



Revista da
**PROCURADORIA-GERAL DO
ESTADO DE SÃO PAULO**

ISSN 0102-8065

94
julho/dezembro 2021

REVISTA DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO



CENTRO DE ESTUDOS E ESCOLA SUPERIOR
DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

94

JULHO/DEZEMBRO 2021



GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO

JOÃO DORIA

Governador do Estado

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

MARIA LIA P. PORTO CORONA

Procuradora-Geral do Estado

BRUNO MACIEL DOS SANTOS

Procurador do Estado Chefe do Centro de Estudos

COORDENAÇÃO EDITORIAL

ALEXANDRE ABOUD

Procurador do Estado

LUIS CLÁUDIO FERREIRA CANTANHÊDE

Procurador do Estado



CENTRO DE ESTUDOS E ESCOLA SUPERIOR
DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

ISSN 0102-8065

**CENTRO DE ESTUDOS
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO**

Rua Pamplona, 227 – 10º andar
CEP 01405-100 – São Paulo – SP - Brasil
Tel. (11) 3286-7005
Home Page: www.pge.sp.gov.br
e-mail: divulgacao_centrodeestudos_pge@sp.gov.br

Procurador do Estado Chefe do Centro de Estudos

Bruno Maciel dos Santos

Assessoria

Joyce Sayuri Saito, Mariana Beatriz Tadeu de Oliveira

Comissão Editorial

Presidência

Bruno Maciel dos Santos

Membros

Cláudio Henrique Ribeiro Dias, Joyce Sayuri Saito, Juliana Campolina Rebelo Horta, Juliana de Oliveira Duarte Ferreira, Luis Cláudio Ferreira Cantanhede, Mariana Beatriz Tadeu de Oliveira, Rafael Issa Obeid, Telma de Freitas Fontes, Thamy Kawai Marcos e Thiago Oliveira de Matos

Revista

Coordenação editorial desta edição: Joyce Sayuri Saito.

Permite-se a transcrição de textos nela contidos desde que citada a fonte. Qualquer pessoa pode enviar, diretamente ao Centro de Estudos da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo, matéria para publicação na Revista. Os trabalhos assinados representam apenas a opinião pessoal dos respectivos autores.

Tiragem: Revista Eletrônica.

REVISTA DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO. São Paulo, SP,
Brasil, 1971-(semestral)

1971-2021 (1-93)

CDD-340.11
CDU-340

Sumário

APRESENTAÇÃO	VII
A APLICAÇÃO DO INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NAS EXECUÇÕES FISCAIS: UMA PROPOSTA DE COMPATIBILIZAÇÃO	9
Paulo Guilherme Gorski de Queiroz	
A (IM)PRESCINDIBILIDADE DO INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NAS AÇÕES DE EXECUÇÃO FISCAL PARA A RESPONSABILIZAÇÃO TRIBUTÁRIA E PATRIMONIAL DE ORGANIZAÇÕES EMPRESARIAIS ILÍCITAS À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO STJ	37
Alcione Benedita de Lima	
AUTORIZAÇÕES ADMINISTRATIVAS: UM ENSAIO SOBRE UM DOGMA CONCEITUAL QUE NÃO ACOMODA AS ATUAIS APLICAÇÕES DO INSTITUTO NO CAMPO DA REGULAÇÃO ECONÔMICA.....	65
Caio César Alves Ferreira Ramos	
ANÁLISE DAS CLÁUSULAS ALEATÓRIAS DE ATUALIDADE DOS CONTRATOS DE CONCESSÃO RODOVIÁRIA DO ESTADO DE SÃO PAULO.....	89
Vinicius José Alves Avanza	
NEUTRALIDADE E RELATIVISMO AXIOLÓGICOS NO PENSAMENTO DE HANS KELSEN	107
Guilherme Malaguti Spina	

**OBERGEFELL V. HODGES: UMA ANÁLISE COMPARADA COM A
JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL121**

Gabriel Ribeiro Perlingeiro Mendes

**O DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO NO CPC/2015 E
O ÔNUS ARGUMENTATIVO NAS DECISÕES
SOBRE PRINCÍPIOS E CLÁUSULAS GERAIS.....131**

Lucas Soares de Oliveira

**RESSARCIMENTO AO ERÁRIO E PRESCRIÇÃO: COMENTÁRIOS
AOS TEMAS DE REPERCUSSÃO GERAL N°S 666, 897 E 899.....151**

Mateus Camilo Ribeiro da Silveira

**TRIBUTAÇÃO E REGULAÇÃO ECONÔMICA. OS TRIBUTOS
“PIGOUVIANOS”. EXCISE TAXES E SIN TAXES.....175**

Danielle Eugenne Migoto Ferrari Fratini

**UMA ANÁLISE DA FUNÇÃO OPERATIVA DO SILÊNCIO
CONSTITUCIONAL A PARTIR DA TEORIA DOS
SISTEMAS DE NIKLAS LUHMANN201**

Arilson Garcia Gil

APRESENTAÇÃO

É com muita satisfação que lançamos mais um número da *Revista da PGE* n° 94, referente ao período de julho/dezembro de 2021.

Inaugurada em 1971, a Revista completou 50 anos, período em que contou com inúmeros artigos de autores renomados, os quais compartilharam com a comunidade jurídica trabalhos de excelência, de temas sempre atuais e relevantes.

Um periódico que perfaz meio século de existência não é algo comum de ser encontrado. É preciso que em sua base haja uma Instituição forte, sólida, composta de profissionais comprometidos e dispostos a resistir às mais diversas dificuldades para preservar o legado que lhes foi deixado e transmiti-lo às gerações futuras.

Nesse sentido, a Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo é o alicerce que sustenta não só o corpo que o integra, mas toda a Administração Pública que nela encontra respaldo jurídico nas atividades de consultoria, assessoramento e representação judicial e extrajudicial.

Os procuradores do Estado, que já desempenham papel de destaque no exercício de suas atribuições, com auxílio do Centro de Estudos da PGE, ainda buscam o constante aperfeiçoamento intelectual e profissional por meio de treinamentos e cursos de especialização e pós-graduação.

Esse número, em especial, contém artigos de autoria de procuradores do Estado, mestrandos e doutorandos que se dispuseram a compartilhar um pouco do conhecimento obtido em seus cursos, trazendo ao debate os temas atualmente mais discutidos nas principais academias científicas.

Integram este número da Revista artigos de Direito Tributário, Direito Administrativo, Processo Civil, Direito Constitucional, entre outros temas variados que refletem a própria diversidade de atuação dos procuradores em sua rotina de trabalho.

São trabalhos que passaram pelo criterioso crivo da Comissão Editorial do Centro de Estudos, composta exclusivamente de procuradores do Estado que atuam em áreas diversificadas e que analisam os artigos sem identificação de autoria, o que reforça a imparcialidade e, por consequência, a seriedade da análise realizada.

Sem mais delongas, registrando especial homenagem àqueles procuradores que, ao longo desses 50 anos, zelaram pela continuidade da *Revista da PGE*, desejamos a todos uma excelente leitura!

BRUNO MACIEL DOS SANTOS

Procurador do Estado Chefe

Centro de Estudos – Escola Superior

JOYCE SAYURI SAITO

Procuradora do Estado Assessora

MARIANA BEATRIZ TADEU DE OLIVEIRA

Procuradora do Estado Assistente

A APLICAÇÃO DO INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NAS EXECUÇÕES FISCAIS: UMA PROPOSTA DE COMPATIBILIZAÇÃO

Paulo Guilherme Gorski de Queiroz¹

SUMÁRIO: 1 – Introdução; 2 – Breves considerações sobre a desconsideração da personalidade jurídica; 3 – A desconsideração da personalidade jurídica no Código Civil; 4 – O incidente de desconsideração da personalidade jurídica e a execução fiscal; 5 – O posicionamento do Superior Tribunal de Justiça e a necessidade de compatibilização do incidente de desconsideração da personalidade jurídica com a Lei de Execução Fiscal; 6 – Conclusão. Referências.

RESUMO: O trabalho apresenta breves considerações sobre a relevância da pessoa jurídica na sociedade moderna. Analisa o novo Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica e sua possível compatibilidade com a Lei de Execução Fiscal. Aborda o cotejo de valores envolvidos e o atual posicionamento do Superior Tribunal de Justiça. Conclui pela possibilidade de aplicação do incidente, desde que superados obstáculos que impeçam a devida harmonia entre a lei geral e o procedimento especial.

¹ Procurador do Estado de São Paulo. Especialista em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Mestrando na Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas – (FGV-SP).

PALAVRAS-CHAVE: Personalidade Jurídica. Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica. Compatibilidade. Lei de Execução Fiscal. Superior Tribunal de Justiça.

1. INTRODUÇÃO

A natureza da “pessoa jurídica” ou “entes morais” sempre despertou profundas reflexões filosóficas. Intensas discussões marcaram a evolução do Direito na tentativa de explicar, entre outros aspectos, se estávamos diante de uma ficção criada pela norma ou uma realidade prévia reconhecida pelo Direito.

Independentemente da concepção adotada, o fato é que a distinção entre a pessoa jurídica e seus integrantes representou inequívoco “instrumento” de desenvolvimento econômico e um dos principais incentivos àqueles que empreenderam, ao longo dos tempos, por meio de um ente abstrato. Estamos de acordo com Fábio Ulhoa Coelho ao afirmar que “a limitação das perdas, em outros termos, é fator essencial para a disciplina da atividade econômica capitalista”².

Essa “proteção” quanto aos efeitos da insolvência, em contrapartida, permitiu que surgissem comportamentos oportunistas. O uso da pessoa jurídica em desconformidade com seus fins despertou a atenção dos estudiosos. Essa inquietação foi o ponto de partida da chamada teoria da “desconsideração da personalidade jurídica”.

Contudo os relevantes fundamentos que justificavam a possibilidade de superação da personalidade jurídica careciam de sistematização quanto aos seus pressupostos.

O advento do artigo 50 do Código Civil³, em sua nova redação dada pela Lei nº 13.874, de 2019, comprova que o legislador estava

2 COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial Direito de Empresa*. 22. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, v. II, p. 58.

3 Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, pode o juiz, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, desconsiderá-la para que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares de administradores ou de sócios da pessoa jurídica beneficiados direta ou indiretamente pelo abuso. (Redação dada pela Lei nº 13.874, de 2019)

atento aos apelos da ciência. A teoria da desconsideração, apesar de bem fundamentada, não contava com a segurança necessária quanto à definição prévia dos seus requisitos.

Porém, mesmo com norma expressa no diploma civil, pairavam dúvidas sobre a instrumentalização da desconsideração em casos concretos, especialmente no âmbito da Execução Fiscal.

Para viabilizar a aplicação da desconsideração, foi introduzido o Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica nos artigos 133 a 137 do Novo Código de Processo Civil.

No caso das Execuções Fiscais, surgiu um novo problema: seria o incidente compatível com a lei especial? O posicionamento atual do Superior Tribunal de Justiça (STJ) não é unânime.

Como os fundamentos contrários ao cabimento do incidente são robustos, precisamos analisar se haveria ou não a possibilidade de superação desses obstáculos rumo à compatibilização. É o que passaremos a demonstrar.

2. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Sabemos que o Direito cria suas próprias realidades com o intuito de preservar valores considerados relevantes em determinado momento histórico.

§ 1º Para os fins do disposto neste artigo, desvio de finalidade é a utilização da pessoa jurídica com o propósito de lesar credores e para a prática de atos ilícitos de qualquer natureza. (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

§ 2º Entende-se por confusão patrimonial a ausência de separação de fato entre os patrimônios, caracterizada por: (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

I – cumprimento repetitivo pela sociedade de obrigações do sócio ou do administrador ou vice-versa; (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

II – transferência de ativos ou de passivos sem efetivas contraprestações, exceto os de valor proporcionalmente insignificante; e (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

III – outros atos de descumprimento da autonomia patrimonial. (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

§ 3º O disposto no caput e nos §§ 1º e 2º deste artigo também se aplica à extensão das obrigações de sócios ou de administradores à pessoa jurídica. (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

§ 4º A mera existência de grupo econômico sem a presença dos requisitos de que trata o caput deste artigo não autoriza a desconsideração da personalidade da pessoa jurídica. (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

§ 5º Não constitui desvio de finalidade a mera expansão ou a alteração da finalidade original da atividade econômica específica da pessoa jurídica. (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

Em sua evolução social, o homem percebeu que atuar de forma individual trazia uma série de dificuldades. Entretanto a mera conjugação de esforços, sem um mínimo de organização, era fonte de problemas operacionais e custos de transação. Dessa necessidade surge a concepção teórica de um ente abstrato e separado dos seus integrantes. Eis a gênese da pessoa jurídica “personificada”, como nos ensina Orlando Gomes:

O fenômeno da personificação de certos grupos sociais é contingência inevitável do fato associativo. Para a realização de fins comuns, isto é, de objetivos que interessam a vários indivíduos, unem eles seus esforços e haveres, numa palavra, associam-se. A realização do fim para que se uniram se dificultaria extremamente, ou seria impossível, se a atividade conjunta somente permitisse pela soma, constante de iterativa, de ações individuais. Surge, assim, a necessidade de personalizar o grupo, com individualidade, tanto mais necessária quanto a associação, via de regra, exige a formação de patrimônio comum constituído pela afetação dos bens particulares dos seus componentes. Esta individualização necessária só se efetiva se a ordem jurídica atribui personalidade ao grupo, permitindo que atue em nome próprio, com capacidade jurídica igual a das pessoas naturais. Tal personificação é admitida quando se apresentam os pressupostos necessários à subjetivação dos interesses para cuja realização os indivíduos se associam. Assim se formam as pessoas jurídicas.⁴

No momento em que o direito permitiu que um ente abstrato figurasse como centro de imputação de direitos e obrigações, distinto de seus membros, abriu-se uma gama de oportunidades para o desenvolvimento econômico e social.

A relevância da personalidade jurídica foi captada pelo legislador da recente Lei nº 13.874, de 2019. A chamada “Lei da Liberdade Econômica”, que introduziu o artigo 49-A no Código Civil, dispõe expressamente que “a pessoa jurídica não se confunde com os seus sócios, associados, instituidores ou administradores”. O mesmo dispositivo, em seu parágrafo único, enfatiza o valor protegido e afirma que a autonomia patrimonial configura “instrumento lícito de alocação e

4 GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 141.

segregação de riscos, estabelecido pela lei com a finalidade de estimular empreendimentos, para a geração de empregos, tributo, renda e inovação em benefício de todos”.

O artigo 45 do Código Civil dispõe que “começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo”. A “personificação” da pessoa jurídica, então, decorre necessariamente da incidência da norma jurídica. O Direito é elemento indissociável no fenômeno.

Por outro lado, a autonomia subjetiva gerou outro problema: surgem comportamentos inoportunos (abusos) que destoavam da função social da pessoa jurídica. Essa preocupação foi identificada por Maria Helena Diniz:

A pessoa jurídica é uma realidade autônoma, capaz de direitos e obrigações, independentemente dos membros que a compõem, com os quais não tem nenhum vínculo, agindo por si só, comprando, vendendo, alugando etc., sem qualquer ligação com a vontade individual das pessoas físicas que dela fazem parte. Realmente, seus componentes somente responderão por seus débitos dentro dos limites do capital social, ficando a salvo o patrimônio individual. Essa limitação da responsabilidade ao patrimônio da pessoa jurídica é uma consequência lógica de sua personalidade jurídica, constituindo uma de suas maiores vantagens. Se a pessoa jurídica não se confunde com as pessoas físicas que a compõem; se o patrimônio da sociedade personalizada não se identifica com o dos sócios, fácil será lesar credores, ou ocorrer o abuso de direito, para subtrair-se a um dever, tendo em vista que os bens particulares dos sócios não podem ser executados antes dos bens sociais, havendo dívida da sociedade.⁵

São inúmeros os casos de condutas inadequadas. Podemos citar o que se convencionou chamar de “blindagem patrimonial”. Essa ocorre quando o patrimônio de uma pessoa jurídica com dívidas é desviado para a titularidade de sócios ou outras pessoas jurídicas sem qualquer fundamento negocial. O objetivo reside unicamente em impedir a constrição do patrimônio da devedora em detrimento dos credores.

5 DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: teoria geral do Direito Civil*. 37. ed. São Paulo: Saraiva. 2020, v. I, p. 359.

É inegável que situações dessa espécie ocasionam desequilíbrios concorrenciais. A personalidade jurídica é utilizada como “vantagem competitiva” em relação aos demais agentes do mercado. Não foi essa a intenção do Direito positivo.

Diante desse cenário, surgem os primeiros movimentos destinados a apurar a possibilidade de “relativização” ou “superação” da personalidade jurídica. Até então, prevalecia um conceito absoluto de pessoa jurídica.

A jurisprudência norte-americana, que usava expressões como *disregard of legal entity* ou *lifting the corporate veil* para nomear a descon sideração, foi a pioneira na tentativa de coibir o mau uso das entidades.

A doutrina estrangeira, em que se destaca o trabalho do jurista alemão Rolf Serick, promoveu relevante sistematização e consolidação dos pressupostos do que se passou a chamar de “desconsideração da personalidade jurídica”.

No Brasil, destacamos o pioneirismo do trabalho de Rubens Requião, considerado como o responsável pela introdução da teoria entre nós.

O professor paranaense, tomando por base a doutrina e jurisprudência do Direito comparado, chega à conclusão que a personalidade jurídica é conferida pelo Direito e, logo, deve ser utilizada segundo seus fins. Dessa forma, o indivíduo que abusa da personalidade, considerado pelo autor um direito relativo, não merece a proteção do ordenamento. Eis as palavras do ilustre comercialista:

Ora, a doutrina da descon sideração nega precisamente o absolutismo do direito da personalidade jurídica. Desestima a doutrina esse absolutismo, perscruta através do véu que a encobre, penetra em seu âmago, para indagar de certos atos dos sócios ou do destino de certos bens. Apresenta-se, por conseguinte, a concessão da personalidade com um significado ou um efeito relativo, e não absoluto, permitindo a legítima penetração inquiritória em seu âmago. Ora, assim há de ser. Se a personalidade jurídica constitui uma criação da lei, como concessão do Estado, objetivando, como diz Cunha Gonçalves, a realização de um fim, nada mais procedente do que se reconhecer ao Estado, através de sua justiça, a faculdade de verificar se o direito concedido está sendo adequadamente usado. A personalidade jurídica passa a ser

considerada doutrinariamente um direito relativo, permitindo ao juiz, penetrar o véu da personalidade para coibir abusos ou condenar a fraude, através de seu uso.⁶

A desconsideração da personalidade surgiu de uma necessidade e como solução intermediária. Não preconizava a extinção da pessoa jurídica, mas se preocupava unicamente com os excessos. Funcionava como ferramenta para desestimular comportamentos abusivos (função preventiva) e reequilibrar a desarmonia provocada pela utilização inadequada do ente (função reparatória/repressiva), como brilhantemente ensina Calixto Salomão Filho:

Consequentemente, a desconsideração, segundo essa visão, não interfere (negativamente) em uma distribuição de riscos livremente negociada entre as partes, mas apenas redistribui os riscos, retomando a repartição desejada pelo legislador. Ou, mais claramente, a desconsideração enquadra-se em uma regra geral de repressão ao comportamento de free-rider. Como free-rider define-se o agente que quer gozar das vantagens, mas não dos custos da responsabilidade limitada, ou seja, aquele agente que usa a responsabilidade limitada, não passivamente, como meio de salvação no caso extremo de falência, mas ativamente, como elemento estratégico para a externalização de riscos de maneira diversa daquela prevista no ordenamento. O ordenamento deve intervir, consequentemente, para eliminar esses abusos e repriminar a distribuição de risco desejada.⁷

Seguindo esse caminho, vários trabalhos na doutrina nacional, em que destacamos os clássicos estudos de José Lamartine Corrêa de Oliveira Lyra, Fábio Konder Comparato e Marçal Justen Filho, buscaram sistematizar os pressupostos de aplicação da teoria com base em nosso ordenamento.

A doutrina especializada, com suas particularidades, partia da relatividade do conceito da pessoa jurídica e da necessidade de interpretação finalística das normas⁸. O cerne básico seguia os princípios do

6 REQUIÃO, Rubens. *Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica*. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 58, n. 410, p. 1-13, dez. 1969.

7 SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo Direito Societário: eficácia e sustentabilidade*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 402.

8 Decreto-Lei nº 4.657/1942: Art. 5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

trabalho de Rubens Requião. Porém os pressupostos e consequências, dependendo do autor, sofriam sensíveis variações.

A ausência de previsão normativa específica sempre foi criticada por ser fonte de insegurança. A variedade de opiniões, apesar do enriquecimento científico, resultava em multiplicidade de decisões nos casos concretos.

Por essa razão, o anseio por uma regulamentação específica do tema era plenamente justificada. É o que podemos observar na seguinte passagem da obra de Marçal Justen Filho: “Seria desejável uma consagração normativa sistemática e sistematizada a propósito da desconsideração, em nosso ordenamento. Existem inúmeros dispositivos legais, esparsamente editados, que envolvem o superamento da personalidade societária”⁹.

3. A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO CÓDIGO CIVIL

Antes do novo Código de Processo Civil (CPC), era possível localizar normas inspiradas na teoria da desconsideração da personalidade jurídica em legislações especiais (e.g., Código de Defesa do Consumidor, Direito Ambiental, Consolidação das Leis do Trabalho etc.).

O artigo 50 do CPC teve o mérito de introduzir um regramento “amplo”, aplicável à generalidade de relações jurídicas relacionadas a prestações de cunho patrimonial. O que era restrito às relações jurídicas especiais (exemplo: dano ambiental), passa a ser uma verdadeira “regra geral” com as devidas adaptações.

Ao disciplinar o instituto, o CPC previu a chamada “teoria maior” da desconsideração. É assim conhecida, pois exige a “comprovação” do abuso da personalidade por meio da confusão patrimonial e/ou desvio de finalidade, conforme pacífico posicionamento do STJ:

Interpretando o disposto no art. 50 do Código Civil de 2002, o Superior Tribunal de Justiça concluiu que, nas relações jurídicas de natureza civil-empresarial, o legislador pátrio adotou a teoria maior da desconsideração da personalidade jurídica, segundo a qual é exigida a demonstração da ocorrência de algum dos elementos objetivos

⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Desconsideração da personalidade societária no Direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 158.

caracterizadores de abuso da personalidade jurídica, tais como o desvio de finalidade (caracterizado pelo ato intencional dos sócios em fraudar terceiros com o uso abusivo da personalidade jurídica) ou a confusão patrimonial (configurada pela inexistência, no campo dos fatos, de separação patrimonial entre o patrimônio da pessoa jurídica e bens particulares dos sócios ou, ainda, dos haveres de diversas pessoas jurídicas).¹⁰

Na denominada “teoria menor”, o mero inadimplemento é suficiente para a desconsideração da autonomia patrimonial. Essa situação fica bem clara no artigo 28, § 5º, da Lei nº 8.078/1990, ao dispor que “poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores”.

Uma vez preenchidos os requisitos legais do artigo 50 do CPC, permite-se que personalidade jurídica seja desconsiderada por decisão judicial. Como consequência, os “efeitos” de certas e determinadas obrigações serão “estendidos” ao patrimônio dos beneficiados diretos ou indiretos pelo abuso.

A aplicação da desconsideração permite que atividades executivas (construção patrimonial) sejam realizadas pelo Estado-Juiz em patrimônio diverso do devedor, para satisfazer concretamente um direito material violado e reconhecido em título executivo.

A correlação entre o patrimônio e a tutela executiva corresponde ao conceito de “responsabilidade patrimonial”, segundo nos ensina Cândido Rangel Dinamarco:

Essa é formula básica da responsabilidade patrimonial, ou responsabilidade executiva, conceituada como *a aptidão de um bem ou de todo um patrimônio a suportar os efeitos da sanção executiva*: sabido que a execução por sub-rogação é uma sanção, ou conjunto de medidas destinadas a atuar sobre bens integrantes de um patrimônio (penhora, busca-e-apreensão *etc.* – *supra*, n. 1.521), responsabilidade é um estado de potencial sujeição a ela, ou seja, a sujeitabilidade à sanção. A concreta imposição de medidas im-

10 BRASIL. **Agravo Interno em Recurso Especial nº 1.672.689/SP**. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Pesquisa de Jurisprudência. Acórdãos. Brasília DF: Superior Tribunal de Justiça, 2020. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/860261274/agravo-em-recurso-especial-aresp-1672689-sp-2020-0048846-1>. Acesso em: 11 abr. 2022.

perativas sobre o bem, que são as sanções inerentes à execução forçada, depende de esse bem ser responsável, isto é, depende de ele ser parte de um patrimônio apto a fornecer meios à execução; não se apreendem, não se penhoram, não se apropriam, bens que não o sejam.¹¹

A definição do patrimônio objeto da tutela executiva serve de orientação e balizamento ao Poder Judiciário (devido processo legal) e representa segurança aos devedores e terceiros.

No que concerne à sujeição patrimonial, prevalece a regra prevista no artigo 789 do CPC, segundo a qual apenas “o patrimônio do devedor ficará sujeito a responder por suas obrigações”.

Nada impede, porém, que atos executivos recaiam em bens diversos do devedor, desde que exista previsão legal e justo motivo, como, a título de ilustração, prevê o artigo 790 do CPC em seus sete incisos¹².

No nosso caso, uma vez autorizada a desconsideração, será possível a constrição de bens daquele que for beneficiado pelo abuso da personalidade jurídica, por autorização expressa do artigo, 790, VII, do CPC.

Do que observamos até o momento, podemos perceber a preocupação do ordenamento com todas as etapas de existência da pessoa jurídica: a) o nascimento com o registro (exemplo: artigo 45 do Código Civil); b) a especial proteção da autonomia com o novo artigo 49-A e seu parágrafo único; c) eventuais excessos por meio da desconsideração da personalidade jurídica (artigo 50 do Código Civil); e d) sua extinção (exemplo: artigo 1033 do Código Civil).

11 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2019, v. IV, p. 324.

12 Art. 790. São sujeitos à execução os bens:

I – do sucessor a título singular, tratando-se de execução fundada em direito real ou obrigação reipersecutória;

II – do sócio, nos termos da lei;

III – do devedor, ainda que em poder de terceiros;

IV – do cônjuge ou companheiro, nos casos em que seus bens próprios ou de sua meação respondem pela dívida;

V – alienados ou gravados com ônus real em fraude à execução;

VI – cuja alienação ou gravação com ônus real tenha sido anulada em razão do reconhecimento, em ação autônoma, de fraude contra credores;

VII – do responsável, nos casos de desconsideração da personalidade jurídica.

A desconsideração da personalidade jurídica, então, é tema que envolve alta carga principiológica que deve ser lembrada e levada em consideração no momento de sua aplicação aos casos concretos.

4. O INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA E A EXECUÇÃO FISCAL

A execução fiscal tem por objeto a cobrança da dívida ativa, nos termos do artigo 2º da Lei nº 6.830/1980¹³, que inclui créditos de natureza tributária ou não, apontados na Lei nº 4.320/1964.

O nosso foco, devido à relevância, serão os créditos de natureza tributária, muito embora a quase totalidade das conclusões seja aplicável aos débitos de natureza não tributária.

O título executivo que embasa a execução especial é a Certidão da Dívida Ativa, elaborada pela própria Administração em ambiente de estrita legalidade. A obrigação documentada, portanto, goza de presunção de certeza e liquidez¹⁴.

Trata-se de execução por quantia certa (prestações pecuniárias) disciplinada em procedimento especial com aplicação subsidiária do CPC.

Os sujeitos passivos da execução fiscal estão elencados no artigo 4º da Lei nº 6.830/1980 em rol taxativo: I – o devedor; II – o fiador; III – o espólio; IV – a massa; V – o responsável, nos termos da lei, por dívidas, tributárias ou não, de pessoas físicas ou pessoas jurídicas de direito privado; e VI – os sucessores a qualquer título.

O devedor, em regra, é o sujeito indicado na Certidão da Dívida Ativa e está atrelado à obrigação exigida em juízo. “Este é, naturalmente, o legitimado *ad causam*, uma vez que o polo oposto na relação *sub judice*, objeto do processo, é que constitui a *res in iudicium deducta*”¹⁵.

13 Art. 2º – Constitui Dívida Ativa da Fazenda Pública aquela definida como tributária ou não tributária na Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, com as alterações posteriores, que estatui normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos estados, dos municípios e do Distrito Federal.

14 Lei nº 6.830/1980: Art. 3º – A Dívida Ativa regularmente inscrita goza da presunção de certeza e liquidez.

15 PACHECO. José da Silva. *Comentários a Lei de Execução Fiscal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 73.

Os demais sujeitos indicados nos incisos II, III, IV e VI do artigo 4^a da Lei nº 6.830/1980 justificam sua legitimidade porque ou se equiparam ao devedor ou assumem a posição deste em virtude do desaparecimento do devedor original (sucessão). Os incisos sempre apontam alguém com vínculo jurídico com o credor. Esse fato justificaria a legitimidade. Nesse tema, relevantes as considerações de Hugo de Brito Machado Segundo:

Note-se que o espólio e a massa, na verdade, serão sempre executados na condição de “devedores”, e não de “corresponsáveis”, na medida em que o espólio e a massa são a universalidade de bens do que restou no patrimônio do devedor. Quanto ao fiador, sua responsabilidade, que certamente não exclui a do devedor principal, decorre da fiança (e não diretamente da lei, como no caso, v.g., de dirigentes de pessoas jurídicas), nos termos do direito privado, figura que em matéria tributária é bastante utilizada como garantia para viabilizar a subida de recursos administrativos, para liberar mercadorias arbitrariamente apreendidas etc. Os sucessores, cuja responsabilidade é determinada nos art. 129 a 133 do CTN, são, por exemplo, os adquirentes de bens imóveis, em relação aos tributos incidentes sobre os mesmos em períodos anteriores, os herdeiros, os legatários e o cônjuge meeiro, em relação aos tributos devidos pelo *de cuius* e até o limite do patrimônio deixado por este; a pessoa jurídica de direito privado que resulte de fusão, transformação, incorporação de outra ou em outra, em relação aos tributos devidos pelas pessoas fusionadas, transformadas ou incorporadas etc. Sucessores também são responsabilizados propriamente como “terceiros”, mas como pessoas que assumiram, em virtude da sucessão, o lugar do devedor principal, que por eles foi sucedido (CTN, arts. 129 a 133).¹⁶

Resta-nos saber onde estaria situado o sujeito que tem seus bens atingidos pela desconsideração com o fundamento na aplicação do artigo 50 do Código Civil.

Em princípio ele seria um “terceiro”, pois não integrado à relação processual. Por essa razão, até o seu ingresso, seria vedada a prática de atos executivos sobre seu patrimônio. Além disso, não possuiria relação jurídica com o credor, impedindo pensar em legitimidade ordinária “potencial”.

16 SEGUNDO, Hugo de Brito Machado. *Processo Tributário*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 233.

Como “a intervenção do terceiro no processo pendente torna-o parte”¹⁷, é essencial localizar o regular mecanismo de ingresso. Seria pela via do “responsável nos termos da lei”, prevista no inciso V do artigo 4º da Lei nº 6.830/1980, a mais adequada?

Não nos parece que seja esse o caminho mais adequado. Sempre prevaleceu o entendimento de que “o responsável nos termos da lei” seria um sujeito que mantém vínculo de natureza jurídico-tributária com o credor da execução. No âmbito tributário, poderíamos citar os casos previstos nos artigos 134 e 135 do Código Tributário Nacional¹⁸, que amparam a inclusão do sócio nos casos da dissolução irregular, seguindo a linha da Súmula 435 do STJ¹⁹.

O STJ já teve a oportunidade de afirmar que o vínculo que deriva do artigo 50 do Código Civil não possui natureza tributária:

Cabe ressaltar que, no âmbito da Execução Fiscal, são observadas, em regra, quanto à responsabilidade, as disposições contidas no Código Tributário Nacional, o qual, em seus arts. 134 e 135, preconiza a possibilidade de responsabilização pessoal do sócio-gerente, quando demonstrada a prática de atos com infração à lei, o que se verifica, na hipótese de dissolução irregular da sociedade. A desconsideração da personalidade jurídica, de que cuida o art. 50 do Código Civil, tem aplicação nos demais casos, diversos da relação jurídico-tributária.²⁰

17 ASSIS, Araken. **Manual de execução**. 20. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 576.

18 Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

I – as pessoas referidas no artigo anterior;

II – os mandatários, prepostos e empregados;

III – os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

19 Súmula 435 – Presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente. (Súmula 435, Primeira Seção, julgado em 14/04/2010, DJe 13/05/2010).

20 BRASIL. **Agravo Interno em Recurso Especial nº 948.560/SC**. Relatora: Ministra Assusete Magalhães. Pesquisa de Jurisprudência. Acórdãos. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 08 de agosto de 2017. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201601789641&dt_publicacao=17/08/2017. Acesso em: 27 maio 2022.

Caso a responsabilidade tributária prevista no artigo 4º, V, da Lei nº 6.830/1980, fosse a mesma responsabilidade “patrimonial” do artigo 790, VII, do CPC, esse dispositivo seria completamente inócuo, pois a responsabilidade patrimonial decorreria naturalmente da condição de responsável tributário daquele atingido pela desconsideração, conforme bem pontuado por Paulo Cesar Conrado:

Pela ordem, cuidemos de reconhecer, em princípio, que esse “responsável” a que se refere o precitado inciso VII não é o responsável tributário de que trata o artigo 4º, V, da Lei nº 6.830/80; do contrário, se admitíssemos essa “confusão” nos conceitos, o art. 790 do Código de Processo Civil de 2015 perderia seu sentido: como o responsável tributário [assim reconhecido (i) administrativamente, tendo seu nome gravado no título, com a decorrente assunção da qualidade de “devedor”, ou (ii) judicialmente, nos casos de redirecionamento] detém legitimidade passiva, sua responsabilidade patrimonial é “derivada” (“seus bens respondem pela dívida executada em consequência de sua legitimidade passiva”, qualidade que deriva, por sua vez, do rótulo “material” da responsabilidade tributária); seria inútil, porque redundante, que a lei tivesse previsto sua responsabilidade patrimonial: ela preexiste e se fundamenta em sua legitimidade.²¹

O entendimento do STJ que justifica a possibilidade de “redirecionamento” em relação aos sócios apresenta fundamento coerente com a previsão expressa do “responsável tributário” no artigo 4º, V, da Lei nº 6.830/1980.

Foram essas as premissas que conduziram o STJ a concluir pela desnecessidade do Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica quando o nome do sujeito passivo constar na Certidão da Dívida Ativa ou estivermos diante de pedido de “redirecionamento” fundado nos artigos 134 e 135 do Código Tributário Nacional²².

21 CONRADO, Paulo Cesar. *Execução Fiscal*. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2020, p. 59.

22 BRASIL. *Agravo em Recurso Especial nº 1.427.619/RJ*. Relator: Ministro Og. Fernandes. Pesquisa de Jurisprudência. Acórdãos. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 22 de outubro de 2020. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1238810074/agravo-interno-no-agravo-em-recurso-especial-agint-no-aresp-1427619-rj-2019-0006521-6/inteiro-teor-1238810084>. Acesso em: 11 abr. 2022.

Como visto, ainda, o próprio STJ entendeu que a responsabilidade patrimonial prevista no artigo 50 do Código Civil não se enquadraria na “via de acesso” do responsável tributário, prevista no rol dos legitimados passivos do artigo 4º da Lei nº 6.830/1980.

Seria, nesse cenário, obrigatória a aplicação do incidente previsto nos artigos 133 a 137 do Código de Processo Civil, nas hipóteses de desconsideração da personalidade jurídica fundadas unicamente no artigo 50 do Código Civil?

Sobre o Incidente de Desconsideração, em síntese, podemos dizer que estamos diante de um “incidente” (atrelado à relação processual “principal”), cabível em todas as fases do processo de conhecimento, cumprimento de sentença ou execução de título extrajudicial em que, após citação do interessado e instrução sob o crivo do contraditório, é proferida decisão de mérito, concluindo pelo preenchimento ou não dos requisitos para a desconsideração da personalidade jurídica.

Ao tecer considerações sobre o novo Incidente de Desconsideração, Cândido Rangel Dinamarco o conceitua como uma “nova modalidade de intervenção coata de terceiros, consistente em trazer à relação processual pendente um terceiro ao qual o demandante atribui a responsabilidade patrimonial por obrigação do demandado”²³.

Dessa forma, se nossa análise fosse baseada unicamente no CPC, a resposta seria pela necessidade do incidente. Esse representa, atualmente, a única via de ingresso desse terceiro no processo. A ênfase do legislador resultou na inclusão da norma do artigo 795 § 4º, do CPC: “para a desconsideração da personalidade jurídica, é obrigatória a observância do incidente previsto neste Código”.

O Código de Processo Civil, inclusive, confere legitimidade ativa àquele que tiver seus bens atingidos sem a instauração do Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica, para apresentar embargos de terceiro, nos termos do artigo 674, § 2º, III²⁴.

23 DINAMARCO, op. cit., p. 419.

24 § 2º Considera-se terceiro, para ajuizamento dos embargos:

(...) III – quem sofre constrição judicial de seus bens por força de desconsideração da personalidade jurídica, de cujo incidente não fez parte;

Segundo essa linha e sem considerar a Lei de Execução Fiscal, Cassio Scarpinella Bueno demonstra que o incidente é o único mecanismo apto a atingir os terceiros, objeto da desconsideração:

O instituto tem como objetivo legitimar, corrigindo, o que a prática forense anterior consagrou com o nome de “redirecionamento da execução” ou, de forma mais precisa, cria condições para que, ao longo do processo (de forma incidental, portanto, daí o nome “incidente”), sejam apuradas as razões pelas quais o direito material autoriza a “desconsideração da personalidade jurídica” e, como consequência, a prática de atos executivos contra o patrimônio da pessoa natural, e não apenas da pessoa jurídica. Coerentemente, o inciso VII do artigo 790 preceitua que ficam sujeitos à execução os bens do responsável, nos casos de desconsideração da personalidade jurídica. De forma mais ampla, mas não menos pertinente, o *caput* do artigo 795 prescreve que “Os bens particulares dos sócios não respondem pelas dívidas da sociedade, senão nos casos previstos em lei”, acentuando seu § 4º que “Para a desconsideração da personalidade jurídica é obrigatória a observância do incidente previsto neste Código”.²⁵

A solução, como será demonstrada, não é tão simples, uma vez que não é possível aplicar o novo CPC aos casos regulados pela Lei de Execução Fiscal de forma automática.

A aplicação irrestrita da lei geral posterior não atenderia à lógica normativa, pois resultaria no desvirtuamento completo da Lei de Execução Fiscal, com efeito semelhante a uma revogação expressa, o que não é desejável.

