trabalhador*".<sup>3</sup>

O problema da fome e da desnutrição passa a ser assunto amplamente debatido, já que o Brasil destacou-se por décadas como um dos países onde a fome atinge de forma endêmica as grandes massas. Tal situação pode ser atribuída ao sistema de colonização e ainda, ao

---

3 L'ABBATE, Solange. *As políticas de alimentação e nutrição no Brasil: I. período de 1940 a 1964*, Rev. Nutr. PUCCAMP, Campinas, v. 1, n. 2, p. 87-138, jul.-dez. 1988.

fato de que se desenvolveu no país a agricultura extensiva para exportação, ao invés de uma agricultura intensiva de subsistência, que mataria a fome da população.<sup>4</sup>

Reitera-se, portanto, o caráter social que a alimentação assumiu no Brasil, até se consolidar em políticas públicas, com marco em pesquisas realizadas na areada nutrição:

Em uma perspectiva histórica, observa-se que o problema da fome entra na agenda política brasileira a partir de Josué de Castro – um dos maiores intelectuais brasileiros no tema da alimentação e da nutrição. Josué de Castro afirmava que a fome e a má alimentação e nutrição não são fenômenos naturais, mas sociais e, portanto, somente por meio de ações sociais e coletivas, como a implantação progressiva de políticas públicas de segurança alimentar e nutricional, poder-se-ia transformar em realidade o direito humano universal à alimentação.<sup>5</sup>

E nesse sistema, o Brasil lutou ano após ano para combater a fome e a desnutrição, e alçou bons resultados: segundo a Organização das Nações Unidas para Alimentação e Agricultura (FAO), o Brasil é um dos 25 países que conseguiram reduzir pela metade o número de pessoas desnutridas nas últimas duas décadas: “*Entre os períodos de 2000-2002 e de 2004-2006, a redução percentual no número de pessoas que passam fome foi pela metade, de 10,7% para menos de 5%.*”<sup>6</sup>

Mas apesar do significativo progresso no que diz respeito aos índices de desnutrição, o Brasil ainda tem 3,4 milhões de pessoas que passam fome diariamente, segundo a FAO. A incidência entre crianças de 0 a 5 anos foram objeto de divulgação pelo Ministério da Saúde, e coloca a questão da fome como um problema social que necessita de permanente atenção.

A base da pesquisa utilizou como fonte dados do IBGE, oportunidade em que o Brasil contava com aproximadamente 18 milhões de

---

4 CASTRO. Josué de. *Geografia da fome-o dilema brasileiro: pão ou aço*. 10 ed. Rio de Janeiro: Edições Antares, 1984, p. 263-265.

5 LEMOS, Jullyane de Oliveira Maia. MOREIRA, Patrícia Vasconcelos Leitão. *Políticas e programas de alimentação e nutrição: um passeio pela história*. Revista Brasileira de Ciência e da Saúde. vol. 17, n. 4, p. 377-386.

6 Fonte: <http://www.dw.com/pt-br/n%C3%BAmero-de-desnutridos-no-brasil-caiu-pela-metade-diz-fao/a-17925687>. Acesso em 20 de junho 2023.

crianças nessa faixa etária<sup>7</sup>. Os dados demonstram que aproximadamente 13% das crianças entre 0 e 5 anos possuem estatura muito baixa ou baixa para idade. Já em relação ao peso (baixo ou muito baixo), atingem 4,2% das crianças na referida faixa etária. Em relação às regiões, a região Norte desponta como maior número de crianças com peso baixo e muito baixo para a idade, seguida pela região Nordeste, Centro-Oeste, Sudeste e Sul.

O mesmo ocorre na relação altura e idade, reflexos da carência alimentar no desenvolvimento do ser humano como uma consequência primária: as crianças são mais baixas e magras por falta de alimentação.<sup>8</sup> Além do peso e da altura, ainda na fase primária, a desnutrição apresenta outras consequências que interferem na vida e na formação do ser humano. Segundo dados do CREN, são recorrentes quadros infecciosos e anemia entre as crianças com desnutrição moderada em tratamento: *“cerca de 80% tiveram pelo menos um episódio infeccioso no último mês, e, entre aquelas com desnutrição grave, essa prevalência subiu para cerca de 90%. Além disso, 60% tinham parasitas. E outra ocorrência bastante comum é a anemia, constatada em 62% delas”*.<sup>9</sup> Após a interrupção do crescimento físico, sobrevêm os estágios mais avançados, a desnutrição moderada, ou de segundo grau, fase em que a fome é de alta intensidade e os sinais clínicos são perceptíveis ao exame clínico e não havendo o tratamento nutricional, o desequilíbrio aumenta e advém a desnutrição grave, ou de terceiro grau *“em que os sinais se acentuam e o comprometimento de todas as reações metabólicas é tão intenso que o risco de morte é iminente”*.<sup>10</sup>

Na fase da desnutrição grave, já existe prejuízo para a anatomia do cérebro, cuja caracterização exige a presença de três condições

7 Fonte: <https://observatoriocrianca.org.br/cenario-infancia/temas/populacao/675-projecao-da-populacao-segundo-faixas-etarias?filters=1,891>. Acesso em 20/06/2023.

8 CASTRO, Josué de. *Geografia da fome*. 10 ed. Rio de Janeiro: Edições Antares, 1984, p. 13.

9 SAWAYA, Ana Lydia. *Desnutrição: consequências em longo prazo e efeitos da recuperação nutricional*. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ea/v20n58/14.pdf>. Acesso em 20 de junho 2019.

10 MOYSES, Aparecida Afonso. COLLARES, Cecília Azevedo Lima. *Aprofundando a discussão das relações entre desnutrição, fracasso escola e merenda*. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_nlinks&ref=000131&pid=S0103-6564199700010000500012&lng=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_nlinks&ref=000131&pid=S0103-6564199700010000500012&lng=pt). Acesso em 29 de agosto de 2023.

simultâneas: como dito, a intensidade deve ser grave (ou de terceiro grau), a época de incidência deve ocorrer com a fase de maior velocidade de crescimento do cérebro e a duração deve ser longa, ou seja, incidir durante a maior parte do crescimento. Neste caso, podem ocorrer quatro tipos de alterações anatômicas: “a) *redução de peso, tamanho e volume do cérebro*; b) *redução do número de células*; c) *redução na quantidade de mielina* 13; d) *alterações na concentração de algumas enzimas*”.<sup>11</sup>

A correlação desnutrição e fracasso escolar, possui duas perspectivas a serem avaliadas: no caso da desnutrição grave no início da vida, a criança raramente chega à escola, pois é letal no primeiro ano de vida; havendo sobrevida, a desnutrição grave prejudica as funções cognitivas mais complexas. É fato que a desnutrição influencia diretamente no processo de aprendizagem, sendo uma das causas biológicas que mais atrapalham o desempenho escolar:

Do mesmo modo que *todos* referem causas centradas na criança, *todos* referem problemas biológicos como causas importantes do não-aprender na escola. Na opinião destes profissionais, os problemas de saúde das crianças constituem uma das principais justificativas para a situação educacional brasileira. Dentre os problemas citados, merecem destaque a desnutrição, referida por todos, tanto da educação como da saúde, e as disfunções neurológicas, referidas por 92,5% das 40 professoras e 100% dos 19 profissionais de saúde (médicos, psicólogos e fonoaudiólogos).<sup>12</sup>

Nesse contexto, insere-se no debate a importância da merenda escolar como fator social em um país com crianças desnutridas e/ou passando fome, e ainda, como elemento importante no processo de aprendizagem, pois “*enquanto a desnutrição grave provoca lesões no sistema nervoso, a fome é, ao contrário, uma situação transitória, ou*

---

11 MOYSES, Aparecida Afonso. COLLARES, Cecília Azevedo Lima. *Aprofundando a discussão das relações entre desnutrição, fracasso escola e merenda*. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_nlinks&ref=000131&pid=S0103-6564199700010000500012&lng=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_nlinks&ref=000131&pid=S0103-6564199700010000500012&lng=pt). Acesso em 29 de agosto de 2023.

12 MOYSES, Aparecida Afonso. COLLARES, Cecília Azevedo Lima. *Inteligência abstraída, crianças silenciadas: as avaliações de inteligência*. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-65641997000100005](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-65641997000100005). Acesso em 29 de agosto de 2023.

*potencialmente transitória, que não provoca lesões irreversíveis, mas que dificulta a realização de qualquer atividade do ser humano*".<sup>13</sup>

Não se pode olvidar, que discutir teoricamente que a merenda escolar deve ser algo encarado naturalmente porque as crianças sentem fome no período em que estão na escola, foge da realidade do Brasil, onde a política pública de alimentação escolar, em face da pobreza e da miséria de significativos contingentes da população, assume inquestionavelmente contornos sociais, pois "*cresce o número de crianças que vão à escola em jejum e que se alimentam em casa com uma papa de água com farinha. Para muitos alunos das escolas brasileiras, a merenda é sua única refeição diária*".<sup>14</sup>

Essa realidade, de política pública que faz frente também no combate à fome é evidenciada pelo compromisso que o Brasil firmou com a Organização das Nações Unidas:<sup>15</sup>

Devido à sua magnitude, o PNAE mostra-se de grande importância para o cumprimento dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), compromisso assumido pelo Brasil junto à Organização das Nações Unidas(ONU), sobretudo os dois seguintes:

- Objetivo 2 - Acabar com a fome, alcançar a segurança alimentar e melhoria da nutrição e promover a agricultura sustentável;
- Objetivo 4 - Assegurar a educação inclusiva e equitativa e de qualidade, e promover oportunidades de aprendizagem ao longo da vida para todos.

A merenda escolar no Brasil não pode assumir caráter suplementar, seja sob o viés nutricional, seja na perspectiva de matar a fome

---

13 ABREU, Mariza. *Alimentação escolar: combate à desnutrição e ao fracasso escolar ou o direito da criança e ato pedagógico?* Disponível em: <http://portal.inep.gov.br/docs/cumements/186968/485895/Merenda+escolar/14f0df48-342d-4be8-8d2a-1f7d091cab7b?version=1.3>. Acesso em 20 de junho 2023.

14 ANDRADE, Adelina S. da Silva. *A produção da merenda escolar no Brasil: descentralização da gestão e a alimentação da criança como função da escolar*. Anais. IV Jornada Internacional de Políticas Públicas. Disponível em: [http://www.joinpp.ufma.br/jornadas/joinppIV/eixos/11\\_educacao/a-producao-da-merenda-escolar-no-brasil-o-papel-dos-conselhos-de-alimentacao-escolar-1993-2000.pdf](http://www.joinpp.ufma.br/jornadas/joinppIV/eixos/11_educacao/a-producao-da-merenda-escolar-no-brasil-o-papel-dos-conselhos-de-alimentacao-escolar-1993-2000.pdf). Acesso em 20 de junho 2023.

15 Disponível em: <http://portal.tcu.gov.br/main.jsp?lumPageId=8A8182A25B4A7A25015B5E1770516ECC&previewItemId=8A8182A25B4A7A25015B5E21D1AA2BB0&lumItemId=8A8182A25B4A7A25015B5E21D1CD2BB4>. Acesso em 20 de junho 2023.

do dia, pois é evidente que permanecendo na escola meio período do dia a criança sentirá fome. Insere-se a discussão da alimentação escolar, como uma função social da escola, e não dissociada das suas atividades de educação, devendo o caráter compensatório ser combatido por uma política que reconheça a merenda como um direito e assuma como parte integrante da educação da criança, reivindicando um serviço de alimentação que, além suprir a fome, inevitável para qualquer criança que permaneça mais de quatro horas na escola, atenda às necessidades específicas e ao mesmo tempo, promova a educação alimentar.

Denota-se, portanto, que a análise do Programa Nacional de Alimentação Escolar, perpassa, necessariamente pelas breves considerações de questões sociais, aqui colocadas para reflexão de que a merenda escolar assume, dentre outros papéis, o de garantia da dignidade da pessoa humana em formação, sendo o direito à alimentação escolar um desdobramento do direito fundamental à alimentação adequada.

## **2. A ALIMENTAÇÃO ESCOLAR COMO DESDOBRAMENTO DO DIREITO FUNDAMENTAL À ALIMENTAÇÃO ADEQUADA**

---

O direito à alimentação, preconizado no artigo 6º da Constituição Federal de 1988, encontra arrimo no princípio da dignidade da pessoa humana, estando reconhecido no rol dos direitos inalienáveis e imprescritíveis dos direitos fundamentais, e consubstanciado em vários documentos internacionais, sobretudo na Declaração dos Direitos do Homem (1948), sendo dever do Estado o combate a fome e a promoção de políticas públicas que garantam a segurança alimentar e nutricional do indivíduo, conforme previsão do artigo 2º da Lei de Segurança Alimentar (Lei n. 11.346, de 15 de setembro de 2006).

A disciplina da questão da segurança alimentar na referida lei é abrangente, contemplando, nos moldes estabelecidos pelo artigo 4º, a disponibilidade, o acesso e a adequação alimentar, permeando questões como a sustentabilidade, biodiversidade e acesso à informação, decorrendo daí várias diretrizes de políticas públicas voltadas para a segurança alimentar, e via de consequência, garantia do direito fundamental à alimentação adequada e resguardo da dignidade da pessoa humana.

Nesse cenário, destaca-se o direito à alimentação escolar ainda, como um desdobramento do direito humano à alimentação adequada, inserindo-se em nosso ordenamento jurídico pátrio na Constituição Federal de 1988, participando de leis específicas sobre o tema, que serão abordadas oportunamente.

Então, se a base material e formal do direito fundamental à alimentação escolar encontram-se presentes por toda Constituição Federal, e por consequência, por todo Ordenamento Jurídico, à luz dos novos vetores interpretativos impõe-se a chamada *eficácia dirigente*, que expressa a obrigatoriedade do Estado em dar a sua eficiente proteção e aplicabilidade determinando uma *agenda* de políticas públicas composta por tarefas, fins e programas.<sup>16</sup>

Cabe então, estudar os aspectos históricos das políticas públicas voltadas para a merenda escolar, com o escopo de conhecer sua origem, e reconhecer, que existe um contexto social, político e econômico que vai nortear a percepção da alimentação escolar no cenário nacional.

### **3. ALIMENTAÇÃO ESCOLAR: ASPECTOS HISTÓRICOS**

---

As políticas públicas voltadas para a agendada alimentação nem sempre se apresentaram nos moldes do formato atual, especialmente no que diz respeito à merenda escolar. Os primeiros programas de alimentação eram voltados para as áreas trabalhista e previdenciária, segundo elucida Gilma Lucazechi Sturion:

As políticas sociais no Brasil nasceram na década de 30, no início da industrialização do país, concomitantemente à institucionalização do sistema de proteção social com a constituição da legislação trabalhista e da previdência. Incentivado e apoiado por Josué de Castro e equipe de nutrólogos, o governo implementou as primeiras ações na área de alimentação que foram o estabelecimento da “ração tipo-essencial mínima” do trabalhador, que subsidiava o valor do salário-mínimo estabelecido e, a criação do Serviço Nacional de Alimentação e Previdência Social (SAPS).<sup>17</sup>

---

16 CASTRO, José Ricardo Parreira de. *Ativismo de contas*. Rio de Janeiro: JAM Jurídica, 2015. p. 101-102

17 STURION, Gilma Lucazechi. *Programa de alimentação escolar: avaliação do desempenho em dez municípios brasileiros* [tese]. Campinas: Universidade Estadual de

Os SAPS foi criado pelo Decreto-Lei n. 2.478, de 5 de agosto de 1940, cujos objetivos principal era garantir padrões de higiene e alimentação dos segurados dos Institutos e Caixas de Aposentadorias e Pensões vinculados ao Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio. Tratava-se de um programa voltado estritamente para área social, sem alcance na educação.

Na década de 40, sem ações do Governo Federal na área da alimentação escolar, algumas escolas arrecadavam dinheiro, criando as nominadas “caixinhas escolares”, com o escopo de comprar alimentos para os alunos. Além disso, o município do Rio de Janeiro(1938) e os Estados de São Paulo (1945), Minas Gerais, Ceará e Paraná avocaram de forma gradativa o encargo da merenda escolar.<sup>18</sup> Tais práticas passam a demonstrar que a existência de alimentação na escola garantia a permanência dos alunos.<sup>19</sup>

Na década seguinte, com o aumento dos índices de desnutrição, foi criada em 1954 a Comissão Nacional de Alimentação Escolar (CNA), com o objetivo reduzir a deficiência nutricional de estudantes carentes no Brasil, e vinculado ao setor de Saúde Pública do Ministério da Saúde, caracterizando-se como uma política de cunho assistencialista. Posteriormente, foi lançada a Campanha da Merenda Escolar(CME), regulamentada pelo Decreto n. 37.106, de 31 de março de 1955, assinado por Juscelino Kubitschek de Oliveira.<sup>20</sup>

Subsistindo de doações provenientes do excedente agrícola dos E.U.A. e financiados pelo Fundo Internacional de Socorro à Infância (*United Nations International Children Emergency Fund – UNICEF*), o programa distribuía às unidades escolares priorizadas, principalmente

---

Campinas; 2002. Disponível em: <http://repositorio.unicamp.br/handle/REPOSIP/254938>. Acesso em 20 de junho 2023.

18 SPINELLI, Maria Angélica dos Santos. *Alimentação escolar: da centralização à descentralização*. Campinas, 1997. 192 p. Tese. (Doutor em Saúde Coletiva) Faculdade de Ciências Médicas, Universidade de Campinas.

19 CHAVES, Lorena Gonçalves e BRITO, Rafaela Ribeiro de. *Políticas de Alimentação Escolar* Brasília: Centro de Educação a Distância-CEAD, Universidade de Brasília, 2006. Disponível em: [http://portal.mec.gov.br/seb/arquivos/pdf/profunc/12\\_pol\\_aliment\\_escol.pdf](http://portal.mec.gov.br/seb/arquivos/pdf/profunc/12_pol_aliment_escol.pdf). Acesso em 29/08/2023.

20 CHAVES, Lorena Gonçalves e BRITO, Rafaela Ribeiro de. *Políticas de Alimentação Escolar* Brasília: Centro de Educação a Distância-CEAD, Universidade de Brasília, 2006. Disponível em: [http://portal.mec.gov.br/seb/arquivos/pdf/profunc/12\\_pol\\_aliment\\_escol.pdf](http://portal.mec.gov.br/seb/arquivos/pdf/profunc/12_pol_aliment_escol.pdf). Acesso em 20 de junho 2023.

o leite em pó. Ao longo dos anos foram cessando as doações e, em 1959, o CNME adquire autonomia técnica e administrativa, passa a pertencer ao Ministério da Educação e Cultura – MEC, mantendo seções técnico-administrativas e Representações Regionais em todos os Estados, mas ainda contando com apoio internacional, assinando convênios com a UNICEF e a *Commodity Credit Corporation–CCC* (órgão do governo americano, responsável pela política de estoques agrícolas e preços mínimos).<sup>21</sup>

A década de 60, tem dois momentos distintos em virtude de questões políticas. A instabilidade de 1961 a 1964 impactou o PNAE, com corte dos convênios advindos do exterior. Em substituição aos organismos internacionais até então envolvidos no programa, o país passa a receber ajuda do Programa Alimentos para Paz, através da *United Agency for International Development – USAID*, que foi a única fornecedora de leite em pó para a merenda escolar. Após o golpe militar de 1964, as entregas passam a ser significativas, o que ampliou a cobertura e consolidou a campanha de alimentação escolar, sem muita onerosidade para o governo, já que nesse período a contrapartida era de apenas 20% dos custos. Com a expansão, foi constituída uma Superintendência, sob comando militar, incumbida de responder pelas negociações internacionais e demais articulações com o governo federal. A estrutura contava ainda com as Representações Estaduais, Assessorias e Setores Regionais.<sup>22</sup>

Uma nova fase inaugura a década de 70, com a aquisição de mercadorias do mercado interno, o que exigiu a reformulação estrutural do programa, com a extinção das assessorias regionais, centralizando as decisões na esfera federal, já que desde 1969, com o término do convênio USAID, o governo brasileiro assumiu os custos do programa.

---

21 COIMBRA, Marcos Antônio e outros. *Comer a aprender: uma história da alimentação escolar no Brasil*. Brasília: INAE/MEC, 1982, 685 p.

22 TORRES FILHO, Ernani Teixeira. CARVALHO, Mônica Esteves de. *Uma análise dos programas de suplementação alimentar nos anos 80: desempenho e forma de organização*. In BRASIL. Ministério da Previdência e Assistência Social–MPAS/Comissão Econômica para América Latina e Caribe–CEPAL. Avaliação do Programa de Alimentação Escolar nas políticas sociais brasileiras. Brasília, 1989. p. 359-480. Disponível em: [http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/28317/LCbrsL12\\_pt.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/28317/LCbrsL12_pt.pdf?sequence=1&isAllowed=y). Acesso em 20 de junho 2023.

Em que pese o programa determinar o uso de alimentos básicos e tradicionais, estimulando a aquisição de pequenos produtores, o CNAE, não se submetia a esta condição. Os alimentos adquiridos eram em maior parte industrializados, o que promoveu a expansão e o fortalecimento da indústria alimentícia. Mas por outro lado, estando as compras centralizadas política e financeiramente na esfera federal, favoreciam os grandes atacadistas e as indústrias. Ademais, a efetividade do programa ficava vinculada à condição de desenvolvimento do Estado, de forma que os mais ricos e desenvolvidos atendiam à demanda e contava com a participação e a organização locais; os mais pobres por sua vez, dependiam de ajuda externa e a participação local não era expressiva.<sup>23</sup>

Entre 1970 e 1972 diminuem de forma gradativa as doações do programa Alimentos para a Paz. No cenário mundial foi um período de crise: houve a ruptura do contrato social implementado com medidas propostas pelo economista britânico John Maynard Keynes (política de intervenção estatal para garantir o pleno emprego e controlar a inflação); as taxas de câmbio sofreram oscilações e houve a expansão de crédito privado em virtude da crise do petróleo dos países ligados à OPEP (Organização dos Países Exploradores de Petróleo), que decidiram aumentar o preço do petróleo; nos EUA ocorre a quebra do padrão dólar-ouro para o dólar flexível e o país em crise, precisa regular sua economia, aumentando as exportações e diminuindo as importações, provocando nos países em desenvolvimento ou semi-industrializados o rápido endividamento.<sup>24</sup>

---

23 VIANNA, Rodrigo Pinheiro de Toledo; TERESO, Mauro José Andrade. O programa de merenda escolar de Campinas: análise do alcance e limitações do abastecimento regional. *Revista de Nutrição*, Campinas, v. 13, n. 1, p. 1-11, 2000. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_nlinks&ref=000141&pid=S0101-2061200700010002900026&lng=en](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_nlinks&ref=000141&pid=S0101-2061200700010002900026&lng=en). Acesso em 20 de junho 2023.

24 COELHO, Jaime César. Economia, poder e influência externa: o Grupo Banco Mundial e as políticas de ajuste estruturais na América Latina, nas décadas de oitenta e noventa. Tese (Doutorado em Ciências Sociais). Campinas, SP. Departamento de Ciência Política do Instituto de Filosofia e Ciências Humanas-UNICAMP, 2000. p. 112/ 115. Disponível em: <http://www.funag.gov.br/ipri/btd/index.php/9-teses/707-economia-poder-e-influencia-externa-o-grupo-banco-mundial-e-as-politicas-de-ajustes-estruturais-na-america-latina-nas-decadas-de-oitenta-e-noventa>. Acesso em 20 de junho de 2023.

Diante do contexto acima elencado, o país endividou-se, mas ao mesmo tempo houve o impulso para as indústrias de alimentos que atendiam à demanda da Merenda escolar. Como as técnicas de fabricação dos produtos eram incipientes, a escola virou uma fase de pré-teste e assegurou o crescimento da clientela.<sup>25</sup>

Em 1973, criou-se a Caracterização Operacional de Merenda Escolar Brasileira (COMEB), que disciplinava normas de licitação para aquisição de gêneros alimentícios, determinava o controle microbiológico dos alimentos e definia a metodologia a ser utilizada para o *Net Protein Utilization* (NPU), considerando-se os valores nutritivos, sabores e custos, sendo este último o de maior relevância. Até 1980, aumentou o número de municípios com cobertura do programa (cerca de 89% das prefeituras). Via de consequência, cresceu o número de alunos atendidos e ampliou-se os dias letivos<sup>26</sup>.

Outro marco importante nos anos 70, foi a criação do II Programa Nacional de Alimentação e Nutrição (II PRONAN), que era vinculado ao Instituto Nacional de Alimentação e Nutrição (INAN). O programa foi regulamentado pela Lei n. 6.229, de 17 de julho de 1975, e além do INAN, foi atribuído ao Instituto de Pesquisa Aplicada–IPEA, a execução do programa, por meio do Decreto n. 77.116, de 06 de fevereiro de 1976. O programa redefiniu os objetivos do Programa Nacional de Alimentação Escolar, visando melhorar o estado nutricional e a capacidade de aprendizagem do aluno, reduzir a evasão, a repetência e a abstenção escolar e aprimorar os hábitos alimentares, além de contemplar os pequenos produtores.

Com a instituição do programa, novas políticas foram criadas para a alimentação escolar e a nutrição para o período de 1976 a 1979, centrando-se suas ações nas diretrizes do artigo 2º do decreto n. 77.116/1976, que abrangia produção, distribuição, pesquisa e ações com vistas ao combate à carência alimentar. Quanto ao financiamento, estabelecia o referido decreto, que o programa seria custeado com verbas oriundas da União, dos Estados, dos Municípios, Territórios e

---

25 COIMBRA, Marcos Antônio; MEIRA, João Francisco Pereira de; STARLING, Mônica Barros de Lima. *Comer a aprender: uma história da alimentação escolar no Brasil*. Brasília: INAE/MEC, 1982, p. 541.

26 COIMBRA, Marcos Antônio; MEIRA, João Francisco Pereira de; STARLING, Mônica Barros de Lima. *Comer a aprender: uma história da alimentação escolar no Brasil*. Brasília: INAE/MEC, 1982, 685 p.

Distrito Federal, além dos empréstimos externos. Havia ainda, previsão de verba do sistema bancário federal, com a atuação do Banco do Brasil e do Banco Nacional de Crédito Cooperativo, caracterizando-se, portanto, em recursos orçamentários e não orçamentários.

O programa foi regulamentado e estabeleceu importantes diretrizes, mas não chegou a alcançar o êxito esperado por duas razões principais: os cortes orçamentários e o não cumprimento das diretrizes de racionalização do sistema de comercialização e apoio aos pequenos produtores, uma vez que o INAN, então encarregado das maiores compras, adquiria alimentos processados industrialmente e enriquecidos, ficando sob a incumbência dos Estados (com menores recursos), a aquisição de alimentos básicos.<sup>27</sup>

Verifica-se, portanto, que durante a década de 70 houve a mudança de fornecedores de alimentos, com a diminuição da ajuda internacional e a expansão das indústrias brasileiras, mas que ainda não havia atingido as diretrizes então estabelecidas no desenvolvimento das políticas públicas. Em 1979, a Campanha Nacional de Alimentação Escolar passa a ser designada Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE).

Em 1983 foi promulgada a Lei n. 7091<sup>28</sup>, que criou a Fundação de Assistência ao Estudante, que, entre outras providências, unificou o Instituto Nacional de Alimentação ao Estudante (INAE – criado em 1981), o Departamento de Assistência ao Estudante (DAE) e a Fundação Nacional de Material Escolar (FENAME).

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o direito à educação passa a ser um alicerce para o programa de merenda escolar, responsabilizando Estado, família e sociedade na garantia de tal direito.

Posteriormente, visando aumentar o atendimento do PNAE, a FAE criou o projeto “irmãozinho”, entre 1986 e 1988 com o objetivo de atender os irmãos dos escolares de 04 a 06 anos, o que aumentou

---

27 PELIANO, Anna M. Medeiros. O problema alimentar brasileiro: situação atual, perspectivas e propostas de políticas IN: CASTRO, Cláudio de Moura; COIMBRA, Marcos. *O problema alimentar no Brasil*. São Paulo: Unicamp, Almed, 1985. p. 15.

28 Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1980-1988/L7091.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/L7091.htm). Acesso em 22 de setembro de 2023.

substancialmente a demanda.<sup>29</sup> Auditoria operacional realizada pelo Tribunal de Contas da União, apontou que entre os anos de 1978 a 1992, o programa nunca atendeu suas metas em relação ao atendimento de 15 % das necessidades nutricionais de um dia durante os 200 dias letivos, já que a destinação orçamentária não aumentou junto com número de beneficiários (de 14 milhões em 1978 para cerca de 30 milhões em 1992). Ademais, evidenciou-se o favorecimento dos grandes grupos econômicos em detrimento aos pequenos produtores; o desrespeito aos hábitos alimentares regionais; o desvio de verbas e baixa qualidade dos alimentados ofertados, não havendo aceitabilidade por parte dos alunos<sup>30</sup>.

Outras distorções em relação ao programa foram reveladas pela Pesquisa Nacional de Saúde e Nutrição(1989), pois a cobertura não alcançava o que efetivamente era divulgado pelo Governo Federal, já que das 24 milhões de crianças matriculadas em escolas públicas de primeiro grau, 19 milhões delas (78%), frequentam escolas que oferecem merenda. Além disso, as desigualdades eram evidentes, uma vez que o percentual de crianças desnutridas matriculadas na área rural e beneficiadas pelo programa era de 63,4%, enquanto que na área urbana era de 82,8%. A disparidade regional também era acentuada, pois enquanto o atendimento de crianças desnutridas da área rural nas regiões Norte e Nordeste era de 43,07%, as áreas rurais das regiões Sul e Sudeste tinham cobertura de 90,45%<sup>31</sup>.

A insuficiência de recursos e as diferenças regionais, aumentaram a pressão para que houvesse a descentralização do programa. Em 1986, a FAE promoveu a municipalização do Programa de Merenda Escolar, em um primeiro momento, em 84 municípios, sendo que até 1989 chegou em 197 prefeituras. A experiência da descentralização nesses municípios revelou o aumento da participação social, a elaboração de cardápios mais adequados conforme a regionalização, o favo-

---

29 TCU-TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Auditoria operacional nos programas de suplementação alimentar no Governo Federal. Brasília: TCU, 1993, 151 p.

30 Idem.

31 Disponível em: [http://189.28.128.100/dab/docs/portaldab/documentos/boletim\\_Sisvan/pnsn.pdf](http://189.28.128.100/dab/docs/portaldab/documentos/boletim_Sisvan/pnsn.pdf). Acesso em 22 de setembro de 2023.

recimento aos pequenos produtores, a redução do desperdício, e a otimização do processo de compra dos produtos alimentícios:<sup>32</sup>

Mas apesar dos aspectos positivos, o programa foi desativado por atingir as indústrias de alimentos processados, que foram atingidas com a municipalização, e por questões burocráticas e financeiras, como a deficiência na prestação de contas e a demora do repasse das verbas.

Com o fim do regime militar e o restabelecimento da democracia no Brasil, alteram-se as prioridades da FAE com Plano Nacional de Desenvolvimento da Nova República (1985-1990), cujas diretrizes eram a expansão dos programas de suplementação alimentar, a descentralização progressiva e o exercício do controle social. A gestão da FAE perdurou centralizada até 1993. A descentralização ocorre oficialmente com a promulgação da Lei n. 8.913, de 12 de julho de 1994, que, dentre outras determinações, estabelecia a celebração de convênios entre os municípios o Ministério da Educação, com a participação das Secretarias de Educação dos Estados e do Distrito Federal, para o repasse dos recursos.

A obrigatoriedade dos Estados e Municípios assumirem a execução do programa ocorreu efetivamente em 1999, com a edição da Medida Provisória n. 1.784. No período compreendido entre a promulgação da lei e a instituição da MP, a FAE permaneceu enviando remessas de alimentos para os estados que ainda não haviam implementado a descentralização.<sup>33</sup>

No particular aspecto da descentralização dos recursos do Programa Nacional de Alimentação Escolar, além da participação popular e consequente aprimoramento do controle, experiência empreendida em 1986 já apontava outros aspectos positivos, como a adequação regional do cardápio, o atendimento aos hábitos alimentares, o

---

32 VIANNA, Rodrigo Pinheiro de Toledo. TERESO, Mauro José Andrade. O programa de merenda escolar de Campinas: análise e limitações do abastecimento regional. Ver. Nutr., Campinas, 13 (1), jan./abr., 2000, p. 42. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rn/v13n1/7922.pdf>. Acesso em 25 de setembro de 2023.

33 PIPITONE, Maria Angélica; OMETTO Ana Maria Holland; SILVA, Marina Vieira da; STURION, Gilma Lucazechi; FURTUOSO, Maria Cristina Ortiz; Oetterer, Marlia. Atuação dos conselhos municipais de alimentação escolar na gestão do programa nacional de alimentação escolar. Rev. Nutr. vol. 16 n. 2 Campinas April/June 2003. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1415-52732003000200001&lang=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1415-52732003000200001&lang=pt). Acesso em 20 de junho 2023.

incentivo à economia local e regional e melhor operacionalização para aquisição e transporte dos alimentos.

A Lei n. 8.913/1994, promulgada no governo Itamar Franco, garantiu pela primeira vez a universalidade de atendimento, uma vez que o repasse de recursos financeiros deveria atender a todos os alunos matriculados na rede pública de ensino. Outras importantes inovações foram a instituição do Conselho de Alimentação Escolar<sup>34</sup>, a elaboração de cardápio por nutricionista e a priorização dos produtos regionais, cujos reflexos são a melhoria da fiscalização e controle dos recursos públicos, a adequação regional e nutricional do cardápio, a diminuição de custos e o desenvolvimento local e regional.

Em 1997, a Medida Provisória n. 1549-31, de 13 de maio de 1997 estabelece que as competências da FAE passam para o Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE), autarquia vinculada ao Ministério da Educação. Nesse contexto, as ações do Programa Nacional de Alimentação Escolar ficam vinculadas à Diretoria de Ação de Assistência Social (DAAE), que empreendeu continuidade ao processo de descentralização.

Em 2001, estabeleceu-se o teto mínimo para aquisição de produtos regionais, de forma que 30% dos recursos financeiros destinados ao programa devem ser utilizados em gêneros alimentícios oriundos da agricultura familiar, e os outros 70% para compras de produtos básicos.

A partir de 2003, o PNAE passa a integrar o Programa Fome Zero, criado no governo de Luiz Inácio Lula da Silva, com o escopo de garantir o direito humano à alimentação de forma adequada e satisfatória, conforme explica Maria Carmelita Yasbek<sup>35</sup>:

O documento apresenta a alimentação como direito humano básico a prioridade do combate à fome e à miséria como

---

34 ANDRADE, Adelina S. da Silva. A produção da merenda escolar no Brasil: descentralização da gestão e a alimentação da criança como função da escolar. Anais. IV Jornada Internacional de Políticas Públicas. Disponível em: [http://www.joinpp.ufma.br/jornadas/joinppIV/eixos/11\\_educacao/a-producao-da-merenda-escolar-no-brasil-o-papel-dos-conselhos-de-alimentacao-escolar-1993-2000.pdf](http://www.joinpp.ufma.br/jornadas/joinppIV/eixos/11_educacao/a-producao-da-merenda-escolar-no-brasil-o-papel-dos-conselhos-de-alimentacao-escolar-1993-2000.pdf). Acesso em 20 de junho de 2023.

35 YASBEK, Maria Carmelita. O programa fome zero no contexto das políticas sociais brasileiras. São Paulo Perspec. Vol. 18 n. 2 São Paulo APR/June 2004. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-88392004000200011](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-88392004000200011). Acesso em 20 de junho de 2023.

questão que vem mobilizando a sociedade brasileira há mais de uma década. Também destacam-se a *Ação de Cidadania Contra a Fome e a Miséria e Pela Vida* (1992/93), o amplo movimento social liderado pelo sociólogo Herbert de Souza, que se expressou na formação de milhares de comitês de solidariedade, e o Conselho de Segurança Alimentar – Consea. São realizadas, ainda, a construção do conceito de segurança alimentar, uma análise do problema da fome no país e no mundo e das políticas existentes nessa área e, para finalizar, uma síntese das propostas da II Conferência de Segurança Alimentar e Nutricional realizada em setembro de 2006, resultou a Lei Orgânica para a Segurança Alimentar e Nutricional (LOSAN), que nos termos consubstanciados na Constituição Federal de 1988, reconhece o direito à alimentação como um direito fundamental, integrante da Dignidade da Pessoa Humana, conforme estabelece seus artigos 1º e 2º, *in verbis*:

Art. 1º Esta Lei estabelece as definições, princípios, diretrizes, objetivos e composição do Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional–SISAN, por meio do qual o poder público, com a participação da sociedade civil organizada, formulará e implementará políticas, planos, programas e ações com vistas em assegurar o direito humano à alimentação adequada.

Art. 2º A alimentação adequada é direito fundamental do ser humano, inerente à dignidade da pessoa humana e indispensável à realização dos direitos consagrados na Constituição Federal, devendo o poder público adotar as políticas e ações que se façam necessárias para promover e garantir a segurança alimentar e nutricional da população.

Em 2009, por meio da emenda constitucional n. 59, o direito à alimentação escolar passa a entregar o rol dos deveres do Estado com a educação. No mesmo ano, foi sancionada a Lei n. 11.947, que, dentre outras determinações, redefiniu as diretrizes do programa nacional de alimentação escolar e ampliou o atendimento para todos os alunos da rede pública<sup>36</sup>.

É evidente, a partir da análise do percurso histórico, que as políticas públicas voltadas para a merenda escolar foram impulsionadas

---

36 Em 2013 o programa estendeu-se ao Atendimento Educacional Especializado (AEE), à Educação de Jovens e Adultos (EJA) e para as escolas de tempo integral.

por questões eminentemente sociais, já que o quadro da fome e da miséria sempre acompanhou essa história. Foram mais de 60 anos para que o Brasil chegasse a uma estrutura normativa e administrativa que reconheça o direito à alimentação escolar como um direito fundamental, que resguarda a dignidade da pessoa humana em um país de acentuadas desigualdade sociais e que garanta o exercício do controle no gasto do dinheiro público.

É necessário agora conhecer o programa nacional de merenda escolar nos moldes em que é disciplinado hodiernamente pelos diplomas legislativos vigentes, para compreensão de seus objetivos, diretrizes, financiamento e especificações quanto ao funcionamento dos Conselhos, premissas necessárias para que se passe à discussão dos meios de efetividade do programa.

#### **4. DO PROGRAMA NACIONAL DE ALIMENTAÇÃO ESCOLAR**

As políticas públicas voltadas para a alimentação escolar inserem-se no contexto do Programa Nacional de Alimentação Escolar, que é disciplinado pela Lei nº 11.947, de 16 de junho de 2009, que dispõe sobre o atendimento da alimentação escolar e do Programa Dinheiro Direto na Escola aos alunos da educação básica; altera as Leis nos 10.880, de 9 de junho de 2004, 11.273, de 6 de fevereiro de 2006, 11.507, de 20 de julho de 2007; revoga dispositivos da Medida Provisória nº 2.178-36, de 24 de agosto de 2001, e a Lei nº 8.913, de 12 de julho de 1994; e dá outras providências, materializando, em nível nacional, um valoroso instrumento de concretização do direito humano à alimentação adequada por meio da merenda escolar. São beneficiários do programa os alunos matriculados na rede estadual, municipal e distrital, abrangendo-se a critério do FNDE, as creches, pré-escolas e escolas de ensino fundamental e médio que se constituam ou sejam mantidos por entidade filantrópica, ou de caráter comunitário que sejam conveniadas com os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, incluindo-se a educação especial, nos moldes em que rege o artigo 5º da Lei do PNAE.

Conforme disposição do artigo 1º da referida lei, entende-se por alimentação escolar todo alimento oferecido no ambiente escolar, independentemente de sua origem, durante o período letivo. Por sua vez, o artigo 2º estabelece as diretrizes da alimentação escolar, voltadas para ações de segurança alimentar, sustentabilidade, universalidade e participativas.

São objetivos do programa, na forma do artigo 4º, a “*contribuição para o crescimento e o desenvolvimento biopsicossocial, a aprendizagem, o rendimento escolar e a formação de hábitos alimentares saudáveis dos alunos*”. O alcance de objetivos deve ocorrer por intermédio da educação alimentar e nutricional, e as refeições ofertadas devem suprir as necessidades nutricionais durante o período letivo.

Destarte, em seus quatro primeiros artigos a lei define alimentação escolar para os fins a serem executados pelo programa, tornando-o extensivo, de acordo com critérios do FNDE, à educação especial, às entidades filantrópicas e demais conveniadas com os Estados, Distrito Federal e Municípios.

Quanto às diretrizes, sustentabilidade, inclusão, universalidade e controle são critérios definidores da política pública em comento. No que diz respeito à sustentabilidade, além da aquisição de alimentos saudáveis na perspectiva da segurança alimentar e nutricional, o desenvolvimento regional foi contemplado estabelecendo-se a aquisição de gêneros alimentícios diversificados produzidos em âmbito local, priorizando-se em um primeiro momento, a agricultura familiar e aos empreendedores rurais, e depois as comunidades tradicionais indígenas e remanescentes de quilombos. A efetividade de diretriz de sustentabilidade em apreço fica evidenciada pelo disposto no artigo 14, *in verbis*:

Art. 14. Do total dos recursos financeiros repassados pelo FNDE, no âmbito do PNAE, no mínimo 3 0% (trinta por cento) deverão ser utilizados na aquisição de gêneros alimentícios diretamente da agricultura familiar e do empreendedor familiar rural ou de suas organizações, priorizando-se os assentamentos da reforma agrária, as comunidades tradicionais indígenas e comunidades quilombolas.

Além de estabelecer o percentual mínimo a ser despendido, a lei simplifica a aquisição, dispensando o procedimento licitatório, com a observância de que os alimentos atendam às exigências de controle de qualidade, que os preços sejam compatíveis com os praticados no mercado, e por fim, que guarde m obediência aos princípios constitucionais insculpidos no artigo 37 da CF/88.

O cumprimento do gasto mínimo (30%) pode ser dispensado na ocorrência de impossibilidade de emissão de documento fiscal correspondente, inviabilidade de fornecimento regular e constante dos gêneros alimentícios ou inadequação das condições higiênico-

sanitárias. Tratando-se de hipótese de escusa de um importante instrumento de desenvolvimento regional e sustentabilidade, e ainda, em consideração à formalidade que devem revestir os atos da administração pública, a ocorrência de qualquer uma das situações acima elencadas, deve ser formalmente justificada e comprovada em autos de processo administrativo destinado a compor a prestação de contas.

A universalidade, observada conjuntamente com a inclusão, agregam a educação alimentar e nutricional no processo de ensino e aprendizagem, garantindo o acesso igualitário pelos beneficiários (extensivo aos elencados no artigo 2º da lei comento), respeitando, para todos os fins as condições biológicas e de saúde dos alunos que necessitem de atenção específica ou que estejam em estado de vulnerabilidade, que deverão ser atendidos com cardápio especial, nos termos em que estabelece o § 2º artigo 12 da Lei do PNAE.

Em que pese a relevância social e a disciplina legal da matéria, ficou evidenciado no relatório da Controladoria Geral da União<sup>37</sup>, que além dos prejuízos causados ao erário, o programa nacional de merenda escolar não conseguiu cumprir com as diretrizes e objetivos determinados na lei.

Além disso, no particular aspecto da política pública de alimentação escolar, verificou-se que as investigações ocorridas nos últimos anos identificaram graves indícios de desvio da verba do Programa Nacional de Alimentação Escolar. Operação *Chicken*, *Alba Branca*, *Lava Jato*, *Brotherhood*, *Toque de Midas*, *Comunheiro* e *Mar de Lama*, são os nomes empregados às operações da Polícia Federal, em parceria com a Polícia Civil, Ministério Público, Controladoria Geral da União e Tribunais de Contas, que investigaram o desvio de recursos da verba de merenda escolar<sup>38</sup>.

---

37 Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/noticias/2017/02/ministerio-da-transparencia-avalia-oferta-e-qualidade-da-merenda-escolar-no-pais>. Acesso em 20 de junho de 2023.

38 Os números impressionam: a Operação *Chicken* estima que o prejuízo causado aos cofres públicos ultrapasse o valor de R\$ 1,6 milhões; as investigações da Operação *Alba Branca*, que apura irregularidades na compra de merenda escolar por prefeituras e pelo governo do estado de São Paulo, identificaram que os desvios de verbas públicas ocorreram em contratos que somam R\$ 38.901.149,03; segundo levantamento da operação *Toque de Midas*, duas empresas que vendiam gêneros alimentícios em Ponta Porã foram usadas no esquema que desviou pelo menos R\$ 1 milhão em verba da merenda escolar no município de Paranhos, em Rondonópolis, o inquérito

As ações revelam esquemas de organização criminosa, crimes de corrupção ativa e passiva, lavagem de dinheiro, fraude à licitação, peculato, dentre outros desdobramentos. As associações criminosas envolviam chefes do poder executivo, servidores públicos e empresários, que, principalmente, por meio das fraudes sem licitações, sobrepreços e falsificação de documentos públicos, desviaram milhões da verba que deveria atender à alimentação escolar nas redes públicas de ensino.

Nesse cenário de corrupção e má gestão da verba, mostra-se imperioso o estudo e as discussões acerca do papel e das formas de atuação dos órgãos de controle.

## **5. DA ATUAÇÃO DOS ÓRGÃOS DE CONTROLE**

---

Para as deficiências apresentadas, (que podem ser vislumbradas pelo levantamento da Controladoria Geral da União), o constituinte instituiu o sistema de freios e contrapesos, consubstanciados na fiscalização pelos Órgãos de Controle. A Lei do PNAE destaca o papel do controle interno, externo e social, que devem cuidar para que a oferta da merenda escolar seja realizada nos moldes estabelecidos pelas diretrizes do programa, por meio de mecanismos de combate ao desperdício e a corrupção, de incremento da transparência na gestão, e que detectam e impõem a correção dos rumos para que essa Política Pública possa concretizar benefícios satisfatórios (e não somente mínimos) às crianças.

A prestação de contas da verba destinada à merenda escolar é submetida ao parecer dos Conselhos de Alimentação Escolar, do controle interno do Poder Executivo e dos Tribunais de Contas, o que torna evidente que a atuação do controle tem caráter decisivo na garantia da efetividade do programa diante das falhas da Administração Pública.

Verifica-se que a atuação costumeira dos órgãos incumbidos no exercício do controle, de aferir documentalmente o programa após

---

que investiga a possível fraude estima desvios na ordem de R\$ 9,5 milhões; segundo investigação da polícia civil em Pernambuco, o montante desviado pode ultrapassar R\$ 13 milhões; no caso de Minas Gerais, o prejuízo potencial das fraudes aos cofres públicos, apenas em 2015 e 2016 é de R\$ 5,1 milhões. Disponível em <http://www.pf.gov.br/agencia/noticias/2018/05/pf-investiga-desvio-de-verbas-da-merenda-escolar-em-diversos-municipios>. Acesso em 19 de junho de 2023.

a sua execução, conduz, no máximo, à uma punição ao gestor responsável por eventuais irregularidades. O foco na efetividade e na eficiência requer ações preventivas ou concomitantes, pois garantir alimentação para as crianças deve ser prioridade absoluta.

Nesse contexto, a atuação pedagógica, é a primeira que se insere como meio de efetivação do direito à alimentação, o que pode ser realizado por meio de palestras, cursos, audiências públicas, ou qualquer outro elemento que mobilize a sociedade e os Poderes para as demandas existentes na merenda escolar. Além disso, a realização de auditorias concomitantes, ou seja, no curso da execução financeira dos contratos para aquisição de merenda escolar e, por fim, a integração dos órgãos de controle, seriam meios eficientes de atuação em prol da garantia do direito à alimentação.

A efetividade do PNAE depende de inovação das ações dos órgãos de controle, com recursos e manejo de instrumentos de fiscalização que garantam a regularização instantânea do programa, e não que sirva de meio de punição quando detectado que ao fim de um ano letivo não houve fornecimento de alimentação adequada aos alunos.

É fato que as instituições envolvidas no controle cumprem importante papel ao identificar as irregularidades e punir os responsáveis, como é o caso das multas e demais sanções que podem ser impostas pelos Tribunais de Contas, mas a medida é reparatória, e não estabelece a efetividade do programa.

Tal alcance depende da atuação tempestiva e eficiente dos órgãos de controle aqui abordados, de forma que a fragilidade identificada na fiscalização da verba do PNAE, leva à reflexão acerca da necessidade de revisão de atuação e composição das instituições.

O Conselho de Alimentação Escolar é o mais próximo da realidade diária e que pode constatar de imediato a ocorrência de qualquer irregularidade e comunicá-la aos demais órgãos de controle, promovendo a correção a tempo e garantindo a oferta da alimentação escolar nos moldes estabelecidos pela legislação. A sua composição é mista, mas com estreita vinculação ao Poder Executivo, o que limita a sua independência de atuação. Além do mais, é um serviço público relevante, mas não remunerado.

A importância do CAE no contexto da fiscalização, justifica que tal atividade seja remunerada, que o ingresso na função demande de maior democracia e independência, e por fim, que haja a profissionalização dos seus integrantes, de forma que lhes seja possível identificar

e analisar documentos contábeis para confrontar com a realidade nas escolas.

Os controles interno e externo precisam operar dentro do exercício financeiro com foco na eficiência e efetividade do programa, e não após a prestação de contas com mera aferição de números na liquidação financeira, pois a verba da merenda pode ser desviada diariamente, constando nas Notas Fiscais forjadas alimentos que nunca serão ofertados às crianças.

Cada instituição envolvida no sistema de controle estabelecido pelo artigo 9º da Lei do PNAE possui características que podem desenvolver papel crucial na acreditação de uma política pública de alimentação escolar eficiente, fazendo com que orçamento seja respeitado e aplicado em consonância com as diretrizes e objetivos do programa, garantindo o acesso ao direito e a promoção e a dignidade da pessoa humana.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

---

É preciso reconhecer que o Programa Nacional de Alimentação Escolar é uma das frentes do combate à fome no Brasil, e, em que pese ter sido concebido para suprir as necessidades nutricionais de um dia letivo (aproximadamente 4 horas), ele se traduz em um importante instrumento para crianças que encontram na merenda escolar a única alimentação do dia.

Desde o seu nascimento, na década de 50, a merenda escolar foi concebida como forma de redução das carências nutricionais das crianças, sempre evidenciando a situação de miséria da maior parte da população brasileira e o caráter social assumido pelos programas, situação que persiste até os dias atuais. Essa realidade é reafirmada pelos compromissos que o Brasil firmou com a Organização das Nações Unidas, inserindo no PNAE o cumprimento dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, dentre eles o de acabar com a fome, garantir a segurança alimentar e a melhoria da nutrição das crianças beneficiárias do programa.

No curso da história, os programas voltados para a alimentação escolar alternaram entre o Ministério da Saúde e o da Assistência Social, sempre com o cunho assistencialista. Até 1970 o custeio era por meio de convênios internacionais, a partir de então, o governo federal assumiu os custos do programa e centralizou as compras. Em virtude

das desigualdades regionais e as deficiências na cobertura do programa, houve a descentralização, promovendo a municipalização do programa, que foi oficializada apenas em 1993. As experiências demonstraram que na forma centralizada não havia cobertura total do programa, acentuando as desigualdades regionais, mas a universalidade no atendimento só foi garantida em 1994.

Uma grande evolução ocorreu em 2009, quando a Emenda Constitucional n. 59 integrou a alimentação escolar no rol dos deveres do Estado, e foi sancionada a Lei n. 11.947, que trouxe em seu bojo novos valores, redefinindo as diretrizes e ampliando a cobertura do programa, que faz frente ao Programa Fome Zero, garantindo a alimentação de 47 milhões de crianças por dia.

A Lei do PNAE representou um avanço nas Políticas Públicas, pois reconheceu no direito à alimentação escolar, valores ligados à dignificação da pessoa humana e à sustentabilidade, condicionando a administração pública ao cumprimento e aplicação eficiente para concretização constitucional dos valores que promovem o indivíduo.

Além disso, o caráter vinculativo da verba repassada pela União aos Estados e Municípios garante que a destinação dos recursos seja exclusivamente para alimentação escolar, não podendo o administrador público utilizar para qualquer outro fim. Portanto, o direito à alimentação escolar encontra-se amparado de forma plena pela CF/88 e pelos demais diplomas normativos, possuindo amparo legislativo para concretizar uma política pública que resguarde a dignidade da pessoa humana.

Entretanto, a forma de dar substância e realização a esse direito fundamental, passa pela análise de contextos políticos e sociais que demonstram que o programa não é efetivo e não tem cumprido com seu papel junto à sociedade. Ainda que idealizadas as Políticas Públicas como Políticas de Estado, no Brasil é perceptível que o Estado, no desempenho de cada um de seus Poderes, não consegue plenamente cumprir com essa função social.

É de fundamental importância reconhecer o direito à alimentação escolar como um legítimo direito fundamental, e havendo negação desse direito, estamos diante de uma perniciosa e cruel violação da dignidade da pessoa humana, o que deve ser enfrentado e combatido, pois só assim haverá a realização da justiça social.

É necessário, portanto, o fortalecimento do sistema de controle, para que haja uma fiscalização efetiva e ações pedagógicas para que

o orçamento do programa alcance seus objetivos e cumpram com as metas estabelecidas em lei.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

---

- ABREU, Mariza. Alimentação escolar: combate à desnutrição e ao fracasso escolar ou o direito da criança e ato pedagógico? Disponível em: <http://portal.inep.gov.br/documents/186968/485895/Merenda+escolar/14f0df48-342d-4be8-8d2a-1f7d091cab7b?version=1.3>. Acesso em 20 de junho 2023.
- ANDRADE, Adelina S. da Silva. A produção da merenda escolar no Brasil: descentralização da gestão e a alimentação da criança como função da escola. Anais. IV Jornada Internacional de Políticas Públicas. Disponível em: [http://www.joinpp.ufma.br/jornadas/joinppIV/eixos/11\\_educacao/a-producao-da-merenda-escolar-no-brasil-o-papel-dos-conselhos-de-alimentacao-escolar-1993-2000.pdf](http://www.joinpp.ufma.br/jornadas/joinppIV/eixos/11_educacao/a-producao-da-merenda-escolar-no-brasil-o-papel-dos-conselhos-de-alimentacao-escolar-1993-2000.pdf). Acesso em 20 de junho 2023.
- BRASIL. Lei nº 7.091, de 18 de abril de 1983. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1980-1988/L7091.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/L7091.htm). Acesso em 22 de setembro de 2023.
- CASTRO, José Ricardo Parreira de. *Ativismo de contas*. Rio de Janeiro: JAM Jurídica, 2015. p. 101-102.
- CASTRO, Josué de. *Geografia da fome – o dilema brasileiro: pão ou aço*. 10 ed. Rio de Janeiro: Edições Antares, 1984, p. 13 e 263-265.
- CHAVES, Lorena Gonçalves e BRITO, Rafaela Ribeiro de. Políticas de Alimentação Escolar Brasília: Centro de Educação a Distância – CEAD, Universidade de Brasília, 2006. Disponível em: [http://portal.mec.gov.br/seb/arquivos/pdf/profunc/12\\_pol\\_aliment\\_escol.pdf](http://portal.mec.gov.br/seb/arquivos/pdf/profunc/12_pol_aliment_escol.pdf). Acesso em 20 de junho de 2023.
- COELHO, Jaime César. Economia, poder e influência externa: o Grupo Banco Mundial e as políticas de ajuste estruturais na América Latina, nas décadas de oitenta e noventa. 2000. Tese (Doutorado em Ciências Sociais). Campinas, SP. Departamento de Ciência Política do Instituto de Filosofia e Ciências Humanas–UNICAMP, 2000. p. 112/115. Disponível em: <http://www.funag.gov.br/ipri/btd/index.php/9-teses/707-economia-poder-e-influencia-externa-o-grupo-banco-mundial-e-as-politicas-de-ajustes-estruturais-na-america-latina-nas-decadas-de-oitenta-e-noventa>. Acesso em 20 de junho de 2023.
- COIMBRA, Marcos Antônio; MEIRA, João Francisco Pereira de; STARLING, Mônica Barros de Lima. *Comer a aprender: uma história da alimentação escolar no Brasil*. Brasília: I NAE/MEC, 1982, p. 541-685.
- COLLARES, Cecília Azevedo Lima. *Inteligência abstraída, crianças silenciadas: as avaliações de inteligência*. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-65641997000100005](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-65641997000100005). Acesso em 29 de agosto de 2023.
- CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO (Governo Federal). Ministério da Transparência avalia oferta e qualidade da merenda escolar no país. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/noticias/2017/02/ministerio-da-transparencia-ava>

- lia-oferta-e-qualidade-da-merenda-escolar-no-pais. Acesso em 20 de junho de 2023.
- GOMES, Karina. Número de desnutridos no Brasil caiu pela metade, diz FAO. DW. Disponível em: <http://www.dw.com/pt-br/n%C3%BAmero-de-desnutridos-no-brasil-caiu-pela-metade-diz-fao/a-17925687>. Acesso em 20 de junho de 2023.
- L'ABBATE, Solange. As políticas de alimentação e nutrição no Brasil: I. período de 1940 a 1964, *Rev. Nutr. PUCCAMP*, Campinas, v. 1, n. 2, p. 87-138, jul.-dez. 1988.
- LEMONS, Jullyane de Oliveira Maia. MOREIRA, Patrícia Vasconcelos Leitão. *Políticas e programas de alimentação e nutrição: um passeio pela história*. Revista Brasileira de Ciência e da Saúde. vol. 17, n. 4, p. 377-386.
- MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Polícia Federal (Governo Federal). PF investiga desvio de verbas da merenda escolar em diversos municípios. Disponível em <http://www.pf.gov.br/agencia/noticias/2018/05/pf-investiga-desvio-de-verbas-da-merenda-escolar-em-diversos-municipios>. Acesso em 19 de junho de 2023.
- MINISTÉRIO DA SAÚDE. Instituto Nacional de Alimentação e Nutrição (Governo Federal). *Pesquisa Nacional sobre Saúde e Nutrição*. Disponível em: <http://189.28.128.100/dab/docs/portaldab/documentos/boletimSisvan/pnsn.pdf>. Acesso em 22 de setembro de 2023.
- MOYSÉS, Maria Aparecida Afonso. COLLARES, Cecília Azevedo Lima. Aprofundando a discussão das relações entre desnutrição, fracasso escola e merenda. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_nlinks&ref=000131&pid=S0103-6564199700010000500012&lng=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_nlinks&ref=000131&pid=S0103-6564199700010000500012&lng=pt). Acesso em 29 de agosto de 2023
- MOYSÉS, Maria Aparecida Afonso. Disponível em: <http://portal.tcu.gov.br/main.jsp?lumPageId=8A8182A25B4A7A25015B5E1770516ECC&previewItemId=8A8182A25B4A7A25015B5E21D1AA2BB0&lumItemId=8A8182A25B4A7A25015B5E21D1CD2BB4> Acesso em 20 de junho 2023
- PELIANO, Anna M. Medeiros. O problema alimentar brasileiro: situação atual, perspectivas e propostas de políticas *IN: CASTRO, Cláudio de Moura; COIMBRA, Marcos. O problema alimentar no Brasil*. São Paulo: Unicamp, Almed, 1985. p. 15.
- PIPITONE, Maria Angélica; OMETTO Ana Maria Holland; SILVA, Marina Vieira da; STURION, Gilma Lucazechi; FURTUOSO, Maria Cristina Ortiz; Oetterer, Marlia. Atuação dos conselhos municipais de alimentação escolar na gestão do programa nacional de alimentação escolar. *Rev. Nutr.* vol. 16 n. 2 Campinas April/June 2003. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1415-52732003000200001&lang=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1415-52732003000200001&lang=pt). Acesso em 20 de junho de 2023.
- SAWAYA, Ana Lydia. *Desnutrição: consequências em longo prazo e efeitos da recuperação nutricional*. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ea/v20n58/14.pdf>. Acesso em 20 de junho 2023
- SPINELLI, Maria Angélica dos Santos. *Alimentação escolar: da centralização à descentralização*. Campinas, 1997. 192 p. Tese.(Doutor em Saúde Coletiva)-Faculdade de Ciências Médicas, Universidade de Campinas.

- STURION, Gilma Lucazechi. *Programa de alimentação escolar: avaliação do desempenho em dez municípios brasileiros* [tese]. Campinas: Universidade Estadual de Campinas; 2002. Disponível em: <http://repositorio.unicamp.br/handle/REPOSIP/254938>. Acesso em 20 de junho 2023.
- TCU-TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Auditoria operacional nos programas de suplementação alimentar no Governo Federal. Brasília: TCU, 1993, p. 151.
- TORRES FILHO, Ernani Teixeira. CARVALHO, Mônica Esteves de. Uma análise dos programas de suplementação alimentar nos anos 80: desempenho e forma de organização. In BRASIL. Ministério da Previdência e Assistência Social-MPAS/Comissão Econômica para América Latina e Caribe - CEPAL. Avaliação do Programa de Alimentação Escolar nas políticas sociais brasileiras. Brasília, 1989, p. 359-480. Disponível em: [http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/28317/LCbrsL12\\_pt.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/28317/LCbrsL12_pt.pdf?sequence=1&isAllowed=y). Acesso em 20 de junho 2023.
- VIANNA, Rodrigo Pinheiro de Toledo. TERESO, Mauro José Andrade. O programa de merenda escolar de campinas: análise e limitações do abastecimento regional. Revista de Nutrição, Campinas, 13(1), jan./abr., 2000, p. 42. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rn/v13n1/7922.pdf>. Acesso em 25 de setembro de 2023



# V

## Direitos dos consumidores: Direitos fundamentais Uma perspectiva doméstica<sup>1</sup>

*Les droits des consommateurs:  
Droits fondamentaux  
Une perspective nationale\**

*Mário Frota<sup>2</sup>*

**SUMÁRIO:** 1. Direito do consumidor, direito do quotidiano; 2. Carta de direitos com suporte na dignidade, na autonomia ética e na sustentabilidade; 3. A outorga de poder ao consumidor; 4. A efectividade dos direitos, meios de concertação e superação das controvérsias; 5. O enquadramento normativo; 6. A controversa política fiscal no quadro dos bens de consumo; 7. Conclusões

**RESUMO:** O autor recorta os direitos do consumidor, como se enunciam nos sucessivos instrumentos internacionais, nos Textos Fundamentais, onde quer que se situem, e nas leis ordinárias, e perspectiva-os na óptica da sua efectividade em Portugal. Ao delinear a Carta de Direitos do Consumidor, fá-lo no cabouço da dignidade, na sua autonomia ética e na sustentabilidade que força é a exornem. E estabelece os pilares da outorga de direitos, dos direitos na titularidade do consumidor, no poder que deles emana, e na sua concreta efectividade.

Que, como tradicionalmente se sabe, “da lei nos livros à lei em acção pode distar um abismo”... E, com efeito, traça, como emanação do quotidiano, os comporta-

---

1 Texto resultante de uma conferência proferida pelo autor a estudantes do ensino superior do Instituto Politécnico do Cávado e do Ave (Universidade Politécnica), de Barcelos, a 10 de Janeiro de 2024, por iniciativa do Prof. Doutor Gonçalo de Melo Bandeira, que gentilmente nos endereçou convite para o efeito. Os termos da conferência, baseada no improviso, foram ulteriormente recuperados e traduzem-se no presente trabalho.

2 Professor da Universidade de Paris Est (antiga Paris XII) (1991-2006). Fundador e primeiro presidente da AIDC/IACL – Associação Internacional de Direito do Consumo. Fundador e presidente emérito da apDC – Direito do Consumo –, Portugal. Fundador e primeiro director do Centro de Estudos de Direito & Informática de Coimbra. Fundador e primeiro director do CEDC – Centro de Estudos de Direito do Consumo

mentos desviantes que se observam nos diferentes segmentos de mercado e constituem uma afronta a um tal estatuto. E funda o empowramento nos direitos (o *empowerment*) em dois pressupostos que importa, a todos os títulos, encarecer, a saber, a formação (que principia pela educação basilar para o consumo) e a informação que conferem uma autossuficiência susceptível de se traduzir em suporte para uma autodefesa permanente. Lista, depois, os instrumentos de cunho eminentemente europeu (da Grande como da Pequena Europa) que conferem adequado substrato ao precipitado de direitos que conformam a Carta. E contempla os aspectos imbricados na efectividade dos direitos e nos meios oferecidos aos consumidores para que se consume a garantia de uma justiça acessível e pronta, como o traça a Lei de Defesa do Consumidor em Portugal. Não sem aludir a aspectos marcantes da fiscalidade do consumo, dominados por assinaláveis assimetrias, notáveis traços de incongruência e de arbitrariedade. Força é que onde o nada se afirma se construa algo e se dote a comunidade jurídica pátria de uma política de consumidores, como algo de inalienável nos tempos que correm, em homenagem à dignidade, à autonomia ética e à sustentabilidade tecida de laços de circularidade rumo a uma Cidade caracterizadamente como berço de Homens, Mulheres e Crianças do seu tempo.

**RÉSUMÉ:** L'auteur examine les droits des consommateurs tels qu'ils sont énoncés dans les instruments internationaux successifs, dans les textes fondamentaux, où qu'ils se trouvent, et dans les lois ordinaires, et les analyse du point de vue de leur efficacité au Portugal. La Charte des droits du consommateurs' inscrit dans le cadre de la dignité, de l'autonomie éthique et de la durabilité qu'elle se doit d'exiger. Elle établit les piliers de l'octroi des droits, les droits détenus par le consommateur, le pouvoir qui en découle et leur efficacité concrète. Comme on les ait traditionnellement, "de la loi dans les livres à la loi en action, il peut y avoir un long chemin"... Et, de fait, il retrace, comme une émanation de la vie quotidienne, les comportements déviants qui sont observés dans les différents segments du marché et qui constituent un affront à un tel statut. Et il fonde l'empowement sur deux présupposés qu'il convient en tout état de cause de souligner, à savoir la formation (à commencer par l'éducation de base du consommateur) et l'information, qui confèrent une autosuffisance pouvant se traduire par un soutien à l'autodéfense permanente. Il énumère ensuite les instruments éminemment européens (de la Grande et de la Petite Europe) qui constituent une base adéquate pour le précipité de droits qui composent la Charte. Enfin, il examine les aspects liés à l'effectivité des droits et aux moyens offerts aux citoyens. La loi portugaise sur la défense des consommateurs garantit une justice accessible et rapide. Non sans faire allusion à des aspects frappants de la fiscalité des consommateurs, dominée par des asymétries remarquables, des traces notables d'incongruité et d'arbitraire. Il est impératif que, là où il n'y a rien, quelque chose soit construit et que la communauté juridique du Portugal soit dotée d'une politique des consommateurs, comme quelque chose d'inaliénable à notre époque, en l'honneur de la dignité, de l'autonomie éthique et de la durabilité tissées dans des liens circulaires vers une ville caractérisée comme le berceau des hommes, des femmes et des enfants de son temps.

**Palavras chave:** Agenda Europeia do Consumidor – Direitos do consumidor – direitos fundamentais – contratos de consumo – Carta de Direitos do Consumidor – Carta de Direitos Fundamentais – Constituição da República Portuguesa – Política de consumidores – Planos de Acção – Directrizes das Nações Unidas – Violação de direitos – Formação para o consumo – Educação para o consumo – Informação para o consumo – relações jurídicas de consumo – conflitos de consumo – meios alternativos de resolução de litígios – conciliação – mediação – arbitragem – fiscalidade de consumo – produtos essenciais – produtos farmacêuticos – serviços públicos essenciais – serviços de interesse económico geral – facturação – prescrição de dívidas – caducidade da diferença do preço – caducidade do direito de acção – anteprojecto de Código do Consumidor

**Motsclés:** Agenda européen de la consommation – Droits des consommateurs – droits fondamentaux – contrats de consommation – Charte des droits des consommateurs – Charte des droits fondamentaux – Constitution de la République portugaise – Politique des consommateurs – Plans d'action – Lignes directrices des Nations Unies – Violation des droits – Formation des consommateurs – Education des consommateurs – Information des consommateurs – Relations juridiques des consommateurs – Litiges de consommation – Modes alternatifs de résolution des litiges – Conciliation – Médiation – Arbitrage – Taxation des consommateurs – Produits essentiels – Produits pharmaceutiques – Services publics essentiels – Services d'intérêt économique général – Facturation – Limitation des créances – Limitation de la différence de prix – Limitation du droit d'action – Avant-projet de Code de la consommation

## 1. DIREITOS DO CONSUMIDOR, DIREITOS DO QUOTIDIANO

Assim os cognominava o jusfilósofo Jean Baudrillard por se acharem imbricados nos actos que cada um de nós cumpre desde as abluções matinais até ao momento em que recolhe ao leito para uma noite que se pretende repousada.

Em todos os actos avulta uma relação de consumo que envolve o mercado em suas distintas modelações.

A cada um dos actos corresponde uma plethora de direitos e obrigações a que se adscrive o sujeito, o cidadão, o consumidor.

Muitos dos actos padecem, porém, de linearidade. Revelam-se tortuosos, sinuosos, contrários à sua própria natureza quer se trate do acesso a produtos e serviços essenciais, como aos demais bens disponíveis nos distintos segmentos do mercado.

E, de harmonia com dados padrões, revelam-se desviantes.

Eis, de modo breve, manifestações que afrontam uma tal linearidade, uma tal dignidade, no desvirtuamento de práticas que se pretendem envoltas em quadros de licitude e de recto proceder.

No plano dos serviços essenciais, avultam, de harmonia com o que as entidades reguladoras denunciam e a experiência detecta

- Contratos falsificados
- Contratos fraudulentos
- Contratos forçados
- Contratos forjados
- Contratos “funcionalmente” ‘coligados’
- Contratos com Farta Facturação (!), em razão de aditivos ou serviços que se accionam sem o assentimento dos seus titulares
- Contratos com mascaramentos de consumos mínimos, aliás, proibidos, com denominações fantasiosas como
  - Taxas ou quotas de disponibilidade sob múltiplas variantes;
  - Taxas de volumetria;
  - Taxas de potência contratada;
  - Taxas ou termos fixos naturais;
  - Parte Fixa;
  - Parte variável;
  - Taxas de facturação;
  - Taxas de fiscalização;
  - Taxas de emissão de facturas em suporte papel, numa imaginação ‘delirante’ a que nem os reguladores mais zelosos intentam pôr cobro...;
  - Facturas cujos montantes se acham já prescritos ou as diferenças de preços atingidas pela caducidade, apresentadas a pagamento com um enorme desfasamento temporal e a pretensa cobrança de valores constituídos como meras obrigações naturais;
  - Facturação por estimativa (com os fenómenos das sobre-facturações e subfacturações com inusitados encontros de contas), de sua natureza inconstitucional porque em violação do princípio de protecção dos interesses económicos do consumidor e dos inerentes equilíbrios dos orçamentos domésticos;
  - Acções instauradas em juízo e injunções requeridas perante os respectivos balcões quando sobre tais meios pesa irrefragavelmente a caducidade do direito de acção;
  - Interrupção de fornecimento sem as cautelas impostas por lei e sem as garantias estatuídas, num atropelo sem precedentes;

- E o mais que se observa amiúde e não cabe nesta mera enunciação dos atropelos que ocorrem a cada passo.

Com realce, porém, para recusas absurdas como as que se prendem coma moeda com curso legal (notas e moedas metálicas) em determinados estabelecimentos onde só se aceitam cartões de pagamento (de crédito ou de débito).

No âmbito dos transportes de passageiros

- Transporte de Uber (Transporte Individual de Passageiros em Veículo Descaracterizado): cobrança de tarifa suplementar por ligação do ar condicionado, como ora ocorre estranhamente no Brasil;
- Transporte regular de avião sem direito a mala de porão (acréscimo de algo que constituía obrigação da companhia segundo as convenções internacionais);
- Preço suplementar para a marcação de lugar (em voos regulares que não em companhias “lowcost”);
- Garantia de prioridade (da prioridade legal) mediante o pagamento prévio de um montante suplementar (Ryanair) que independe de idade, condição de gestante, deficiência física ou de outra qualquer natureza, de assistência a crianças...

No quadro do acesso ao mercado em geral,

- O “spam”, enquanto comunicações não solicitadas nem consentidas como estratégias mercadológicas em que empresas de distinta dimensão tendem a enredar os consumidores
- Práticas desleais, na dupla vertente que comporta como elementos integradores quer a agressividade, quer laivos de enganiosidade que alteram significativamente o comportamento dos consumidores
- Contratos pré-elaborados pejados de cláusulas que desvirtuam os equilíbrios contratuais e conferem vantagens acrescidas aos predisponentes em detrimento dos consumidores
- Montantes recebidos, a título de pagamento, sem que os produtos sejam entregues ou os serviços efectuados
- Cobranças especulativas efectuadas a todos os níveis na distribuição alimentar como em outros segmentos de mercado
- Cobranças de entradas (couvert) não solicitadas em claro afrontamento da lei (e com a cobertura de uma empresa belga que se passeia no mercado nacional como se fora uma as-

sociação de consumidores, qualidade de que se reclama na publicidade fraudulenta que promove)

- Recusa de asseguramento das garantias que exornam os bens de consumo e os conteúdos e serviços digitais, não reparando, não substituindo, não abatendo no preço nem consentindo na resolução do contrato (com a devolução da coisa e a correspondente restituição do preço)
- Quebra de sustentabilidade dos produtos a que se atribui uma vida efémera e se faz da obsolescência programada a regra para que vantagens acrescidas se colham das rotatividades dos bens nos diferentes segmentos do mercado de consumo.

No que tange ao mercado de serviços financeiros

- Concessão irresponsável de crédito como se o crédito selvagem fosse a regra num mercado desregulado
- Estratégias de comunicação falaciosas em que se envolvem os consumidores sem as consequências que das leis emanam
- Ominosa discriminação na avaliação da solvabilidade
- Contratos celebrados sem observância dos estritos requisitos legais previstos em distintos instrumentos
- Juros usurários cobrados ‘sem eira nem beira’
- Concessão de crédito forçado (não solicitado nem como resultado de contrato validamente celebrado)
- E um rol de situações que afectam os consumidores, em si mesmo vítimas da iliteracia financeira que campeia e se não supre através das primícias de uma educação para o consumo e da implementação de uma informação séria, rigorosa, objectiva e adequada a fim de colmatar as clamorosas brechas neste particular subsistentes.

A Agenda Europeia do Consumidor 1021/1025, ante os significativos passos rumo à Sociedade Digital, obtempera:

Tendo em conta o ritmo acelerado do progresso tecnológico e o seu impacto na experiência dos consumidores, é necessário tomar medidas adicionais.

É necessário combater as práticas comerciais que não respeitam o direito dos consumidores a fazer uma escolha informada, que abusam dos seus preconceitos comportamentais ou distorcem os seus processos de tomada de decisão.

Tais práticas incluem a utilização de padrões «obscuros», determinadas práticas de personalização frequentemente baseadas na

definição de perfis, a publicidade oculta, as fraudes, a informação falsa ou enganosa e a manipulação das avaliações dos consumidores.

São necessárias orientações adicionais sobre a aplicabilidade de instrumentos de direito do consumidor como a Directiva Práticas Comerciais Desleais e a Directiva Direitos dos Consumidores a estas práticas.

Em última análise, os consumidores devem beneficiar de um nível comparável de protecção e justiça em linha ou fora dela.

A fim de assegurar que os consumidores beneficiem plenamente do potencial significativo da transformação digital, os seus interesses devem ser tidos em conta na concepção ou na adaptação das regras que regem a economia digital.

O objectivo é duplo: criar um espaço digital mais seguro para os consumidores, onde os seus direitos sejam protegidos, e garantir condições de concorrência equitativas que permitam inovar e prestar serviços novos e de melhor qualidade a todos os europeus.

Em primeiro lugar, a proposta da Comissão de um novo acto relativo aos serviços digitais (Regulamento, entretanto, promulgado em 19 de Outubro de 2022 (Regulamento 2022/2065) [tem] por objectivo definir novas responsabilidades e reforçar a responsabilização dos intermediários e plataformas em linha.

O novo Acto assegurará a protecção efectiva dos consumidores contra os produtos, conteúdos e actividades ilegais nas plataformas em linha, tal como já sucede fora de linha.

Em segundo lugar, para resolver os problemas decorrentes das deficiências dos mercados digitais, tais como o poder de guardião de acesso detido por determinadas plataformas digitais, a Comissão [apresentou] também um Acto relativo aos mercados digitais [Regulamento, entretanto aprovado a 14 de Setembro de 2022: 2022/1925].

Tal Acto combinaria a regulamentação *ex ante* das plataformas digitais que actuam como guardiães de acesso com um quadro dinâmico de investigação do mercado para examinar as deficiências dos mercados digitais.

Os consumidores serão os beneficiários finais de mercados digitais mais justos e contestáveis, incluindo preços mais baixos, serviços novos e melhores e uma maior escolha.

Embora a inteligência artificial (IA) possa trazer benefícios, algumas utilizações da IA podem violar os direitos dos consumidores e causar-lhes danos.

Na sequência do seu Livro Branco sobre a IA e do Relatório de acompanhamento sobre a responsabilidade e a segurança das novas tecnologias, a Comissão Europeia está a trabalhar:

1 - numa proposta destinada a garantir um elevado nível de protecção dos interesses dos consumidores e dos direitos fundamentais, e a criar, por seu turno, a confiança necessária para a aceitação da IA pela sociedade;

2 - no que respeita à responsabilidade civil, em medidas que visam garantir que as vítimas de danos causados pelas aplicações da IA têm, na prática, o mesmo nível de protecção que as vítimas de danos causados por outros produtos ou serviços.

O avanço das novas tecnologias e a globalização da produção e do comércio retalhista, nomeadamente através de canais em linha, levantam a questão de saber se as actuais regras de segurança dos produtos são suficientes para lidar com a evolução actual e proteger adequadamente os consumidores.

## **2. A CARTA DE DIREITOS DO CONSUMIDOR**

---

O Estatuto do Consumidor disperso se acha por miríades de diplomas.

Após uma tentativa abortada da promulgação de um Código de Direitos do Consumidor elaborada na sequência de reivindicações nossas de há anos, o ordenamento continuou a dotar-se de diplomas avulsos, profusos, prolíferos e prolixos.

O anteprojecto do Código foi objecto de um veto de gaveta (ministerial) em razão da sua imprestabilidade como diploma com “cabeça, tronco e membros”.

Mas tal oportunidade, perdida, aliás, por inépcia dos seus “fazedores”, imprevistos tecnicamente para uma tarefa de um tal jaez (que durou uma eternidade, a saber, 10 mais quatro anos) condicionou o devir: Portugal faria jus a um Código, que jamais se instaurará pelos ruinosos trabalhos de pretérito ensaiados com péssimos resultados.

A desvantagem da ausência de um Código reflecte-se no quotidiano e no permanente descumprimento de regras as mais elementares.

À Carta presidem princípios e regras sob distintas coordenadas:

A dignidade do consumidor como pessoa humana, a sua autonomia ética e a sustentabilidade que é, afinal, o suporte de vida para a sua longevidade através dos equilíbrios ambientais e da circularidade dos produtos e serviços.

Como o revelámos:

“De acordo com os estudos do Gabinete Europeu do Ambiente [*European Environmental Bureau*], o tempo de vida útil de um smartphone, por forma a equacionar um relativo equilíbrio com os ciclos naturais e humanos de reposição de recursos, deveria situar-se entre os 25 e os 232 anos.

A realidade é, porém, outra: a “vida útil” de um smartphone é, actualmente, de 3 anos...

A aprovação de regras que estendam a longevidade de alguns dos dispositivos, de alguns dos bens, em 5 anos, representaria, no Espaço Económico Europeu,

- a diminuição de 12 milhões de toneladas anuais de equivalente-CO<sub>2</sub>, o que significaria retirar de circulação 15 milhões de veículos movidos a combustíveis fósseis...

Um novo “direito à reparação” se desenha, no quadro actual, de molde a dar mais vida aos produtos.

- Para fazer renascer mesteres que, entretanto, se extinguiram porque é mais fácil substituir que reparar?

- Reparar... por forma a que seja mais acessível manter o produto que substituir, descartando-o?

- Ou será mais oneroso reparar pelo valor da mão de obra que ora se fixa no mercado, assegurando equilíbrios em que se obste à obsolescência precoce, mormente à programada, que enxameia o mercado?

Claro que tal dependerá obviamente da categoria dos produtos e da sua peculiar concepção...

Trata-se, na realidade, de uma autêntica revolução a que ora tende a esboçar-se. E que haverá que concretizar-se de modo consistente.”

### **3. A OUTORGA DE PODER AO CONSUMIDOR**

---

Não há mercado sem consumidores, sempre se proclamou.

Os consumidores são, na força que representam, o esteio do mercado e o alfa e o ómega dos distintos segmentos por que tal estrutura se desdobra.

No entanto, apesar de uma tal evidência no quotidiano, ao proclamar-se a liberdade, a autonomia e a autodeterminação do consumidor, o mercado submete-o e o consumidor está, pode significar-se, como que “a ferros por toda a parte” ...

Daí que por meio da formação (e, primacialmente, pela educação) e pela informação se haja de autodeterminar o consumidor, conferindo-lhe o poder que efectivamente detém, mas não exerce, tanto no plano individual, como no colectivo, com as corruptelas a que se assiste quotidianamente.

A educação para o consumo está consignada como direito fundamental, no quadro constitucional dos direitos económicos, sociais e culturais e sua tradução na correspondente lei ordinária (LDC: art.º 6.º):

Ao Estado incumbe a promoção de uma política educativa para os consumidores... através, designadamente, de meios tecnológicos próprios da sociedade de informação.

Ao Estado, Regiões Autónomas e autarquias locais cumprem desenvolver acções e adoptar medidas tendentes à

- Consecução de uma política nacional de formação de formadores e de especialistas na área do consumo;
- Concretização, no sistema educativo, em particular nos ensinamentos básico e secundário, de programas (horizontais e coordenados) e de actividades de educação para o consumo;
- Promoção de acções de educação permanente de formação e sensibilização tendo como universo-alvo os consumidores em geral;
- Apoio às iniciativas que neste domínio sejam empreendidas pelas associações de consumidores (autênticas, autónomas e genuínas, cujo estatuto se impõe promulgar para evitar se confundam com os Vendilhões do Templo que abastardam a Casa do Senhor).
- Os programas de carácter educativo difundidos no serviço público de rádio e de televisão integrarão espaços destinados à educação e à formação do consumidor.

Mas a outorga de poder do consumidor decorre, de análogo passo, do acesso à Informação.

“Só há um bem: o conhecimento; só há um mal: a ignorância”.

A informação constitui também direito fundamental inscrito de modo pétreo na Constituição da República, em seu artigo 60 e com tradução na lei ordinária (LDC: artigo 7.º):

Incumbe ao Estado, às Regiões Autónomas e às autarquias locais desenvolver acções e adoptar medidas tendentes à informação em geral do consumidor, designadamente através de:

- Criação de serviços municipais de informação ao consumidor;
- Constituição de conselhos municipais de consumo, com a representação, designadamente, de associações de interesses económicos e das dos consumidores, destarte representados;
- Criação de espaços no Serviço Público de Rádio e de Televisão para a promoção dos interesses e direitos do consumidor:
- Criação de bases de dados e arquivos digitais acessíveis, de âmbito nacional, no domínio do direito do consumo, destinada a difundir informação geral e específica;
- Criação de bases de dados e arquivos digitais acessíveis em matéria de direitos do consumidor, de acesso, pois, incondicionado, abertos aos consumidores em geral.
- Apoio às acções de informação que as associações de consumidores intentem difundir.

A concretização de um tal objectivo através dos meios enunciados conferiria, enfim, um estatuto adequado ao consumidor, que desarte “empoderado” poderia exercer no mercado funções criteriosas e responsáveis, tanto mais que a qualidade, eficácia e segurança de produtos e serviços se refinam em razão das exigências, das fundadas exigências dos consumidores.

É o consumidor a alavanca que catapulta o mercado para níveis e padrões de qualidade que falecem ante o seu esmorecimento e a sua defecção por ausência manifesta de formação e de informação.

#### **4. A EFECTIVIDADE DOS DIREITOS, MEIOS DE CONCERTAÇÃO E SUPERAÇÃO DAS CONTROVÉRSIAS**

---

É irrelevante que nos textos se consignem direitos se não puderem ser exercidos ou os meios para o efeito soçobrem ou se não aparelharem convenientemente.

E, no limite, os direitos digladiam-se em estruturas adequadas à sua apreciação e julgamento, se for, entretanto o caso.

A LDC, no seu artigo 14, provê a que se criem estruturas que concretizem o direito a uma justiça acessível e pronta, para que aponte também o Texto Fundamental:

- Incumbe aos órgãos e departamentos da Administração Pública promover a criação e apoiar centros de arbitragem com o objectivo de dirimir os conflitos de consumo.
- Os conflitos de consumo de reduzido valor económico estão sujeitos a arbitragem necessária ou mediação quando, por opção expressa dos consumidores, sejam submetidos à apreciação de tribunal arbitral adstrito aos centros de arbitragem de conflitos de consumo legalmente autorizados.
- Consideram-se conflitos de consumo de reduzido valor económico aqueles cujo valor não exceda a alçada dos tribunais de 1.ª instância (ora estabelecida em € 5.000)

Relevante é que mediante procedimentos aclaratórios da Carta de Direitos e a compreensão dos que no mercado operam se dissipem os conflitos, se harmonizem os meios, se concertem os interesses.

É vulgar dizer-se que “a informação previne a lesão”. Que consumidor informado é consumidor advertido que evita as contendas, que supera as controvérsias.

A Rede de Meios Alternativos de Litígios de Consumo (na versão aparentemente minimalista de Rede de Arbitragem) tem a cobertura da Lei 144/2015, de 08 de Setembro, na esteira da Directiva 2013/11/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de Maio de 2013, que regra a resolução alternativa de litígios de consumo (artigo 4.º).

1 - A rede de arbitragem de consumo tem por objectivo assegurar a coordenação, a utilização de sistemas comuns e a harmonização dos procedimentos seguidos nas actividades de informação, mediação, conciliação e arbitragem de litígios de consumo, pelos centros de arbitragem de conflitos de consumo que agrega.

2 - Compete ainda à rede de arbitragem de consumo promover o funcionamento integrado dos centros de arbitragem de conflitos de consumo e a recolha de toda a informação estatística relevante relativa ao seu funcionamento prestada pelos centros, sem prejuízo destes terem de prestar à Direcção-Geral da Política de Justiça a informação estatística que esta

entidade requeira no âmbito das competências que a lei lhe confere.

3 - As entidades agregadas na rede de arbitragem de consumo devem utilizar o sistema de informação comum e adoptar procedimentos harmonizados nas actividades de informação, mediação, conciliação e arbitragem de litígios de consumo mencionadas no n.º 1, incluindo o regulamento harmonizado elaborado pela Direcção-Geral do Consumidor e pela Direcção-Geral da Política de Justiça.

No entanto, a rede é manifestamente insuficiente (só 8 dos 18 distritos estarão dotados de centros) a despeito da existência de um Centro Nacional, sediado em Braga, que detém supletivamente competência territorial, a saber, para as circunscrições administrativas que não possuem qualquer estrutura orgânica do estilo.

A superação dos conflitos, a consecução de um clima de paz social salutar é indispensável para que a harmonia das relações em sociedade e os reequilíbrios em comunidade sejam o “pão-nosso de cada dia”.

Para tanto, a indispensabilidade de uma aposta decisiva que tarda (a primitiva lei de defesa do consumidor completa no ano que transcorre 43 anos...) nos domínios da formação (educação) e informação, pilares fundamentais de qualquer política de consumidores que, entre nós, voga ao sabor do improvisado e do descaso, do abandono, como de nossa banda se tem vindo clamorosamente a reverberar.

## **5. O ENQUADRAMENTO NORMATIVO**

Após o vigoroso apelo de John F. Kennedy na oração sobre o Estado da Nação ao Congresso Norte-Americano, a 15 de Março de 1962 [os consumidores são o esteio do mercado, não há mercado sem consumidores, verdades apolíticas em regra escamoteadas, sem que se reconheçam a esta mole imensa elementares direitos], o mundo ter-se-á debruçado titubeantemente sobre tal realidade.

A Europa (a Grande Europa, como alguém lhe chamou), em derredor do Conselho da Europa (que na SIC se confunde com Conselho Europeu, a propósito do Relatório sobre o estado da Corrupção na Europa...) só em 17 de Maio de 1973, por resolução 543 da sua Assembleia Consultiva, se propôs dar à estampa uma Carta de Protecção que se imporia aos seus Estados-membros.

Eis os princípios e direitos em tal Carta consignados:

- Direito à Protecção e Assistência
- Protecção contra Danos Físicos Causados por Produtos Perigosos
- Protecção contra Danos nos Interesses Económicos do Consumidor
- Direito de Indemnização por Prejuízos
- Direito do Consumidor à Informação
- Direito do Consumidor à Educação
- Direito de Representação e Consulta

E, na sequência, se erigiram outros instrumentos, mormente no seio da então Comunidade Económica Europeia, que de modo resumido se plasma no passo subsequente:

**A. TRATADO DE ROMA**

(anterior artigo 129 - A)

Art.º 153

(Tratado de Nice)

1. A fim de promover os interesses dos consumidores e assegurar um elevado nível de defesa dos consumidores, a Comunidade contribuirá para a protecção da saúde, da segurança e dos interesses económicos dos consumidores, bem como para a protecção do seu direito à informação, à educação e à organização para a defesa dos seus direitos.

2. ...”

**B. PROGRAMAS DE ACÇÃO NO SEIO DA COMUNIDADE / UNIÃO**

**PROGRAMA PRELIMINAR DE ACÇÃO (14 de Abril de 1975)**

- Objectivos a que confere relevância (Coesão Social e Política)
- Protecção Eficaz contra Riscos Susceptíveis de Afectarem a Saúde e a Segurança dos Consumidores
- Protecção Eficaz contra Riscos Susceptíveis de Atingirem os interesses Económicos dos Consumidores
- Prestação de Conselhos, Assistência e Reparação dos Prejuízos
- A Informação e a Educação dos Consumidores
- A Consulta e a Representação dos Consumidores, na preparação das decisões que lhes dizem respeito

**C. PROGRAMAS SUBSEQUENTES**

- Segundo Programa (19 de Maio de 1981)

- Novo Impulso (23 de Julho de 1985)
- O Acto Único Europeu (Plano Trienal de Acção 1990/92)
- O Plano Trienal 1993/95
- O Plano Trienal 1996/98
- Programas Subsequentes:
- Segundo Programa (19 de maio de 1981)
- Novo Impulso (23 de Julho de 1985)
- O Acto Único Europeu (Plano Trienal de Acção de 1990/92)
- O Plano Trienal 1993/95
- O Plano Trienal 1996/98
- O Tratado de Amsterdão (Plano Trienal de Acção 1999/2001)
- O Tratado de Nice e o Plano Quinquenal de Acção 2002/06
- O Plano Septenal de Acção 2007/2013
- O Plano Septenal de Acção 2014/2020
- O Plano Quinquenal de Acção 2021/2025, ora em curso.

“A política dos consumidores incorpora o objectivo estratégico da União por forma a melhorar a qualidade de vida dos seus cidadãos.

Adicionalmente à acção directa tendente a proteger os direitos dos cidadãos, a União Europeia garante que os interesses dos consumidores se integrem na legislação da UE em todos os domínios relevantes da acção política.

O Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, prevê que “a União dispõe de competência partilhada nas questões de Defesa dos Consumidores” (artigo 4.º) e que as exigências em matéria de defesa dos consumidores serão tomadas em conta na definição e execução das demais políticas e acções da União (artigo 12.º) constituindo no seu artigo 114.º a base jurídica para medidas de harmonização.”

No Título XV, Artigo 169.º alarga o âmbito de aplicação para além do Mercado Único dispondo que “a fim de promover os interesses dos consumidores e assegurar um elevado nível de defesa destes, a União contribuirá para a protecção da saúde, da segurança e dos interesses económicos dos consumidores, bem como para a promoção do seu direito à informação, à educação e à organização para a defesa dos seus interesses”.

A política de defesa dos consumidores da União prossegue assim os seguintes objectivos:

Garantir o cumprimento das normas essenciais em matéria de saúde e de segurança, de modo a promover a confiança dos compradores relativamente às aquisições transfronteiras e à segurança dos produtos;

Garantir a sua protecção contra práticas ilegais e abusivas;

Criar condições para que os cidadãos possam dispor de informação e de compreensão sobre as políticas que os afectam;

Criar um ambiente comum e coerente em toda a UE, com vista à aplicação efectiva das regras de protecção dos consumidores;

Garantir que os interesses dos consumidores se integrem em toda uma gama de políticas relevantes da União, do ambiente e dos transportes aos serviços financeiros e à agricultura.

Vemos, pois, que a União define também como objectivo estratégico a Política de Consumidores traduzida na sua vertente mais directa na promoção interesses e na tutela dos seus direitos.”

#### **D. CARTA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA**

Artigo 35 - Protecção da saúde

Artigo 36 - Acesso a serviços de interesse económico geral

Artigo 37 - Protecção do ambiente

#### **Artigo 38**

##### **Defesa dos consumidores**

“As políticas da União devem assegurar um elevado nível de defesa dos consumidores.”

#### **E. A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA**

Da utopia da não contraposição dos interesses numa sociedade em transição para o socialismo à realidade contrastante entre os diferentes intérpretes no mercado: dos produtores, distribuidores, retalhistas e consumidores

À consagração dos direitos dos consumidores como direitos fundamentais fora de catálogo

E à sua inserção no catálogo dos direitos económicos, sociais e culturais: o artigo 60 da Constituição da República.

#### **TÍTULO IV**

#### **DIREITOS ECONÓMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS**

Artigo 60

Direitos dos consumidores

- “1. Os consumidores têm direito à qualidade dos bens e serviços consumidos, à formação e à informação, à proteção da saúde, da segurança e dos seus interesses económicos, bem como à reparação de danos.

- 2. A publicidade é disciplinada por lei, sendo proibidas todas as formas de publicidade oculta, indirecta ou dolosa.

- 3. As associações de consumidores e as cooperativas de consumo têm direito, nos termos da lei, ao apoio do Estado e a ser ouvidas sobre as questões que digam respeito à defesa dos consumidores, sendo-lhes reconhecida legitimidade processual para defesa dos seus associados ou de interesses colectivos ou difusos.”

**F). A LEI DE DEFESA DO CONSUMIDOR – Lei 29/81, de 22 de Agosto**

**G). A LEI-QUADRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – Lei 24/96, de 31 de Julho**

**H). A LEI DE PROTECÇÃO DO CONSUMIDOR NO ÂMBITO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS ESSENCIAIS – Lei 23/96, de 26 de Julho**

**I). AS DIRECTRIZES DAS NAÇÕES UNIDAS EM TORNO DAS POLÍTICAS DE CONSUMIDORES NOS ESTADOS-NAÇÃO**

Uma brevíssima alusão às Directrizes das Nações Unidas que, em rigor, tarde despertaram formalmente para o fenómeno.

Só a 09 de Abril de 1985, pela Resolução 39/248, a sua Assembleia Geral editou umas directrizes, conquanto o tema se houvesse suscitado no decurso de uma reunião do Conselho Económico e Social, em Genebra, em Julho de 1977, pela vez primeira.

Em 1990 pretendeu-se fazer uma reflexão em torno da sua implementação nos Estados-Nação, sendo que em 1995 se esboçou a ideia de fazer intervir o tema ambiental no conspecto das directrizes.

E, a despeito do interesse revelado, só em 22 de Dezembro de 2015, no âmbito da UNCTAD – *United Nations Conference on Trade and Development* –, e já não no seio do Conselho Económico e Social, veio a lume a Resolução 70/186 que aditou regras tendentes à consideração da sustentabilidade no corpo das Directrizes originais, com o devido realce ante o enlaçamento temático e de escopo nele imbricado.

## 6. A CONTROVERSA FISCALIDADE DOS BENS DE CONSUMO

Oferecer-se-á uma mancha de exemplos que reflectem a desarmonia do sistema e a indisciplina metodológica que grassa neste particular.

### 6.1. Cabaz de alimentos essenciais: o pretérito regime de isenção

O cesto da fruta apresentava patente de desequilíbrio, omitindo espécies autóctones, destarte agravadas com o imposto de valor acrescentado.

Comportava a banana, a laranja, a maçã, a pera e o melão.

Ignorou o pêssego, o damasco, a ameixa, os figos, as tangerinas, as clementinas, a melancia...

No que toca às leguminosas, na isenção se inseria tão só o feijão-vermelho, o feijão-frade, o grão-de-bico e as ervilhas.

Mas, com patente de discriminação, que atingira, sobretudo o Norte onde um dos pratos tradicionais – as tripas à moda do Porto – têm privilegiado assento à mesa de cada um e de todos, o feijão branco não beneficiava da isenção e bem assim o feijão manteiga ou o feijão preto (que se cultivava já em larga escala, entre nós, para servir, sobretudo os imigrantes brasileiros que se acolheram aos nossos sóis) ou o feijão-manteiga que é o preferido na feijoada à portuguesa em determinadas paragens.

Nem sequer a fava foi chamada à mesa das isenções.

Nos produtos hortícolas, o alho terá escapado, salvo melhor observação, as malaguetas, os quiabos e legumes outros empregues na culinária africana, agravando-se, por conseguinte os preços de produtos caros a comunidades de acolhimento que preservam os seus hábitos gastronómicos tradicionais e constituem considerável expressão das hostes de imigrantes residentes em território nacional.

No que tange às carnes, como na oportunidade se observou, há situações estranhíssimas: as carnes de bovino e porcino estavam isentadas de imposto sobre valor acrescentado, já os picados de carne com temperos, por exemplo, os preparados, eram logo ‘bafejados’ com o IVA a 23%...

E as disfunções não se esgotariam decerto nos exemplos que antecederem...

## 6.2. Serviços de interesse económico geral (serviços públicos essenciais)

Não se retornou por inteiro ao imposto sobre valor acrescentado que pesava, na base da escala, sobre o fornecimento da energia eléctrica, em período anterior ao do governo do triunvirato (vulgo, troika), a despeito de umas manhosas manobras do Governo que acendeu ao poder em 2016, e os consumidores pagam na sua factura mensal um IVA agravado, ao nível dos produtos de luxo...

Nas comunicações electrónicas – e o acesso à Internet é considerado, a justo título, direito humano por instrumentos internacionais – o IVA ascende aos 23%.