Como o Novo Código de Processo Civil é lei geral “posterior” à Lei nº 6.830/1980, deverá prevalecer a meta regra geral de interpretação segundo a qual a lei geral posterior não revoga lei especial anterior (*lex posterior generallis non derogat prior specciali*). O novo diploma processual, logo, somente será aplicação à Execução Fiscal caso suas normas não desnaturem completamente o sistema especial, como bem observado por James Marins:

25 BUENO, Cassio Scarpinella. Curso sistematizado de Processo Civil. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, v. 1, p. 569.

Em consonância com essa metarregra de superação de antinomias, o regime do CPC/1973, modificado pela Lei nº 11.382/2006, bem como o CPC/2015, é a *lex posterior generalis* e não pode derogar a LEF – Lei 6.830/1980 –, que é norma *priori specialis*, o que significa dizer que, assim como era a microrreforma do capítulo da execução do CPC/1973, o CPC/2015 poderá ser aplicado subsidiariamente naqueles dispositivos que não forem colidentes com a LEF. Esta solução apresentada, além de apropriada à luz dos critérios lógico-normativos, é também a mais ajustada aos pressupostos axiológicos do sistema processual e tributário.²⁶

O Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica exige, dessa forma, uma análise minuciosa sobre sua viabilidade em relação à execução fiscal, pois, conforme entendimento reiterado do Superior Tribunal de Justiça, vige a aplicação do artigo 1º da Lei nº 6.830/1980 (LEF)²⁷, “sendo que a aplicação do CPC é subsidiária, ou seja, fica reservada para as situações em que as referidas leis são silentes e no que com elas compatível”²⁸.

A aferição dessa “compatibilidade” parece ser a grande “questão” a ser solucionada.

5. O POSICIONAMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E A NECESSIDADE DE COMPATIBILIZAÇÃO DO INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA COM A LEI DE EXECUÇÃO FISCAL

A aplicação subsidiária do CPC à Lei de Execução fiscal, como visto, exige dois requisitos: omissão da lei especial e compatibilidade.

Não há dúvidas sobre a existência de omissão na legislação especial. A Lei de Execução Fiscal não previu qualquer procedimento

26 MARINS, James. *Direito Processual Tributário brasileiro*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 785.

27 Art. 1º – A execução judicial para cobrança da Dívida Ativa da União, dos estados, do Distrito Federal, dos municípios e respectivas autarquias será regida por esta Lei e, subsidiariamente, pelo Código de Processo Civil.

28 BRASIL. *Recurso Especial nº 1.431.155/SP*. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Pesquisa de Jurisprudência. Acórdãos. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 2014. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25104572/recurso-especial-resp-1431155-pb-2014-0013195-3-stj/inteiro-teor-25104573>. Acesso em: 11 abr. 2022.

relacionado à inclusão de terceiro abrangido pela desconsideração. Sequer, como vimos, poderíamos enquadrar o terceiro no rol de partes que, supostamente, autorizaria o redirecionamento.

Resta-nos, contudo, analisar o problema da compatibilidade. A aplicação subsidiária não pode contrariar normas expressas ou mesmo desnaturar os princípios que ordenaram a introdução de um microsistema, como no caso da Lei de Execução Fiscal.

Na 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, predomina o posicionamento pela inviabilidade do Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica na Execução Fiscal. Os argumentos podem ser resumidos naqueles presentes no julgamento do AgInt no REsp 1.759.512/RS: “o procedimento da LEF não comportaria a apresentação de defesa sem prévia garantia do juízo, nem a automática suspensão do processo, conforme previsão do artigo 134, 3º, do CPC/2015”²⁹.

Entretanto, o entendimento pela inviabilidade gera outro conflito, pois não existe outra via para inclusão do terceiro do artigo 50 do Código Civil. Esse parece ser o entendimento da 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, que entende necessário o incidente para que o exequente demonstre o preenchimento dos requisitos do artigo 50 do Código Civil que autorizam a desconsideração³⁰. A posição se adequa aos ensinamentos de Humberto Theodoro Junior, segundo o qual “apenas com o incidente executivo da desconsideração será cabível preparar o caminho processual para que, em devido processo legal, se possa instaurar a execução forçada de forma lícita”³¹.

A divergência naquele tribunal superior apenas demonstra a preocupação dos julgadores com valores em jogo.

29 BRASIL. **Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.759.512/RS**. Relator: Ministro Francisco Falcão. Pesquisa de Jurisprudência. Acórdãos. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 2019. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/859672576/agravo-interno-no-recurso-especial-agint-no-resp-1759512-rs-2018-0193804-1/inteiro-teor-859672586?ref=juris-tabs>. Acesso em: 11 abr. 2022.

30 BRASIL. **Recurso Especial nº 1.775.269/PR/AM**. Relator: Ministro Gurgel de Faria. Pesquisa de Jurisprudência. Acórdãos. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 2019. Disponível em: <https://trf-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1173370818/agravo-de-instrumento-ai-50132092820204030000-sp/inteiro-teor-1173370831>. Acesso em: 11 abr. 2022.

31 THEODORO JUNIOR, Humberto. **Lei de Execução Fiscal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva. 2016, p. 112.

É preciso considerar que a execução fiscal é disciplinada em lei especial por motivos justificados. A legislação de 1980 disciplina a cobrança de créditos de natureza pública com presunção de legitimidade, cujo título foi constituído por meio de ato administrativo e sujeito a sucessivos controles de legalidade. Isso justificaria a presença de normas especiais, como o artigo 16, § 1º, segundo o qual “não são admissíveis embargos do executado antes de garantida a execução”.

Por outro lado, o novo Código de Processo Civil incorporou e buscou dar efetividade, em nível infraconstitucional, às chamadas normas processuais constitucionais. Nesse sentido, buscando espriar seus valores, determinou sua aplicação, sempre que possível, aos procedimentos regidos por leis especiais, como se denota na leitura dos artigos 15³² e 771³³.

Além disso, importante lembrar que o sistema processual deve ser interpretado com base nos princípios constitucionais, como nos ensinam Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini:

Em se tratando especificamente do processo civil, isso significa que as normas do Código de Processo Civil ou da legislação civil extravagante, como um todo, somente podem ser integradas e satisfatoriamente interpretadas em cotejo com aquelas dispostas na Constituição Federal, isto é, não bastam sozinhas. É a própria Constituição que orienta todo o “dever ser” do processo e de todos os seus temas e institutos. A Constituição Federal é a matriz de todo o sistema processual. As normas e institutos infraconstitucionais do processo devem ser todos compreendidos e aplicados à luz da Constituição – jamais o contrário.³⁴

Ao permitir a participação do interessado na formação do convencimento do juízo sobre a possibilidade ou não de seus bens serem atrelados ao pagamento de uma dívida, o incidente prestigiou inegavelmente

32 Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.

33 Art. 771. Este Livro regula o procedimento da execução fundada em título extrajudicial, e suas disposições aplicam-se, também, no que couber, aos procedimentos especiais de execução, aos atos executivos realizados no procedimento de cumprimento de sentença, bem como aos efeitos de atos ou fatos processuais a que a lei atribuir força executiva.

34 WAMBIER, Luzi Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de Processo Civil*. 19. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 53.

valores essenciais como o contraditório e o devido processo legal, conforme adverte Alexandre Freitas Câmara:

Importante, ainda, é registrar que este incidente vem assegurar o pleno respeito ao contraditório e devido processo legal no que diz respeito à desconsideração da personalidade jurídica. É que sem a realização desse incidente o que se via era a apreensão de bens dos sócios (ou da sociedade, no caso da desconsideração inversa) sem que fossem eles chamados a participar, em contraditório, do processo de formação da decisão que define sua responsabilidade patrimonial, o que contraria frontalmente o modelo constitucional de processo brasileiro, já que admite a produção de uma decisão que afeta diretamente os interesses de alguém sem que lhe seja assegurada a possibilidade de participar com influência na formação do aludido pronunciamento judicial (o que só seria admitido, em caráter absolutamente excepcional, nas hipóteses em que se profere decisão concessiva de tutela provisória, e mesmo assim somente nos casos nos quais não se pode aguardar pelo pronunciamento prévio do demandado). Ora, se ninguém será privado de seus bens sem o devido processo legal, então é absolutamente essencial que se permita àquele que está na iminência de ser privado de um bem que seja chamado a debater o processo se é ou não legítimo que seu patrimônio seja alcançado por força da desconsideração da personalidade jurídica.³⁵

Diante de valores em conflito (interesse público *versus* princípios constitucionais processuais), entendemos que o caminho mais prudente seja a compatibilização dos interesses, e não exclusão incondicionada do novo Código de Processo. Esse parece ser o entendimento da ministra Regina Helena Costa ao afirmar que: “compatibilizando-se o sistema especial regulado pela LEF e o estampado no estatuto processual civil, constata-se uma relação de complementariedade entre ambos, e não de especialidade excludente”³⁶.

35 CAMARA, Alexandre Freitas. *O novo Processo Civil Brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas: 2017, p. 97.

36 BRASIL. *Recurso Especial nº 1.804913/RJ*. Relatora: Ministra Regina Helena Costa. Pesquisa de Jurisprudência. Acórdãos. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 2020. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/878185176/recurso-especial-resp-1804913-rj-2018-0227282-6>. Acesso em: 27 maio 2022.

Dessa forma, entendemos que a aplicação do Incidente de Desconsideração da Personalidade é possível, desde que superadas contrariedades expressas ou que maculem a estrutura principiológica da Lei de Execução Fiscal, voltada a resguardar o crédito público.

Por essa razão é tão relevante levar em consideração todo o microsistema normativo da lei especial, principalmente os problemas apontados pelos Ministros da 2ª Turma, referentes à suspensão automática e garantia do juízo.

Realmente, não faz sentido afastar a exigência de garantia do juízo, pois contraria comando expresso do artigo 16, § 3º, da Lei de Execução Fiscal. A necessidade de garantia do juízo para apresentação dos embargos do devedor foi reafirmada, inclusive, em precedente vinculante no julgamento do Recurso Especial nº 1.272.827/PE (tema repetitivo 526, julgado nos termos do artigo 543-C do CPC/73)³⁷.

O devedor, na execução fiscal, é citado para “pagar” e, no Incidente de Desconsideração, o responsável é citado, nos termos do artigo 135 do CPC, para “manifestar-se e requerer as provas”. Não seria adequado franquear uma oportunidade de defesa ilimitada “sem garantia do juízo”. A mesma possibilidade não é facultada ao devedor principal, que permaneceria submetido à exigência de garantia prévia para apresentar seus embargos.

Entendemos que o problema pode ser resolvido ao buscarmos a razão do incidente.

Como mencionamos, o responsável “patrimonial” citado não é parte legítima para discutir o débito documentado na Certidão da Dívida Ativa, pois não tem qualquer relação com o credor. Caso tivesse vinculação jurídica com credor tributário, seria devedor ou responsável tributário, e não estaríamos com a presente discussão.

A discussão travada no âmbito do incidente deve se restringir aos requisitos do artigo 50 do Código Civil, devido à necessidade de aplicação do

37 BRASIL. Recurso Especial nº 1.272.827/PE. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Pesquisa de Jurisprudência. Acórdãos. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 2013. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23329943/recurso-especial-resp-1272827-pe-2011-0196231-6-stj/inteiro-teor-23329944>. Acesso em: 11 abr. 2022.

artigo 18 do CPC, segundo o qual “ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico”.

Esse é o posicionamento de Araken de Assis ao afirmar que “a defesa assegurada ao suscitado, no prazo do artigo 135, respeita à questão da desconsideração”³⁸. No mesmo sentido, menciona o professor Paulo Cesar Conrado:

Como, para a produção desse resultado, necessária a abertura, em favor do terceiro, de regular contraditório [*não para discutir o crédito, visto que ele não é (e nem será) parte na lide executiva, mas sim para discutir a qualidade (de “responsável”, via desconsideração) que lhe é atribuída*], ter-se-ia, ao final do incidente, um ato decisório cujo “mérito” corresponde à peculiar questão da desconsideração (por formação do grupo econômico irregular, por exemplo), o que transitará em julgado, tal como preordenam os arts. 502 e 503 do vigente Código.³⁹

Concordamos com José dos Santos Bedaque, ao comentar sobre o sujeito passivo do Incidente de Desconsideração, quando afirma que “o titular do patrimônio cuja sujeição aos atos executivos é pleiteada não integra a relação processual e nem teria legitimidade para tanto, visto não participar do contexto jurídico-material com fundamento em que a tutela foi pleiteada”⁴⁰.

Discordamos do posicionamento que defende o amplo contraditório com fundamento na concentração da defesa (artigo 336 do CPC)⁴¹. Permitir a oportunidade de defesa irrestrita ao terceiro chamado no incidente, com possibilidade de questionamento inclusive da obrigação tributária documentada em Certidão da Dívida Ativa, confrontaria diretamente o artigo 18 do CPC e o artigo 16, § 3º, da Lei de Execução Fiscal.

Caso se entenda pela possibilidade de defesa irrestrita, o que não concordamos, propomos, para fins de “compatibilização e

38 ASSIS, op. cit., p. 298.

39 CONRADO, op. cit., p. 68. Grifo nosso.

40 BEDAQUE, José dos Santos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 112.

41 Art. 336. Incumbe ao réu alegar, na contestação, toda a matéria de defesa, expondo as razões de fato e de direito com que impugna o pedido do autor e especificando as provas que pretende produzir.

complementariedade”, que apenas após sua formal inclusão no feito, com a procedência do pedido de desconconsideração e eventual garantia do juízo, seja possível pensar em ampla argumentação e eventual discussão da obrigação presente no título, por meio dos embargos à execução. Esse entendimento seria no mínimo “isonômico” com o devedor principal que continua sujeito à regra da “prévia garantia” para discutir o débito da Certidão da Dívida Ativa.

Por fim, temos que enfrentar o problema do efeito suspensivo, que reputamos de mais simples solução.

O artigo 134, § 3º, do Código de Processo Civil, prevê que a instauração do incidente promoverá a “suspensão do processo”⁴². Em princípio, o dispositivo faz sentido, principalmente se estivermos diante de iminente possibilidade de prática de atos de constrição patrimonial. Sem a suspensão, seria permitida a penhora de bens do apontado como responsável antes da definição da lide por decisão judicial.

Quando a norma do artigo 50 do Código Civil menciona que a desconconsideração depende de decisão judicial, essa exigência não foi ali colocada por acaso. Claro que pressupõe decisão judicial “prévia” à prática de atos de penhora.

Contudo a interpretação do artigo 134, §3º, do CPC “deve” ser restritiva, principalmente se o incidente for instaurado no âmbito de uma execução fiscal.

A execução fiscal deve ter o prosseguimento normal em relação ao devedor apontado no título.

O terceiro chamado pela via da desconconsideração tem todo o interesse no prosseguimento da execução fiscal. Na realidade, a suspensão da execução fiscal em face do devedor principal seria prejudicial ao citado no incidente de desconconsideração. Importante lembrar que ele não é o “devedor” e, caso o débito seja pago pelo executado principal, a obrigação estará extinta e ele estará livre de qualquer risco de constrição patrimonial.

A suspensão integral da execução representaria verdadeira moratória não prevista em lei. O executado principal, que tem uma dívida

42 § 3º A instauração do incidente suspenderá o processo, salvo na hipótese do § 2º.

com presunção de legitimidade, seria beneficiado sem fundamento pela instauração do incidente.

Os embargos à execução no próprio Código de Processo Civil, sem os requisitos da tutela provisória (art. 919, § 1º, do CPC)⁴³, não tem o condão de suspender a execução. Esse entendimento foi recentemente confirmado pelo STJ⁴⁴.

Permitir a suspensão automática em razão do incidente parece um contrassenso com o próprio sistema do CPC. Logo, o dispositivo, no âmbito da execução fiscal, deveria permitir somente a suspensão da prática de atos executivos em face do terceiro citado a responder pela desconsideração.

Uma observação é importante, pois pode ser fonte de polêmica. Caso demonstrado o risco de ineficácia da medida, como a possibilidade de dilapidação patrimonial, nada impediria ao Fisco postular a tutela de urgência cautelar no próprio Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica, se preenchidos os requisitos do artigo 300 do Código de Processo Civil⁴⁵, como bem pontua Leonardo Carneiro da Cunha:

É possível que ao juiz, no incidente de desconsideração da personalidade jurídica, conceda tutela provisória, seja de urgência, seja de evidência, desde que presentes seus pressupostos, para já determinar, por exemplo, o bloqueio de ativos do terceiro ou para tornar indisponível algum bem dele, a fim de garantir futura penhora, na eventualidade de vir a ser acolhido o incidente e reconhecida sua responsabilidade.⁴⁶

Feitas essas considerações, cremos que é possível vislumbrar um norte na busca de uma harmonia sistêmica, principalmente quando esta tem o escopo de prestigiar valores constitucionalmente relevantes.

43 § 1º O juiz poderá, a requerimento do embargante, atribuir efeito suspensivo aos embargos quando verificados os requisitos para a concessão da tutela provisória e desde que a execução já esteja garantida por penhora, depósito ou caução suficientes.

44 BRASIL. **Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.815.546/AM**. Relator: Ministro Og Fernandes. Pesquisa de Jurisprudência. Acórdãos. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 2019. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/859845213/agravo-interno-no-recurso-especial-agint-no-resp-1815546-am-2019-0144548-7/inteiro-teor-859845223>. Acesso em: 11 abr. 2022.

45 Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

46 CUNHA, Leonardo Carneiro. **A Fazenda Pública em Juízo**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 426.

6. CONCLUSÃO

A autonomia patrimonial da pessoa jurídica não pode jamais ser banalizada, pois representa instrumento fundamental de desenvolvimento social, como confirma a nova Lei de Liberdade Econômica.

O sistema tributário disciplina um entrechoque de interesses que devem ser necessariamente sopesados: os direitos não absolutos.

Superar os empecilhos apontados pelo Superior Tribunal de Justiça para aplicação do Incidente de Desconsideração nas Execuções Fiscais é trabalho essencial.

Essa foi a razão de propormos a harmonia e complementariedade, e não a exclusão absoluta do novo Código de Processo Civil, mesmo que, para isso, sejam afastadas regras expressas do novo incidente.

Somente assim será possível o devido equilíbrio entre o interesse público e os princípios constitucionais do contribuinte, sem inviabilizarmos o uso desse importante instrumento introduzido pelo legislador do novo diploma processual.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Araken. **Manual de execução**. 20. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

BEDAQUE, José dos Santos. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2019.

BRASIL. **Agravo em Recurso Especial nº 1.427.619/RJ**. Relator: Ministro Og. Fernandes. Pesquisa de Jurisprudência. Acórdãos. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 22 de outubro de 2020. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1238810074/agravo-interno-no-agravo-em-recurso-especial-agint-no-aresp-1427619-rj-2019-0006521-6/inteiro-teor-1238810084>. Acesso em: 11 abr. 2022.

BRASIL. **Agravo Interno em Recurso Especial nº 948.560/SC**. Relatora: Ministra Assusete Magalhães. Pesquisa de Jurisprudência. Acórdãos. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 08 de agosto de 2017. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201601789641&dt_publicacao=17/08/2017. Acesso em: 27 maio 2022.

BRASIL. Agravo Interno em Recurso Especial nº 1.672.689/SP. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Pesquisa de Jurisprudência. Acórdãos. Brasília DF: Superior Tribunal de Justiça, 2020. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/860261274/agravo-em-recurso-especial-aresp-1672689-sp-2020-0048846-1>. Acesso em: 11 abr. 2022.

BRASIL. Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.759.512/RS. Relator: Ministro Francisco Falcão. Pesquisa de Jurisprudência. Acórdãos. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 2019. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/859672576/agravo-interno-no-recurso-especial-agint-no-resp-1759512-rs-2018-0193804-1/inteiro-teor-859672586?ref=juris-tabs>. Acesso em: 11 abr. 2022.

BRASIL. Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.815.546/AM. Relator: Ministro Og Fernandes. Pesquisa de Jurisprudência. Acórdãos. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 2019. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/859845213/agravo-interno-no-recurso-especial-agint-no-resp-1815546-am-2019-0144548-7/inteiro-teor-859845223>. Acesso em: 11 abr. 2022.

BRASIL. Recurso Especial nº 1.272.827/PE. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Pesquisa de Jurisprudência. Acórdãos. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 2013. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23329943/recurso-especial-resp-1272827-pe-2011-0196231-6-stj/inteiro-teor-23329944>. Acesso em: 11 abr. 2022.

BRASIL. Recurso Especial nº 1.431.155/SP. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Pesquisa de Jurisprudência. Acórdãos. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 2014. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25104572/recurso-especial-resp-1431155-pb-2014-0013195-3-stj/inteiro-teor-25104573>. Acesso em: 11 abr. 2022.

BRASIL. Recurso Especial nº 1.775.269/PR/AM. Relator: Ministro Gurgel de Faria. Pesquisa de Jurisprudência. Acórdãos. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 2019. Disponível em: <https://trf-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1173370818/agravo-de-instrumento-ai-50132092820204030000-sp/inteiro-teor-1173370831>. Acesso em: 11 abr. 2022.

BRASIL. Recurso Especial nº 1.804913/RJ. Relatora: Ministra Regina Helena Costa. Pesquisa de Jurisprudência. Acórdãos. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 2020. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/878185176/recurso-especial-resp-1804913-rj-2018-0227282-6>. Acesso em: 27 maio 2022.

- BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de Processo Civil**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, v. 1.
- CAMARA, Alexandre Freitas. **O novo Processo Civil Brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Atlas: 2017.
- COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial Direito de Empresa**. 22. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, v. II.
- CONRADO, Paulo Cesar. **Execução Fiscal**. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2020.
- CUNHA, Leonardo Carneiro. **A Fazenda Pública em Juízo**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2019, v. IV.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: teoria geral do Direito Civil**. 37. ed. São Paulo: Saraiva. 2020, v. I.
- GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Desconsideração da personalidade societária no Direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.
- MARINS, James. **Direito Processual Tributário brasileiro**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.
- PACHECO, José da Silva. **Comentários a Lei de Execução Fiscal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
- REQUIÃO, Rubens. **Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica**. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 58, n. 410, p. 1-13, dez. 1969.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. **O novo Direito Societário: eficácia e sustentabilidade**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.
- SEGUNDO, Hugo de Brito Machado. **Processo Tributário**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- THEODORO JUNIOR, Humberto. **Lei de Execução Fiscal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva. 2016.
- WAMBIER, Luzi Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de Processo Civil**. 19. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

A (IM)PRESCINDIBILIDADE DO INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NAS AÇÕES DE EXECUÇÃO FISCAL PARA A RESPONSABILIZAÇÃO TRIBUTÁRIA E PATRIMONIAL DE ORGANIZAÇÕES EMPRESARIAIS ILÍCITAS À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Alcione Benedita de Lima¹

SUMÁRIO: 1 – Introdução; 2 – A jurisprudência atual do Superior Tribunal de Justiça sobre a (im)prescindibilidade do IDPJ para a

¹ Procuradora do Estado. Graduada em Direito pela Universidade de São Paulo. Especialista em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). Mestranda do Mestrado Profissional em Direito Tributário da Fundação Getúlio Vargas – FGV Direito/SP.

responsabilização tributária e patrimonial de “grupos econômicos de fato”; 3 – Responsabilidade tributária e o art. 124, inciso I, do CTN; 4 – Conclusão. Referências.

RESUMO: Este trabalho, partindo da análise da jurisprudência atual do Superior Tribunal de Justiça a respeito da (im)prescindibilidade da instauração do Incidente da Desconsideração da Personalidade Jurídica (IDPJ) para a responsabilização tributária e patrimonial de empresas integrantes de grupo econômico, trata da necessidade (ou não) do IDPJ para alcançar patrimonialmente pessoas jurídicas de um suposto grupo societário, faticamente criadas ou unidas para prática de evasão comissiva, inviabilizando a recuperação do crédito tributário. Após revisar o conceito de responsabilidade tributária e passar pela regra contida no art. 124, inc. I, do Código Tributário Nacional (CTN), discorre em que medida o(s) entendimento(s) da Corte Superior pode(m) ser utilizado(s) para as específicas hipóteses tratadas neste artigo.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade tributária e patrimonial de “grupos econômicos de fato”. Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica. Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça. Divergências. Organizações Empresariais Ilícitas. Evasão Comissiva. Responsabilidade Tributária. Redirecionamento Direto.

1. INTRODUÇÃO

Este artigo tem por objeto a análise da aplicabilidade – ou não – do Incidente da Desconsideração da Personalidade Jurídica (IDPJ), expressa e inovadoramente previsto no Código de Processo Civil (CPC) de 2015, em seu artigo 133 e seguintes, aos processos de execução fiscal em que o Fisco busca a responsabilização tributária e patrimonial de empresas integrantes de um suposto grupo societário, faticamente criadas ou unidas para, por meio de artifícios fraudulentos, atos ou negócios jurídicos simulados ou interposição de variadas pessoas em conluio, inviabilizar a recuperação do crédito tributário². Ou seja, hipóteses nas

2 BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília, DF, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 18 abr. 2022.

quais o credor público pretende a responsabilização de terceiros que participaram de evasão comissiva, vale dizer, da “utilização – simultânea ou posteriormente à ocorrência do fato gerador – de expedientes ilícitos voltados a evitar, reduzir ou retardar o pagamento do tributo”³.

Ressalta-se, desde logo, que não se está aqui a defender a responsabilização de pessoas jurídicas pelo fato de integrarem um grupo econômico, já que lícita é a reunião, seja de direito, conforme regulada pelos artigos 265 a 278 da Lei nº 6.404/1976⁴, ou de fato, tal qual prevista pela legislação trabalhista, por meio do Decreto-Lei nº 5.452/1943⁵, ou tributária, com supedâneo na Instrução Normativa (IN) da Receita Federal Brasileira (RFB) nº 971/2009⁶, de empresas em conglomerados visando a real coordenação das respectivas atuações, reduzindo os riscos e maximizando a produtividade e os lucros empresariais, desde que devidamente respeitada a autonomia jurídica e patrimonial de cada qual.

-
- 3 CONRADO, Paulo Cesar. “Grupo Econômico Irregular”, Simulação Empresarial e Solidariedade por Ilicitude. *In*: SILVA, Thiago Moreira da. (coord.). **Créditos tributários e grupos econômicos de fato**: abordagens multidimensionais. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2020, p. 264.
- 4 A respeito das características do grupo de sociedade, assim prevê o *caput* do art. 265 da LSA: “A sociedade controladora e suas controladas podem constituir, nos termos deste Capítulo, grupo de sociedades, mediante convenção pela qual se obriguem a combinar recursos ou esforços para a realização dos respectivos objetos, ou a participar de atividades ou empreendimentos comuns”. (BRASIL. Lei nº 6.404/1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Brasília, DF, 1976. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm. Acesso em: 18 abr. 2022.)
- 5 Os parágrafos 2º e 3º do art. 2º do Decreto-Lei nº 5.452/1943, com a redação conferida pela Lei nº 13.467/2017, assim prescrevem, respectivamente: “Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, ou ainda quando, mesmo guardando cada uma sua autonomia, integrem grupo econômico, serão responsáveis solidariamente pelas obrigações decorrentes da relação de emprego” e “Não caracteriza grupo econômico a mera identidade de sócios, sendo necessárias, para a configuração do grupo, a demonstração do interesse integrado, a efetiva comunhão de interesses e a atuação conjunta das empresas dele integrantes”. (BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452/1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Brasília, DF, 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 18 abr. 2022.)
- 6 Essa Instrução Normativa, que dispõe sobre normas gerais de tributação previdenciária e de arrecadação das contribuições sociais destinadas à Previdência Social e as destinadas a outras entidades ou fundos, administradas pela Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB), estabelece em seu artigo 494 que: “Caracteriza-se grupo econômico quando 2 (duas) ou mais empresas estiverem sob a direção, o controle ou a administração de uma delas, compondo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica”. (BRASIL. Instrução Normativa Receita Federal do Brasil nº 971/2009. Brasília, DF, 2009. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=15937>. Acesso em: 18 abr. 2022.)

E isso porque a nota característica dessas duas espécies de grupos empresariais econômicos é a efetiva manutenção da autonomia jurídica e patrimonial de cada uma das empresas deles integrantes, a despeito da atuação conjunta e coordenada das distintas pessoas jurídicas. A respeito do tema, os ensinamentos de Maria Rita Ferragut⁷, para quem as sociedades empresariais que integram o grupo (de fato ou de direito), “ainda que componham uma unidade empresarial, com objetivos e metas comuns, mantêm íntegras suas personalidades jurídicas, com patrimônios individualizados”. Destarte, inexistente no mundo dos fatos essa autonomia, não se está, a rigor, diante de um grupo econômico de fato ou de direito propriamente dito por lhe faltar requisito essencial. Daí a remissão ao adjetivo “suposto” no parágrafo inicial.

O foco deste artigo, ao revés, é a responsabilização de pessoas formalmente jurídicas que são criadas e/ou se unem com o fito de causar prejuízos ao credor público, valendo-se de uma fictícia autonomia jurídica e patrimonial para, por exemplo, blindar o patrimônio auferido com a consecução das atividades empresariais e à custa da inadimplência fiscal. Discorre-se, pois, sobre organização empresarial operacionalizada com o emprego de diversos artifícios, como, entre outros, dissimulação de atos e negócios, utilização de interpostas pessoas, simulação de operações, blindagem patrimonial, utilização de empresas sem atividade econômica de fato para absorver eventuais responsabilizações. Nesse caso, se existe atuação conjunta e coordenada entre pessoas jurídicas ainda que meramente formais, é para o cometimento de atos ilícitos, e não propriamente para a consecução de atividades empresariais lícitas mediante esforço comum.

Nesse diapasão, opta-se, aqui, por referenciar a “organização empresarial ilícita”, cuja atuação em relação ao Fisco transcende o mero inadimplemento de tributo, e não grupo econômico de fato ou mesmo de direito, especialmente porque as empresas que fazem parte daquela sob o aspecto meramente formal não apresentam, *in concreto*, a autonomia que as pessoas jurídicas de dado grupo necessariamente devem manter.

7 FERRAGUT, Maria Rita. Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica e os Grupos Econômicos. *In*: CONRADO, Paulo Cesar; ARAÚJO, Juliana Furtado Costa (coord.). *O Novo CPC e seu impacto no direito tributário*. São Paulo: Fiscosoft, 2015, p. 15-16.

Essas circunstâncias ganham relevo na inadimplência enfrentada pelos Estados em relação ao Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS), que, como tributo indireto que é, ou tem seu valor custeado não pelo contribuinte de direito, integrante do polo passivo da relação jurídico-tributária, mas pelo contribuinte de fato – o consumidor final –, aumentando a margem de lucro do sujeito passivo, ou, não sendo transferido para o contribuinte de fato o custo correspondente ao tributo que deveria ser recolhido aos cofres públicos, possibilita a venda de mercadorias pelo contribuinte de direito em valor artificialmente inferior àquele praticado no mercado pelos concorrentes que ordinariamente cumprem suas obrigações tributárias. Nesse caso, a sociedade é duplamente prejudicada, tanto pelo impacto negativo na adoção ou implementação de políticas públicas advinda desse tipo de inadimplência qualificada quanto sob o aspecto concorrencial, dada a afronta à ordem econômica, em evidente prejuízo à coletividade.

Não menos relevante para o fim deste trabalho é o fato de o ICMS ser tributo passível de constituição pela mera entrega de sua declaração pelo contribuinte, nos exatos termos da Súmula nº 436 do Superior Tribunal de Justiça (STJ)⁸, dispensando, em regra, a instauração de processo administrativo para sua apuração e, por conseguinte, para a subsequente inscrição do respectivo débito em Dívida Ativa tão logo exaurido o prazo legal para o pagamento espontâneo, propiciando, a partir daí, o ajuizamento da execução fiscal contra o devedor originário “eleito” pelo próprio arranjo econômico.

Digna de nota é, outrossim, que, no caso de devedores contumazes de ICMS, os quais, ainda que venham a declarar tempestivamente seus débitos, adotam como meio estrutural de expansão de seus negócios a inadimplência fiscal substancial, consciente e reiterada, mostra-se até mesmo intuitiva e esperada a adoção de mecanismos espúrios para inviabilizar a efetiva cobrança dos débitos tributários, em especial pela promoção de blindagem patrimonial, que pode se dar, a título exemplificativo, por meio da confusão patrimonial entre pessoas jurídicas, entre pessoas jurídicas e pessoas físicas – sócios administradores ou não, ou mesmo

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

terceiros, que podem ou não ter vínculos (familiares, por exemplo) com aqueles, e até mesmo os chamados “laranjas”. Afinal, se toda a estrutura societária foi constituída ou é mantida de forma a permitir que se furte, sistematicamente, ao recolhimento do tributo, tal intento, para ser completamente exitoso, evidentemente não pode negligenciar a etapa da cobrança judicial do crédito tributário, via processo de execução fiscal, sede adequada para a expropriação de bens do devedor com o fim de satisfazer o crédito tributário.

A propósito, ainda sobre os devedores ditos contumazes, nunca é demais lembrar que, suplantando a esfera tributária, eles praticam ilícito penal, consoante a tese firmada pelo Supremo Tribunal Federal (STF), quando do julgamento do Recurso Habeas Corpus nº 163.334, sob o regime da repercussão geral, assim redigida: “O contribuinte que, de forma contumaz e com dolo de apropriação, deixa de recolher o ICMS cobrado do adquirente da mercadoria ou serviço incide no tipo penal do artigo 2º, II, da Lei nº 8.137/1990”.

Tal circunstância denota, a um só tempo, a gravidade social das condutas em comento e a ineficácia das demais searas do Direito para o combate desse comportamento lesivo, legitimando a atuação estatal em sua *ultima ratio* por meio da persecução penal.

Nesse diapasão, ainda que seja necessário recorrer ao *jus puniendi* estatal para reprimir e prevenir esse tipo de comportamento, dada sua lesividade social, em casos tais, o exercício da função arrecadatória da tributação⁹ somente será concretizado se efetivamente satisfeita a correspondente dívida por meio da constrição de patrimônio de titularidade dos terceiros que concorreram para o estado de inadimplência fiscal. Tal circunstância denota a importância de o Estado dispor de meios céleres e eficazes que lhe permitam, observado o devido processo legal, cumprir adequadamente os fins que justificam a tributação em um Estado democrático de direitos, dentre eles a consecução de políticas públicas voltadas a conferir concretude aos ditames constitucionais, em especial à construção de uma “sociedade livre, justa e solidária”,

⁹ Sobre as três funções da tributação, quais sejam, arrecadatória, redistributiva e regulatória, cf. AVI-YONAH, Reuven S. Three goals of taxation. *NYU Tax Law Review*, New York, v. 60, pp. 1-28, [2006-2007].

alçada que foi pelo constituinte de 1988 a objetivo fundamental da República Federativa do Brasil¹⁰.

Feitos esses esclarecimentos com o intuito de identificar, ainda que em linhas gerais, o complexo contexto fático-jurídico em que se insere o tema deste trabalho, avança-se para se debruçar sobre a jurisprudência do STJ, Corte constitucionalmente incumbida de pacificar a interpretação e a aplicação da legislação federal em âmbito nacional¹¹, que trata da prescindibilidade (ou não) do IDPJ para a responsabilização tributária e patrimonial de pessoas jurídicas integrantes de grupo econômico e, assim, definir em que medida esse(s) entendimento(s) pode(m) ser utilizado(s) para as específicas hipóteses tratadas neste artigo.

2. A JURISPRUDÊNCIA ATUAL DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA SOBRE A (IM)PRESCINDIBILIDADE DO IDPJ PARA A RESPONSABILIZAÇÃO TRIBUTÁRIA E PATRIMONIAL DE "GRUPOS ECONÔMICOS DE FATO"¹²

Atualmente, a Primeira e a Segunda Turma do STJ têm entendimentos parcialmente divergentes a respeito da necessidade de instauração do IDPJ para apurar a responsabilidade tributária de empresas integrantes de arranjos econômicos.

A pacificação dessa divergência configura questão deveras significativa no âmbito de inúmeros processos de execução fiscal atualmente em trâmite perante o Poder Judiciário, que tem por objeto a persecução de crédito atinente a ICMS, já que, não raro, a empresa inicialmente executada participa de uma conformação empresarial mais ampla (e abusiva, frisa-se), que abarca inúmeras outras pessoas jurídicas formal e estruturalmente criadas e/ou unidas com o único objetivo de limitar a

10 Art. 3º, I, da Constituição da República Federativa do Brasil.

11 CRFB, Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: [...] III – julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência; b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004); c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

12 Apesar da ressalva inicial, adota-se aqui a expressão “grupos econômicos de fato”, já que é comumente utilizada pela Corte Superior nos casos em análise.

responsabilidade pelo pagamento dos tributos à(s) empresa(s) que de nenhum – ou quase nenhum – patrimônio dispõe(m) para fazer(em) frente a seu passivo tributário, que, na maioria dos casos, senão em todos, atinge a cifra dos milhões de reais.

Embora a discussão judicial mencionada seja aparentemente processual, trata-se de discordância afeta, em verdade, a direito material, pois, consoante se verá adiante, está diretamente relacionada à norma de atribuição de responsabilidade tributária ensejadora da ampliação do polo passivo dos processos de execução fiscal.

Nesse diapasão, nas linhas a seguir, será explicitada a mencionada divergência e, na sequência, traçado um panorama sobre a responsabilidade tributária à luz da dogmática e da jurisprudência do STJ, de modo que este artigo possa contribuir para a reflexão acerca da necessária superação da discrepância, em prestígio à segurança jurídica, princípio basilar de Direito de especial destaque na seara das relações jurídico-tributárias, dada a compulsoriedade ínsita ao tributo.

Para a exata compreensão da discussão ora posta, é imprescindível pontuar, além do substrato fático subjacente, as razões de decidir adotadas em arestos daquela Corte Superior que externaram conclusões díspares acerca da instauração de IDPJ para que o patrimônio de pessoas jurídicas diversas daquela originalmente executada – mas que com esta formam um conglomerado econômico fático – seja alcançado para responder pelas dívidas tributárias então em execução. É o que se passa a realizar a partir do substrato fático-jurídico extraído dos acórdãos prolatados quando do julgamento do AgInt no REsp 1759512/RS e do REsp 1786311/PR, pela Segunda Turma do STJ, e do AREsp 1173201/SC e do REsp 1775269/PR, ambos julgados pela Primeira Turma daquela Corte federal.

Esclarece-se desde logo que, em todos esses reclamos, o acesso viabilizador da instância superior se pautou na suposta violação ao art. 133 do Código de Processo Civil¹³ pelas Cortes ordinárias, sob o argumento

13 Art. 133. O incidente de descon sideração da personalidade jurídica será instaurado a pedido da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo. § 1º O pedido de descon sideração da personalidade jurídica observará os pressupostos previstos em lei. § 2º Aplica-se o disposto neste Capítulo à hipótese de descon sideração inversa da personalidade jurídica.

da necessária instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica para o redirecionamento do feito executivo.