E nem sequer as tarifas sociais de acesso à Internet, de si gravosas, têm IVA reduzido. O que constitui manifesta contradição nos termos. Já os benefícios fiscais, noutros domínios, que não dos recobertos pelos círculos de consumidores, abundam...

A proporcionalidade dos impostos e taxas também é algo de relevante em que importa atentar.

Como alude um renomado especialista do sector das energias:

“A gestão do Sistema Eléctrico ao sabor dos “interesses instalados” é paga depois pelos consumidores. Como se viu agora quando a ERSE teve, em desespero..., de aumentar de novo a *Dívida Tarifária do Sector Eléctrico* para 2.000 milhões de euros em 2024!

Dívida essa que, com juros e comissões bancárias!..., terá depois de ser paga pelos próprios consumidores!

É a continuação duma tragédia económica principiada “auspiciosamente” pela dupla Sócrates/ Pinho em 2006!”

E, com efeito, é o que sucede sempre: a factura das tropelias dos que mal nos governam e bem se governam, como o diz o vulgo, é sempre endossada para pagamento a contribuintes e consumidores.

Segundo a recente edição do Jornal de Negócios, as taxas de potência subirão, no início do ano, 396% (quase 400%, ou seja, 4 vezes mais, em desproporção manifesta incurta no princípio da proporcionalidade constitucionalmente consagrada.

Em Janeiro, o valor pago pelas famílias no acesso às redes (de energia eléctrica) vai quadruplicar e custar mais 96 € /MWh: tanto no mercado regulado, como no livre, as facturas da energia eléctrica dispararão, apesar de os comercializadores haverem prometido baixar o preço da energia...

### 6.3 Fármacos e produtos farmacêuticos

---

Há medicamentos correntes, ao que denunciam atentos consumidores, vítimas de discriminações tais, com IVA a 23%.

Trata-se, é bem de ver, de uma inadequação entre produtos essenciais, do foro da saúde, com impostos mais que gravosos, numa irracionalidade de realçar.

Eis umas breves notas acerca da irrazoabilidade reinante em domínios essenciais de consumo, a reclamar instantemente a necessária ponderação e adequadas medidas, onde possível for.

Mal se percebe tamanha incoerência... mas é paradigmático dos desarranjos institucionais a que se assiste.

## 7. CONCLUSÕES

---

- a) As práticas negociais prenhes de ilegalidades face aos quadros normativos vigentes são, entre nós, inenarráveis.
- b) A outorga de poder aos consumidores para uma efectiva autodefesa do seu estatuto está naturalmente comprometida pela ausência manifesta de formação (com prévia educação de base para a sociedade de consumo) como de informação carregada por estruturas ou inexistentes ou escassas e insuficientemente dotadas.
- c) A concertação de interesses fundada num efectivo domínio de saber estará eventualmente prejudicada, “escancarando-se” a porta à cultura da litigiosidade se tais vias se não encetarem a breve trecho.
- d) A disponibilidade de meios extrajudiciais, alternativos, tendentes a uma resolução dos conflitos de forma célere, eficiente, segura e não onerosa é ainda escassa na quadrícula do território, a revelar um enorme descaso dos ministros da Justiça e da Economia (este, o da pretensa política de consumidores, que se vem revelando omisso no que tange à problemática da promoção dos interesses e da protecção dos direitos dos consumidores): só 8 dos 18 distritos dispõem de estruturas, esmagadas em efectivos, simples, inadequadas e desproporcionadas ante as necessidades experimentadas.
- e) Proclame-se a instante necessidade de se promover a elaboração de um Código de Direitos do Consumidor, condensado, simples, acessível, “descodificado” no hermetismo dos conceitos que as leis avulsas encerram contra miríades de diplomas legais prolíferos, profusos e prolixos que enxameiam o ordenamento.

- f)** Na sua base, nas de um Código de Direitos do Consumidor, todos os dispositivos que povoam o ordenamento, de valor reforçado, que terão de ser objecto de um exigente e criterioso trabalho de elaboração que não pode ser cometido a “curiosos”, como sucedeu com o famigerado anteprojecto Pinto Monteiro, de má-memória.
- g)** Um apelo a que a fiscalidade no domínio dos produtos e serviços de consumo, mormente os essenciais, de modo coerente, se concerte para que a lesão dos interesses e direitos dos consumidores cesse de banda dos poderes cogentes que se não regem nem por princípios nem por regras de qualquer natureza e curial seria o fossem.



## VI

# O desrespeito do STF aos limites impostos à justiça constitucional como causa de esvaziamento da competência da justiça do trabalho no Brasil

*The STF's disrespect for the limits imposed on constitutional justice as a cause of emptying the competence of the labour court in Brazil*

*Renato Gugliano Herani<sup>1</sup>  
Adriano Romero da Silva<sup>2</sup>*

**SUMÁRIO:** Introdução. 2 Os parâmetros fixados na ADI 492/DF e ADI 3.395/DF para delimitar a competência da justiça do trabalho brasileira e o enfraquecimento do estado de direito e do constitucionalismo. 3 Os paradigmas assentados na ADC 48/DF, no RE 606.003/RS e no RE 960.429/RN em relação ao transporte autônomo de carga, à representação comercial e à fase pré-contratual e seus impactos jurídicos na competência material da justiça do trabalho. 4 O desrespeito aos limites constitucionais operado pelo STF e a invasão do âmbito político. Considerações finais. Referências.

**RESUMO:** Muito embora a Justiça do Trabalho brasileira sempre tenha sido mais rápida, eficiente e menos onerosa que a Justiça Estadual e a Federal, o STF, só em 2020, declarou a incompetência material da Justiça do Trabalho por 3 vezes. Diferentemente do ocorrido em relação ao julgamento da ADI 492/DF e da ADI 3.395/DF, em que a Suprema Corte não proibiu que a Justiça do Trabalho processasse e julgasse o reconhecimento do vínculo de emprego fundado na alegação de fraude, a apreciação pelo STF da ADC 48/DF, do RE 606.003/RS e do RE

---

1 Professor Titular da Faculdade de Direito da FADISP, Professor de Direito Constitucional dos Programas de Doutorado e Mestrado em Direito da FADISP. Bolsista da FUNADESP. E-mail: <renato@advgh.com.br>.

2 Doutorando e Mestre em “Função Social do Direito” pela FADISP. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Cândido Mendes. Juiz do Trabalho, Titular da Vara do Trabalho de Juína/MT.

960.429/RN resultou na fixação de teses jurídicas que, respectivamente, não reconheceram a fase pré-contratual como integrante da relação de trabalho e declararam a ausência de vínculo empregatício, sem qualquer direito de prova. O presente artigo tem por objetivo analisar se tais pronunciamentos judiciais sistemáticos contra do Direito do Trabalho estariam contribuindo para o fortalecimento do Estado de Direito e do próprio Constitucionalismo ou fragilizando as instituições do próprio Poder Judiciário, sobretudo, se teriam observado os limites da justiça constitucional sem invasão do âmbito político. Empregando-se a metodologia qualitativa descritiva para fins de compreender o fenômeno em estudo, valendo-se da técnica de pesquisa bibliográfica, foi constatado que o STF fez parecer técnica a decisão política por meio de sentenças manipulativas que desrespeitaram os limites impostos à justiça constitucional e invadiram a seara política.

**PALAVRAS-CHAVES:** ADI 492/DF. ADI 3.395/DF. ADC 48/DF. RE 606.003/RS. RE 960.429/RN. Direito constitucional do trabalho. Limites constitucionais da interpretação constitucional. Invasão política. Lesão à separação de poderes. Sentença manipulativa.

**ABSTRACT:** Even though the Brazilian Labor Courts have always been faster, more efficient and less costly than the State and Federal Courts, the STF, only in 2020, declared the material incompetence of the Labor Courts three times. Unlike what happened in relation to the judgment of ADI 492/DF and ADI 3.395/DF, in which the Supreme Court did not prohibit the Labor Court from prosecuting and judging the recognition of the employment relationship based on the allegation of fraud, the assessment by the STF of ADC 48/DF, RE 606.003/RS and RE 960.429/RN resulted in the establishment of legal theses that, respectively, did not recognize the pre-contractual phase as part of the employment relationship and declared the absence of an employment relationship, without any right of proof. This article aims to analyze whether such systematic judicial pronouncements against the Labor Law would be contributing to the strengthening of the Rule of Law and Constitutionalism itself or weakening the institutions of the Judiciary, above all, if they would have observed the limits of constitutional justice without invasion of the political sphere. Using the descriptive qualitative methodology in order to understand the phenomenon under study, using the bibliographic research technique, it was found that the STF made the political decision seem technical through manipulative sentences that disrespected the limits imposed on constitutional justice and invaded the political arena.

**KEYWORDS:** ADI 492/DF. ADI 3.395/DF. ADC 48/DF. RE 606.003/RS. RE 960.429/RN. Constitutional labor law. Constitutional limits of constitutional interpretation. Political invasion. Injury to separation of powers. Manipulative sentence.

## INTRODUÇÃO

---

Publicado no mês de setembro de 2021, o Relatório “Justiça em Números 2021” do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), referente ao ano-base 2020, demonstrou, dentre outros, que a Justiça do Trabalho possuía “o menor tempo de tramitação, durante a fase de conhecimento (apenas 8 meses)”, e que o giro do acervo processual ocorria no período de 1 ano e 6 meses, enquanto, por exemplo, na Justiça Federal o tempo de tramitação na mesma fase processual era de 10 meses e o giro acontecia no período de 2 anos e 9 meses.<sup>3</sup>

O relatório ainda evidenciou que a Justiça laboral, mesmo tendo sido o ramo do Poder Judiciário que mais reduziu o custo do serviço prestado por habitante (R\$ 94,49 – menos 8%), garantiu que o processo fosse efetivamente encerrado em pouco mais de 3 anos, ao passo que a Justiça Federal reduziu o custo apenas em 5%, mantendo o processo ativo por 5 anos e 8 meses.<sup>4</sup>

A Justiça Estadual, por sua vez, não saiu ileso. Com 77,4% dos processos pendentes de todo o Poder Judiciário brasileiro, seus números mostraram que, além de ser o segmento de Justiça que mais demorava para prolatar uma sentença (2 anos e 7 meses) e manter o acervo ativo por 5 anos e 4 meses, havia reduzido o custo do serviço prestado em apenas 4,5%.<sup>5</sup>

Estas e outras informações reveladas pelo Relatório Geral da Justiça do Trabalho 2020 (como a de que foram ajuizados nessa seara especializada 1.463.481 novos<sup>6</sup> casos em 2020, assim como houve o pagamento aos reclamantes da quantia de R\$ 28.830.521.013,84)<sup>7</sup>,

---

3 Informação obtida do site do CNJ/Justiça em Números. Relatório “Justiça em Números 2021”, p. 206. Acessível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/relatorio-justica-em-numeros2021-081021.pdf>. Acesso em 03.11.2021.

4 Informação obtida do site do CNJ/Justiça em Números. Relatório “Justiça em Números 2021”, p. 77 e 203. Acessível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/relatorio-justica-em-numeros2021-081021.pdf>. Acesso em 03.11.2021.

5 Informação obtida do site do CNJ/Justiça em Números. Relatório “Justiça em Números 2021”, p. 77, 104 e 203. Acessível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/relatorio-justica-em-numeros2021-081021.pdf>. Acesso em 03.11.2021.

6 Informação obtida do site do TST/Estatística. Relatório Geral da Justiça do Trabalho 2020, p. 41. Acessível em: <https://www.tst.jus.br/documents/18640430/27418815/RGJT+2020.pdf/a2c27563-1357-a3e7-6bce-e5d8b949aa5f?t=1624912269807>. Acesso em 03.11.2021.

7 Informação obtida do site do TST/Estatística. Relatório Geral da Justiça do Trabalho 2020, p. 40. Acessível em:

evidenciam que a Justiça do Trabalho brasileira é rápida, eficiente e menos onerosa que a Justiça Estadual e a Federal.

É fato que a competência ou incompetência de um órgão jurisdicional não decorre da jurimetria, evidentemente não se mede o desempenho do Poder Judiciário apenas por critérios quantitativos. Uma avaliação de mérito exige outros critérios, próprios das verificações quantitativas. O cenário relatado é, portanto, traz uma visão parcial da atuação da Justiça do Trabalho. Não obstante, o que dele se extrai tem importância para a futura política judiciária brasileira, os números revelam a *eficiência operacional* da Justiça do Trabalho perante os demais campos de atuação do Poder Judiciário brasileiro.

No entanto, só em 2020 o STF declarou a incompetência material da Justiça do Trabalho em três ocasiões. Uma foi de maneira indireta, ao reconhecer a relação comercial de natureza civil dos transportadores autônomos de carga, afastando-se a configuração do vínculo de emprego (ADC 48/DF)<sup>8</sup>; as outras duas foram direta, ao decidir que a representação comercial autônoma configura contrato típico de natureza comercial (RE 606.003/RS)<sup>9</sup>, e que inexistente relação de trabalho na chamada fase pré-contratual a atrair a competência da Justiça do Trabalho (RE 960.429/RN)<sup>10</sup>.

Estes casos até não revelam propriamente uma postura nova ou mesmo particular da STF em relação à Justiça do Trabalho ou uma doutrina sua e própria sobre o direito do trabalho, porém chamam a atenção quando se pensa no futuro da Justiça do Trabalho no Brasil. Seu resultado aprofunda a mitigação da competência da Justiça laboral, já dilacerada por tantas outras decisões do STF (dentre elas, a ADI

---

<https://www.tst.jus.br/documents/18640430/27418815/RGJT+2020.pdf/a2c27563-1357-a3e7-6bce-e5d8b949aa5f?t=1624912269807>. Acesso em 03.11.2021.

8 Brasil. Supremo Tribunal Federal. ADC 48/DF. Relator: Ministro Roberto Barroso – Tribunal Pleno. DJE 19 mai 2020. Acessível em: [https://www.trt6.jus.br/portal/sites/default/files/documents/adc\\_48\\_acordao.pdf](https://www.trt6.jus.br/portal/sites/default/files/documents/adc_48_acordao.pdf). Acesso em 03.11.2021.

9 Brasil. Supremo Tribunal Federal. RE 606.003/RS. Relator: Ministro Marco Aurélio – Tribunal Pleno. Redator do acórdão: Ministro Roberto Barroso. DJE 14 out 2020. Acessível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344673192&ext=.pdf>. Acesso em 03.11.2021.

10 Brasil. Supremo Tribunal Federal. RE 960.429/RN. Relator: Ministro Gilmar Mendes – Tribunal Pleno. DJE 14 out 2020. Acessível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343547939&ext=.pdf>. Acesso em 03.11.2021.

3.395-6/DF<sup>11</sup>, que reconheceu a incompetência da Justiça obreira para conhecer e julgar as causas entre o Poder Público e seus servidores estatutários, em virtude de não estarem fincadas na relação de trabalho). Milhões de ações e eventuais valores decorrentes de condenações impostas deixam de tramitar por este segmento de Justiça especializado, cuja jurimetria tem revelado ser de inequívoca eficiência operacional<sup>12</sup>.

No Brasil, sabemos, o STF desempenha funções típicas do Tribunal Constitucional na guarda da Constituição Federal, como de uma Corte de Cassação, sendo o último grau recursal, e executa esse amplo espectro funcional praticando a interpretação. Igualmente sabemos que o exercício da interpretação constitucional hoje não é mais como antes, vale dizer, o juiz constitucional não é mais um estrito “legislador negativo” ou a “boca da lei”. A interpretação exige do juiz certa margem de definição de sentidos normativos, em outros termos, sua postura de construtor da normatividade, no sentido de que atribui “conteúdo, sentido e objetivo, por parte daquele que procede a delicada tarefa hermenêutica”<sup>13</sup>. Não por outra razão as interpretações do STF despertam grande interesse acadêmico, em especial, por serem soluções concretas sobre a imprecisão textual da Constituição, o que traz uma natural apreensão político-social, pois se são entabuladas de maneira desconectada “da própria normatividade como um todo”, podem romper, desconsiderar e ferir de morte o “projeto de sociedade encartado

---

11 Brasil. Supremo Tribunal Federal. ADI 3.395/DF. Relator: Ministro Alexandre de Moraes – Tribunal Pleno. DJE 01 jul 2020. Acessível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753145850>. Acesso em 03.11.2021.

12 O impacto da interpretação recente do STF de restrição da competência da Justiça do Trabalho está evidenciado por informações como as que estão consignadas pelo site CONJUR, segundo o qual, com base em levantamento feito pela Data Lawyer Insights, somente o julgamento da ADC 48/DF e do RE 606.003/RS teria retirado da Justiça do Trabalho, somente na época, respectivamente, 8.365 e 540 ações (as quais discutiam cerca de R\$ 1,7 bilhão e R\$ 239,68 milhões). (SALIBA, Ana Luisa. Decisões do STF tiram da seara trabalhista processos de R\$ 5 bilhões, aponta estudo. Publicada em 16.06.2021. Acessível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=390700>. Acesso em 04.11.2021.

13 TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 183.

constitucionalmente”<sup>14</sup>, inclusive, no que toca à atuação da Justiça do Trabalho.

O debate que ora introduzimos é o de colocação à prova da consistência e mesmo legitimidade das concepções político-constitucionais do STF sobre a Justiça do Trabalho cujo lado pragmático é a restrição do seu espectro de competência, já diante da evidência revelada de um desempenho exitoso da Justiça do Trabalho na solução dos conflitos jurisdicionais que lhe são submetidos a julgamento. E esse debate ganha mais importância ainda, ao atentar-se à desconexão que há entre a visão interpretativa restritiva do campo de atuação da Justiça do Trabalho com a respectiva matriz textual-constitucional da sua competência. A EC n. 45/2004 foi expressa em fixar no inciso I c/c “caput” do art. 114 da CF que compete “à Justiça do Trabalho processar e julgar as ações oriundas da relação do trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”<sup>15</sup>. E assim dispõe sem, contudo, alterar absolutamente nada em relação à própria exceção encartada no inciso I c/c “caput” do art. 109 da CF, segundo a qual caberia aos juízes federais “processar e julgar as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal” fossem “interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidente de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho”<sup>16</sup>.

Por todos os ângulos e perspectivas possíveis que se projetar, o tema aqui colocado é muito palpitante, pois, além de fazer pensar sobre as questões pragmáticas do mercado (como se há uma investida jurisdicional constitucional contra a dogmática já consolidada do Direito do Trabalho motivada por mudanças realmente estruturais da vida econômica brasileira ou ocasional decorrente da pressão momentânea e obscura dos agentes econômicos fortes) coloca em discussão a reconexão, criação ou mesmo manutenção dos laços da sociedade bra-

---

14 TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 189.

15 BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República. Acessível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 05.11.2021.

16 BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República. Acessível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 05.11.2021.

sileira com o seu projeto de Estado Constitucional de Direito<sup>17</sup>. Em termos institucionais, a questão suscitada é de questionamento sobre a fragilização do Poder Judiciário. De um lado, a atenção volta-se contra um tolhimento da atividade da Justiça do Trabalho colocando em risco, por isso, a eficiência mesmo da realização do Direito brasileiro. De outro lado, o debate está atento a certas decisões do STF que, por não equacionarem corretamente a “distinção entre juízo de constitucionalidade e decisão política democrática”<sup>18</sup>, extrapolam os limites da justiça constitucional, invadindo o âmbito do político, com desrespeito a outros poderes constitucionais (o olhar está aqui centrado nas sentenças manipulativas desnecessárias, ante a ausência de “bem ou valor constitucional”<sup>19</sup>).

Desde esta perspectiva, o presente artigo contribui para o debate acadêmico mais amplo do voluntarismo judicial, com um olhar mais específico e direcionado para seus efeitos e impactos no diagrama constitucional do Poder Judiciário brasileiro. A ideia aqui desenvolvida tem, é fato, como tema central a Justiça do Trabalho, como traz para o debate o voluntarismo judicial aplicado na própria política judiciária brasileira. É preciso lembrar que a autoridade adquirida pelo STF pela Constituição lhe confere, pode-se assim dizer, o poder de “governar jurisdicionalmente o Poder Judiciário no Brasil”<sup>20</sup>; e após a adoção da súmula vinculante com a EC n. 45/2004, só vem alimentando a ideia do “voluntarismo judicial de muitos juízes, baseado fundamentalmente em um critério discricionário de justiça”<sup>21</sup>; e essa inclui

---

17 VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*, São Paulo 4 (2), pp. 441-464, jul-dez 2008. p. 457. Acessível em: <https://www.scielo.br/j/rdgv/a/6vXvWwkg7XG9njd6XmBzYzQ/?lang=pt&format=pdf>. Acesso em 06.11.2021.

18 ABELLÁN, Marina Felícia Gascón. Os limites da justiça constitucional: a invasão do âmbito político. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, vol. 3, n. 9, jan. 2009, p. 2 do PDF. Acessível em: <https://www.academia.edu/download/47333162/RevistaBrasileiraEstudosConstitucionais.pdf>. Acesso em: 06.11.2021.

19 ABELLÁN, Marina Felícia Gascón. Os limites da justiça constitucional: a invasão do âmbito político. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, vol. 3, n. 9, jan. 2009, p. 6 do PDF. Acessível em: <https://www.academia.edu/download/47333162/RevistaBrasileiraEstudosConstitucionais.pdf>. Acesso em: 06.11.2021.

20 VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*, São Paulo 4 (2), pp. 441-464, jul-dez 2008. p. 445. Acessível em: <https://www.scielo.br/j/rdgv/a/6vXvWwkg7XG9njd6XmBzYzQ/?lang=pt&format=pdf>. Acesso em 06.11.2021.

21 LANDA, César. Justicia constitucional y political questions. *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, n. 4, p. 173-204, 2000. p. 192. Acessível em: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1976077.pdf>. Acesso em: 06.11.2021. Tradução

nação tende a ser mais potencializada no controle de constitucionalidade, uma que vez que para cujo desempenho a magistratura deve cumprir sua “função valorativa”, “função pacificadora” e “função ordenadora”<sup>22</sup>.

Assim, o objetivo deste estudo está em analisar casos recentes julgados pelo STF sobre a competência da Justiça do Trabalho, e a tese que pretendemos expor é a de que sua postura interpretativa tem indicado uma inclinação ao esvaziamento do espaço funcional da Justiça do Trabalho, o que coloca em risco a continuidade da eficiência operacional deste segmento da Justiça Especializada evidenciada na preservação e implementação dos direitos laborais. Para a verificação desta tese, o estudo se utilizou metodologia qualitativa descritiva, com a realização de pesquisas bibliográficas, como também a análise dos casos tomados aqui como a base empírica para compreensão do fenômeno aqui estudado.

## **2. OS PARÂMETROS FIXADOS NA ADI 492/DF E ADI 3.395/DF PARA DELIMITAR A COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO BRASILEIRA E O ENFRAQUECIMENTO DO ESTADO DE DIREITO E DO CONSTITUCIONALISMO**

O texto original do “caput” do art. 114 consignava que cabia à Justiça do Trabalho: a) conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta dos Municípios, do Distrito Federal, dos Estados e da União; b) outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho na forma da lei; c) os litígios que tivessem origem no cumprimento de suas próprias sentenças, inclusive coletivas.

Como se pode observar, o constituinte originário previu que a competência da Justiça obreira não ficaria limitada ao julgamento das relações de emprego entre particulares, também abrangeria o vínculo

---

livre do texto: “...el voluntarismo judicial de muchos jueces, basados fundamentalmente em un criterio discrecional de la justicia...”.

22 LANDA, César. Justicia constitucional y political questions. *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, n. 4, p. 173-204, 2000. p. 195. Acessível em: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1976077.pdf>. Acesso em: 06.11.2021. Tradução livre do texto: “...a) la función valorativa ...b) la función pacificadora ...c) la función ordenadora...”.

de trabalho do cidadão com a administração pública direta e indireta. Não por outra razão, além de utilizar o termo “trabalhador” (e não “empregado” como uma espécie de relação de trabalho)<sup>23</sup>, o constituinte excepcionou a competência dessa seara especializada quando tratou exatamente da competência da Justiça Federal para processar e julgar as causas em que a União, a entidade autárquica ou empresa pública federal tivessem algum interesse como autoras, rés, assistentes ou oponentes (art. 109, I, da CF).

No entanto, o Tribunal Pleno do STF no julgamento da ADI 492/DF, em voto da relatoria do Min. Carlos Velloso, entendeu pela incompetência da Justiça do Trabalho para julgar as lides dos servidores públicos estatutários. O argumento central foi de que havia “diferenças inconciliáveis entre o regime estatutário e o contratual de Direito Privado, mais especificadamente o de Direito do Trabalho”, uma vez que as “relações de Direito Público caracterizam-se pela desigualdade jurídica das partes (Estado e administrado)”, enquanto “nas de Direito Privado” impunha-se a “igualdade jurídica, a despeito de ser comum a desigualdade econômica”<sup>24</sup>, a qual exigiria intervenção estatal, sem, contudo, que fosse modificada a origem contratual das obrigações.

Afirmou-se, à época, que os ditames do art. 7º e do inciso IX do art. 37, todas da CF autorizavam que se distinguíssem os “trabalhadores urbanos e rurais” dos “servidores”, uma vez que “trabalhador” era o que mantinha “relação de emprego” e assim “empregador”. De tal modo que ele é o prestador de serviço tutelado, de cujo conceito seriam excluídos “os servidores públicos civis e militares sujeitos ao regime jurídico único”<sup>25</sup>. Também se disse que o processo do trabalho ser “incompatível com o caráter estatutário do regime jurídico dos servidores públicos e com a superioridade jurídica”<sup>26</sup> de que o Estado era

---

23 COUTINHO, Grijalbo Fernandes. *Justiça política do capital: a desconstrução do direito do trabalho por meio de decisões judiciais*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021. p. 327.

24 Brasil. Supremo Tribunal Federal. ADI 492/DF. Relator: Ministro Carlos Velloso – Tribunal Pleno. DJ 12 mar 1993. p. 90-91. Acessível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266382>. Acesso em 06.11.2021.

25 Brasil. Supremo Tribunal Federal. ADI 492/DF. Relator: Ministro Carlos Velloso – Tribunal Pleno. DJ 12 mar 1993. p. 100-101. Acessível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266382>. Acesso em 06.11.2021.

26 Brasil. Supremo Tribunal Federal. ADI 492/DF. Relator: Ministro Carlos Velloso – Tribunal Pleno. DJ 12 mar 1993. p. 105-106. Acessível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266382>. Acesso em 06.11.2021.

detentor. Isso porque o Estado não poderia se conciliar com o servidor, ante a inafastabilidade do interesse público e da legalidade, como porque a Justiça do Trabalho possuía os juízes classistas e o poder público não dispunha da correspondente representação paritária.

Com efeito, o STF privilegiou o entendimento de que a competência laboral havia sido fixada pela qualidade das partes envolvidas (empregado e empregador), mesmo sendo cediço que a competência material não é firmada pela espécie de direito a ser aplicado ao caso, como pelas regras processuais a serem seguidas. A Corte também fixou a ideia de que havia desigualdade jurídica (e não só econômica) entre as partes da relação empregatícia privada (em virtude do trabalhador não pactuar livremente as regras da relação de emprego, mas apenas aceitar as exigências impostas, diante da necessidade de trabalhar para se manter e sustentar sua família), e que o termo “trabalhador” englobava os servidores públicos estatutários (não só por conta da presença da mesma desigualdade jurídica, mas também porque apenas receberiam a devida contraprestação pelos serviços prestados ao Estado).

Anos depois, visando a uma “ampla reforma do Poder Judiciário” (em que abrangeu “desde as pequenas comarcas do interior até o STF”, que garantisse uma “Justiça do Trabalho mais ágil”, sem a presença dos juízes classistas e com a presença de “juízes especiais”, dotados das “garantias de inamovibilidade, irredutibilidade de vencimentos e vitaliciedade”, para dar “à classe trabalhadora...uma prestação jurisdicional mais condizente”<sup>27</sup>), a EC 45/2004 foi criada, e uma das disposições foi a de ampliar essencialmente a competência desse segmento especializado, ao estabelecer que as pessoas jurídicas de “direito público e as diversas outras modalidades de conflitos”<sup>28</sup> tinham sido efetivamente incluídas entre as matérias que poderiam ser conhecidas e decididas pela Justiça laboral. Nesse sentido, o art. 104 passou-se a prever no inciso I c/c “caput” que competia à Justiça laboral “processar e julgar as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes

---

27 Brasil. Câmara dos Deputados. Exposição de motivos da EC n. 45, de 2004. ADI 492/DF. Relator: Ministro Carlos Velloso – Tribunal Pleno. DJ 12 mar 1993. p. 105-106. Acessível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266382>. Acesso em: 06.11.2021.

28 COUTINHO, Grijalbo Fernandes. *Justiça política do capital: a desconstrução do direito do trabalho por meio de decisões judiciais*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021. p. 328.

de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”.

Como se pode observar o constituinte derivado estabeleceu com a EC 45/04 uma clara contraposição ao anterior entendimento do STF de que a definição da competência da Justiça do Trabalho está baseada na qualidade das partes envolvidas ou mesmo nas particularidades procedimentais de solução dos conflitos trabalhistas. Consolidada a expressão “relação de trabalho” como um verdadeiro “paradigma”<sup>29</sup>, com o qual a Justiça do Trabalho converteu-se na “responsável pela apreciação de todos os litígios oriundos das relações de trabalho no sentido mais amplo que a expressão admite (trabalhador como prestador de serviço, independentemente de subordinação)”<sup>30</sup>. Significa que a competência é fixada de acordo com a lide trazida à baila, pouco importando se seria utilizado o Código Civil ou a CLT.

Em outras palavras, a Justiça do Trabalho passa a ser encarregada de “apreciar praticamente todas as controvérsias”, basta envolver “o trabalho humano”<sup>31</sup>. A mudança operada foi formal, atinente aos aspectos “competencial”, e não das leis que regiam os contratos; de tal sorte que o “*direito material* a ser utilizado pela decisão” dependeria “apenas e diretamente da causa, das características da lide, e não das características da Justiça”, à qual teria sido “atribuído o dever de julgamento”<sup>32</sup>.

Todavia, recorrendo a vários dos fundamentos elencados na decisão da ADI 492/DF em linha com outros anteriormente encampados, o STF voltou a dizer que as “relações laborais entre os Entes federativos e seus Servidores” eram “dotadas de juridicidade [...] puramente de Direito Administrativo”, como o processo do trabalho era incompatível com as relações estatutárias, de tal modo que o “estatuto jurídico específico” afastava quaisquer “considerações de ordem estritamente privada”.

---

29 COUTINHO, Grijalbo Fernandes. *Justiça política do capital: a desconstrução do direito do trabalho por meio de decisões judiciais*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021. p. 328.

30 TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 981.

31 SCHIAVI, Mauro. *Manual de direito processual do trabalho: de acordo com a reforma trabalhista*. 13. ed. São Paulo: LTr, 2018. p. 229.

32 TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 981

Essa posição foi externada no julgamento do mérito da ADI 3.395/DF<sup>33</sup>. Nesse caso, mais uma vez o STF afastou-se da literalidade da Constituição. Os termos do artigo 104 sempre expressaram, desde o texto original, o sentido de que a Justiça do Trabalho é a competente para apreciar todos os conflitos provenientes das relações de trabalho. Essa afirmação ganha ainda mais força como confronto entre a manutenção da exceção fixada no inciso I do art. 109 da CF (impedindo que a Justiça Federal processasse e julgasse as lides sujeitas à Justiça laboral, mesmo quando a União, entidade autárquica ou empresa pública federal tivessem algum interesse como autoras, réis, assistentes ou oponentes<sup>34</sup>) e a expressão “relação de trabalho” (na direção de que o trabalhador deveria ser tomado como prestador de serviço, independentemente de subordinação)<sup>35</sup> do art. 104, inciso I.A insistência de o STF orientar-se por uma interpretação restritiva da expressão “relação de emprego”, mesmo diante do fato de o constituinte derivado promover o inverso, ou seja, uma ampliação do sentido desta expressão traz uma suspeita razoável de que se guia, na verdade, por uma oculta ideologia de construção de uma ordem capitalista “contra o direito social de maior expressão na sociedade capitalista – o Direito do Trabalho”<sup>36</sup>. Essa é uma constatação que emerge das próprias palavras emanadas do voto divergente do Min. Edson Fachin, no ponto em que diz que o Poder Judiciário já vem, desde a ADI 492, promovendo a restrição indevida da norma constitucional, fomentando certo desprestígio da Justiça do Trabalho<sup>37</sup>.

---

33 Brasil. Supremo Tribunal Federal. ADI 3.395/DF. Relator: Ministro Alexandre de Moraes – Tribunal Pleno. p. 2. DJE 01 jul 2020. Acessível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753145850>. Acesso em 03.11.2021.

34 BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República. Acessível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 05.11.2021.

35 TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 981.

36 COUTINHO, Grijalbo Fernandes. *Justiça política do capital: a desconstrução do direito do trabalho por meio de decisões judiciais*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021. p. 331.

37 Brasil. Supremo Tribunal Federal. ADI 3.395/DF. Relator: Ministro Alexandre de Moraes – Tribunal Pleno. p. 6. DJE 01 jul 2020. Acessível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753145850>. Acesso em 03.11.2021.

Interessante observar que já ao tempo da ADI 492/DF, o Min. Sepúlveda Pertence acusava a existência de um “pré-conceito” na postura interpretativa do STF no modo como estabelecia os argumentos “atinentes à composição, à natureza, às inclinações da Justiça do Trabalho”<sup>38</sup>. Opondo-se a essa postura, ele se lembrou da presença de uma interpretação com intolerância ideológica antes da promulgação da EC 45/2004, a qual foi invocada e utilizada anos depois para afastar a concretização da vontade do legislador constituinte derivado.

Com efeito, a análise cuidadosa do Texto da Constituição juntamente com os argumentos já deduzidos no âmbito do STF sobre a matriz constitucional da competência da Justiça do Trabalho, tem-se por certo a prevalência de uma leitura interpretativa reducionista, não obstante o fato provado de que a Justiça do Trabalho é o segmento de Justiça mais tecnicamente preparado para processar e julgar as lides trabalhistas como um todo, fomentando o enfraquecimento do Estado de Direito e do constitucionalismo.

Essa é uma constatação preocupando, pois, sendo o Estado Constitucional de Direito a máxima expressão do da vida social sob o primado do Direito (e como tal entendido como um “sistema de normas democraticamente estabelecidas”<sup>39</sup> para garantir, dentre outros valores, previsibilidade, transparência e imparcialidade da própria normatividade, e assim fazer valer a essência do constitucionalismo que é “a limitação do governo pelo Direito”<sup>40</sup>), as interpretações reducionistas de dispositivos do Texto da Constituição que os atribuem sentidos claramente opostos ao propósito constituinte que é maior eficácia da matéria constitucional, no caso, de expansão da competência da Justiça do Trabalho, contrariam os ditames da previsibilidade, transparência e assim atenta contra o Estado Constitucional de Direito.

---

38 Brasil. Supremo Tribunal Federal. ADI 492/DF. Relator: Ministro Carlos Velloso – Tribunal Pleno. DJ 12 mar 1993. p. 163. Acessível em: <https://redir.stf.jus.br/pagina/dorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266382>. Acesso em 06.11.2021.

39 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 199.

40 TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 38.

### **3 OS PARADIGMAS ASSENTADOS NA ADC 48/DF, NO RE 606.003/RS E NO RE 960.429/RN EM RELAÇÃO AO TRANSPORTE AUTÔNOMO DE CARGA, À REPRESENTAÇÃO COMERCIAL E À FASE PRÉ-CONTRATUAL E SEUS IMPACTOS JURÍDICOS NA COMPETÊNCIA MATERIAL DA JUSTIÇA DO TRABALHO**

---

Até o julgamento da ADI 492/DF e da ADI 3.395/DF a Suprema Corte não havia restringido a competência da Justiça do Trabalho de processar e julgar ações atinentes a reconhecimento do vínculo de emprego, no entanto, inovou nesse sentido na apreciação da ADC 48/DF, RE 606.003/RS e RE 960.429/RN em 2020, considerando que sua decisão resultou em transferência para outros segmentos do Poder Judiciário de parte considerável de temas atinentes à relação de trabalho.

Se antes o STF praticava uma leitura reducionista do conceito constitucional de “trabalho”, com repercussão estrita da sua aplicação para fins processuais, com os referidos precedentes o esvaziamento se dera do próprio direito material. Isso porque o STF, ao invés de estabelecer um “diálogo com os princípios do juslaboralismo”<sup>41</sup>, enquadrou as relações de trabalho nos campo do Direito Civil e Direito Administrativo para estabelecer novos parâmetros interpretativos atinentes à competência de natureza processual da Justiça do Trabalho.

Especificamente na ADC 48/DF, o STF reconheceu a constitucionalidade da Lei 11.442/2007 (que previu, dentre outras, a figura do Transportador Autônomo de Cargas - TAC e da Empresa de Transporte Rodoviário de Cargas - ETC) e assim o fez fixando a tese de que, caso os requisitos dispostos na Lei nº 11.442/2007 tivessem sido preenchidos, estaria “configurada a relação comercial de natureza civil e afastada a configuração de vínculo trabalhista”<sup>42</sup>. Para sustentar esta afirmação, o STF utilizou-se dos seguintes argumentos: a terceirização é “muito mais” do que “uma forma de reduzir custos trabalhistas por meio de

---

41 COUTINHO, Grijalbo Fernandes. *Justiça política do capital: a desconstrução do direito do trabalho por meio de decisões judiciais*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021. p. 321.

42 Brasil. Supremo Tribunal Federal. ADC 48/DF. Relator: Ministro Roberto Barroso – Tribunal Pleno. DJE 19 mai. 2020. p. 11. Acessível em: [https://www.trt6.jus.br/portal/sites/default/files/documents/adc\\_48\\_acordao.pdf](https://www.trt6.jus.br/portal/sites/default/files/documents/adc_48_acordao.pdf). Acesso em 03.11.2021.

uma suposta precarização do trabalho; constitui “uma estratégia sofisticada, eventualmente imprescindível para aumentar a eficiência econômica, promover a competitividade das empresas brasileiras e [...] manter e ampliar postos de trabalho”; a “forma de estruturar e contratar o transporte de cargas” está “inserida na estratégia empresarial da ETC”; “as categorias previstas na Lei nº 11.422/2007” convive “com a figura do motorista profissional empregado”; as normas constitucionais de proteção ao trabalho não impõem que “toda e qualquer relação entre o contratante de um serviço e o seu prestador” é “protegida por meio da relação de emprego”; e a constituição não vedava “a terceirização das atividades-fim”<sup>43</sup>.

Entretanto, no Direito do Trabalho prevalece o princípio da primazia da realidade para fazer prevalecer o estado de vivência do trabalhador diante da ficção jurídica revelada pelos documentos formais, logo, a tese firmada pelo STF ignora a quantidade de ações ajuizadas para pleitear o reconhecimento de vínculo de emprego, inclusive por fraudes fundadas na falsa “pejotização” (forçar o empregado a abrir uma empresa para ocultar a verdadeira relação de emprego), como promove interpretação segundo a qual o mero cumprimento dos dados formais preconizados pela legislação impediria, por si só, o reconhecimento do vínculo de emprego, mesmo que o labor tenha sido realizado de maneira habitual, com pessoalidade, subordinação e pagamento de salário, conforme estabelecido pelo art. 3º da CLT, já que declarado que a relação seria de natureza comercial civil.

Subverteu-se, portanto, a concepção tradicional de que não precisava “ser interpretado” o que fosse “claro”<sup>44</sup>, uma vez que o acórdão firmou indiretamente que independentemente da situação a que fosse aplicada a legislação em análise, a lei trazia sempre “um dado concreto” e que “a lei e o contrato assinado pelas partes” seriam “suficientes para evitar o debate judicial sobre a existência, ou não, de vínculo de emprego”<sup>45</sup>, transferindo, por consequência, a competência material da relação de trabalho para a Justiça comum e impedindo os

---

43 Brasil. Supremo Tribunal Federal. ADC 48/DF. Relator: Ministro Roberto Barroso – Tribunal Pleno. DJE 19 mai 2020. p. 9. Acessível em: [https://www.trt6.jus.br/portal/sites/default/files/documents/adc\\_48\\_acordao.pdf](https://www.trt6.jus.br/portal/sites/default/files/documents/adc_48_acordao.pdf). Acesso em 03.11.2021.

44 PERELMAN, Chaím. *Ética e direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 547.

45 COUTINHO, Grijalbo Fernandes. *Justiça política do capital: a desconstrução do direito do trabalho por meio de decisões judiciais*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021. p. 360.

trabalhadores de fazerem prova da real relação contratual experimentada, em total contradição com o Relatório “Justiça em Números 2021” do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), referente ao ano-base 2020, que evidenciou o ajuizamento só em 2020 de 2.152.772 milhões de ações<sup>46</sup>, com o tema “RESCISÃO DO CONTRATO DE TRABALHO /VERBAS RESCISÓRIAS”, que engloba as várias reclamações de reconhecimento de vínculo por fraude, em virtude de serem devidas as verbas rescisórias somente se a relação de emprego for comprovada.

Pior, a desconsideração da total obscuridade e ambiguidade do dispositivo com a realidade jogou ao léu os trabalhadores, pois, tomando como pressuposto que a relação seria comercial civil, não haveria falar em exceção de incompetência absoluta e, muito menos, em comprovação dos elementos da eventual relação de emprego perante esse outro segmento da Justiça.

Da mesma maneira, no julgamento com repercussão geral do RE 606.003/RS e do RE 960.429/RN, respectivamente relacionados com o contrato de representação comercial autônoma e a fase pré-contratual, o STF estabeleceu a tese de que se estivessem “preenchidos os requisitos dispostos na Lei 4.886/65”, caberia à “Justiça comum o julgamento de processos envolvendo relação jurídica entre representante e representada comerciais, uma vez que não haveria relação de trabalho entre as partes”<sup>47</sup>, assim como que competiria à “Justiça comum processar e julgar controvérsias relacionadas à fase pré-contratual de seleção e de admissão” de celetistas e “eventual nulidade do certame em face da Administração Pública, direta e indireta”<sup>48</sup>.

Em tais decisões vinculantes os fundamentos utilizados como razão de decidir levaram ao mesmo resultado pernicioso, pois, além do primeiro acórdão haver consignado que, à luz do art. 1º da Lei n. 4.886/65, o trabalho realizado pelo representante comercial não esta-

---

46 Informação obtida do site do CNJ/Justiça em Números. Relatório “*Justiça em Números 2021*”, p. 273. Acessível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/relatorio-justica-em-numeros2021-081021.pdf>. Acesso em 03.11.2021.

47 Brasil. Supremo Tribunal Federal. RE 606.003/RS. Relator: Ministro Marco Aurélio – Tribunal Pleno. Redator do acórdão: Ministro Roberto Barroso. DJE 14 out 2020. p. 2. Acessível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344673192&ext=.pdf>. Acesso em 03.11.2021.

48 Brasil. Supremo Tribunal Federal. RE 960.429/RN. Relator: Ministro Gilmar Mendes – Tribunal Pleno. DJE 14 out 2020. p. 2. Acessível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343547939&ext=.pdf>. Acesso em 03.11.2021.

va submetido às “ordens, hierarquia, horário e forma” de cumprimento e, por consequência, era sem “subordinação” e “com autonomia”<sup>49</sup>; e que na “atividade de representação comercial autônoma inexistia entre as partes vínculo de emprego ou relação de trabalho, mas relação comercial regida por lei especial”<sup>50</sup>, o segundo acórdão registrou que a Justiça Trabalhista avançava “sobre a aplicação de normas de cunho de direito público”<sup>51</sup>; que a “obrigatoriedade de contratar por concurso público” era “matéria flagrantemente afeta ao Direito Público, de competência da Justiça comum”<sup>52</sup>; que o “contrato de trabalho de empregados públicos” não podia ser equiparado “a todos os aspectos a um trabalhador comum”, em virtude do “caráter híbrido” do “tipo de contratação”<sup>53</sup>; e que na fase pré-contratual ainda não existia um elemento essencial inerente ao contrato de trabalho”, qual seja, o “caráter personalíssimo, de índole privada”, mas “o caráter público”<sup>54</sup> concernente à necessidade de haver o certame, confirmando a postura da Suprema Corte de transferir a competência da Justiça laboral para a

---

49 Brasil. Supremo Tribunal Federal. RE 606.003/RS. Relator: Ministro Marco Aurélio – Tribunal Pleno. Redator do acórdão: Ministro Roberto Barroso. DJE 14 out 2020. p. 6. Acessível em:

<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344673192&ext=.pdf>. Acesso em 03.11.2021.

50 Brasil. Supremo Tribunal Federal. RE 606.003/RS. Relator: Ministro Marco Aurélio – Tribunal Pleno. Redator do acórdão: Ministro Roberto Barroso. DJE 14 out 2020. p. 8. Acessível em:

<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344673192&ext=.pdf>. Acesso em 03.11.2021.

51 Brasil. Supremo Tribunal Federal. RE 960.429/RN. Relator: Ministro Gilmar Mendes – Tribunal Pleno. DJE 14 out 2020. p. 3. Acessível em:

<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343547939&ext=.pdf>. Acesso em 03.11.2021.

52 Brasil. Supremo Tribunal Federal. RE 960.429/RN. Relator: Ministro Gilmar Mendes – Tribunal Pleno. DJE 14 out 2020. p. 3. Acessível em:

<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343547939&ext=.pdf>. Acesso em 03.11.2021.

53 Brasil. Supremo Tribunal Federal. RE 960.429/RN. Relator: Ministro Gilmar Mendes – Tribunal Pleno. DJE 14 out 2020. p. 8. Acessível em:

<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343547939&ext=.pdf>. Acesso em 03.11.2021.

54 Brasil. Supremo Tribunal Federal. RE 960.429/RN. Relator: Ministro Gilmar Mendes – Tribunal Pleno. DJE 14 out 2020. p. 9. Acessível em:

<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343547939&ext=.pdf>. Acesso em 03.11.2021.

Justiça comum por meio do enquadramento em regras do Direito Civil e do Direito Administrativo, desconsiderando os pilares principiológicos do Direito do Trabalho.

Mais uma vez o STF, por meio do acórdão do RE 606.003/RS, optou por conceder à lei o “status” de portadora de toda a “verdade formal”, pouco importando, se em relação aos representantes comerciais, eventuais provas poderiam revelar ou não um cenário fraudulento, em franca lesão perturbadora ao efetivo acesso à Justiça justa e ao direito de ampla defesa e contraditório, haja vista o fato de, ainda hoje, existirem empresas que se valem de expedientes impróprios para ocultar a relação de emprego. De novo, por meio do RE 960.429/RN, chancelou uma “leitura interpretativa meramente administrativista” para, em nome da “defesa do bem público”<sup>55</sup>, desconsiderar que a fase pré-contratual estava, sim, dentro do contexto da relação de trabalho, inclusive em relação ao caráter personalíssimo, já que a aprovação nas fases (ou fase única) do concurso exigiria a individualidade meritória do candidato e não a formalização da assinatura da CTPS.

De outro modo, não admitir que a atividade cumprida pelo representante comercial fosse de efetivo “labor” (e não comércio, como quis o STF fazer crer); que muitos negócios entre a representada e terceiros sequer seriam concretizados se tal atividade não fosse realizada por esse trabalhador; que muitos obreiros estariam, sim, submetidos à relação de emprego ocultada pelos empregadores, a exigir pelo menos a chance de produção de prova em contrário; e que a competência material não seria estabelecida pela natureza jurídica do direito a ser aplicado, mas pela realidade trazida à baila, seria invisibilizar o trabalho humano e menosprezar o trabalhador, quebrando com toda a lógica do ordenamento jurídico, uma vez que criado para proteger o ser humano.

Não se trata de exigir da Suprema Corte uma interpretação paternalista ou protecionista e, muito menos, ideologizada por parâmetros não postos pelo sistema jurídico brasileiro, mas de reconhecer que as tais decisões mencionadas, levadas a efeito em 2020, contribuíram não só para aniquilar algumas bases do Direito do Trabalho e mitigar a competência da Justiça do Trabalho, mas também para disse-

---

55 COUTINHO, Grijalbo Fernandes. *Justiça política do capital: a desconstrução do direito do trabalho por meio de decisões judiciais*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021. p. 381.

minar a ideia de que a própria lei estaria admitindo a ocultação da relação de emprego por meio de uma figura específica (como ocorreu com a lei das cooperativas), afora a própria demora natural da Justiça comum, diante de sua amplitude de matérias, evidenciar como valeria à pena utilizar de expedientes escusos para ocultar a relação de emprego, posto que as “garras” da execução levaria anos para atingir a empresa e/ou seus sócios.

Por fim, além de tais decisões impedirem a Justiça do Trabalho de fazer chegar milhares de reais às mãos dos trabalhadores com muito mais rapidez, atendendo aos ditames do Princípio da Duração Razoável do Processo, desestimularão os bons empregadores a cumprirem a lei, na medida em que o descumprimento das regras trabalhistas acabaria gerando o barateamento impróprio dos produtos e serviços dos concorrentes e preços mais elevados dos empresários exemplares, contribuindo ainda mais para diminuir a previsibilidade, transparência e imparcialidade da norma e, por consequência, a força do Estado de Direito e do constitucionalismo.