Consoante se depreende da leitura do voto do exmo. ministro Francisco Falcão, exarado quando do julgamento, em 9 de maio de 2019, do Recurso Especial autuado sob o n° 1.786.311/PR¹⁴, o Tribunal local reconheceu a configuração de sucessão empresarial, embora informal, por meio da constituição de “grupo econômico de fato” integrado por empresas que, a par de promoverem confusão patrimonial, eram atuantes no mesmo ramo de atividade e possuíam, entre outros, identidade de quadro societário e sede social. Por tais razões, o processo executivo foi redirecionado para pessoas jurídicas outras, com esteio no art. 133 do Código Tributário Nacional¹⁵. De plano, a Segunda Turma do STJ

14 REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL. SUCESSÃO DE EMPRESAS. GRUPO ECONÔMICO DE FATO. CONFUSÃO PATRIMONIAL. INSTAURAÇÃO DE INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. DESNECESSIDADE. VIOLAÇÃO DO ART. 1.022, DO CPC/2015. INEXISTÊNCIA. [...] II – Na origem, foi interposto agravo de instrumento contra decisão que, em via de execução fiscal, deferiu a inclusão da ora recorrente no polo passivo do feito executivo, em razão da configuração de sucessão empresarial por aquisição do fundo de comércio da empresa sucedida. III – Verificado, com base no conteúdo probatório dos autos, a existência de grupo econômico e confusão patrimonial, apresenta-se inviável o reexame de tais elementos no âmbito do recurso especial, atraindo o óbice da Súmula n. 7/STJ. IV – A previsão constante no art. 134, caput, do CPC/2015, sobre o cabimento do incidente de desconsideração da personalidade jurídica, na execução fundada em título executivo extrajudicial, não implica a incidência do incidente na execução fiscal regida pela Lei n° 6.830/1980, verificando-se verdadeira incompatibilidade entre o regime geral do Código de Processo Civil e a Lei de Execuções, que diversamente da Lei geral, não comporta a apresentação de defesa sem prévia garantia do juízo, nem a automática suspensão do processo, conforme a previsão do art. 134, § 3º, do CPC/2015. Na execução fiscal, “a aplicação do CPC é subsidiária, ou seja, fica reservada para as situações em que as referidas leis são silentes e no que com elas compatível” (REsp n° 1.431.155/PB, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 27/5/2014). V – Evidenciadas as situações previstas nos arts. 124, 133 e 135, todos do CTN, não se apresenta impositiva a instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica, podendo o julgador determinar diretamente o redirecionamento da execução fiscal para responsabilizar a sociedade na sucessão empresarial. Seria contraditório afastar a instauração do incidente para atingir os sócios-administradores (art. 135, III, do CTN), mas exige-la para mirar pessoas jurídicas que constituem grupos econômicos para blindar o patrimônio em comum, sendo que nas duas hipóteses há responsabilidade por atuação irregular, em descumprimento das obrigações tributárias, não havendo que se falar em desconsideração da personalidade jurídica, mas sim de imputação de responsabilidade tributária pessoal e direta pelo ilícito. VI – Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, improvido. (REsp 1786311/PR, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/05/2019, DJe 14/05/2019).

15 Art. 133. A pessoa natural ou jurídica de direito privado que adquirir de outra, por qualquer título, fundo de comércio ou estabelecimento comercial, industrial ou profissional,

consignou inexistir fundamento jurídico para a obrigatoriedade da instauração do IDPJ, apontando que:

- 1) o CPC tem aplicação apenas subsidiária às execuções fiscais, reservada às situações em que a LEF for silente ou com aquele for compatível;
- 2) por força do princípio da especialidade, a regra geral do CPC de cabimento do IDPJ não implica sua incidência automática em execução de título extrajudicial, como aquela regulada pela LEF;
- 3) o CPC foi expresso quando pretendeu a aplicação do IDPJ a um microsistema, como o do Juizados Especiais, o que não ocorreu em relação ao sistema especial que envolve o regime jurídico da execução fiscal.

Aprofundando o exame da questão jurídica material subjacente, e consignando ser assente naquela Corte a desnecessidade de instauração do aludido incidente para o redirecionamento do processo de execução fiscal aos sócios administradores, reputou irrelevante a distinção entre a responsabilidade tributária por substituição (no caso, a dos sócios administradores) e a responsabilidade por sucessão (entre empresas) para dirimir a matéria submetida à apreciação jurisdicional.

E isso porque, da mesma forma que a imputação de responsabilidade por atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos por parte dos sócios administradores independe da personalidade jurídica da empresa, não há, a rigor, individualidade patrimonial, financeira e gerencial da pessoa jurídica diante da continuidade da exploração da atividade empresarial por outra mediante práticas comuns ou conjuntas do fato gerador ou confusão patrimonial. Para essa Turma seria, pois, contraditório afastar a instauração do incidente para executar os sócios administradores, mas exigí-la para atingir pessoas jurídicas que constituem grupos econômicos com o fim de esvaziamento

e continuar a respectiva exploração, sob a mesma ou outra razão social ou sob firma ou nome individual, responde pelos tributos, relativos ao fundo ou estabelecimento adquirido, devidos até à data do ato: I – integralmente, se o alienante cessar a exploração do comércio, indústria ou atividade; II – subsidiariamente com o alienante, se este prosseguir na exploração ou iniciar dentro de seis meses a contar da data da alienação, nova atividade no mesmo ou em outro ramo de comércio, indústria ou profissão.

patrimonial, sobretudo porque, em ambas as hipóteses, há responsabilidade por atuação irregular, mediante o descumprimento das obrigações tributárias. Nessas circunstâncias, não haveria de se cogitar de desconsideração da personalidade jurídica, mas, sim, de imputação de responsabilidade tributária pessoal e direta pelo ilícito.

Sob o aspecto da praticabilidade, concluiu aquela Colenda Turma que exigir o IDPJ dificultaria a persecução de bens do devedor e facilitaria a dilapidação patrimonial, além de transferir à Fazenda Pública o ônus desproporcional de ajuizar medidas cautelares fiscais e tutelas provisórias de urgência para evitar os prejuízos decorrentes do risco que se colocaria à satisfação do crédito.

Desse modo, decidiram os Ministros pela possibilidade de direto redirecionamento da execução fiscal para responsabilizar as demais sociedades – ou seja, independentemente da instauração do IDPJ – se evidenciadas as situações previstas nos artigos 124, 133 e 135 do CTN, os quais tratam, respectivamente: i) da solidariedade entre as pessoas com interesse comum na situação que constitui o fato gerador ou entre aquelas expressamente designadas pela lei; ii) da sucessão empresarial pela aquisição de fundo de comércio ou estabelecimento comercial; e iii) da responsabilidade pessoal de terceiros – pessoas físicas – pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos.

Já o Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.759.512/RS¹⁶, igualmente de relatoria do ministro Francisco Falcão, julgado em 15 de

16 PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. ALEGAÇÃO DE AOS ARTS. 133 E SEQUINTE DO CPC/2015. ACÓRDÃO RECORRIDO ESTÁ EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTE SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DO ART. 151, VI, DO CTN. DEFICIÊNCIA RECURSAL. INCIDÊNCIA DOS ENUNCIADOS N. 283 E 284 DA SÚMULA DO STF. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ART. 1º DO DECRETO-LEI N. 1.025/1969. AUSÊNCIA DE COTEJO ANALÍTICO. I – Na origem, trata-se de embargos à execução fiscal opostos em decorrência de redirecionamento determinado com fundamento nos arts. 124, I, 128 e 135, III, do CTN c/c arts. 50 e 187 do CC. Na sentença, os embargos foram julgados improcedentes. No Tribunal a quo, a sentença foi mantida. II – Sobre a apontada ofensa aos arts. 133 e seguintes do CPC/2015, o recurso não comporta provimento. III – O acórdão recorrido está em consonância com a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, que tem pacificado o entendimento no sentido de que há verdadeira incompatibilidade entre a instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica e o regime jurídico da execução fiscal, considerando que deve ser afastada a aplicação da lei geral, – Código de Processo Civil –, considerando que o regime

outubro de 2019, foi tirado de feito executivo fiscal redirecionado a pessoas físicas e jurídicas com fundamento nos artigos 124, inc. I, 128 e 135, inc. III, do Código Tributário Nacional¹⁷, combinados com os artigos 50 e 187 do Código Civil¹⁸. A Segunda Turma do STJ manteve o acórdão recorrido, já que consonante com a jurisprudência daquela Corte, firmada no sentido de reconhecer verdadeira incompatibilidade entre a instauração do IDPJ e o regime jurídico da execução fiscal. Assim como no julgamento precedentemente apontado, entendeu aquela Douta Turma que, em casos tais, deve ser afastada a aplicação da lei geral – CPC – na medida em que o regime jurídico da lei especial – LEF – não comporta a apresentação de defesa sem a prévia garantia do crédito tributário, a teor do art. 16, § 1º, da LEF¹⁹, tampouco a automática suspensão do processo decorrente da instauração do mencionado incidente, nos termos do art. 134, § 3º, do CPC²⁰.

jurídico da lei especial, – Lei de Execução Fiscal –, não comporta a apresentação de defesa sem prévia garantia do juízo, nem a automática suspensão do processo, conforme a previsão do art. 134, § 3º, do CPC/2015. A propósito, confira-se: REsp nº 1.786.311/PR, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 9/5/2019, DJe 14/5/2019. [...] IX – Agravo interno improvido. (AgInt no REsp 1759512/RS, Rel. ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 15/10/2019, DJe 18/10/2019).

- 17 Art. 124. São solidariamente obrigadas: I – as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal; [...]
- Art. 128. Sem prejuízo do disposto neste capítulo, a lei pode atribuir de modo expreso a responsabilidade pelo crédito tributário à terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação.
- Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos: [...] III – os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.
- 18 Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica. (Redação original).
- Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.
- 19 Art. 16 [...] § 1º – Não são admissíveis embargos do executado antes de garantida a execução.
- 20 Art. 134. O incidente de descon sideração é cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial. [...] § 2º Dispensa-se a instauração do incidente se a descon sideração da personalidade jurídica for requerida na petição inicial, hipótese em que será citado o sócio ou a pessoa jurídica. § 3º A instauração do incidente suspenderá o processo, salvo na hipótese do § 2º.

Anteriormente aos mencionados julgamentos levados a cabo pela Segunda Turma do STJ, a Primeira Turma daquela Corte, em 21 de fevereiro de 2019, ao julgar o Agravo em Recurso Especial nº 1.173.201/SC²¹, de Relatoria do exmo. ministro Gurgel de Faria, suscitando os artigos 135 e 134, inciso VII, do CTN²² e o artigo 4º, incisos V e VI, da Lei nº 6.830/1980²³, externou entendimento no sentido de que, havendo fundamento legal para a responsabilização tributária do terceiro não originariamente executado ou, constando seu nome da Certidão de Dívida Ativa que lastreia o respectivo feito executivo fiscal, a persecução do crédito tributário pode se voltar contra tal pessoa, independentemente da instauração do incidente em comento.

No entender daquela D. Turma julgadora, à luz do princípio da especialidade, é desnecessária a instauração do IDPJ nas execuções fiscais quando o pedido fazendário se fundar na responsabilidade pessoal, solidária ou subsidiária daquele que se quer incluído no polo passivo, hipóteses em que eventual controvérsia sobre a

21 PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO. GRUPO ECONÔMICO. INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE DA PESSOA JURÍDICA. FUNDAMENTO INVOCADO PARA ATRIBUIÇÃO DA RESPONSABILIDADE E À NATUREZA E À ORIGEM DO DÉBITO COBRADO. EXAME. NECESSIDADE. ACÓRDÃO. CASSAÇÃO. [...] 2. A atribuição, por lei, de responsabilidade tributária pessoal a terceiros, como no caso dos sócios-gerentes, autoriza o pedido de redirecionamento de execução fiscal ajuizada contra a sociedade empresária inadimplente, sendo desnecessário o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica estabelecido pelo art. 134 do CPC/2015. 3. Hipótese em que o TRF da 4ª Região decidiu pela desnecessidade do incidente de desconconsideração, com menção aos arts. 134 e 135 do CTN, inaplicáveis ao caso, e sem aferir a atribuição de responsabilidade pela legislação invocada pela Fazenda Nacional, que requereu a desconconsideração da personalidade da pessoa jurídica para alcançar outra, integrante do mesmo grupo econômico. 4. Necessidade de cassação do acórdão recorrido para que o Tribunal Regional Federal julgue novamente o agravo de instrumento, com atenção aos argumentos invocados pela Fazenda Nacional e à natureza e à origem do débito cobrado. 5. Agravo conhecido. Recurso especial provido. (AREsp 1173201/SC, Rel. ministro Gurgel De Faria, Primeira Turma, julgado em 21/02/2019, DJe 01/03/2019).

22 Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos: [...] III – os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado. Art. 134. Nos casos de impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte, respondem solidariamente com este nos atos em que intervierem ou pelas omissões de que forem responsáveis: [...] VII – os sócios, no caso de liquidação de sociedade de pessoas.

23 Art. 4º – A execução fiscal poderá ser promovida contra: [...] V – o responsável, nos termos da lei, por dívidas, tributárias ou não, de pessoas físicas ou pessoas jurídicas de direito privado; e VI – os sucessores a qualquer título.

responsabilização da pessoa jurídica indicada pela Fazenda será dirimida na via dos embargos do devedor.

No caso em apreço, a Fazenda Nacional havia postulado a responsabilização de pessoa jurídica integrante de grupo econômico de fato com fulcro no art. 124, inciso I, do Código Tributário Nacional²⁴, no art. 2º, § 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho²⁵, e no art. 30, inciso IX, da Lei nº 8.212/1991²⁶. E, como o Tribunal local não se pronunciara a respeito de tais dispositivos, a Corte superior cassou o aresto recorrido, determinando novo julgamento do agravo de instrumento de que tirado o reclamo especial, para a devida análise do pedido de redirecionamento da execução fiscal, “atentando-se para os argumentos invocados pela Fazenda Nacional e para a natureza e a origem do débito cobrado”.

Na mesma sessão, ao julgar o REsp nº 1.775.269/PR²⁷, igualmente sob a relatoria do exmo. ministro Gurgel de Faria, a Primeira Turma

24 Art. 124. São solidariamente obrigadas: I – as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal;

25 Art. 2º [...] § 2º – Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas. (Redação original).

26 Art. 30. A arrecadação e o recolhimento das contribuições ou de outras importâncias devidas à Seguridade Social obedecem às seguintes normas: [...] IX – as empresas que integram grupo econômico de qualquer natureza respondem entre si, solidariamente, pelas obrigações decorrentes desta Lei; (BRASIL. Lei nº 8.212/1991. Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências. Brasília, DF, 1991. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8212cons.htm. Acesso em: 18 abr. 2022.)

27 PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO A PESSOA JURÍDICA. GRUPO ECONÔMICO “DE FATO”. INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. CASO CONCRETO. NECESSIDADE. 1. O incidente de desconSIDERAÇÃO da personalidade jurídica (art. 133 do CPC/2015) não se instaura no processo executivo fiscal nos casos em que a Fazenda exequente pretende alcançar pessoa jurídica distinta daquela contra a qual, originalmente, foi ajuizada a execução, mas cujo nome consta na Certidão de Dívida Ativa, após regular procedimento administrativo, ou, mesmo o nome não estando no título executivo, o fisco demonstre a responsabilidade, na qualidade de terceiro, em consonância com os artigos 134 e 135 do CTN. 2. Às exceções da prévia previsão em lei sobre a responsabilidade de terceiros e do abuso de personalidade jurídica, o só fato de integrar grupo econômico não torna uma pessoa jurídica responsável pelos tributos inadimplidos pelas outras. 3. O redirecionamento de execução fiscal à pessoa jurídica que integra o mesmo grupo econômico da sociedade empresária originalmente executada, mas que não foi identificada no ato de lançamento (nome na CDA) ou que não se enquadra nas hipóteses dos arts. 134 e 135 do CTN depende da comprovação do abuso de personalidade, caracterizado pelo desvio de

daquele Sodalício, escorando-se nos mesmos dispositivos citados no julgado supramencionado, concluiu que:

[...] o redirecionamento de execução fiscal à pessoa jurídica que integra o mesmo grupo econômico da sociedade empresária originalmente executada, mas que não foi identificada no ato de lançamento (nome da CDA) ou que não se enquadra nas hipóteses dos arts. 134 e 135 do CTN depende mesmo da comprovação do abuso de personalidade, caracterizado pelo desvio de finalidade ou confusão patrimonial, tal como consta do art. 50 do Código Civil, daí porque, nessa hipótese, é obrigatória a instauração do incidente de desconsideração da personalidade da pessoa jurídica devedora.

No voto integrante do acórdão em comento, o DD. Relator expressamente consignou que, em seu entender, o art. 124 do Código Tributário Nacional não serviria “à pretensão de redirecionamento, tendo em vista estar relacionado com a impossibilidade de arguição do benefício de ordem na solidariedade dos devedores identificados no ato de constituição do crédito tributário”.

Nas palavras do ministro relator, o “interesse comum” a que alude o inciso I do citado dispositivo, “diz respeito ao interesse jurídico das pessoas na relação jurídico-tributária, que se dá quando os sujeitos, conjuntamente, fazem parte da situação que permite a ocorrência do fato gerador”, e o inciso II, ao mencionar “pessoas expressamente designadas por lei”, reporta-se “à norma que atribui a responsabilidade tributária: a solidariedade se dá no contexto da responsabilidade, sendo esta vinculada, de alguma forma, à situação do fato gerador”. E assim arremata em seu voto:

Não se pode, pois, conjugar essa norma com outras espécies de responsabilidade, como, p.ex., a civil ou trabalhista, para o fim de concluir pela sujeição passiva de pessoa jurídica só porque compõe um grupo

finalidade ou confusão patrimonial, tal como consta do art. 50 do Código Civil, daí porque, nesse caso, é necessária a instauração do incidente de desconsideração da personalidade da pessoa jurídica devedora. 4. Hipótese em que o TRF4, na vigência do CPC/2015, preocupou-se em aferir os elementos que entendeu necessários à caracterização, de fato, do grupo econômico e, entendendo presentes, concluiu pela solidariedade das pessoas jurídicas, fazendo menção à legislação trabalhista e à Lei nº 8.212/1991, dispensando a instauração do incidente, por compreendê-lo incabível nas execuções fiscais, decisão que merece ser cassada. 5. Recurso especial da sociedade empresária provido. (REsp 1775269/PR, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, julgado em 21/02/2019, DJe 01/03/2019).

econômico que engloba a devedora original, mormente diante da autonomia das pessoas jurídicas.

A propósito, julgados mais recentes das duas Turmas da Primeira Seção do STJ denotam que o impasse continua mais do que atual. É o que se depreende da mera leitura dos arestos proferidos por ocasião dos julgamentos dos Agravos Internos no Recurso Especial nº 1.706.614/RS²⁸, pela Primeira Turma, e no Recurso Especial nº 1.866.901/SC²⁹, pela Segunda Turma. E, conforme consulta ao sítio eletrônico do STJ³⁰, aquela Corte vem admitindo embargos de divergência em que se pretende justamente a uniformidade das interpretações jurídicas acerca

28 TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO. GRUPO ECONÔMICO. INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE DA PESSOA JURÍDICA. NECESSIDADE. [...] 2. O redirecionamento de execução fiscal à pessoa jurídica que integra o mesmo grupo econômico da sociedade empresária originalmente executada, mas que não foi identificada no ato de lançamento (nome na CDA) ou que não se enquadra nas hipóteses dos arts. 134 e 135 do CTN depende da comprovação do abuso de personalidade, caracterizado pelo desvio de finalidade ou confusão patrimonial, tal como consta do art. 50 do Código Civil, daí por que, nesse caso, é necessária a instauração do incidente de desconconsideração da personalidade da pessoa jurídica devedora. Precedentes da Primeira Turma do STJ. 3. Hipótese em que o Tribunal de origem, em desconformidade com a orientação jurisprudencial deste Superior Tribunal de Justiça, manteve o redirecionamento da execução fiscal à pessoa jurídica integrante do mesmo grupo econômico da pessoa jurídica executada, sem a instauração do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, ao fundamento de que há responsabilidade solidária em razão de terem interesse comum na situação caracterizadora do fato gerador (art. 124, inciso I, do CTN). 4. Agravo interno desprovido. (AgInt no REsp 1706614/RS, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, julgado em 21/09/2020, DJe 06/10/2020).

29 PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. SUBMISSÃO À REGRA PREVISTA NO ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 3/STJ. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL. SUCESSÃO DE EMPRESAS. GRUPO ECONÔMICO DE FATO. CONFUSÃO PATRIMONIAL. INSTAURAÇÃO DE INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. DESNECESSIDADE. ALEGADA INEXISTÊNCIA DE PROVAS PARA REDIRECIONAMENTO DE EXECUÇÃO FISCAL. QUESTÃO ATRELADA AO REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. ÓBICE DA SÚMULA 7/STJ. 1. “Há verdadeira incompatibilidade entre a instauração do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica e o regime jurídico da execução fiscal, considerando que deve ser afastada a aplicação da lei geral, – Código de Processo Civil –, considerando que o regime jurídico da lei especial, – Lei de Execução Fiscal –, não comporta a apresentação de defesa sem prévia garantia do juízo, nem a automática suspensão do processo, conforme a previsão do art. 134, § 3º, do CPC/2015” (AgInt no REsp 1.759.512/RS, Rel. Min. Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 18/10/2019). 2. O reexame de matéria de prova é inviável em sede de recurso especial (Súmula 7/STJ). 3. Agravo interno não provido. (AgInt no REsp 1866901/SC, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 24/08/2020, DJe 27/08/2020).

30 Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 6 set. 2021.

do tema em comento dentro daquela Corte, como é o caso do EResp nº 1.833.413/SE, admitidos por decisão publicada em 13 de agosto de 2021, e do EAREsp 1.725.077/RJ, em 3 de agosto de 2021.

O cerne da mencionada controvérsia está, consoante se depreende do exposto, na norma de Direito material que fundamenta, no caso concreto, a responsabilidade de alguém pelo pagamento de tributo originalmente devido por outrem.

Deveras, no entender da Primeira e Segunda Turma do STJ, existindo previsão legal apta a amparar a responsabilidade tributária do terceiro, desnecessária será a instauração do IDPJ, porque a responsabilidade desse terceiro decorre diretamente da lei tributária. Diversa, no entanto, é a situação na hipótese em que não há norma tributária de responsabilização do terceiro chamado a adimplir tributo inicialmente exigido de outrem, que, por tal razão, está a depender do IDPJ para tanto. Embora coincidentes tais conclusões, as duas Turmas distinguem-se quanto à interpretação a ser conferida ao multicitado art. 124 do CTN.

De fato, para a Primeira Turma, de interpretação mais restritiva, apenas as hipóteses previstas nos artigos 134 e 135 do CTN, os quais tratam da responsabilidade de terceiros, autorizariam o redirecionamento independentemente do IDPJ, pois, em seu entender, o aludido art. 124 não teria o condão de respaldar a responsabilização tributária dessas pessoas, já que seria norma atinente à solidariedade, sendo, destarte, imprescindível o incidente para tanto, *ex vi* do disposto no art. 50 do Código Civil.

Já para a Segunda Turma, o art. 124 do CTN é norma de responsabilização tributária suficiente para afastar a necessidade de prévia instauração do IDPJ para o redirecionamento do feito executivo fiscal aos responsáveis tributários. E isso porque, consoante ressaltado por aquela Turma do STJ, não há, a rigor, individualidade das pessoas jurídicas em contexto de exploração da atividade empresarial em que verificada, por exemplo, a confusão patrimonial. Ademais, segundo ainda a Segunda Turma, seria contraditório afastar a instauração do incidente para executar os sócios administradores, mas exigí-la para atingir pessoas jurídicas que constituem grupos econômicos com o objetivo de esvaziamento patrimonial, especialmente porque, nos dois casos, há responsabilidade por atuação irregular, mediante o descumprimento

das obrigações tributárias, não se cogitando, pois, de desconsideração da personalidade jurídica, mas sim de imputação de responsabilidade tributária pessoal e direta pelo ilícito.

Pontuadas essas distinções, digno de nota é o fato de que a referida controvérsia remete a um retrocesso de entendimento perfilhado pelo próprio STJ a respeito da interpretação do art. 124 do CTN, na medida em que, a despeito de calorosos debates doutrinários sobre o tema, aquela Corte há muito vem admitindo se tratar de norma de atribuição de responsabilização tributária, inclusive nas hipóteses em que demonstrada a mera confusão patrimonial entre as sociedades, e não meramente de solidariedade entre aqueles que praticam conjuntamente o fato gerador. Citam-se alguns julgados que amparam essa percepção:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. ART. 30 DA LEI N. 8.212/1991 E ART. 124 DO CTN. GRUPO ECONÔMICO. CONFUSÃO PATRIMONIAL. SÚMULA 7 DO STJ.

1. Esta Corte Superior entende que a responsabilidade solidária do art. 124 do CTN, c/c o art. 30 da Lei n. 8.212/1990 não decorre exclusivamente da demonstração da formação de grupo econômico, mas demanda a comprovação de práticas comuns, prática conjunta do fato gerador ou, ainda, quando há confusão patrimonial. Precedentes.

2. O Tribunal ordinário entendeu pela responsabilidade solidária da empresa não pela simples circunstância de a sociedade pertencer ao mesmo grupo econômico do sujeito passivo originário. Antes, reconheceu a existência de confusão patrimonial, considerando haver entre as sociedades evidente identidade de endereços de sede e filiais, objeto social, denominação social, quadro societário, contador e contabilidade, além de as empresas veicularem seus produtos no mesmo sítio na internet.

(AgRg no AREsp 89.618/PE, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, julgado em 23/06/2016, DJe 18/08/2016) – sem destaque no original.

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. POLO PASSIVO. EMPRESA NÃO INTEGRANTE DE GRUPO ECONÔMICO DE

FATO, SEGUNDO O TRIBUNAL DE ORIGEM. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. SOLIDARIEDADE. ART. 124, I, DO CTN. AFASTAMENTO. ALEGADA OFENSA AO ART. 535 DO CPC/73. INEXISTÊNCIA. CONTROVÉRSIA RESOLVIDA À LUZ DAS PROVAS DOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO, NA VIA ESPECIAL. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO. [...]

II. Na origem, o Tribunal a quo, em autos de Execução Fiscal, decidiu que a empresa ora agravada não seria integrante de grupo econômico de fato, a determinar sua responsabilidade tributária, nos termos do art. 124, I, do CTN. [...]

IV. Na forma da jurisprudência, “a responsabilidade solidária do art. 124 do CTN não decorre exclusivamente da demonstração da formação de grupo econômico, mas demanda a comprovação de práticas comuns, prática conjunta do fato gerador ou, ainda, quando há confusão patrimonial” (EDcl no AgRg no REsp 1.511.682/PE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 08/11/2016).

(AgInt no REsp 1540683/PE, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 21/03/2019, DJe 02/04/2019)

Ainda a título exemplificativo, pontua-se que, nos idos de 2009, a Corte Cidadã, quando do julgamento do REsp nº 834044/RS, assim consignou no voto condutor exarado pela ministra Relatora Denise Arruda (g.n.):

Com relação à alegação de que “são solidariamente obrigadas as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal” (art. 124, I, do CTN), é oportuna a lição de Kiyoshi Harada sobre o tema: “[...] A responsabilidade tributária solidária de que cuida o inciso I é um dos temas onde grassa a maior confusão. Basta a interdependência entre as empresas, caracterizada pela composição do capital ou pela identidade de pessoas que compõem as sociedades para concluir-se pela responsabilidade tributária solidária. Isso é um grande equívoco. Na responsabilidade solidária de que cuida o art. 124, I do CTN, não basta o fato de as empresas pertencerem ao mesmo grupo econômico, o que por si só, não tem o condão de provocar a solidariedade no pagamento de tributo devido por uma das empresas. Para que isso ocorra é indis-

pensável a configuração do interesse comum na situação constitutiva do fato gerador da obrigação principal. **Ensina Carlos Jorge Sampaio Costa: “a solidariedade dos membros de um mesmo grupo econômico está condicionada a que fique devidamente comprovado: a) o interesse imediato e comum de seus membros nos resultados decorrentes do fato gerador; e/ou b) fraude ou conluio entre os componentes do grupo.** Há interesse comum imediato em decorrência do resultado do fato gerador quando mais de uma pessoa se beneficia diretamente com sua ocorrência. Por exemplo, a afixação de cartazes de propaganda de empresa distribuidora de derivados de petróleo em postos de gasolina é, geralmente, um fato gerador de taxa municipal cuja ocorrência interessa não somente à empresa distribuidora, beneficiária direta da propaganda, como também ao posto de gasolina, que é solidário com aquela no pagamento da taxa. **Na fraude ou conluio, o interesse comum se evidencia pelo próprio ajuste entre as partes, almejando a sonegação. A solidariedade passiva no pagamento de tributos por aqueles que agiram fraudulentamente é pacífica. Aliás, no caso de fraude, pagam até os representantes pelos representados”.**

Como consectário lógico, o que se tem é a retomada da discussão jurisprudencial a respeito do fundamento legal da responsabilidade – tributária e patrimonial – de empresas no contexto de arranjos societários ilícitos à luz do artigo 124, inc. I, do CTN.

3. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA E O ART. 124, INCISO I, DO CTN

Assentadas essas premissas e tendo em conta a retomada da divergência indicada, mostra-se oportuno, agora, rememorar o conceito de responsável tributário extraído do ordenamento jurídico pátrio. Sob a perspectiva dogmática, a Constituição da República, ao fixar a competência de cada ente político tributante, deixou a cargo do legislador infraconstitucional a definição da obrigação tributária e dos sujeitos integrantes da relação jurídico-tributária. Ao CTN, lei ordinária recepcionada pela Constituição da República de 1988³¹ com *status* de lei

31 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 18 abr. 2022.

complementar, coube o estabelecimento das normas gerais sobre essas matérias, à vista do disposto no art. 146, inc. III, *b*, da CRFB/1988³².

E o aludido diploma tributário nacional, em seu art. 121³³, define que o responsável tributário é a pessoa que, sem revestir a condição de contribuinte – ou seja, aquele que não tem relação pessoal e direta com a situação que constitui o fato gerador, já que, por definição legal, é o contribuinte quem tem relação pessoal e direta com essa situação –, está obrigada ao pagamento do tributo ou penalidade pecuniária por expressa disposição legal. Diz, ainda, o *Codex* tributário, em seu art. 128, que, sem prejuízo do contido no capítulo daquele diploma legislativo que tem por objeto a responsabilidade tributária, a lei pode atribuir de modo expresso a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da obrigação tributária, com exclusão (ou não) do contribuinte da sujeição passiva.

De uma simples leitura do CTN, uma primeira conclusão que se alcança é que, enquanto o legislador ordinário não está livre para eleger qualquer terceiro como responsável pelo tributo originado de fato de outrem, já que, inexoravelmente, esse sujeito deverá relacionar-se – indiretamente, salienta-se – ao fato gerador do tributo, o legislador complementar, por meio das proposições normativas constantes do CTN, expressamente estatuiu casos em que o responsável eleito mantém um vínculo com o realizador do evento descrito na hipótese normativa do tributo, e não propriamente com o fato jurídico tributário. Cita-se, a título exemplificativo, a responsabilidade por sucessão de que trata os artigos 129 e seguintes do diploma tributário.

Diante disso, pode-se avançar e afirmar, em conclusão, que o responsável tributário é o terceiro que, embora não pratique diretamente o fato jurídico tributário, é designado pela lei como sujeito passivo

32 Art. 146. Cabe à lei complementar: [...] III – estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre: [...] b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários;

33 Art. 121. Sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária. Parágrafo único. O sujeito passivo da obrigação principal diz-se: I – contribuinte, quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador; II – responsável, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei.

da relação jurídico-tributária estabelecida entre Fisco e responsável, seja por manter um vínculo com o fato descrito na hipótese de incidência tributária, seja por possuir relação com o sujeito que praticou esse fato. Mais: da leitura sistemática do CTN, conclui-se, outrossim, que esse vínculo que o responsável tributário há de ter com o fato gerador da obrigação tributária necessariamente será uma relação indireta, conforme se deduz do art. 121 do aludido *Codex*, pois, se direta for, não mais será esse sujeito o responsável, mas, sim, o contribuinte ou, no máximo, o mero realizador do fato.

Prosseguindo, toma-se, agora, a redação do art. 124, inc. I, do CTN, que, a nosso ver, é o ponto principal da divergência jurisprudencial adrede apontada. O texto legal é expresso ao estabelecer a solidariedade quando presente o *interesse comum* na situação que constitui o fato gerador. E, à luz das razões acima expostas, evidente que esse interesse comum tanto poderá estar vinculado direta ou indiretamente com o fato descrito na hipótese de incidência tributária – sendo direta e pessoal, serão todos considerados contribuintes; sendo indireto o vínculo, ter-se-á contribuinte e responsável solidário para com aquele – quanto com o sujeito que praticou esse fato – aqui também se terá a coexistência de contribuinte e responsável solidário. Nesse compasso, ao mencionar o “interesse comum” na realização do fato gerador, não está o legislador se referindo à realização conjunta do fato gerador, pois, por expressa previsão legal, sendo conjunta a realização, os realizadores serão contribuintes, que, nessa qualidade, responderão pelo débito respectivo.

Aliás, conforme antes referido, o STJ há muito se assentou no sentido de que a confusão patrimonial entre pessoas jurídicas é fato suficiente para atrair a incidência da norma de responsabilização pautada do art. 124, inc. I, do CTN, pois, em casos tais, configurado está o “interesse comum” na ocorrência do fato gerador ensejador do débito inicialmente cobrado do contribuinte inadimplente. A confusão patrimonial não constitui, portanto, hipótese de mero interesse econômico entre os envolvidos. Configura – isso sim – interesse jurídico que toca mais precisamente ao sujeito passivo da obrigação tributária, posição relacional essa conscientemente direcionada àquela pessoa jurídica que, sob o aspecto patrimonial, dolosamente não será capaz de adimplir seus débitos tributários.

Deveras, ainda que essas pessoas jurídicas não tenham formalmente praticado em conjunto o fato gerador – caso o tenham, ambas serão contribuintes por expressa previsão do art. 121, inc. I, do CTN –, o art. 124 do CTN, inciso I, é norma tributária bastante e suficiente para amparar a pretensão de redirecionamento dos processos independentemente da instauração do IDPJ, como sustentado pela Segunda Turma do STJ, dado o interesse jurídico comum decorrente dos ajustes recíprocos entre as diversas pessoas jurídicas formais, que, sob o ponto de vista real, não apresentam sequer autonomia patrimonial, gerencial e financeira.

Nesse sentido, tomando de empréstimo ensinamentos de respeitada doutrina:

[...] no caso do inciso I, o próprio CTN é o instrumento legislativo que estabelece que, em havendo interesse comum na situação que constitua o fato jurídico tributário, é possível que o crédito tributário seja exigido de forma solidária. Portanto, ele próprio atende ao princípio da legalidade em matéria de responsabilidade tributária.³⁴

Não se pode descurar, outrossim, de que o diploma tributário nacional, datado de 1966, expressamente prevê hipóteses de responsabilização de pessoas jurídicas diversas daquelas que atuaram na situação que constitui o fato gerador, tanto no caso de sucessão empresarial (art. 133 do CTN) quanto no de fusão, transformação ou incorporação de uma sociedade ou em outra (art. 132 do CTN).

Ora, se diante de verdadeira e legítima ampliação ou alteração da personalidade jurídica da devedora originária, a pretensão de responsabilização das sucessoras, por encontrar amparo em norma de responsabilização tributária, independerá do IDPJ, consoante assentado pelo STJ, exigindo dessas pessoas a garantia do Juízo como admissibilidade, via de regra, de sua defesa, com muito mais razão deve-se exigir a prévia garantia no contexto de atos ilícitos cujo escopo é justamente se esquivar da satisfação do débito tributário.

Entender em sentido contrário não apenas iria contra a *mens legis*, como dificultaria ainda mais a persecução do crédito público em

34 ARAÚJO, Juliana F. C.; CONRADO, Paulo Cesar; VERGUEIRO, Camila C. *Responsabilidade tributária*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 43.

face de empresas que, de forma coordenada, cometem evasão, agindo conjuntamente tão somente para se furtarem do cumprimento de suas obrigações tributárias, o que, conforme outrora afirmado, merece especial combate no que tange a débitos de ICMS, cujos valores ou foram indevidamente apropriados pelos contribuintes de direito ou por estes foram abatidos do preço de venda de suas mercadorias em evidente violação às regras concorrenciais.

Soma-se a isso o fato de que, como já mencionado, em se tratando de ICMS declarado e não pago, o crédito tributário é constituído pela entrega de declaração pelo contribuinte reconhecendo o débito fiscal, o que dispensa qualquer outra providência por parte do fisco. Ou seja: na hipótese em estudo, é o próprio devedor quem indica o sujeito passivo da obrigação tributária, direcionando a sujeição passiva a pessoa jurídica que, sob o aspecto patrimonial, sabidamente não será capaz de adimplir seus débitos tributários.

Em termos práticos, concluir pela imprescindibilidade do IDPJ implica afastar uma das garantias do crédito público, qual seja, a prévia garantia do juízo executivo como requisito de admissibilidade dos embargos do executado, a teor do disposto no §1º do art. 16 da LEF³⁵, garantia essa que se torna ainda mais premente no cenário de ilicitude e que, se respeitada, poderá contribuir para a efetiva recuperação do crédito público, com o conseqüente – e necessário – desmantelamento da estrutura jurídica e patrimonial utilizada para a execução e manutenção dessas condutas ilícitas. E isso sem falar na suspensão do processo executivo, à vista do § 3º do art. 134 do Código de Processo Civil³⁶, que, pela literalidade da regra, inviabilizará o prosseguimento de medidas constritivas no bojo da execução fiscal correlata enquanto pendente de julgamento o IDPJ.

Nem se diga que a observância do devido processo legal justificaria o afastamento da sobredita garantia, pois, consoante iterativa jurisprudência do STJ, sintetizada em sua Súmula nº 393³⁷, é facultada ao execu-

35 Art. 16. [...] § 1º: Não são admissíveis embargos do executado antes de garantida a execução.

36 Art. 134. O incidente de descon sideração é cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial. [...] § 3º A instauração do incidente suspenderá o processo, salvo na hipótese do § 2º.

37 A exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória.

tado a defesa prévia, independentemente da oferta de garantia, por meio de exceção de pré-executividade fundada em matérias de ordem pública, caso de eventual ilegitimidade passiva demonstrável de plano, que prescinde de dilação probatória. Nesse caso, uma vez apresentadas em juízo provas pré-constituídas que demonstrem a ilegitimidade do terceiro indicado como responsável pelo Fisco, dispensando estará o oferecimento de bens à garantia como condição para o exercício da ampla defesa.

4. CONCLUSÃO

Como visto, a Primeira e a Segunda Turma do STJ têm entendimentos em parte discrepantes sobre a necessidade de instauração do IDPJ para apurar a responsabilidade tributária de “grupos econômicos de fato”. Aparentemente de cunho processual, a análise de julgados daquela Corte demonstra que se trata de controvérsia sobre direito material, porque referente à norma de atribuição de responsabilidade tributária deflagradora da ampliação do polo passivo de execução fiscal, com fundamento no art. 4º, inc. V, da LEF.