#### **4 O DESRESPEITO AOS LIMITES CONSTITUCIONAIS OPERADO PELO STF E A INVASÃO DO ÂMBITO POLÍTICO**

---

Como a “norma jurídica, em sua existência abstrata, não é dotada de sentido pleno”<sup>56</sup>, a “interpretação não é uma atividade descritiva, mas sim construtiva”, uma vez que não se retira o “significado do enunciado normativo”, mas se atribui “conteúdo, sentido e objetivo, por parte daquele que procede a delicada tarefa hermenêutica”<sup>57</sup>.

É exatamente, por isso, que se apregoa, hoje em dia, a não prevalência do pensamento tradicional de que a interpretação seria um “ato praticado sem qualquer subjetividade” por parte do exegeta, uma vez que haveria a “presença de grande margem de vontade na interpretação”, sobretudo, considerando que tal trabalho hermenêutico, inclusive dentro da Suprema Corte, seria essencialmente prático, com o escopo de pôr fim às complexas lides concretas, “ainda que hipoteti-

---

56 PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 72.

57 TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 183.

camente construídas”<sup>58</sup>, ante a impossibilidade do legislador, até mesmo o constituinte derivado, de prever absolutamente todas as circunstâncias concretas da vida.

Não é à toa que PRADO mencionou em sua obra que a mente dos magistrados funcionaria “*como a dos demais seres humanos*”, pois é fato que juízes, desembargadores e ministros, como seres humanos, são influenciados, dentre outras situações, pela educação geral absorvida, pelos valores recebidos e acolhidos por suas famílias, pela opinião política a respeito dos fatos cotidianos e pela personalidade construída com a experiência pessoal<sup>59</sup>, de tal maneira que os magistrados ao decidirem não se valeriam apenas de princípios jurídicos contidos no ordenamento, dos precedentes jurisprudenciais vigentes e valores gerais, mas da “intuição ou sentimento” amparados ou influenciados, “inconscientemente, por fatores emocionais”<sup>60</sup>.

Isso não quer dizer, todavia, que o melhor seria que tivéssemos juízes, desembargadores e ministros de “mente rígida, estereotipada, predispostas a ignorar os matizes individuais de caso”, mas sim que o aperfeiçoamento do Direito pela “aquisição da realidade”, ante a “ação de seres humanos concretos” (os magistrados), e não apenas pela “exclusiva interpretação de velhas regras abstratas”<sup>61</sup>, exigiria o reconhecimento de que a supremacia normativa da Constituição pressuporia uma interpretação constitucional que partisse do texto, sempre como “ponto de referência obrigatória”, buscando preencher as lacunas dos termos abertos empregados pelos legisladores constituintes originários e derivados, sem, todavia, que houvesse puro arbítrio pela total desconexão com “a própria normatividade constitucional como um todo”<sup>62</sup>.

Em outras palavras, a interpretação da Constituição pelo STF não poderia “contrariar a letra... ou a opção fundamental nela consa-

---

58 TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 183.

59 PRADO, Lídia Reis de Almeida. *O juiz e a emoção: aspectos da lógica da decisão judicial*. 5. ed. Campinas, SP: Millennium, 2010. p. 21.

60 PRADO, Lídia Reis de Almeida. *O juiz e a emoção: aspectos da lógica da decisão judicial*. 5. ed. Campinas, SP: Millennium, 2010. p. 21.

61 PRADO, Lídia Reis de Almeida. *O juiz e a emoção: aspectos da lógica da decisão judicial*. 5. ed. Campinas, SP: Millennium, 2010. p. 21.

62 TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 187 e 189.

grada... ou o teor e o sentido da lei” e, muito menos, remediar “erros jurídico-políticos do legislador”<sup>63</sup>, a não ser quando fosse violada a cláusula pétreia do § 4º do art. 60 da CF (segundo a qual não poderia ser “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)<sup>64</sup> ou unidade da constituição exigisse tal postura interpretativa, com o fim de “evitar contradições (antinomias, antagonismos) entre as suas normas”<sup>65</sup>, pois, como STREK, o limite seria a “Constituição, enquanto manifestação ontológico-existencial”.

Aliás, se o “*Estado constitucional de Direito*” impõe ao “legislador” o dever de ser “submetido... à Constituição”<sup>66</sup>, não poderia ser diferente em relação ao Poder Judiciário, até mesmo por englobar a Corte o papel de Tribunal Constitucional, razão pela qual, de fato, a justiça constitucional estaria submetida a limites derivados da “distinção entre juízo de constitucionalidade e decisão política democrática”, ou seja, entre o que competiria “ao Juiz Constitucional e a decisão política expressa na lei... de competência do legislador democrático”, exigindo não só uma postura “auto-inibitória” concreta da Suprema Corte para não se “transformar em um legislador positivo”, mas também critérios que permitissem “verificar a sensatez dessas interpretações”<sup>67</sup>.

A interpretação constitucional, portanto, pressupõe uma análise específica que “deve atuar como mecanismo de pré-compromisso

---

63 MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica, 2000. p. 312-313.

64 BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República. Acessível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 05.11.2021.

65 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 4. ed. Coimbra: Livr. Almedina, 2000. p. 1186.

66 ABELLÁN, Marina Felícia Gascón. Os limites da justiça constitucional: a invasão do âmbito político. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, vol. 3, n. 9, jan. 2009, p. 1 do PDF. Acessível em: <https://www.academia.edu/download/47333162/RevistaBrasileiraEstudosConstitucionais.pdf>. Acesso em: 06.11.2021.

67 ECO, Umberto. Os limites da interpretação. São Paulo: Perspectiva, 1995, *apud* MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 199.

ou autorrestrrição” contra “a previsível tendência de tomar decisões imprudentes”<sup>68</sup>, utilizando-se como parâmetro os “valores democráticos em que a constituição se baseia, como o pluralismo político e a tolerância, bem como direitos fundamentais e devido processo legal”<sup>69</sup>.

Nesse contexto, o resultado da apreciação pelo STF da ADC 48/DF, do RE 606.003/RS e do RE 960.429/RN, em 2020, não teria observado os limites impostos pela própria Constituição à jurisdição constitucional, na medida em que, além da Suprema Corte ter fixado tese a respeito da não existência da relação de emprego, no que concerne ao Transportador Autônomo de Cargas - TAC e ao representante comercial autônomo, como se, respectivamente, os ditames abstratos da Lei 11.442/2007 e da Lei 4.886/65, por si só, fossem suficientes para conter toda a verdade fática e complexa do Direito do Trabalho sobre os temas, em contradição ao efetivo acesso à Justiça preconizado constitucionalmente (já que qualquer eventual reconhecimento da relação de emprego após a instrução processual implicaria em julgamento improcedente do pedido), também desconsiderou a opção do legislador constituinte derivado de concentrar toda análise de relação de trabalho, inclusive concernente à fase pré-processual da relação de emprego, junto à Justiça do Trabalho.

Na verdade, o STF quis “travestir decisões essencialmente políticas sob o manto da tecnicidade, criando um espaço de poder inflacionado”<sup>70</sup> por meio de sentenças manipulativas, as quais transfiguraram não só o entendimento da Corte de que seus integrantes seriam “dota-dos de poder” constituinte derivado “reformador”<sup>71</sup>, mas também que

---

68 LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial*. 2. ed. rev. Tradução por Bruno Miragem. Título Original: *Teoría de la decisión judicial*, 2008. São Paulo: RT, 2010. p. 327.

69 LANDA, César. *Justicia constitucional y political questions*. Anuario iberoamericano de justicia constitucional, n. 4, p. 201, 2000. p. 192. Acessível em: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1976077.pdf>. Acesso em: 06.11.2021. Tradução livre do texto: “...los valores democráticos em que se basa la Constitución, como el pluralismo y la tolerancia políticas, así como, los derechos fundamentales y el debido proceso legal...”.

70 PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 96.

71 VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. Revista Direito GV, São Paulo 4 (2), pp. 441-464, jul-dez 2008. p. 456. Acessível em: <https://www.scielo.br/j/rdgv/a/6vXvWwkg7XG9njd6XmBzYzQ/?lang=pt&format=pdf>. Acesso em 06.11.2021.

o Tribunal Constitucional havia “adotado a premissa de que o Direito do Trabalho” constituía “empecilho ao desenvolvimento econômico”<sup>72</sup>.

A própria inobservância pelo STF da exceção feita no inciso I do art. 109 da CF (com o intuito de preservar a competência da Justiça obreira quanto à relação de trabalho, até mesmo dos trabalhadores estatutários), evidencia que houve invasão do ambiente político para mitigar a competência material da Justiça do Trabalho, com base na “premissa de que a visão social das juízas e dos juízes do trabalho, fortemente influenciada por princípios do juslaboralismo”<sup>73</sup>, somente traria prejuízos ao crescimento econômico, haja vista a deflagração indireta de critérios que “preconizam a mínima intervenção estatal e a *emancipação* do trabalhador”, enquanto prevalece a “sociabilidade” como “um dos pilares do Código Civil de 2002”<sup>74</sup>.

A alegação de que existiria a “diferença de resultado em uma ação movida na Justiça comum”, em virtude de competir ao autor o ônus probatório, enquanto na Justiça do Trabalho haveria a transformação da “fragilidade do empregado em um superpoder capaz de alterar... todas as bases do que restou avençado”<sup>75</sup>, assim como a assertiva de que uma “decisão (normalmente com boas intenções) para proteger uma pessoa” acabaria “voltando e gerando resultados” que prejudicariam “a própria pessoa que se quis inicialmente proteger”<sup>76</sup>, não justificaria a interpretação constitucional levada a efeito, pois, além dos limites à jurisdição constitucional terem sido postos pelo legislador constituinte justamente para limitar o poder estatal, inclusive do Judiciário (e não para proibir a extensão hermenêutica do termo “relação

---

72 BERNARDES, Felipe. *O Direito do Trabalho no Supremo Tribunal Federal*. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 80.

73 COUTINHO, Grijalbo Fernandes. *Justiça política do capital: a desconstrução do direito do trabalho por meio de decisões judiciais*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021. p. 342.

74 BERNARDES, Felipe. *O Direito do Trabalho no Supremo Tribunal Federal*. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 82.

75 CALVET, Otavio Torres. O triste fim da Justiça do Trabalho: a super-hipossuficiência e a lei do retorno. *CONJUR*. Publicado em 20.04.2021. p. 3 do PDF. Acessível <https://www.conjur.com.br/2021-abr-20/trabalho-contemporaneo-triste-fim-justica-trabalho-super-hipossuficiencia-lei-retorno>. Acesso em 13.11.2021.

76 CALVET, Otavio Torres. STF, Justiça do Trabalho e liberdade econômica. A lei mudou. E o juiz? *CONJUR*. Publicado em 30.03.2021. Acessível <https://www.conjur.com.br/2021-mar-30/trabalho-contemporaneo-stf-justica-trabalho-liberdade-economica-lei-mudou-juiz>. Acesso em 13.11.2021.

de trabalho” e, muito menos, autorizar efeito “backlash” do próprio STF como reação às decisões levadas a efeito pela Justiça trabalhista), a luta entre o capital e o trabalho e a total desproporcionalidade de forças entre o empregador e o empregado continuariam existindo para justificar o tratamento diferenciado de tais atores.

Dessa forma, não se trataria de exigir da Suprema Corte uma postura de “garantismo” ou de “intervencionismo”<sup>77</sup>, como se, respectivamente, a norma jurídica não pudesse ser modificada ou a realidade abonasse qualquer intervenção hermenêutica criativa. Bastaria apenas observar os limites impostos pela Constituição à Justiça constitucional, observando-se a opção feita pelo legislador constituinte de estruturar todo o ordenamento jurídico pela centralidade da pessoa humana, inclusive limitando o direito de propriedade ao dever de cumprir “sua função social” (inciso XXIII do art. 5º da CF), motivo pelo qual teria fundado a ordem econômica “na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa”, para “assegurar a todos existência digna”, atentando-se para, entre outros, o princípio da “função social da propriedade”, “da redução das desigualdades regionais e sociais” e “busca do pleno emprego” (inciso III, VII e VIII do art. 170 da CF)<sup>78</sup>.

Pensar diferente seria admitir interpretação constitucional reducionista não autorizada pelo legislador constituinte derivado e fomentar a ideia inaceitável de que ao trabalhador caberia sempre um direito constitucional do trabalho mitigado ou “as sobras” do ordenamento jurídico, ante a constatação de que o mesmo sistema jurídico brasileiro reconheceria papel de destaque ao consumidor frente ao empresário, simplesmente por se tratar de relação de consumo, transfigurando, por consequência, o não cumprimento pela magistratura de sua “função valorativa”, “função pacificadora” e “função ordenadora”<sup>79</sup>,

77 LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial*. 2. ed. rev. Tradução por Bruno Miragem. Título Original: *Teoría de la decisión judicial*, 2008. São Paulo: RT, 2010. p. 140.

78 BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República. Acessível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 05.11.2021.

79 LANDA, César. Justicia constitucional y political questions. *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, n. 4, p. 173-204, 2000. p. 195. Acessível em: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1976077.pdf>. Acesso em: 06.11.2021. Tradução livre do texto: “...a) la función valorativa ...b) la función pacificadora ...c) la función ordenadora...”.

bem como o rompimento com o projeto que a sociedade quis encartar na Constituição para a Justiça do Trabalho.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

---

A Justiça do Trabalho brasileira sempre foi a mais rápida, eficiente e menos onerosa que a Justiça Estadual e a Federal, sendo essa a verdade revelada pelo Relatório Geral da Justiça do Trabalho 2020 pelo Relatório “Justiça em Números 2021” do CNJ.

Todavia, desconsiderando todos esses atributos, ao julgar a ADI 492/DF e, posteriormente, a ADI 3.395/DF, o Tribunal Pleno do STF firmou o entendimento de que a competência laboral havia sido fixada pela qualidade das partes envolvidas (empregado e empregador), mesmo tendo o legislador constituinte originário e derivado optado por deixar todas as espécies de relação de trabalho para serem processadas e julgadas pela Justiça laboral, estabelecendo a competência da Justiça comum para julgar as lides trabalhistas dos trabalhadores estatutários.

Até então a Suprema Corte não havia estabelecido no julgamento da ADI 492/DF e da ADI 3.395/DF qualquer proibição, segundo a qual a Justiça do Trabalho não poderia processar e julgar ações que tivessem por fim o reconhecimento do vínculo de emprego, ante a alegação de fraude.

No entanto, no acórdão proferido na ADC 48/DF, o STF fixou a tese de que, caso os requisitos dispostos na Lei nº 11.442/2007 tivessem sido preenchidos, estaria “configurada a relação comercial de natureza civil e afastada a configuração de vínculo trabalhista”<sup>80</sup>, ignorando completamente a quantidade de ações ajuizadas pleiteando o reconhecimento de vínculo de emprego, inclusive por fraudes fundadas na falsa “pejotização”, e promovendo interpretação, segundo a qual o mero cumprimento dos dados formais preconizados pela legislação, por si só, impediria o reconhecimento do vínculo de emprego, mesmo que o labor tivesse sido realizado de maneira habitual, com pessoalidade, subordinação e pagamento de salário, conforme estabelecido pelo art. 3º da CLT.

---

80 Brasil. Supremo Tribunal Federal. ADC 48/DF. Relator: Ministro Roberto Barroso – Tribunal Pleno. DJE 19 mai 2020. p. 11. Acessível em: [https://www.trt6.jus.br/portal/sites/default/files/documents/adc\\_48\\_acordao.pdf](https://www.trt6.jus.br/portal/sites/default/files/documents/adc_48_acordao.pdf). Acesso em 03.11.2021.

Do mesmo modo, no julgamento com repercussão geral do RE 606.003/RS e do RE 960.429/RN, respectivamente relacionados com o contrato de representação comercial autônoma e a fase pré-contratual, a Suprema Corte estabeleceu a tese de que se estivessem “preenchidos os requisitos dispostos na Lei 4.886/65”, caberia à “Justiça comum o julgamento de processos envolvendo relação jurídica entre representante e representada comerciais, uma vez que não haveria relação de trabalho entre as partes”<sup>81</sup>, assim como que competiria à “Justiça comum processar e julgar controvérsias relacionadas à fase pré-contratual de seleção e de admissão” de celetistas e “eventual nulidade do certame em face da Administração Pública, direta e indireta”<sup>82</sup>.

Mais uma vez, optou-se por conceder à lei o “status” de portadora de toda a “verdade formal”, pouco importando, se em relação aos representantes comerciais, eventuais provas poderiam revelar ou não um cenário fraudulento, em franca lesão perturbadora ao efetivo acesso à Justiça justa e ao direito de ampla defesa e contraditório, assim como se chancelou uma “leitura interpretativa meramente administrativa” para, em nome da “defesa do bem público”<sup>83</sup>, desconsiderar que a fase pré-contratual estava, sim, dentro do contexto da relação de trabalho, inclusive em relação ao caráter personalíssimo.

Ao invés de dignificar a pessoa humana do obreiro, entendeu-se melhor invisibilizar o trabalho humano e menosprezar o trabalhador, quebrando com toda a lógica do ordenamento jurídico (criado para proteger o ser humano), para admitir assustadoramente que a atividade cumprida pelo representante comercial não era trabalho; que nenhum obreiro tratado pela legislação analisada estaria submetido à relação de emprego ocultada pelos empregadores, a exigir pelo menos a chance de produção de prova em contrário; e que a compe-

---

81 Brasil. Supremo Tribunal Federal. RE 606.003/RS. Relator: Ministro Marco Aurélio – Tribunal Pleno. Redator do acórdão: Ministro Roberto Barroso. DJE 14 out 2020. p. 2. Acessível em:

<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344673192&ext=.pdf>. Acesso em 03.11.2021.

82 Brasil. Supremo Tribunal Federal. RE 960.429/RN. Relator: Ministro Gilmar Mendes – Tribunal Pleno. DJE 14 out 2020. p. 2. Acessível em:

<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343547939&ext=.pdf>. Acesso em 03.11.2021.

83 COUTINHO, Grijalbo Fernandes. *Justiça política do capital: a desconstrução do direito do trabalho por meio de decisões judiciais*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021. p. 381.

tência material seria estabelecida pela natureza jurídica do direito a ser aplicado, mesmo sendo cediço que essa era determinada pela realidade trazida à baila.

Mesmo pressupondo a interpretação constitucional construíva uma análise específica, utilizando-se como parâmetro os “valores democráticos em que a constituição se baseia como o pluralismo político e a tolerância, bem como direitos fundamentais e devido processo legal”<sup>84</sup>, o resultado da apreciação pelo STF da ADC 48/DF, do RE 606.003/RS e do RE 960.429/RN, em 2020, não observou os limites impostos pela própria Constituição à jurisdição constitucional, posto que a Suprema Corte firmou tese de que não existência da relação de emprego, no que concernia ao Transportador Autônomo de Cargas - TAC e ao representante comercial autônomo, como se, respectivamente, os ditames abstratos da Lei 11.442/2007 e da Lei 4.886/65, por si só, fossem suficientes para conter toda a verdade fática e complexa do Direito do Trabalho sobre os temas, em contradição ao efetivo acesso à Justiça preconizado constitucionalmente, afora ter desconsiderando a opção do legislador constituinte derivado de concentrar toda análise de relação de trabalho, inclusive concernente à fase pré-processual da relação de emprego, junto à Justiça do Trabalho.

Na verdade, o STF tentou fazer parecer técnica a decisão política por meio de sentenças manipulativas, as quais transfiguraram não só o entendimento da Corte de que seus integrantes seriam “dotados de poder” constituinte derivado “reformador”<sup>85</sup>, mas também que o Tribunal Constitucional havia “adotado a premissa de que o Direito do Trabalho” constituía “empecilho ao desenvolvimento econômico”<sup>86</sup>.

O desrespeito pelo STF da exceção feita no inciso I do art. 109 da CF (com o intuito de preservar a competência da Justiça obreira

---

84 LANDA, César. Justicia constitucional y political questions. *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, n. 4, p. 201, 2000. p. 192. Acessível em: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1976077.pdf>. Acesso em: 06.11.2021. Tradução livre do texto: “...los valores democráticos em que se basa la Constitución, como el pluralismo y la tolerancia políticas, así como, los derechos fundamentales y el debido proceso legal...”.

85 VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*, São Paulo 4 (2), pp. 441-464, jul-dez 2008. p. 456. Acessível em: <https://www.scielo.br/j/rdgv/a/6vXvWwkg7XG9njd6XmBzYzQ/?lang=pt&format=pdf>. Acesso em 06.11.2021.

86 BERNARDES, Felipe. *O Direito do Trabalho no Supremo Tribunal Federal*. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 80.

quanto à relação de trabalho, até mesmo dos trabalhadores estatutários), evidenciou que houve invasão do ambiente político para mitigar competência material da Justiça do Trabalho, com base na “premissa de que a visão social das juízas e dos juízes do trabalho, fortemente influenciada por princípios do juslaboralismo”<sup>87</sup>, somente traria prejuízos ao crescimento econômico, haja vista a deflagração indireta de critérios que “preconizam a mínima intervenção estatal e a *emancipação do trabalhador*”, enquanto prevalece a “sociabilidade” como “um dos pilares do Código Civil de 2002”<sup>88</sup>.

Assim, restou mais que transfigurada a interpretação constitucional reducionista não autorizada pelo legislador constituinte derivado, com o claro intuito de fomentar a ideia inaceitável de que ao trabalhador caberia sempre um direito constitucional do trabalho mitigado ou “as sobras” do ordenamento jurídico, ante a constatação de que o mesmo sistema jurídico brasileiro reconheceria papel de destaque ao consumidor frente ao empresário, simplesmente por se tratar de relação de consumo.

Em decorrência, a eventual manutenção de interpretação pela Suprema Corte ultrapassando os limites constitucionais impostos à justiça constitucional, não só ferirá de morte o Princípio da Separação dos Poderes, haja vista a desconsideração da opção política feita pelos legisladores constituintes originários e derivados em relação à competência material da Justiça do Trabalho, mas também maculará a existência do Direito do Trabalho, como ciência autônoma dentro do mundo do Direito, e a Justiça do Trabalho como órgão integrante do Poder Judiciário, ante o desdém e desprezo para com as bases e princípios basilares dessa seara material e processual especializada.

## REFERÊNCIAS

---

ABELLÁN, Marina Felícia Gascón. Os limites da justiça constitucional: a invasão do âmbito político. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, vol. 3, n. 9, jan. 2009, Acessível em: <https://www.academia.edu/download/47333162/Revis-taBrasileiraEstudosConstitucionais.pdf>. Acesso em: 06.11.2021.

---

87 COUTINHO, Grijalbo Fernandes. *Justiça política do capital: a desconstrução do direito do trabalho por meio de decisões judiciais*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021. p. 342.

88 BERNARDES, Felipe. *O Direito do Trabalho no Supremo Tribunal Federal*. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 82.

- BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 2. ed. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.
- BERNARDES, Felipe. *O Direito do Trabalho no Supremo Tribunal Federal*. Salvador: Juspodivm, 2021.
- Brasil. Câmara dos Deputados. Exposição de motivos da EC n. 45, de 2004. ADI 492/DF. Relator: Ministro Carlos Velloso – Tribunal Pleno. DJ 12 mar 1993. p. 105-106. Acessível em:  
<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=26638>  
2. Acesso em 06.11.2021.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República. Acessível em:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 05.11.2021.
- Brasil. Supremo Tribunal Federal. ADC 48/DF. Relator: Ministro Roberto Barroso – Tribunal Pleno. DJE 19 mai. 2020. Acessível em:  
[https://www.trt6.jus.br/portal/sites/default/files/documents/adc\\_48\\_acordao.pdf](https://www.trt6.jus.br/portal/sites/default/files/documents/adc_48_acordao.pdf). Acesso em 03.11.2021.
- Brasil. Supremo Tribunal Federal. ADI 3.395/DF. Relator: Ministro Alexandre de Moraes – Tribunal Pleno. DJE 01 jul. 2020. Acessível em:  
<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753145850>. Acesso em 03.11.2021.
- Brasil. Supremo Tribunal Federal. RE 606.003/RS. Relator: Ministro Marco Aurélio – Tribunal Pleno. Redator do acórdão: Ministro Roberto Barroso. DJE 14 out 2020. Acessível em:  
<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344673192&ext=.pdf>. Acesso em 03.11.2021.
- Brasil. Supremo Tribunal Federal. RE 960.429/RN. Relator: Ministro Gilmar Mendes – Tribunal Pleno. DJE 14 out 2020. Acessível em:  
<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343547939&ext=.pdf>. Acesso em 03.11.2021.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 4. ed. Coimbra: Livr. Almedina, 2000. p. 1186.
- CALVET, Otavio Torres. O triste fim da Justiça do Trabalho: a super-hipossuficiência e a lei do retorno. *CONJUR*. Publicado em 20.04.2021. Acessível <https://www.conjur.com.br/2021-abr-20/trabalho-contemporaneo-triste-fim-justica-trabalho-super-hipossuficiencia-lei-retorno>. Acesso em 13.11.2021.
- CALVET, Otavio Torres. STF, Justiça do Trabalho e liberdade econômica. A lei mudou. E o juiz? *CONJUR*. Publicado em 30.03.2021. Acessível <https://www.conjur.com.br/2021-mar-30/trabalho-contemporaneo-stf-justica-trabalho-liberdade-economica-lei-mudou-juiz>. Acesso em 13.11.2021.
- VITAL, Danilo. STF vive disputa psicodélica de decisões com a Justiça do Trabalho, diz Gilmar. *CONJUR*. Publicada em 22.09.2021. Acessível em:  
<https://www.conjur.com.br/2021-set-22/stf-vive-disputa-psicodelica-justica-trabalho-gilmar>. Acesso em 06.11.2021.

- COUTINHO, Grijalbo Fernandes. *Justiça política do capital: a desconstrução do direito do trabalho por meio de decisões judiciais*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021.
- ECO, Umberto. *Os limites da interpretação*. São Paulo: Perspectiva, 1995, *apud* MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.
- Informação obtida junto ao site *CONJUR* e não confirmada junto ao site Data Lawyer Insights por se tratar este último de ambiente virtual privado e não gratuito. SALIBA, Ana Luisa. Decisões do STF tiram da seara trabalhista processos de R\$ 5 bilhões, aponta estudo. Publicada em 16.06.2021. Acessível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=390700>. Acesso em 04.11.2021.
- Informação obtida do site do CNJ/Justiça em Números. Relatório “*Justiça em Números 2021*”. Acessível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/relatorio-justica-em-numeros2021-081021.pdf>. Acesso em 03.11.2021.
- Informação obtida do site do TST/Estatística. *Relatório Geral da Justiça do Trabalho 2020*. Acessível em: <https://www.tst.jus.br/documents/18640430/27418815/RGJT+2020.pdf/a2c27563-1357-a3e7-6bce-e5d8b949aa5f?t=1624912269807>. Acesso em 03.11.2021.
- LANDA, César. Justicia constitucional y political questions. *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, n. 4, p. 173-204, 2000. p. 192. Acessível em: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1976077.pdf>. Acesso em: 06.11.2021.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial*. 2. ed. rev. Tradução por Bruno Miragem. Título Original: Teoría de la decisión judicial, 2008. São Paulo: RT, 2010.
- MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica, 2000. p. 312-313.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.
- PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- PERELMAN, Chaim. *Ética e direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- PRADO, Lídia Reis de Almeida. *O juiz e a emoção: aspectos da lógica da decisão judicial*. 5. ed. Campinas, SP: Millennium, 2010.
- SCHIAVI, Mauro. *Manual de direito processual do trabalho: de acordo com a reforma trabalhista*. 13. ed. São Paulo: LTr, 2018.
- TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*, São Paulo 4 (2), pp. 441-464, Jul-dez 2008. Acessível em:

<https://www.scielo.br/j/rdgv/a/6vXvWwkg7XG9njd6XmBzYzQ/?lang=pt&format=pdf>. Acesso em 06.11.2021.



## VII

# O uso do FPM – Fundo de Participação dos Municípios como garantia de empréstimos bancários

*The use of FPM – Municipal Participation Fund as a guarantee for bank loans*

*Fernando Facury Scaff<sup>1</sup>*

**Sumário:** I. O problema em questão; II. A natureza jurídica da operação de crédito realizada; III. A Liberdade do Legislador Orçamentário; a) A interpretação dos arts. 167, IV e 160, CF.; b) *Garantir não é gastar* e nem vincular receita a órgão ou a fundo; c) A autonomia municipal para uso de recursos *próprios* no oferecimento de *garantias*; d) As receitas transferidas estão afastadas do art. 167, IV, CF.; IV. A ADI 553 e a proibição de vinculação de receita a fundos; V. Como realizar o *empenho* nesses contratos; VI. Sobre o uso de *precatórios*; Conclusões

**Resumo:** Este texto analisa da possibilidade de os Municípios concederem recursos próprios, transferidos pela União e pelos Estados, através do FPM e de quotas-parte do ICMS, como *garantia* de empréstimos perante instituições financeiras. Analisa os arts. 167, IV e 160, CF e questões relativas à autonomia federativa municipal.

**Palavras-Chaves:** FPM, vinculação, contrato de mútuo, instituições financeiras

**Abstract:** This text analyzes the possibility for Municipalities to grant their own resources, transferred by the Union and the States, through the FPM and ICMS quotas, as guarantee for loans to financial institutions. Analyze the arts. 167, IV and 160, CF and issues related to municipal federative autonomy.

**Keywords:** FPM, financial binding, loan agreement, banking institutions

---

<sup>1</sup> Professor Titular de Direito Financeiro da Universidade de São Paulo. Sócio de *Silveira, Athias, Soriano de Mello, Bentes, Lobato & Scaff - Advogados*. Email: fernando.facury.scaff@usp.br

## I. O PROBLEMA EM QUESTÃO

---

01. Este texto analisa a possibilidade de utilização do FPM – Fundo de Participação dos Municípios, bem como de receitas municipais oriundas de transferências do ICMS (previstas nos artigos 158, IV, e 159, I, “b”, “d” e “e”, da Constituição Federal) como *garantia* para obtenção de empréstimos bancários pelos Municípios.

O problema reside em saber se há violação do art. 167, IV e do art. 160, ambos da Constituição, que vedam a utilização da receita de impostos para vinculações, excetuadas as estabelecidas naquelas normas.

Antecipando a conclusão da análise, entende-se que *vincular* se refere ao liame que une uma determinada fonte de receita a um gasto, o que, no art. 167, IV, CF, só existe para gastos com educação e saúde. Ademais, *garantir* não é *pagar*, pois os pagamentos serão realizados através das receitas próprias do Município. *Garantias* são usadas *ex post* e apenas em caso de inadimplência. Além disso, os arts. 167, IV e § 4º, e suas remissões, bem como o art. 160, CF, se referem a operações *interfederativas*, aquelas em que mais de um ente federado participa.

Enfim, observando a autonomia municipal no uso de recursos próprios, constata-se que não há impedimento ao uso desses recursos para oferecimento de garantia a operações de crédito, nos quais o ente federado subnacional apareça como mutuário.

## II. A NATUREZA JURÍDICA DA OPERAÇÃO DE CRÉDITO REALIZADA

---

02. Constata-se que existem requisitos prévios imprescindíveis para a contratação de contratos de mútuo entre um ente federado subnacional e uma instituição financeira, quais sejam: (1) obter autorização para o endividamento junto à Secretaria do Tesouro Nacional; (2) ser expressamente autorizado pelo Poder Legislativo, através de Lei, a se endividar até o montante pretendido; (3) e utilizar o valor de empréstimo no objeto delimitado na autorização legislativa efetuada e na forma e limites autorizados.

Tais contratos de mútuo realizados com Municípios, *após cumpridos os requisitos de Direito Financeiro acima indicados* – que são de ordem pública e dizem respeito ao Direito –, *se configuram como uma operação regulada de forma predominante pelo Direito Privado*, em suas características principais.

E, como regra, são utilizadas como *garantia do adimplemento*, receitas que receberá de forma *transferida* pela União e pelo Estado, representadas, respectivamente, pelas verbas que se constituem como *receitas próprias*, referentes ao Fundo de Participação dos Municípios (FPM) e pela *sua quota-parte* no ICMS, as quais podem ser utilizadas dentro de sua *autonomia constitucional* (art. 18, CF), no uso de seus *recursos próprios*.

Observe-se que são receitas *próprias* do Município as que a Constituição (1) lhe atribui o direito de cobrar *diretamente*, exercendo sua competência tributária, (2) e também as receitas *transferidas*, que a União e o Estado lhe repassam, através de mecanismos de federalismo fiscal cooperativo, ínsito ao sistema brasileiro. A somatória desses recursos se caracteriza como *receitas próprias municipais*, que, ao fim e ao cabo, são os mesmos utilizados para *pagar* e para *garantir* as operações de crédito realizadas, conforme será melhor exposto.

03. O tema em questão foi objeto de uma Representação formulada em 2018 pelo Ministério Público no âmbito do Tribunal de Contas da União - TCU (TC 005.218/2018-7), relatada inicialmente pelo Ministro José Múcio, que, após aposentadoria, foi substituído pelo Ministro Raimundo Carreiro, através da qual foi questionada a constitucionalidade das operações de crédito firmadas por entes subnacionais garantidas com recursos dos Fundos de Participação dos Estados (FPE) e dos Municípios (FPM) sem aval da União. O foco era a exegese do inciso IV e do § 4º do artigo 167 da Constituição Federal.

Dentre os pedidos formulados buscava-se que o TCU determinasse *cautelamente* que:

- As instituições financeiras controladas pela União se abstivessem de firmar contratos de financiamento com entes subnacionais tendo como garantia a vinculação de receitas de impostos, incluídas as recebidas do FPE e do FPM;
- E que o Banco Central do Brasil informasse a todas as instituições financeiras a impossibilidade de celebração com estados e municípios de operações de crédito tendo por garantia receitas oriundas de impostos, incluídas as recebidas do FPE e do FPM.

Em sua manifestação nos autos, o Banco Central informou que nessas operações de crédito:

- a) A inadimplência tem sido da ordem de 0,01%, tendo as garantias sido executadas sem dificuldades na grande maioria dos casos, quando necessário;
- b) O nível de comprometimento do fluxo mensal do FPE dos entes subnacionais ante as operações de crédito contratadas junto a instituições do Sistema Financeiro Nacional (SFN) é baixo, sendo, em média, comprometidos cerca de 6% dos recursos dos fundos para o pagamento de operações de crédito.

A decisão do TCU, proferida em 09/10/19, foi no sentido de indeferir os pedidos cautelares formulados, e tão somente recomendar o “acompanhamento dos riscos inerentes ao possível impacto fiscal do conjunto de operações de crédito lastreadas com recursos do FPE e do FPM, rejeitando a tese de inconstitucionalidade do procedimento”.

Nos qualificados debates realizados na Corte de Contas da União o foco foi o de identificar se a “natureza dos recursos do FPE e do FPM após suas respectivas transferências aos cofres das unidades da Federação se mantêm o atributo de impostos ou não”, o que, embora relevante, não parece ser o ponto central do problema a ser analisado, à luz dos elementos do presente caso.

04. No âmbito da AGU – Advocacia Geral da União foi exarado o Parecer GMF 07, datado de 26 de março de 2018, da lavra do Consultor da União André Rufino do Vale e do Consultor Geral da União Marcelo Augusto Carmo de Vasconcellos, que, analisando a matéria, afirmaram:

37. Como bem demonstrado na decisão acima, a retenção de cotas na situação de sua oferta pelos entes subnacionais em garantia de operações de crédito resulta do exercício da *autonomia federativa do ofertante*, mediante a feitura de negócio jurídico autorizado em lei com a instituição financeira eleita.

46. A adoção de medidas que na prática se traduzam em vedação de acesso ao crédito pelos entes subnacionais, sem amparo no texto constitucional, geraria uma situação de desequilíbrio federativo igualmente não desejável, *ofensiva à organização político-administrativa assegurada no art. 18 da Constituição*, comprometendo, inclusive, o princípio da segurança jurídica e o seu corolário do ato jurídico perfeito. (grifos apostos)

05. Embora semelhante o debate, não se trata de questão idêntica à que ora se analisa, pois seu foco foram as operações de créditos inter-

federativas, aquelas que ocorrem com uma *contragarantia* financeira da União.

De fato, entende-se que a solução da questão ora sob análise, que envolve instituição financeira e o oferecimento de garantia por parte de ente federado municipal passa pela interpretação de diferentes pontos:

- 1) Identificação do que seja *vinculação* para fins de Direito Financeiro, e diferenciá-la do conceito de *garantias*, ambas previstas em diferentes artigos da Constituição, em especial no art. 167, IV;
- 2) Distinguir o que é *pagamento* da dívida contraída através de contratos de mútuo, do que é *garantia* ofertada para pagamento da dívida, pois se constituem diferentes institutos, com diferentes alcances, sendo que, na última *ratio*, são os mesmos recursos a serem utilizados tanto para *pagar* quanto para *garantir* o empréstimo obtido;
- 3) Distinguir no ordenamento jurídico referente à matéria, o que se refere à dívida *interfederativa*, e o que é *dívida de mercado*, na qual não há participação cruzada entre os entes políticos federados; e
- 4) O respeito à autonomia federativa do ente político, no uso de seus recursos próprios.

### III. A LIBERDADE DO LEGISLADOR ORÇAMENTÁRIO

---

#### III.a) A interpretação dos arts. 167, IV e 160, CF

---

06. O deslinde do problema passa pela compreensão dos conceitos de *vinculação* e de *garantia* que são mencionados na Constituição Federal no art. 167, IV (o qual faz remissão ao seu próprio § 4º e ao art. 165, § 8º), bem como no art. 160.

07. Inicia-se a análise pelo art. 167, CF, que prescreve:

Art. 167. São vedados:

IV - A *vinculação* de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, *ressalvada* a repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os arts. 158 e 159, a destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde, para manutenção e desenvolvimento do ensino e para realização de atividades da administração tributária, como determinado, respectivamente, pelos arts. 198, § 2º, 212 e 37,

XXII, e a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, previstas no art. 165, § 8º, bem como o disposto no § 4º deste artigo; (grifos apostos).

Os grifos acima lançados na transcrição do art. 167, IV, CF, apontam desde logo para dois institutos diferentes: (1) vinculação e (2) prestação de garantias, dentre outros<sup>2</sup>.

A referida norma, para ser bem compreendida, deve ser lida de modo fracionado, dividida em diferentes partes, assim:

1) É vedada a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa;

2) Ressalvadas:

a. A repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os arts. 158 e 159;

b. A destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde, (como determinado) pelo art. 198, § 2º; e (a destinação de recursos) para manutenção e desenvolvimento do ensino (como determinado) pelo art. 212;

c. (A destinação de recursos) para realização de atividades da administração tributária, como determinado, pelo art. 37, XXII;

d. E a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, previstas no art. 165, § 8º, bem como o disposto no § 4º deste artigo.

Na primeira parte da norma está afirmado o que se denomina *Liberdade do Legislador Orçamentário*, conhecido também pelo nome de *não-afetação*, pois consagra que o legislador eleito possa dispor de toda a massa de recursos arrecadados para fazer frente ao plano de governo e às políticas públicas com as quais se comprometeu durante a campanha eleitoral. Exatamente por isso é que tais recursos *não são afetados a despesas específicas*, devendo a receita estar liberada para a execução dos planos de governo dos representantes eleitos.

Há um sentido de *proteção financeira intergeracional* nesse dispositivo, conforme consta expressamente no seguinte trecho que une o *caput* à primeira frase do inciso IV (“São vedados a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa”).

---

<sup>2</sup> Esta distinção foi exposta com maior detalhamento na obra: SCAFF, Fernando Facury. *Orçamento Republicano e Liberdade Igual*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2018.

Este mesmo inciso consagra *exceções*, determinadas pelo vocábulo “*ressalvadas*”, constante do texto. Tais ressalvas demonstram que a *Liberdade do Legislador Orçamentário* não é completa, pois existem algumas despesas que devem ter fonte específica de financiamento, motivo pelo qual se tornam *vinculadas*.

Nas *vinculações*, há um *liame* que *une* uma fonte de receita e uma específica espécie de gasto público, na qual tais recursos obrigatoriamente devem ser despendidos – é o caso dos setores de *educação* e de *saúde*.

Adiante retornaremos a este ponto. Por ora, analisemos as *exceções* referidas na norma.

08. Constam as seguintes exceções no art. 167, IV, CF, *observando desde já que nem todas se caracterizam como “vinculações” no exato sentido técnico da palavra*, conforme se demonstra:

a) *A primeira das exceções* diz respeito à frase: *ressalvadas “a repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os arts. 158 e 159”*, que, a rigor, se refere às transferências intergovernamentais, entregues pela União aos Estados e aos Municípios, através dos Fundos de Participação dos Estados (FPE) e dos Municípios (FPM), que se constituem em uma das características do *federalismo fiscal brasileiro*.

Na verdade, não se trata de uma *vinculação*, mas da reafirmação de uma destinação de recursos, *ínsita ao modelo federativo brasileiro*, os quais se tornam de uso *livre* ao serem recebidos pelos entes federados intermediários (Estados) e locais (Municípios), e comporão a *Liberdade do Legislador Orçamentário* desses entes políticos, pois se constituem como suas *receitas próprias*.

b) *A segunda exceção* trata da “destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde, para manutenção e desenvolvimento do ensino e para realização de atividades da administração tributária, como determinado, respectivamente, pelos arts. 198, § 2º, 212 e 37, XXII”.

i. Aqui se verifica uma *vinculação* de recursos para o financiamento da saúde e da educação, conforme determinado pelo art. 198, § 2º e pelo art. 212, CF;

ii. E, embora no mesmo contexto, sem se caracterizar como uma *vinculação*, se verifica uma *recomendação de pri-*

*oridade* no que se refere à “realização de atividades da administração tributária, como determinado”, pelo art. 37, XXII”

Qual a diferença entre estes dois institutos, o da *vinculação* e o do *privilegiamento* financeiro?

1. No primeiro, onde se identifica uma *vinculação*, há um *liame* que une uma fonte de receita e uma específica espécie de gasto público, na qual tais recursos obrigatoriamente devem ser despendidos– como se vê para *educação* e *saúde*;

2. No segundo *não* se identifica uma *vinculação*, pois a norma referida, o art. 37, XXII, CF,<sup>3</sup> apenas aponta uma espécie de *prioridade* na alocação de recursos, ao mencionar que “as administrações tributárias (...) terão recursos *prioritários* para a realização de suas atividades...”.

Logo, aqui não há uma *vinculação* por *carência de liame financeiro entre receita e despesa específicas*, havendo apenas uma *recomendação de priorização* dessas atividades em face das demais, por não haver *uma fonte específica de recursos* para financiar estas atividades de administração tributária. Não há *liame* entre *receita* e *despesa*.

09. Todavia, não são apenas estas as exceções constantes do art. 167, IV, CF. O texto prossegue ressaltando *as garantias*, isto é, *permitindo que elas sejam prestadas nas operações de crédito que forem realizadas*, isto é, a *outra exceção*:

1. *Permite* “a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, previstas no art. 165, § 8º, bem como o disposto no § 4º deste artigo”.

Antes mesmo de analisar as duas *remissões normativas* (art. 167, § 4º e art. 165, § 8º, CF), deve-se observar que *é permitido* o oferecimento de *garantias* nas operações realizadas através de *antecipação de receita orçamentária*, pois estas se caracterizam como operação financeira de *hot money*, aquele valor que se obtém para pagamento em curto prazo, o que é característico das operações de ARO – Anteci-

---

3 Art. 37, XXII: “As administrações tributárias da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, atividades essenciais ao funcionamento do Estado, exercidas por servidores de carreiras específicas, terão recursos prioritários para a realização de suas atividades e atuarão de forma integrada, inclusive com o compartilhamento de cadastros e de informações fiscais, na forma da lei ou convênio”.

pação de Receita Orçamentária, *rigidamente* reguladas pelo art. 38 da Lei de Responsabilidade Fiscal<sup>4</sup>, e tratadas de modo interfederativo pelos arts. 167, IV e § 4º, e art. 160, CF.

Embora importante, esta ressalva não esgota a análise em apreço, pois, o que se analisa é uma operação de crédito de *longo prazo*, que nada tem a ver com as operações de *antecipação de receita* previstas no art. 38 da LRF, que, em seu texto, as conceitua como aquelas destinadas a atender insuficiência de caixa *durante o exercício financeiro* e cumprirá as exigências mencionadas no art. 32, dentre outras.

A questão que remanesce, e que será analisada adiante, é: *A Constituição permite o oferecimento de garantias em operações financeiras* que (1) não se caracterizam como antecipação de receita orçamentária e (2) que não se refiram a operações interfederativas, (3) realizada através de recursos próprios? Este é o problema a ser enfrentado.

10. O que dizem as duas remissões efetuadas pela parte final do art. 167, IV, ora sob análise?

1ª) *Art. 167, § 4º, CF*<sup>5</sup>: É translúcida a constatação que tal norma se refere a operações entre a União e os demais entes federados, permitindo que os recursos mencionados sejam utilizados para pagamento de débitos destes para com a União e para prestar-lhe garantia ou contragarantia.

Logo, o texto *não* diz respeito ao caso em apreço, pois o que se analisa *não* se refere a uma operação de financiamento *interfederativo*, como seria entre a União e o Município. Isso se

4 LRF, art. 38: A operação de crédito por antecipação de receita destina-se a atender insuficiência de caixa durante o exercício financeiro e cumprirá as exigências mencionadas no art. 32 e mais as seguintes: I - realizar-se-á somente a partir do décimo dia do início do exercício; II - deverá ser liquidada, com juros e outros encargos incidentes, até o dia dez de dezembro de cada ano; III - não será autorizada se forem cobrados outros encargos que não a taxa de juros da operação, obrigatoriamente prefixada ou indexada à taxa básica financeira, ou à que vier a esta substituir; IV - estará proibida: a) enquanto existir operação anterior da mesma natureza não integralmente resgatada; b) no último ano de mandato do Presidente, Governador ou Prefeito Municipal.

5 Art. 167, § 4º: É permitida a vinculação das receitas a que se referem os arts. 155, 156, 157, 158 e as alíneas “a”, “b”, “d” e “e” do inciso I e o inciso II do caput do art. 159 desta Constituição para pagamento de débitos com a União e para prestar-lhe garantia ou contragarantia.

denota nas expressões “para pagamento de débitos com a União” e “para prestação de garantia e contragarantia” pela União.

No caso, se analisa um contrato de financiamento entre um banco e um Município – *portanto, a norma do art. 167, § 4º, CF, é inaplicável à espécie.*

2ª) O art. 165, § 8º, CF<sup>6</sup>- Prevê o Princípio da Exclusividade da Lei Orçamentária, determinando que ela não conterà dispositivo estranho à previsão da receita e à fixação da despesa.

Trata-se de dispositivo que indica a possibilidade de serem incluídas as operações de crédito no orçamento, mesmo aquelas “por antecipação de receita”, nos termos da lei. Aspecto irrelevante na análise do caso em apreço.

11. O outro dispositivo constitucional a ser analisado, e que diz respeito às operações de garantia e contragarantia, consta do art. 160, *literis*:

Art. 160. É vedada a *retenção* ou *qualquer restrição* à entrega e ao *emprego* dos recursos atribuídos, nesta seção, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, neles compreendidos adicionais e acréscimos relativos a impostos.

Parágrafo único. A vedação prevista neste artigo *não impede a União e os Estados* de condicionarem a entrega de recursos:

I - Ao pagamento de seus créditos, inclusive de suas autarquias;

II - Ao cumprimento do disposto no art. 198, § 2º, incisos II e III.

Aqui a situação é ainda mais nítida, pois a norma indubitavelmente se refere às *relações interfederativas*, nas quais deve constar obrigatoriamente um dos entes políticos como *transferidor* dos recursos, notadamente a União (que é o *sujeito oculto* da frase), podendo ser também os Estados, e como *receptores* os Municípios, podendo ser também os Estados, quando o transferidor for a União. *Só quem transfere é que pode reter ou restringir a entrega ou criar embaraço ao emprego dos recursos pelos entes receptores da transferência.*

---

6 Art. 165, § 8º - “A lei orçamentária anual não conterà dispositivo estranho à previsão da receita e à fixação da despesa, não se incluindo na proibição a autorização para abertura de créditos suplementares e contratação de operações de crédito, ainda que por antecipação de receita, nos termos da lei.”

Essa norma foi inserida no texto originário da Constituição, sob outra redação, com o intuito expresso de afastar práticas muito usuais do regime militar precedente, que muitas vezes, sem amparo normativo, bloqueava tais transferências *intergovernamentais*, isto é, *entre diferentes níveis de governo*, se caracterizando como uma norma que preside tais movimentações de recursos *entre governos* – leia-se: entre os entes políticos federados.

O artigo passou a ter a redação atual, acima transcrita, em decorrência da enorme crise política ocorrida no início deste século entre a União, durante o governo de Fernando Henrique Cardoso, e o Estado de Minas Gerais, então governado por Itamar Franco, acerca da dívida *interfederativa*. A partir de então passou a ser permitido o bloqueio pelo ente político *transferidor* ao ente político que recebe as verbas *transferidas*, em determinadas situações.<sup>7</sup>

Ressalte-se que a norma permanece regulando as relações *interfederativas*, *jamaís tendo se referido às relações de cada ente político com o mercado, utilizando suas receitas próprias, ao exercer sua autonomia constitucional* – aspecto *relevantíssimo para a análise presente*.

### **III.b) Garantir não é gastar, e nem vincular receita a órgão ou a fundo**

12. Afastadas as *exceções* e as *remissões* constantes do art. 167, IV, bem como analisado o art. 160, todos da CF, é necessário retornar à regra geral, da *Liberdade do Legislador Orçamentário*, constante da primeira parte do preceito, para afirmar que:

- 1<sup>a</sup>) Por um lado, *garantir não é gastar, despende, realizar despesas*. Não há, no caso em apreço, vinculação de receita de impostos *nem a órgão, nem a fundo e muito menos a despesas*;
- 2<sup>a</sup>) Oferecer *garantia* não se configura *vinculação*, no sentido técnico da palavra, que é um *liame* entre uma determinada fonte de receita a um específico órgão, fundo ou despesa;
- 3<sup>a</sup>) *Garantir não é pagar*. Não há uma *despesa* vinculada ao pagamento de um débito, mas uma *garantia*.

*Garantir*, no sentido técnico de operações de crédito, significa propiciar maior segurança ao credor ou eliminar risco

---

<sup>7</sup> Ver FONSECA, Rafael Campos Soares da. *Judicialização da Dívida Pública Federativa no Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2022.

existente em sua posição. *O pagamento* na operação sob análise é assegurado pelo *empenho*, sendo a utilização da *garantia* um reforço *colateral* na operação, a ser utilizada em caso de inadimplência.

4ª) A *despesa*, na operação sob análise, ocorrerá através de (a) receitas próprias do ente político *Município*, (b) que serão empenhadas (art. 58, Lei 4.320/64<sup>8</sup>), (c) no âmbito de sua autonomia federativa (art. 18, CF);

Nesse sentido, não está sendo criada uma *vinculação* para o *pagamento* de uma *despesa corrente* (pagamento da dívida), pois será *paga* por meio de *receitas municipais*, devidamente *empenhadas*, no âmbito de sua autonomia federativa.

Oferecer uma *garantia* significa que ela só será utilizada se a *fonte* das *receitas próprias secara* tal ponto que os compromissos assumidos e assegurados pelo empenho não puderem ser realizados. Logo, no caso, não está sendo criada uma *vinculação (liame)* que una uma *receita* a uma *despesa*, pois estas (despesas) estão asseguradas pelo *empenho*, que só pode ser *desonrado*, se a *fonte* de recursos *secar* – hipótese cerebrina, jamais ocorrida, equivalente à completa exaustão das receitas, o que o *federalismo cooperativo brasileiro* não admite. Não há *falência de ente público* no Brasil – diversamente do que ocorre em outros países, como nos EUA.

Apenas nesta hipótese *teórica*, é que o *colateral garantidor* será utilizado. Porém, mesmo neste caso, não se há de falar em *vinculação* de uma *receita* a uma *despesa* – pois estas, repete-se, serão pagas através de receitas próprias, servindo a *garantia* apenas como um *apêndice* do *pagamento* – e que são oriundas da mesma *fonte de receita*.

Portanto, *ultrapassados os requisitos de Direito Financeiro*, que devem ser integralmente cumpridos, tais contratos são regidos de forma predominante pelas normas de Direito Privado, não havendo na situação sob análise nenhuma norma que impeça o oferecimento de *garantia* pelo Município decorrente do FPM ou de *suas* quotas-parte no ICMS, pois se trata de *receita própria*, a despeito de ser transferida

---

<sup>8</sup> Lei 4.320/64, Art. 58: O empenho de despesa é o ato emanado de autoridade competente que cria para o Estado obrigação de pagamento pendente ou não de implementação de condição.

pelos entes políticos União e Estado, dentro do sistema de federalismo fiscal cooperativo brasileiro.

O que se verifica é o uso desses recursos como *garantia de um contrato de mútuo de dinheiro*, através do qual são utilizados *recursos próprios* do ente político Município para garantir a operação financeira, no âmbito de sua autonomia federativa, realizando operações *de mercado*. *O uso da expressão vinculação, no caso em apreço, está sendo empregado em sentido lato, atécnico.*

13. Através do *pagamento* se quita, de forma parcial ou total, a dívida contraída, cujo objeto contratado foi entregue *antecipadamente*. Para os pagamentos no setor público é necessário que haja *empenho*, na forma e prazos estabelecidos, que devem ser consentâneos com o início do desembolso pelo ente público. Logo, *in casu*, o *empenho*, e o conseqüente *pagamento*, devem ser realizados *após* o prazo de carência eventualmente estabelecido, por exemplo, de 48 meses –, respeitado o pagamento dos *juros*, dentro desse período.

Por outro lado, a *garantia financeira* tem a função explícita de suportar eventual inadimplência contratual, na forma e prazos contratados. Como os contratos de mútuo de dinheiro, possuem a característica de entrega *antecipada* dos valores pelo mutuante (entidade financeira) ao mutuário (Município), o que resta de compromisso é o *pagamento* do mútuo, jamais a discussão da entrega dos valores contratados, pois esta, como referido, é antecipada ao Poder Público em face da característica do contrato adotado.

Seria de um formalismo ímpar considerar que *as mesmas verbas* que serão utilizadas para *pagamento* não possam ser utilizadas para *garantir* a dívida em caso de inadimplência.

14. *Garantia* corresponde ao que Pontes de Miranda denomina de *prestação de segurança*, isto é, “o reforçamento de algum direito, ordinariamente crédito”, e a caracteriza como “segurança consignativa ou simplesmente *consignação* (não se há de confundir com a *consignação* em pagamento) que é a prestação de garantia”.

E adverte: “*a consignação em segurança garante, não solve*. O devedor pode solver a dívida; o credor pode remitir o crédito, transfe-

ri-lo – a consignação não libera, somente garante. No direito brasileiro, tal consignação não dá ao credor direito de penhor.”<sup>9</sup>

Orlando Gomes<sup>10</sup> leciona que existem contratos principais e acessórios, existindo contratos que dependem da existência de outros. “A função predominante dos contratos acessórios é garantir o cumprimento de obrigações contraídas em contrato principal, como o penhor, a anticrese, a hipoteca, a fiança e a caução, mas não são apenas acessórios os contratos de garantia, senão todos os que têm como pressuposto outro contrato”.

Para Carlos Alberto Gonçalves<sup>11</sup>, “o contrato de financiamento pode vir conjugado a outras operações acessórias, sendo a mais comum o mandato, para que o banco represente o financiado junto a devedores deste. O banco financiador cobrará do financiado uma taxa a título de execução do mandato. É também chamado de adiantamento, porque o banco antecipa numerário sobre créditos que o cliente, pessoa física ou jurídica, possa ter”.

Destaca-se ainda comentário de Wagner Barreira, afirmando que o contrato de garantia tem natureza acessória, pois, “na verdade, o vínculo que elas criam, não pode existir autônoma ou independentemente. Pressupõe, pelo contrário, a existência de uma relação anterior.”<sup>12</sup>

A própria Lei de Responsabilidade Fiscal, em seu art. 29, IV, conceitua: “concessão de garantia: compromisso de adimplência de obrigação financeira ou contratual assumida por ente da Federação ou entidade a ele vinculada”, o que não possui correlação com a situação em apreço.

Repete-se: não tem cabimento cogitar que, as mesmas verbas utilizadas para *pagamento* não possam ser utilizadas para *garantir* a dívida em caso de inadimplência. Registre-se ainda que não se está defronte a uma questão de dívida *interfederativa* e muito menos de *garantias ou contragarantias interfederativas*. A situação sob análise

---

9 MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado, tomo XXII*. Atualizado por Nelson Nery Jr e Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: RT, 2012, p. 396/397.

10 GOMES, Orlando. *Contratos*. 26<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro, Forense, 2009, p. 93.

11 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Coleção Direito civil brasileiro - Contratos e atos unitários*, 17<sup>a</sup> ed. São Paulo, Saraiva Educação, 2020, v. 3, p. 668.

12 BARREIRA, Wagner. Garantia Fidejussória. Verbete. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, s/d, vol. 39, p. 351.

diz respeito a operações que, cumpridos e ultrapassados os requisitos de Direito Financeiro (Direito Público) se regem *predominantemente* pelas normas de Direito Privado.

Logo, o *pagamento* (momento de adimplência *future* das parcelas contratadas, referente aos valores entregues no *passado* pela instituição financeira) será realizado através das *mesmas receitas próprias* que servem para *garantir* o adimplemento dessas parcelas.

Considerar que estas receitas – as mesmas – podem servir para *pagar* e não servir para *garantir* é jogar por terra qualquer possibilidade de interpretação razoável da Constituição, contrariando aquilo que o Ministro Eros Grau afirmou na ADPF 101 sobre o processo de exegese do Direito:

*Não se interpreta o direito em tiras; não se interpreta textos normativos isoladamente, mas sim o direito, no seu todo --- marcado, na dicção de Ascarelli, pelas suas premissas implícitas. (grifos apostos)*

### **III.c) A autonomia municipal no uso de recursos *próprios***

15. Os recursos próprios de cada ente político federado brasileiro são determinados por dois tipos de fórmulas financeiras, fruto do federalismo *cooperativo*:

- 1) Regras de competência impositiva própria, que correspondem aos *tributos cobrados diretamente*; e
- 2) Regras de rateio do produto arrecadado, que correspondem às *receitas transferidas*.

As regras de *competência federativa* são mais facilmente compreendidas pela análise dos artigos 153, 155 e 156 da Constituição, que preveem a *possibilidade de cobrança dos seguintes tributos*:

- a) *Art. 153, CF*: Competência impositiva da União para instituir e arrecadar imposto sobre a renda, imposto sobre importação e sobre a exportação, IOF, IPI, ITR, imposto sobre grandes fortunas, taxas, contribuições de melhoria, empréstimos compulsórios, contribuições diversas e contribuições sociais. Há ainda a competência para a imposição de impostos extraordinários e a competência residual (art. 154, CF).
- b) *Art. 155, CF*: Competência impositiva dos Estados e do Distrito Federal para instituir e arrecadar ICMS, IPVA e ITCMD, taxas, contribuições de melhoria e contribuições previdenciárias de seus servidores; e

c) *Art. 156, CF*: Competência impositiva dos Municípios e do Distrito Federal para arrecadar IPTU, ISS e ITBI, taxas, contribuições de melhoria e contribuições previdenciárias de seus servidores.

Existem ainda as regras *de rateio do montante arrecadado*, pelas quais uma parte do que é arrecadado por um ente político é *obrigatoriamente transferida* a outros entes federados. Apenas a título de exemplo, relacionam-se:

a) *Art. 159, I, "a", CF*: Fundo de Participação dos Estados, de caráter *redistributivo*, com verba oriunda da arrecadação do IPI e do IR;

b) *Art. 159, I, "b", CF*: Fundo de Participação dos Municípios, também de caráter *redistributivo*, com verba oriunda da arrecadação do IPI e do IR;

c) *Art. 158, IV, CF*: De caráter redistributivo, que os Estados distribuem aos Municípios, referentes à *quota-parte* de cada qual na arrecadação do ICMS;

d) *Art. 158, III, CF*: Referente ao rateio de IPVA, com distribuição direta aos Municípios onde cada veículo for licenciado.

Os exemplos deste segundo grupo poderiam se multiplicar, mas os que foram apresentados demonstram que as receitas *próprias* de cada ente federado são compostas pelo conjunto dos dois instrumentos arrecadatórios acima descritos: (1) o referente às *competências impositivas próprias*, e (2) somado ao que se refere às receitas *transferidas* em razão de critérios *interfederativos*.

16. Aqui se verifica a questão da *autonomia* de cada ente político da federação brasileira, princípio constitucional, que se identifica desde o art. 1º, CF<sup>13</sup>, sendo asseverada no art. 18 de nossa Carta<sup>14</sup> e discriminada em seu art. 30, *litteris*:

Art. 30. Compete aos Municípios:

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

14 CF art. 18: A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.

III. instituir e arrecadar os tributos de sua competência, *bem como aplicar suas rendas*, sem prejuízo da obrigatoriedade de prestar contas e publicar balancetes nos prazos fixados em lei; (grifos apostos)

Não há sombra de dúvidas de que a autonomia municipal é um princípio constitucional, ínsito ao federalismo brasileiro, que contemplou o Município como ente político federado que possui *autonomia* “para instituir e arrecadar os tributos de sua competência”, mas também para a *realização dos seus gastos*, o que se destaca na expressão: “*bem como aplicar suas rendas*”.

Regis Fernandes de Oliveira<sup>15</sup>, ao comentar sobre o federalismo brasileiro, assinala como uma de suas características o fato de os entes políticos serem autônomos, isto é:

Têm eles o direito de regular seus próprios interesses, mediante normas jurídicas por eles próprios editadas. *Gozam de competência legislativa e, pois, política própria. Ademais, têm previstos os serviços que devem prestar. De seu turno, não lhes basta cuidar de seus próprios interesses e terem seus próprios serviços. Imprescindível é que possuam receitas suficientes e próprias para buscarem cumprir as finalidades previstas no texto solene da Constituição.* (grifos apostos)

O STF, em decisão proferida na ACO 3.333, em 24/05/21, através do voto do Ministro relator, Gilmar Mendes, afirmou que:

A Federação tem como um de seus elementos estruturantes o reconhecimento de autonomia política aos entes subnacionais. *E não há autonomia real sem autonomia financeira, isto é, os estados e os municípios precisam dispor de recursos próprios e suficientes para fazer frente aos seus misteres institucionais.*

(...)

*De nada adianta o zelo na partilha de competências constitucionais entre os diversos entes federativos, se essa repartição não for acompanhada da divisão de recursos próprios e suficientes para fazer frente as diversas tarefas que lhes foram conferidas pelo Poder Constituinte.* As competências constitucio-

---

15 OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de Direito Financeiro*, 6ª ed. São Paulo: RT, 2014, p. 104.

nais esvaziam-se sem as condições materiais para o seu exercício. (grifos apostos)

A Constituição assegura a autonomia municipal como um princípio, atribuindo receitas próprias aos Municípios, e permitindo que, com elas, exerça as funções que lhe foram atribuídas pelos constituintes.

17. É através dos *empréstimos* que se pode realizar os *investimentos públicos*. Como qualquer operação de crédito, os empréstimos públicos têm um caráter *intertemporal*.

De fato, os investimentos poderiam ser custeados através de receitas tributárias *correntes* (isto é, *usuais* ou *rotineiras*), porém isso acarretaria pelo menos dois problemas: (1) as obras demorariam muito a serem iniciadas e concluídas, pois dependeriam de recursos poupados ou retirados dos gastos correntes, sobrando apenas uma pequena fração para a gama de investimentos necessários, cuja execução se prolongaria ao longo do tempo; e (2) haveria muita incerteza quanto à fonte de financiamento, pois as receitas tributárias podem variar no tempo, e os diversos governos poderiam estabelecer diferentes prioridades, diversas daquelas que ensejaram a realização do investimento em curso. Estes dois fatores acarretariam *aumento de custos*, em face da *incerteza na manutenção do fluxo de pagamento* ao longo dos anos e da mudança de prioridades.

Logo, o usual é *antecipar no tempo* o financiamento necessário para o investimento a ser realizado, fazendo-o através de *empréstimos*, pois estes são disponibilizados *de imediato*, para pagamento *diferido* – o que deve ocorrer através de receitas tributárias. Ou seja, *o pagamento do empréstimo se dá através das receitas tributárias correntes, mas não são diretamente financiados por estas, mas intermediados pela dívida contratada*. Exatamente por isso que se costuma dizer que *a dívida pública é a contrapartida da antecipação dos tributos, pois se compromete hoje uma parte da arrecadação tributária futura, com o pagamento do empréstimo já obtido*.

Aliomar Baleeiro<sup>16</sup> aponta com precisão a característica *intertemporal* das dívidas públicas, que devem ter por base *despesas de capital*, afirmando:

---

16 BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à ciência das finanças*, 16ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 475 e 477

O *crédito público* (é) um processo de *repartição de encargos governamentais no tempo*, em contraste com a *tributação*, que divide os mesmos gravames apenas *entre indivíduos e classes do presente*.

(...)

A *dívida pública* havia de ser reservada aos investimentos *duráveis, que concretizam capital fixo e útil a ser legado aos vindouros*. Estradas de ferro ou de rodagem, canais, portos equipados, fortificações, a utensilagem material dos transportes e comunicações ou, então, os investimentos reprodutivos, isto é, autoliquidáveis do patrimônio público, constituíam o campo legítimo de aplicação dos empréstimos.

(...)

O *empréstimo e o imposto, como processos de repartição do custo do funcionamento do governo, não são bons ou maus, como fim em si mesmo, mas simples meios de ação* de acordo com o rendimento ótimo, bom, sofrível ou péssimo da política e da Administração. (grifos e parêntesis apostos)

Para que não haja empréstimos para a realização de *despesas correntes* – leia-se: despesas usuais, de manutenção da máquina administrativa – é que a Constituição instituiu a *regra de ouro*, inserindo-a no art. 167, III, que veda “a realização de operações de créditos que excedam o montante das despesas de capital”.

### **III.d) As receitas transferidas estão afastadas das limitações do art. 167, IV, CF**

18. A jurisprudência do STF é pacífica no sentido de que não há ofensa ao art. 167, IV da CF quando o Município utiliza receita *transferida* de ICMS para liquidação de débitos, uma vez que a vinculação vedada pelo texto constitucional diz respeito exclusivamente a *impostos próprios* (leia-se: *impostos arrecadados diretamente*) pelo ente.

Rel. Min. Marco Aurélio:

Acordo – Débito – ICMS – Participação do Município. Inexiste ofensa ao inciso IV do artigo 167 da Constituição Federal, no que utilizado o produto da participação do município no ICMS para liquidação de débito. *A vinculação vedada pelo Texto Constitucional está ligada a tributos próprios* (RE 184.116, Segunda Turma, DJ 16.2.2001).

Rel. Min. Cármen Lúcia:

Recurso Extraordinário. Constitucional e Tributário. Possibilidade de repasse de verbas do ICMS para pagamento de débito de energia elétrica pelo Município à concessionária. Precedente. Recurso provido. (...)

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que a Constituição da República *não proíbe que os Municípios vinculem as verbas, decorrentes de sua participação no Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS*, ao pagamento de débitos com a Companhia Estadual de Energia Elétrica. (RE 460.345, DJ 16/12/2009)

Neste mesmo sentido, vê-se o AC 421-MC – STF – Rel. Min. Celso de Mello, dentre vários.

19. Outros Tribunais seguem o entendimento consolidado do STF, no sentido de que a vedação da vinculação veiculada no art. 167, IV da CF é de *impostos próprios*, o que afasta sua incidência para as receitas *transferidas*, como é o caso da quota parte do ICMS no âmbito dos Municípios.

Em caso praticamente idêntico ao ora analisado, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região negou provimento a uma Ação Popular que objetivava a declaração de nulidade de contrato de operação de crédito em que o Município de Canoas vinculou como garantia da operação receitas de ICMS:

Remessa Necessária nº 5001774-34.2020.4.04.7112 – TRF4 – Decisão Monocrática Rel. Des. Ricardo Teixeira Do Valle Pereira:

Trata-se de ação popular movida por André Tadeu da Mota Florêncio em face do Município de Canoas/RS, e da Caixa Econômica Federal - CEF, objetivando a declaração de nulidade do Contrato de Financiamento nº 0521827-22, proveniente da Lei Municipal nº 6.243/2019, bem como a declaração incidental de inconstitucionalidade material da citada lei, que autorizou o Município de Canoas a contratar operação de crédito com a Caixa Econômica Federal, vinculando como garantia receitas futuras de impostos.

(...)

Está a suma. Passo a decidir.

(...)

Conforme bem pontuado na decisão citada, e em consonância com a decisão proferida no evento 17, o art. 167, IV, da Constituição Federal veda, de forma geral, a vinculação de

receitas de impostos a órgão, fundo ou despesa, mas ressalva as cotas de participação dos Municípios nos impostos da União e dos Estados, o que inclui as quotas do ICMS e do Fundo de Participação dos Municípios (arts. 158 e 159 da CF/88).

Ou seja, o que a Constituição proíbe é a vinculação da receita de impostos de competência tributária própria dos Municípios, permitindo expressamente, por outro lado, a vinculação de receitas provenientes da repartição constitucional de impostos de competência dos demais Entes Federativos (o que abrange as quotas do ICMS e do FPM), entre outras situações igualmente permissivas.

(...)

Ademais, a leitura atenta do dispositivo impugnado da lei municipal mostra que, na verdade, ele não estabelece a vinculação das receitas de Quotas de Participação do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços - ICMS; e das receitas de Quotas do Fundo de Participação dos Municípios - FPM. Apenas autoriza o Executivo Municipal a utilizar a receita desses recursos como garantia ao pagamento do principal, juros, tarifas bancárias e outros encargos da operação de crédito contratada com a Caixa. Não há vinculação propriamente dita, porque os recursos não estão predeterminados para serem utilizados no pagamento do financiamento contratado pelo Município.

(...)

Além disso, o Autor não apontou concretamente nenhum ato lesivo ao patrimônio público em decorrência da operação de crédito contratada pelo Município de Canoas com a Caixa. Pelo contrário, o que se tem nos autos é que a operação visa a melhorar a malha viária do Município e já está em curso desde agosto de 2019, não havendo motivos para anular o contrato, sobretudo porque inócua a vinculação de receitas de impostos à operação de crédito, conforme discorrido nesta decisão. *Face ao exposto, tenho por rejeitar a pretensão externada na Inicial.* (Remessa Necessária 5001774-34.2020.4.04.7112, Rel. Des. Ricardo Teixeira Do Valle Pereira, julgado em 06/06/2021)

O mesmo sentido pode ser encontrado no Acórdão proferido pelo *Plenário do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul*, na

Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 70081855421 – TJRS – Rel. Des. Francisco José Moesch:

Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei nº 3.951/2019, do Município de Sapucaia do Sul. Preliminar de Ilegitimidade Ativa. Superada. Arguição de impossibilidade jurídica do pedido. Rejeitada. Mérito. Inconstitucionalidade material não verificada. Violação do Princípio da Não Vinculação de receitas de impostos. Lei meramente autorizativa. Art. 167, IV e § 4º, da CF/88. Art. 154, IV e § 5º, da CE/89.

I. Lei Municipal nº 3.951/2019, do Município de Sapucaia do Sul, que autoriza o Poder Executivo a contratar operação de crédito com a Caixa Econômica Federal. *Autoriza, como forma de pagamento da operação de crédito, a utilização de receita tributária municipal, inclusive, quota-parte de repasse de ICMS e do Fundo de Participação dos Municípios.*

IV. *A Lei Municipal nº 3.951/2019 não oferece as receitas dos repasses como garantia vinculada ao contrato de crédito, mas, sim autoriza a Municipalidade a utilizar esses valores para amortizar a dívida. O que a CF/88 e a CE/89 vedam é a vinculação, ou seja, a imposição de destinação específica, obrigatória e pré-ordenada para a receita futura.* A Lei em comento apenas autoriza o Executivo Municipal a utilizar a receita. Não vincula, não afeta, não obriga, não impõe. Ausente inconstitucionalidade material. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada improcedente. Unânime. (Ação Direta de Inconstitucionalidade, Nº 70081855421, Tribunal Pleno, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Francisco José Moesch, Julgado em: 09-12-2019)

Logo, vê-se que é pacífica em diversos Tribunais a distinção acima efetuada entre receita arrecadada diretamente pelo ente federado (*impostos próprios*) e a receita *transferida* pelos demais entes, *afastando* destas a vedação imposta pelo art. 167, IV, CF.

#### **IV. A ADI 553E A PROIBIÇÃO DE VINCULAÇÃO DE RECEITA A FUNDOS**

20. Deve-se ainda analisar sobre a matéria a possível correlação com a ADI nº 553-RJ, em que foi relatora a Ministra Cármen Lúcia, julgada em 13/06/2018, que diz respeito à vinculação que a Constituição do Estado do Rio de Janeiro havia trazido em suas Disposições Transitórias, criando um Fundo de Desenvolvimento Econômico, voltado para o

apoio e estímulo de projetos de investimentos industriais prioritários do Estado, vinculando “recursos de, no mínimo, 10% do total anualmente transferido para o Estado, proveniente do Fundo de Participação dos Estados, previsto no artigo 159, inciso I, letra ‘a’, da Constituição da República, dos quais 20% (vinte por cento) se destinarão a projetos de microempresas e de empresas de pequeno porte”.

A decisão do STF foi no sentido de “serem inconstitucionais as normas que estabelecem vinculação de parcelas das receitas tributárias a órgãos, fundos ou despesas, por desrespeitarem a vedação contida no art. 167, inc. IV, da Constituição da República”, embora a norma, por ser transitória, já tivesse seus efeitos escoados no tempo, o que prejudicou a análise do mérito.

O caso *não* é paradigmático à análise em questão, pois *não há, na hipótese sob análise neste texto, a criação de um Fundo, que seria alimentado com tais receitas*, o que feriria o Princípio da Liberdade do Legislador Orçamentário, já exposto.

A situação sob análise *não vincula* no sentido técnico do Direito Financeiro, de criar um liame entre receitas e despesas, como era a proposta do Estado do Rio de Janeiro. No caso constata-se uma *garantia* financeira, o que é completamente diverso, pois será utilizada apenas em caso de inadimplência – trata-se de um contrato colateral, a ser usado com base nos mesmos recursos, e que se constitui em uma hipótese excepcional em contratos de mútuo de dinheiro, cujo objeto já foi cumprido pelo mutuante.

No caso da criação de um Fundo, haveria uma *vinculação* para *gastos futuros*, sendo que, no caso da *garantia*, ora presente, trata-se apenas de uma *medida assecuratória de um direito, cujo objeto principal se realizou no passado, pois, nos contratos de mútuo de dinheiro, o montante já foi entregue ao mutuário (Município) pelo mutuante (instituição financeira), e os pagamentos são diferidos no tempo – estes pagamentos, referentes a um objeto já entregue ao Poder Público, é que serão garantidos pela mesma fonte de recursos utilizada para o pagamento das parcelas.*

A linha de raciocínio que embasou o acórdão do STF na ADI 553 está voltada aos arts. 71 e 73 da Lei 4.320/64, que estabelece *vinculação dos saldos para o futuro*, violando a Liberdade do Legislador Orçamentário (art. 167, IV, primeira parte, CF):

Art. 71. Constitui fundo especial o produto de receitas especificadas que por lei se vinculam à realização de determina-

dos objetivos ou serviços, facultada a adoção de normas peculiares de aplicação.

Art. 73. Salvo determinação em contrário da lei que o instituiu, *o saldo positivo do fundo especial apurado em balanço será transferido para o exercício seguinte, a crédito do mesmo fundo.* (grifos apostos)

Logo, são institutos jusfinanceiros diferentes (vinculação *versus* garantia), que apontam para momentos temporais distintos (*fundo*, com efeitos futuros *versus* garantia, com efeitos *assecuratórios* de pagamentos *futuros*, em parcelas, de um montante já entregue no *passado*), o que afasta efeitos paradigmáticos ao acórdão referido.

## V. COMO REALIZAR O EMPENHO NESSES CONTRATOS

21. *Empenho*, como referido, é o ato administrativo financeiro através do qual se reservam valores para pagamento das despesas, sob condição de implementação contratual.<sup>17</sup> Trata-se de uma espécie de “reserva de valor” efetuado pelo Poder Público para custear os pagamentos decorrentes de uma contratação.

Pelo lado do Poder Público, esta reserva de valor denominada *empenho*, que é necessária à contabilização de todos os gastos, permite *adequado planejamento e controle financeiro*, pois segrega os recursos para pagamento e liberação tão logo as condições contratadas sejam implementadas, o que é atestado através de um ato financeiro denominado *liquidação*<sup>18</sup>, que nada mais é do que a confirmação de que as condições contratadas foram cumpridas.

Pelo lado do contratante, o *empenho* traz *segurança jurídica*, pois indica que o montante contratado foi reservado para pagamento, e que, uma vez realizado o serviço, ou entregue o bem objeto do con-

17 Lei 4.320/64, Art. 58: O empenho de despesa é o ato emanado de autoridade competente que cria para o Estado obrigação de pagamento pendente ou não de implementação de condição.

18 Lei 4.320/64: Art. 63. A liquidação da despesa consiste na verificação do direito adquirido pelo credor tendo por base os títulos e documentos comprobatórios do respectivo crédito. § 1º Essa verificação tem por fim apurar: I - a origem e o objeto do que se deve pagar; II - a importância exata a pagar; III - a quem se deve pagar a importância, para extinguir a obrigação. § 2º A liquidação da despesa por fornecimentos feitos ou serviços prestados terá por base: I - o contrato, ajuste ou acordo respectivo; II - a nota de empenho; III - os comprovantes da entrega de material ou da prestação efetiva do serviço.

trato, o valor será pago. Trata-se de uma espécie de *garantia* de que existe dinheiro para pagamento do que foi contratado e, mais ainda, que tais recursos estão reservados, não podendo ser utilizados em outros gastos.

Logo, o *empenho* é importante para os dois lados envolvidos na contratação pública, pois, sem ele, não podem ser realizadas despesas, conforme estabelece o art. 60 da Lei 4.320/64:

Art. 60. É vedada a realização de despesa sem prévio empenho.

§ 1º - Em casos especiais previstos na legislação específica será dispensada a emissão da nota de empenho.

§ 2º - Será feito por estimativa o empenho da despesa cujo montante não se possa determinar.

§ 3º - É permitido o empenho global de despesas contratuais e outras, sujeitas a parcelamento.

Seguramente deverá ser realizado um empenho para a despesa contratada, que se configura na reserva de valor para pagamento da parcela da operação de crédito, em especial porque se trata de uma operação de longo prazo para quitação. E deve fazê-lo utilizando-se do permissivo constante da Lei 4.320/64, art. 60, § 2º (empenho por *estimativa*, em face do longo prazo para pagamento) e do § 3º (empenho *global*, sem determinação do exato valor a ser dispendido a cada parcela a ser corrigida).

É curioso notar a diferença que a *temporalidade* acarreta nesse tipo de operação. Usualmente, nos contratos de engenharia ou de fornecimento de serviços ou compra de bens, a *liquidação* ocorre quando o bem é entregue, liberando o pagamento. No caso dos contratos de mútuo, os recursos mutuados são *antecipadamente* entregues pela instituição financeira, e a *liquidação*<sup>19</sup> deve ocorrer quando o dinheiro tiver sido recebido pelo ente público, e não a cada parcela paga.

---

19 Lei 4.320/64: Art. 62. O pagamento da despesa só será efetuado quando ordenado após sua regular liquidação. Art. 63. A liquidação da despesa consiste na verificação do direito adquirido pelo credor tendo por base os títulos e documentos comprobatórios do respectivo crédito. § 1º Essa verificação tem por fim apurar: I - a origem e o objeto do que se deve pagar; II - a importância exata a pagar; III - a quem se deve pagar a importância, para extinguir a obrigação. § 2º A liquidação da despesa por fornecimentos feitos ou serviços prestados terá por base: I - o contrato, ajuste ou acordo respectivo; II - a nota de empenho; III - os comprovantes da entrega de material ou da prestação efetiva do serviço.

## VI. SOBRE O USO DE PRECATÓRIOS

---

22. Outro argumento que poderia ser utilizado contra esse tipo de operação diz respeito à questão dos precatórios, pois *pretensamente* a fórmula financeira utilizada ocasionaria uma violação a tal sistema, previsto no art. 100, CF.

O argumento não encontra amparo jurídico, pois nem todo pagamento de dívidas públicas é realizado através do sistema de precatórios, por várias razões, dentre as quais duas avultam.

23. Precatórios decorrem de decisões judiciais transitadas em julgado. Para que isso ocorra é necessário haver uma *lide*, em que uma parte conteste o inadimplemento de uma obrigação de pagar.

Sendo da essência dos contratos a boa-fé das partes, e havendo o compromisso de pagamento, inclusive através de *empenho*, por qual motivo haveria inadimplência? A inadimplência contratual é *exceção* e não a regra na execução dos contratos. E isso avulta na análise da hipótese aqui presente, pois um dos contratantes é o Poder Público.

Tais dissídios são um pouco mais usuais quando se trata de um contrato de compra e venda, ou de prestação de serviços, ou ainda em serviços de engenharia, nos quais o *objeto do contrato pode estar divergente daquele contratado*, pois será entregue *após* firmado o contrato. O *aspecto temporal* é importantíssimo nessa análise.

Na hipótese presente, cogita-se de um contrato de *mútuo de dinheiro*, pelo qual uma parte entrega *antecipadamente* valores a outra para pagamento de conformidade com as cláusulas contratuais, que estabelecem juros e demais acréscimos remuneratórios pelo empréstimo de dinheiro. A chance de haver litigância é muito menor, conforme atestado pelo Banco Central, pois o objeto contratado é entregue *antecipadamente* por parte do *mutuante* ao *mutuário*, isto é, pela instituição financeira ao Município. A *temporalidade* da entrega do objeto contratado é completamente diversa da hipótese anterior. O Poder Público recebe o objeto contratado antecipadamente, e se obriga a pagar de forma diferida no tempo. Inadimplência, se houver, será do Poder Público/mutuário, e não do agente financeiro/mutuante.

24. Por outro lado, existem dívidas públicas que são pagas sem o uso de precatórios, como as tributárias, usualmente *compensadas* através de sistemas informatizados, como ocorre com os tributos federais, pelo sistema Per/Dcomp, através do qual se cria uma espécie de *conta corrente* entre o credor de valores cobrados a maior pelo Poder Públi-

co, e os débitos tributários correntes, que devem ser pagos rotineiramente pelos contribuintes.

Isso ocorre inclusive nos casos em que há lide, em que os contribuintes veem reconhecido seu direito de receber do Poder Público aquilo que foi cobrado indevidamente a título de tributos.

Logo, nem sempre os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas são realizados através do sistema de precatórios.

25. Nesse sentido, a fórmula financeira de concessão de garantia em contratos de mútuo através do FPM não se caracteriza como um *ilegal* afastamento do sistema de precatórios, pois este não é a única forma de pagamento utilizada pelo Poder Público para pagar seus débitos, e, na hipótese sob análise, o objeto usualmente é contratado para ser entregue ao Poder Público de forma antecipada, para ser quitado parceladamente durante longo período contratual.

## CONCLUSÕES

26. É constitucional o oferecimento de os recursos do FPM e as quotas parte do ICMS pelos Municípios, como *garantia* de contratos de mútuo com instituições financeiras.

Existem requisitos de Direito Financeiro prévios, que devem obrigatoriamente ser cumpridos, tais como: (1) autorização da Secretaria do Tesouro Nacional, que analisa, em nome do Senado Federal, os limites globais de endividamento de cada ente político federado; (2) autorização do Poder Legislativo municipal, para que o Poder Executivo contrate esse tipo de operação de crédito; e (3) a utilização do valor de empréstimo no objeto delimitado na autorização legislativa efetuada e na forma e limites autorizados.

Deve-se considerar a diferença entre os contratos em geral, que são firmados para entrega *futura* do bem contratado, e o contrato de mútuo de dinheiro, pois nesta hipótese os *recursos* são entregues pelo mutuante (instituição financeira) no *início* do contrato, sendo que os pagamentos a serem realizados pelo mutuário (Município) é que são *diferidos* no tempo.

Não foi desrespeitado o art. 167, IV, CF, pois, em sentido *técnico*, *vincular* se refere ao liame que une uma determinada fonte de receita a um gasto, o que, nesse inciso, só existe para gastos com educação e saúde. *Vincular* tem um sentido perene, para gastos *futuros*, para operações que ocorrerão comprometendo a Liberdade do Legislador

Orçamentário. Tal dinâmica é *completamente diferente* da hipótese em apreço, na qual se tem uma *garantia financeira*, um *colateral*, que só será utilizado se os pagamentos, que devem ser *empenhados* a modo e hora, não forem realizados.

*Garantir* não é *pagar*, o que será realizado através das receitas próprias do Município. *Garantias* são usadas *ex post* e apenas em caso de inadimplência, sendo que os recursos municipais para *pagar* e para *garantir* se constituem pelas *mesmas fontes* – sendo *recursos próprios*, a serem utilizados no âmbito da *autonomia municipal* (art. 18, CF).

O art. 160, CF, é inaplicável à presente hipótese, uma vez que tal norma veda “(...) a retenção ou qualquer restrição à entrega ou ao emprego dos recursos atribuídos (...)”, o que se refere a operações *interfederativas*, vedando que o transferidor crie embaraços na *retenção* ou na *entrega* dos recursos que são devidos aos Estados e Municípios, proibindo também que sejam criadas restrições ao seu *emprego*, o que torna essa norma inaplicável à operação sob análise.

E nem a jurisprudência está sendo violada, pois admite o uso de recursos transferidos como *garantia*, como é o do FPM e o das quotas-parte.

Não há impedimento constitucional ao oferecimento de receita própria como *garantia de pagamento* de operações financeiras, ainda mais quando ambas provêm da mesma fonte de recursos. Isso aponta para o resguardo da autonomia dos Municípios, conforme o art. 30, III, CF.

# VIII

## A urgência na reforma do contencioso tributário brasileiro

*The urgency of the brazilian tax litigation reform*

*Renan Clemente Gutierrez<sup>1</sup>*

*Bruno Gomes de Farias<sup>2</sup>*

**Resumo:** O alto volume do contencioso tributário brasileiro é um específico problema que a comunidade jurídica precisa resolver. Este artigo trata da necessidade de retorno dos trabalhos da “Comissão de Juristas”, instalada em 2022, visando aos mecanismos para a redução do contencioso tributário brasileiro.

**Abstract:** The high volume of the Brazilian tax litigation is a specific problem with the legal community needs to solve. This article is about the need of the return of the works of the “Jurists Commission”, installed in 2022, seeking mechanisms for the reduction of Brazilian tax litigation.

**Palavras chave:** Contencioso tributário. Redução. Ordenamento jurídico. Mecanismos. Reforma Tributária.

**Keywords:** Tax litigation. Reduction. Legal system. Mechanisms. Tax Reform.

**Sumário:** Introdução. 1. Relatório Justiça em Números 2023. 2. Contencioso tributário brasileiro. 3. Comissão de juristas para reforma estruturante do contencioso tributário brasileiro. 4. Retorno do voto de qualidade e reforma tributária. 5. Necessidade de retomada dos trabalhos da comissão de juristas pela reforma do processo tributário. Conclusão.

---

1 Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Especialista em Direito Tributário pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Possui cursos em tributos indiretos pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET) e Fundação Getúlio Vargas (FGV). Conselheiro do Instituto Brasileiro de Estudos de Direito Administrativo, Financeiro e Tributário (IBEDAFT). Advogado tributarista. E-mail: renan-clemente@hotmail.com.

2 Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Especialista em Direito Tributário e Processo Tributário pela Escola Paulista de Direito (EPD). Possui curso de extensão em Tributos Indiretos pela Associação Paulista de Estudos Tributários (APET). E-mail: gomesdefariasbruno@yahoo.com.br.

## INTRODUÇÃO

---

O alto número de processos em trâmite perante o Poder Judiciário, sem resolução definitiva, é um péssimo indicador de eficiência administrativa. E, no Brasil, como será demonstrado no corpo desta pesquisa, este problema tende a se perpetuar caso nada efetivo seja feito.

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), anualmente, disponibiliza um precioso relatório que aponta, empiricamente, os assustadores números do problema. Trata-se do “Relatório Justiça em Números”. Igualmente, o Instituto de Ensino e Pesquisa (INSPER), entre 2018 e 2020, preocupou-se com a matéria, elaborando precioso estudo a respeito do contencioso tributário brasileiro, bem como apontando alternativas para a solução do problema.

Este mesmo autor, quando de sua dissertação de mestrado, também se preocupou com a temática ora proposta. Tratou-se sobre a aderência do sistema de precedentes, expressamente positivado no Código de Processo Civil (CPC), por parte dos tribunais administrativos tributários. No último capítulo, ressaltou a importância da Comissão de Juristas, instalada em 17/03/2022, cujo objeto é a atualização do Código Tributário Nacional (CTN) e legislação regente dos processos administrativos tributários, visando a redução do alto volume do contencioso tributário.

Aderência ao sistema de precedentes pelos julgadores administrativos tributários, normatização da arbitragem tributária, de transações e de outros modelos de dispensa de litigiosidade, foram alguns dos mecanismos trazidos ao lume da discussão pela referida Comissão.

Contudo, no ano de 2023, não houve qualquer avanço nos projetos. Estão parados no Senado Federal desde junho, sem qualquer andamento efetivo no ano. É um despautério absoluto, tendo-se em vista que a eficiência administrativa culminará não somente em um judiciário mais célere, como também em economia para os cofres públicos no que tange a este órgão, otimizando a prestação de seu relevantíssimo serviço.

Para piorar, a Reforma Tributária recentemente aprovada caminha no sentido contrário deste propósito, ou seja, a “Reforma” (que de “reforma” só tem o nome) culminará com aumento da litigiosidade, agravando o problema ainda mais. É sobre a necessidade de se dar andamento nos trabalhos da Comissão de Juristas – e nos projetos por ela tratados – que se dedicarão os capítulos seguintes, estimando, este

autor, que o referido artigo sirva para debates e discussões a respeito do andamento dos projetos.

## **1. RELATÓRIO JUSTIÇA EM NÚMEROS 2023**

---

Em cumprimento com o interesse dos valores da cidadania, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), realiza importante estudo empírico sobre a realidade do judiciário brasileiro e, anualmente, disponibiliza estes dados, sempre relativos ao exercício anterior. Trata-se do “Relatório Justiça em Números”<sup>3</sup>, onde é possível concluir o tamanho da sobrecarga da qual padece o judiciário, bem como o custo deste cenário.

Neste recorte, será demonstrado que houve piora dos índices nos últimos anos. Ano após ano, a sobrecarga aumenta, bem como o custo da máquina judiciária se torna mais robusto em comparação ao exercício anterior. Esta realidade, por si só, demonstra que o atual sistema é disfuncional, incapaz de resolver, dentre outros problemas, aquele relacionado à sobrecarga, fruto da alta litigiosidade brasileira.

Chama-se ao enfoque do presente estudo o “Relatório Justiça em Números 2022”<sup>4</sup>, que tratou os dados da máquina judiciária relativos ao exercício de 2021. Revela-se como despesa total o valor de R\$ 103.921.103.987<sup>5</sup>.

Para o exercício de 2021, o relatório apontou que o tempo médio de baixa dos processos foi de 2 anos e 3 meses para os processos de conhecimento na primeira instância judiciária, somado ao período de 11 meses para o segundo grau. No tocante às execuções fiscais, este período é sobremodo agravado: 6 anos e 11 meses<sup>6</sup>.

Quanto à alta carga processual no sistema judiciário, para o presente estudo, importa averiguar os dados oriundos da Justiça Estadual e da Justiça Federal. No caso da Justiça Estadual, para aquele

---

3 O Relatório Justiça em Números é disciplinado pela Resolução CNJ nº 76, de 12 de maio de 2009. O Relatório compõe o sistema de estatísticas do Poder Judiciário.

4 CNJ. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1.pdf>

5 Ob. Cit. p. 54.

6 Ob. Cit. P. 55.

exercício, tem-se que houve o ingresso de 19.581.103 processos, enquanto houve a baixa de 19.041.040 processos<sup>7</sup>.

No que corresponde à Justiça Federal, os casos novos equivale-ram a 4.386.386 processos, ao passo que houve a baixa de 3.733.271 processos<sup>8</sup>.

Aquele Relatório ainda consignou que a taxa de congestionamento, para os casos que tramitam perante a sobrecarregada Justiça Estadual, foi de 76,2%, ao passo que, na esfera federal, a referida taxa representou 73,2%<sup>9</sup>.

E, é importante ressaltar que estes números, manifestamente agravados ano após ano (como será demonstrado nas linhas seguintes), são decorrentes de alguns elementos, como, o tempo médio de duração de um processo no sistema, bem como a conjugação de processos entrados *versus* processos baixados.

Para fins comparativos, chama-se ao lume da discussão o “Relatório Justiça em Números 2023”<sup>10</sup>, cujos dados são desanimadores. Todos os indicativos acima consignados tiveram piores. A máquina judiciária custou mais ao Estado, bem como os números de processos entrados e baixados não representaram qualquer melhora em relação ao relatório anterior. Ainda, a taxa de congestionamento também aumentou.

O custo da máquina judiciária, para o exercício de 2022, foi de R\$ 116.196.909.444<sup>11</sup>, representando inquestionável aumento em relação ao período anterior (R\$ 103.921.103.987). Este indicador poderia, isoladamente, gerar preocupação do Estado para redução dos números apresentados. Não se pode ter um sistema judiciário cujo custo seja inquestionavelmente alto, desproporcional às necessidades do Estado.

Quanto aos processos ingressados no judiciário, repetindo o método de análise (esferas estadual e federal), tem-se que, no caso da esfera estadual, os casos novos representaram o número de

---

7 Ob. Cit. P. 59.

8 Ob. Cit. P. 66.

9 Ob. Cit. P. 67.

10 CNJ. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/08/justica-em-numeros-2023-010923.pdf>

11 Ob. Cit. p. 40.

22.988.851 processos, ao passo que o número de processos baixados foi de 20.038.719<sup>12</sup>.

No caso da esfera federal, por seu turno, foram ingressadas no sistema 4.460.440 demandas, número maior do que o número de demandas ingressadas no período anterior (4.386.386 processos), ao passo que foram baixados 4.129.346 processos<sup>13</sup>.

Revela-se que, neste prisma, houve a manutenção do verificado no Relatório Justiça em Números 2022, qual seja, maior número de processos entrados no sistema judiciário, do que definitivamente baixados.

O movimento de piora em relação ao período anterior é reativo quando analisado a taxa de congestionamento do sistema. Para o exercício de 2022, a taxa de congestionamento estadual foi de 74,2%<sup>14</sup>, enquanto no âmbito federal foi de 74,1%<sup>15</sup>. Relativo porque, como visto anteriormente, houve um ligeiro descongestionamento quanto à Justiça Estadual (76,2% para 2021). Contudo, no correspondente a 2022, houve uma ligeira piora nos índices, vez que no exercício de 2021, a referida taxa foi de 73,2%.

Contrastando os relatórios, é possível notar que houve piora nos indicadores, de modo que a manutenção de um sistema disfuncional, burocrático e contraditório perpetuará este agravamento até que o Estado não consiga suportar seus efeitos.

No tópico seguinte, apresentar-se-ão os dados do estudo elaborado pelo Instituto de Ensino e Pesquisa (INSPER), dimensionando o contencioso tributário brasileiro.

## **2. CONTENCIOSO TRIBUTÁRIO BRASILEIRO**

---

Como predito, o Instituto de Ensino e Pesquisa (INSPER), elaborou valioso documento, por meio do “Observatório do Contencioso Tributário no Brasil”, cujos relatórios foram referentes aos anos de 2018 e 2019. Por meio dos estudos apresentados, revelou-se que o alto volume do contencioso tributário brasileiro produz uma série de efeitos colaterais, indesejados para qualquer Estado.

---

12 Ob. Cit. P. 43.

13 Ob. Cit. P. 47.

14 Ob. Cit. P. 43.

15 Ob. Cit. P. 47.

Em sua dissertação de mestrado<sup>16</sup>, este autor destacou que os estudos elaborados pelo INSPER devem servir de pressuposto para uma urgente melhoria do sistema. Vejam-se as notas introdutórias do estudo do ano de 2018 (Relatório 2019)<sup>17</sup>, ressaltando o “contexto da pesquisa” do referido relatório:

A preocupação do estudo repousa no seguinte problema: o tamanho do contencioso tributário (administrativo e judicial) impacta negativamente na economia do país, seja pelo acúmulo de capital improdutivo (créditos tributários parados), perda de competitividade em relação a outros países cujo ambiente tributário seja mais seguro, alto custo das empresas com gestão tributária (em vez de mão de obra, infraestrutura, etc.), perda de confiança para com a Administração Pública, etc. É o que se pode notar logo no tópico “contexto da pesquisa”:

Com o propósito de orientar as discussões sobre o sistema tributário brasileiro, o Núcleo de Tributação do Insper levantou e consolidou o valor dos processos tributários em tramitação no Brasil de forma comparada a outros países. Este dado – ainda pouco investigado para o país, sobretudo, em termos comparativos –, é particularmente importante para o entender o grau de (des)ajuste do sistema tributário brasileiro aos parâmetros mundiais e, conseqüentemente, reconhecer a direção a ser seguida no caminho das melhores práticas tributárias internacionais. Isto porque, o tamanho do contencioso tributário pode ser visto como uma medida indireta da qualidade do sistema tributário de um país e seus efeitos sobre a economia, em particular, sobre os investimentos, a segurança jurídica e a posição competitiva do país em relação ao resto do mundo.