Para a primeira Turma, apenas as hipóteses previstas nos artigos 134 e 135 do CTN, que dispõem sobre a responsabilidade de terceiros, autorizam o redirecionamento direto no bojo do executivo fiscal, independentemente do IDPJ, pois, em seu entender, o art. 124, por ser norma relativa à solidariedade, não tem o condão de respaldar a responsabilização tributária dessas pessoas. Assim, nas demais hipóteses concretas não subsumíveis àqueles dois dispositivos legais – 134 e 135 do CTN –, o patrimônio de terceiros somente poderá ser alcançado pela via do incidente processual, com fundamento no art. 50 do Código Civil.

Já para a Segunda Turma, é possível o direto redirecionamento da execução para responsabilizar terceiros se evidenciadas as situações previstas nos artigos 124, 133 e 135 do CTN. Para essa Turma, o art. 124 do CTN é norma de responsabilização tributária suficiente para respaldar o redirecionamento do feito executivo fiscal aos responsáveis tributários quando não houver, de fato, individualidade das pessoas jurídicas no exercício da atividade empresarial em que presente, por exemplo, a confusão patrimonial. Nesses casos, não haverá necessidade de desconsideração da personalidade jurídica, pois se trata de hipótese que atrai a imputação de responsabilidade tributária pessoal e direta do terceiro pelo ilícito.

A mencionada controvérsia remete ao retrocesso de um antigo entendimento perfilhado pelo próprio STJ a respeito da interpretação do art. 124, inc. I, do CTN: há muito aquela Corte tem admitido se tratar de norma de atribuição de responsabilização tributária, subsumível, por exemplo, às hipóteses fáticas em que demonstrada a mera confusão patrimonial entre as sociedades.

Normativamente, o responsável tributário é o terceiro que, embora não pratique diretamente o fato jurídico tributário, é designado pela lei como sujeito passivo da relação jurídico-tributária, pois ou mantém um vínculo com o fato descrito na hipótese de incidência ou possui relação com o sujeito que praticou esse fato. Interpretando sistematicamente o CTN, esse vínculo do responsável tributário com o fato gerador da obrigação tributária necessariamente é uma relação indireta. Assim, ao mencionar, no art. 124, inc. I, do CTN, o “interesse comum” na realização do fato gerador, a realização conjunta do fato gerador não está contida na moldura interpretativa do texto legal, na medida em que, por expressa previsão legal, sendo conjunta a realização, ter-se-á múltiplos contribuintes que, nessa qualidade, responderão pelo débito respectivo.

O art. 124, inc. I, do CTN é norma tributária bastante e suficiente para amparar a pretensão de redirecionamento dos processos para as pessoas jurídicas integrantes de determinada “organização empresarial ilícita”, ainda que não tenham praticado conjuntamente o fato gerador, independentemente da instauração do IDPJ, dado o interesse jurídico comum entre as diversas pessoas jurídicas formais, que, sob o ponto de vista concreto, não apresentam autonomia patrimonial, gerencial e financeira, consoante definido pela Segunda Turma do STJ. Se assim o é diante da mera confusão patrimonial, como há muito vem decidindo a Corte Cidadã, com muito mais razão a norma em apreço deve ser apta a amparar o redirecionamento direto também nas demais hipóteses trazidas neste trabalho, já que inseridas em um cenário de evasão comissiva e em que, pelo menos nos casos de ICMS declarado e não pago, há eleição do sujeito passivo pelos próprios devedores.

Em termos práticos, entender de modo diverso implica admitir o indevido afastamento de garantia legal do crédito público consistente na prévia garantia do débito em execução como requisito de admissibilidade dos embargos do executado, garantia essa que se torna ainda

mais urgente no contexto de ilicitude. E isso sem falar na suspensão do processo, que, pela literalidade do § 3º do art. 134 do CPC, inviabiliza a adoção de quaisquer medidas constritivas no bojo da execução fiscal enquanto pendente de julgamento o IDPJ, algo que, inevitável e indesejavelmente prolongará ainda mais o estado de inadimplência qualificada.

O CTN estatui hipóteses de responsabilização de pessoas jurídicas diversas daquelas que atuaram na situação configuradora do fato gerador, como na sucessão empresarial, fusão, transformação e incorporação. Se mesmo sendo lícitos esses atos, a pretensão de responsabilização das sucessoras, assentada que está em norma de responsabilização contida no *Codex* tributário, independerá do IDPJ, exigindo, em regra, a garantia do Juízo para a admissibilidade de defesa, igualmente exigível deve ser a prévia garantia no caso de atos ilícitos cujo escopo é justamente se livrar da satisfação do débito tributário.

O direto redirecionamento nas hipóteses em estudo não ofende o devido processo legal, pois é garantido ao executado, independentemente do oferecimento de garantia, defender-se incidentalmente por meio da exceção de pré-executividade quando sua defesa pautar-se em matérias de ordem pública e que prescindam de dilação probatória, como eventual ilegitimidade passiva demonstrável de plano.

Destarte, uma vez produzidas pelo Fisco provas suficientes dos atos ilícitos que atraem a incidência das normas contidas no próprio CTN para a responsabilização de terceiros, dentre elas a contida no art. 124, inc. I, deve-se oportunizar ao exequente a via do redirecionamento direto na execução fiscal para permitir-lhe atingir patrimônio desses terceiros, *ex vi* do art. 4º, inc. V, da LEF³⁸.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Juliana F. C.; CONRADO, Paulo Cesar; VERGUEIRO, Camila C. **Responsabilidade tributária**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

AVI-YONAH, Reuven S. Three goals of taxation. *NYU Tax Law Review*, New York, v. 60, pp. 1-28, [2006-2007].

38 Art. 4º – A execução fiscal poderá ser promovida contra: [...] V – o responsável, nos termos da lei, por dívidas, tributárias ou não, de pessoas físicas ou pessoas jurídicas de direito privado; [...]

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 18 abr. 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 5.452/1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Brasília, DF, 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 18 abr. 2022.

BRASIL. **Instrução Normativa Receita Federal do Brasil nº 971/2009**. Brasília, DF, 2009. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=15937>. Acesso em: 18 abr. 2022.

BRASIL. **Lei nº 6.404/1976**. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Brasília, DF, 1976. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm. Acesso em: 18 abr. 2022.

BRASIL. **Lei nº 8.212/1991**. Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências. Brasília, DF, 1991. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8212cons.htm. Acesso em: 18 abr. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 18 abr. 2022.

CONRADO, Paulo Cesar. “Grupo Econômico Irregular”, Simulação Empresarial e Solidariedade por Ilícitude. *In*: SILVA, Thiago Moreira da. (coord.). **Créditos tributários e grupos econômicos de fato: abordagens multidimensionais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2020.

FERRAGUT, Maria Rita. Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica e os Grupos Econômicos. *In*: CONRADO, Paulo Cesar; ARAÚJO, Juliana Furtado Costa (coord.). **O Novo CPC e seu impacto no direito tributário**. São Paulo: Fiscosoft, 2015.

AUTORIZAÇÕES ADMINISTRATIVAS: UM ENSAIO SOBRE UM DOGMA CONCEITUAL QUE NÃO ACOMODA AS ATUAIS APLICAÇÕES DO INSTITUTO NO CAMPO DA REGULAÇÃO ECONÔMICA

Caio César Alves Ferreira Ramos¹

Sumário: 1 – Introdução; 2 – O dogma subjacente ao conceito tradicional de autorização administrativa; 3 – O movimento das autorizações administrativas em direção à senda da regulação estatal da economia; 4 – A (in)subsistência da configuração dogmática das autorizações administrativas no campo da regulação estatal da economia; 5 – Conclusão; Referências bibliográficas.

Resumo: O presente trabalho busca problematizar o enfoque dogmático a partir de que foram erigidos os esquemas e construções teóricas classicamente associados às autorizações administrativas, com delimitação do tema àquelas opostas pelo poder público ao exercício de atividades econômicas por particulares. Pretende-se, por meio de uma perspectiva zetética, questionar a compatibilidade do dogma conceitual subjacente às autorizações administrativas, genericamente caracterizadas pela literatura administrativista nacional como atos administrativos unilaterais,

1 Procurador do Estado de São Paulo, em atuação no âmbito da Consultoria Jurídica da Secretaria Estadual de Logística e Transportes, cursando especialização em Direito Administrativo pelo Programa de Pós-Graduação Lato Sensu da Faculdade de Direito da Fundação Getúlio Vargas de São Paulo (FGV Law) e bacharel em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

discricionários e precários, com o campo aplicativo atualmente reconhecido à técnica autorizativa no plano da regulação estatal da economia. Objetiva-se, por fim, ratificar a relevância jurídica e social do exame aprofundado das reais propriedades e matizes que informam a aplicação da técnica autorizativa como instrumento estatal de regulação econômica, visando a identificar as balizas que circunscrevem o instituto neste contexto, à luz do direito positivo e de tendências hodiernas da teoria do direito administrativo.

Palavras-Chave: Direito administrativo. Regulação. Intervenção do Estado sobre a economia. Ato administrativo. Autorização administrativa.

1. Introdução

A produção do conhecimento teórico no campo do Direito pode se dar a partir de dois enfoques básicos: o dogmático e o zetético. O primeiro acentua o aspecto da *resposta* para a resolução de um problema, sendo dados elementos teóricos subtraídos, de antemão, à dúvida, colocando-se como soluções não atacáveis e, ao menos temporariamente, insubstituíveis. O segundo destaca o aspecto da *pergunta*, de modo que os conceitos básicos, as premissas e os princípios que constituem a base da teoria desenvolvida para a explicação de um fenômeno conservam caráter hipotético e problemático, permanecendo abertos à crítica².

O presente trabalho, que, por assumir o formato de ensaio, não se pretende exaustivo, objetiva explicitar precisamente o enfoque dogmático a partir de que foram erigidos os esquemas e construções teóricas classicamente associadas às autorizações administrativas, com delimitação do tema àquelas opostas pelo poder público ao exercício de atividades econômicas por particulares.

Nesse sentido, as linhas que ora se sucedem serão destinadas, em um primeiro tópico, à apresentação do dogma em questão, que se encerra no caráter unilateral, discricionário e precário tradicionalmente reconhecido às autorizações administrativas.

2 FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 39 e ss.

No segundo tópico, proceder-se-á à exposição do movimento das autorizações administrativas em direção à senda da regulação estatal da economia, com a conseqüente modificação do campo de aplicação originalmente vislumbrado quando da concepção da noção tradicional do instituto.

Em seguida, no terceiro tópico, a partir de um enfoque zetético, propõe-se colocar em dúvida os elementos conceituais dogmaticamente relacionados às autorizações administrativas, confrontando-os com as propriedades e os matizes de que se reveste a técnica autorizativa no campo da regulação econômica, bem como com algumas tendências e transformações por que vem passando a teoria do direito administrativo.

Por fim, a conclusão deste artigo pretende acomodar a síntese das explanações enredadas nos tópicos precedentes deste trabalho, ratificando a pertinência da revisão do dogma subjacente ao conceito tradicional de autorização administrativa entre nós amplamente difundido.

2. O dogma subjacente ao conceito tradicional de autorização administrativa

O vocábulo “autorização” ostenta inúmeras acepções na literatura administrativista nacional e estrangeira, sendo complexa e impertinente a enunciação taxativa de todas elas³. Nada obstante, é possível compreender que, sob o ângulo de que trata este ensaio, a origem das autorizações administrativas remonta a passado longínquo, mormente ao Estado liberal clássico, em que o instituto correspondia a instrumento do poder de polícia estatal, em seu viés mais oitocentista, isto é, fundado na preservação da ordem pública, consubstanciada na tríade formada por segurança, tranquilidade e salubridade públicas⁴.

À época, diferentemente dos tempos correntes, a filosofia política predominante não predicava a intervenção regulatória do Estado em face da economia. A atuação do poder público voltava-se, basicamente, à imposição de limites negativos a direitos e liberdades individuais,

3 Sobre as diferentes acepções e modalidades de autorizações administrativas, v.: POMPEU, Cid Tomanik. **Autorização administrativa**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 167-174.

4 BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador**. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 70.

visando a garantir condições básicas de sobrevivência social. A função do Estado era a garantia da manutenção das condições de liberdade, para propiciar aos agentes sociais a realização de seus objetivos e finalidades⁵. Daí porque o exercício do poder de polícia, em seu conteúdo clássico, correspondia à função do Estado por excelência⁶.

Isso impactou o campo de aplicação então reconhecido às autorizações administrativas e até hoje largamente reproduzido em sede doutrinária⁷. Isso porque foi nesse cenário que se desencadeou o “processo de configuração dogmática da autorização como categoria jurídico-administrativa específica”⁸, o que se deu a partir de duas principais correntes de pensamento.

A primeira, proveniente da doutrina germânica e creditada a Otto Mayer, dispunha serem as autorizações destinadas ao levantamento de proibições gerais previamente estabelecidas por regulamentos policiais sobre o exercício de determinadas atividades, notadamente nos casos em que comprovada a ausência de perturbação à ordem pública⁹. A segunda, oriunda da doutrina italiana e principalmente associada a Oreste Ranalletti¹⁰, elucidava prestarem as autorizações à remoção de obstáculos ou limites opostos pela lei ao exercício de direitos individuais preexistentes.

No diapasão dessas construções, sob a acepção que interessa ao presente ensaio, o uso classicamente reconhecido pelos administrativistas brasileiros às autorizações administrativas foi igualmente correlacionado ao exercício do poder de polícia, mormente à liberação de particulares para a prática de atividades materiais que, sem o assentimento estatal, seriam proibidas¹¹.

5 JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 20.

6 SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo ordenador*. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 14. Na mesma linha: MOREIRA, Vital. *Auto-regulação profissional e administração pública*. Coimbra: Almedina, 1997, p. 23; SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica* (princípios e fundamentos jurídicos). 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 25.

7 MENEGAT, Fernando. *Serviço público, regulação e concorrência: as autorizações regulatórias nos setores de infraestrutura*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 25.

8 LAGUNA DE PAZ, José Carlos. *La autorización administrativa*. Madri: Civitas, 2006, p. 112.

9 MAYER, Otto. *Derecho administrativo alemán*. Buenos Aires: Depalma, 1950. v. 2, p. 59 e ss.

10 RANELLETTI, Oreste. *Teoria degli atti amministrativi speciali*. 7. ed. Milão: Giuffrè, 1945, p. 21.

11 CRETELLA JÚNIOR, José. Definição da autorização administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 149, p. 1-17, 1982, p. 2.

Nesse quadro, embora a expressão “autorização” também comporte outras aplicações na cultura jurídico-administrativa brasileira, a doutrina nacional sempre registrou uma considerável preocupação com a formulação de um conceito geral do instituto, visando a diferenciá-lo de outros assemelhados, como a admissão, a aprovação, a concessão, a dispensa, a homologação, a licença, a ordem, a permissão e o visto¹². Esse objetivo resta bem demonstrado na fala de José Cretella Júnior, consignada em trabalho especificamente dedicado a esse propósito:

O vocábulo “autorização” tem sido empregado, no direito brasileiro, quer na doutrina, quer no direito positivo, quer na jurisprudência, de maneira tão diferente que é necessário resumir, em proposição precisa, de uma vez por todas, o que deve entender-se por esse ainda indefinido termo.¹³

Como produto desse intento, consolidou-se, entre os administrativistas brasileiros, um *arquétipo das autorizações administrativas*, que, em contraposição a institutos jurídicos afins, seriam sempre constituídas como um instrumento precário e de outorga discricionária – isto é, balizada por critérios de conveniência e oportunidade da autoridade pública competente – em que é inexistente qualquer expectativa de ressarcimento por prejuízos decorrentes da atuação estatal sobre as atividades autorizadas¹⁴. Também se situa nessa senda a compreensão da autorização como um ato (e não contrato) administrativo, sempre praticado unilateralmente pelo poder público¹⁵.

O conceito tradicional de autorização administrativa amplamente difundido na doutrina nacional retrata, assim, um *ato administrativo unilateral, discricionário e precário*¹⁶. Essa configuração, apesar da pouca

12 POMPEU, op. cit., p. 133-144.

13 CRETELLA JÚNIOR, op. cit., p. 1.

14 FERRAZ, Sergio; SAAD, Amauri Feres. *Autorização de serviço público*. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 42.

15 NESTER, Alexandre Wagner. Evolução do conceito de autorização administrativa na doutrina brasileira. In: WALD, Arnaldo; JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães (org.). *O direito administrativo na atualidade: estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles*. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 112.

16 Com algumas nuances pontuais, tais elementos podem ser depreendidos do conceito de autorização administrativa propalado, v.g., em: MIRANDA, Fernando Cavalcanti Pontes.

ressonância no direito positivo¹⁷, apresenta-se como um dogma em sede doutrinária, sendo reproduzida pela maior parte dos manuais brasileiros de direito administrativo, dos mais antigos aos mais atuais, tal qual uma espécie de *mantra*¹⁸.

3. O movimento das autorizações administrativas em direção à senda da regulação estatal da economia

Conforme registrado alhures, as autorizações administrativas foram originalmente vislumbradas como um instituto jurídico pertinente a uma concepção oitocentista de poder de polícia, sendo, portanto, funcionalizadas, basicamente, para a preservação da tranquilidade, segurança e saúde coletiva. Ancorados nesse escopo, os usos idealmente entrevistados às autorizações resumiam-se à liberação de atividades materiais simplórias, não demandantes de investimentos vultosos e/ou fortemente limitadas por razões afetas à tutela da ordem pública¹⁹, o que inspirou a configuração unilateral, discricionária e precária classicamente associada ao instituto.

Comentários à Constituição de 1946. 2. ed. São Paulo: M. Limonad, 1953. v. 1, p. 282; CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Curso de direito administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1954, p. 129; MASAGÃO, Mario. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, p. 140-141; SOUTO, Marcos Jurueña Villela. Gestão alternativa de serviços públicos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 219, p. 179-203, 2000, p. 194; MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira. *Princípios gerais de direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, v. 1, p. 560-561; FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 112; MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 171; MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de direito administrativo*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 448; MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 20. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 403-404; CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 151-153; e DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 259-261.

17 “[N]ada há em lei ou na constituição que determine ser a autorização necessariamente precária e vulnerável. Na doutrina mais abalizada, por seu turno, colhe-se entendimento exatamente em sentido contrário” (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Regime jurídico dos bens públicos empregados na geração de energia. *Revista de Direito Administrativo*, v. 232, p. 333-354, 2003b, p. 345). Na mesma toada: SUNDFELD, Carlos Ari. Regime jurídico do setor petrolífero. *In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000b, p. 72.

18 MENEGAT, op. cit., p. 29.

19 CÂMARA, Jacintho Arruda. As autorizações da lei geral de telecomunicações e a teoria geral do direito administrativo. *Revista de Direito de Informática e Telecomunicações – RDIT*, Belo Horizonte, ano 2, n. 3, p. 55-68, 2007, p. 57. Na mesma linha: SCHIRATO, Vitor Rhein. *Livre iniciativa nos serviços públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 313.

Sucedeu que, com o passar dos anos, a técnica autorizativa, em âmbito global, superou o retromencionado escopo, alcançando o complexo campo das atividades econômicas. Se antes reduzida ao mero controle negativo do exercício de direitos individuais, a função das autorizações foi estendida à regulação de mercado, com o propósito de orientar e canalizar as atividades autorizadas no sentido de objetivos previamente programados ou, ao menos, implicitamente definidos pelas normas jurídicas aplicáveis²⁰.

Essa modificação do campo de aplicação das autorizações administrativas relaciona-se ao processo de fortalecimento do papel regulador do Estado, em detrimento do papel de produtor de bens e serviços²¹, que, entre nós, foi desencadeado, sobretudo, na década de 1990, com a reforma do modelo estatal vigente, apontando-se para uma redução da intervenção direta no domínio econômico e para o incremento do intervencionismo indireto ancorado no art. 174 da Constituição de 1988.

Nesse sentido, no plano do chamado “Estado regulador”²², a técnica autorizativa passou a abrigar, ao menos, duas relevantes aplicações que irromperam com os usos anteriormente vislumbrados ao instituto.

A primeira compreende as autorizações aplicadas no processo de abertura e liberalização à iniciativa privada do setor econômico anteriormente reservado e explorado exclusivamente pelo Estado, diretamente ou por delegatários. A segunda abarca aquelas adotadas para a ordenação de atividades econômicas que, a despeito de serem típica e historicamente privadas, tangenciam utilidades e interesses sociais relevantes que ensejam a intervenção regulatória estatal, mediante a oposição de restrições de acesso encerradas na exigência de prévia autorização administrativa para o seu empreendimento.

20 ENTERRÍA, Eduardo García; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*. 4. ed. Madri: Editorial Civitas, 1993. v. 2, p. 137-138.

21 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico*. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 29.

22 Como destaca Egon Bockmann Moreira, há que se ver com alguma ressalva a popular assertiva segundo a qual, após o advento das reformas da década de 1990, passou a vigor, no Brasil, um modelo de “Estado Regulador”, uma vez que é “impróprio falar-se de ‘Estado regulador’ (ou ‘Estado mínimo’) num País em que algumas das maiores empresas dos mais importantes setores econômicos – v.g. bancário, energia e petróleo, telecomunicações, logística e transportes – são públicas” (MOREIRA, Egon Bockmann. Qual é o futuro da regulação no Brasil? *In*: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André (org.). *Direito da regulação e políticas públicas*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 109).

Com efeito, de um lado, a Reforma implicou a abertura à iniciativa privada do setor econômico composto por serviços públicos e atividades econômicas monopolizadas pelo Estado. Nesse sentido, apesar de o contexto ter sido fortemente marcado pela delegação de atividades públicas a particulares por meio da “redescoberta” da técnica concessional²³, as autorizações administrativas também foram instrumentos então adotados, com supedâneo nos arts. 21, XI e XII, 176, §§1º e 3º, 177, §1º, e 223 da Constituição de 1988, alguns deles alterados por emendas que prepararam o texto constitucional para o referido cenário²⁴.

Nesse particular, o emprego da técnica autorizativa deu-se, inclusive, para instrumentalizar a tendência voltada à liberalização de atividades econômicas então compreendidas como serviços públicos, notadamente sob a tradicional acepção predicativa de titularidade estatal a ensejar a exclusividade da prestação pelo Estado (e seus delegatários) e unicamente sob um uniforme regime jurídico publicístico²⁵. De fato, densificando o espaço de conformação entabulado nos arts. 21, XI e XII, e 223 da Constituição de 1988, o marco regulatório de alguns dos setores mencionados nas referidas normas constitucionais passou a dispor sobre a outorga de autorizações voltadas à exploração de atividades deles integrantes por operadores sujeitos ao regime privado, ou seja, independentemente de deveres especiais de universalidade, continuidade e modicidade tarifária, característicos daquele aplicável aos serviços públicos²⁶.

23 MONTEIRO, Vera. *Concessão*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 24-25.

24 “A reforma constitucional desencadeada na década de 1990, com a edição de diversas Emendas Constitucionais, [...] promoveu a flexibilização dos monopólios das telecomunicações (EC 8/95 – artigo 21, XI, XII), da distribuição de gás canalizado pelos Estados (EC 5/95 – artigo 25, §2º), do petróleo e gás natural (EC 9/95 – artigo 177), bem como o fim da reserva de mercado na navegação de cabotagem (EC 7/95 – artigo 178) e o fim da reserva de mercado no setor de mineração (EC 6/95 – artigos 170, IX e 176, §1º)” (NESTER, Alexandre Wagner. A inserção do regime concorrencial nos serviços públicos. *In*: ARAGÃO, Alexandre Santos; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. 2. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 430). No mesmo sentido: COUTINHO, Diogo R.; MESQUITA, Clarissa Ferreira de Melo; NASSER, Maria Virginia Nabuco do Amaral Mesquita. Empresas estatais entre serviços públicos e atividades econômicas. *Revista Direito GV*, v. 15, n. 1, e1902, 2019, p. 7).

25 Sobre a configuração tradicional da noção de serviço público, com a explicitação de seus fundamentos e consequências, v.: SCHIRATO, 2012, p. 37-97.

26 BINENBOJM, Gustavo. Assimetria regulatória no setor de transporte coletivo de passageiros: a constitucionalidade do art. 3º da Lei 12.996/2014. *In*: WALD, Arnoldo; JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães (org.). *O direito administrativo na atualidade: estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles (1917-2017)*. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 503.

Assim se deu, por exemplo, no setor de telecomunicações, cuja legislação de regência²⁷ estipulou um ambiente de *assimetria regulatória*²⁸, em que é possível a competição entre particulares autorizados a explorar modalidades dos serviços sob regime privado e concessionários e permissionários prestadores de serviços públicos, estes, sim, submetidos aos aludidos deveres²⁹. A normatização, paralelamente aos intensos debates doutrinários quanto à sua juridicidade³⁰, teve a constitucionalidade cautelarmente chancelada pelo Supremo Tribunal Federal³¹. Demais disso, encontrou eco em diversos outros ordenamentos setoriais³², que, também em linha com a orientação de “regulação para competição”³³, contemplaram a aplicação de autorizações administrativas com o escopo de induzi-la em setores tradicionalmente organizados em regime de exclusividade pública, com os ganhos concorrenciais daí derivados:

27 Lei federal nº 9.472, de 16 de julho de 1997.

28 “[A]gentes econômicos sujeitos a uma incidência regulatória díspar, mas que competem na exploração de uma mesma atividade pública” (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A nova regulação dos serviços públicos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 228, p. 13-29, 2002, p. 27).

29 Apesar disso, Alexandre Santos de Aragão destaca a irônica constatação de que a universalização dos serviços de telecomunicação está sendo propiciada, na prática, por modalidades do serviço submetidas ao regime privado, e não ao publicístico, notadamente pela telefonia móvel: “objetivamente são os serviços privados de telecomunicações, e não os públicos de telecomunicações, que estão melhor realizando os objetivos constitucionais de melhoria das condições de vida das pessoas” (ARAGÃO, Alexandre Santos. *Direito dos serviços públicos*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum: 2017, p. 184).

30 Crítica à Lei Geral de Telecomunicações, inclusive quanto à sua constitucionalidade, pode ser encontrada, v.g., em: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e parceria público-privada*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 182-185. De outro giro, em defesa da Lei, contraponto é encontrado em segmento diverso da doutrina, v.g., em: CÂMARA, op. cit.; SUNDFELD, Carlos Ari. A regulação de preços e tarifas dos serviços de telecomunicações. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000a.

31 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.668-5 MC/DF**. Lei geral nº 9.472/97. Admissibilidade parcial da ação direta de inconstitucionalidade e deferimento em parte da liminar ante fundamentos retratados nos votos que compõem o acórdão. Requerentes: Partido Comunista do Brasil, Partido dos Trabalhadores, Partido Democrático Trabalhista, Partido Socialista Brasileiro. Requeridos: Presidente da República, Congresso Nacional. Relator Ministro Marco Aurélio, 20 de agosto de 1998. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347202>. Acesso em: 17 jun. 2022.

32 Cita-se, por exemplo, o setor elétrico (Lei federal nº 9.074, de 7 de julho de 1995), de portos (Lei federal nº 8.630, de 25 de fevereiro de 1993, sucedida pela Lei federal nº 12.815, de 5 de junho de 2013) e de transportes interestaduais e internacionais (Lei federal nº 10.233, de 5 de junho de 2001, com a redação conferida pela Lei federal nº 12.996, de 18 de junho de 2014).

33 ORTIZ, Gaspar Ariño. *Principios de derecho público económico: modelo de Estado, gestión pública, regulación económica*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 589.

[A]s autorizações tendem a impor a determinados serviços públicos a dinamicidade tecnológica que incrementa os ganhos de escala em alguns setores econômicos. Logo, aqueles que lá estão sabem que novas exigências virão, não mais oriundas apenas da competição licitatória *ex ante* seguida da estabilidade subjetiva do prestador. As futuras autorizações visam a subverter a estabilidade dos concessionários, que tenderiam a ficar numa situação de conforto por décadas. Estabilidade essa que tende a gerar abusos, assimetrias e instabilidade. Na medida em que a qualquer instante pode haver concorrentes, o concessionário histórico terá constantes exigências. Já o ingressante se submeterá a quando menos duas ordens de regras: aquelas do poder autorizatório e as do respectivo mercado. Desta forma confere-se ritmo mais apurado a tais setores de interesse público, sem se curvar às estruturas monopolísticas e sem permitir que haja a redução de um serviço tido constitucionalmente como público às vicissitudes dos mercados.³⁴

De outro lado, a reordenação da posição do Estado na economia importou na intensificação da intervenção regulatória sobre as atividades econômicas em geral³⁵, incluindo-se aquelas tradicionalmente empreendidas por particulares³⁶. Mais: malgrado, a princípio, estas atividades submetam-se a uma carga regulatória inferior à incidente sobre os serviços públicos, existem aquelas que, mesmo sendo próprias do campo da iniciativa privada, sujeitam-se a um nível mais forte de regulação estatal, em função da utilidade pública envolvida ou do interesse social que encerram³⁷.

Nessa perspectiva, há setores da economia que, embora tipicamente privados e não reservados de qualquer modo ao Estado ou seus delegatários, são objeto de intensa política regulatória, caracterizada pela oposição de barreiras estatais de entrada. Em tais casos, o acesso

34 MOREIRA, Egon Bockmann. Autorizações e contratos de serviços públicos. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 8, n. 31, p. 57-69, 2010, p. 63-64.

35 MOREIRA, V., op. cit., p. 43-45.

36 ARAGÃO, Alexandre Santos. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013b, p. 210.

37 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Regulação e poder de polícia no setor de gás. *Revista de Direito Público da Economia RDPE*, Belo Horizonte, ano 2, n. 6, p. 97-125, 2004, p. 97-98.

e a permanência no mercado são controlados pelo poder público³⁸, por intermédio de autorizações administrativas fundadas no art. 170, parágrafo único, da Constituição de 1988.

É o que ocorre, por exemplo, nos mercados bancário e de capitais, cuja relevância social das atividades neles empreendidas justifica, sob o prisma da proporcionalidade, a imposição de instrumentos regulatórios de entrada em conformação à livre iniciativa privada³⁹. Também é o caso das atividades integrantes da indústria de biocombustíveis, como as relacionadas ao etanol, cuja exploração, a despeito de não envolver serviço público ou monopólio estatal⁴⁰, submete-se à necessidade de autorização administrativa. Trata-se de atividades econômicas desenvolvidas por particulares por direito próprio, independentemente de titularidade ou delegação estatal, que se sujeitam a um controle constante do Estado, visando não apenas à proteção do interesse público, mas à sua promoção⁴¹.

4. A (in)subsistência da configuração dogmática das autorizações administrativas no campo da regulação estatal da economia

No campo da regulação estatal da economia, para além de questões relacionadas à segurança, tranquilidade e salubridade públicas, as autorizações administrativas passaram a ser permeadas por propósitos regulatórios mais sofisticados, como a preservação do equilíbrio dos sistemas econômicos a que se dirigem e a consecução de objetivos

38 SALOMÃO FILHO, op. cit., p. 58-63.

39 Sobre o tema, v. SCHIRATO, Vitor Rhein. A regulação brasileira do mercado de capitais: restrição da autonomia privada para a satisfação do interesse público. *Revista de Direito Público da Economia RDPE*, Belo Horizonte, ano 4, n. 16, p. 183-220, 2006.

40 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; CYMBALISTA, Tatiana Matiello; ZAGO, Marina Fontão. Extensão e limites da nova regulação do etanol: a Lei nº 12.490/11 e a exigência de prévia autorização. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 10, n. 38, p. 57-86, 2012, p. 6163.

41 “Estas atividades se encontram no meio-termo entre os serviços públicos, que são atividades desempenhadas diretamente ou indiretamente (por delegação à iniciativa privada) pelo próprio Estado em razão da impossibilidade de a iniciativa privada atender os interesses públicos pertinentes, e as atividades econômicas privadas não sujeitas a controle, ou sujeitas apenas a um controle de polícia administrativa geral, que apenas verifica se a atividade não fere a ordem pública, a saúde pública, a segurança pública etc., não a funcionalizado específica e comissivamente ao interesse público (ARAGÃO, 2017, p. 156).

de interesse público extrassistêmicos⁴², eis que também empregadas para orientar as atividades autorizadas à produção de resultados socialmente desejáveis⁴³.

Nessa conjuntura, embora tradicionalmente adotadas para a liberação do exercício de atividades materiais simples, tal como o comum exemplo da autorização outorgada para a instalação de banca de jornal, as autorizações passaram a ser utilizadas como mecanismos de regulação de atividades econômicas complexas, demandantes de investimentos vultosos⁴⁴ e que, compreendidas ou não no contexto de liberalização de ações antes empreendidas diretamente pelo Estado, tangenciam importantes interesses da população, como, por exemplo, as insertas no setor petrolífero, elétrico, portuário, de biocombustíveis, de telecomunicações e de transportes.

Essa mutação do campo de aplicação das autorizações administrativas e do perfil das atividades autorizadas vem inspirando o marco regulatório de diversos setores econômicos a promover uma revisão das características tradicionalmente associadas ao instituto.

É certo, inclusive, que, entre as características da técnica autorizativa empregada como instrumento de regulação econômica, encontra-se a *setorização*. É dizer, a modelagem de cada autorização é conformada em consideração ao setor da economia a que se refere, para o qual, via de regra, também há um específico órgão ou entidade reguladora⁴⁵. Daí porque, na esfera da regulação estatal da economia, as autorizações podem assumir múltiplos formatos, de acordo com as peculiaridades de um dado setor econômico e das partes envolvidas⁴⁶.

Nessa esteira, além do indigitado caráter multifacetado da técnica autorizativa neste contexto implicar, *per se*, prejuízo ao perfil generalista

42 MARQUES NETO, Flávio de Azevedo. Limites à abrangência e à intensidade da regulação estatal. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, 2003a, p. 69-93.

43 BINENBOJM, Gustavo. *Liberdade igual: o que é e porque importa*. Rio de Janeiro: História Real, 2020, p. 79.

44 MARQUES NETO; CYMBALISTA; ZAGO, op. cit., p. 70.

45 ARAGÃO, Alexandre Santos. *Agências reguladoras – e a evolução do direito administrativo econômico*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013a, p. 164.

46 MONTEIRO, op. cit., p. 94.

dogmaticamente associado às autorizações administrativas, revela-se cada vez mais frequente a positivação de autorizações *vinculadas e estáveis*, até mesmo como forma de assegurar o investimento privado em áreas que dele dependem para seu desenvolvimento⁴⁷. Com isso, paulatinamente, o conceito tradicional de autorização administrativa vai perdendo sua utilidade para a explicação da realidade normativa que lhe é subjacente, sendo certo que:

Toda classificação em ciência é feita sob o prisma da utilidade: as classificações são formuladas para servirem a algum fim. Elas não existem por si, isto é, não derivam da “natureza das coisas”. Um mesmo grupo de objetos pode ser dividido de diferentes formas, através de várias classificações. Por isso, nas palavras de Carrió, “as classificações não são verdadeiras nem falsas, são úteis ou inúteis: suas vantagens estão submetidas ao interesse de quem as formula e à sua fecundidade para apresentar um campo de conhecimento de maneira mais facilmente compreensível ou mais rica em consequências desejáveis”.⁴⁸

É paradigmático, neste particular, o exemplo da Lei Geral de Telecomunicações, que, ao tratar da autorização outorgada para a exploração de modalidades do serviço sob regime privado, atribui-lhe caráter vinculado e relativamente estável. Trata-se de configuração que, para alguns, revela-se mais consentânea à tutela da liberdade econômica privada⁴⁹ e do próprio interesse público⁵⁰, guardando, ainda, maior compatibilidade com a natureza das atividades ora sujeitas à exploração mediante a outorga de autorizações administrativas⁵¹.

47 MARQUES NETO; CYMBALISTA; ZAGO, op. cit., p. 82.

48 SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 146.

49 USTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 337.

50 “[Q]quanto menor a instabilidade nas relações de administração, maior será a probabilidade de ausência de lesão ao interesse público, à moralidade administrativa e à economicidade” (FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 99). Do mesmo autor: FREITAS, Juarez. Agência nacional de transportes aquaviários. Princípio da segurança jurídica. Exigência da menor precariedade possível das relações de administração. Terminais portuários de uso privativo. *Interesse Público*, Belo Horizonte, v. 5, n. 20, p. 88-104, 2003.

51 SCHIRATO, 2012, p. 313. No mesmo sentido: ARAGÃO, 2017, p. 174.

A bem da verdade, a noção tradicional de autorização administrativa, concebida em período histórico em que o direito administrativo ainda era parcamente positivado⁵², sempre se revelou passível de questionamentos, sobretudo no que concerne aos elementos conceituais que não prescindem da análise da legislação, a exemplo da natureza discricionária genericamente relacionada ao instituto. Ora, a discricionariedade é umbilicalmente ligada ao direito positivo, sendo consequência da conformação normativa da ação administrativa, não podendo ser pressuposta, em abstrato, pela conceituação doutrinária de um determinado instrumento jurídico⁵³.

Nesse sentido, a conformação jurídico-positiva das autorizações administrativas empregadas como instrumento de regulação econômica, consoante o retromencionado exemplo da Lei Geral de Telecomunicações, somente ratifica a fragilidade do dogma subjacente ao instituto, que também parece ser desafiado pelas tendências e transformações por que passou e vem passando a teoria do direito administrativo.

Vale dizer, para além do processo de verificação junto ao direito positivado, o ideário segundo o qual a outorga e a manutenção da generalidade das autorizações administrativas seriam submetidas à oportunidade e conveniência da autoridade pública competente, não estando em jogo qualquer tipo de “direito” do solicitante ou do titular do consentimento estatal, mas mero “interesse” desprovido de tutela jurídica⁵⁴, não parece

52 SCHIRATO, Vitor Rhein. O poder de polícia é discricionário? *In*: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (coord.). **Poder de polícia na atualidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 41.

53 “Discricionariedade, tal qual o furo em um *donut*, não existe exceto como uma área aberta no interior de um círculo de restrição. Trata-se, portanto, de um conceito relativo” (DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. 18. ed. Cambridge: Harvard University, 2001, p. 31-39, tradução nossa). Em sentido semelhante: “A discricionariedade consiste na consequência jurídica de uma regulamentação legal” (MAURER, Hartmut. **Derecho administrativo alemán**. Cidade do México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2012, p. 132, tradução nossa).

54 “[A] autorização envolve apenas ‘interesse’ e nunca ‘direito’ do solicitante, pelo que, mesmo que este preencha todos os requisitos para requerer a outorga, tudo vai depender da apreciação destes requisitos pela administração, na fase que precede à edição do ato”. (CRETELLA JÚNIOR, op. cit., p. 4). Na mesma linha: “Na autorização, embora o pretendente satisfaça as exigências administrativas, o Poder Público decide discricionariamente sobre a conveniência ou não do atendimento da pretensão do interessado ou da cessação do ato autorizado [...] Não há qualquer direito subjetivo à obtenção ou à continuidade da autorização, daí porque a Administração pode negá-la ao seu talante, como pode cassar o alvará a qualquer momento, sem indenização alguma” (MEIRELLES, op. cit., p. 171).

compatível com os modelos hermenêuticos axiológicos que atualmente informam a ação administrativa e correspondente teorização. Explica-se.

Quanto ao caráter discricionário que seria inerente às autorizações administrativas, entendemos que, mesmo nas hipóteses em que não encerrados, pela ordenação setorial, todos os juízos de ponderação pertinentes à outorga de dada autorização no caso concreto, não parece possível que a matéria se resuma a um espaço de escolhas puramente subjetivas da autoridade pública competente, tal qual predicado pela noção tradicional do instituto.

Com efeito, eventual discricção que remanesça ao gestor público como produto da conformação normativa incidente sobre a hipótese vertente deve ser necessariamente condicionada pela necessidade de conferir a devida tutela ao direito fundamental à liberdade econômica privada, que poderá ou não ser objeto de restrição em face dos demais valores e objetivos de interesse público subjacentes à realidade concreta, consoante decisão motivada e adstrita ao correspondente grau de vinculação da ação administrativa à juridicidade⁵⁵.

Em sentido semelhante, quanto à clássica natureza precária das autorizações administrativas, entendemos que esta, afora depender das hipóteses em que o ordenamento efetivamente admita a retirada do consentimento estatal, também merece ser condicionada pela necessidade de ser conferida maior estabilidade às relações de administração, como corolário dos princípios da segurança jurídica e da proteção à confiança legítima, e de ser incrementada a confiabilidade jurídico-administrativa, como requisito de estabilidade institucional voltado à atração de investimentos privados⁵⁶.

Na realidade, a possibilidade de outorga de autorizações por prazo determinado, dotando-as, portanto, de alguma estabilidade, já era admitida até mesmo pela doutrina administrativista mais tradicional⁵⁷. No entanto, o que, atualmente, sustenta-se, com razão, é que a outorga do consentimento estatal por prazo indeterminado não acarreta

55 BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 39.

56 FREITAS, 2009, p. 96-99.

57 MELLO, Oswaldo Aranha bandeira. *Op. cit.*, p. 552.

automaticamente a sua precariedade⁵⁸, sendo certo que tal atributo é incompatível com a exploração de atividades econômicas complexas, demandantes de carga considerável de investimentos, que são hodiernamente objeto de autorizações administrativas.

Finalmente, também o caráter unilateral tradicionalmente imbricado às autorizações administrativas parece passível de relativização à luz dos atuais movimentos de contratualização⁵⁹ e da promoção da consensualidade administrativa em geral⁶⁰, que preconizam a superação de paradigmas de atuação unilateral e imperativa da Administração em prol de modelos centrados na adesão e na cooperação dos cidadãos.

Nessa esteira, cabe mencionar o exemplo das autorizações outorgadas a particulares para operação de instalações de transporte dutoviário de gás natural⁶¹, que, segundo o entendimento de determinado segmento doutrinário, ostentam natureza contratual, eis que fundadas no art. 177, §1º, da Constituição de 1988, que admitiu a flexibilização do monopólio público existente sobre determinadas atividades integrantes da indústria do petróleo e do gás natural mediante *contratos* formalizados pela União junto a empresas estatais e privadas⁶². Na mesma linha, os arts. 2º, XII, e 8º, §1º, da Lei federal nº 12.815, de 5 de junho de 2013, dispõem que serão

58 SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Silêncio administrativo e renovação de autorizações de uso de radiofrequência: o caso MMDS. *Revista de Direito de Informática e Telecomunicações – RDIT*, Belo Horizonte, ano 3, n. 4, p. 9-24, 2008, p. 12.

59 “[O]s contratos do Poder Público deixam de ser mecanismos meramente para exercício das atividades-meio do Estado (aquisição de bens e serviços para desempenho das funções públicas diretamente pela Administração) e passam a ser instrumentos para a consecução das próprias atividades-fim. [...] Na atividade de regulação, temos, além dos compromissos de desempenho e dos acordos regulatórios, as contratações híbridas e os modelos contratuais de regulação positiva, em que o regulado obtém acessos a mercados mediante o atendimento de metas de atendimento a grupos de usuários social ou geograficamente desatendidos” (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Do contrato administrativo à administração contratual. *Revista do Advogado*, São Paulo, ano XXIX, n. 107, p. 74-82, 2009, p. 80-81).

60 “A utilização de mecanismos de consenso na atividade administrativa [...] não se limita ao caso do contrato administrativo tradicional” (MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. Mecanismos de consenso no direito administrativo. *In*: ARAGÃO, Alexandre Santos; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 333-336).

61 Cf. art. 56 da Lei federal nº 9.478, de 6 de agosto de 1997.

62 ARAGÃO, Alexandre Santos; SCHIRATO, Vitor Rhein. Algumas considerações sobre a regulação para concorrência no setor de gás natural. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 4, n. 14, 2006, p. 39 e ss.

formalizadas por meio de *contratos de adesão* as autorizações pertinentes à exploração de instalações portuárias localizadas fora da área dos portos organizados⁶³.

Essa tendência de superação do paradigma unilateral associado às autorizações administrativas deriva não apenas da necessidade de conferir maior segurança jurídica aos exploradores das hodiernas atividades autorizadas ante à natureza vultosa dos investimentos que demandam, mas, também, da relevância dos interesses coletivos que lhe são subjacentes.

Com efeito, por produzirem efeitos suscetíveis de afetar um grande número de sujeitos, intensifica-se, no campo da regulação estatal pela técnica autorizativa, a natureza multilateral das escolhas administrativas, que não dizem respeito apenas ao particular autorizado ou solicitante da autorização e à autoridade pública competente, correspondendo, antes, a um relacionamento multipolar⁶⁴. É dizer, entre reguladores e regulados instauram-se relações não binárias, mas multilaterais⁶⁵.

5. Conclusão

Não obstante a brevidade e o caráter não exauriente do presente ensaio, é possível concluir que a visão dogmática dos esquemas e construções tradicionais que caracterizam a generalidade das autorizações administrativas como atos administrativos unilaterais, discricionários e precários parece incompatível com o campo aplicativo atualmente reconhecido à técnica autorizativa no plano da regulação estatal da economia.

63 Em sentido semelhante era a redação do art. 6º, §1º, da Lei federal nº 8.630, de 25 de fevereiro de 1993, posteriormente revogada e sucedida pela Lei federal nº 12.815/2013, o que Juarez Freitas entendeu ser um retrato do “espírito de gradual substituição da imposição unilateral pela consensualidade e cooperação” (FREITAS, Juarez. *Direito fundamental à boa administração pública e o reexame dos institutos da autorização de serviço público, da convalidação e do “poder de polícia administrativa”*. In: ARAGÃO, Alexandre Santos; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 312).

64 SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira. *Em busca do acto administrativo perdido*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 130. Na mesma linha: GUERRA, Sérgio. *Discricionariedade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 293.

65 CASSESE, Sabino. *A crise do estado*. Campinas: Saberes, 2010, p. 50.

Com efeito, a noção tradicional de autorização administrativa ostenta cada vez menos referibilidade ao direito positivado – se é que um dia pôde ser dele plenamente extraída –, caminhando na contramão de tendências hodiernas da teoria do direito administrativo.

Apesar disso, o dogma em questão permanece vivo nas fórmulas generalistas reproduzidas pela doutrina administrativista nacional para diferenciar as autorizações de institutos jurídicos afins, principalmente as licenças. Esse efeito alcança, inclusive, o deslinde do temário em sede judicial. É que, como bem registra Vitor Rhein Schirato, o Poder Judiciário, não raro, furta-se de analisar questões essenciais à defesa dos direitos dos cidadãos – no caso, de particulares autorizados ou solicitantes de autorizações administrativas – e ao limite dos poderes da Administração Pública, valendo-se de construções estáticas e desprendidas do direito positivo⁶⁶, tal qual a que preconiza a natureza discricionária e precária da generalidade das autorizações administrativas.

Esse quadro repristina a validade do registro feito por Caio Tácito, há mais de duas décadas, quanto à carência de estudos aprofundados acerca das autorizações administrativas na literatura brasileira⁶⁷, centrando-o, desta vez, à aplicação do instituto na senda da regulação estatal da economia. Confirma, ainda, a constatação de Schirato, para quem a doutrina nacional – e não raro a jurisprudência – alimentam o imaginário dos atuantes no campo do direito administrativo com algumas *lendas* tão ricas quanto o *folclore* brasileiro, que ali se fixam e custam a sair, fazendo com que as mesmas verdades absolutas sejam repetidas insistentemente⁶⁸, tal qual o aludido perfil generalista das autorizações administrativas.

Sendo assim, sobreleva-se a relevância jurídica e social do exame aprofundado das reais propriedades e matizes que informam a aplicação da técnica autorizativa como instrumento estatal de regulação econômica, visando a identificar as balizas que circunscrevem o instituto neste contexto.

66 SCHIRATO, Vitor Rhein. Repensando a pertinência dos atributos dos atos administrativos. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (coord.). *Os caminhos do ato administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 117.

67 TÁCITO, Caio. *Temas de direito público* (estudos e pareceres). Rio de Janeiro: Renovar, 1997. v. 1, p. 735.

68 SCHIRATO, 2014, p. 27.

Referências bibliográficas

ARAGÃO, Alexandre Santos. **Agências reguladoras – e a evolução do direito administrativo econômico**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013a.

ARAGÃO, Alexandre Santos. **Curso de direito administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013b.

ARAGÃO, Alexandre Santos. **Direito dos serviços públicos**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum: 2017.

ARAGÃO, Alexandre Santos; SCHIRATO, Vitor Rhein. Algumas considerações sobre a regulação para concorrência no setor de gás natural. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 4, n. 14, p. 37-53, 2006.

BINENBOJM, Gustavo. Assimetria regulatória no setor de transporte coletivo de passageiros: a constitucionalidade do art. 3º da Lei 12.996/2014. *In*: WALD, Arnoldo; JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães (org.). **O direito administrativo na atualidade: estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles (1917-2017)**. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 502-515.

BINENBOJM, Gustavo. **Liberdade igual: o que é e porque importa**. Rio de Janeiro: História Real, 2020.

BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador**. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.668-5 MC/DF**. Lei geral nº 9.472/97. Admissibilidade parcial da ação direta de inconstitucionalidade e deferimento em parte da liminar ante fundamentos retratados nos votos que compõem o acórdão. Requerentes: Partido Comunista do Brasil, Partido dos Trabalhadores, Partido Democrático Trabalhista, Partido Socialista Brasileiro. Requeridos: Presidente da República, Congresso Nacional. Relator Ministro Marco Aurélio, 20 de agosto de 1998. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347202>. Acesso em: 17 jun. 2022.

CÂMARA, Jacintho Arruda. As autorizações da lei geral de telecomunicações e a teoria geral do direito administrativo. **Revista de Direito de Informática e Telecomunicações – RDIT**, Belo Horizonte, ano 2, n. 3, p. 55-68, 2007.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

CASSESE, Sabino. **A crise do estado**. Campinas: Saberes, 2010.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Curso de direito administrativo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1954.

COUTINHO, Diogo R.; MESQUITA, Clarissa Ferreira de Melo; NASSER, Maria Virginia Nabuco do Amaral Mesquita. Empresas estatais entre serviços públicos e atividades econômicas. **Revista Direito GV**, v. 15, n. 1, e1902, 2019.

CRETELLA JÚNIOR, José. Definição da autorização administrativa. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 149, p. 1-17, 1982.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

_____. **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e parceria público-privada**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. 18. ed. Cambridge: Harvard University, 2001.

ENTERRÍA, Eduardo García; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de derecho administrativo**. 4. ed. Madri: Editorial Civitas, 1993. v. 2.

FERRAZ, Sergio; SAAD, Amauri Feres. **Autorização de serviço público**. São Paulo: Malheiros, 2018.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

FREITAS, Juarez. Agência nacional de transportes aquaviários. Princípio da segurança jurídica. Exigência da menor precariedade possível das

relações de administração. Terminais portuários de uso privativo. **Interesse Público**, Belo Horizonte, v. 5, n. 20, p. 88-104, 2003.

_____. Direito fundamental à boa administração pública e o reexame dos institutos da autorização de serviço público, da convalidação e do “poder de polícia administrativa”. *In*: ARAGÃO, Alexandre Santos; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 305-323.

_____. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

GUERRA, Sérgio. **Discretionariedade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

_____. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002.

LAGUNA DE PAZ, José Carlos. **La autorización administrativa**. Madrid: Civitas, 2006.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A nova regulação dos serviços públicos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 228, p. 13-29, 2002.

_____. **Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico**. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

_____. Do contrato administrativo à administração contratual. **Revista do Advogado**, São Paulo, ano XXIX, n. 107, p. 74-82, 2009.

_____. Limites à abrangência e à intensidade da regulação estatal. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 69-93, 2003a.

_____. Regime jurídico dos bens públicos empregados na geração de energia. **Revista de Direito Administrativo**, v. 232, p. 333-354, 2003b.

_____. Regulação e poder de polícia no setor de gás. **Revista de Direito Público da Economia RDPE**, Belo Horizonte, ano 2, n. 6, p. 97-125, 2004.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; CYMBALISTA, Tatiana Matiello; ZAGO, Marina Fontão. Extensão e limites da nova regulação do etanol: a Lei nº 12.490/11 e a exigência de prévia autorização. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 10, n. 38, p. 57-86, 2012.

MASAGÃO, Mario. **Curso de direito administrativo**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

MAURER, Hartmut. **Derecho administrativo alemán**. Cidade do México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2012.

MAYER, Otto. **Derecho administrativo alemán**. Buenos Aires: Depalma, 1950. v. 2.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 20. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de direito administrativo**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira. **Princípios gerais de direito administrativo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. v. 1.

MENEGAT, Fernando. **Serviço público, regulação e concorrência: as autorizações regulatórias nos setores de infraestrutura**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. Mecanismos de consenso no direito administrativo. *In*: ARAGÃO, Alexandre Santos; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 325-336.

MIRANDA, Fernando Cavalcanti Pontes. **Comentários à Constituição de 1946**. 2. ed. São Paulo: M. Limonad, 1953. v. 1.

MONTEIRO, Vera. **Concessão**. São Paulo: Malheiros, 2010.

MOREIRA, Egon Bockmann. Autorizações e contratos de serviços públicos. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 8, n. 31, p. 57-69, 2010.

_____. Qual é o futuro do direito da regulação no Brasil? *In*: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André (org.). **Direito da regulação e políticas públicas**. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 107-139.

MOREIRA, Vital. **Auto-regulação profissional e administração pública**. Coimbra: Almedina, 1997.

NESTER, Alexandre Wagner. A inserção do regime concorrencial nos serviços públicos. *In*: ARAGÃO, Alexandre Santos; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. 2. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 413-436.

_____. Evolução do conceito de autorização administrativa na doutrina brasileira. *In*: WALD, Arnoldo; JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães (org.). **O direito administrativo na atualidade: estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles**. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 108-128.

ORTIZ, Gaspar Ariño. **Principios de derecho público económico: modelo de estado, gestión pública, regulación económica**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

POMPEU, Cid Tomanik. **Autorização administrativa**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

RANELLETTI, Oreste. **Teoria degli atti amministrativi speciali**. 7. ed. Milão: Giuffrè, 1945.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica (princípios e fundamentos jurídicos)**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SCHIRATO, Vitor Rhein. A regulação brasileira do mercado de capitais: restrição da autonomia privada para a satisfação do interesse público. **Revista de Direito Público da Economia RDPE**, Belo Horizonte, ano 4, n. 16, p. 183-220, 2006.

_____. **Livre iniciativa nos serviços públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

_____. O poder de polícia é discricionário? *In*: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (coord.). **Poder de polícia na atualidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 27-45.

_____. Repensando a pertinência dos atributos dos atos administrativos. *In*: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (coord.).

Os caminhos do ato administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 115-144.

SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira. **Em busca do acto administrativo perdido.** Coimbra: Almedina, 2003.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. Gestão alternativa de serviços públicos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 219, p. 179-203, 2000.

SUNDFELD, Carlos Ari. A regulação de preços e tarifas dos serviços de telecomunicações. *In:* _____ (coord.). **Direito administrativo econômico.** São Paulo: Malheiros, 2000a. p. 317-328.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo ordenador.** São Paulo: Malheiros, 1993.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público.** 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SUNDFELD, Carlos Ari. Regime jurídico do setor petrolífero. *In:* _____ (coord.). **Direito administrativo econômico.** São Paulo: Malheiros, 2000b. p. 385-396.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Silêncio administrativo e renovação de autorizações de uso de radiofrequência: o caso MMDS. **Revista de Direito de Informática e Telecomunicações – RDIT**, Belo Horizonte, ano 3, n. 4, p. 9-24, 2008.

TÁCITO, Caio. **Temas de direito público** (estudos e pareceres). Rio de Janeiro: Renovar, 1997. v. 1.

ANÁLISE DAS CLÁUSULAS ALEATÓRIAS DE ATUALIDADE DOS CONTRATOS DE CONCESSÃO RODOVIÁRIA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Vinicius José Alves Avanza¹

SUMÁRIO: 1 – Introdução; 2 – Da abordagem teórica; 2.1 – Por que denominar as cláusulas que impõem o dever de manutenção da atualidade como aleatórias?; 2.2 – A legalidade da inserção de elementos aleatórios no contexto dos contratos administrativos; 2.3 – Da validade das *cláusulas aleatórias de atualidade*; 3 – Conclusão; Referências.

RESUMO: Como forma de lidar com a necessidade constante de atualização e padronização dos sistemas rodoviários, o estado de São Paulo, ao desenhar seus contratos de concessão, se valeu de um recurso jurídico que alia elementos pontualmente aleatórios a um ambiente negocial mais amplo, complexo e preponderantemente comutativo. Trata-se de cláusulas aleatórias que outorgam ao concessionário o dever de promover, por sua conta e risco, a adequação suficiente para a manutenção dos padrões de atualidade que se fizerem necessários ao longo da execução contratual. A juridicidade do referido mecanismo contratual, desde a sua instrumentalização efetiva, desencadeou discussões no plano prático e doutrinário acerca da possibilidade de inserção de elementos aleatórios no contrato administrativo *lato sensu*, bem como de outros aspectos relacionados ao equilíbrio contratual

¹ Procurador do Estado de São Paulo, especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV) e mestrando em Direito Público pela Fundação Getúlio Vargas (FGV).

e da previsibilidade obrigacional. A solução proposta pressupõe uma investigação acerca da natureza jurídica das cláusulas aleatórias, bem como uma análise da adequação formal do mecanismo estudado ao ordenamento jurídico. A questão é fragmentada e ganha relevância, na medida em que todos os contratos de concessão rodoviária do estado de São Paulo, instrumentos que naturalmente são desenvolvidos para vigorar por um longo período de tempo, adotaram, em maior ou menor grau, as cláusulas aleatórias voltadas à manutenção do dever de atualidade. Se, de um lado, o poder concedente entende que todos os custos são imputáveis à concessionária, de outro, os concessionários entendem que a aplicação efetiva das cláusulas de atualidade importam na necessidade de reequilíbrio do contrato administrativo.

PALAVRAS-CHAVE: Contrato administrativo. Concessões. Contrato aleatório. Contrato comutativo. Riscos contratuais. Matriz de riscos. Reequilíbrio contratual.

1. INTRODUÇÃO

Em meio à escassez de recursos orçamentários para o custeio de grandes obras de infraestrutura e à necessidade de promover um serviço público rodoviário adequado, o estado de São Paulo instituiu o programa de concessões rodoviárias, preponderantemente pautado no regime de “concessões comuns” que, até o presente momento, compreende aproximadamente 9,8 mil quilômetros de rodovia, distribuídos sob a administração de 20 concessionárias, totalizando mais de R\$ 6,6 bilhões em investimentos.

O programa de concessões rodoviárias deflagrado pelo estado de São Paulo em 1998 experimenta um constante e significativo processo de aperfeiçoamento jurídico, fato que resultou na existência de, ao menos, quatro modelagens contratuais distintas² e sucessivamente adotadas. Por se tratar de contratos de longo prazo, até a data da conclusão do presente trabalho, vigem, de forma simultânea, versões de todos os modelos contratuais.

2 Como referência, se adotará, para efeitos do presente trabalho, os contratos relativos aos Lotes: (a) 1 – (Autoban); (b) Lote 19 – (Viarondon); (c) Lote 27 – (Tamoios); e (d) Lote 30 – (Eixo SP).

A modelagem contratual, embora desenvolvida para atender a todas as necessidades circunstancialmente aferidas em determinado momento histórico, quando formalizada e subscrita pelos contratantes, transcende o plano teórico hipotético e é submetida aos problemas inerentes ao ambiente prático.

Um dos problemas jurídicos enfrentados pelo estado de São Paulo no desenvolvimento de um modelo contratual de concessão que melhor atenda às expectativas não só do próprio Poder Público, mas também do parceiro privado e dos usuários, se insere na elaboração de um regramento contratual adequado à implementação e à manutenção da atualidade na prestação dos serviços.

Diversas são as circunstâncias práticas que importam na superação do padrão de atualidade estabelecido, demandando, assim, novos investimentos para, por exemplo, necessidades de padronização técnica, observância de nova legislação ou parâmetro regulatório, entre outras.

Para fazer frente à necessidade de investimentos essenciais à manutenção da atualidade dos serviços públicos rodoviários, a Administração Pública Estadual, ao desenhar seus editais e contratos de concessão, se valeu de um recurso jurídico aparentemente eficaz. O estado de São Paulo, sem prejuízo de estabelecer um rol inicial de investimentos para a prestação de um serviço atual, imputou também às concessionárias, por meio de cláusulas contratuais e disposições editalícias, o dever de realizar investimentos futuros que se revelarem necessários, dentro do prazo da concessão, para a manutenção da atualidade dos serviços, não estando tal prestação condicionada ao reequilíbrio econômico-financeiro do contrato. Para efeitos do presente trabalho, as normas contratuais que impõem ao concessionário os deveres de atualidade ora descritos serão denominadas como *cláusulas aleatórias de atualidade*.

As *cláusulas aleatórias de atualidade* consistem, portanto, em (i) disposições contratuais ou editalícias que, (ii) sem subordinar a eficácia do negócio jurídico principal, (iii) desencadeiam o surgimento de prestações diversas e posteriores àquelas originariamente convenionadas no cronograma físico-financeiro do contrato, (iv) atreladas a um dever geral de manutenção da atualidade do serviço, (v) cuja constatação da necessidade dos investimentos decorre de manifestação ou fato oriundo de órgão/entidade competente e (vi) não suscitam, em uma interpretação literal, o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Em maior ou menor grau^{3 4 5 6}, em todas as versões dos contratos de concessão, o poder concedente se valeu das *cláusulas aleatórias de atualidade* como forma de impor ao concessionário um dever genérico de manutenção da atualidade.

O presente trabalho tem por escopo não só a análise da legalidade das *cláusulas aleatórias de atualidade*, mas também a viabilidade ou não do reequilíbrio econômico-financeiro em face da sua aplicação.

2. DA ABORDAGEM TEÓRICA

2.1. Por que denominar as cláusulas que impõem o dever de manutenção da atualidade como aleatórias?

Ao analisar as cláusulas e subcláusulas contratuais inerentes aos deveres de atualidade das concessões do estado de São Paulo, percebe-se que a sistemática adotada se difere do modelo de obrigação

-
- 3 Nos contratos da primeira rodada de concessões, as *cláusulas aleatórias de atualidade* imputavam à concessionária o dever de prestar o serviço adequado, englobando, por expressa disposição prevista no edital, o dever de implantar sistemas tecnologicamente atualizados não só para elevar o nível dos serviços prestados aos usuários (Serviços Delegados), como também para otimizar o desempenho dos serviços não delegados, tal como o monitoramento do tráfego e a fiscalização de trânsito (Item 20 do Edital referente ao Lote 1).
 - 4 Nos contratos da segunda rodada de concessões (contratos celebrados entre 2007 e 2010), as cláusulas aleatórias de atualidade continham redação similar àquelas consignadas na primeira rodada, porém enfatizavam a necessidade de implantar sistemas atualizados *durante todo o prazo da concessão*. A alteração feita na redação dos contratos da segunda rodada, de forma mais clara, demonstra que a intenção do estado de São Paulo era imputar ao concessionário a obrigação concernente aos investimentos para a atualidade dos sistemas ao longo de todo o prazo da concessão, neles incluídos os investimentos expressamente consignados no contrato/edital, bem como os que, embora não incluídos, se fizessem necessários para a manutenção da atualidade.
 - 5 Na concessão do Lote 27 (concessão patrocinada da Rodovia dos Tamoios), a redação da cláusula que impõe o dever de atualidade se aproxima da redação dos contratos relativos às concessões da primeira rodada, vez que a expressão “durante todo o prazo da concessão” foi suprimida (artigo 8º do regulamento da concessão).
 - 6 No contrato de concessão do Lote 30, cuja administração foi atribuída à Eixo SP, a questão é tratada de forma significativamente diferente, vez que o Poder Concedente vinculou o dever de atualidade ao atingimento ou não dos indicadores de desempenho trazidos no contrato. Em que pese a escolha de um parâmetro mais objetivo, a aleatoriedade é mantida, ainda que em menor grau, pois, concomitantemente à vinculação da atualidade aos indicadores de desempenho, o contrato também impõe investimentos para a adequação aos novos parâmetros de atualidade em caso de obsolescência, parâmetro que compreende margem interpretativa sujeita ao subjetivismo.

contratual tradicionalmente estabelecido, em que o *an debeatur* e o *quantum debeatur* são previamente aferíveis.

Nas cláusulas que impõem ao concessionário o dever de manter a atualidade dos serviços, não se permite saber com precisão, no momento da exteriorização da vontade, *o que* será devido, *quanto* será devido e *quando* nascerá a prestação imputada à contratada. Não se trata, por outro lado, de uma obrigação completamente desvinculada de parâmetros normativos. É possível constatar, a partir da análise do texto das cláusulas, que o conteúdo obrigacional imputado aos concessionários se limita à realização de investimentos para a manutenção da atualidade dos serviços prestados na concessão (parâmetro material), no valor necessário para tanto (parâmetro quantitativo) e ao longo do prazo contratado (parâmetro temporal).

Apesar da existência de parâmetros, percebe-se que a obrigação prevista comporta significativa margem de indeterminação, seja no aspecto material, quantitativo ou temporal. Antes de adentrar a questão atinente à legalidade propriamente dita e a fim de estabelecer um estudo adequado à ordem vigente, cabe investigar qual o regramento aplicável às cláusulas de atualidade.

É certo, outrossim, que, além dos elementos indeterminados, as cláusulas ora analisadas configuram uma fórmula com a qual o poder concedente tentou administrar efeitos futuros que, a partir das experiências anteriores, se demonstraram potencialmente impactantes no objeto da contratação.

Em um primeiro contato, as cláusulas de atualidade pareciam se moldar às figuras de dois institutos jurídicos previstos no Código Civil, quais sejam: (a) a condição suspensiva, vez que as cláusulas de atualidade poderiam caracterizar um negócio jurídico acessório sujeito à condição suspensiva que, quando da ocorrência de evento futuro e incerto (necessidade de realizações de investimentos para a manutenção da atualidade), deflagraria o surgimento da obrigação do concessionário; e (b) a obrigação aleatória ou não comutativa, haja vista que, posto diga respeito a fatos futuros, imputa somente a uma das partes o risco da não ocorrência do evento aleatório.

Embora haja alguma coincidência, principalmente em razão de lidar com as incertezas inerentes ao futuro, não se trata da figura jurídica da

condição. A condição, seja ela suspensiva ou resolutiva, consiste em elemento accidental que subordina a eficácia do negócio jurídico principal, hipótese que não se verifica no contrato de concessão e tampouco nas cláusulas de atualidade. Apesar da prestação específica da concessionária só nascer com o fato futuro, se este vier a acontecer, seus direitos (prestações devidas pelo poder público e pelos usuários) não se encontram subordinados. O negócio, portanto, é eficaz desde o início, hipótese que é incompatível com os efeitos jurídicos decorrentes das condições.

A aleatoriedade do negócio jurídico descrita no artigo 458 e seguintes do Código Civil, contudo, se molda com mais precisão às disposições jurídicas ora estudadas. Sobre a referida espécie negocial, podemos afirmar:

são os *contratos aleatórios*, onde a medida das prestações recíprocas, ou até a susceptibilidade de as obter, são confiadas, pelos contraentes, ao acaso, que cada um espera evolua em sentido favorável para si. São contratos de especulação sobre o destino: pertence à sua própria função, à sua própria causa, que eles possam ganhar muito, mas também perder muito, ou tudo.⁷

No caso das cláusulas que impõem o dever de atualidade, o negócio jurídico principal (relação de concessão) e todos os mecanismos de remuneração da concessionária são eficazes desde a celebração do contrato ou da data nele definida. A prestação devida pelo poder público e pelos usuários ao concessionário não experimenta qualquer condicionante temporal ou mesmo circunstancial. O evento futuro e aleatório repercute sobre um negócio já eficaz e só tem a aptidão de desencadear o dever de prestação da concessionária, moldando-se com mais precisão à redação do artigo 458 do Código Civil⁸.

Se o evento aleatório não ocorrer, portanto, a contraprestação devida pelo Poder Público continuará devida, não sofrendo qualquer restrição, mitigação ou supressão, fato que demonstra que as cláusulas

7 ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2020, p. 264.

8 Código Civil – Art. 458. Se o contrato for aleatório, por dizer respeito a coisas ou fatos futuros, cujo risco de não virem a existir um dos contratantes assumiu, terá o outro direito de receber integralmente o que lhe foi prometido, desde que de sua parte não tenha havido dolo ou culpa, ainda que nada do avençado venha a existir.

de atualidade ora analisadas representam um fragmento negocial aleatório inserido dentro de um contrato preponderantemente comutativo, que aloca o risco da obsolescência e da necessidade de adequações aos padrões de atualidade na esfera jurídico-patrimonial do concessionário.

Percebe-se, desta feita, que a modelagem contratual adotada pelo estado de São Paulo, no tocante às cláusulas aleatórias de atualidade, assumiu um modelo aleatório em que os novos parâmetros de atualidade foram alçados à condição de um *risco contratual*.

2.2. A legalidade da inserção de elementos aleatórios no contexto dos contratos administrativos

Dentre as características atribuídas ao regime jurídico dos contratos administrativos, é frequente a menção à comutatividade como um elemento essencial e caracterizador das avenças públicas.

De maneira geral, a doutrina⁹ e a jurisprudência¹⁰ entendem que a comutatividade inerente aos contratos administrativos decorreria da equivalência existente entre as prestações obrigacionais celebradas entre os contratantes e encontraria seu fundamento jurídico no § 1º do artigo 54 da Lei Federal nº 8.666/1993. Há também aqueles que entendem que a própria Constituição Federal exigiria que os contratos ostentassem natureza exclusivamente comutativa, tendo em vista que o direito ao reequilíbrio previsto no inciso XXI do artigo 37 pressuporia um ambiente em que haja reciprocidade e equivalência de obrigações¹¹.

Nos contratos de parcerias, o entendimento não é diferente, vez que, na ausência de previsão específica, é comum que o interprete se socorra da Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos.

Dentro desse contexto, torna-se relevante analisar a possibilidade de inserção de elementos aleatórios nos contratos administrativos sob o prisma da equivalência e da reciprocidade obrigacional.

9 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Curso de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 182.

10 REsp 699860/RS (STJ), Remessa Necessária nº 1001645-04.2017.8.26.0372 (TJ/SP).

11 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Licitações e contratos administrativos: teoria e prática*. 8. ed. São Paulo: Método, 2019, p. 242.

Os negócios jurídicos aleatórios e comutativos são subespécies negociais onerosas, ou seja, há assunção voluntária de obrigações e concessão de direitos, com a conseqüente repercussão patrimonial, para ambas as partes. A assertiva é relevante para extirpar, de antemão, qualquer interpretação tendente a invalidar a adoção da aleatoriedade no âmbito dos contratos administrativos sob a justificativa de que o caráter gratuito ou unilateral desencadearia um ato de disposição patrimonial indevido e, por conseqüência, afrontaria o princípio da indisponibilidade do interesse público.

A reciprocidade contratual, caracterizada pela bilateralidade obrigacional, está presente no negócio aleatório, na medida em que se constata, ainda que em análise abstrata, a existência de uma prestação e uma contraprestação. Ambas as partes são vinculadas pelo negócio aleatório na medida em que, de um lado, o tomador do risco tem o dever de lidar com o evento futuro e incerto e, de outro, a parte contrária assume o risco de que aquele evento/risco não venha a ocorrer. A reciprocidade obrigacional, portanto, revela-se presente.

Acerca da equivalência, entende-se que a questão demanda uma análise mais acurada.

Em uma primeira abordagem, pareceria razoável sustentar que o negócio jurídico que comporta uma obrigação de cunho aleatório não compreenderia uma equivalência prestacional. O raciocínio parece lógico, na medida em que, via de regra, não haverá uma relação equilibrada entre as vantagens e desvantagens experimentadas pelos contratantes. Ora uma parte sairá beneficiada, ora a outra extrairá maiores ou até mesmo todos os benefícios da relação¹².

A equivalência obrigacional, seja no vínculo comutativo ou aleatório, não se limita à relação de proporcionalidade ou equilíbrio patrimonial entre a prestação e contraprestação (equivalência objetiva). Para além da comparação patrimonial das prestações, é necessário

12 Tomemos como exemplo o contrato de seguro. Se o sinistro não ocorrer, a seguradora auferirá todos os benefícios enquanto o segurado arca sozinho com o dispêndio patrimonial consistente no pagamento do prêmio. Se, contudo, o sinistro ocorrer, a seguradora terá que arcar com a sua parte da prestação, ainda que esta seja mais onerosa do que a contraprestação que lhe foi originariamente assegurada.

analisar se, à luz das circunstâncias presentes no momento da celebração do negócio, ambas as partes, capazes e sem a interferência de pressões externas, consentiram com a cessão, de forma genuinamente voluntária, de parte do seu patrimônio ou liberdade em troca de uma prestação que lhe parecia mais vantajosa (equivalência subjetiva).

É, portanto, a *equivalência subjetiva* que harmoniza e dá substância à relação negocial, traduzindo assim um maior respeito à autonomia da vontade e patrimonial dos envolvidos, bem como evitando atribuir um grau desarrazoado de instabilidade ao contrato decorrente de uma avaliação *a posteriori* do seu equilíbrio obrigacional.

Assentadas essas premissas, vale destacar a ponderação de Maurício Portugal Ribeiro¹³ que, na contramão da doutrina tradicional e no contexto específico do reequilíbrio contratual, referenda a possibilidade de inserção de aspectos aleatórios no contrato administrativo:

Portanto, não me parece haver dúvidas que é perfeitamente lícito no nosso sistema jurídico o estabelecimento de mecanismos de apuração de desequilíbrio de contratos e de definição do valor das compensações que incluam elementos aleatórios. A licitude desses elementos aleatórios implica necessariamente na impossibilidade de, posteriormente, se invalidar, por essa razão, os contratos por consequência dos efeitos do funcionamento desses elementos aleatórios. Por exemplo, a parte prejudicada por perdas que decorram exclusivamente dessa aleatoriedade não poderá questionar a aleatoriedade com base apenas nas perdas que ela eventualmente lhe causar. E as normas sobre a proibição do enriquecimento sem causa e sobre a onerosidade excessiva das obrigações são automaticamente afastadas contra efeitos de um mecanismo propositalmente aleatório adotado pelas partes.

Embora a aleatoriedade, no campo dos negócios públicos, seja vista com desconfiança pela doutrina tradicional, deve-se observar que se

13 RIBEIRO, Maurício Portugal. Aleatoriedade em processos de reequilíbrio de contratos: o uso de estimativas de demanda para definir o valor da compensação às partes e para medir o valor do desequilíbrio. *Portugal Ribeiro Advogados*, [s. l.], 2016a. Disponível em: <https://portugalribeiro.com.br/aleatoriedade-em-processos-de-reequilibrio-de-contratos-o-uso-de-estimativas-de-demanda-para-definir-o-valor-da-compensacao-as-partes-e-para-medir-o-valor-do-desequilibrio/>. Acesso em: 17 jan. 2021.

trata de um mecanismo cuja utilização se encontra amplamente disseminada no ambiente prático, inclusive nos contratos administrativos.

É certo que os contratos administrativos, se tomados de maneira geral, não são preponderantemente aleatórios. A comutatividade, bem como a certeza que lhe é inerente, é característica relevante nas contratações públicas. Há, contudo, em significativa parte das contratações públicas, aspectos obrigacionais cuja dinâmica comporta maior grau de aleatoriedade.

A distribuição de riscos, seja ela inerente ao modelo tradicional de contratações públicas ou aos contratos de parceria, nada mais é do que o estabelecimento de um vínculo obrigacional aleatório, ainda que de cunho acessório, pois representa uma tentativa do administrador de lidar com as causas e consequências inerentes a eventos futuros sem prejudicar a eficácia do negócio presente. Variações cambiais, variações de preços, alterações na estrutura jurídico-normativa e outras oscilações de toda ordem constituem eventos aleatórios que podem impactar na estrutura contratual e que, usualmente, têm suas consequências distribuídas, de maneira lícita, no plano *endocontratual*.

A par das objeções doutrinárias, não sendo constatado nenhum impedimento jurídico e verificada a ampla e disseminada adoção de critérios aleatórios em contratos administrativos ordinários e em parcerias, entende-se que o administrador dispõe da liberdade para que, dentro da sua margem de discricionariedade, estabeleça elementos contratuais aleatórios criadores de novas obrigações.

2.3. Da validade das cláusulas aleatórias de atualidade

Por validade, se tratará, no presente tópico, da relação de adequação das cláusulas aleatórias de atualidade às normas, regras ou princípios estabelecidas na lei e na Constituição Federal.

Por não constituir o objeto do estudo, se presumirá que as *cláusulas aleatórias de atualidade* foram instrumentalizadas em contrato administrativo cuja subscrição decorreu do consentimento expresso de ambas as partes e foi precedida, em todos os casos, de licitação na modalidade adequada e da devida publicidade. A supremacia e a indisponibilidade do interesse público, o princípio da isonomia entre os

licitantes, a autonomia da vontade e o procedimento formal, também por presunção, consideram-se respeitados.

A legalidade, contudo, não se resume aos preceitos específicos de Direito público. O contrato/edital, e nele incluída cada uma de suas disposições, deve observar, no que couber, o regramento geral relativo aos direitos das obrigações, aos negócios jurídicos e à teoria geral dos contratos.

Nessa abordagem majoritariamente teórica, portanto, cumpre verificar se as *cláusulas aleatórias de atualidade* preenchem os requisitos de validade¹⁴ ¹⁵ e eficácia¹⁶ consubstanciados na norma geral.