Partindo-se para os números, tem-se que o valor do contencioso tributário impacta sobremodo no PIB brasileiro, em todas as esferas. É o que se pode observar abaixo:

---

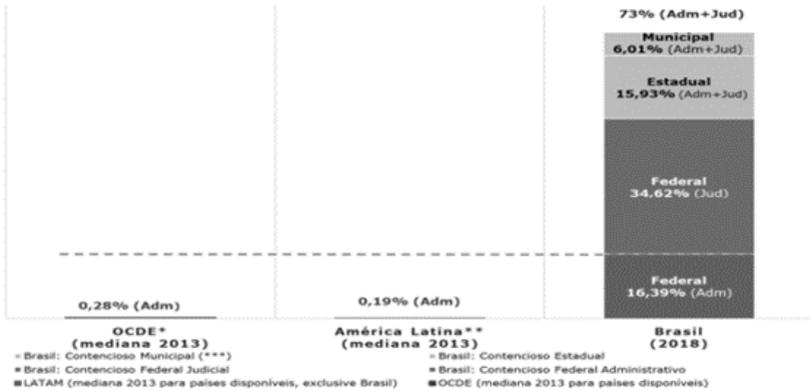
16 CLEMENTE GUTIERREZ, Renan. A sistemática de precedentes do Código de Processo Civil no âmbito dos tribunais administrativos tributários. 2023. P. 40. Disponível em: <https://adelfa-api.mackenzie.br/server/api/core/bitstreams/468d9789-b1a3-4ac2-b9f4-9e3252cb134d/content>

17 INSPER. Contencioso tributário no Brasil – Relatório 2019 – Ano de referência 2018. Publicado em julho de 2020. Disponível em: [https://www.insper.edu.br/wp-content/uploads/2020/07/Contencioso\\_tributario\\_Relatorio2019\\_092020\\_v2.pdf](https://www.insper.edu.br/wp-content/uploads/2020/07/Contencioso_tributario_Relatorio2019_092020_v2.pdf)

Nível federativo	Via Processual	Contencioso Tributário (R\$ bilhões)	Contencioso Tributário (% PIB)
Federal	Administrativo	1.119	16%
	Judicial	2.364	35%
Estadual	Judicial e Administrativo	1.088	16%
Municipal	Judicial e Administrativo	410	6%
<b>Total</b>		<b>4.981</b>	<b>73%</b>

Fonte: INSPER, 2019

Demonstrou-se que o tamanho do contencioso tributário brasileiro chega a corresponder, impressionantemente, a 73% do Produto Interno Bruto (PIB). Em comparação com a mediana dos países da OCDE e América Latina, revelou-se que o Brasil apresenta uma disparidade enorme. Abaixo, demonstra-se que a mediana dos países comparados não chega a 1%:



Fonte: OCDE (2015), RFB (2018), PGFN (2019), SICONFI/STN (2018), FMI (2019) e Secretarias estaduais e municipais de Fazenda (2018).

Diante deste disparate, o INSPER inaugurou o “Observatório do Contencioso” cujos objetivos são os seguintes<sup>18</sup>:

Nessa direção, o Núcleo de Tributação do Insuper inaugura, com este relatório, o Projeto de Pesquisa “Observatório do Contencioso”, para (i) realizar monitoramento rigoroso e frequente dos níveis de litigiosidade tributária no âmbito da União, dos Estados e dos Municípios, e, (ii) por meio da divulgação de medidas exitosas adotadas pelos entes federati-

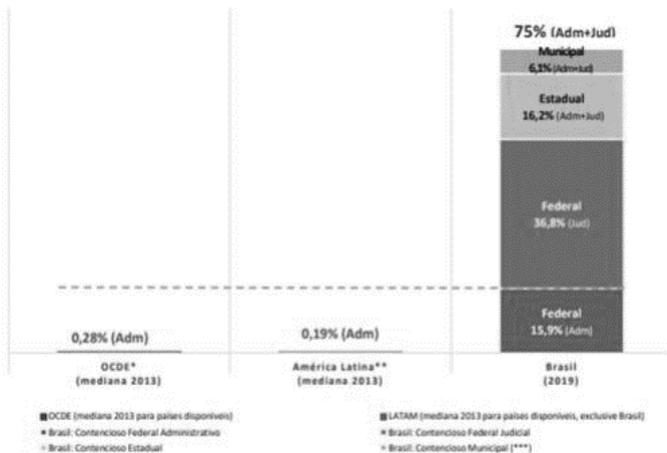
18 Ob. Cit. P. 11.

vos, incentivar a adoção de boas práticas para redução de litígios e do grau de incerteza presente no sistema tributário atual.

Continuando os estudos iniciados, em 2020 foi elaborado o relatório referente ao ano de 2019<sup>19</sup>. Consignou-se que o tamanho do contencioso tributário brasileiro aumentou em relação ao PIB, chegando à teratológica margem de 75%<sup>20</sup>, dois pontos percentuais a mais do que o período anterior, igualmente muito discrepante da mediana dos mesmos países comparados anteriormente.

Desta forma, os dados referentes a 2018 e 2019 se mantiveram próximos. É o que se pode constatar na leitura da figura seguinte:

Nível federativo	Esfera Processual	Contencioso Tributário		
		R\$ bilhões	% PIB	Composição
Federal	Judicial	2.673,1	36,8%	49,1%
	Administrativo	1.152,6	15,9%	21,2%
Estadual	Judicial (27/27)	917,7	12,6%	16,9%
	Administrativo (23/27)	259,8	3,6%	4,8%
Capitais	Judicial (24/26)	251,8	3,5%	4,6%
	Administrativo (10/26)	17,4	0,2%	0,3%
Demais Municípios	Judicial (4.074/5.543)	170,4	2,3%	3,1%
<b>Total</b>		<b>5.442,8</b>	<b>75,0%</b>	<b>100,0%</b>



19 Contencioso tributário no Brasil – Relatório 2020 – Ano de referência 2019. Publicado em janeiro de 2021. Disponível em: [https://www.insper.edu.br/wp-content/uploads/2021/01/Contencioso\\_tributario\\_relatorio2020\\_vf10.pdf](https://www.insper.edu.br/wp-content/uploads/2021/01/Contencioso_tributario_relatorio2020_vf10.pdf). P. 5/6.

20 Ob. Cit. P. 45.

Outra conclusão não pode ser adotada: o Brasil depende, urgentemente, da adoção de mecanismos de simplificação decisória e métodos alternativos de solução de conflitos, para evitar que o contencioso tributário brasileiro tome proporções irreversíveis, tornando completamente ineficaz a cobrança do crédito tributário das Fazendas Públicas, o que deve aumentar o estoque de capital improdutivo, bem como inviabilizando a atração de investimentos no país.

Foi a partir dos relatórios em evidência, oriundos do “Observatório do Contencioso Tributário no Brasil”, que o INSPER, em parceria com o CNJ, elaborou e apresentou o “Diagnóstico do Contencioso Judicial Tributário Brasileiro”. Neste diagnóstico, foram apresentadas algumas hipóteses do problema, bem como de alternativas/soluções para reduzir o tamanho do contencioso tributário pátrio. Veja-se o que se destaca no “objetivo da pesquisa”:

Identificar a interação entre o contencioso judicial e o administrativo, avaliando o impacto deste, positivo ou negativo, na efetividade das decisões proferidas no âmbito judicial;

Investigar se a formatação do sistema processual civil aplicado ao direito tributário contribui para a morosidade na apreciação de processos tributários pelo Poder Judiciário, considerando, entre outros elementos, a superposição e racionalização de instâncias julgadoras; a especialização dos(as) magistrados(as); a repercussão das decisões judiciais na atuação da administração tributária e do contribuinte assim como na arrecadação tributária quando favoráveis à Fazenda Pública; os instrumentos para resolução consensual de conflitos em matéria tributária; a sistemática de condenação das partes ao pagamento de honorários advocatícios e assunção de outros custos do processo;

Identificar como o sistema de precedentes e os controles concentrado e difuso de constitucionalidade podem afetar a celeridade e razoável duração do processo em julgamentos de matéria tributária assim como a modificação ou o aperfeiçoamento do sistema tributário e instrumentos de julgamento, como a modulação de efeitos das decisões judiciais e seus impactos jurídicos e econômicos;

Identificar as possíveis causas e os incentivos ao litígio tributário judicial relacionados à complexidade do sistema tributário brasileiro (quais tributos geram potencialmente mais contencioso, etc.) e as obrigações conexas à principal, como

mandados de segurança visando à expedição de certidões de regularidade fiscal, liberação de mercadorias etc.

Demonstra-se a preocupação do estudo com o contencioso tributário, bem como na necessidade de se adotar mecanismos para atenuação do problema do tamanho do contencioso. Neste prisma, o estudo consigna algumas saídas viáveis e que podem ser operadas sem que se macule a legalidade, tais como aumento na interação entre os âmbitos administrativo e judicial, em especial com a adoção, pelos julgadores administrativos, do sistema de precedentes, a arbitragem tributária e métodos de autocomposição.

Tais medidas foram ressaltadas após o diagnóstico do contencioso tributário brasileiro, objetivando minar os nefastos efeitos do atual disfuncional sistema. Veja-se o que este autor registrou quando concluiu, em sua dissertação de mestrado<sup>21</sup>, o estudo dos relatórios e consequente diagnóstico:

Portanto, pode-se extrair das informações retro mencionadas que a alta litigiosidade, a complexidade do sistema tributário brasileiro e a demora na resolução dos processos tributários figuram como os principais motivos para a insegurança jurídica que causa este contencioso tributário brasileiro. Motivos que refletem, como sobejamente sabido, no desenvolvimento econômico do Estado. Em um ambiente de insegurança jurídica tributária, o afastamento de investimentos é evidente, fora os dispêndios das empresas instaladas em campo nacional para a contratação de profissionais especializados para o cumprimento das obrigações tributárias e litigância perante o Estado. A propósito, Marcos de Aguias Villas-Bôas registra que a política tributária deve se preocupar em criar um sistema onde se tenha “o mínimo possível de dispositivos normativos e o máximo de coerência entre eles, previsibilidade e pouco contencioso”.

Os problemas apontados devem apresentar quais são as consequências práticas de sua perpetuação. No presente subcapítulo, buscou-se demonstrar quais são as feridas abertas por um sistema tributário complexo, com uma enorme produção de normas (média de duas por hora), com um alto contencioso e baixa perspectiva de recebimento dos créditos tributários. Este sistema precisa ser revisto, figurando os

---

21 Ob. Cit. Fls. 51

métodos alternativos de solução de controvérsias como “lição de casa” para os juristas orquestrarem um ambiente mais propício sob a perspectiva jurídico-econômica. A propósito, Villas-Bôas não deixa de constatar que a alta litigiosidade tributária produz efeitos contraditórios, registrando que “quanto mais processos, mais morosos e imprevisíveis os resultados, todos perdem.”.

O Relatório traz uma série de hipóteses de resolução do problema do alto contencioso tributário brasileiro, dentre elas, a utilização do sistema de precedentes no âmbito administrativo tributário, eis que o impacto do entendimento judicial sobre a matéria tem o condão de auxiliar no descongestionamento do judiciário.

Desta forma, concluiu-se pela disfuncionalidade da legislação a respeito da cobrança efetiva do crédito tributário, o que acarreta uma série de máculas à federação, afetando sobremodo o campo da cidadania, vez que o gasto público em relação à manutenção do sistema judiciário pode ser sobremaneira otimizado, evitando-se seu desperdício para manter as contradições que são responsáveis por um sistema caro, moroso e sobejamente inseguro.

O despautério referente ao atual regramento responsável pela condução do contencioso tributário brasileiro não passou ao largo da comunidade jurídica, especialmente tributária. Por essa razão, instalou-se a denominada “Comissão de Juristas”, em 17 de março de 2022, para propostas de reforma processual. A comissão é composta por 20 juristas, e objetiva a redução da litigiosidade, emplacando maior eficiência, sob todas as óticas, ao sistema judiciário pátrio.

É o que será objeto de estudo no seguinte tópico.

### **3. COMISSÃO DE JURISTAS PARA REFORMA ESTRUTURANTE DO CONTENCIOSO TRIBUTÁRIO BRASILEIRO**

---

A realidade demonstrada nos últimos capítulos não passou ao largo da percepção da comunidade jurídica, sobretudo no que se refira aos tributaristas e processualistas. Diversos são os artigos publicados a respeito da normatização da arbitragem tributária, de incentivos à solução consensual de conflitos entre Fisco e contribuinte, de adoção de medidas, pelo Fisco, de se abster de recursos de matérias pacificadas, da adoção do sistema de precedentes na esfera administrativa etc.

A elaboração e publicação do estudo objeto do capítulo anterior, pelo INSPER (em parceria com o CNJ), foi um dos trabalhos desenvolvidos sobre este tema. Contudo, a comunidade jurídica também apresentou preocupação com a matéria. Para se ter uma ideia, em 2019, com coordenação das professoras Isabela Bonfá de Jesus e Renata Elaine Ricetti Marques, foi publicada a obra “Novos rumos do processo tributário: judicial, administrativo e métodos alternativos de cobrança do crédito tributário”<sup>22</sup>, com notório (basta ler o título da obra) objetivo de colocar em debate os métodos alternativos de cobrança do crédito tributário, em manifesta preocupação com o alto volume do contencioso tributário pátrio.

Aliás, como já consignado, a própria dissertação de mestrado deste autor é uma das obras que manifestam inquietação com o contencioso tributário brasileiro, propondo saídas, escoradas na lógica constitucional de processo, para que o problema seja atenuado e se obtenha, assim, uma justiça mais célere e menos custosa para os cofres públicos.

E, neste trabalho, consta a instalação da comissão de juristas objeto deste capítulo, cuja conclusão dos debates, e adoção dos mecanismos ali propostos, colocará efetivamente fim ao penoso contencioso tributário brasileiro, objetivo colimado pelos membros integrantes.

Foram elaborados alguns projetos de leis complementares para normatização dos métodos, para colmatar as lacunas existentes na legislação de um país que apresenta uma legislação esparsa, complexa, e por vezes contraditória. Os projetos foram apresentados ao Senado Federal, onde ainda seguem lentamente tramitando<sup>23</sup>.

Para a normatização do sistema de precedentes, em sua integralidade, na esfera administrativa, apresenta-se o Projeto de Lei Complementar nº 124/2022<sup>24</sup>, que alterará o CTN para que conste, em seus artigos 194-B e 208-G, as seguintes prescrições:

---

22 BONFÁ, Isabela. MARQUES, Renata Elaine Silva Ricetti. *Novos rumos do processo tributário: judicial, administrativo e métodos alternativos de cobrança do crédito tributário*. Noeses. São Paulo. 2019.

23 STJ. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/2022/19092022-Senado-apresenta-projetos-para-reforma-dos-processos-administrativo-e-tributario.aspx>

24 Senado Federal. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=9199183&ts=1663791322645&disposition=inline>

Art. 194-B. O trânsito em julgado de controvérsia tributária decidida pelo Supremo Tribunal Federal, sob a sistemática da repercussão geral em matéria constitucional, ou pelo Superior Tribunal de Justiça, sob a sistemática dos recursos repetitivos em matéria infraconstitucional, favoravelmente a contribuintes ou responsáveis, terá eficácia vinculante para a Administração Tributária.

Parágrafo único. No prazo máximo de 90 (noventa) dias, a contar do trânsito em julgado, a Fazenda Pública, por parecer devidamente fundamentado e publicizado:

I – aplicará a orientação adotada pelo STF ou STJ em relação aos seus créditos tributários;

II – indicará os casos em que a Fazenda Pública, tanto na esfera administrativa quanto na judicial, deixará de impugnar pleitos de contribuintes ou responsáveis;

III – indicará os casos em que Fazenda Pública, tanto na esfera administrativa quanto na judicial, desistirá de impugnações ou recursos já formulados.” (NR)

Art. 208-G. No âmbito do processo administrativo tributário têm efeito vinculante:

I – súmulas vinculantes do Supremo Tribunal Federal, na forma do art. 103-A da Constituição Federal;

II – decisões já transitadas em julgado proferidas pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça sob a sistemática da repercussão geral ou dos recursos repetitivos, na forma dos artigos 927 e 928 do Código de Processo Civil;

A normatização dos precedentes também vem prevista pelo Projeto de Lei nº 125/2022<sup>25</sup>, cujo artigo 16 prescreve o seguinte:

Art. 16. Não será lavrado auto de infração ou notificação de lançamento, negada impugnação, pedido de restituição ou recurso, nem serão inscritos em dívida ativa os créditos cuja constituição esteja fundada em matéria decidida de modo favorável ao contribuinte:

I - pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de controle concentrado de constitucionalidade;

---

25 Senado Federal. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=9199185&ts=1663791323461&disposition=inline>

II - pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso de constitucionalidade:

- a) submetido ao regime da repercussão geral;
- b) não submetida ao regime da repercussão geral, mas a respeito da qual tenha sido editada resolução do Senado Federal suspendendo a execução da lei ou do ato declarado inconstitucional;

III - pelo Superior Tribunal de Justiça sob o rito dos recursos repetitivos; IV - em matéria sobre a qual exista enunciado de súmula vinculante, de súmula do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional ou de súmula do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; ou

V - em orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público, consolidada em súmula administrativa.

§ 1º. Os órgãos de representação judicial das Fazendas Públicas poderão estabelecer outras hipóteses de impedimento ao lançamento e à inscrição do crédito na respectiva dívida ativa a fim de observar precedentes formados em Tribunais Superiores em sentido favorável aos contribuintes.

§ 2º. Sem prejuízo do disposto no parágrafo anterior, os órgãos de representação judicial das Fazendas Públicas desenvolverão instrumentos de gestão para orientação periódica de procuradores acerca de precedentes, judiciais e administrativos, e da legislação tributária, tais como o aprimoramento e a ampliação dos sistemas internos de controle de informações, em especial com relação aos dados que refletem o contencioso tributário e a efetividade das medidas adotadas para a arrecadação.

§ 3º A aplicação do disposto nos incisos I, II e III do caput pressupõe o trânsito em julgado dos processos ou incidentes neles previstos.

O Projeto de Lei Complementar nº 2481/2022 e o Projeto de Lei Complementar nº 2489/2022, igualmente, tratam sobre a adoção, por parte das autoridades administrativas, dos entendimentos firmados pelo judiciário. Vejam-se os termos dos artigos 49-L e 11 de cada projeto de lei, respectivamente:

Art. 49-L A autoridade administrativa ou controladora deverá, de ofício ou mediante requerimento, observar para os casos similares as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade, os enunciados

de súmula vinculante, os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos, enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional.

§ 1º A extensão dos efeitos da decisão mencionada no caput será precedida de parecer jurídico, a ser proferido no prazo de noventa dias a contar do requerimento ou da instauração do procedimento.

§ 2º Quando decorrer de requerimento do administrado, o decurso do prazo previsto no § 1º produzirá o efeito de extensão tácita da decisão judicial mencionada no caput para o requerente.

Art. 11. Não serão inscritos em dívida ativa os créditos cuja constituição esteja fundada em matéria decidida de modo favorável ao contribuinte:

I - pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de controle concentrado de constitucionalidade;

II - pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso de constitucionalidade:

a) submetido ao regime da repercussão geral;

b) não submetida ao regime da repercussão geral, mas a respeito da qual tenha sido editada resolução do Senado Federal suspendendo a execução da lei ou do ato declarado inconstitucional;

III - pelo Superior Tribunal de Justiça sob o rito dos recursos repetitivos;

IV - em matéria sobre a qual exista enunciado de súmula vinculante, de súmula do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional ou de súmula do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; ou

V - cuja constituição esteja fundada em orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público, consolidada em súmula administrativa.

§ 1º. Os órgãos de representação judicial das Fazendas Públicas poderão estabelecer outras hipóteses de impedimento à inscrição do crédito na respectiva dívida ativa a fim de observar precedentes formados em Tribunais Superiores em sentido favorável aos contribuintes.

§ 2º. Sem prejuízo do disposto no parágrafo anterior, os órgãos de representação judicial das Fazendas Públicas desenvolverão instrumentos de gestão para orientação periódica de procuradores acerca de precedentes judiciais e administrativos e da legislação tributária, tais como o aprimoramento e a ampliação dos sistemas internos de controle de informações, em especial com relação aos dados que refletem o contencioso tributário e a efetividade das medidas adotadas para a arrecadação.

No tocante à normatização da arbitragem tributária, é o Projeto de Lei Complementar nº 2486/2022 quem especificamente trata da matéria. Igualmente, a respeito os institutos da consulta tributária e da mediação tributária, foram apresentados os Projetos nº 2484 e 2485.

Logo, a guisa de conclusão, tem-se que a comissão instalada, caso exitosa em sua integralidade, tem a capacidade de operar a redução do contencioso tributário brasileiro, evitando-se a longa duração dos processos em trâmite, a judicialização de novas demandas e a solução alternativa para a cobrança efetiva do crédito tributário das Fazendas Públicas. É uma distinta oportunidade de se atenuar os nefastos efeitos da alta litigiosidade, e sobrecarga de um sistema caro e disfuncional, sem que se altere a substância da processualística, operando apenas executando reformas pontuais.

Contudo, e partindo-se para o último próximo capítulo, tem-se que os trabalhos estão parados desde junho do último ano, não tendo sido dado marcha a qualquer andamento efetivo para que os trabalhos avancem, o que nada discrepa do figurino pátrio: moroso e contraditório.

No ano de 2023, o novo governo tomou atitudes completamente contraditórias que, em vez de atenuar o problema decorrente, todas as complexidades que envolvem o contencioso tributário brasileiro têm o potencial de agravá-lo ainda mais, o que soa primário e pedestre para qualquer sistema. Em especial, fala-se do teratológico retorno do voto de qualidade no CARF, o que configura inescusável anacronia, bem como a Reforma Tributária recentemente aprovada, que, como será delineado, de “reforma” só guarda o nome.

#### **4. RETORNO DO VOTO DE QUALIDADE E REFORMA TRIBUTÁRIA.**

Conforme adiantado, para fins de racionalidade e economicidade, valores sobejamente constantes no Texto Maior, o ano de 2023 foi um ano para se esquecer. Veja-se: se no ano de 2022 foi instalada uma comissão de juristas para a reforma de dispositivos do CTN e do processo administrativo tributário, buscando reduzir os nefastos efeitos da litigiosidade e da morosidade, o ano de 2023 andou dez casas para trás.

Logo no início do ano, mais detidamente em 12/01/2023, o governo editou a Medida Provisória nº 1.160, de 12 de janeiro de 2023, cujo artigo primeiro comete o despautério de devolver ao cenário jurídico o anacrônico e primário voto de qualidade, O voto de qualidade, que havia sido retirado do ordenamento pela gestão anterior, por meio da Medida Provisória nº 899/2020. Ou seja, devolveu-se aos tribunais administrativos elemento diametralmente contrário ao primado da isonomia e, por conseguinte, da segurança jurídica.

Assim, logo na primeira metade de 2023, tem-se que o “novo” (que de novo não tem absolutamente nada) governo mostrou a que veio: aumento de arrecadação, olvidando-se dos primados da razoabilidade, da legalidade, da isonomia, da celeridade processual, da racionalidade e da economicidade, péssima conjugação que acaba por enfraquecer o princípio da eficiência, norteador dos atos da Administração Pública.

O segundo elemento, demasiado robusto, que detona os valores em torno da redução do contencioso, é a Reforma Tributária aprovada a toque de caixa pelo Congresso Nacional. Abaixo, serão tecidas considerações acerca da tão falada “reforma”, que de reforma só tem o nome. Ao final, concluir-se-á que todo o entusiasmo com um judiciário mais célere, menos complexo e seguro, foi sobremodo apagado das esperanças da comunidade jurídica.

A Reforma Tributária aprovada pelo Congresso Nacional ao final de 2023 não resolverá o problema da tão almejada redução do contencioso tributário brasileiro. Nota-se que, do emaranhado de artigos inseridos na Constituição Federal, deixando-a ainda mais robusta, verifica-se vagueza de conceitos, bem como manifestas violações à legalidade. Estes temas, evidentemente, serão objeto de insurgência por parte dos atentos contribuintes.

Além de violar o pacto federativo, centralizando ainda mais o poder na mão da União, e relegando a Estados e Municípios a tributação comum do Imposto de Bens e Serviços (IBS), como se fosse constitucionalmente autorizado dois entes políticos tributando em conjunto, tem-se que a Reforma Tributária aprovada demonstrou que os mandatários pouco (ou nada) conhecem a respeito da formatação do Sistema Tributário Nacional. Isso porque, a federação brasileira conta com dimensão continental, e uma desigualdade regional que lhe é peculiar. Ao adotar um modelo de tributação utilizado em países de dimensões menores, sobretudo os da Europa, revela-se evidente miopia, na concepção dos formuladores da reforma, a respeito das peculiaridades brasileiras.

É evidente que, se o “tronco” da reforma está eivado de ilegalidade, uma série de ilegalidades será produzida, maculando-se o sistema ainda mais.

Veja-se, por exemplo, a tributação do IBS. Houve décadas de debates nos tribunais para que fosse consignado o conceito jurídico do ICMS, que é a circulação jurídica de bens (objeto de mercancia) e serviços. Tanto é verdade a dimensão da controvérsia, que a Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 49 teve o seu mérito recentemente resolvido, ocasião em que se tratou da tributação do ICMS na transferência de mercadorias do mesmo titular. Se não importado o conceito de circulação jurídica de mercadorias do ICMS para o IBS, e for deixado à margem da interpretação da comunidade jurídica o seu conceito, é certo que décadas de debates, buscando pelo real conceito do tributo, sucederão à reforma.

Outro exemplo é a instituição do malfadado (na concepção do autor) Imposto Seletivo (IS), de competência da União, disciplinado pelo artigo 153, VIII, do Texto Maior. O imposto em evidência agravará as alíquotas de produtos/itens tidos como prejudiciais à saúde e ao meio ambiente. A princípio, a ideia parece adequada. Contudo, verifica-se que a análise do que é, ou não, prejudicial à saúde ou ao meio ambiente é altamente subjetivo, o que tem o condão de abarrotar os tribunais de ações judiciais buscando a não incidência do tributo sobre a produção de determinados segmentos.

Outro grave ponto da reforma aprovada é a possibilidade de atualização da base de cálculo do IPTU por decreto (art. 156, § 1º, III, CF), como se não se configurasse cristalina mácula ao princípio da legalidade tributária. Trata-se de um amplo convite ao questionamen-

to judicial da matéria, agravando-se ainda mais o problema objeto do presente artigo.

É de se notar que as ilegalidades acima destacadas, que têm o condão de convidar os contribuintes ao debate perante os tribunais, são decorrentes do alto grau de poder que a União trouxe para si com as disposições da Reforma Tributária. Em vez de descentralizar a economia, conferindo-se mais autonomia aos Estados e Municípios, centralizou-se ainda mais o poder em torno da União, representando todo o atraso e contradição da qual este país padece, década após década, culminando na manutenção de suas chagas sociais.

Chega-se ao último capítulo deste artigo. Após superados os aspectos da Reforma Tributária que ensejarão maior litigiosidade, é hora de se demonstrar que a solução para o problema deve repousar na retomada dos trabalhos da comissão de juristas, bem como se apontando o equívoco, perpetrado pelos mandatários, ao aprovar uma Reforma Tributária sem antes elaborar e aprovar uma boa Reforma Administrativa.

## **5. NECESSIDADE DE RETOMADA DOS TRABALHOS DA COMISSÃO DE JURISTAS PELA REFORMA DO PROCESSO TRIBUTÁRIO E DE UMA REFORMA ADMINISTRATIVA ANTERIOR À TRIBUTÁRIA**

---

Muito embora a comunidade jurídica estivesse com os olhos voltados à redução do contencioso tributário, buscando-se privilegiar o princípio da eficiência administrativa, demonstrou-se, acima, que o novo governo, no último exercício, tomou medidas que agravarão ainda mais o problema. É evidente a contradição. Penosa contradição.

Ao final de 2022, a comunidade jurídica tinha em mãos uma série de projetos de leis complementares voltados à atualização do CTN e da processualística administrativa tributária. Na realidade, os projetos ainda existem, mas não ganharam o mínimo de atenção dos mandatários no último exercício. É flagrante o despreparo e a falta de prioridades para um bom funcionamento do Estado.

A aprovação de projetos que normatizem o sistema de precedentes na esfera administrativa, a dispensa de constituição de crédito tributário com base em precedentes, bem como maior interação entre Fisco e contribuinte, seja pela arbitragem tributária, seja pela transação, privilegiaria tanto a liberdade, quanto à racionalização do sistema.

A redução do contencioso tributário, se aprovados tais projetos, é consequência.

Estes projetos não podem permanecer parados no Senado Federal. Pelo contrário, devem ser a prioridade do Congresso Nacional em 2024, visto que a aprovação destes representará um judiciário mais célere, seguro e menos caro.

Mas, não só. A Reforma Tributária foi aprovada às pressas pelo novo governo, em parceria com o Congresso Nacional. O festejo midiático pela sua aprovação representa o quanto não há interação entre os mandatários e os contribuintes, figurando a mídia tradicional como péssima interlocutora desta (inexistente) relação. Em outras palavras, os contribuintes, em geral, não compreendem a consequência da “reforma” aprovada. Não haverá redução de tributação, nem simplificação do sistema.

Seria preciso, antes de tudo, elaborar e aprovar uma boa reforma administrativa. Com uma reforma administrativa adequadamente elaborada, o Estado certamente teria suas dimensões delineadas, sendo possível saber qual o custo necessário (e mínimo) para a manutenção de uma máquina pública funcional e eficiente, que não representasse enorme peso na vida dos contribuintes. Contudo, como prefalado, a reforma tributária precedeu à reforma administrativa, o que configura evidente *contradictio in terminis*, vez que não é possível projetar a necessidade de arrecadação sem saber, antes, qual a dimensão (em R\$) necessária de uma máquina pública eficiente.

## **NOTAS DE CONCLUSÃO**

---

A “Comissão de Juristas” formada em 17/03/2022, manifestamente preocupada com o tamanho do contencioso tributário, conta com diversos projetos de leis complementares que visam a redução do contencioso, com adoção de mecanismos de simplificação decisória e métodos alternativos de solução de conflitos. A aprovação de tais projetos é elementar para que se tenha uma máquina judiciária mais célere e eficiente, livrando-se, pouco a pouco, da sobrecarga da qual padece.

Contudo, em contrapartida, o ano de 2023 demonstrou o contrário. Em especial, o retorno do voto de qualidade ao CARF, somado à malfadada “Reforma Tributária”, recentemente aprovada, são dois atos tomados pelo novo governo que apenas agravarão o problema. Antes da reforma tributária, necessário seria a elaboração e aprovação de

uma reforma administrativa, que teria o condão de dimensionar como o Estado pode ser reduzido ao máximo, sem perder a eficiência. A partir deste cenário, seria possível elaborar uma excelente reforma tributária, com a arrecadação justa e estritamente nos termos das necessidades do Estado. Revelou-se contradição na aprovação de uma reforma tributária antes da reforma administrativa.

Ainda, demonstrou-se que os projetos da comissão de juristas, que de fato simplificariam o sistema, sem perder de vistas a eficiência e a segurança jurídica, não caminharam no último exercício, o que torna mais distante a resolução do problema.

A contradição denunciada continuará perpetuando um judiciário sobrecarregado e custoso, com a eficiência notadamente comprometida. Em vez de se resolver um problema, agrava-o. Contudo, espera-se que essa lógica seja revertida, sobretudo com a comunidade jurídica sempre atenta para corrigir as imperfeições do sistema.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BONFÁ, Isabela. MARQUES, Renata Elaine Silva Ricetti. *Novos rumos do processo tributário: judicial, administrativo e métodos alternativos de cobrança do crédito tributário*. Noeses. São Paulo. 2019.
- BRASIL. Código de Processo Civil: Lei n. 13.105, de março de 2015. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em: 01/2024.
- BRASIL. Código Tributário Nacional. Brasília: Congresso Nacional. Disponível em [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br). Acesso em 07.2023.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Brasília, DF. Acesso em 01/2024.
- BRASIL. Emenda Constitucional nº 132. Altera o Sistema Tributário Nacional. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc132.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc132.htm). Acesso em 01/2024
- CLEMENTE GUTIERREZ, Renan. A sistemática de precedentes do Código de Processo Civil no âmbito dos tribunais tributários administrativos: [recurso eletrônico]. Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico). Publicado em 04/2023. Disponível em: <https://dspace.mackenzie.br/bitstream/handle/10899/32271/RENAN%20CLEMENTE%20GUTIERREZ.pdf?sequence=1>. Acesso em 01/2024.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). Diagnóstico do contencioso judicial tributário brasileiro: relatório final de pesquisa / Conselho Nacional de Justiça; Instituto de Ensino e Pesquisa. – Brasília: CNJ, 2022. Acesso em 01/2024.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). Justiça em Números 2023. Brasília: CNJ, 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/08/justica-em-numeros-2023.pdf>. Acesso em 01/2024.

INSTITUTO DE ENSINO E PESQUISA (INSPER). Contencioso tributário no Brasil – Relatório 2020 – Ano de referência 2019. Publicado em julho de 2020. Disponível em: [https://www.insper.edu.br/wp-content/uploads/2020/07/Contencioso\\_tributario\\_Relatorio2019\\_092020\\_v2.pdf](https://www.insper.edu.br/wp-content/uploads/2020/07/Contencioso_tributario_Relatorio2019_092020_v2.pdf). Acesso em 09.2022.

SENADO FEDERAL. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=9199183&ts=1663791322645&disposition=inline>

SENADO FEDERAL. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=9199185&ts=1663791323461&disposition=inline>

STJ. Disponível em:

<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/2022/19092022-Senado-apresenta-projetos-para-reforma-dos-processos-administrativo-e-tributario.aspx>

## IX

# Tributação, violência, mortes no trânsito, turismo e o Brasil em ranking negativo

## *Tributation, violence, traffic deaths, tourism and Brazil in negative ranking*

**Eduardo Jardim**<sup>1</sup>

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Tributação. 2.1. Emendas. 2.2. Legislação. 2.2.1. DRU. 2.2.2. Carga tributária x PIB. 2.2.3. Elevada tributação de medicamentos e absurda indedutibilidade do imposto de renda. 2.2.4. Excessiva tributação do consumo. 2.2.5. Inconstitucionalidade das CIDES. 2.3. Síntese conclusiva. 3. Segurança. 3.1. O que fazer? 3.1.1. Guerra no Guarujá. 4. Mortes no trânsito no Brasil e alhures. 5. Impunidade na violência contra a mulher. 6. Problemas e tragédias causados pelas tempestades de verão. 7. Turismo. 8. Conclusões.

**Resumo:** A legislação brasileira, bem assim o debate público e a gestão de graves problemas, afigura-se totalmente ineficaz para combater as vicissitudes em todos os segmentos da vida do cidadão. Um ponto a ser questionado consiste numa carga tributária das mais elevadas do planeta, acima da norte-americana e da Suíça, por exemplo, tudo sem contrapartida em termos de serviços públicos. Na seara da violência de toda sorte, o Brasil é um dos países que ocupam uma triste posição entre os piores, passando ao largo dos direitos e garantias proclamados pela Constituição Federal. Por fim, o Estudo incursiona noutras searas, *ad exemplum* dos danos causados pelas tempestades de verão e por um turismo acanhado e abaixo do nosso potencial.

---

1 Eduardo Jardim é mestre e doutor em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, advogado militante, parecerista, palestrante, conferencista e Professor Emérito da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Professor do Instituto Brasileiro de Estudos Tributários - IBET. Membro da Academia Paulista de Letras Jurídicas, Cadeira n. 62. É membro e vice-presidente do Instituto Brasileiro de Estudos de Direito Administrativo, Financeiro e Tributário-IBEDAF. Autor de livros de Direito pelas Editoras Saraiva e Mackenzie, dentre outras, com algumas obras constantes de bibliotecas de universidades europeias, a exemplo de Navarra, Valência e Salamanca, na Espanha, bem como na Universidade de Bonn, na Alemanha, senão também na Faculdade de Direito de Nápoles, na Itália, e ainda nas Faculdades de Direito de Lisboa e do Porto, ambas em Portugal. Sócio de Eduardo Jardim e Advogados Associados. Email: eduardo@eduardojardim.com.br

**Palavras-chaves:** Inconstitucionalidades; Tributação; Segurança; Mortes no trânsito; Violência contra a mulher; Impunidade; Tempestades; Turismo.

**Summary:** 1. Introduction. 2. Taxation. 2.1. Amendments. 2.2. Legislation. 2.2.1. DRU. 2.2.2. Tax burden x GDP. 2.2.3 High taxation of medicines and absurd non-deductibility of income tax. 2.2.4. Excessive consumption tax. 2.2.5. Unconstitutionality of CIDES. 2.3. Conclusive summary. 3. Security. 3.1. What to do? 4. Traffic deaths in Brazil and elsewhere. 5. Impunity for violence against women. 6. Storm problems and tragedies caused by the summer seasons. 7. Tourism. 8. Conclusions.

**Abstract:** Brazilian legislation, as well as public debate and problem management, appear to be completely ineffective in combating misfortunes in all segments of citizens' lives. One point to be questioned was a tax burden that was one of the highest on the planet, above that of North America and Switzerland, for example, all with no counterpart in terms of public services. In the area of violence of all kinds, Brazil is one of the countries that occupies a sad position among the worst, passing along the rights and guarantees proclaimed by the Federal Constitution. Finally, the Study forays into other areas, including the damage caused by summer storms and reduced tourism that is below our potential.

**Keywords:** Unconstitutionality; Taxation; Security; Traffic deaths; Violence against women; Impunity; Storms; Tourism.

## 1. INTRODUÇÃO

---

Preliminarmente, impende esclarecer que no tópico inicial o presente Estudo realiza uma abordagem sucinta e crítica sobre o sistema tributário nacional, culminando por assinalar uma série de objeções acerca da reforma constitucional tributária. Sobre mais, excepcionando o padrão tradicional dos artigos acadêmicos, far-se-á uma reflexão sobre outros assuntos graves que maculam a rotina do cidadão, sejam as tempestades, sejam os crimes de toda a sorte, tudo por ausência de políticas públicas cuja obviedade ressalta à evidência, mas não são solucionados eficazmente.

Além disso, na parte final do presente Estudo serão trazidas à colação meras observações e anotações tendentes a revelar que há muito o que fazer, inclusive no campo do turismo, até porque é inadmissível que um país com tanto potencial tenha um turismo internacional menor do que o da Torre Eiffel, conforme ocorreu no ano de 2023.

Em sinopse, afora as reflexões sobre a tributação e a respectiva reforma, cabe reafirmar que o presente Ensaio se propõe a apontar

problemas e alvitrar propostas que poderiam mitigar ou solucionar a verdadeira tragédia brasileira nos segmentos prefalados neste exórdio.

## 2. TRIBUTAÇÃO

---

Primeiramente, cumpre falar em alto e bom som que o Direito tributário brasileiro encontra-se exaustivamente positivado no plano constitucional, abrigando as virtudes de instrumentar os entes federados da prerrogativa de instituírem os tributos necessários para a consecução do bem comum e, sabiamente, limita o referido poder, protegendo assim o *taxpayer* que paga a conta.

Dotado de clareza solar, otimiza a segurança jurídica na produção das normas gerais e abstratas, senão também na edição das normas concretas e individuais. Não é sem razão que o sistema constitucional tributário pátrio mereceu encômios de doutrinadores de prol por parte de nossos juristas, bem como de doutrinadores estrangeiros, especialmente da Argentina, do Uruguai, da França, de Portugal, da Espanha e da Alemanha.

Em que pese o mérito do aludido sistema imerso no plano excelso, a nossa legislação tributária é um verdadeiro manicômio tributário, em harmonia com a denominação de um Estudo produzido por *Lello Gangemi* com essa denominação no qual o renomado Professor de Nápoles criticou acerbamente a legislação tributária italiana, mercê de suas contradições e imperfeições. Ouçamo-lo, pois: *“A infelicíssima situação do nosso ordenamento tributário: um caos de leis contraditórias e em antítese aos mais elementares princípios de racionalidade, justiça e socialidade”*<sup>2</sup>.

Entrementes, o Congresso Nacional está reformando o que há de melhor, ou seja, o sistema constitucional tributário e não as emendas e a legislação manifestamente inconstitucionais.

Vejamos alguns exemplos de absurdidades contidas em emendas e na legislação:

---

2 GANGEMI, Lello. Manicomio Tributario Italiano. *Studi in Memoria di Benvenuto Grizziotti*. Milano: Dott A. Giufré, p. 127-194, 1959.

## 2.1 Emendas

---

- a) A Emenda n. 3, de 17 de março de 1993, instituiu a tributação de fatos futuros!
- b) A Emenda n. 39, de 19 de dezembro de 2002, criou uma taxa de iluminação pública pela prestação de serviço indivisível, o que não pode, e, por isso, lhe dera o *nomen juris* de contribuição de iluminação pública. Em suma, o nome não modifica a natureza das coisas, donde, na verdade, trata-se de uma taxa inconstitucional com a falsa roupagem de contribuição!
- c) A Emenda n. 103, de 12 de novembro de 2019, contrariando o postulado de igualdade, não só teórico, mas também consagrado no art. 150, II, da CF, estabelece a possibilidade de quantificar o tributo em função da atividade econômica, resultando, assim, manifestamente inconstitucional por contrastar com o princípio da igualdade.
- d) A Emenda n. 93, de 8 de setembro de 2016, autoriza o desvio de 30% da arrecadação tributária federal para o Poder Executivo, na contramão da natureza específica dos tributos, sejam impostos que não podem sofrer afetação, sejam as contribuições de seguridade ou interventivas econômicas que somente podem gerar receitas para o fim a que se destinam.

## 2.2 Legislação

---

### 2.2.1 DRU

---

- a) Vejamos uma censurável distorção no plano legislativo por meio da chamada Desvinculação de Receitas da União/DRU a qual diz respeito à partilha da arrecadação do imposto de renda e o IPI, em que a Lei Complementar n. 62/1989 e alterações supervenientes firmaram que a referida receita deve ser compartilhada na proporção de 85% para os Estados das Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, restando 15% para os Estados do Sul e Sudeste. Em face desse descompasso, a União devolve para São Paulo, por exemplo, apenas 9% do quanto arrecada, enquanto em alguns Estados chega a atribuir até 700%, tudo na exata conformidade com o disposto nos arts. 76, 76-A e 76-B do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e consoante estampado no mapa abaixo, a saber:



## 2.2.2 CARGA TRIBUTÁRIA X PIB

b) Ao consoar de divulgação da *Heritage Foundation*, a carga tributária em 2023 importou em 32% do PIB, enquanto a dos Estados Unidos e da Suíça foi de 27% e a do Japão 28%, o que mostra o peso de uma tributação elevada e injusta, o que ressalta à evidência a desarmonia desse patamar de tributação com os postulados constitucionais<sup>3</sup>. Alguns casos pontuais revelam a dimensão excessiva dos tributos entre nós, a exemplo dos veículos que são gravados em média a 30% no Brasil, enquanto, no Japão, a tributação importa em 9,9% e, nos Estados Unidos, apenas 6%<sup>4</sup>.

## 2.2.3 Elevada tributação de medicamentos e absurda indedutibilidade no imposto de renda

Na legislação do Imposto de Renda, por exemplo, não é permitida a dedução de despesa com medicamentos, nem com aluguel, embora a Constituição contemple o direito à moradia e à saúde. Cabe destacar que a tributação dos medicamentos totaliza 38% na formação do preço, diferentemente da França e do

3 HERITAGE FOUNDATION. Disponível em: <https://www.heritage.org/contact>. Acesso em: 9 fev. 2024.

4 ANFAVEA. *Anuário 2001*. Disponível em: <https://anfavea.com.br/site/anuarios/>. Acesso em: 9 fev. 2024.

Japão, que é 10%, lembrando que nos Estados Unidos, Canadá e Reino Unido é ZERO<sup>5</sup>. Não é diferente a irresignação de Nelson Mussolini, Presidente da Sindusfarma, que assim atremou: “a carga tributária sobre medicamentos no Brasil é fora do padrão. A média mundial é de 6%. Em países com alta carga tributária, como na França, os tributos sobre os medicamentos são de 2,1%”<sup>6</sup>.

## 2.2.4 Excessiva tributação do consumo

---

c) A tributação do consumo é igualmente altíssima, pois representa aproximadamente 63% da arrecadação, portanto acima do Japão, com 18%, ou dos Estados Unidos, com 17%, em flagrante desrespeito ao princípio da capacidade contributiva cristalizado no art. 145, § 1º da Constituição Federal. Não se pode olvidar, ademais culmina por tributar gravosamente a população de baixa renda, tudo em total desacordo com os ideais de uma sociedade justa e igualitária. A propósito, merece lembrada a memorável lição de *Jean Marie Cotteret e Louis Trotabas* que, ao definirem o imposto, proclamam a capacidade contributiva como um de seus elementos imprescindíveis e fundamentais. Ouçamo-los, pois: “*L’impôt est le procédé de répartition des charges budgétaires entre les individus d’après leurs facultés contributives*”<sup>7</sup>.

## 2.2.5 Inconstitucionalidade das CIDES

---

d) As Contribuições Interventivas no Domínio Econômico-CIDES exprimem mais uma teratologia instituída no patamar legislativo, máxime porque são instituídas à míngua dos pressupostos de sua tipologia jurídica. Tanto assim é, que, ao revés do quanto se vê, somente poderiam ser criadas diante de um descompasso mercadológico extremo que exigisse

---

5 IBPT. Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação. *Site*. Disponível em: <https://ibpt.com.br/>. Acesso em: 9 fev. 2024.

6 MUSSOLINI, Nelson. Sindusfarma. *Site*. Disponível em: <https://sindusfarma.org.br>. Acesso em: 10 fev. 2024.

7 COTTERET, Jean Marie; TROTABAS, Louis. *Droit Fiscal*. 50. ed. Paris: Dalloz, 1985, p. 14.

uma intervenção da União e serem custeadas pela referida contribuição, a qual somente poderia ser temporária, máxime porque a liberdade econômica representa um postulado alto-neiro do Estado democrático que, diga-se de passo, encontra-se cristalizado no art. 170 da CF. O acerto mencionado traduz a arguta e luminosa reflexão pioneira sobre o tema da lavra de *Marcelo Guerra Martins*, Magistrado Federal e Doutrinador de prol que bordou o assunto em obra acerca de tributos federais<sup>8</sup>.

Entrementes, as CIDES são criadas à míngua de qualquer desconcerto mercadológico, em caráter permanente e com o único propósito de gerar receitas para a União que, além de tudo não realiza qualquer atuação interventiva! Em suma, trata-se de um imposto inominado com a indevida roupagem de Contribuição Interventiva.

### **2.3 Síntese conclusiva**

---

Como se vê, as emendas e a legislação abrigam incontáveis impropriedades lógicas e hospedam flagrantes inconstitucionalidades, mas, por incrível que possa parecer, o Congresso Nacional não vai modificar a aberração das CIDES, ou a elevada carga tributária ou a alta tributação do consumo ou mesmo as distorções da partilha dos Fundos de Participação dos Estados e Municípios. *A contrario sensu*, vai destruir o mais bem elaborado sistema constitucional da história do Direito.

### **3. SEGURANÇA**

---

Consoante dados da Organização das Nações Unidas, o índice médio de homicídios em países do Primeiro Mundo se situa num patamar em torno de 1% para cada grupo de 100 habitantes ao ano, alguns países com pouco mais e muitos com muito menos, sendo que alguns chegam ao número ideal que é ZERO, caso de Mônaco e Lichenstein<sup>9</sup>.

---

8 MARTINS, Marcelo Guerra. *Impostos e Contribuições Federais*. São Paulo: Rio de Janeiro: Recife: Editora Renovar, 2004, p. 553 e ss).

9 UNITED NATIONS. Office on Drugs and. Disponível em: <https://www.unodoc.org>. Acesso em: 10 fev. 2024. Crime. *Site*

Com efeito, na Europa preponderam níveis inimagináveis para nós, senão vejamos: Islândia, 0,91; Irlanda, 0,64; Noruega, 0,56; Reino Unido, 0,92; Alemanha, 0,86; França, 1,56, e assim avante, cabendo lembrar que o continente europeu abriga Mônaco e Lichens-stein, já mencionados, com as incrédíveis taxas de ZERO homicídios num dado ano.

Não é diferente a existência de níveis baixos na Oceania, assim como a Nova Zelândia, que contabiliza 0,91, ou a Polinésia Francesa com os seus 0,38. O continente africano, a seu turno, hospeda nações com números excelentes, *ad exemplum* de Gana, 1,70; Madagascar, 0,62; e Marrocos, 1,05.

Nas Américas, temos os Estados Unidos, com 4,88; a Argentina, com 6,55; e Brasil, com 21, ou seja, mais uma vez o nosso país encontra-se num pódio negativo, observando que temos algumas cidades que estão entre as mais violentas do planeta, conforme divulgado pelo Anuário do Fórum Brasileiro de Segurança Pública<sup>10</sup> quais sejam:

Município - Taxa de Mortes Violentas Intencionais (2022)

- Jequié (BA) - 88,8.
- Santo Antônio de Jesus (BA) - 88,3.
- Simões Filho (BA) - 87,4.
- Camaçari (BA) - 82,1.
- Cabo de Santo Agostinho (PE) - 81,2.
- Sorriso (MT) - 70,5.
- Altamira (PA) - 70,5.
- Macapá (AP) - 70,0.

### 3.1. O que fazer?

Ao lado da complexidade do assunto, falta fazer o mínimo e o óbvio como forma de afugentar a barbárie da violência entre nós, pois é de mister começar com a modernização da legislação que aumente as penas e acabe com a inimizabilidade do menor, até porque se afigura inaceitável não punir com rigor extremo o ladrão, o latrocida e o assassino, inclusive aquele que põe a vida da sociedade em jogo fazendo racha ou dirigindo alcoolizado.

---

10 ANUÁRIO BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA 2022. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, ano 16, 2022. ISSN 1983-7364.

Na percepção do presente Estudo, a violência é de longe a maior tragédia brasileira, a qual justifica uma Constituinte que estabeleça até a prisão perpétua e que revogue a indecorosa impunidade do menor, a qual, inconstitucional embora, mereceria ser expressamente expungida do Texto Excelso.