A análise se restringirá às *cláusulas aleatórias de atualidade*, não fazendo menção, por inoportuno, aos requisitos de validade dos demais aspectos do contrato de concessão. Trata-se, portanto, da verificação da validade/invalidade parcial do contrato de concessão¹⁷, circunscrita às disposições, efeitos e interpretações das *cláusulas aleatórias de atualidade*.

A validade de uma cláusula contratual, fragmento obrigacional de um negócio jurídico mais amplo, pressupõe o atendimento aos termos genéricos da legislação negocial, sendo, portanto, necessário verificar os requisitos genéricos previstos no artigo 104 do Código Civil. Os requisitos de validade relativos à *capacidade do agente* e à *forma negocial* parecem dispensar maiores indagações e não se circunscrevem ao ponto analisado, mas sim ao contrato, em sua máxima amplitude.

O requisito que se pode extrair de uma abordagem mais restrita e, portanto, específica das cláusulas que impõem ao concessionário o dever de atualidade remanesce na natureza e no grau de determinação do *objeto*.

O Código Civil preceitua que o *objeto* do negócio jurídico deve ser lícito, possível, determinado ou determinável, e é nesse ponto que se

14 Optou-se por não considerar os requisitos de existência, haja vista que, de uma forma geral, se trata de requisitos mais basilares e não causam maiores discussões quanto a sua verificação.

15 Por requisitos de validade, se considerará o disposto no artigo 104 do Código Civil, quais sejam: (a) agente capaz; (b) objeto lícito, possível, determinado ou determinável; (c) forma prescrita ou não defesa em lei; bem como o requisito adicional introduzido pela doutrina em uma interpretação sistemática do Código Civil, a saber: (d) vontade livre, desimpedida e de boa-fé.

16 Quanto aos elementos condicionantes da eficácia, serão considerados, para efeitos do presente trabalho, os institutos preconizados no Capítulo III do Título I do Livro III do Código Civil, quais sejam: a condição, o termo e o encargo.

17 Nos termos do artigo 184 do Código Civil, a verificação da validade/invalidade parcial dos negócios jurídicos é possível e prescinde da avaliação de todo o negócio principal.

concentra a maioria, senão a totalidade, das discussões doutrinárias que acabam por orientar os litígios administrativos e jurisdicionais acerca da aplicação prática das *cláusulas aleatórias de atualidade*.

Sundfeld e Câmara¹⁸, ao analisarem as cláusulas que ora são denominadas como *aleatórias de atualidade*, vislumbram duas interpretações possíveis, uma que conduziria à licitude e outra à ilicitude.

Os autores defendem que a interpretação de tais cláusulas pode ser considerada válida, desde que: (i) sejam tratadas como autorização genérica para que o Poder Concedente e/ou a Agência Reguladora, no curso da contratação, imponham ao concessionário o dever de realizar modificações contratuais; e (ii) se as modificações importarem em novos encargos, ou seja, se forem modificações onerosas, terá o contratado o direito à devida compensação mediante o reequilíbrio econômico financeiro do contrato.

De outro lado, na hipótese de serem interpretadas como uma disposição contratual que, ocorrido o evento aleatório de atualidade, imponha aos concessionários a realização dos investimentos necessários para a manutenção/adequação dos padrões de atualidade sem ensejar o reequilíbrio do contrato, as cláusulas de atualidade são consideradas pelos autores como ilícitas/inválidas, em razão, principalmente, da indeterminabilidade do objeto. É nessa interpretação que o presente trabalho se concentra.

Os autores justificam que os encargos contratuais atribuídos/atribuíveis aos concessionários se desdobram em duas espécies, os *encargos programados* – aqueles previstos expressamente no rol de investimentos do contrato e já inseridos na equação econômico-financeira inicial – e os *encargos adicionais* que, por não estarem expressamente previstos na contratação ou no edital, decorreriam de alteração dos termos contratados e, para tanto, ensejariam o reequilíbrio do contrato. Atribuir os *encargos adicionais* ao concessionário sem o concomitante reequilíbrio econômico financeiro do contrato, na opinião dos autores, acarretaria em ilegalidade, haja vista que: (a) a norma que impõe o

18 SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Atualidade do serviço público concedido e reequilíbrio da concessão. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, v. 16, n. 61, p. 41-54, jan.-mar. 2018.

dever de atualidade¹⁹ traduz comando dirigido exclusivamente ao poder público, que o implementará na modelagem dos termos da contratação; (b) é equivocada a interpretação de que o dever genérico de atualidade seja atribuído ao concessionário sem previsão legal específica que expressamente imponha o dever de adoção de todas as atualizações posteriores à fixação dos termos iniciais do negócio; (c) a Lei de Concessões imputa à concessionária tão somente as condições necessárias à prestação do serviço expressamente consignadas no edital; (d) a obrigação genérica de atualidade descumpra o escopo contratual de atribuir segurança jurídica aos contratantes por meio da liquidez, certeza e determinação do objeto obrigacional; (e) os referidos encargos (adicionais) decorrem de alteração unilateral do contrato e, portanto, impõem medidas de compensação para a manutenção do equilíbrio inicial e; (f) são inválidas as cláusulas que vinculem o risco de uma das partes à arbitrariedade da outra.

A análise interpretativa proposta pelos autores pressupõe a ideia de uma cláusula comutativa, na qual as obrigações são – ou deveriam ser – predefinidas e ambas as partes teriam a exata ciência de suas prestações, inclusive em relação aos custos efetivos. De fato, dentro dessa análise, parece inadequada a inserção, na conta inicial da equação que consubstancia o equilíbrio econômico financeiro do contrato, do custo dos investimentos vindouros (*encargos adicionais*).

Uma análise sob a perspectiva da aleatoriedade, contudo, parece mais adequada e atenta ao contexto contratual na qual foram inseridas as *cláusulas aleatórias de atualidade*.

De fato, as normas que impõem o dever de prestação do serviço adequado e, por consequência, de atualidade, devem orientar o poder público na elaboração da modelagem contratual. Seguindo tal determinação, o poder público atribuiu ao concessionário todos os deveres de realização de investimentos para a manutenção da atualidade e o fez por

19 Lei nº 8.987/93 – Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

§ 1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

§ 2º A atualidade compreende a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço.

intermédio de um modelo contratual aleatório perfeitamente adequado à redação do artigo 458 do Código Civil, vez que (i) diz respeito a fatos futuros²⁰, (ii) cujo risco de não virem a existir um dos contratantes assuma²¹, (iii) tendo o outro o direito de receber integralmente o que lhe foi prometido²², (iv) desde que não tenha agido com dolo ou culpa.

No contrato aleatório, a prestação devida quando do surgimento do risco e o evento necessário à sua deflagração devem ser meramente determináveis, ou seja, o contrato deve definir a prestação hábil a lidar com a ocorrência do risco e quando surgirá o dever de fazê-lo (o evento risco).

A partir da leitura das cláusulas contratuais de atualidade dos contratos de concessão rodoviária do estado de São Paulo, exprime-se que o fato gerador da obrigação, assim como a medida que se impõe, no caso de sua ocorrência, são identificáveis.

O evento futuro que desencadeia a prestação (fato gerador da prestação) ocorre com o surgimento de um novo padrão de atualidade (risco). Em geral, o padrão definidor do novo modelo de atualidade decorre de um ato oficial que extrapola os limites do contrato, ganhando assim contornos de generalidade²³, tal como uma norma técnica confeccionada pela ABNT, uma resolução do órgão de trânsito competente ou mesmo uma determinação do poder concedente.

Tal como o evento de risco, a prestação é facilmente identificável, exigindo-se do concessionário a medida suficiente para alcançar o padrão de atualidade vigente.

Não se trata, portanto, de uma obrigação de fazer qualquer coisa a qualquer tempo. Há critérios predefinidos que, embora não necessariamente determinados, revelam um nível mínimo de determinabilidade, pois podem ser estimados, computados e inseridos nos cálculos da proposta apresentada na fase licitatória.

Sob essa ótica, não se verifica a criação de um novo encargo. Em verdade, o encargo da concessionária (prestação consistente em adotar as

20 Surgimento de novos padrões de atualidade.

21 O poder público assume o risco desses fatos não acontecerem.

22 A concessionária não sofre qualquer restrição em sua contraprestação em decorrência do acontecimento ou não do fato futuro de risco.

23 Aplicam-se a todos os contratos naquela situação.

medidas para manter a atualidade dos serviços) já estava previsto desde a celebração do contrato, porém condicionado à implementação do risco que, inclusive, poderia não ocorrer.

Vale destacar que a doutrina já mencionada sustenta a ilicitude das cláusulas aleatórias de atualidade, justificando, para tanto, na impossibilidade de vinculação dos riscos à arbitrariedade da parte contrária. Para melhor analisar a questão, dividem-se as premissas adotadas no argumento em três, quais sejam: (a) a entidade que estabelece o novo padrão de atualidade é parte no contrato; (b) o ato definidor do novo padrão é arbitrário; e (c) há vedação legal para o estabelecimento de cláusulas vinculadas à vontade de uma das partes.

A questão trazida pela doutrina encontra aparente respaldo na redação do artigo 122 do Código Civil, que declara ilícitas as condições sujeitas “ao puro arbítrio de uma das partes”²⁴. A doutrina chama tais condições de *puramente potestativas*²⁵.

No tema ora analisado, a ocorrência do evento risco (novo padrão de atualidade) não decorre do ato de uma das partes. A parte, em sentido formal, representa o aspecto subjetivo da relação obrigacional. Os atos das partes, portanto, repercutem no âmbito da relação negocial, não projetando, via de regra, efeitos em outros contratos. Trata-se da aplicação do princípio da relatividade dos efeitos do contrato.

O poder público, ao definir novos padrões de atualidade, o faz por meio de ato normativo dotado de generalidade, de forma que tal ato estende seus efeitos a todos os contratos de concessão de rodovias em igual situação, não se tratando, portanto, de um ato endocontratual inerente à condição de contratante. Trata-se, assim, de ato praticado pelo poder público na condição de ente responsável pela regulamentação da atividade (relação verticalizada).

A Lei Complementar Estadual nº 17.293/2020, que alterou a Lei Complementar nº 914/2002 e incluiu o inciso V ao artigo 4º do referido

24 Código Civil – Art. 122. São lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes; entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes.

25 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. Saraiva. 2005, v. 1, p. 102-121.

diploma normativo, reforça o caráter ambivalente da atuação do poder público perante os contratos de concessão – ora atuando como parte subjetiva em uma relação horizontalizada, ora agindo em um cenário de sobreposição de interesses – ao dispor que a Artesp, agência reguladora de transportes no estado de São Paulo, tem por finalidade o gerenciamento dos “contratos de prestação de serviços públicos de transporte, inclusive do transporte de passageiros”.

Ademais, o estabelecimento de um novo padrão de atualidade também não se revela arbitrário. O ato arbitrário é aquele que se sujeita exclusivamente à vontade do prolator. Conforme já demonstrado, o estabelecimento dos padrões de atualidade está atrelado a parâmetros contratuais mínimos relacionados ao aspecto material (prestação ligada ao atendimento ao padrão de atualidade), ao aspecto quantitativo (prestação em que o valor seja tão somente o suficiente para o atendimento do novo padrão) e ao aspecto temporal (prestações devidas no prazo da concessão).

Não há, por fim, vedação genérica ao estabelecimento de cláusulas atreladas à vontade posteriormente manifestada de um dos contratantes. A vedação consignada no artigo 122 do Código Civil se refere, por expressa disposição legal, às condições.

Conforme já demonstrado, as cláusulas aleatórias de atualidade não encontram seu fundamento jurídico no regramento atribuído às condições, mas sim na aleatoriedade obrigacional prevista no artigo 458 e seguintes do Código Civil. As vedações relativas à condição, desta feita, tomada como elemento meramente accidental do negócio jurídico, não são extensíveis à modalidade negocial ora analisada.

Percebe-se que, em um contexto aleatório, nenhum dos vícios elencados hipoteticamente atribuíveis às *cláusulas aleatórias de atualidade* persiste, conduzindo à conclusão de que o referido instrumento é válido e também apto à produção dos seus efeitos jurídicos, inclusive impedindo qualquer pretensão da concessionária de reequilíbrio das obrigações, ainda que sob a justificativa de enriquecimento sem causa do poder público ou de necessidade de manutenção do equilíbrio inicial, visto que eventual prejuízo decorrente da necessidade de investimentos para lidar com o novo padrão de atualidade caracterizarão uma assunção de um risco previsto ou previsível, cuja disposição patrimonial para lidar com o evento se engloba nos atos dispositivos ordinários do negócio.

As considerações destacadas circunscrevem-se aos aspectos jurídicos e negociais das *cláusulas aleatórias de atualidade*, não representando, outrossim, qualquer abordagem acerca da efetividade ou mesmo da eficiência do referido mecanismo.

3. CONCLUSÃO

O objeto do presente estudo, ora denominado como *cláusulas aleatórias de atualidade*, são (i) disposições contratuais ou editalícias que, (ii) sem subordinar a eficácia do negócio jurídico principal, (iii) desencadeiam o surgimento de prestações diversas e posteriores àquelas originariamente convencionadas no cronograma físico-financeiro do contrato, (iv) atreladas a um dever geral de manutenção da atualidade do serviço, (v) cuja constatação da necessidade dos investimentos decorre de manifestação ou fato oriundo de órgão/entidade competente e (vi) não suscitam, em uma interpretação literal, o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato.

O Estado de São Paulo faz uso das *cláusulas aleatórias de atualidade* para distribuir riscos contratuais inerentes a eventos que imponham a adequação tecnológica, de padronização ou qualquer outra medida que imponha a atualização dos sistemas.

O regime jurídico de direito público não oferece qualquer óbice à inserção de elementos aleatórios nos contratos públicos.

As *cláusulas aleatórias de atualidade* consubstanciam relações obrigacionais que compreendem reciprocidade e equivalência contraprestacional.

Os encargos necessários para o alcance dos novos padrões de atualidade, ainda que previstos de modo genérico (prestação meramente *determinável*), estavam consignados desde a celebração do contrato e, portanto, não importam em um novo dever e tampouco decorrem de alteração unilateral da relação contratual.

A partir das considerações aqui delineadas, entende-se não haver, em favor do concessionário, direito ao reequilíbrio do contrato quando da realização de novos investimentos, ainda que onerosos, para a manutenção da atualidade.

A conclusão se restringe, entretanto, a uma análise estritamente jurídica, não considerando os critérios de vantajosidade, os impactos regulatórios, a análise de incentivos, a eficácia prática, dentre outros aspectos atrelados ao mecanismo contratual analisado.

REFERÊNCIAS

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Curso de direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 1.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Licitações e contratos administrativos: teoria e prática**. 8. ed. São Paulo: Método, 2019.

RIBEIRO, Maurício Portugal. Aleatoriedade em processos de reequilíbrio de contratos: o uso de estimativas de demanda para definir o valor da compensação às partes para medir o valor do desequilíbrio. **Portugal Ribeiro Advogados**, [s. l.], 2016a. Disponível em: <https://portugalribeiro.com.br/aleatoriedade-em-processos-de-reequilibrio-de-contratos-o-uso-de-estimativas-de-demanda-para-definir-o-valor-da-compensacao-as-partes-e-para-medir-o-valor-do-desequilibrio/>. Acesso em: 17 jan. 2021.

_____. A necessidade de aperfeiçoamento da distribuição de riscos a ser prevista nos novos contratos de concessão de rodovias do Estado de São Paulo. **Portugal Ribeiro Advogados**, [s. l.], 2016b. Disponível em: <https://portugalribeiro.com.br/a-necessidade-de-aperfeicoamento-da-distribuicao-de-riscos-a-ser-prevista-nos-novos-contratos-de-concessao-de-rodovias-do-estado-de-sao-paulo/>. Acesso em: 17 jan. 2021.

RIBEIRO, Maurício Portugal; PINTO, Gabriela Engler. Concessões de aeroportos e de rodovias federais: o erro de atribuir ao concessionário riscos controlados pelo poder concedente e suas consequências. **Portugal Ribeiro Advogados**, [s. l.], 2014. Disponível em: <https://portugalribeiro.com.br/concessoes-de-aeroportos-e-de-rodovias-federais-o-erro-de-atribuir-ao-concessionario-riscos-controlados-pelo-poder-concedente-e-as-suas-consequencias/>. Acesso em: 17 jan. 2021.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2020.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jachinto Arruda. Atualidade do serviço público concedido e reequilíbrio da concessão. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, v. 16. n. 61, p. 41-54, 2018.

NEUTRALIDADE E RELATIVISMO AXIOLÓGICOS NO PENSAMENTO DE HANS KELSEN

Guilherme Malaguti Spina¹

SUMÁRIO: 1 – Introdução; 2 – A Neutralidade Axiológica; 3 – O Relativismo Axiológico; 4 – Conclusão; Referências.

RESUMO: Objetiva-se investigar a neutralidade e o relativismo axiológicos no pensamento de Hans Kelsen e demonstrar que análise conjunta dessas duas noções propicia uma melhor compreensão global das ideias do jusfilósofo vienense. Adota como parâmetros as obras *Teoria pura do Direito* e *O Problema da Justiça*, representativas respectivamente da sua visão acerca da teoria do Direito e da teoria da Justiça, concepções estas que têm estreita relação entre si. Em conclusão, procura-se demonstrar que a relatividade axiológica da teoria da justiça é logicamente anterior à neutralidade axiológica da teoria do direito, o que é condizente com a certeza e objetividade perseguidas pelo positivismo jurídico kelseniano.

PALAVRAS-CHAVE: Teoria Kelseniana. Neutralidade. Relativismo. Justiça.

1. INTRODUÇÃO

Este estudo apresenta uma análise comparativa de dois aspectos do pensamento kelseniano – a neutralidade e o relativismo axiológicos –,

¹ Procurador do Estado, Chefe da Procuradoria Regional de Campinas, mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

bem como, ao final, realiza uma abordagem acerca das relações entre ambos, ressaltando sua importância. O trabalho terá como parâmetro duas obras de Hans Kelsen: *Teoria Pura do Direito* e *O Problema da Justiça*², a primeira como representante das ideias do filósofo vienense sobre a Teoria do Direito e a segunda como representante do seu pensamento acerca da Teoria da Justiça. Também será utilizada como referência a obra *Teoria Geral do Direito e do Estado*, em que há considerações relevantes sobre o assunto tratado neste trabalho.

Esta análise comparativa terá como pressuposto o aspecto já ressaltado pelos comentadores de Kelsen acerca da “intrínseca relação mantida entre o seu sistema de ideias acerca do Direito e acerca da Justiça”³. A postura da neutralidade axiológica é bem explícita na obra *Teoria pura do Direito* e, portanto, relaciona-se mais diretamente ao caráter científico da sua Teoria do Direito. Por outro lado, a postura denominada como relativismo axiológico relaciona-se à Teoria da Justiça e diz respeito à valoração do direito positivo como justo ou injusto pelas diversas doutrinas de direito natural que surgiram ao longo da história.

Todavia, embora relacionadas a aspectos diferentes do pensamento kelseniano, tanto a neutralidade quanto o relativismo axiológicos tem como pressuposto a defesa do positivismo jurídico como doutrina do direito de caráter científico e independente de elementos estranhos ao direito. Com uma metodologia própria, que busca o conhecimento racional do fenômeno jurídico despidido de qualquer conotação política, o positivismo jurídico coloca como seu objetivo o ideal de toda a ciência: a objetividade e a exatidão.

É nesse contexto que se poderá perceber que o conhecimento científico, objetivo e racional do direito proposto pela *Teoria pura do Direito*

2 Como bem ressalta Mario G. Losano no prefácio à obra *O Problema da Justiça*, esta, embora publicada no Brasil separadamente, foi em verdade concebida por Kelsen como apêndice à segunda edição da *Teoria Pura do Direito*. O próprio Kelsen assim destaca no prefácio à segunda edição da Teoria Pura do Direito: “O problema da Justiça, enquanto problema valorativo, situa-se fora de uma teoria do Direito que se limita à análise do Direito positivo como sendo a realidade jurídica. Como, porém, tal problema é de importância decisiva para a política jurídica, procurei expor num apêndice o que há a dizer sobre ele de um ponto de vista científico e, especialmente, o que há a dizer sobre a doutrina do direito natural” (KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009b, p. XVIII).

3 BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. A Justiça Kelseniana. *Revista da Faculdade de Direito*, São Paulo, n. 96, 2001, p. 542.

implica, necessariamente, uma postura neutra do cientista do direito com relação aos valores que ensejam e alimentam a criação do direito positivo. E, quando confrontado o direito positivo com o valor Justiça, sob este mesmo ponto de vista científico, a postura neutra se transforma em ceticismo quanto caráter absoluto da Justiça, que é relativizada, tornando-a imprópria para servir de fundamento ao direito positivo.

É de todo evidente, porém, que em nenhum momento Hans Kelsen nega a existência do valor Justiça. Todavia, quando elabora sua Teoria do Direito, este valor é neutralizado e expurgado do objeto de estudo da ciência do Direito; e quando elabora a sua Teoria da Justiça, o valor é relativizado, posto que sua aura objetiva esconde sua origem na irracionalidade humana, a despeito das teorias do direito natural afirmarem – enganosamente, segundo Kelsen – o contrário.

2. A NEUTRALIDADE AXIOLÓGICA

A *Teoria pura do Direito* se constrói com pretensão científica: requer para si um método e um objeto próprios. A objetividade, o controle e a certeza requeridos por qualquer conhecimento científico outorgam à Teoria Pura a possibilidade de expurgar os juízos de valor de seu objeto de estudo. Este será o direito positivo, e não o valor da Justiça⁴.

O comportamento neutro de Kelsen quanto valor Justiça na *Teoria pura do Direito* deve ser entendido como desinteresse⁵. No entanto, essa indiferença não é aleatória, mas decorre de uma postura mais ampla nas ciências sociais no início do século XX, que vê nos juízos de valor uma manifestação da irracionalidade do homem. A exatidão e o controle perseguidos pelo conhecimento científico não se identificam com a defesa de valores subjetivos, que, portanto, devem ser afastados da ciência, sob pena de a contaminarem.

A defesa da neutralidade do homem de ciência com relação aos valores encontrou em Max Weber seu principal interlocutor. Nesse sentido é sua constatação da existência de diversas forças irracionais na sociedade

4 BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone, 1995, p. 135 e ss.

5 BOBBIO, Norberto. *Estrutura e função na Teoria do Direito de Kelsen*. In: _____. *Da estrutura à função: novos estudos de Teoria do Direito*. Barueri: Manole, 2007, p. 192.

e que cumpre à ciência preservar em seu seio a racionalidade humana, e garantir a existência de um conhecimento livre de paixões e sentimentos subjetivos⁶. Por outro lado, há também a preocupação weberiana em separar de maneira bem nítida o papel do homem de ciência do homem de ação: segundo o sociólogo alemão, apenas este possui função ativa na sociedade e é capaz de guiar a ação social e harmonizar os interesses em conflito, ao passo que aquele possui tão somente o compromisso com a verdade científica, cumprindo-lhe descrever objetivamente a realidade sem qualquer referência valorativa⁷.

A neutralidade axiológica não é, portanto, o resultado de uma escolha do homem de ciência, mas uma necessidade que decorre da própria natureza do conhecimento científico – a busca da verdade por um método e que visa seu reconhecimento por todos. A ciência não se concilia com julgamentos de valor, já que estes, ao apelarem para escolhas pessoais e tomadas de posição subjetivas, são indemonstráveis pelo método científico e são empiricamente não verificáveis. Como bem aponta Julien Freund, ao descrever o pensamento de Max Weber:

O que ele não admitia era que se apresentassem como verdades científicas convicções pessoais e subjetivas sob o hábil subterfúgio que confunde, com uma pretensa boa-fé, as observações empiricamente constatáveis ou cientificamente controláveis e as tomadas de posição e julgamentos de valor cuja justificação se apoia unicamente numa crença em fins últimos contestáveis e arbitrários. [...] Essencialmente, a ciência é refratária aos julgamentos de valor. Ela não quer agir por força de convicções pessoais, mas, sim, mostrar que suas proposições se impõem a todos os que querem a verdade. [...] Isso quer dizer que no campo da pesquisa a distinção entre ciência e convicção corresponde a uma necessidade lógica, de sorte que se comete um pecado contra o espírito da ciência, desvirtuando-a em posições subjetivas.⁸

É essa radical distinção entre a ética da condição do cientista e a ética da responsabilidade do político que engendrará os alicerces do

6 BOBBIO, *ibidem*, p. 188-189.

7 LOSANO, Mário G. Introdução à edição italiana de Problema da Justiça. *In*: KELSEN, Hans. **O problema da Justiça**. São Paulo: WWF Martins Fontes, 2009, p. XII.

8 FREUND, Julien. **Sociologia de Max Weber**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006, p. 62-64.

pensamento kelseniano na *Teoria pura do Direito*. Já no prefácio à primeira edição da obra, destaca-se a posição assumida por Kelsen acerca do papel a ser exercido pelos juristas na sociedade e em que medida o conhecimento científico do Direito deve se abster de externar convicções políticas subjetivas e parciais sob a pátina da objetividade⁹.

Isso significa, portanto, uma renúncia do jurista ao papel de conciliar e resolver os grandes conflitos da sociedade ou mesmo de apontar soluções para os grandes problemas políticos do seu tempo. Essa autolimitação imposta pela *Teoria pura do Direito* colocou o jurista longe dos problemas que dizem respeito à criação do Direito, já que seu saber, que se pretende científico, não está à altura dessa tarefa.

Dessa forma, do ponto de vista kelseniano – que segue a linha epistemológica de Weber, mas sem lhe fazer explícita referência com relação a esta questão¹⁰ – o conhecimento científico do Direito deve declinar de considerações de política do Direito, uma vez que esses posicionamentos não guardam raízes racionais e não são demonstráveis objetivamente. A questão fundamental posta ao jurista pela *Teoria pura do Direito* deixou de ser a busca de um direito como deve ser ou, em outros termos, sua missão não é delinear um direito ideal e diferente do direito real e posto no presente. Assim, ao lado da pureza metodológica, sua principal preocupação consiste em delimitar bem seu objeto: “Como teoria, quer única e exclusivamente conhecer o seu próprio objeto. Procura responder a esta questão: o que é e como é o Direito? Mas já não lhe importa a questão de saber como deve ser o Direito, ou como deve ele ser feito. É ciência jurídica e não política do Direito”¹¹.

A autolimitação imposta pela *Teoria pura do Direito* retirou o valor Justiça da Teoria do Direito e, para isso, obrigou o cientista do direito a

9 KELSEN, op. cit., p. XII.

10 Todavia, em outro contexto, há referência expressa a Max Weber na obra de KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 1998, p. 253-258. Porém o assunto tratado é outro: trata-se da crítica de Kelsen à definição de sociologia do direito. A esse respeito, veja-se SILVEIRA, Daniel Barile. Max Weber e Hans Kelsen: a sociologia e a dogmática jurídicas. *Revista de Sociologia Jurídica*, Curitiba, n. 1, p. 171-179, jul.-dez. 2005. Disponível em: <https://sociologiajuridica.net/max-weber-e-hans-kelsen-a-sociologia-e-a-dogmatica-juridicas/>. Acesso em: 24 maio 2020.

11 KELSEN, op. cit., 2009b, p. 1.

apenas descrever o direito positivo¹². Nesse sentido é que Hans Kelsen adota uma postura neutra axiologicamente: para o positivismo jurídico, não interessa conhecer por quais razões o direito positivo possui determinado conteúdo e se esse conteúdo é dissociado ou não de alguma norma de justiça.

A Teoria Pura é uma teoria formal do Direito e, dessa forma, procura conhecer a estrutura do direito positivo, isto é, um sistema escalonado de normas jurídicas que se relacionam entre si de determinada maneira. Esse sistema permanece válido – ou seja, obrigatório para os seus destinatários – mesmo que, em confronto com alguma norma de justiça, possa ser avaliado como injusto.

Para Kelsen, o conhecimento científico rejeita qualquer valor moral ou norma de justiça como absoluta. Na realidade, a ciência não é, em essência, aparelhada a dar uma resposta ao problema da justiça absoluta, já que sua lógica não permite a afirmação de valores em convicções não submetidas ao crivo da constatação empírica. Esta é, a bem da verdade, uma questão existencial do homem, com raízes irracionais, que não pode sequer ser colocada para a *Teoria pura do Direito*, ainda que a necessidade humana não cesse em pedir à ciência uma resposta.

Não se deve negar que existe o problema da justiça absoluta no sentido de que os homens têm e provavelmente sempre terão a necessidade de justificar a sua conduta como absolutamente boa, absolutamente justa; e também não se recusará que o positivismo jurídico relativista não pode fornecer justificação. Porém, do fato de que uma necessidade existe não se pode concluir que tal necessidade possa ser satisfeita pela via do conhecimento racional – que o problema possa ser resolvido por esta via. Antes, a ciência pode mostrar que ele não pode ser resolvido desse modo porque não há nem pode haver justiça absoluta para um conhecimento racional, que se trata de um problema insolúvel para o conhecimento humano – problema esse que, portanto, deve ser eliminado do domínio deste conhecimento. A tarefa do conhecimento científico não consiste apenas em responder às perguntas que lhe dirigimos, mas também em ensinar-nos quais perguntas que lhe podemos dirigir.¹³

12 GONZAGA, Álvaro de Azevedo. *O erro de Kelsen: o prisioneiro da caverna platônica*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2020, p. 162-163.

13 KELSEN, op. cit., 2009a, p. 113-114.

Além dessa postura do jurista teórico do Direito, a neutralidade axiológica impõe ao jurista prático – isto é, o cientista do Direito – o conhecimento meramente descritivo do Direito positivo. As proposições jurídicas da ciência do direito não passam de juízos hipotéticos por meio dos quais o jurista apresenta quais os sentidos das normas jurídicas de determinado sistema de direito positivo. São hipotéticos porque seu objeto são normas de dever ser e sua forma de apresentação segue o mesmo tipo de raciocínio das normas (“se verificadas certas condições ou pressupostos fixados pelo ordenamento jurídico, incidem determinadas consequências jurídicas fixadas por este mesmo ordenamento”). A finalidade das proposições jurídicas é apenas tornar evidente, por intermédio da atividade descritiva, se determinada conduta é conforme ou contrária ao Direito. É uma atividade meramente cognoscitiva do Direito.

Nesse ponto, Kelsen ressalta que o jurista prático não prescreve o que quer que seja. Apenas a norma jurídica editada em conformidade com os critérios do ordenamento jurídico é que prescreve condutas¹⁴. Essa distinção essencial entre o caráter prescritivo da norma e o caráter descritivo da ciência do direito é revelada pelo fato de que, embora as normas jurídicas sejam traduções de valores jurídicos, as proposições jurídicas não têm qualquer conotação valorativa, na medida em que são meras descrições de objetos bem definidos, as normas jurídicas.

Se bem que a ciência jurídica tenha por objeto normas jurídicas e, portanto, os valores jurídicos através delas constituídos, as suas proposições são, no entanto – tal como as leis naturais da ciência da natureza – uma descrição do seu objeto alheia aos valores. Quer dizer: esta descrição realiza-se sem qualquer referência a um valor metajurídico e sem qualquer aprovação ou desaprovação emocional.¹⁵

Nada mais neutro axiologicamente do que esta defesa da pureza descritiva da atividade do cientista do Direito. O posicionamento é novamente defendido quando Kelsen faz a distinção entre interpretação autêntica e não autêntica do Direito: ao cientista do Direito cumpre tão somente encontrar as possíveis significações das normas jurídicas,

14 KELSEN, op. cit., 2009b, p. 82.

15 Ibidem, p. 89.

mas não lhe é dado estabelecer um critério para escolha, dentre todas, a que mais o agrade. Trata-se de famosa metáfora da moldura da norma, cujo desenho é traçado pelo cientista do Direito e dentro da qual pode se movimentar a autoridade jurídica a quem cumpre aplicar a norma.

Essa interpretação do cientista não é autêntica porque lhe falta agregar ao ato de conhecimento interpretativo o ato de vontade. Aqui, passa-se da atividade de conhecimento (interpretação) do Direito para a atividade de aplicação do Direito. Esta aplicação é criação do Direito e é tarefa exclusiva da autoridade constituída pela norma jurídica superior, a quem cumpre o ato de escolha de uma das possíveis interpretações da norma. Segundo Kelsen, o ato de vontade e criação do Direito pela autoridade é valorativo, mas justamente por isso não é um problema da Teoria do Direito. Nesse momento a ciência do Direito dá espaço à sua política¹⁶, não coincidentemente no exato instante que em a neutralidade axiológica cede para uma atividade de escolha de caráter valorativo.

3. O RELATIVISMO AXIOLÓGICO

O valor Justiça é o valor, por excelência, no estudo do Direito, e toda teoria do Direito tem que enfrentar questões relacionadas à justiça (isto é, a representação que os homens fazem do justo e do injusto). Do ponto de vista do positivismo jurídico, a questão fundamental da teoria do direito é a afirmação da sua independência com relação ao valor Justiça. E essa afirmação de independência não implica dizer que Kelsen não enfrente problemas que digam respeito à justiça e não formule, ele próprio, uma teoria da justiça.

Para Kelsen, toda norma de justiça que se autoproclama como constitutiva de um valor absoluto terá, do ponto de vista da doutrina que a adote, uma origem transcendente, supra-humana (portanto, irracional). Isso implica dizer que toda teoria do Direito que fundamente a validade do Direito positivo numa norma de justiça absoluta é uma teoria dualista do Direito, já que ao lado do Direito posto por atos humanos há um Direito ideal e transcendente, que não é produto da atividade do homem e “cujo esquema clássico é a Teoria das Ideias de Platão e que,

16 KELSEN, op. cit., 2009b, p. 393.

como dualismo do Aquém e do Além, do homem e de Deus, está na base da teologia cristã”¹⁷.

Portanto, a *Teoria pura do Direito*, para que possa ser construída como conhecimento verdadeiramente científico, deve afirmar a desnecessidade de se recorrer a uma norma de justiça que sirva de fundamento de validade ao Direito positivo. E essa afirmação se dará em razão da constatação de que as diversas normas de justiça elaboradas ao longo da história não têm uma validade absoluta, isto é, que é infundada a pretensão de qualquer delas de ser a única válida e que as demais são inválidas:

Se, no problema da justiça, partimos de um ponto de vista racional-científico, não-metafísico, e reconhecermos que há muitos ideais de justiça diferentes uns dos outros e contraditórios entre si, nenhum dos quais exclui a possibilidade de um outro, então apenas nos será lícito conferir uma validade relativa dos valores de justiça constituídos através destes ideais.¹⁸

Justamente pelo fato de se afirmar como conhecimento racional e científico, o positivismo jurídico nega a existência de uma esfera transcendente a partir da qual possam provir normas de justiça válidas absolutamente. Também nega que da natureza se possa extrair qualquer valor de justiça. Reconhecer o caráter absoluto a qualquer norma de justiça seria ceder à irracionalidade e ao subjetivismo. Todavia, coerentemente, não nega a existência de ideais de justiça de diversos matizes que se traduzem em normas de justiça que informam a elaboração do Direito positivo. Essas normas, porém, têm caráter meramente relativo e não servem de fundamento de validade ao Direito positivo.

Assim, a relação entre qualquer norma de justiça e o Direito positivo é de outra ordem. O positivismo jurídico enxerga a existência das normas de justiça, diversas e contraditórias entre si, mas rebaixa o *status* que lhes é concedido pelo jusnaturalismo. As normas de justiça são vistas como meros ideais inspiradores para a elaboração do Direito positivo que podem ser utilizadas para a valoração do Direito positivo apenas de uma maneira relativa e parcial.

17 KELSEN, op. cit., 2009a, p. 68. Ver também, no mesmo sentido, KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo WMF Martins Fontes, 1998, p. 17-19.

18 KELSEN, op. cit., 2009a, p. 17-18.

Uma teoria do direito positivista, isto é, realista, não afirma – e isto é importante acentuar sempre – que não haja nenhuma justiça, mas que de fato se pressupõe muitas normas de justiça, diferentes umas das outras e possivelmente contraditórias entre si. Ela não nega que a elaboração de uma ordem jurídica positiva possa ser determinada – e em geral ela é de fato – pela representação de qualquer das muitas normas de justiça. Especialmente, não nega que toda ordem jurídica positiva – quer dizer, os atos através dos quais as suas normas são postas – pode ser apreciada ou valorada, segundo uma destas normas de justiça. Mantém, todavia, que estes critérios de medida têm um caráter meramente relativo e que, portanto, os atos através dos quais uma e mesma ordem jurídica positiva foi posta podem, quando apreciados por um critério, ser fundamentados como justos e, quando apreciados segundo outro critério, ser condenados como injustos – sustentando ao mesmo tempo que uma ordem jurídica positiva é, quanto à sua validade, independente da norma de justiça pela qual possam ser apreciados os atos que põem as suas normas. Assim se mostra, pois, que uma teoria do direito positivo nada tem a ver com uma apreciação ou valoração do seu objeto.¹⁹

Este é o cerne do relativismo axiológico kelseniano: ao negar o caráter absoluto de qualquer das normas de justiça, retira sua pretensão de que sirvam de fundamento de validade ao Direito positivo. Ademais, não existe qualquer critério seguro para uma escolha racional entre as diversas normas de justiça relativas que surgiram ao longo da história, pois “os valores que nós constituímos através dos nossos atos produtores de normas e pomos na base de nossos juízos de valor não podem apresentar-se com a pretensão e excluir a possibilidade de excluir valores opostos”²⁰.

Mas é importante salientar que o caráter relativo das normas de justiça não as torna totalmente irrelevantes quando se está a tratar do problema da justiça diante do Direito positivo, ou seja, quando se está a tecer uma teoria da justiça. Sua irrelevância diz respeito à teoria do Direito, já que o tratamento científico do fenômeno jurídico não é compatível com “um valor inconstante, relativo, dissolúvel e mutável” e “o que é justo está

19 Ibidem, p. 70.

20 KELSEN, op. cit., 2009a, p. 76.

no plano das especulações, dos valores e aceitar que o justo prepondera com relação ao válido é trocar o *certum* pelo *dubium*”²¹.

Portanto o relativismo é a característica mais evidente da concepção kelseniana acerca do valor justiça, que brota da constatação científica da inexistência de uma Justiça Absoluta. Para Kelsen, que aposta na quebra da relação ser/dever-ser, de fatos (ser) não é possível que se extraiam normas (dever-ser), já que valor e realidade pertencem a domínios distintos²². Logo, a norma jurídica se desenraiza de qualquer fato social e histórico, e se torna o princípio e fim de todo o sistema jurídico, o que possibilita a completa separação entre o que é o fenômeno jurídico (lícito/ilícito) e o fenômeno da justiça (justo/injusto)²³. A validade do Direito se baseia numa norma jurídica fundamental pressuposta, e não mais em conceitos de justiça evidentes da natureza humana, voláteis e contraditórios entre si.