É forçoso extinguir regras patéticas que autorizam um criminoso a aguardar o julgamento em liberdade pelo fato de ser primário ou de ter endereço certo ou porque não vai atrapalhar o curso do processo. Isso é uma falácia que afronta o cidadão, pois não há nenhuma relação lógica entre uma coisa e outra. Ora, se provada a autoria de um crime, não importa que o acusado seja primário ou que não interfira no curso dos autos.

Da mesma maneira, é inconcebível deixar em liberdade alguém que se apresenta após o estado de flagrância, pois isso é anacrônico e ultrapassado, tanto que, em sua origem, o flagrante representava a comprovação sumária da autoria do crime, o que pode ser demonstrado a qualquer tempo com a tecnologia atual.

Ademais, seria necessário estabelecer como verdade que o objetivo da pena não é a recuperação do criminoso, mas sim a punição e a sua segregação e, com isso, proteger efetivamente a sociedade de uma verdadeira barbárie que não para de crescer ante uma legislação leniente que põe em risco todos nós.

### **3.1.1 Guerra no Guarujá**

---

Em meados do ano de 2023 foi deflagrado um confronto entre criminosos e a polícia no litoral paulista, especialmente no Guarujá, o que totalizou dezenas de mortes, inclusive de muitos policiais.

Tudo começou com o trágico evento em que o Policial Militar Patrick Bastos Reis foi baleado e morto enquanto fazia um patrulhamento na comunidade da Vila Zilda, no Guarujá, no dia 27 de julho de 2023.

O policial estava numa viatura NÃO BLINDADA, o que é incompreensível, notadamente se considerarmos que se tornou comum o uso de veículos particulares blindados, donde, com mais razão, é inimaginável ingressar numa zona perigosa na busca de criminosos com veículo sem blindagem!

Força é depreender que se a viatura fosse blindada, como seria óbvio, nada disso teria acontecido. Nem se diga que não há recur-

sos financeiros, tanto que o imposto estadual paulista é graduado entre 7% até 25%, ou seja, muito mais que o imposto estadual norte-americano que varia entre Zero e 8,5%.

Ante essas observações, é necessário reconhecer que o Estado dê a proteção necessária aos policiais ao ensejo de patrulhamentos e quaisquer enfrentamentos com criminosos, de tal sorte que jamais ocorram fatos dessa natureza.

#### **4. MORTES NO TRÂNSITO NO BRASIL E ALHURES**

---

Infelizmente é sabido e ressabido que, não raro, a expressão acidentes de trânsito encobre verdadeiros assassinatos, como incontáveis casos de rachas em que motoristas apostam corrida em vias públicas e, por vezes, perdem o controle do veículo, culminando com a morte ou mortes de pessoas que não têm nada a ver com aquela prática criminosa, apenas estariam no local por circunstância.

Demais disso, afora a hipótese dos rachas, é igualmente inconcebível o abuso da velocidade e o atropelamento com morte de alguém que esteja na calçada ou mesmo no interior de qualquer ambiente, seja uma padaria ou uma escola, conforme já aconteceu na cidade de São Paulo.

Destarte, enquanto alguém perde a vida deixando um luto eterno para os seus entes queridos, nada acontece com o atropelador, melhor dizendo, com o criminoso. Fatos desse jaez exigem legislação contundente e processo desburocratizado com punição exemplar para o criminoso. De pouca valia é a realização de Blitz tipo Lei Seca, o que realmente adiantaria seria a prisão preventiva com longa pena para o criminoso. É obvio, mas não é o que se vê nas políticas públicas em nosso país.

Decididamente, não é sem razão que o Brasil é um dos países em que o trânsito mais mata no mundo, tendo totalizado 31.174 mortes no ano de 2022, ocupando, assim, um incômodo terceiro lugar no ranking de países com mais mortes em decorrência de acidentes de trânsito, segundo o relatório Status Report on Road Safety, da Organização Mundial de Saúde<sup>11</sup>.

---

11 ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. *Status Report on Road Safety*. Disponível em: <https://www.who.int/about>. Acesso em: 10 fev. 2024.

A propósito, esse número espantoso contabilizado pelo Brasil traduz um índice de 23,4 mortes para cada 100 mil habitantes ao ano, enquanto a Suécia registra um total de três óbitos com referência ao mesmo parâmetro<sup>12</sup>.

Ao contrário do Brasil, merece encômios a política de trânsito na Suécia com um reduzido número de óbitos, revelando, assim, que a competência e o comprometimento são as ferramentas que tornam possível tornar eficaz uma boa política de trânsito ou qualquer outra e aprimorar a qualidade de vida do país.

#### **4.1 Síntese conclusiva**

---

Em suma, a teor do que ocorre no tocante aos crimes contra a vida de modo geral, nesta seara o maior problema é a total ausência de punição. Claro que há inúmeras outras providências a serem efetivadas, mas todas gravitariam em torno de aplicação de penas severas a serem concretizadas desde logo.

### **5. IMPUNIDADE NA VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER**

---

Uma das modalidades de violência é aquela cometida contra a mulher, fato mostrado diariamente nos programas da TV Record e da TV Bandeirantes. Realmente é inacreditável a omissão do Poder Público, que não adota medidas eficazes para impedir essa prática criminosa.

Seria muito simples acabar com essa espécie de barbárie, pois bastaria prender preventivamente o acusado, desde que comprovada a autoria e majorar a pena para patamares elevados, algo em torno de 10 anos a 30 anos. Isso seria o lógico e o razoável, como diria Recasens Sichez, ao passo que o contrário é que é inaceitável, na medida em que o agressor não é punido, desde logo, e, sabendo da queixa formulada pela ex-esposa ou ex-namorada, daí, sim, ele volta com tudo e, não raro, torna a agredir e a matar a mulher.

É reprovável e inexplicável que há quem acredite numa suposta eficácia da chamada Medida Protetiva, a qual, além de ser inútil, representa uma verdadeira emboscada, pois a mulher que inge-

---

12 WRI Brasil. World Resources Institute (WRI). Disponível em: <https://www.wribrasil.org.br>. Acesso em: 10 fev. 2024.

nuamente acreditar nessa providência meramente burocrática, vai sofrer mais agressões, senão perder a vida.

Nem se diga que a presunção de inocência valeria para o agressor, porquanto essa disposição constitucional somente tem sentido enquanto houver dúvida quanto à autoria, o que não é o caso. Essa visão equivocada exprime mais um atraso secular do direito pátrio que ainda reconhece na literalidade um método de interpretação, na contramão da arguta e luminosa lição de Stammler, para quem ao interpretar uma norma de um Código, devemos interpretar todo o Código<sup>13</sup>. Na esteira de suas lições arremato: não só todo o Código, mas todo o Direito<sup>14</sup>.

### **5.1 Síntese conclusiva**

---

O que se propõe é uma legislação explícita vocacionada a proteger efetivamente a mulher e que nesse compasso estabeleça a prisão preventiva do acusado, desde que comprovada a autoria de plano, tudo com o desígnio de concretizar os direitos e garantias cristalizados no art. 5º da Constituição da República.

## **6. PROBLEMAS E TRAGÉDIAS CAUSADAS PELAS TEMPESTADES DE VERÃO**

---

As chuvas de verão não dão trégua em nosso país, o que varia é o seu grau de intensidade, o qual culmina por causar verdadeiras tragédias, a exemplo do deslizamento de encostas e soterramento de habitações de população carente, bem como ocasionando alagamentos e correntezas letais para veículos e passantes e, sobretudo, provocando quedas de árvores, fato agravado pela consequencial derrubada de postes e de fiação elétrica.

Em suma, incontáveis vidas são perdidas em decorrência de algo que em grande parte poderia e deveria ser evitado. As casas modestas localizadas em morros deveriam ser de alguma forma substituídas por habitações minimamente seguras, ainda que sim-

---

13 STAMMLER, Rudolf. *Lehrbuch der RechtsPhilosophie*. Berlin-Leipzig: Walter de Gruyer & Co, 1923, p. 266, § 129.

14 JARDIM, Eduardo Marcial Ferreira. *Manual de Direito Financeiro e Tributário*, 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 407.

ples, o que ao longo de décadas não é resolvido por nenhum governo dos mais diversos partidos políticos.

Os alagamentos também deveriam ser neutralizados, cabendo ao Poder Público encontrar o caminho. Se considerarmos que os americanos foram à Lua há mais de meio século, não é possível que uma chuva um pouco mais forte provoque um caos desse jaez.

Por derradeiro, como é sabido que as chuvas de verão acontecem todos os anos e derrubam árvores, será que é tão difícil assim haver uma competente gestão nessa área, podendo e tratando esse verde de nossas cidades. Já quanto à rede elétrica é algo lamentável, pois a responsabilidade não é da concessionária, como dizem, mas, sim, das políticas públicas que ainda mantêm um sistema anacrônico de fiação aérea, quando na França, por exemplo, a rede é totalmente subterrânea há mais de 50 anos! Quer dizer, se as tempestades de verão ocorridas aqui tivessem acontecido em Paris, não teríamos danos, muito menos mortes.

## **7. TURISMO**

---

Muito aquém do seu potencial

O litoral brasileiro totaliza 7.491 km e sua extensão o coloca como o 15º do mundo, embora em termos de qualidade seja, de longe, inigualável. O Canadá, por exemplo, é o primeiro em dimensão territorial, assim como o Reino Unido é dotado de uma orla marítima superior à nossa, mas são regiões sabidamente frias e gélidas, com um verão não raro de cores pálidas, convindo lembrar que há muitas praias de pedras com as de Brighton e não de areia como no Brasil.

Em verdade, somente entre nós, há praias de areia com verão 365 dias por ano, caso do Ceará, da Paraíba, da Bahia e outros Estados da Região Nordeste, emolduradas com falésias belíssimas e até com areias coloridas, por vezes. O que dizer dos mares de Alagoas com matizes azuis como o céu e verdes como a esmeralda. E a beleza singular dos lençóis maranhenses e o contraponto das serras de Gramado, no Rio Grande do Sul, ou Campos do Jordão, no Estado de São Paulo.

Afora a orla em si, temos outros sobrenumeráveis encantos, a exemplo de Salvador, primeira capital do Brasil, que abriga uma enorme riqueza natural e cultural. O mesmo se verifica com relação à

Foz do Iguaçu, no Paraná, com a opulência de suas Cataratas, ou o Pantanal mato-grossense, que é um bioma de beleza rara e única.

O que não dizer da Amazônia ou do Parque Estadual do Jalapão, ou a Chapada Diamantina ou ainda a Chapada dos Veadeiros. Não se pode deixar de fazer menção ao Rio de Janeiro, cantado em prosa e verso como a eterna Cidade Maravilhosa, sempre abraçada pelo Cristo Redentor.

A lista seria interminável e, por isso, far-se-á uma breve referência a São Paulo, uma das maiores cidades do planeta, com potencial para o turismo de negócios, bem como o de natureza cultural, ou de lazer ou ainda com o propósito de tratar da saúde, afora encontrar-se instrumentada de aeroportos e hotelaria de excelência, senão também de uma gastronomia exemplaríssima. Demais disso, merece destacar que a cidade compreende universidades e hospitais, enfim, não falta nada, nem mesmo praias, pois as mais próximas se localizam a uma hora do centro urbano.

Não obstante tudo isso, o carnaval e muito mais, o Brasil recebeu aproximadamente 6 milhões de turistas internacionais no ano de 2023, ou seja, menos do que os 7 milhões que visitaram somente a Torre Eiffel, em Paris, no mesmo ano, fato, diga-se de passo, inacreditável, o qual revela a ausência de políticas públicas eficazes entre nós, transformando a potencialidade em caso concreto, gerando emprego, otimizando a economia e a arrecadação tributária e, também, fazendo o país viajar o mundo em cartão-postal. Deveras, a equação é incrível e merece ser veementizada, vale dizer, TODO O BRASIL: 6 MILHÕES DE TURISTAS EM 2023 X TORRE EIFFEL: 7 MILHÕES NO MESMO ANO!!! Oh my God, diriam os ingleses!

## **8. CONCLUSÕES**

---

Os escólios trazidos à colação são absolutamente óbvios e teriam o condão de dar um salto de qualidade na vida do país, mudando-o da água para o vinho, conforme diz o jargão comum, bastaria haver diagnóstico/competência e comprometimento/vontade política, nada mais.

## **REFERÊNCIAS**

---

ANFAVEA. Anuário 2001. Disponível em: <https://anfavea.com.br/site/anuarios/>. Acesso em: 9 fev. 2024.

- ANUÁRIO BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA 2022. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, ano 16, 2022. ISSN 1983-7364.
- BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Emenda Constitucional nº 3, de 17 de março de 1993. *Altera os arts. 40, 42, 102, 103, 155, 156, 160, 167 da Constituição Federal*. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc03.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc03.htm). Acesso em: 10 fev. 2024.
- BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Emenda Constitucional nº 39, de 19 de dezembro de 2002. *Acrescenta o art. 149-A a Constituição Federal (Instituindo contribuição para custeio do serviço de iluminação pública nos Municípios e no Distrito Federal)*. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc39.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc39.htm). Acesso em: 10 fev. 2024.
- BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Emenda Constitucional nº 103, de 12 de novembro de 2019. *Altera o sistema de previdência social e estabelece regras de transição e disposições transitórias*. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc103.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc103.htm). Acesso em: 10 fev. 2024.
- BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Emenda Constitucional nº 93, de 8 de setembro de 2016. *Altera o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias para prorrogar a desvinculação de receitas da União e estabelecer a desvinculação de receitas dos Estados, Distrito Federal e Municípios*. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc93.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc93.htm). Acesso em: 10 fev. 2024.
- BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei Complementar nº 62, de 28 de dezembro de 1989. *Estabelece normas sobre o cálculo, a entrega e o controle das liberações dos recursos dos Fundos de Participação e dá outras providências*. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/LCP/Lcp62.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp62.htm). Acesso em: 10 fev. 2024.
- COTTERET, Jean Marie; TROTABAS, Louis. *Droit Fiscal*. 50. ed. Paris: Dalloz, 1985, p. 14.
- GANGEMI, Lello. *Manicomio Tributario Italiano*. Studi in Memoria di Benvenuto Griziotti. Milano: Dott A. Giufré, p. 127-194, 1959.
- HERITAGE FOUNDATION. Disponível em: <https://www.heritage.org/contact>. Acesso em: 9 fev. 2024.
- IBPT. Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação. *Site*. Disponível em: <https://ibpt.com.br/>. Acesso em: 9 fev. 2024.
- JARDIM, Eduardo Marcial Ferreira. *Manual de Direito Financeiro e Tributário*, 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 407.
- MARTINS, Marcelo Guerra. *Impostos e Contribuições Federais*. São Paulo: Rio de Janeiro: Recife: Editora Renovar, 2004, p. 553 e ss.

MUSSOLINI, Nelson. Sindusfarma. *Site*. Disponível em: <https://sindusfarma.org.br>. Acesso em: 10 fev. 2024.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. *Status Report on Road Safety*. Disponível em: <https://www.who.int/about>. Acesso em: 10 fev. 2024.

STAMMLER, Rudolf. *Lehrbuch der RechtsPhilosophie*. Berlin-Leipzig: Walter de Gruyer&Co, 1923, p. 266, § 129.

UNITED NATIONS. Office on Drugs and Crime. *Site*. Disponível em: <https://www.unodoc.org>. Acesso em: 10 fev. 2024.

WRI Brasil. World Resources Institute (WRI). Disponível em: <https://www.wribrasil.org.br>. Acesso em: 10 fev. 2024.

# X

## Arbitragem na administração pública e jurisdição: preceitos teóricos

*Arbitration in public administration and jurisdiction: theoretical precepts*

*Fabiana Félix Ferreira*<sup>1</sup>

**Resumo:** Busca analisar e sedimentar a possibilidade da Administração Pública se submeter à arbitragem para, com base nessa experiência, questionar os óbices de sua expansão. São pormenorizados os conceitos de arbitragem, de Administração Pública, de interesse público, Jurisdição e os caminhos que permitam a disponibilidade desses interesses para refletir a possibilidade e viabilidade da arbitragem no âmbito público.

**Palavras-chave:** Arbitragem. Administração Pública. Direito Público. Interesse Público. Jurisdição.

**Abstract:** It seeks to analyze and establish the possibility of the Public Administration submitting to arbitration and based on this experience, question the obstacles to its expansion. The concepts of arbitration, Public Administration, public interest and Jurisdiction are detailed, as are the ways in which these interests can be made available to reflect on the possibility and viability of arbitration in the public sphere.

**Keywords:** Arbitration. Public Administration. Public Law. Public Interest. Jurisdiction.

**Sumário:** I. Introdução. II. Arbitragem no direito público. III. Princípio da inafastabilidade e o instituto da arbitragem. IV. Administração pública e interesse público. V. O interesse público sob a ótica da arbitragem. VI. Indisponibilidade. VII. Jurisdição. VIII. Conclusões.

---

<sup>1</sup> Doutora em Ciências Jurídicas pela Università degli Studi di Perugia (Itália). Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Advogada e Pesquisadora.

## I. INTRODUÇÃO

---

O crescimento do Direito deve ser homogêneo e concomitante com as novas técnicas, é dizer, deve estar estritamente vinculado ao uso de ferramentas jurídicas inovadoras para o aperfeiçoamento legislativo e social. Os ordenamentos jurídicos não podem ser considerados de maneira isolada. O direito global extrapola largamente as fronteiras do Estado Nacional para buscar suas fontes também fora dele: desde os tratados multilaterais até normas emanadas dos organismos internacionais, passando pela rica jurisprudência dos entes jurisdicionais internacionais.

O processo de globalização econômica se consolidou em parte graças ao vertiginoso crescimento e desenvolvimento das chamadas novas tecnologias e fundamentalmente devido ao uso da internet, acentuando a tendência de admitir uma noção de juridicidade desvinculada do conjunto de normas legais de um Estado concreto, de um sistema jurídico formal predeterminado.

A globalização e a informatização decretaram significativas mudanças no modelo de Estado atual, quer no tocante à sua relação com os cidadãos, quer acerca da relação intraestatal e até mesmo entre os Estados nacionais<sup>2</sup>.

Internamente, o Estado deixou de ser provedor dos serviços essenciais, na medida em que compartilha tal tarefa com o setor privado e atua como regulamentador dos serviços – o que faz, muitas das vezes, através de agências reguladoras<sup>3</sup>.

Nesse novo cenário, a noção tradicional de direito público e a dicotomia público x privado perde importância, na medida em que aspectos tradicionalmente tratados por normas de direito público são, atualmente, de responsabilidade de entes privados e, portando, regulamentadas por norma que cuidam das relações entre particulares<sup>4</sup>.

As novas tecnologias provocaram o nascimento de fenômenos novos que exigem uma regulação diferente, surgiram novas classes de controvérsias jurídicas até pouco tempo inexistente e se incrementou

---

2 MENDONÇA, Priscila Faricelli de. *Transação e arbitragem nas controvérsias tributárias*. Dissertação de mestrado. Universidade de São Paulo, 2013. p. 25.

3 Ibid. p. 25.

4 Ibid. p. 25.

a complexidade dos conflitos tradicionais, graças à existência de redes abertas.

Com a inclusão de novos autores igualmente competentes na atuação da arena global, inclusive os de natureza privada – como organismos transacionais, organizações não governamentais internacionais e entidades intergovernamentais – o Estado perde o monopólio das atividades públicas, inclusive legislativa e normativa.

Seria pertinente se o direito evoluísse simultaneamente com as novas ferramentas tecnológicas para que não houvesse lacunas normativas e insegurança quando do seu emprego. Infelizmente, não é isso que ocorre, de modo que as inovações criadas pela era digital dão origem a situações cuja solução jurídica pode causar incerteza.

Naturalmente, não se propõe simplesmente importar mecanismos jurídicos utilizados de maneira avançada no exterior, mas sim harmonizá-los ao sistema pátrio. Nesse contexto, vale exemplificar o caso português e americano, em que já são efetivas as opções para submeter à arbitragem questões pertinentes ao Direito Tributário.

No contexto lusitano, remetemos à regulamentação local específica instituída pelo Decreto-Lei n. 10, de 20 de janeiro de 2011 (com alterações advindas pela Lei n. 64-B, de 30 de dezembro de 2011, Lei n. 20, de 14 de maio de 2012 e Lei n. 66-B, de 31 de dezembro de 2012), através do qual passa a possibilidade da arbitragem em matéria tributária ao Centro de Arbitragem Administrativa (CAAD).

Como se sabe, a arbitragem é um campo de excelência do direito privado, no entanto, na competência do direito público o interesse privado não mais prevalece. Nesse caminho melindroso, há que lançar mão da experiência de direito comparado.

No mundo globalizado, nenhuma experiência levada a efeito em qualquer país pode ser tomada de forma isolada, sendo inevitáveis os intercâmbios de experiências e influências nos campos econômico, social, cultural e, conseqüentemente, jurídico. Frente a esse panorama, a arbitragem se apresenta como uma opção eficaz, rápida e segura, capaz de resolver uma disputa de forma definitiva.

## **II. ARBITRAGEM NO DIREITO PÚBLICO**

---

Pode-se indicar a arbitragem como um método alternativo, adequado e facultativo de solução de controvérsias, que possui caráter

subsidiário em decorrência do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, previsto no art. 5º, XXXV, da CF/88<sup>5</sup>.

A justificativa da vedação da arbitragem nas relações de Direito Público baseava-se na ideia de que a administração pública não pode dispor livremente dos direitos e obrigações do Estado, vinculada que está à primazia do interesse público e ao princípio da legalidade<sup>6</sup>.

Ana Francisco (2012) explica que essa visão começou a mudar no final do século XX com o surgimento do Estado de Direito Social, que aumentou profundamente a intervenção do Estado na sociedade, e com o crescimento econômico que fez emergir novas exigências sociais, deixando a Administração Pública impossibilitada de atender a todas as demandas, vendo-se obrigada a alterar seu modo de agir<sup>7</sup>.

Nessa perspectiva, a recusa ampla da arbitragem acaba sendo uma violação dos direitos de acesso à justiça, vez que, com aumento das demandas sociais, houve conseqüente volume de pendências judiciais e morosidade da justiça, devendo caber aos litigantes a escolha dos órgãos para decidir seus conflitos<sup>8</sup>. Isto é, acabou por se reconhecer a arbitragem como um meio eficaz para resolver litígios entre administração e administrados.

Mesmo com a extensão da Arbitragem ao Direito Administrativo, no âmbito do Direito Tributário a possibilidade de qualquer forma de alternativa de resolução de conflitos apresentava grande resistên-

5 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 [...]

6 SERRA, Manuel Fernando dos Santos. *A arbitragem administrativa em Portugal: evolução recente e perspectivas*, in VILLA-LOBOS, Nuno; VIEIRA, Mónica Brito (Org.). *Mais justiça administrativa e fiscal: arbitragem*. Lisboa: Coimbra Editora, 2010. p. 19-29.

7 FRANCISCO, Ana Mafalda Costa. (2012). *A arbitragem tributária*. Dissertação (Mestrado) - Universidade Católica Portuguesa, 2º Ciclo de Estudos em Direito, Porto. p. 7. Disponível em:

<[http://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/11975/1/DISSERTA%C3%87%C3%83O\\_AR-BITRAGEM%20TRIBUT%C3%81RIA!.pdf](http://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/11975/1/DISSERTA%C3%87%C3%83O_AR-BITRAGEM%20TRIBUT%C3%81RIA!.pdf)>. Acesso em: 18 ago. 2018.

8 NABAIS, José Casalta. Reflexão sobre a introdução da arbitragem tributária. *Revista da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional*, ano 1, n. 1. p. 23, 2011. Disponível em:

<<http://www.pgfn.fazenda.gov.br/revista-pgfn/revista-pgfn/ano-i-numero-i/casalta.pdf>>. Acesso em: 18 ago. 2018.

cia<sup>9</sup>. Isso se devia à dificuldade de se aceitar que em um dos principais instrumentos políticos, qual seja, a arrecadação de impostos, pudesse o Estado, por convenção, escolher o tribunal arbitral como órgão de julgamento dos seus conflitos<sup>10</sup>.

Com o tempo, também houve alteração do modo de agir e da dogmática do Direito Tributário: em Portugal, a arbitragem começou a ser vista como mais um meio de garantir a eficaz resolução dos conflitos e alívio das pendências e atrasos judiciais<sup>11</sup>. Houve aumento da participação dos cidadãos nas atividades e decisões tomadas pela Administração que, por meio de suas organizações, passaram a pôr limites ao Estado, definindo critérios e exigindo que ele estivesse efetivamente a serviço dos interesses da coletividade e não a serviço de si [Estado] enquanto entidade oposta à sociedade<sup>12</sup>.

O princípio da indisponibilidade das receitas fiscais também foi invocado, eis que estão excluídos da arbitragem litígios que digam respeito a direitos de caráter indisponíveis, aqueles a respeito dos quais a lei impõe uma solução estritamente vinculada, e admitir a arbitragem, nesse caso, seria possibilitar a substituição de uma solução legal por uma arbitral<sup>13</sup>, ou seja, a arbitragem somente poderia ser admitida nas matérias em que a Administração gozasse de margem para atuar de forma discricionária, e não vinculada. Entretanto, esse argumento foi superado, visto que “o fato de as partes submeterem a sua questão à arbitragem não significa que estejam a exercer quaisquer poderes de disposição sobre a sua relação controvertida<sup>14</sup>”, sendo, pois, legítima a arbitragem no campo da indisponibilidade “desde que a arbitragem ofereça garantias equivalentes às da justiça estadual [...] com subordinação ao princípio da legalidade e com exclusão ao recurso à equidade<sup>15</sup>”.

---

9 FRANCISCO, Ana Mafalda Costa, op. cit., p. 9.

10 Ibid., p. 9.

11 Ibid., p. 10.

12 CAMPOS, Diogo Leite de. A arbitragem em direito tributário. In: SEPARATA. *Estudos jurídicos e econômicos em homenagem ao professor Doutor António Sousa Ribeiro*, v. 1, Lisboa: Coimbra Editora, 2006. p. 747.

13 NABAIS, José Casalta, op. cit., p. 32.

14 FRANCISCO, Ana Mafalda Costa, op. cit., p. 14.

15 Ibid., p. 14.

Quanto ao motivo de se adotar a arbitragem em Direito Tributário, a justificativa estava na falta de preparação dos tribunais para lidar com a crescente complexidade das questões que eram atribuídas para julgamento, principalmente no que diz respeito à infraestrutura e recursos humanos qualificados, devido ao elevado grau de litígios e número de juízes insuficiente<sup>16</sup>.

### **III. PRINCÍPIO DA INAFASTABILIDADE E O INSTITUTO DA ARBITRAGEM**

---

O controle jurisdicional sedimentou-se como monopólio do Estado. Entretanto, diante da incapacidade estatal de dirimir com celeridade a integralidade de discussões, os meios alternativos de solução de controvérsias voltaram a despertar o interesse da sociedade e dos entes públicos.

Evidentemente, o que importa é pacificar os conflitos, sendo irrelevante que essa pacificação seja feita por obra do Estado ou por outros meios, desde que eficientes e justos, haja vista que o Estado tem falhado em sua função pacificadora, através da jurisdição e do processo. Ao lado da duração do processo, outro problema é constituído por seu custo, constituindo mais um óbice à plenitude da função pacificadora.

Dificuldades como a sobrecarga dos tributos e o problema com a celeridade têm conduzido os estudiosos a buscarem novos meios para a solução de conflitos. O incremento dos meios alternativos de pacificação social – denominados de equivalentes jurisdicionais, é outra vertente que ocasionou o incremento da mediação, da conciliação e da arbitragem.

Esses meios alternativos de solução das controvérsias podem ser extrajudiciais, mas, mesmo assim, inserem no amplo quadro da política judiciária e do acesso à justiça: pode-se falar, portanto, de uma

---

16 FRANCISCO, Ana Mafalda Costa, op. cit., p. 14-15.

A autora Ana Francisco cita a insatisfação com a Justiça apresentada na seguinte explanação de Anselmo Rodrigues: “a verdade é que entre nós a crise da Justiça está instalada nos jornais, nas sondagens, nos operadores judiciários, no cidadão, havendo uma consciência generalizada da sua falta de eficácia, o que conduz a um sentimento de impunidade e inexistência de qualquer sanção por falta de cumprimento das leis.” (RODRIGUES apud Ana Mafalda Costa, op. cit., p. 14).

justiça não estatal, mas que também não é totalmente privada. Ou seja, de uma justiça pública não estatal<sup>17</sup>.

O Estado contemporâneo vem perdendo o monopólio na produção normativa e na distribuição de justiça. O positivismo jurídico aliado ao estatismo é responsável pelo monopólio da jurisdição e monopólio da justiça. Com efeito, numa sociedade contemporânea, que exalta os valores liberais e democráticos, a jurisdição é e deve continuar a ser um monopólio indisputável do Estado.

[...] Em primeiro lugar, essas teorias colocam em seu centro a dimensão da correção do direito e afirmam sua não-reduzibilidade ao direito válido de acordo com a perspectiva positivista, em termos apenas formais. A conexão entre lei e moralidade é argumentada com base no processo de inclusão dos conteúdos morais no direito expresso pelos princípios e os direitos invioláveis dos indivíduos. A presença dos princípios se traduz na abertura do direito ao conteúdo moral e, ao mesmo tempo, determina o desenvolvimento de novas formas de balanceamento de decisões judiciais [...]<sup>18</sup>.

Defender que haveria uma suposta inafastabilidade do controle jurisdicional do Estado não encontra qualquer guarida, inclusive em razão de ausência de previsão constitucional ou estrutural nesse sentido, posto que a Carta Magna em momento algum indica qualquer monopólio do exercício da função jurisdicional pelo Judiciário.

Da leitura do art. 5º, inciso XXXV, da CF/88, extrai-se a faculdade, ou seja, permissão para que o cidadão recorra ao Judiciário, e não uma obrigação, de modo que seria uma proibição constitucional ao legislador vedar esse direito. O STF pacificou esse entendimento ao analisar a constitucionalidade do instituto da arbitragem nos autos da SE n. 5206-AgR.

---

17 GRINOVER, Ada Pellegrini. A inafastabilidade do controle jurisdicional e uma nova modalidade de autotutela (parágrafos únicos dos artigos 249 e 251 do Código Civil). In: *Revista Brasileira de Direito Constitucional* – RBDC n. 10 – jul./dez. 2007. São Paulo: ESDC. p. 14.

18 FARALLI, Chiara. *La filosofia del diritto contemporanea*. Roma-Bari: Laterza, 2005. p. 16. Nesse sentido, também consultar: GROSSI, Paolo. *Mitologie giuridiche della modernità*. Milano: Giuffrè, 2001 e GROSSI, Paolo. *Ritorno al diritto*. Roma-Bari: Laterza, 2015.

Mesmo na falta de uma previsão constitucional expressa, não haveria dúvidas quanto à possibilidade dessa categoria de tribunais<sup>19</sup>. A instituição de tribunais arbitrais voluntários é uma mera exceção aparente à reserva da jurisdição<sup>20</sup>.

A arbitragem não deve ser intitulada “privatização da justiça” e nem de “celeridade do Judiciário inerte”, uma vez que, há décadas, já vem se desenvolvendo e expandindo em outros países. Também não deve se afirmar que a arbitragem seria um corretivo aos inconvenientes da competência dos tribunais, mas sim, uma renúncia ao modo habitual de tratamento dos litígios, e que somente será utilizada em casos bem excepcionais<sup>21</sup>.

A arbitragem – meio alternativo de solução de controvérsias, através de intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nela, sem intervenção estatal, sendo a decisão destinada a assumir a mesma eficácia da sentença judicial – é colocada à disposição de quem quer que seja, para solução de conflitos relativos a direitos patrimoniais acerca dos quais os litigantes possam dispor<sup>22</sup>.

Sob a ótica da interpretação sistemática, pode-se conceituar a arbitragem como uma tecnologia jurídica de afastamento do controle jurisdicional por vontade expressa das partes, que outorga a particulares ou a instituições poderes para dirimir conflitos decorrentes de direitos patrimoniais disponíveis, com finalidade de obter uma decisão escrita, final, irrecorrível, que, sendo condenatória, constituirá título executivo, com força de título executivo judicial<sup>23</sup>.

---

19 GONÇALVES, Pedro. *Entidades privadas com poderes públicos: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas*. Coimbra: Almedina, 2008. p. 564.

20 *Ibid.*, p. 564.

21 BERALDO, Leonardo de Faria. *Curso de arbitragem: nos termos da Lei n. 9.307/96*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 1-2.

22 CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei n. 9.307/96*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 31.

23 Lei n. 9.307/96. Art. 1º: As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis;  
Art. 3º: As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral;

#### IV. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E INTERESSE PÚBLICO

Muito se discute, não somente no Brasil, mas também em ordenamentos jurídicos alienígenas, sobre questões ligadas à arbitragem e o Poder Público. O enfoque é dado basicamente sobre a possibilidade jurídica da submissão do Estado (considerando nele tanto a Administração direta como indireta) a processos de arbitragem, para fins de solução de litígios que envolvam direitos patrimoniais disponíveis. Várias são as questões e os argumentos pró ou contra referida possibilidade, havendo, inclusive, entendimentos radicais em ambos os lados<sup>24</sup>.

Não se trata da polêmica se a Administração Pública pode ou não se submeter à arbitragem – questão ultrapassada –, mas sim se há ressalvas para arbitrar nesse campo, já que apenas algumas disputas podem ser solucionadas pela via arbitral.

Nem todos os litígios envolvendo a administração pública pode ser objeto de arbitragem, impende identificar o que pode ou não ser objeto da arbitragem. Deve-se ter em mente os aspectos subjetivos e objetivos: quem pode se sujeitar à arbitragem e o que é suscetível à arbitragem (os chamados direitos patrimoniais disponíveis).

---

Art. 4º: A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato;

Art. 5º: Reportando-se as partes, na cláusula compromissória, às regras de algum órgão arbitral institucional ou entidade especializada, a arbitragem será instituída e processada de acordo com tais regras, podendo, igualmente, as partes estabelecer na própria cláusula, ou em outro documento, a forma convencionada para a instituição da arbitragem;

Art. 13: Pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes.

§ 3º: As partes poderão, de comum acordo, estabelecer o processo de escolha dos árbitros, ou adotar as regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada;

Art. 18: O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário;

Art. 24: A decisão do árbitro ou dos árbitros será expressa em documento escrito.

Art. 31: A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo;

CPC/15. Art. 515: São títulos executivos judiciais, cujo cumprimento dar-se-á de acordo com os artigos previstos neste Título: [...] VII - a sentença arbitral.

24 BRANCHER, Paulo. Soluções de Controvérsias e as Agências Reguladoras. In: *Revista Brasileira de Arbitragem*, Ano I, n. 1, jan./mar 2004. São Paulo: IOB Thomson. p. 40.

No que toca à arbitrariedade objetiva, o art. 841 do CC/2002 apenas permite transacionar direitos patrimoniais de caráter privado<sup>25</sup>. O art. 852 do mesmo código veda o compromisso para matérias que não tenham caráter estritamente patrimonial, de direito pessoal e de família e de questões de estado<sup>26</sup>, que é propriamente o que se verifica do art. 1º da Lei de Arbitragem<sup>27</sup>.

Conforme dispõe o art. 1º da Lei n. 9.307/96, a administração pública, sendo capaz de contratar, teria a faculdade de fazê-lo.

Analisando o modo de contratação estatal no âmbito privado de acordo com a arbitragem, Carlos Alberto Carmona discorre:

Quando o Estado atua fora de sua condição de entidade pública, praticando atos de natureza privada – onde poderia ser substituído por um particular na relação jurídica negocial – não se pode pretender aplicar as normas próprias dos contratos administrativos, ancorados no direito público. Se a premissa dessa constatação é de que o Estado pode contratar na órbita privada, a consequência natural é de que pode também firmar um compromisso arbitral para decidir os litígios que possam decorrer da contratação. Em conclusão, quando o Estado pratica atos de gestão, desveste-se da supremacia que caracteriza sua atividade típica (exercício de autoridade, onde a Administração pratica atos impondo aos administradores seu obrigatório entendimento), igualando-se aos particulares: os atos, portanto, tornam-se vinculantes, geram direitos subjetivos e permanecem imodificáveis pela Administração, salvo quando precários por sua própria natureza<sup>28</sup>.

No mesmo sentido, pronunciou o STJ:

Pode-se afirmar que, quando os contratos celebrados pela empresa estatal versem sobre atividade econômica em sentido estrito isto é, serviços públicos de natureza industrial ou

---

25 Art. 841: Só quanto a direitos patrimoniais de caráter privado se permite a transação.

26 Art. 852: É vedado compromisso para solução de questões de estado, de direito pessoal de família e de outras que não tenham caráter estritamente patrimonial.

27 Art. 1º: As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

28 CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei n. 9.307/96*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 45-46.

atividade econômica de produção ou comercialização de bens, suscetíveis de produzir renda e lucro, os direitos e as obrigações deles decorrentes serão transacionáveis, disponíveis e, portanto, sujeitos à arbitragem. Ressalte-se que a própria lei que dispõe acerca da arbitragem art. 1º da Lei n. 9.307/96 estatui que “as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”<sup>29</sup>.

A recente modificação da lei brasileira de arbitragem, advinda com a publicação da Lei 13.129/2015, acrescentou os parágrafos 1º e 2º no art. 1º:

§ 1º A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

§ 2º A autoridade ou o órgão competente da administração pública direta para a celebração de convenção de arbitragem é a mesma para a realização de acordos ou transações.

A grande celeuma concerne sobre o que se deve considerar como direito patrimonial disponível para a Administração Pública em relação à arbitragem e as alterações advindas em 2015 não resolveram essa questão. A divergência em relação à disponibilidade de direitos patrimoniais no âmbito da Administração Pública decorre do confronto de ideias entre os pensamentos clássicos do Direito Administrativo e os pensadores modernos.

Deve-se, portanto, indagar o que deve ser considerado direito patrimonial disponível para fins de direito público. Começemos a reflexão a partir do entendimento de interesse público.

A disponibilidade pode ser objetiva ou subjetiva. Certos interesses são considerados profundamente essenciais para a segurança e para o bem-estar da sociedade, sendo competência do Estado cumpri-los sob regime próprio, o que se pode chamar de interesse público.

A indisponibilidade do interesse público pode ser absoluta (regra) ou relativa (exceção), pois recai sobre interesses públicos derivados referidos às pessoas jurídicas que os administram e que, por

---

29 REsp n. 612.439-RS (2003/0212460-3), p. 8. Ministro Relator João Otávio de Noronha.

esse motivo, necessitam de autorização constitucional genérica e, por vezes, de autorização legal<sup>30</sup>.

Existem, pois, os interesses públicos primários, indisponíveis, e os secundários ou derivados – de natureza instrumental para que os primários sejam satisfeitos, resolvendo-se em relações patrimoniais e, por isso, tornam-se disponíveis na forma da lei, não importa sob que regime<sup>31</sup>.

Em outras palavras, pode-se afirmar que, quando os contratos celebrados pela empresa estatal versem sobre atividade econômica em sentido estrito, isto é, serviços públicos de natureza industrial ou atividade econômica de produção ou comercialização de bens, suscetíveis de produzir renda e lucro, os direitos e as obrigações deles decorrentes serão transacionáveis, disponíveis e, portanto, sujeitos à arbitragem. Ressalte-se que a própria lei que dispõe acerca da arbitragem, art. 1º da Lei n. 9.307/96, estatui que “as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.

Por outro lado, quando as atividades desenvolvidas pela empresa estatal decorram do poder de império da Administração Pública e, conseqüentemente, sua consecução esteja diretamente relacionada ao interesse público primário, estarão envolvidos direitos indisponíveis e, portanto, não-sujeitos à arbitragem<sup>32</sup>.

O que se verifica, no entanto, é a distinção entre duas modalidades de interesse público: os primários e indisponíveis; e os secundários disponíveis. Cumpre minuciar essa questão no próximo tópico.

## V. O INTERESSE PÚBLICO SOB A ÓTICA DA ARBITRAGEM

Maria Sylvia Zanella Di Pietro destaca que são diversas as possíveis concepções de interesse público: pode se falar na ideia mais ampla a significar bem comum, “*que constitui a própria finalidade do Estado*”; *sinônimo de interesse coletivo, difuso, geral; ou ainda “interesse*

30 NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *Mutação do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 278.

31 *Ibid.*, p. 278.

32 REsp n. 612.439/RS (2003/0212460-3), de relatoria do Ministro João Otávio de Noronha. Segunda Turma do STJ. Julgamento em 25/10/2015.

*público ainda mais delimitado quando o consideramos em face de um instituto determinado, por exemplo, quando falamos que a Administração pode alterar ou rescindir unilateralmente um contrato para atender a um interesse público*<sup>33</sup>“.

A geral e irrestrita supremacia do interesse do Estado sobre os interesses dos particulares deixa de ser razoável e desejada, o que remete a uma releitura da própria noção tradicional de indisponibilidade do interesse público.

A autora afirma que existem interesses públicos que merecem proteção do Estado, ainda que em detrimento de interesses individuais. É do ordenamento jurídico que se extrai a ideia de interesse público e quais os interesses públicos a proteger. Interesses públicos, correspondentes ou não à soma de interesses individuais, sempre existiram e sempre vão existir, a menos que se queira negar o papel do Estado como garantidor do bem comum<sup>34</sup>.

Para Celso Antônio Bandeira de Melo, interesse público primário<sup>35</sup> é aquele que a lei aponta como sendo interesse da coletividade:

---

33 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade administrativa e controle judicial da administração, in *Processo Civil e interesse público*. O processo como instrumento de defesa social. SALLES, Carlos Alberto de (org.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 14.

34 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo, in DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella et al. (Coords.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 99.

35 Veja, também, Luís Roberto Barroso: “O interesse público primário é a razão de ser do Estado, e sintetiza-se nos fins que cabe a ele promover: justiça, segurança e bem-estar social. Estes são os interesses de toda a sociedade. O interesse público secundário é o da pessoa jurídica de direito público que seja parte em uma determinada relação jurídica – quer se trate da União, do Estado-membro, do Município ou das suas autarquias. Em ampla medida, pode ser identificado como o interesse do erário, que é o de maximizar a arrecadação e minimizar as despesas. [...] O interesse público secundário não é, obviamente, desimportante. Observe-se o exemplo do erário. Os recursos financeiros proveem os meios para realização do interesse primário, e não é possível prescindir deles. Sem recursos adequados, o Estado não tem capacidade de promover investimentos sociais nem de prestar de maneira adequada os serviços públicos que lhe tocam [...]”. BARROSO, Luís Roberto. Prefácio à obra: Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público. SARMENTO, Daniel (org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 13.

da observância da ordem jurídica estabelecida a título de bem curar o interesse de todos<sup>36</sup>.

Para o autor, os interesses secundários do Estado só podem ser por ele buscados quando coincidentes com os interesses primários, isto é, com interesses públicos propriamente ditos<sup>37</sup>.

No que tange à arbitragem, ainda elucida:

A indisponibilidade dos interesses públicos significa que, sendo interesses qualificados como próprios da coletividade – internos ao setor público –, não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis. O próprio órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de que lhe incumbe apenas curá-los – o que é também um dever – na estrita conformidade do que predispuer a *intentio legis*.

Em suma, os bens e os interesses não se acham entregues à livre disposição da vontade do administrador. Antes, para este, coloca-se a obrigação, o dever de curá-los nos termos da finalidade a que estão adstritos. É a ordem legal que dispõe sobre ela.

Relembre-se que a Administração não titulariza interesses públicos. Os titulares deles é o Estado que, em certa esfera, os protege e exercita através da função administrativa, mediante o conjunto de órgãos (chamados administração, em sentido subjetivo ou orgânico), veículos da vontade estatal consagrada em lei<sup>38</sup>.

Portanto, os interesses secundários não seriam interesses públicos, nem disponíveis, por serem “inapropriáveis” e não estarem entregues à livre disposição da vontade do administrador. Desse modo, a arbitragem se destinaria apenas à resolução de conflitos oriundos de direitos patrimoniais disponíveis, que seriam antagônicos em relação ao interesse público.

Desse modo, o interesse público secundário seria o disponível, passível de se submeter à arbitragem

Pra Carlos Alberto Carmona:

---

36 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 73.

37 *Ibid.*, p. 67.

38 *Ibid.*, p. 76-77.

[...] direito disponível é quando ele pode ser ou não exercido livremente pelo seu titular, sem que haja norma cogente impondo o cumprimento do preceito, sob pena de nulidade ou anulabilidade do ato praticado com sua infringência. Assim, são disponíveis (do latim *disponere*, dispor, pôr em vários lugares, regular) aqueles bens que podem ser livremente alienados ou negociados, por encontrarem-se desembaraçados, tendo o alienante plena capacidade jurídica para tanto.

De maneira geral, não estão no âmbito do direito disponível as questões relativas ao direito de família – e em especial ao estado das pessoas (filiação, pátrio poder, casamento, alimentos) – aquelas atinentes ao direito de sucessão, as que têm por objetivo as coisas fora do comércio, as obrigações naturais, as relativas ao direito penal, entre tantas outras, já que ficam estas matérias todas fora dos limites em que pode atuar a autonomia da vontade dos contendentes<sup>39</sup>.

Segundo o autor, ainda os direitos que se podem considerar indisponíveis a priori, há exceções.

Estas constatações não são suficientes, porém, para excluir de forma absoluta do âmbito da arbitragem toda e qualquer demanda que tenha o direito de família ou o direito penal, pois as consequências patrimoniais tanto num caso como noutra podem ser objeto de solução extrajudicial. Dizendo de outro modo, se é verdade que uma demanda que verse sobre o direito de prestar e receber alimentos trata de direito indisponível, não é menos verdadeiro que o quantum da pensão pode ser livremente pactuado pelas partes (e isto torna arbitrável esta questão); da mesma forma, o fato caracterizador de conduta antijurídica típica deve ser apurado exclusivamente pelo Estado, sem prejuízo de as partes levarem à solução arbitral a responsabilidade civil decorrente de ato delituoso. É nesse sentido, portanto, que deve ser interpretado o art. 852 do Código de Processo Civil, ao vedar o compromisso arbitral para questões de estado, de direito pessoal de família e ‘de outras que não tenham caráter estritamente patrimonial’. Em outros termos, a edição do artigo em ques-

---

39 CARMONA, Carlos Alberto, op. cit., p. 38.

tão do Código Civil vigente nada acrescentou (e nada retirou) ao art. 1º da Lei de Arbitragem<sup>40</sup>.

Para os administrativistas clássico-conservadores, nenhum direito da Administração Pública seria arbitrável, vez que seriam indisponíveis, à medida que, para os arbitralistas, há exceções inclusive dentre a indisponibilidade, já que, estando o objeto do contrato de serviço público atribuído à entidade estatal estritamente vinculado à atividade econômica desenvolvida, não há impedimento para que seja estipulada a cláusula de compromisso na possibilidade de descumprimento do acordo.

## **VI. INDISPONIBILIDADE**

---

As transformações no modelo de Estado, decorrentes da nova conjuntura econômica e social, majoritariamente inerentes ao Estado informacional, sugere uma releitura da concepção tradicional da indisponibilidade do interesse público e do crédito tributário, como assim dos meios que o poder público poderá utilizar para solucionar as controvérsias nas quais se vê envolvido.

O que se percebe, enfim, é a crise nos meios tradicionais para solução de controvérsias entre a administração e os administrados e também no contexto da própria administração pública.

O modelo decadente de Estado era representado pela inequívoca superioridade hierárquica do interesse tido por público em detrimento aos interesses particulares. É justamente nesse contexto que as novas relações enfrentadas pelo Estado e sua posição perante os particulares clamam pela releitura desse padrão, de forma que os interesses envolvidos sejam satisfatoriamente medidos e tratados.

A tradicional dicotomia entre público e privado, como visto, restou prejudicada, dentre outros fatores, em decorrência da participação e atuação do Estado em relações de natureza privada e, de outro lado, entes privados passam a atuar em esferas que, antes, eram exclusivamente cuidadas pelo poder público<sup>41</sup>.

---

40 Ibid., p. 38-39.

41 GONÇALVES, Pedro. *Entidades privadas com poderes públicos*. São Paulo: Almedina, 2008. p. 270-275.

Há uma sólida corrente doutrinária que defende a possibilidade de a Administração Pública se submeter à arbitragem. Essa discussão não é recente<sup>42</sup>.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “a Administração Pública brasileira vive um momento de reforma, acompanhando o movimento de globalização que vem tomando conta do mundo”,<sup>43</sup> ainda anota que essa reforma é irreversível.

O novo Direito Administrativo é responsável pela divisão entre interesse público primário e secundário. O distanciamento entre a doutrina administrativista clássica e pós-moderna reside nas técnicas hermenêuticas, já que a aplicação do direito é muito mais relevante do que o da aplicação da lei como se entendia no positivismo jurídico.

Deve-se ter em mente a importância da exegese na interpretação e na integração do Direito em relação às novas ferramentas jurídicas, diante de uma conjuntura de transformações, que é o real campo de atuação do operador do novo conceito de Direito, e que requer uma nova hermenêutica para sua ampla aplicação.

Justifica-se a legitimação e a implementação de uma nova ferramenta jurídica, qual seja, a arbitragem tributária.

Conforme essa nova linha de pensamento está superada a concepção de que o Poder Público jamais poderia se submeter à solução de conflitos pela via arbitral. A Administração Pública tem cada vez mais optado pela arbitragem através de cláusula compromissória ou compromisso arbitral, de modo que, nos casos em que tem permissão para contratar, tem a faculdade de submeter as controvérsias advindas dos objetos contratados à arbitragem.

Uma vez optando pelo instituto, que é facultativo e não obrigatório, deve-se fazê-lo com responsabilidade e boa-fé. A decisão voluntária deve ser rejeitada como definitiva e irretroatável.

---

42 “Resguardar nossas certezas é cômodo, mas não devemos fugir das oportunidades de discussão”. RICCI, Edoardo. *Desnecessária Conexão entre Disponibilidade do Objeto da Lide e Admissibilidade de Arbitragem: Reflexões Evolutivas*. In: LEMES, Selma Ferreira, CARMONA, Carlos Alberto, MARTINS, Pedro (coord.). *Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 421.

43 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. São Paulo: Atlas, 2005. p. 46.

Entendimento contrário é manifestado por Celso Antônio Bandeira de Melo ao considerar que:

Função jurisdicional é a função que o Estado, e somente ele, exerce por via de decisões que resolvem controvérsias com força de “coisa julgada”, atributo este que corresponde à decisão proferida em última instância pelo Judiciário e que é predicado desfrutado por qualquer sentença ou acórdão contra o qual não tenha havido tempestivo recurso<sup>44</sup>.

Tais argumentos vão de encontro aos analisados até aqui, sobretudo a ausência do monopólio da função jurisdicional do Estado, a necessidade de uma interpretação sistemática, hermenêutica, fundada em doutrina atualizada.

E continua:

Não é aceitável perante a Constituição que particulares, árbitros, como [...] possam solver contendas nas quais estejam em causa interesses concernentes a serviços públicos, os quais não se constituem bens disponíveis, mas indisponíveis, *extra commercium*. Tudo que diz respeito ao serviço público, portanto [...], é questão que ultrapassa por completo o âmbito decisório de particulares. Envolve interesses de elevada estatura, pertinentes à Sociedade como um todo; e, bem por isto, quando suscitar algum quadro conflitivo entre as partes, só pode ser soluto pelo Poder Judiciário. [...] Permitir que simples árbitros disponham sobre matéria litigiosa que circunde um serviço público e que esteja, dessarte, com ele imbricada ofenderia o papel constitucional do serviço público e a própria dignidade que o envolve<sup>45</sup>.

Para o autor, o uso da arbitragem envolvendo a Administração Pública seria incompatível com o sistema constitucional, pois considera que os contratos de concessão e de parceria público-privada envolveriam, em sua ótica, interesses essencialmente indisponíveis.

Nesse sentido, Hugo de Brito Machado<sup>46</sup> justifica a inviabilidade de solução mediante arbitragem de controvérsias tributárias jus-

44 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, op. cit., p. 36.

45 Ibid., p. 812.

46 MACHADO, Hugo de Brito. *Transação e arbitragem no âmbito tributário*, in SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de; GUIMARÃES, Vasco Branco. (org.) *Transação e arbitragem no âmbito tributário. Homenagem ao jurista Carlos Mario da Silva Velloso*. São Paulo: São Paulo: Ed. Fórum, 2008. p. 130.

tamente em razão de o direito da Fazenda de arrecadar o tributo ser um direito indisponível.

Como se vê, a questão é controversa, havendo ainda muito debate na doutrina especializada.

Tais posicionamentos colidem com os princípios constitucionais basilares da eficiência da atuação pública, razoabilidade e garantia da eficaz distribuição da justiça. A Constituição Federal em nenhum momento dispõe sobre o monopólio do exercício da função jurisdicional pelo Judiciário, pelo contrário, garante aos cidadãos meios mais eficazes de solução de conflitos, através da representação de interesses públicos.

Entendemos que indisponível é o dever do Estado de agir no interesse da sociedade e de acordo com os princípios constitucionais vigentes. Há bens efetivamente indisponíveis, dos quais, por força de determinação legal ou mesmo constitucional o Estado não poderá dispor, a não ser que exista expressa autorização legislativa.

Em verdade, o Estado deverá avaliar qual o interesse efetivamente envolvido na controvérsia e decidir pela solução que melhor atenda ao bem-estar da coletividade. Desse modo, uma solução de determinada controvérsia não deverá ser avaliada mediante análise exclusiva da relação em jogo, mas sim dos objetivos institucionais do Estado e da demanda social<sup>47</sup>.

Assim, salvo se tratar de bem indisponível, o interesse exclusivamente estatal deixa de ter privilégios frente aos interesses dos particulares e da coletividade.

## VII. JURISDIÇÃO

---

O litígio coloca em perigo a paz social e a ordem jurídica, o que reclama a atuação do Estado, que tem como uma de suas funções básicas, a tarefa de solucionar a lide. Nesse contexto, o Estado, por meio do Poder Judiciário, tem o “*poder-dever de dizer o direito*”, formulando norma jurídica concreta que deve disciplinar determinada situação jurídica, resolvendo a lide e promovendo a paz social. Este poder-dever do Estado de dizer o direito, resolvendo o conflito, é o que a doutrina chama de jurisdição.

---

47 MENDONÇA, Priscila Faricelli de. op. cit., p. 39.

Cintra, Grinover e Dinamarco a definem como sendo “*uma das funções do Estado, mediante a qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve, com justiça*”<sup>48</sup>.

A teoria de Chiovenda sobre a jurisdição parte da premissa de que a lei, norma abstrata e genérica, regula todas as situações que eventualmente ocorram em concreto, devendo o Estado, no exercício da jurisdição, limitar-se à atuação da vontade concreta do direito objetivo. Em outras palavras, limita-se o Estado, ao exercer a função jurisdicional, a declarar direitos preexistentes e atuar na prática os comandos da lei. Tal atividade caracterizar-se-ia, essencialmente, pelo seu caráter substitutivo, já enunciado.

Pode se definir jurisdição como função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la, praticamente, efetiva<sup>49</sup>.

De outro lado, tem-se a teoria desenvolvida por Carnelutti cujo entendimento diz respeito ao conceito de lide. Para compreendê-la, é necessária uma concepção precisa do que consistem os vocábulos interesse e pretensão. Afirma Carnelutti que interesse é a “*posição favorável para a satisfação de uma necessidade*”<sup>50</sup>; e pretensão é “*a exigência de uma parte de subordinação de um interesse alheio a um interesse próprio*”<sup>51</sup>. O conflito de interesses surge quando mais de um indivíduo busca desfrutar o mesmo bem.

A lide tem origem quando o conflito de interesses resultante do concurso pelo mesmo bem não se resolve de forma natural entre as partes. Então, ambos resistirão ao que lhes são exigidos um pelo outro, de modo que caberá ao Estado, detentor do poder-dever de jurisdição, dirimir tais conflitos e declarar direitos. Por esta razão, Carnelutti sus-

48 CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 19<sup>a</sup> ed., 2003. p. 131

49 CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. 3 ed. Trad. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1969. p. 3.

50 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 47. ed. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 39.

51 Ibid. p. 39.

tenta que a jurisdição é “*uma função de busca da justa composição da lide*”<sup>52</sup>.

Theodoro Júnior ensina que “*dando ao direito do caso concreto a certeza que é condição da verdadeira justiça e realizando a justa composição do litígio, promove, a jurisdição, o restabelecimento da ordem jurídica, mediante eliminação do conflito de interesses que ameaça a paz social*”<sup>53</sup>.

A jurisdição pode ser vista como função do Estado de atuar a vontade concreta da lei com o fim de obter a justa composição da lide<sup>54</sup>.

A Constituição Federal de 1988, no capítulo que trata “dos direitos e garantias constitucionais”, disciplina no artigo 5º, inciso LXXVIII que: “*a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação*”.

Ao avocar para si o exercício da jurisdição, o Estado obrigou-se a realizar a justiça da forma mais ampla possível. Assim, a jurisdição abrange três poderes básicos: decisão, coerção e documentação<sup>55</sup>.

As acepções da jurisdição são: poder (capacidade de decidir imperativamente e impor decisões); atividade (dos órgãos para promover pacificação dos conflitos); e função (complexo de atos do juiz no processo).

De acordo com a concepção instrumentalista do processo, a jurisdição tem três fins:

a) o escopo jurídico – que consiste na atuação da vontade concreta da lei. A jurisdição tem por fim primeiro, portanto, fazer com que

52 CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 66.

53 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 47. ed. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 42.

54 A Jurisdição possui como principais princípios: Inércia; Investidura; Territorialidade; Indelegabilidade; Inevitabilidade; Inafastabilidade e Juiz Natural. E como características a substitutividade; imparcialidade; lide; monopólio do Estado; unidade e definitividade.

55 Pelo primeiro, o Estado-juiz tem o poder de conhecer a lide, colher provas e decidir; pelo segundo, o Estado-juiz pode compelir o vencido ao cumprimento da decisão; pelo terceiro, o Estado-juiz pode documentar por escrito os atos processuais.

se atinjam, em cada caso concreto, os objetivos das normas de direito substancial;

b) o escopo social – consiste em promover o bem comum, com a pacificação, com justiça, pela eliminação dos conflitos, além de incentivar a consciência dos direitos próprios e o respeito aos alheios;

c) o escopo político – é aquele pelo qual o estado busca a afirmação de seu poder, além de incentivar a participação democrática (ação popular, ações coletivas, presença de leigos nos juizados etc.) e a preservação do valor liberdade, com a tutela das liberdades públicas por meio dos remédios constitucionais (tutela dos direitos fundamentais).

A atividade jurisdicional norteia-se pela inércia, isto é, a atuação do Estado-juiz estar na dependência de uma provocação. Os conflitos podem encontrar solução por outros vieses os quais são modalidades não-jurisdicionais de composição de lides, denominadas de solução de conflitos de equivalentes jurisdicionais ou substitutivos da jurisdição (como, por exemplo, a autotutela, a autocomposição, mediação, entre outros).

A arbitragem, por sua vez, não deve ser entendida como um substitutivo jurisdicional, mas sim, como uma atividade jurisdicional. Trata-se de “*exercício de jurisdição por autoridade não-estatal*”<sup>56</sup>.

Observa-se, inequivocamente, que a livre opção pela arbitragem não implica exclusão da jurisdição. As pessoas capazes que assim o fizerem, apenas abdicam, abrem mão, da jurisdição estatal. “A jurisdição é monopólio do Estado, mas não é correto dizer há monopólio de seu exercício”<sup>57</sup>. Se a sentença arbitral produz os mesmos efeitos da sentença proferida por um órgão do Poder Judiciário, é razoável concebê-la como sendo oriunda de uma atividade jurisdicional.

O alcance dessa crise de identidade do Judiciário condiz com as próprias contradições da cultura jurídica nacional, construída sobre uma racionalidade técnico-dogmática e calcada em procedimentos lógico-formais, e que, na retórica de sua “neutralidade”, é incapaz de acompanhar o ritmo das transformações sociais e a especificidade cotidiana dos novos conflitos coletivos. (...) A par dessas considerações sobre a prio-

---

56 DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 9. ed. Bahia: JusPodivm, 2008. p. 74.

57 Ibid., p. 81.

ridade de uma consubstancial, descentralizada e democrática mudança no aparelho tradicional de jurisdição do Estado, impõe-se, mais do que nunca, desenvolver procedimentos efetivos de acesso e controle da população à administração da Justiça, incrementando a luta não só para que os órgãos clássicos de jurisdição (juízes, tribunais etc.) reconheçam e saibam aplicar formas flexíveis ou alternativas de Direito, como, igualmente, que haja uma aceitação cada vez maior, por parte dos canais institucionalizados do Estado, das práticas de negociação e de resolução dos conflitos, mediante mecanismos não-oficiais, paralegais, informais etc.<sup>58</sup>

A propósito, parte da doutrina brasileira, pôs em dúvida a constitucionalidade do referido instituto sob o argumento de que ofenderia o princípio do acesso ao Judiciário (art. 5º, XXXV/CF). Este entendimento perde completamente a razão de ser, uma vez que a redação do citado artigo, frise-se, faz menção à exclusão do crivo do Poder Judiciário de lesão ou ameaça a direito, sendo que a arbitragem se constitui em uma opção, uma faculdade do jurisdicionado. A arbitragem não é obrigatória. Trata-se de zelar pelo direito à liberdade. Ora, ao se adotar a corrente que defende o caráter jurisdicional do juízo arbitral pressupõe-se que nele também valha as características da jurisdição, dentre as quais a inércia, que consiste no exercício da jurisdição mediante provocação. Esta se dá através da convenção de arbitragem.

Desse modo, a jurisdição deve ser examinada por uma nova perspectiva com a quebra de desgastados paradigmas que descaracterizam o Estado Democrático de Direito.

A arbitragem, como meio processual para a solução dos conflitos, sem a presença do Poder Judiciário, visa consolidar os anseios daqueles que estão insatisfeitos com a demora na entrega da prestação jurisdicional, não só porque contribui para aumentar o grau de discórdia com o seu semelhante, mas, também, pelo fato de lhe ser negado o direito constitucional de ver o seu direito reconhecido em tempo razoável de ser possível o seu gozo e a sua fruição.

---

58 WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito*. 3. ed. São Paulo: Alfa-omega, 2001. p. 99-04.

Em direito administrativo também se fala em “jurisdição administrativa”, bem como em “jurisdição”, simplesmente como o limite da competência administrativa de um órgão público<sup>59</sup>.

Assim, pode-se inferir que a Administração Pública em nenhum momento exerce função jurisdicional, de forma que seus atos sempre serão passíveis de reapreciação pelo Poder Judiciário, em decorrência do preceito constitucional da inafastabilidade da jurisdição (a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito).

---

59 No que diz respeito à Justiça Administrativa, elucida Carvalho Filho: “O sistema do contencioso administrativo, também denominado de sistema de dualidade de jurisdição ou sistema francês, se caracteriza pelo fato de que, ao lado da Justiça do Poder Judiciário, o ordenamento contempla uma Justiça Administrativa. Esse sistema, adotado pela França e pela Itália entre outros países sobretudo europeus, apresenta juízes e tribunais pertencentes a Poderes diversos do Estado. Em ambas as Justičas, as decisões proferidas ganham o revestimento da *res iudicata*, de modo que a causa decidida numa delas não mais pode ser reapreciada pela outra. É desse aspecto que advém a denominação de sistema de dualidade de jurisdição: a jurisdição é dual na medida em que a função jurisdicional é exercida naturalmente por duas estruturas orgânicas independentes – a Justiça Judiciária e a Justiça Administrativa. A Justiça Administrativa tem jurisdição e competência sobre alguns litígios específicos. Nunca serão, todavia, litígios somente entre particulares; nos conflitos, uma das partes é necessariamente o Poder Público. Compete-lhe julgar causas que visem à invalidação e à interpretação de atos administrativos e aquelas em que o interessado requer a restauração da legalidade quando teve direito seu ofendido por conduta administrativa. Julga, ainda, os recursos administrativos de excesso ou desvio de poder. A organização da Justiça Administrativa é complexa e se compõe de várias Cortes e Tribunais administrativos. Na França, situa-se em seu ponto mais elevado o conhecido Conselho de Estado (*Conseil d’État*) e, no caso de conflito de atribuições entre as duas Justičas, a controvérsia é dirimida pelo Tribunal de Conflitos, criado fundamentalmente para esse fim. A vantagem desse sistema consiste na apreciação de conflitos de natureza essencialmente administrativa por uma Justiça composta de órgãos julgadores especializados, razão por que têm contribuído de forma significativa para o desenvolvimento do Direito Administrativo”. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 931-932. Por outro lado, Di Pietro pondera: “O direito brasileiro adotou o sistema da jurisdição una, pelo qual o Poder Judiciário tem o monopólio da função jurisdicional, ou seja, do poder de apreciar, com força de coisa julgada, a lesão ou ameaça de lesão a direitos individuais e coletivos. Afastou, portanto, o sistema de dualidade de jurisdição em que, paralelamente ao Poder Judiciário, existem órgãos do Contencioso Administrativo que exercem, como aquele, função jurisdicional sobre lides de que a Administração Pública seja parte interessada”. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. 26 ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 816.

Portanto, todos os litígios, administrativos estão sujeitos à apreciação e a decisão da Justiça comum, ou seja, por juízes e tribunais do Poder Judiciário. Assim, pelo sistema da unidade da jurisdição, somente os órgãos que compõem a estrutura do Poder Judiciário exercem a função jurisdicional e proferem decisões com o caráter definitivo.

O sistema de jurisdição unificada, expressamente adotado pelo Texto Constitucional, contribui para congestionamento e na morosidade da marcha processual, e, conseqüentemente, para o descontentamento da população jurisdicionada.

Conforme dados apresentados pelo Conselho Nacional de Justiça, as causas originárias da relação jurídica de direito público representam maioria em tramitação no Poder Judiciário nacional, o que, imperiosamente, reclama a necessidade de aperfeiçoamento dos procedimentos para uma diminuição dessas demandas.

Nesse contexto, vemos que não atende aos anseios sociais e também econômicos que se aguarde por anos a fio por uma decisão judicial que, muitas vezes, sequer reflete o conhecimento técnico, tendo em vista que a especialidade dos árbitros na matéria em debate pode ser atrativa à sua decisão quanto ao destino da controvérsia e, ainda, a agilidade do julgamento de procedimentos arbitrais permite uma célere decisão, o que pode ser decisivo ao caso concreto.

De nada adianta ter monopólio de todas as causas, para mantê-las em estoque e não julgá-las, descumprindo o mandamento constitucional da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, CR/88)<sup>60</sup>.

Diante dessas razões, depreende-se que não é mais possível resolver, em tempo útil, todos os litígios judicializáveis. Com a maior conscientização social dos direitos e a transformação de quase todas as relações sociais e institucionais em relações juridicamente determinadas, a necessidade de recurso aos serviços de justiça tem-se multiplicado em tal ritmo, que deixou de ser expectável encontrar resposta tempestiva para todos os litígios por recurso exclusivo aos tribunais

---

60 BACELLAR, Roberto Portugal. *Mediação e arbitragem*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 46.

do Estado, o que serve para repensar criativamente em nosso modelo tradicional de administração da justiça<sup>61</sup>.

## VIII. CONCLUSÕES

A arbitragem pública enquadra-se num novo modelo de pensar o sistema de justiça, que articula os tribunais estaduais com uma rede mais ampla de mecanismos de composição de litígios, de natureza jurisdicional e não jurisdicional.

A eficácia da tutela jurisdicional<sup>62</sup> prestada pelos tribunais, que se encontra hoje seriamente comprometida pela inexistência de mecanismos de filtragem de conflitos, é, sem dúvida, o fator determinante da sua legitimação aos olhos dos cidadãos.

A Justiça Pública, e em particular a justiça fiscal, debate-se há décadas com uma crônica falta de recursos, o que, associado à ineficácia da via graciosa e à contínua atribuição de novas competências aos Tribunais Administrativos e Fiscais, resultou num bloqueio sistemático, virtualmente inultrapassável<sup>63</sup>.

A arbitragem pública, e especialmente a tributária, pode, efetivamente, contribuir à sua escala para o que deverá ser um projeto

61 VILLA-LOBOS, Nuno; PEREIRA, Tânia Carvalhais. *Guia de Arbitragem Tributária*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2017. p. 5.

62 Para Ferreiro Lapatza, a alta litigiosidade em matéria fiscal se deve ao fato de ser, o sistema tributário, “excessivamente minucioso, prolixo, casuístico e obscuro, abrangendo inúmeros regimes ou normas especiais”. O que força os contribuintes e seus assessores a buscarem a aplicação da lei mais favorável por promover o “surgimento de lacunas, contradições e interpretações incorretas” [...] Em todo o caso, resulta paradoxo que no país em que – segundo a argumentação que estamos desenvolvendo – mais se necessita, não foram implantadas as técnicas extrajudiciais de resolução de conflitos normais já no resto dos países da UE a que nos referimos. Quando a litigiosidade, como era previsível, cresce incessantemente e os conflitos sobre a percepção e qualificação de fatos declarados tem cada vez maior importância em relação aos conflitos sobre fatos não declarados. LAPATZA, José Juan Ferreiro. *Solución Convencional de Conflictos en el Ámbito Tributario: Una Propuesta Concreta*. In.: TÓRRES, Heleno Taveira. *Direito Tributário Internacional Aplicado*. v. 2. São Paulo: Quartier Latin, 2004. p. 294.

63 Becker pondera que “o Direito Tributário está em desgraça e a razão deve buscar-se – não na superestrutura – mas precisamente naqueles seus fundamentos que costumam ser aceitos como demasiado ‘óbvios’ para merecerem a análise crítica”. BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 10.

nacional de combate às pendências. A celeridade da decisão arbitral e a sua pronta publicação pode ainda contribuir para a prevenção de litígios, permitindo a alteração de procedimentos e práticas julgadas desconformes com o Direito aplicável.

Nem todos os litígios fiscais podem ser resolvidos, a contento das partes, em sede administrativa. A arbitragem tributária é, assim, um meio jurisdicional de resolução de litígios parcialmente alternativo à impugnação judicial, que não a substitui, antes complementa.

Isto posto, o melhor sistema de justiça não é, necessariamente, aquele que mais litígios resolve, mas antes aquele que um maior número de litígios se consegue, previamente, desincentivar – “mais vale prevenir do que remediar”.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BACELLAR, Roberto Portugal. *Mediação e arbitragem*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 1998.
- BERALDO, Leonardo de Faria. *Curso de arbitragem: nos termos da Lei n. 9.307/96*. São Paulo: Atlas, 2014.
- BRANCHER, Paulo. *Soluções de Controvérsias e as Agências Reguladoras*. In: *Revista Brasileira de Arbitragem*, Ano I, n. 1, jan./mar 2004. São Paulo: IOB Thomson.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- CAMPOS, Diogo Leite de. *A arbitragem em direito tributário*. In: SEPARATA. *Estudos jurídicos e econômicos em homenagem ao professor Doutor Antônio Sousa Ribeiro*, v. 1, Lisboa: Coimbra Editora, 2006.
- CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei n. 9.307/96*. São Paulo: Atlas, 2009.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. 3 ed. Trad. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1969.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 19ª ed., 2003.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. 26 ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade administrativa e controle judicial da administração, in *Processo Civil e interesse público. O processo como instrumento de defesa social*. SALLES, Carlos Alberto de (org.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo*, in DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella et al. (Coords.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. São Paulo: Atlas, 2005.
- DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 9. ed. Bahia: JusPodivm, 2008.
- FARALLI, Chiara. *La filosofia del diritto contemporanea*. Roma-Bari: Laterza, 2005.
- FRANCISCO, Ana Mafalda Costa. (2012). *A arbitragem tributária*. Dissertação (Mestrado) – Universidade Católica Portuguesa, 2º Ciclo de Estudos em Direito, Porto. p. 7. Disponível em: <[http://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/11975/1/DISSERTA%C3%87%C3%83O\\_AR-BITRAGEM%20TRIBUT%C3%81RIA!.pdf](http://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/11975/1/DISSERTA%C3%87%C3%83O_AR-BITRAGEM%20TRIBUT%C3%81RIA!.pdf)>. Acesso em: 18 ago. 2018.
- GONÇALVES, Pedro. *Entidades privadas com poderes públicos: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas*. Coimbra: Almedina, 2008.
- GONÇALVES, Pedro. *Entidades privadas com poderes públicos*. São Paulo: Almedina, 2008.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. A inafastabilidade do controle jurisdicional e uma nova modalidade de autotutela (parágrafos únicos dos artigos 249 e 251 do Código Civil). In: *Revista Brasileira de Direito Constitucional* – RBDC n. 10 – jul./dez. 2007. São Paulo: ESDC.
- GROSSI, Paolo. *Mitologie giuridiche della modernità*. Milano: Giuffrè, 2001.
- GROSSI, Paolo. *Ritorno al diritto*. Roma-Bari: Laterza, 2015.
- LAPATZA, José Juan Ferreiro. *Solución Convencional de Conflictos en el Ámbito Tributário: Una Propuesta Concreta*. In.: TÔRRES, Heleno Taveira. *Direito Tributário Internacional Aplicado*. v. 2. São Paulo: Quartier Latin, 2004.
- MACHADO, Hugo de Brito. *Transação e arbitragem no âmbito tributário*, in SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de; GUIMARÃES, Vasco Branco. (org.) *Transação e arbitragem no âmbito tributário. Homenagem ao jurista Carlos Mario da Silva Velloso*. São Paulo: São Paulo: Ed. Fórum, 2008.
- MENDONÇA, Priscila Faricelli de. *Transação e arbitragem nas controvérsias tributárias*. Dissertação de mestrado. Universidade de São Paulo, 2013.
- NABAIS, José Casalta. *Reflexão sobre a introdução da arbitragem tributária*. Revista da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, ano 1, n. 1. p. 23, 2011. Disponível em: <<http://www.pgfn.fazenda.gov.br/revista-pgfn/revista-pgfn/ano-i-numero-i/casalta.pdf>>. Acesso em: 18 ago. 2018.
- NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *Mutação do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- RICCI, Edoardo. *Desnecessária Conexão entre Disponibilidade do Objeto da Lide e Admissibilidade de Arbitragem: Reflexões Evolutivas*. In: LEMES, Selma Ferreira, CARMONA, Carlos Alberto, MARTINS, Pedro (coord.). *Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares*. São Paulo: Atlas, 2007.

- SERRA, Manuel Fernando dos Santos. *A arbitragem administrativa em Portugal: evolução recente e perspectivas*, in VILLA-LOBOS, Nuno; VIEIRA, Mónica Brito (Org.). *Mais justiça administrativa e fiscal: arbitragem*. Lisboa: Coimbra Editora, 2010.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 47. ed. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 47. ed. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- VILLA-LOBOS, Nuno; PEREIRA, Tânia Carvalhais. *Guia de Arbitragem Tributária*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2017.
- WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito*. 3. ed. São Paulo: Alfa-omega, 2001.



# XI

## Parecer jurídico sobre desenquadramento do regime especial de tributação do ISS

*Legal opinion*

*Kiyoshi Harada*<sup>1</sup>

*Marcelo Kiyoshi Harada*<sup>2</sup>

**Assunto:** Novo desenquadramento do regime de tributação especial (SUP)

**Subject:** New non-compliance with the special ISS taxation regime

**Resumo:** A consultante é uma sociedade de prestação de serviços médicos radiológicos e ultrassonográficos que envolvem diagnósticos por imagem, registrada no Cartório de Registro Civil de Pessoas Jurídica da comarca de Porto Velho. Os serviços são prestados de forma pessoal por seus sócios e sob sua responsabilidade pessoal. Anteriormente havia sido desenquadrada do regime especial de tributação, mas por via do mandado de segurança havia conseguido restabelecer aquele regime especial. Em 2016 a consultante foi novamente desenquadrada sob o fundamento de que desenvolve atividade empresarial tendo em vista a existência de 68 empregados.

**Summary:** Consultant is a company that provides radiological and ultrasonographic medical services involving imaging diagnoses, registered at the Civil Registry Office of the District of Porto Velho. The services are provided personally by its partners and under their personal responsibility. Previously, it had been excluded from the special ISS taxation regime, but through a writ of mandamus it had managed to re-establish that special regime. In 2016 it suffered a new non-compliance on the grounds that it carries out business activities with 68 employees in mind.

---

1 Especialista em Direito Tributário e Ciências das Finanças pela FADUSP e Presidente do Instituto Brasileiro de Estudos de Direito Administrativo, Financeiro e Tributário – IBEDAFT.

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

**Palavras chaves:** ISS. Sociedade de médicos. Regime especial de tributação. Sociedade empresária. Profissão intelectual.

**Keywords:** ISS. Society of doctors. Especial taxation regime. Business company. Intellectual profession

**Sumário:** 1 Consulta. 2 Parecer. 2.1 Insubsistência dos argumentos que denegaram o mandado de segurança. 2.2 Confusão entre a responsabilidade ilimitada dos sócios na prestação de serviços e a responsabilidade limitada dos sócios em relação às obrigações contraídas pela sociedade. 2.3 Jurisprudência dos tribunais. 2.4 Respostas aos quesitos.

## 1 DA CONSULTA

---

A Consulente informa que é sociedade de médicos com seus atos constitutivos arquivados no Cartório de Registro Civil de Pessoas Jurídicas da Comarca de Porto Velho, Estado de Rondônia, sob o nº 1467, Livro A-10, em 28/04/1986, e na Junta Comercial do Estado de Rondônia sob o nº 11200418482, em sessão de 15/07/2004 que tem como objeto a prestação de serviços médicos radiológicos, ultrassonográficos e outros que envolvam diagnóstico por imagem, de acordo com a cláusula quarta de seu contrato social, cujas atividades se enquadram no item 4.02 da Tabela F, Anexo II da Lei Complementar nº 878/2021, Código Tributário do Município de Porto Velho<sup>3</sup>.

Informa, ainda, que os serviços médicos são prestados de forma pessoal por seus sócios sob sua responsabilidade pessoal, conforme cláusula décima terceira, parágrafo quarto de seu contrato social em que ficou *“convencionado entre os sócios que os procedimentos médicos executados ficarão sob a responsabilidade particular de cada um, observada rigorosamente a legislação regulamentar em vigor”*.

Relata que no ano de 2004 foi desenquadrada do regime de tributação das sociedades de profissionais sob o fundamento de que a tributação por alíquota fixa haveria deixado de existir em face da revogação expressa da LC nº 56/87 pela LC nº 116/03, bem como que assumiria característica empresarial. Esclarece que após impetrar o mandado de segurança distribuído sob o nº 00120040104825, perante

---

3 “4.02 – Análises clínicas, patologia, eletricidade médica, radioterapia, quimioterapia, ultrassonografia, ressonância magnética, radiologia, tomografia e congêneres.”

a 2ª Vara da Fazenda Pública de Porto Velho/Rondônia foi-lhe garantido o direito de recolher o ISSQN por quantia fixa. Essa decisão foi confirmada pelo E. Tribunal de Justiça de Rondônia tendo transitado em julgado a decisão favorável à Consulente.

Posteriormente, no ano de 2016 a Consulente foi novamente desenquadrada do regime de tributação por alíquota fixa e que impedido mandado de segurança a ordem foi denegada em primeira e segunda instâncias, sob o fundamento de que seria constituída sob a forma de sociedade empresária Ltda., desenvolvendo atividade eminentemente empresarial com auxílio de terceiros (68 empregados) e faturamento de mais de R\$ 47 milhões em 5 anos, encontrando-se o processo aguardando julgamento de agravo interno no TJRO aonde se discute a remessa do RESP interposto pela Consulente para o STJ.

É o breve relatório dos fatos.

## 2 PARECER

---

### 2.1 Insubistência dos argumentos que denegaram o mandado de segurança

---

Os argumentos que fundamentaram a manutenção da decisão monocrática denegatória da segurança não se sustentam *data vênia*, como veremos.

De fato, a decisão de segunda instância limitou-se a encampar as razões aduzidas pelo julgador de primeira instância, sob o pálio fundamento de que 13 anos se passaram ensejando modificações de situações fáticas a conferir caráter empresarial à sociedade apelante.

Nesse particular transcreve-se trecho do voto proferido pelo Desembargador Relator, Miguel Monico Neto, adotado como razão de decidir:

“Primeiramente, cabe registrar que a apelante já teve reconhecido, anteriormente, o direito de recolher o ISSQN na forma insculpida no art. 9º, § 3º c/c § 3º item nº 1, da respectiva lista anexa de serviços do DL nº 406/68, conforme decisão proferida nos autos do Mandado de Segurança nº 0104825-67.2004.8.22.0001, transitado em julgado.

No entanto, em que pese a argumentação despendida pelo apelante, ressalto que a sentença muito bem fundamentou os motivos pelos quais a requerente **passou a possuir caráter**

**eminentemente empresarial**, embora registrada como sociedade uniprofissional. Frise-se, que toda a documentação foi analisada, inclusive, discriminou-se todo crescimento patrimonial da requerente, que **nos exercícios de 2013/2014/2015 faturou mais de R\$ 47.000,000,00 (quarenta e sete milhões de reais)**, o que demonstra uma descaracterização da natureza da sociedade de profissionais para sociedade empresária, o que, por sua vez, tem o condão de afastar a tributação diferenciada por meio de alíquota fixas” (sic, Ap. civ. nº .....)

Conquanto que **rigorosamente verdadeiros os fatos aduzidos pelo V. Acórdão do Tribunal de Justiça de Rondônia**, aqueles fatos são absolutamente irrelevantes sendo nulos e írritos juridicamente para alterar o regime especial de tributação da consulente (sociedade apelante).

O V. julgado parte da premissa inadmissível de que a sociedade, empresária ou não empresária, não deve ter por meta o seu crescimento. Não lhes é dado se esforçarem; firmarem boa imagem perante o público consumidor (de mercadorias ou de serviços); aprimorem suas atividades e conquistar a clientela, marcando passagem na história.

O V. Acórdão do E. Tribunal de Justiça de Rondônia não atendeu para a nova ordem jurídica implantada com o advento do Código Civil de 2002.

Conforme consignamos em nossa obra:

“Ora, pelo novo Código Civil as sociedades empresária e simples não mais se distinguem pela finalidade lucrativa da primeira, e pela finalidade não lucrativa desta última, nem pelo seu objeto, porque ambas exercem atividade econômica. O que distingue uma da outra é exclusivamente o modo de execução dessa atividade econômica. Na sociedade empresária, necessariamente inscrita no Registro Público de Empresas Mercantis (art. 967 do CC), é possível a exploração de atividade econômica sem a efetiva participação de seus sócios, ainda que se releve o caráter empreendedor do sócio empresário. Na sociedade simples ou não empresária, inscrita no Registro Civil de Pessoas Jurídicas (art. 998 do CC), como é o caso das sociedades de profissionais legalmente regulamentadas, o requisito da profissão intelectual, científico, literário ou artístico exigido pelo parágrafo único, do art. 966, do CC,

necessariamente, conduz à execução da atividade econômica sob forma pessoal. Em outras palavras, só será possível a execução da atividade econômica mediante o trabalho direto dos sócios que, entretanto, podem contar com a colaboração de terceiros.

Colocada a questão nesses termos, torna-se absolutamente irrelevante a tese sustentada pelo fisco para a descaracterização da sociedade profissional: a presença de grande estrutura organizacional da sociedade, ou o elevado volume da receita auferida pela sociedade, ou, ainda, a colaboração de terceiros que o fisco denomina de terceirização do serviço. E aqui é oportuno lembrar que as cooperativas, também, ostentam uma estrutura empresarial com sede própria e quadro de empregados, mas é a própria lei que as excluem do conceito de empresa (parágrafo único, do art. 982 do CC e art. 3º da Lei nº 5.764/74). O que importa é apenas e tão somente o modo de atuação da sociedade profissional por meio de seus sócios, que assumem responsabilidade pessoal pelos serviços executados. É irrelevante a estrutura organizacional da sociedade, bem como o volume da receita total da sociedade que outra coisa não é senão a somatória da produção individual de cada sócio (profissional) componente da sociedade. Irrelevante, também a colaboração de terceiros na execução do serviço, desde que o sócio assuma a responsabilidade pessoal pelo serviço prestado. É o caso de uma sociedade de advogados composta de sócios e advogados associados (contratados)”<sup>4</sup>.

De fato, dispõe o art. 966 do CC:

“Art. 966 – Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

Parágrafo único – **Não se considera empresário** quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.”

É a própria lei que exclui do conceito de empresário, e por conseguinte, do conceito de empresa a sociedade que exerce profissão intelectual de natureza científica, como é o caso da consultante, uma

---

4 Kiyoshi Harada, ISSS Doutrina e Prática, 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2014, p. 284-285).

sociedade de médicos que conta com colaboração de empregados na forma permitida pelo parágrafo único do art. 966 do CC.

Em que pese o fato da Consulente contar com a colaboração de 68 empregados, quer sejam, 1 administrador, 1 enfermeiro, 3 biomédicos, 24 recepcionistas, 5 auxiliar de serviços gerais, 1 auxiliar de escritório, 4 auxiliar de faturamento, 1 chefe de faturamento, 1 contínuo, 4 telefonistas, 1 encarregada, 9 técnicos de radiologia, 5 digitadores, 6 técnicos de enfermagem, 1 técnico de informática e 1 faturista, estes não participam da atividade-fim, e nem poderiam, uma vez que não possuem habilitação técnica para o exercício da medicina, sendo, portanto, considerados meros colaboradores para a consecução da atividade-fim que é justamente o exercício da medicina **que se dá com o exame das imagens e elaboração do respectivo laudo médico pelos sócios.**

Nesse sentido, significativa a ementa do Acórdão abaixo:

*“EMENTA: EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. DECADÊNCIA DE PARTE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO E INEXIGIBILIDADE DO RESTANTE. ISSQN EXERCÍCIO DE 1995/2001. SOCIEDADE CIVIL – QUE HOJE CORRESPONDE À SOCIEDADE SIMPLES – FORMADA POR MÉDICOS, OU SEJA, CONSTITUÍDA COMO NÃO EMPRESARIAL. AUSÊNCIA DE INDÍCIOS DE QUE SUA ATIVIDADE ERA ORGANIZADA DE MODO A CHARACTERIZAR UMA EMPRESA (REUNIÃO DOS FATORES DE PRODUÇÃO). DIREITO AO TRATAMENTO DIFERENCIADO PREVISTO NO ARTIGO 9º, § 3º DO DECRETO-LEI 406/68, QUE SE DESTINA ÀS SOCIEDADES ANTIPROFSSIONAIS SEM CARÁTER EMPRESARIAL. DÁ-SE PROVIMENTO AO RECURSO DA EMBARGANTE E NEGA-SE AO DO EMBARGADO.*

.....

*O conceito de empresário é definido pelo caput do artigo 966 do Código Civil, segundo o qual “considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”. Já nos termos do parágrafo único do mesmo dispositivo legal, “não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa”.*

.....

*No caso dos autos, à época dos fatos geradores a executada era uma sociedade civil, ou seja, constituída como sociedade não empresarial. Ademais, a contratação de duas atendentes de enfermagem (fls. 87/88) está longe de representar a reunião de todos os fatores de produção, da mesma forma que a prestação de serviços médicos especializados a um hospital (fls. 89/90) é insuficiente para caracterizar como empresarial a atividade intelectual desenvolvida pelos seus sócios.”*

(Apelação sem Revisão nº 0473221-05.2010.8.26.0000,18ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, Rel. Des. Beatriz Braga, DJ de 21/3/2011.)

Sendo irrelevantes os argumentos aduzidos pelo V. Acórdão do E. Tribunal de Justiça de Rondônia para desqualificar a consulente do regime especial de tributação, em face do decurso de 13 anos, onde houve alterações de situações fáticas com aumento de empregados (68 empregados) e crescimento de faturamentos que nos exercícios de 2013/2014/2015 alcançaram a cifra de R\$ 47.000.000,00, forçoso é concluir que **houve tacitamente a rejeição dos efeitos da coisa julgada** protegida em nível de cláusula pétrea (art. art. 5º, XXXVI c/c art. 60, § 4º, IV da CF).

## **2.2 Confusão entre a responsabilidade ilimitada os sócios nas prestações de serviços e a responsabilidade limitada dos sócios em relação às obrigações contraídas pela sociedade**

É preciso desfazer de uma vez por toda a confusão feita pela generalidade dos fiscos municipais **entre a responsabilidade limitada dos sócios em relação às obrigações contraídas pela Sociedade Ltda. perante terceiros**, como fornecedores, estabelecimentos bancários, locadores de imóveis etc. **com a responsabilidade direta e pessoal do sócio perante o cliente**. O médico, o advogado, o engenheiro etc. **respondem pessoal, direta e ilimitadamente perante o cliente** (contratante dos serviços) na forma da legislação de regência da matéria.

Nas obrigações contraídas pela sociedade os sócios respondem nos limites dos capitais subscritos. Segundo a jurisprudência, após a integralização do capital, os sócios não mais respondem pelas obrigações da sociedade. Isso nada tem a ver com a responsabilidade técnica

do sócio, profissional liberal, regido pelo respectivo estatuto específico (estatuto da OAB, do CRM, do CRE etc.).

Por isso, já decidiu o STJ que o fato de uma sociedade uniprofissional qualificar-se como **sociedade limitada**, por si só, não implica afastamento da condição de sociedade uniprofissional, dada a sua natureza e forma de prestação de serviços profissionais (Ag Rg no Resp nº 1.205.175-RO, Rel. Min. Luiz Fux, *DJe* 16-11-2010).

### 2.3 Jurisprudência dos tribunais

Por fim, o abuso legislativo dos Municípios acabou causando uma reviravolta na jurisprudência dos tribunais que passou **a repelir, tanto o caráter empresarial** dessas sociedades, como a **desnecessidade de uniprofissionalidade**, como se verificam dos Acórdãos proferidos pelo STJ, conforme ementas abaixo:

*“TRIBUTÁRIO. ISS. SOCIEDADE SIMPLES LIMITADA. CARÁTER EMPRESARIAL AFASTADO NA ORIGEM. SÚMULA 7/STJ. RECOLHIMENTO POR ALÍQUOTA FIXA. POSSIBILIDADE*

*1. A orientação da Primeira Seção do STJ firmou-se no sentido de que o tratamento privilegiado previsto no art. 9º, §§ 1º e 3º, do Decreto-Lei 406/68 somente é aplicável às sociedades uniprofissionais que tenham por objeto a prestação de serviço especializado, com responsabilidade pessoal dos sócios e sem caráter empresarial.*

*2. A forma societária limitada não é o elemento axial ou decisivo para se definir o sistema de tributação do ISS, porquanto, na verdade, o ponto nodal para esta definição é a circunstância, acolhida no acórdão, que os profissionais [...] exercem direta e pessoalmente a prestação dos serviços”. (AgRg no AREsp 519.194/AM, Rel. p/ Acórdão Ministra REGINA HELENA COSTA, *DJe* 13/08/2015.)*

*3. No caso dos autos, não obstante a agravante ser uma sociedade limitada, o Tribunal de origem assentou que se ela dedica, precipuamente, à exploração do ofício intelectual de seus sócios, de forma pessoal, sem caráter empresarial, razão pela qual é cabível o benefício da tributação por alíquota fixa do*

*Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN).Agravamento regimental provido.”- (AgRg no AREsp 792878 / SP – Rel. Min. Humberto Martins – Dj de 14/12/2015 – grifos nossos)*

“TRIBUTÁRIO. ISS. ART. 9º, §§ 1º e 3º, DO DECRETO LEI Nº 406/68. SOCIEDADE PLURIPROFISSIONAL DE **ARQUITETOS E ENGENHEIROS**. INEXISTÊNCIA DE CARÁTER EMPRESARIAL. RECOLHIMENTO DO ISS SOBRE ALÍQUOTA FIXA. POSSIBILIDADE. CONCLUSÃO DO TRIBUNAL DE ORIGEM COM BASE EM FATOS E PROVAS DOS AUTOS. ÓBICE DA SÚMULA 7/STJ. 1. O Tribunal a quo ao analisar os fatos e as provas dos autos, concluiu que a parte agravada não apresenta natureza de organização empresarial, permitindo o recolhimento do **ISS** sobre alíquota fixa. A alteração destas conclusões demandaria, necessariamente, novo exame do acervo fático-probatório constante dos autos, providência vedada em recurso especial, conforme o óbice previsto na Súmula 7/STJ. Precedente. 2. Agravamento regimental a que se nega provimento.” (AgRg no REsp nº 1486568 / RS, Rel. Min. Sérgio Kukina, *Dje* de 13-11-2014).

“TRIBUTÁRIO. ISS. ARTIGO 9º, PARÁGS. 1º E 3º, DL 406/68. SOCIEDADE SIMPLES PLURIPROFISSIONAL DE ADVOGADOS E CONTADORES. INEXISTÊNCIA DE CARÁTER EMPRESARIAL. SERVIÇO PRESTADO DE FORMA PESSOAL. RECOLHIMENTO DO ISS SOBRE ALÍQUOTA FIXA. POSSIBILIDADE. 1. O que define uma sociedade como empresária ou simples é o seu objeto social. No caso de sociedades formadas por profissionais intelectuais cujo objeto social é a exploração da respectiva profissão intelectual dos seus sócios, são, em regra, sociedade simples, uma vez que nelas faltarão o requisito da organização dos fatores de produção, elemento próprio da sociedade empresária: doutrina do Professor ANDRÉ LUIZ SANTA CRUZ RAMOS (Direito Empresarial Esquematizado, São Paulo, Método, 2014). 2. **Ambas as Turmas que compõem a Primeira Seção entendem que o benefício da alíquota fixa do ISS somente é devido às sociedades uni ou pluriprofissionais que prestam serviço em caráter personalíssimo sem intuito empresarial. Precedentes.** 3. No caso, tratando-se de sociedade em que o objeto social é a prestação de serviços técnicos de consultoria e de assessoria,

prestados diretamente pelos sócios, em que o profissional responde pessoalmente pelos serviços prestados, faz jus ao recolhimento do ISS na forma do art. 9º, parágs. 1º e 3º do DL 406/1968. 4. Recurso Especial provido para reconhecer o direito da recorrente ao recolhimento do ISS com base no art. 9º, parágs. 1º e 3º. do DL 406/1968. Invertido os ônus sucumbenciais.” (REsp nº 1512652/RS, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, *DJe* de 30-3-2015).

Na mesma linha, a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, conforme ementa abaixo:

“TRIBUTO – ISS – Município de São Roque – Pretensão da contribuinte de, na condição de sociedade profissional, cujos sócios prestam serviços sob responsabilidade pessoal, recolher o imposto sobre valor fixo, nos termos dos §§ 1º e 3º do art. 9º do Decreto-lei nº 406/68 – Ação anulatória c/c declaratória de inexistência de relação jurídico-tributária julgada improcedente – Suficiência de provas documentais acerca da condição da interessada de sociedade beneficiária do pretendido tratamento – Hipótese de correlação entre as atividades dos sócios, embora não haja identidade de profissão – Habilitação de ambos para a prestação de serviços na área da saúde – Recurso provido.” (Apelação nº 0008616-35.2012.8.26.0586, Rel. Des. Erbetta Filho, j. 30-4-2015).

Nesse V. Acórdão o TJESP retomou a antiga jurisprudência do STF, sustentando ser indiferente a noção de uniprofissionalidade, bastando a correlação das atividades em lugar das identidades das profissões para fazer jus ao regime jurídico prescrito no § 3º, do art. 9º do Decreto-lei nº 406/68.

A jurisprudência do STJ em sentido contrário, citada pelo V. Acórdão do E. Tribunal de Justiça de Rondônia, acha-se superada pela uniformização de jurisprudência pela Primeira Seção do Colendo STJ no sentido da irrelevância de a sociedade simples ostentar o qualificativo de Ltda. e de estar registrada na Junta Comercial.

Positivamente, a consulente faz jus ao regime especial de tributação do ISS por alíquotas fixas.

## **2.4 Respostas aos quesitos**

---

1) Quais os serviços prestados pela Consulente e quem realiza esses serviços?

R: Os serviços prestados pela Consulente são serviços médicos radiológicos, ultrassonográficos e outros que envolvam diagnóstico por imagem, atividades essas que se enquadram no item 4.02 da Tabela F, Anexo II da Lei Complementar nº 878/2021, Código Tributário do Município de Porto Velho que prescreve:

*“4.02 – Análises clínicas, patologia, eletricidade médica, radioterapia, quimioterapia, ultrassonografia, ressonância magnética, radiologia, tomografia e congêneres.”*

Esses serviços são prestados exclusivamente pelos sócios da Consulente sob sua responsabilidade pessoal e direta.

2) O fato de a Consulente estar inscrita na Junta Comercial do Estado de Rondônia – JUCER – e ser constituída sob a forma de sociedade Ltda., é fator impeditivo de sua tributação pelo regime especial das sociedades uniprofissionais?

R: Não. Ficou demonstrado no corpo deste parecer que é irrelevante a sua constituição em forma de sociedade Ltda., bem como, o seu registro na JUCER. Aliás, a Consulente acha-se registrada, também, no Cartório de Registro Civil de Pessoas Jurídicas da Comarca de Porto Velho, Estado de Rondônia, sob o nº 1467, Livro A-10, em 28/04/1986. O que é relevante juridicamente é a forma de atuação pessoal dos sócios sob sua responsabilidade direta e pessoal, independentemente da denominação social da sociedade de médicos.

3) O número de empregados pode ser utilizado como fator de *discrimen* para o enquadramento da sociedade no regime de tributação especial das sociedades uniprofissionais?

R: Não. O número de empregados que prestam colaboração para o desempenho da atividade-fim pelos sócios é irrelevante para conferir, por si só, a qualificação de sociedade empresária, bem como o seu elevado valor do faturamento. Esses empregados desempenham atividade-meio, e não atividade-fim, exclusiva dos sócios. Não é possível um médico exercer a sua profissão sem atendentes, enfermeiras, operador de aparelhos radiológicos etc.

4) A Consulente cumpre os requisitos para enquadramento no regime especial de tributação das sociedades uniprofissionais?

R: Sim. Todos os cinco sócios prestam serviços médicos pessoal e individualmente, assumindo cada qual responsabilidade direta e pessoal

perante os pacientes, preenchendo os requisitos dos §§ 1º e 3º, do art. 9º do DL nº 406/1968.

É o nosso parecer s.m.j.

*Kiyoshi Harada*  
OAB/SP 20.317

*Marcelo Kiyoshi Harada*  
OAB/SP 211.349