Convém salientar, ao final, como bem notou Norberto Bobbio, que o relativismo axiológico possui relações com o relativismo cultural e até mesmo com a construção e o desenvolvimento das ciências sociais. O relativismo cultural, assim, avança *pari passu* com a aceitação do outro e com a tolerância, já que não há qualquer hierarquia nos diversos valores aceitos pelas diversas culturas:

A conditio sine qua non para estudar cientificamente as sociedades humanas seria certa indiferença quanto ao valor a atribuir a esta ou àquela forma social, a esta ou àquela postura do homem em sociedade. Pois bem, este estado de indiferença é tanto mais acessível quanto mais estivermos dominados pela convicção de que não há valores absolutos, de que uma civilização, uma cultura, um ordenamento jurídico (no caso específico de Kelsen) vale o mesmo que outro.²⁴

Ou seja, o relativismo axiológico e a não aceitação de um valor de justiça absoluto têm um forte componente multicultural, que pressupõe a pluralidade ao invés da unidade. Nesse sentido, o combate de Kelsen

21 BITTAR, op. cit., p. 559-560.

22 KELSEN, op. cit., 2009a, p. 72.

23 BITTAR, op. cit., p. 544.

24 BOBBIO, op. cit., 2007, p. 192.

ao jusnaturalismo – que pretende extrair valores absolutos de justiça de uma análise da “natureza humana” – dialoga com a necessidade de entendimento mútuo em um mundo em constante interação, mas com imensas diferenças sociais, econômicas e culturais.

4. CONCLUSÃO

O positivismo jurídico se constrói como teoria do Direito, diferenciando-se do jusnaturalismo. O princípio identificador do positivismo jurídico é a afirmação de que a validade do Direito positivo independe da uma norma de justiça: o juízo de validade de um sistema jurídico é independente do juízo de valor que se faça deste mesmo sistema a partir de um direito ideal²⁵. A constatação de que as normas de um sistema são válidas ou inválidas não passa por qualquer espécie de comparação com o conteúdo de um Direito não positivo ou ideal.

Todavia essa afirmação pressupõe que uma teoria da justiça constate a relatividade de qualquer norma da justiça e, portanto, que qualquer dessas normas sejam incapazes de servir de fundamento de validade do Direito positivo, já que este, fatalmente, contrariará uma ou outra dessas normas. A norma fundamental pressuposta é que assumirá a função de ser o fundamento de validade de toda a ordem jurídica posta e de servir de cláusula de fechamento do sistema. Como consequência do relativismo da justiça, a *Teoria pura do Direito*, como representante por excelência do positivismo jurídico, pode desconsiderar o valor justiça para construir seus alicerces teóricos. A necessidade de qualificar como científica a teoria do Direito deve, em nome da objetividade e precisão, rejeitar a justiça como objeto de estudo, dado o seu caráter volátil, impreciso e irracional. A *Teoria pura do Direito* tem um objeto específico: a descrição da estrutura e do funcionamento do Direito positivo.

No entanto, ao contrário do que pode parecer em um primeiro contato com a obra, é possível afirmar que uma leitura atenta ao pensamento kelseniano pode concluir com certa tranquilidade que há uma anterioridade lógica do relativismo da justiça com relação à neutralidade

25 BOBBIO, op. cit., 1995, p. 136-137.

axiológica. Isso pode ser percebido com mais clareza na obra *Teoria Geral do Direito e do Estado*, em que Kelsen acaba por discutir a subjetividade e o irracionalismo da justiça antes de iniciar suas considerações sobre a teoria do Direito. Afirmações como “a justiça é uma ideia irracional” e “a justiça é um ideal inacessível à cognição humana”²⁶ são colocadas já no início da obra e procuram alicerçar toda a estrutura do pensamento que logo após descreverá sua teoria sobre o Direito, num contexto em que são combatidos com veemência os conceitos de justiça tidos como únicos e universalmente corretos²⁷. É a partir desse relativismo que Kelsen afirmará que apenas o Direito positivo deve ser objeto da ciência do Direito e que esta deve declinar da avaliação daquele²⁸. De maneira diversa, na *Teoria pura do Direito*, os argumentos sobre a necessária neutralidade axiológica da teoria do Direito abrem o primeiro capítulo do livro, sendo que o relativismo da moral e da justiça é tratado logo depois, no segundo capítulo.

Em suma, o equívoco de se pretender extrair normas de justiça da natureza, base de qualquer teoria do Direito natural, leva Kelsen a defender a relatividade do valor justiça, que, por sua vez, permite, dada a necessidade de construção de uma teoria científica do Direito, a postulação de neutralidade com relação a esse mesmo valor quando da formulação da *Teoria pura do Direito*. É, assim, do ceticismo do caráter absoluto de qualquer norma de justiça que brotam as principais ideias do filósofo vienense, seja na teoria do Direito, seja na teoria da justiça.

Evidencia-se, portanto, que o relativismo axiológico da teoria da justiça e a neutralidade axiológica da teoria do Direito são dois aspectos do pensamento kelseniano que, a despeito de poderem ser objeto de análise independente, mantêm íntima relação entre si. O estudo dessa relação se revela de importância ímpar para uma adequada compreensão (e crítica²⁹) desses elementos-chave do pensamento jusfilosófico de Hans Kelsen.

26 KELSEN, op. cit., p. 19.

27 Ibidem, p. 12.

28 Ibidem, p. 19.

29 GONZAGA, Álvaro de Azevedo. O Erro de Kelsen: o prisioneiro da caverna platônica. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2020. LOSANO, Mario G. Introdução à edição italiana de *Problema da Justiça*, in KELSEN, Hans. *O Problema da Justiça*. São Paulo: WWF Martins Fontes, 2009.

REFERÊNCIAS

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. A justiça kelseniana. **Revista da Faculdade de Direito**, São Paulo, v. 96, p. 541-563, 2001. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67517>. Acesso em: 24 maio 2020.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do Direito**. São Paulo: Ícone, 1995.

_____. Estrutura e função na Teoria do Direito de Kelsen. In: _____. **Da estrutura à função: novos Estudos de Teoria do Direito**. Barueri: Manole, 2007.

FREUND, Julien. **Sociologia de Max Weber**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.

GONZAGA, Álvaro de Azevedo. **O erro de Kelsen: o prisioneiro da caverna platônica**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2020.

LOSANO, Mario G. Introdução à edição italiana de Problema da Justiça. In: KELSEN, Hans. **O problema da Justiça**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. São Paulo WMF Martins Fontes, 1998.

_____. **O problema da Justiça**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009a.

_____. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009b.

SILVEIRA, Daniel Barile. Max Weber e Hans Kelsen: a sociologia e a dogmática jurídicas. **Revista de Sociologia Jurídica**, Curitiba, n. 1, p. 171-179, jul.-dez. 2005. Disponível em: <https://sociologiajuridica.net/max-weber-e-hans-kelsen-a-sociologia-e-a-dogmatica-juridicas/>. Acesso em: 24 maio 2020.

WEBER, Max. **Ciência e política: duas vocações**. São Paulo: Cultrix, 2011.

OBERGEFELL VS. HODGES: UMA ANÁLISE COMPARADA COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL¹

Gabriel Ribeiro Perlingeiro Mendes²

Sumário: 1 – Introdução 2 – Exposição descritiva dos precedentes 2.1 – ADPF nº 132/RJ e ADI nº 4.277/DF 2.2 – Obergefell v. Hodges 3 – Diferenças e semelhanças 4 – Conclusão; Referências Bibliográficas.

Resumo: O artigo se dedica a analisar o precedente formado no caso Obergefell vs. Hodges, da *US Supreme Court*, que assegurou o direito de casamento aos casais do mesmo sexo, em perspectiva comparada com o precedente do Supremo Tribunal Federal, decorrente do julgamento da ADPF nº 132/RJ e da ADI nº 4.277/DF, que reconheceu a união estável homoafetiva. Para tanto, o texto se desdobra em duas partes: na primeira, realiza-se uma exposição descritiva dos referidos precedentes, contextualizando os casos e apresentando os seus principais fundamentos; na segunda, apontam-se as principais diferenças e semelhanças entre ambos.

Palavras-chave: Direito comparado; Direito constitucional; Casamento gay; União estável homoafetiva.

1 O resumo expandido deste artigo foi apresentado no IX Encontro Nacional de Pós-Graduação 2020, ocorrido nos dias 13 e 14 de novembro de 2020, na Universidade Santa Cecília, Santos, SP.

2 Procurador do Estado de São Paulo. Bacharel em Direito pela Universidade Federal Fluminense. Mestre em Justiça Administrativa pela Universidade Federal Fluminense. Mestre em Direito da Saúde pela Universidade Santa Cecília.

1. INTRODUÇÃO

No curto intervalo de quatro anos, os Poderes Judiciários do Brasil e dos Estados Unidos da América enfrentaram a questão do reconhecimento estatal da união entre pessoas do mesmo sexo. Nesse contexto, pretende-se realizar uma análise comparativa, por contraste, entre os precedentes formados nos dois países acerca da matéria.

Assim, debruça-se, de um lado, sobre o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132/RJ e da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.277/DF pelo Supremo Tribunal Federal, em que se reconheceu a união estável homoafetiva; e, de outro, sobre o caso *Obergefell vs. Hodges*, oportunidade na qual a *US Supreme Court* assegurou o direito de casamento a casais do mesmo sexo.

O trabalho emprega o método da diferenciação para analisar os casos, extraindo as suas conclusões da leitura integral das referidas decisões, acessíveis nos sítios eletrônicos dos respectivos tribunais. Utiliza ainda como subsídio as obras de autores dedicados ao estudo do Direito Comparado.

Nesse passo, o texto se desdobra em duas partes: na primeira, realiza-se uma exposição descritiva dos referidos precedentes, contextualizando os casos e apresentando os seus principais fundamentos; na segunda, apontam-se as principais diferenças e semelhanças entre ambos.

2. EXPOSIÇÃO DESCRITIVA DOS PRECEDENTES

2.1 ADPF nº 132/RJ e ADI nº 4.277/DF

No Brasil, a questão do reconhecimento estatal da união entre pessoas do mesmo sexo foi solucionada pela via judicial em 2011, por meio do julgamento em conjunto, no Supremo Tribunal Federal, da ADPF nº 132/RJ e da ADI nº 4.277/DF.

A ADPF foi proposta pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro, requerendo que se aplicasse o regime jurídico das uniões estáveis, previsto no art. 1.723 do CC, às uniões homoafetivas de funcionários públicos civis do Rio de Janeiro, para fins estatutários e previdenciários. A ADI, por sua vez, foi proposta pela Procuradoria-Geral da República com o

objetivo de que fosse tornado obrigatório o reconhecimento, no Brasil, da união estável entre pessoas do mesmo sexo, como entidade familiar.

Foi reconhecida a conexão entre essas duas ações, e o STF, tendo como relator o Ministro Ayres Brito, julgou procedente, por unanimidade, ambas as ações, para dar “interpretação conforme a Constituição Federal” ao art. 1.723 do Código Civil, excluindo qualquer significado que impedisse o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, conferindo a essa figura os mesmos efeitos da união estável entre pessoas do sexo oposto.

Dos votos dos Ministros, podem-se extrair os principais argumentos que basearam o resultado do julgamento.

Inicialmente, apontaram que, de acordo com o art. 3º, inc. IV, da Constituição Federal (CF), é vedado o tratamento discriminatório ou preconceituoso em razão do sexo dos seres humanos, logo deve ser conferido tratamento igualitário aos casais do mesmo sexo.

Argumentaram ainda que a liberdade de sexualidade integra a autonomia da vontade e decorre da própria dignidade da pessoa humana. Uma vez que a Constituição não proibiu o uso da liberdade de sexualidade, essa liberdade constitui direito subjetivo decorrente do direito à intimidade (art. 5º, inc. X, da CF).

A isonomia e a liberdade conferidas aos casais do mesmo sexo, por sua vez, somente se concretizam se lhes for conferido o direito igualitário à formação de família. Isso porque a possibilidade de formar família integra a própria identidade do indivíduo.

Demonstraram que a Constituição não define, em momento em algum, o conceito de família. Logo seu sentido é aberto, não fazendo distinção entre famílias formadas por casais do mesmo sexo ou de sexo oposto.

Por fim, destacaram que somente o caput do art. 226 da Constituição foi contemplado com a cláusula da especial proteção estatal (“*família como base da sociedade*”). O art. 226, § 3º, da CF (“para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento”), por sua feita, deve ser interpretado, não de forma literal, mas de forma sistemática, vale dizer, em conjunção com os

princípios materializados na Constituição, dentre eles, a dignidade da pessoa humana, a isonomia e a liberdade.

Após o encerramento do julgamento, o Conselho Nacional de Justiça, em 2013, publicou a Resolução nº 175, proibindo que as autoridades cartorárias recusassem celebração de casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, sob pena de punição disciplinar. Com isso, estendeu os efeitos do julgamento para além da união estável, resguardando todos os efeitos jurídicos à união homoafetiva.

2.2 Obergefell vs. Hodges

O caso *Obergefell vs. Hodges* foi julgado em 2015 pela *US Supreme Court*. Ele surge do questionamento sobre a constitucionalidade da vedação ao casamento entre pessoas do mesmo sexo, existente, à época, em treze estados dos Estados Unidos da América.

No caso, quatorze casais do mesmo sexo alegavam que, ao negarem a eles o direito de se casarem ou terem reconhecido o seu casamento realizado em outro estado, os estados do Michigan, Ohio, Kentucky e Tennessee violavam a cláusula do devido processo legal e a cláusula da proteção igualitária, constantes da 14^a Emenda da Constituição Norte-Americana, na parte que reza: “nenhum Estado pode privar a pessoa da vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal; ou negar à pessoa proteção igualitária da lei”³.

Todas as cortes distritais julgaram a favor dos demandantes. No entanto, em grau de recurso, as demandas foram reunidas, e o *US Court of Appeals for the Sixth Circuit* reverteu o resultado e considerou legítimas as vedações ao casamento do mesmo sexo.

Assim, o caso chegou à *US Supreme Court*, que foi instada a dar resposta a duas perguntas: (i) a 14^a Emenda exige que o Estado autorize o casamento entre duas pessoas do mesmo sexo? e (ii) a 14^a Emenda exige que o Estado reconheça o casamento entre duas pessoas do mesmo sexo realizado em

3 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. [Constitution (1787)]. *Constitution of the United States*. Washington, DC: United States Senate, 1992. Disponível em: https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm. Acesso em: 3 maio 2022. Amendment XIV, section 1, tradução nossa.

outro Estado? A Corte, por maioria de cinco a quatro, respondeu *sim* às duas questões e superou explicitamente o precedente *Baker vs. Nelson*⁴.

O *Justice Kennedy*, que redigiu o voto da maioria, entendeu que, de acordo com a cláusula do devido processo, o direito ao casamento é uma liberdade fundamental, e ela se aplica da mesma forma a casais de sexos opostos e a casais do mesmo sexo.

Baseada nos precedentes *Loving vs. Virginia*⁵, *Turner vs. Safley*⁶, *Lawrence vs. Texas*⁷, entre outros, a maioria entendeu que o direito ao casamento é uma liberdade fundamental por quatro motivos: (i) escolher com se quer viver é inerente ao conceito de autonomia individual e vital na definição e expressão da identidade da pessoa; (ii) o casamento protege a mais íntima relação entre duas pessoas, refletindo o direito à intimidade do indivíduo; (iii) a estabilidade conferida por uma relação matrimonial salvaguarda o direito das crianças e da família; e (iv) o casamento é historicamente reconhecido como um marco central da ordem social e como a base da unidade familiar, gerando vários e importantes efeitos jurídicos.

Como, em relação a esses quatro motivos (que fazem do direito ao casamento uma liberdade fundamental), não existe diferença entre uma união de pessoas de sexos opostos e pessoas do mesmo sexo; a exclusão do direito ao casamento aos casais do mesmo sexo não é razoável e, por isso, representa uma violação à cláusula do devido processo legal, sob a ótica do seu viés substancial. Nas palavras do *Justice Kennedy*:

This analysis compels the conclusion that same-sex couples may exercise the right to marry. The four principles and traditions to be discussed demonstrate that the reasons marriage is fundamental under the Constitution apply with equal force to same-sex couples.⁸

4 Oportunidade em que a *US Supreme Court* entendeu que a negação do direito ao casamento aos casais do mesmo sexo não representava uma matéria federal substancial (“*substantial federal question*”).

5 Oportunidade em que a *US Supreme Court* invalidou as vedações às uniões inter-raciais.

6 Oportunidade em que a *US Supreme Court* decidiu que não pode ser negado aos presidiários o direito de casamento.

7 Oportunidade em que a *US Supreme Court* considerou inconstitucional a criminalização de atos homossexuais.

8 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of the United States. *Certiorari n. 14-556*. *Obergefell et al. v. Hodges, Director, Ohio Department of Health, et al.* Relator: Justice Kennedy, 26 de junho de 2015. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/14-556>. Acesso em: 3 maio 2022, p. 12.

O precedente fixou ainda que a cláusula da proteção igualitária também garante o direito ao casamento dos casais do mesmo sexo, na medida em que parcela da sociedade não pode ser privada injustificadamente de liberdade fundamental garantida a outra parte da sociedade.

Por fim, a maioria entendeu que, se de um lado, a 1ª Emenda garante às organizações religiosas o direito de ser fiel aos seus princípios⁹ e, em consequência, negar dar a sua chancela a uma união entre pessoas do mesmo sexo, isso não se aplica ao Estado, que é laico e possui o dever de garantir o exercício das liberdades fundamentais dispostas na Constituição.

No outro polo, os votos dissidentes entenderam que o pleito não se sustentava. Argumentaram que, como a Constituição não discorre sobre casamento entre pessoas do mesmo sexo, estaria fora da alçada da Corte se pronunciar sobre a matéria. Caberia apenas aos parlamentos estaduais, legitimados pelo voto popular, decidir sobre o veto ao casamento de casais do mesmo sexo. A Corte estaria, então, extrapolando os seus poderes, exercendo função legislativa reservada aos Estados.

Para eles ainda, a opinião majoritária realizou uma interpretação excessivamente expansiva da 14ª Emenda, ignorando o processo democrático e desprezando a jurisprudência até então formada sobre o assunto. Seria uma decisão excepcional, que, na opinião dos dissidentes, deturpou a doutrina do devido processo legal substancial e acabou distorcendo o processo democrático.

3. DIFERENÇAS E SEMELHANÇAS

Descritos os dois casos, percebe-se uma série de diferenças, mormente de cunho argumentativo, entre a decisão do Supremo Tribunal Federal e a decisão da *US Supreme Court*. Citam-se as mais relevantes.

Em primeiro lugar, nota-se que, enquanto o STF enfrentou a matéria em controle concentrado de constitucionalidade, a Corte norte-americana apreciou a questão em controle difuso. Isso decorre do próprio sistema de acesso aos tribunais constitucionais vigente em cada país. Diferentemente do Brasil, em que a Constituição Federal confere ao STF a competência

⁹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, op. cit., Amendment I.

originária para analisar, de forma abstrata, a constitucionalidade de ato normativo (CF, art. 102, inc. I, *a*), nos EUA, a *US Supreme Court* é um tribunal meramente recursal, competente para afastar uma lei inconstitucional no caso *sub judice*, de forma concreta¹⁰.

Em segundo lugar, é patente que a Corte norte-americana, no voto majoritário e nos votos dissidentes, fez referência sobretudo a precedentes judiciais como fontes do Direito. Por outro lado, o enfoque dos Ministros do STF foi sempre a interpretação do texto constitucional, valendo-se raras vezes dos seus entendimentos anteriores para fundamentar os seus votos. Trata-se de diferença que resulta da própria cultura jurídica predominante em cada país. Inseridos na *common law*, os EUA possuem sua base jurídica em jurisprudências formadas pelos tribunais¹¹. Em contrapartida, a cultura do Brasil é de *civil law*, de maneira que tem como fonte primária a lei escrita aprovada pelo Poder Legislativo.

Em terceiro lugar, observa-se que a existência, na Constituição brasileira, de um dispositivo que expressamente cita a relação entre homem e mulher como representativa da união estável (art. 226, § 3º, da CF) representou enorme ônus argumentativo a ser superado pelo STF, o que não ocorreu no caso dos EUA, cuja Constituição, sendo sintética, não discorreu expressamente sobre casamento ou família.

Nota-se ainda que o precedente da Corte norte-americana foi motivado pela vedação normativa expressa de alguns Estados ao casamento entre pessoas do mesmo sexo, o que acabou por influenciar o próprio rumo que tomaria a argumentação da Corte, focado na cláusula do devido processo legal e na cláusula da proteção igualitária. No Brasil, essa vedação legal não existia, e as ações foram motivadas por decisões conflitantes do próprio Judiciário acerca da legitimidade da união homoafetiva, decorrentes de um vazio normativo, razão pela qual o STF não se preocupou em se debruçar sobre a proporcionalidade de um ato proibitório, mas sim sobre a origem do direito à isonomia dos casais do

10 RAMSFIELD, Jill J. *Culture to culture: a guide to U.S. legal writing*. Durham: Carolina Academic Press, 2005, p. 21.

11 GARAPON, Antoine; PAPAPOULOS, Ioannis. *Julgado nos Estados Unidos e na França: cultura jurídica francesa e common law em uma perspectiva comparada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 33.

mesmo sexo e de como compatibilizar esse direito com os demais dispositivos da Constituição, sobretudo do art. 226, § 3º.

A despeito de tais diferenças, foram as semelhanças que mais se destacaram:

Nos dois países, foi necessária a busca da tutela judicial para que fosse garantido o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo. O Poder Legislativo, enquanto vetor do processo democrático, fracassou em garantir os direitos fundamentais da minoria¹², e esses indivíduos se viram obrigados a procurar o Poder Judiciário para que ele exercesse a sua função contramajoritária. Em ambos, o Poder Judiciário foi bem-sucedido nessa missão, tendo sido capaz, cada um a sua maneira, de assegurar, de forma vinculante e *erga omnes*, o reconhecimento de efeitos jurídicos à união entre pessoas do mesmo sexo, a despeito da indiferença e, com frequência, do empenho contrário do Parlamento.

Por fim, percebe-se que, nos dois países, a chancela judicial à união entre pessoas do mesmo sexo aconteceu na mesma época da história, separadas as decisões pelo curto período de quatro anos. Isso se explica pelo fato de que, embora minoritária e incapaz de levar a uma mudança legislativa, foi apenas nessa época que surgiu uma forte opinião pública a favor de novas configurações de família, o que acabou por influenciar os dois tribunais a reconhecer esses pleitos. A influência das novas percepções da sociedade é declarada expressamente no voto majoritário do *Justice Kennedy* e no voto do Ministro Luiz Fux:

These new insights have strengthened, not weakened, the institution of marriage. Indeed, changed understandings of marriage are characteristic of a Nation where new dimensions of freedom become apparent to new generations, often through perspectives that begin in pleas or protests and then are considered in the political sphere and the judicial process.¹³

A verdade é que o mundo mudou. A sociedade mudou e, nos últimos anos, vem se ampliando a aceitação social das parcerias homossexuais constituídas com o objetivo de formação de entidades familiares.

12 No caso dos EUA, o Poder Legislativo dos treze Estados que ainda vedavam o casamento entre pessoas do mesmo sexo.

13 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, op. cit., p. 7.

A par de quaisquer juízos de valor, há um movimento inegável de progressiva legitimação social das uniões homoafetivas, o que se verifica, com particular agudeza, no campo previdenciário. Uma plethora de decisões judiciais proferidas na última década, por diversos órgãos jurisdicionais do país, reconheceu aos homossexuais o direito a percepção de pensão por morte de seus parceiros. (...) É o momento, pois, de se adotar interpretação da Constituição e das leis – em especial, do art. 19, incisos II e V, e o art. 33, incisos I a X e parágrafo único, todos do Decreto-lei n. 220/75, do Estado do Rio de Janeiro, e do art. 1.723 do Código Civil – que os compatibilize com o momento histórico ora vivido e com o atual estágio da sociedade.¹⁴

Assim, as duas decisões são fruto do seu tempo e das condições sociais e políticas estabelecidas numa determinada época. O resultado alcançado nos dois casos só foi possível graças à longa luta política dessas minorias sexuais pelo reconhecimento de parte da opinião pública, sem a qual os precedentes não teriam se concretizado.¹⁵

4. CONCLUSÃO

Ao longo deste trabalho, pôde-se observar que, apesar das profundas diferenças existentes entre as decisões proferidas, de um lado, na ADPF n° 132/RJ e na ADI n° 4.277/DF, e de outro, no precedente *Obergefell vs. Hodges*, são as proximidades entre ambas que mais chamam atenção. Embora tenham sido proferidas em países de culturas jurídicas díspares, ambas as decisões são fruto da necessidade de recurso ao Poder Judiciário para tutelar direitos dos homossexuais na mesma época da história.

Como se viu, as semelhanças não se deram ao acaso. Trata-se de decorrência de um processo histórico análogo de formação de uma opinião pública favorável a novas configurações de família. Assim, não se está

14 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132/RJ e Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4277/DF. Plenário. Relator: Ayres Britto, 5 de maio de 2011. *Diário da Justiça eletrônico*, Brasília, DF, n. 198, p. 20-21, p. 71 e 73.

15 Sobre a influência da opinião pública sobre as decisões da *US Supreme Court* e do STF, ver: CAMARGO, Marcelo Novelino. *Como os juízes decidem: a influência de fatores extrajurídicos sobre o comportamento judicial*. 2014. Tese (Doutorado em Direito Público) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014, p. 221/232.

sugerindo que o julgamento brasileiro, por ter sido anterior, tenha exercido influência sobre a Corte norte-americana, mas sim que as sociedades dos dois países compartilham de valores e opiniões que motivaram o Poder Judiciário a reconhecer efeitos jurídicos à união entre pessoas do mesmo sexo, mesmo diante da resistência do Poder Legislativo.

A razão pela qual houve a identidade desses valores no mesmo momento histórico passa por uma análise sociológica, que foge ao escopo deste artigo. Rememora-se apenas que os dois países possuem um longo passado de influência cultural, que desborda para vários campos sociais e, como visto, repercute até mesmo nas orientações adotadas pelos tribunais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132/RJ e Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4277/DF. Plenário. Relator: Ayres Britto, 5 de maio de 2011. **Diário da Justiça eletrônico**, Brasília, DF, n. 198, p. 20-21.

CAMARGO, Marcelo Novelino. **Como os juízes decidem: a influência de fatores extrajurídicos sobre o comportamento judicial**. 2014. Tese (Doutorado em Direito Público) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. [Constitution (1787)]. **Constitution of the United States**. Washington, DC: United States Senate, 1992. Disponível em: https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm. Acesso em: 3 maio 2022.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of the United States. **Certiorari n. 14-556**. Obergefell et al. v. Hodges, Director, Ohio Department of Health, et al. Relator: Justice Kennedy, 26 de junho de 2015. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/14-556>. Acesso em: 3 maio 2022.

GARAPON, Antoine; PAPAPOULOS, Ioannis. **Julgar nos Estados Unidos e na França: cultura jurídica francesa e common law em uma perspectiva comparada**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

RAMSFIELD, Jill J. **Culture to culture: a guide to U.S. legal writing**. Durham: Carolina Academic Press, 2005.

O DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO NO CPC/2015 E O ÔNUS ARGUMENTATIVO NAS DECISÕES SOBRE PRINCÍPIOS E CLÁUSULAS GERAIS

Lucas Soares de Oliveira¹

Sumário: 1–Introdução 2–Motivação “versus” fundamentação: o problema do silogismo dedutivo no âmbito da teoria da decisão 3 – Os requisitos para uma decisão fundamentada 3.1 – Os requisitos teóricos para que uma decisão judicial seja fundamentada 3.2 – Os requisitos para uma decisão fundamentada no ordenamento jurídico 3.3 – Fundamentação nos juízos de admissibilidade e mérito das postulações 3.4 – Exigência de fundamentação “versus” prolixidade do julgador 4 – Os princípios e as cláusulas gerais: influência no dever de fundamentação das decisões judiciais 5 – Conclusão; Referências Bibliográficas.

Resumo: Trata-se de artigo que objetiva discutir a extensão do dever de fundamentação no sistema processual civil, com especial atenção aos casos de fundamentação relacionada a princípios jurídicos e cláusulas gerais. Busca-se, ao fim, esclarecer se às decisões judiciais que aplicam

1 Procurador do estado de São Paulo (PGE-SP). Mestrando em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Professor assistente na Pós-Graduação lato sensu de Direito Público da Universidade de São Paulo (USP) e Escola Nacional da Advocacia Pública (Esnap). Professor assistente no Curso de Pós-Graduação lato sensu em Direito Processual Civil da Escola Superior da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo (ESPGE). Professor convidado no curso de Pós-Graduação lato sensu em Direito do Estado da Escola Superior da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo (ESPGE). E-mail: lusoliveira@sp.gov.br.

princípios ou trabalham com cláusulas gerais é exigido um ônus argumentativo maior do que o exigido para as demais decisões.

Palavras-Chave: Fundamentação; Decisão judicial; CPC/2015; Devido processo legal; Inferência para a melhor explicação; Teoria dos princípios; Cláusulas gerais.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo visa analisar o dever de fundamentação das decisões judiciais, em seus aspectos teóricos e legais, dando especial atenção ao ônus argumentativo imposto às decisões que enfrentam princípios e cláusulas gerais.

No primeiro ato, discutir-se-á a existência de diferenciação útil entre os termos “motivação” e “fundamentação”. Na oportunidade, se investigará o caminho do raciocínio jurídico no ato de fundamentar, estabelecendo algumas premissas que serão basilares ao enfrentamento dos tópicos seguintes.

No segundo, se dedicará espaço para a investigação a respeito do que é uma decisão fundamentada. Para tanto, apontar-se-ão perspectivas teóricas e normativas, enquanto cânones de boa fundamentação das decisões judiciais.

Na terceira etapa, enfrentar-se-á a questão da influência dos princípios e cláusulas gerais no ato de decidir. Neste momento, se avaliará a existência de um ônus argumentativo mais rigoroso quando as decisões veicularem questões afetas a princípios jurídicos e cláusulas gerais.

Ao final, há a amarração dos argumentos com a derivada conclusão quanto à investigação formulada. Se bem-sucedido, o artigo servirá ao rico debate (prático e teórico) sobre a fundamentação das decisões judiciais no sistema processual pátrio.

2. MOTIVAÇÃO “VERSUS” FUNDAMENTAÇÃO: O PROBLEMA DO SILOGISMO DEDUTIVO NO ÂMBITO DA TEORIA DA DECISÃO

Na doutrina, há quem entenda que os vocábulos *motivação* e *fundamentação*, no âmbito da teoria das decisões judiciais, assumem papéis distintos. Nessa visão, a motivação se veria perfectibilizada pela

explicitação daquilo que o julgador pessoalmente acredita ser o Direito, enquanto a fundamentação dependeria da exposição das razões que o julgador aceita ou rejeita em determinada interpretação e compreensão trazida à tona pelo cidadão².

De certa forma, essa distinção dá realce ao problema da doutrina do silogismo³ no âmbito da teoria da decisão. Isso porque o método lógico-dedutivo, que trabalha mediante o encaixe de premissas (maior e menor) para o alcance automático da síntese (ou resposta jurídica) esconde uma espécie de raciocínio fingido (*sham reasoning*), na expressão de Charles Sanders Peirce⁴, ou uma “pesquisa advocatícia”, nas palavras de Susan Haack⁵, em que o julgador primeiro decide e apenas depois motiva o seu ato – consciente ou inconscientemente⁶.

-
- 2 Nesse sentido, vale conferir: OMMATI, José Emílio Medauar. A fundamentação das decisões jurisdicionais no projeto do novo código de processo civil. *In*: FREIRE, Alexandre *et al.* (org.). **Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo código de processo civil**. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 109.
 - 3 O silogismo dedutivo se coloca pela demonstração rígida e formas fixas. Seus elementos básicos são: (i) a busca por um princípio geral (a premissa maior); (ii) na sequência, a escolha de um fato que pertença intrínseca e obviamente à classe de coisas às quais vale o princípio (a premissa menor); e (iii) por fim, a conclusão dedutiva que segue automaticamente as premissas alhures referidas (a síntese silogística). Para mais, consulte-se: DEWEY, John. Logical method and law. *The Philosophical Review*, Durham, v. 33, n. 6, p. 560-572, 1924, p. 560-572.
 - 4 Segundo Peirce, o silogismo lógico-dedutivo se traduz em método que não se apoia em fatos observados ou, pelo menos, se apoia neles com baixa intensidade. É dado às abstrações e generalizações, que prescindem do teste da experiência, pois são formadas *a priori*. As conclusões sustentadas no método *a priori* são escolhidas porque, na expressão de Peirce, são “agradáveis à razão”. O método, pois, não se preocupa com a confirmação da hipótese pela experiência, senão com o que nos sentimos inclinados a acreditar. Com isso, transforma-se a investigação “em algo semelhante ao desenvolvimento do gosto; o gosto, porém e infelizmente, é sempre, em termos, questão de moda”, porquanto “a essência deste método consiste em pensar da forma como se está inclinado a pensar” (PEIRCE, Charles Sanders. **Semiótica e filosofia**. São Paulo: Cultrix, 1972, p. 83-87 e 90).
 - 5 HAACK, Susan. **Perspectivas pragmatistas da filosofia do direito**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2015, p. 15.
 - 6 Nessa esteira, pontifica Flavianne Fernanda Bitencourt Nóbrega, “a atitude do juiz em insistir no método do silogismo-dedutivo, mesmo quando este se mostra deficiente, poderia ser compreendida ora pela 1. conveniência, ora pela 2. inconsciência” (NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt. A proposta do raciocínio abduutivo para o Direito. *In*: _____. **Um método para a investigação das consequências: a lógica pragmática da abdução de C. S. Peirce aplicada ao Direito**. João Pessoa: Ideia, 2013, p. 108). Quando motivada pela conveniência, a atitude do juiz reflete um ato despido de coragem ou carente de capacidade de articulação das premissas que motivaram a sentença. Aqui, a rigor, mora importante aproximação do silogismo lógico-dedutivo com o método *a priori*, porquanto o juiz simplesmente busca uma decisão confortável, ou melhor, palatável a seu

O silogismo, por ser um modelo lógico de decisão, não distingue dois movimentos cruciais, quais sejam: (1) a atividade que o juiz faz para chegar à decisão; e (2) o raciocínio justificativo que vem expresso na fundamentação. Tais movimentos, no entanto, são distintos. O primeiro movimento, a bem da verdade, liga-se à estrutura da decisão; o segundo, por outro lado, é a própria fundamentação da decisão.

Essa divisão é necessária, pois diante de casos complexos se faz mister o raciocínio abduutivo⁷, que trabalha mediante hipóteses a serem testadas pela experiência⁸, bem como da justificação das próprias premis-

gosto porque é agradável à razão. Lado outro, quando o silogismo lógico-dedutivo se esteia na inconsciência do magistrado, teremos situações em que “o julgador sequer consciência dos preconceitos e inclinações pessoais que de fato condicionam sua decisão e ele acaba por não as reproduzir na sua decisão, porque acredita efetivamente não as ter”. Nesta última situação, o silogismo lógico-dedutivo se aproximaria dos métodos da tenacidade e o da autoridade, pois, no primeiro, “o juiz simplesmente acredita tenazmente que está tomando a decisão correta, sem questionar como chegou a ela, já que a dúvida não é oportunizada nesse método”; no segundo, “o juiz atuaria como escravo intelectual, em que seus preconceitos são supostamente eliminados pela máxima da adesão à instituição do Poder Judiciário, cujo projeto é pretender ser imparcial” (Ibidem, p. 109).

- 7 A abdução é “uma inferência que parte do Resultado (conclusão ou sentença), através da Regra (norma jurídica ou premissa maior) para o Caso (fato jurídico ou premissa menor)”. Ela é útil juridicamente porque “revela a forma como o operador jurídico de fato atua e explora o contexto da descoberta. Por ter em mente os efeitos da decisão é também chamada de Lógica das Consequências” (Ibidem, p. 111). Como explica Dewey (1924), no Direito, geralmente começamos com uma vaga antecipação da conclusão (ou ao menos de conclusões alternativas) e depois olhamos ao redor para princípios e dados que o consubstanciam e possibilitam escolhermos inteligentemente entre conclusões rivais. A abdução, segundo Flávia Fernanda Bitencourt Nóbrega, não aparece como a solução única, senão como um caminho possível para a compreensão do processo de decisão jurídica. Isso, pois, notadamente por trabalhar com um modo de inferência que atua no contexto da descoberta e não no contexto da justificação, a abdução oferta alternativa para a investigação do modo como se chega à decisão. Com isso, consegue-se ter às claras o real significado e a conclusão da decisão, por meio de uma antecipação falível (e, portanto, dependente de verificação) do resultado esperado (Ibidem, p. 111 e 115).
- 8 A abdução é a primeira etapa do processo de raciocínio, fornecendo uma explicação dos fatos e reconstruindo o que aconteceu em particular. De tal modo, nessa primeira etapa inferencial há formulação da hipótese que será testada e eventualmente confirmada pelas evidências. É dizer, uma hipótese é levantada por abdução e determinada por *dedução* de algumas de suas consequências. Depois, procede-se ao teste e à avaliação destas hipóteses por *indução* (TUZET, Giovanni. *Legal abduction. Cognition*, São Paulo, v. 6, n. 2, p. 265-284, 2005, p. 266-267). Giovanni Tuzet (2005) propõe um processo inferencial complexo, em que a abdução é apenas o primeiro passo. Esse processo serve tanto para fornecer um modelo jurídico de descoberta dos fatos, quanto para se pensar um modelo de interpretação da lei e determinação de suas consequências normativas. A esse processo lógico complexo tem se dado o nome de *Inference to the Best Explanation (IBE)*, cuja proposta se finca na articulação entre abdução, dedução e indução como forma de produzir uma justificação para a decisão (Ibidem, p. 266-267). Tuzet (2005) adverte que a tese da abdução pode ser considerada a

sas escolhidas pelo julgador para fundamentar o seu silogismo. Dá-se ênfase, portanto, à razão prática no ato de decidir, realçando a necessidade de uma *justificação externa*⁹ da decisão, à luz da fundamentação, concretização e argumentação das premissas usadas pelo julgador¹⁰.

Preferimos, por tudo isso, tomar os dois vocábulos – fundamentação e motivação – como descritivos do mesmo mandamento jurídico: o direito dos cidadãos e o dever de o julgador analisar os fatos e o direito, estabelecendo racionalmente suas conclusões e as exteriorizando por meio de justificativas jurídico-factuais. Tanto fundamentar, quanto motivar, em última instância, é justificar o que se decide. Ademais, por mais que toda decisão carregue algum elemento pessoal de convicção do julgador¹¹, em rigor, há de se ter em mente que motivar e fundamentar são operações de exteriorização das razões de decidir e, nessa tarefa, as opiniões pessoais do juiz são irrelevantes, porquanto ao magistrado cabe interpretar e aplicar o Direito e não fazer valer as suas aspirações particulares enquanto fundamento jurídico¹².

inferência chave no raciocínio jurídico, sendo útil à justificação das decisões dos juízes e tribunais. Mas, seguindo a advertência de Peirce, o autor recorda que nenhuma inferência por si só é uma condição suficiente de conhecimento: as conclusões abduativas, em particular, precisam ser testadas por etapas inferenciais adicionais (uma determinação dedutiva de suas consequências e um procedimento indutivo de testá-las). Portanto, a abdução é a primeira etapa de tarefas de raciocínio como averiguação de fatos e averiguação de leis, mas deve ser apoiada por inferências subsequentes que determinam seu valor (Ibidem, p. 268-269).

- 9 Nesse sentido, a decisão judicial poderia ser vista em dois planos: (1) da justificação interna: silogismo em si, a estrutura dedutiva; (2) da justificação externa: fundamentação quanto às premissas utilizadas no silogismo (AMORIM, Letícia Balsamão. *Motivação das decisões judiciais*. In: TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; GALDINO, Flavio. (org.). *Dicionário de princípios jurídicos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 847).
- 10 Sobre o tema, confira-se: TARUFFO, Michele. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: Cedam, 1975, *passim*.
- 11 Julgo impossível que, na tomada de decisões judiciais, juiz ou tribunal não adotem nenhuma valoração. Para explicar melhor, penso, assim como Joachim Lege e Charles Sanders Peirce, que, ao trabalhar com a ideia de dúvida viva e de raciocínio abduativo, levamos em consideração “os preconceitos humanos e o contexto em que o julgador se encontra inserido, de sorte a instigar um agir voltado à elaboração de uma crença”. Neste mote, concordo com a proposta de Lege, mercê da qual por intermédio de um modelo próximo ao da abdução se criem adinúculos para “pensar os juízos de valor como próprios e fazê-los explícitos, tornando possível submetê-los à crítica” (LEGE, Joachim. *Pragmatismo y ciencia del derecho*. Sobre la filosofía de Charles Sanders Peirce y sobre los elementos lógicos y creativos en el derecho. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Ciudad de México, n. 73, p. 63-78, 1992).
- 12 Nesse sentido, consulte-se: THEODORO JR., Humberto *et al.* *O novo CPC: fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 109; e NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 184.

3. OS REQUISITOS PARA UMA DECISÃO FUNDAMENTADA

Todas as decisões judiciais devem ser fundamentadas (art. 93, inc. IX, da Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB/1988 e art. 11 do Código de Processo Civil – CPC/2015). Isso porque o dever de fundamentação é exigência do devido processo legal¹³, decorrendo dos princípios do contraditório e do acesso à justiça¹⁴, bem como do próprio Estado Democrático de Direito¹⁵.

Com efeito, como é dado ao juiz a liberdade e independência para decidir, a fundamentação serve como *contrapeso*¹⁶, porquanto apenas com a devida motivação as decisões podem ser controladas (interna e externamente), prevenindo-se, dessa forma, o arbítrio judicial.

No entanto, saber quando e como uma decisão pode ser considerada fundamentada não é tarefa fácil. Para qualificarmos uma decisão como fundamentada, a rigor, precisamos investigar todo o rico aparato teórico já construído sobre o tema e, também, as normas jurídicas hoje positivadas sobre a fundamentação das decisões.

3.1. Os requisitos teóricos para que uma decisão judicial seja fundamentada

Teoricamente, podemos dizer que são requisitos mínimos a uma decisão fundamentada: (1) a enunciação das escolhas desenvolvidas

13 Sobre o tema, também no sentido do texto, vale conferir: ALVIM, José Manuel de Arruda. **Novo contencioso cível no CPC/2015**: de acordo com o novo CPC – Lei 13.105/2015. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2016, p. 75; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.*, (coord.). **Breves comentários ao novo código de processo civil**. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2015, p. 1228; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* (coord.). **Breves comentários ao novo código de processo civil**. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2015, p. 85.

14 É o que ensina: *Ibidem*, p. 85.

15 Nesse sentido, fazendo menção à inerente ligação entre o Estado Democrático de Direito e o dever de fundamentação, consulte-se: MOREIRA, José Carlos Barbosa. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito. *In*: _____. **Temas de direito processual**: segunda série. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 83-95; ALVIM, José Manuel de Arruda. **Manual de direito processual civil**. 19. ed. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2020, p. 109; ALVIM, Eduardo Arruda; GRANADO, Daniel Willian; FERREIRA, Eduardo Aranha. **Direito processual civil**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 197; _____. **Nulidades do processo e da sentença**. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2007, p. 313 e 314.

16 É essa a lição de: DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. v. 1, p. 248.

pelo órgão judicial, a fim de que (1.a) haja individualização das normas aplicáveis, (1.b) exista acerto das alegações de fato, (1.c) tenha a devida qualificação jurídica do suporte fático e (1.d) possua a demonstração das consequências decorrentes da qualificação jurídica do fato; (2) o contexto dos nexos de implicação e coerência entre tais enunciados, o que poderíamos chamar de *modelo estrutural de fundamentação*; e (3) a justificação dos enunciados com base em critérios que evidenciam ser a decisão do juiz aportada por intermédio de correta racionalidade¹⁷.

É importante esclarecer, com base na lição de Michele Taruffo, que a mencionada racionalidade a ser alcançada pelo juízo na fundamentação das decisões judiciais diz respeito à construção de um caminho decisório entre a norma, os fatos e os nexos intercorrentes entre os enunciados que compõem cada um destes setores. Para alcançar essa racionalidade, Michele Taruffo propõe a reunião de três condições essenciais: (1) a ausência de contrariedade entre os diversos enunciados e seus pressupostos; (2) a presença de alguns nexos de implicação (a ilustrar: entre a norma e a qualificação dos fatos; entre a qualificação e a declaração do efeito jurídico), necessários em razão da sequência norma-fato-consequência jurídica; e (3) a relação de ordem de prejudicialidade entre diversas questões compreendidas no *thema decidendum*¹⁸.

Pela perspectiva teórica já é possível apontar, exemplificativamente, alguns vícios na fundamentação das decisões, a saber: (1) a ausência de uma real justificação da decisão¹⁹; (2) a fundamentação *per relationem*,

17 Sobre esses requisitos mínimos, confira-se, por todos: TARUFFO, op. cit., p. 259. Aliás, sobre o modelo estrutural de fundamentação, Michele Taruffo ainda destaca as seguintes etapas, em ordem sequencial: (1) os enunciados inerentes aos fatos da causa implicam aplicabilidade de certas normas jurídicas; (2) em contrapartida, as normas individualizadas como aplicáveis implicam exigência de determinados fatos – na razão em que ambos os nexos de implicação subsistam, faz-se a coincidência semântica entre suporte fático abstrato e o concreto; (3) esta, a seu tempo, implica qualificação dos fatos acertados segundo as normas declaradas aplicáveis; e (4) a qualificação que o direito dá ao suporte fático concreto implica os efeitos definidos pela norma qualificante e, pois, a conclusão consistente na declaração de tais efeitos quanto à relação jurídica envolta no processo (Ibidem, p. 267).

18 Ibidem, p. 259.

19 Teresa Arruda Alvim Wambier (2007), no ponto, traz uma importante advertência: “Ato de inteligência e de vontade, não se pode confundir sentença [leia-se: decisão] com um ato de imposição pura e imotivada de vontade. Daí a necessidade de que venha expressa a sua fundamentação (art. 93, inc. IX, da CF/88)”. E mais: “*‘fundamentação’ deficiente, em rigor, não é fundamentação, e, por outro lado, ‘fundamentação’ que não tem relação com o material decisório também não é fundamentação: pelo menos não o é daquele decisório!*” (WAMBIER, op. cit., p. 322).

entendida como aquela em que o juízo *ad quem* deixa de desenvolver uma justificação autônoma para simplesmente acolher as justificativas outrora desenvolvidas no juízo *a quo*²⁰; (3) as hipóteses de pseudomotivação (ou fundamentação fictícia), tal como ocorre nos casos de fundamentação superficial, em que a justificação jurídica se limita a mera referência às provas, não examinadas ou valoradas de forma específica pelo juízo, ou se restringe a remeter ao “bom senso”, à “experiência”, à menção de “princípios gerais” (não detalhados, tampouco discutidos) ou à mera invocação de precedentes (não indicados ou debatidos); (4) insuficiência de um ou mais elementos essenciais da inferência em que se lastreia o argumento justificativo, a ilustrar com a ausência de indicações das premissas em que se baseia o argumento que tem como conclusão a decisão sobre o ponto (ou um dos pontos) decisivo(s) do litígio; e (5) erros ou impropriedades lógicas que comprometam a correção do argumento²¹.

3.2. Os requisitos para uma decisão fundamentada no ordenamento jurídico

Saindo do plano teórico e trazendo a discussão para o sistema jurídico-positivo brasileiro, o art. 489 do CPC/2015²² traz os elemen-

20 A jurisprudência tem admitido a fundamentação *per relationem*. Nesse sentido, manifestou-se o STF: “Valho-me, para tanto, da técnica da motivação ‘per relationem’, o que basta para afastar eventual alegação de que este ato decisório apresentar-se-ia destituído de fundamentação. Não se desconhece, na linha de diversos precedentes que esta Suprema Corte estabeleceu a propósito da motivação por referência ou por remissão (RTJ 173/805-810, 808.809, rel. Min. Celso de Mello, RTJ 195/183-184, rel. Min. Sepúlveda Pertence, v.g.), que se revela legítima, para efeito do que dispõe o art. 93, inc. IX, da CF/1988, a motivação *per relationem*, desde que os fundamentos existentes aliunde, a que se haja explicitamente reportado a decisão questionada, atendam às exigências estabelecidas pela jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal. É que a remissão feita pelo magistrado, referindo-se, expressamente, aos fundamentos que deram suporte ao ato impugnado ou a anterior decisão (ou a pareceres do Ministério Público ou, ainda, a informações prestadas por órgão apontado como coator, p. ex.), constitui meio apto a promover a formal incorporação, ao novo ato decisório, da motivação a que este último se reportou como razão de decidir: ‘Acórdão. Está fundamentado quando se reporta aos fundamentos do parecer do Subprocurador-Geral, adotando-os; e, assim, não é nulo’ (RE 37.879/MG, rel. Min. Luiz Gallotti). Também: STJ, Int no AREsp 1.440.047/SP, Rel. Min. Francisco Falcão; EREsp 1.021.851/SP, Rel. Min. Laurita Vaz e EDcl no AgRg no AREsp 94.942-MG, Rel. Min. Mauro Campbell Marques.

21 Amplamente sobre isso, com vastidão de exemplos e aprofundamento do tema, confira-se: TARUFFO, op. cit., p. 542-570.

22 “Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

I – o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

tos essenciais a uma decisão judicial fundamentada. Transforma, pois, o dever de fundamentação, rigorosamente um conceito lógico-jurídico²³, em um conceito também jurídico-positivo²⁴.

Assim, analisando o teor dos §§ 1º e 2º do art. 489 do CPC/2015²⁵ veremos que, em suma e exemplificativamente (ver Enunciado n. 303 do FPPC), ele contempla – por meio de hipóteses nas quais a decisão não será considerada fundamentada²⁶ – o mesmo *iter* de fundamentação já descrito teoricamente pela doutrina, nacional e internacional.

II – os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III – o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I – se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II – empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III – invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V – se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

§ 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

§ 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé”.

- 23 O *conceito lógico-jurídico* é construído pela epistemologia jurídica, tendo, pois, pretensão de validade universal, porquanto busca auxiliar a compreensão do fenômeno jurídico onde e quando ele ocorra. Eles não expressam realidades contingenciais. São invariáveis; variável será o conteúdo normativo a ser extraído dos enunciados do direito positivo. Sobre o tema, vale conferir: DIDIER JR., Fredie. *Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 41.
- 24 “O *conceito jurídico-positivo* é construído a partir da observação de uma determinada realidade normativa e, por isso mesmo, apenas a ela é aplicável. Tem, como afirma Juan Terán, ‘validade determinada en cuanto espacio y determinada en cuanto al tiempo en sentido histórico’. Trata-se de noção que somente pode ser obtida *a posteriori*, ‘no sentido de que apenas poderá ser apreendida após o conhecimento de um determinado Direito Positivo’. São conceitos contingentes, históricos: descrevem realidades criadas pelo homem em certo lugar, em certo momento” (Ibidem, p. 40).
- 25 A Lei n. 13/655/2018, ao inserir os arts. 20 a 24 na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), também reforçou o dever de fundamentação das decisões judiciais e administrativas.
- 26 A opção do CPC/2015 foi a de listar, exemplificativamente, as situações em que não será considerada fundamentada a decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão.

Em rigor, como adverte a doutrina, o § 1º do art. 489 estabelece “parâmetros e orientações, dando exemplos de como deve ser fundamentada a sentença e, de resto, qualquer decisão judicial”²⁷. Desse modo, com o novo artigo, aquilo que era consciência jurídico-doutrinária se transmuta em consciência jurídico-legal, ganhando juridicidade reforçada²⁸.

Vale mencionar que, além do teor didático do dispositivo, que pode servir até mesmo como roteiro para juízes e advogados²⁹, ele acaba por trazer regra que, de certa forma, tarifa o conteúdo mínimo da fundamentação das decisões judiciais, uma vez que a decisão que incorre em um dos vícios descritos no § 1º do art. 489 do CPC/2015 é expressamente acoimada de não fundamentada, impondo grande ônus argumentativo a quem se arvora a dizer o contrário. Esse ônus argumentativo também é imposto sobre as partes, já que o autor passa a ter a tarefa de apresentar a sua fundamentação de forma analítica, tal como exigida para decisão judicial³⁰.

Dessa maneira, legalmente, julgam-se não fundamentadas, na ilustração legal, as decisões que: (1) se limitem a reproduzir ato normativo; (2) empreguem de maneira imotivada conceitos jurídicos indeterminados; (3) sejam genéricas; (4) careçam de fundamentação-resposta, isto é, não enfrentem os argumentos levantados pelas partes; (5) mencionem de maneira descontextualizada precedentes judiciais; (6) não observem, sem justificativa, precedentes judiciais; e (7) utilizem de analogia ou integração de lacunas legais sem a devida justificação³¹.

Além desses requisitos, é sempre curial lembrar que, em vista do princípio dispositivo, as decisões judiciais devem observar os

27 CUNHA, op. cit., p. 1232.

28 Sobre esse reforço do dever de fundamentação pelo CPC/2015, vale ver: BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. A fundamentação substancial das decisões judiciais no marco do Novo Código de Processo Civil. In: ALVIM, Teresa Arruda; DIDIER JR., Fredie. (org.). *Doutrinas essenciais: novo processo civil*. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2018. v. V, p. 33-61.

29 Mencionando essa função de roteiro, veja-se: CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 282 e NEVES, op. cit., p. 185.

30 DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada, processo estrutural e tutela provisória*. 13. ed. Salvador: Juspodivim, 2018. v. 2, p. 399.

31 Para uma profunda análise do § 1º do art. 489 do CPC/2015, vale consultar: ALVIM, 2020, op. cit, p. 1100-1107.

pedidos e as causas de pedir deduzidas pelas partes (arts. 141, 490 e 492 do CPC/2015). Não são aceitas, portanto, as decisões *citra petita* (isto é, as que deixam de analisar a completude dos pedidos formulados pelas partes), as *ultra petita* (isto é, as que vão além do pedido formulado, concedendo mais do que tenha sido postulado) e as *extra petita* (isto é, as que se pronunciam sobre o que não tenha sido objeto do pedido)³².

Decisão não fundamentada é decisão nula. Assim, ainda que todas as situações acima vistas possam ser reconhecidas de ofício pelo juízo, às decisões *citra petita* o recurso de embargos de declaração pode sanar a omissão judicial (art. 1.022, inc. II, do CPC/2015)³³, enquanto às decisões *ultra* e *extra petita* o remédio é a decretação da nulidade da parte extravagante, o que pode se dar por meio de recurso³⁴ ou mesmo por ação rescisória (art. 966, inc. V, do CPC/2015)³⁵.

Com efeito, podemos dizer que os §§ 1º e 2º do art. 489 do CPC/2015 nascem como uma espécie de resposta às velhas práticas judiciárias na (não) fundamentação das decisões³⁶. Pois sempre foram abundantes no Judiciário brasileiro as decisões “vestidinho preto”³⁷, a exemplo das de

32 “O julgamento *extra* ou *ultra petita* atenta contra a garantia constitucional do contraditório, pois configura uma situação de surpresa: o réu é surpreendido com decisão que concede ao autor algo diverso (*extra petita*) ou mais (*ultra petita*) do que ele pediu” (CUNHA, op. cit, p. 1241).

33 Nas sentenças, a apelação também pode cumprir a função de colmatação de omissões (art. 1.013, inc. III, do CPC/2015).

34 No ponto, vale lembrar que o CPC/2015 autoriza que, em sede de recurso, se o processo estiver em condições de imediato julgamento, o tribunal decida desde logo o mérito quando: decretar a nulidade da sentença por não ser ela congruente com os limites do pedido ou da causa de pedir; ou constatar a omissão no exame de um dos pedidos, hipótese em que poderá julgá-lo (art. 1.013, inc. II e III).

35 Importante observar que, para prestigiosa parcela da doutrina, a sentença *extra petita* seria inexistente na parte que extrapola o pedido inicialmente formulado. É, no geral, o que entendem os doutrinadores que consideram o pedido – especificamente considerado – um dos pressupostos de existência do processo. Assim, sendo a parte *extra petita* espécie de não-decisão jurídica, endoprocessualmente ela poderia ser atacada por todos os meios, sobremodo pelos recursos cíveis; exoprocessualmente, a ação declaratória de inexistência (*querela nullitatis insanabilis*) pode ser ajuizada. É como pensa: ALVIM, 2020, op. cit., p. 1112.

36 Sobre esse fenômeno, veja-se: *Ibidem*, p. 1100.

37 Expressão cunhada pelos professores Teresa Arruda Alvim Wambier, Maria Lúcia Lins Conceição, Leonardo Ferres da Silva Ribeiro e Rogerio Licastro Torres de Mello, a fim de caracterizar, de forma caricata, as decisões padronizadas e generalistas, que, verdadeiramente, não seriam fundamentadas (ver WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* **Primeiros comentários ao novo código de processo civil**. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2015, p. 795).

deferimento de tutela provisória “porque presentes os requisitos legais” ou o indeferimento de um pedido sob o “fundamento” de que “estão ausentes os seus pressupostos”.

Outrossim, os §§ 1º e 2º do art. 489 do CPC também ostentam ferramentas para combater o entendimento jurisprudencialmente consolidado de que “o juiz não fica obrigado a manifestar-se sobre todas as alegações das partes, nem a ater-se aos fundamentos indicados por elas ou a responder, um a um, a todos os seus argumentos, quando já encontrou motivo suficiente para fundamentar a decisão”³⁸. Pois o dispositivo legal impõe que a decisão seja completa, julgando nula a decisão que não enfrenta todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador. Trata-se, aliás, de consequência própria dos princípios do contraditório (arts. 7º, 9º e 10 do CPC/2015) e da colaboração processual (art. 6º do CPC/2015)³⁹. Contudo, quanto a este último ponto, o Judiciário parece ter feito pouco caso da normatividade do CPC/2015, já que o entendimento jurisprudencial alhures exposto tem sido confirmado pela jurisprudência formada após a vigência do Código de 2015⁴⁰.

3.3. Fundamentação nos juízos de admissibilidade e mérito das postulações

Convém apontar que o dever de fundamentação se manifesta tanto nos juízos de admissibilidade, quanto nos juízos de mérito.

38 STJ, AgRg no AREsp 715.236/RJ, Rel. Min. Humberto Martins.

39 Conforme registra Lenio Luiz Streck, com notável propriedade, “[a]s partes têm o direito de ver todos os seus argumentos enfrentados, o que no direito alemão (MS 24.268/2004, rel. Min. Gilmar Mendes; no mesmo sentido, Baur, Fritz. Der Anspruch auf rechliches Gehör. *Archiv für Civilistische Praxis*, Tübingen, J.C.B. Mohr, n. 153, p. 403, 1954) se denomina *Recht auf Berücksichtigung von Äußerungen*, direito da parte – dever do juiz de não apenas tomar conhecimento das razões apresentadas (*Kenntnisnahmepflicht*)”. Mais à frente, completa o autor: “imbrica-se o dever de fundamentação com o dever de levar a sério todos os argumentos das partes, considerando-os profunda e detidamente, o que no direito alemão se chama de *Erwägungspflicht*” (STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro. (org.). *Comentários ao código de processo civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 704). Assim, a norma contida no art. 489, § 1º, do *codex*, para sua efetividade, depende do contraditório forte, relacionando-se com ele de maneira direta. Confira-se, para mais sobre o direito fundamental ao contraditório, OLIVEIRA, Lucas Soares. O contraditório e o modelo constitucional de processo: explorando o direito à contradição na atualidade. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 1007, ano 108, p. 281-306, 2019 e OLIVEIRA, Lucas Soares. Contraditório. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 45, n. 302, p. 17-38, 2020.

40 STJ, EDcl no MS 21.315-DF, Rel. Min. Diva Malerbi (Desembargadora convocada do TRF da 3ª Região).

A fundamentação de admissibilidade se refere às questões processuais suscitadas pelas partes ou cognoscíveis *ex officio* pelo juízo. Trata-se de momento preparatório à solução do mérito, de modo que, presente alguma situação obstativa, que implique inadmissibilidade da postulação, o processo deve ser extinto, mas com a devida fundamentação.

No ponto, entretanto, é sempre curial lembrar da *primazia da solução de mérito*, diretriz eleita como guia no art. 488 do CPC/2015, o que pode implicar no eventual afastamento da análise e fundamentação da admissibilidade (e, por consequência, de aspectos processuais) para se dar deferência e preferência à solução do mérito.

Por outro lado, a fundamentação de mérito é a fundamentação por excelência, e eis que é por meio dela que a lide é solucionada – não à toa, é a fundamentação de mérito que tem recebido maior atenção da doutrina⁴¹.

3.4. Exigência de fundamentação versus prolixidade do julgador

É importante ressaltar, por fim, que os requisitos para a fundamentação das decisões, teóricos ou legais, não podem ser confundidos com a imposição de prolixidade ao julgador.

A exigência de uma fundamentação exauriente pode – e deve – andar de mãos dadas com a concisão na escrita, sob pena de colapso do sistema judicial, caso seja este pautado no incentivo de longos textos pouco pragmáticos e inviabilizadores de uma tutela jurisdicional tempestiva⁴²⁻⁴³. É de se ter em mente, neste quadrante, que o “requisito básico

41 DIDIER JR., op. cit, p. 368-369.

42 Sobre o diálogo entre fundamentação exauriente e concisão, veja-se: ALVES, Francisco Glauber Pessoa. Fundamentação judicial exauriente, argumentação jurídica exauriente e concisão: um diálogo necessário. In: ALVIM, Teresa Arruda; DIDIER JR., Fredie (org.). *Doutrinas essenciais: novo processo civil*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2018. v. 5. p. 238-265.

43 “E nem se diga que a exigência de fundamentação substancial da decisão seria um fator de entrave à duração razoável do processo. Em primeiro lugar, não há qualquer exigência de que as decisões sejam longamente fundamentadas. A fundamentação pode ser objetiva, concisa, desde que suficiente. Além disso, a garantia de duração razoável do processo destina-se a assegurar que no processo não haja dilações indevidas, mas todas as dilações devidas devem ocorrer. Uma decisão judicial bem fundamentada, fruto de um contraditório efetivo, pleno e substancial, é uma decisão que mais dificilmente será reformada ou anulada em grau de recurso, e isto, certamente, será um fator de desestímulo a recursos, permitindo um

da fundamentação, dado pelo CPC/2015, é o de que resolva as questões que lhe foram submetidas pelas partes”⁴⁴.

4. OS PRINCÍPIOS E AS CLÁUSULAS GERAIS: INFLUÊNCIA NO DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

Superada a análise geral sobre o dever de fundamentação das decisões judiciais, é possível adentrar na temática do ônus argumentativo imposto às decisões que trabalham com princípios abertos e cláusulas gerais.

Com efeito, a doutrina há muito denuncia a deletéria prática jurisdicional ligada às pseudomotivações (ou fundamentações fictícias), que ocorre, por exemplo, nas hipóteses de fundamentação superficial com mera menção a princípios gerais ou a cláusulas abertas. Dentro dessas pseudomotivações, vê-se uma insuficiência dos elementos essenciais da inferência em que se lastreia o argumento justificativo, ou mesmo impropriedades lógicas que comprometem a correção do argumento⁴⁵.

A fundamentação, nesses casos, é meramente semântica: limita-se, por exemplo, a invocar a cláusula geral do devido processo legal, sem especificar qual é o princípio ou a regra que será extraído dessa cláusula; qual é a incidência normativa proposta; qual é a relação (concorrência, conflito, complementaridade etc.) observada com outras normas também incidentes no caso; qual é o conseqüente jurídico da aplicação normativa etc. Apenas se escreve, no ato decisório, que sua fundamentação se lastreia no devido processo legal; sem mais, nem menos. Isso, à evidência, não passa de um jogo de palavras: não há fundamentação real nesse tipo de ação, senão mera semântica.

Em virtude disso, se mostra muito relevante especificar as exigências argumentativas de fundamentação das decisões que envolvem princípios e cláusulas gerais. O ônus argumentativo imposto a decisões desse tipo é acentuadamente maior do que o ônus imposto a decisões que se limitam a aplicar regras jurídicas bem delimitadas. Assim, separamos um espaço especial para abordar essa temática neste artigo.

aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, que conseguirá, fatalmente, ser alcançada em tempo razoável” (CÂMARA, op. cit., p. 283).

44 ALVIM, 2020, op. cit, p. 1099.

45 Amplamente sobre isso, com vastidão de exemplos e aprofundamento do tema, confira-se: TARUFFO, op. cit., p. 542-570.

Os princípios jurídicos são normas finalísticas, prospectivas e complementares, de modo que a sua aplicação demanda uma avaliação de correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta tida como necessária à promoção⁴⁶.

Se comparados com as regras⁴⁷, os princípios ostentam maior porosidade normativa, motivo pelo qual exigem do julgador um ônus argumentativo maior⁴⁸. Em termos simples, as decisões pautadas em princípios são mais difíceis de se fundamentar, pois o julgador terá o ônus de demonstrar a extensão da aplicabilidade da norma-princípio, a correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta tida como necessária, a existência de conflito normativo e sua solução etc.

Já a cláusula geral, em si mesma, não é uma norma, mas uma espécie de texto normativo, cujo antecedente é composto por termos vagos e o conseqüente jurídico é indeterminado. Há, pois, uma indeterminação legislativa em ambos os extremos da estrutura lógica-normativa. Uma cláusula geral pode dar palco à extração de um princípio – como, aliás, ocorre com frequência – ou mesmo de uma regra. Por exemplo, da cláusula geral do devido processo legal é possível extrair o princípio do contraditório, da ampla defesa etc.⁴⁹

A grande indeterminação que paira sobre o conseqüente jurídico da cláusula geral exige do órgão julgador um grandíssimo esforço argumentativo para justificar a adoção desse modelo textual. É preciso fundamentar a decisão com a indicação precisa de qual norma é extraível da cláusula geral, qual é sua pertinência ao caso concreto, quais são os limites de sua incidência etc.

46 É o que ensina: ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, *passim*.

47 Regras jurídicas, por sua vez, são normas descritivas e retrospectivas, cuja pretensão é decidir sobre dada hipótese e em certa abrangência. Assim, a aplicação das regras jurídicas exige uma avaliação da correspondência entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos. Ao se aplicar as regras, ademais, é preciso ter em mente a sua finalidade e os princípios que lhe são axiologicamente sobrejacentes (neste sentido, confira-se: *Ibidem*, *passim*).

48 É o que se explica em *Ibidem*, p. 73-75.

49 Sobre o tema, ricamente, confira-se: TEODORO, Viviane Rosolia. Cláusulas gerais e conceitos vagos – o direito processual como sistema de aplicação e controle. *Revista Forense*, São Paulo, v. 429, 2019.

Ademais, o fato de as cláusulas gerais darem luz ordinariamente a normas-princípio traz para o julgador uma dupla exigência argumentativa: primeiro, ele terá de demonstrar, analiticamente, *como e por qual razão* o princípio alvo de aplicação foi extraído da cláusula geral; depois, ele terá de justificar a aplicação do próprio princípio ao caso concreto.

Perante tal cenário, poder-se-ia indagar se, ao decidir sobre uma cláusula geral ou sobre um princípio aberto, o juiz estaria atuando de maneira discricionária. Pois bem. Quanto a esse tema, há de se ter em mente que, nos moldes da discricionariedade política ou administrativa, isto é, aquela pautada em juízos de conveniência e oportunidade, não há que se falar em discricionariedade na concretização de princípios ou cláusulas gerais no âmbito das decisões judiciais. Entretanto, caso a discricionariedade judicial seja entendida como a possibilidade conferida ao juiz de oferecer, com algum grau de liberdade, a solução hermenêutica mais razoável para um dado caso concreto, em face da relativa indeterminabilidade normativa, seria, sim, crível se falar em discricionariedade judicial em tais hipóteses⁵⁰.

5. CONCLUSÃO

O presente artigo se voltou à análise do dever de fundamentação imposto pelo CPC/2015, especialmente no que se refere às decisões que enfrentam princípios e cláusulas gerais. Buscou-se, assim, deixar clara a importância prática e teórica da minudente análise das implicações do dever de fundamentação na prática jurisdicional brasileira, trazendo elementos teóricos, normativos e práticos para a evolução no estudo da temática.

A primeira conclusão alcançada neste artigo diz respeito aos vocábulos fundamentação e motivação. Como visto, optamos por considerar ambas as expressões como descritivas do mesmo comando jurídico: o direito dos cidadãos e o dever de o julgador analisar os fatos e o direito, estabelecendo racionalmente suas conclusões e as exteriorizando por meio de justificativas jurídico-factuais. Pois, por mais que toda decisão carregue algum elemento pessoal de convicção do julgador,

50 SOARES, Ricardo Maurício Freire. *O devido processo legal: uma visão pós-moderna*. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 124.

em rigor, há de se ter em mente que motivar e fundamentar são operações de exteriorização jurídica das razões de decidir.

A segunda conclusão se liga ao fato de que todas as decisões judiciais devem ser fundamentadas (art. 93, inc. IX, da CRFB/1988 e art. 11 do CPC/2015). Essa consideração tem realce tanto na teoria, como na ordem jurídica (art. 489 do CPC/2015). Assim, é primordial o respeito à lógica estruturante da fundamentação das decisões, hoje legalmente disposta no art. 489 do CPC/2015, servindo tal exigência como parâmetro democrático de controle (interno e externo) do ato jurisdicional.

Por fim, a última conclusão se relaciona às exigências argumentativas de fundamentação das decisões que envolvem princípios e cláusulas gerais. Defendemos, neste trabalho, que o ônus argumentativo imposto a decisões desse tipo é acentuadamente maior do que o ônus imposto a decisões que se limitem a aplicar regras jurídicas bem delimitadas. Assim, os atos decisórios que trabalham com princípios abertos e cláusulas gerais devem ter especial atenção na ação de fundamentar o que se decide, sob pena de se construir decisões pseudomotivadas, meramente semânticas, e que, por isso, não atenderão ao mandamento constitucional da fundamentação das decisões.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Francisco Glauber Pessoa. Fundamentação judicial exauriente, argumentação jurídica exauriente e concisão: um diálogo necessário. *In*: ALVIM, Teresa Arruda; DIDIER JR., Fredie (org.). **Doutrinas essenciais: novo processo civil**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2018. v. 5, p. 237-265.

ALVIM, Eduardo Arruda; GRANADO, Daniel Willian; FERREIRA, Eduardo Aranha. **Direito processual civil**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

ALVIM, José Manuel de Arruda. **Manual de direito processual civil**. 19. ed. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2020.

_____. **Novo contencioso cível no CPC/2015: de acordo com o novo CPC – Lei 13.105/2015**. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2016.

AMORIM, Leticia Balsamão. Motivação das decisões judiciais. *In*: TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; GALDINO,

Flavio (org.). **Dicionário de princípios jurídicos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 841-860.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. A fundamentação substancial das decisões judiciais no marco do Novo Código de Processo Civil. *In*: ALVIM, Teresa Arruda; DIDIER JR., Fredie (org.). **Doutrinas essenciais: novo processo civil**. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2018. v. 5. p. 33-61.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* (coord.). **Breves comentários ao novo código de processo civil**. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2015.

DEWEY, John. Logical method and law. **The Philosophical Review**, Durham, v. 33, n. 6, p. 560-572, 1924.

DIDIER JR., Fredie. **Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada, processo estrutural e tutela provisória**. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2018. v. 2.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. v. 1.

HAACK, Susan. **Perspectivas pragmatistas da filosofia do direito**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2015.

LEGE, Joachim. Pragmatismo y ciencia del derecho. Sobre la filosofía de Charles Sanders Peirce y sobre los elementos lógicos y creativos en el derecho. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, Ciudad de México, n. 73, p. 63-78, 1992.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito. *In*: _____. **Temas de direito processual: segunda série**. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 83-95.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt. A proposta do raciocínio abduutivo para o Direito. *In*: _____. **Um método para a investigação das consequências: a lógica pragmática da abdução de C. S. Peirce aplicada ao Direito**. João Pessoa: Ideia, 2013. p. 105-117.

OLIVEIRA, Lucas Soares. Contraditório. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 45, n. 302, p. 17-38, 2020.

_____. O contraditório e o modelo constitucional de processo: explorando o direito à contradição na atualidade. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 1007, ano 108, p. 281-306, 2019.

OMMATI, José Emílio Medauar. A fundamentação das decisões jurisdicionais no projeto do novo código de processo civil. *In*: FREIRE, Alexandre *et al.* (org.). **Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo código de processo civil**. Salvador: Juspodivm, 2014. p. 113-122. v. 3.

PEIRCE, Charles Sanders. **Semiótica e filosofia**. São Paulo: Cultrix, 1972.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O devido processo legal: uma visão pós-moderna**. Salvador: Juspodivm, 2008.

STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro. (org.). **Comentários ao código de processo civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

TARUFFO, Michele. **La motivazione della sentenza civile**. Padova: Cedam, 1975.

TEODORO, Viviane Rosolia. Cláusulas gerais e conceitos vagos – o direito processual como sistema de aplicação e controle. **Revista Forense**, São Paulo, v. 429, 2019.

THEODORO JR., Humberto *et al.* **O novo CPC: fundamentos e sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TUZET, Giovanni. Legal abduction. **Cognitio**, São Paulo, v. 6, n. 2, p. 265-284, 2005.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades do processo e da sentença**. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2007.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* **Primeiros comentários ao novo código de processo civil**. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2015.

RESSARCIMENTO AO ERÁRIO E PRESCRIÇÃO: COMENTÁRIOS AOS TEMAS DE REPERCUSSÃO GERAL Nº 666, 897 E 899

Mateus Camilo Ribeiro da Silveira¹

SUMÁRIO: 1 – Introdução; 2 – Do conteúdo da decisão proferida no Recurso Extraordinário nº 669.069/MG – Tema 666; 3. Do conteúdo da decisão proferida no Recurso Extraordinário nº 852.472/SP – Tema 897; 4 – Do conteúdo da decisão proferida no Recurso Extraordinário nº 636.886/AL – Tema 899; 5 – Conclusão; Referências Bibliográficas.

RESUMO: O objetivo do presente artigo é delimitar o conteúdo das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento dos Temas de repercussão geral nº 666, 897 e 899, que tratam da prescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário. Busca-se, ainda, suscitar algumas reflexões sobre o sentido dos votos tomados, as respectivas fundamentações e apresentar o *estado da arte* do entendimento firmado pela Suprema Corte a respeito da matéria.

PALAVRAS-CHAVE: Imprescritibilidade. Ressarcimento ao erário. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

1 Procurador do estado de São Paulo, integrante do Grupo Especial de Atuação do Contencioso Geral (Geac). Doutorando e mestre em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

1. INTRODUÇÃO

O tema da (im)prescritibilidade das ações de ressarcimento por prejuízos causados ao Estado é campo de amplo debate na aplicação do Direito, com reflexos importantes na preservação do patrimônio público.

A matéria é tortuosa, especialmente em razão da redação do art. 37, §5º, da Constituição da República, segundo o qual “a lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento”. O texto comporta uma série de interpretações sobre seu sentido e alcance, o que justifica as divergências quanto à possibilidade ou não de incidência de prazo prescricional sobre as pretensões reparatórias.

Tradicionalmente, doutrina² e jurisprudência³ defendiam que a parte final do dispositivo previa cláusula vedando ao legislador a imposição de prazos prescricionais para que o Poder Público buscasse em juízo a reparação por danos ao erário. Alguns autores entendiam, ainda, que a imprescritibilidade alcançaria apenas a pretensão ressarcitória do Estado em face de agente público, e não de terceiros, sem vínculo estatal⁴.

2 “São, contudo, imprescritíveis, as ações de ressarcimento por danos causados por agente público, seja ele servidor público ou não, conforme estabelece o artigo 37, §5º, da Constituição (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 996-997).

3 MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. BOLSISTA DO CNPq. DESCUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO DE RETORNAR AO PAÍS APÓS TÉRMINO DA CONCESSÃO DE BOLSA PARA ESTUDO NO EXTERIOR. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. INOCORRÊNCIA DE PRESCRIÇÃO. DENEGAÇÃO DA SEGURANÇA. I – O beneficiário de bolsa de estudos no exterior patrocinada pelo Poder Público não pode alegar desconhecimento de obrigação constante no contrato por ele subscrito e nas normas do órgão provedor. II – Precedente: MS 24.519, Rel. Min. Eros Grau. III – Incidência, na espécie, do disposto no art. 37, § 5º, da Constituição Federal, no tocante à alegada prescrição. IV – Segurança denegada (MS 26210, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 04/09/2008, DJe-192 DIVULG 09-10-2008 PUBLIC 10-10-2008 EMENT VOL-02336-01 PP-00170 RTJ VOL-00207-02 PP-00634 RT v. 98, n. 879, 2009, p. 170-176 RF v. 104, n. 400, 2008, p. 351-358 LEXSTF v. 31, n. 361, 2009, p. 148-159). Vide também RE 578428 AgR, Relator(a): Ayres Britto, Segunda Turma, julgado em 13/09/2011, DJe-216 DIVULG 11-11-2011 PUBLIC 14-11-2011 EMENT VOL-02625-02 PP-00177; AI 848482 AgR, Relator(a): Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 27/11/2012, Acórdão Eletrônico DJe-035 DIVULG 21-02-2013 PUBLIC 22-02-2013.

4 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 627-628; CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. *Curso de Direito Administrativo*. Salvador: Editora Juspodivm, 2008, p. 517-528.

Contudo, a prescritibilidade também passou a ser defendida no âmbito doutrinário, cabendo citar, sobretudo, a mudança de entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello, que, até a 26ª edição de seu *Curso de Direito Administrativo*, acolhera a tese da imprescritibilidade. O autor alterou o posicionamento original, em razão de exposição feita pelo professor Emerson Gabardo, tendo em vista que “com ela [a imprescritibilidade] restaria consagrada a minimização ou eliminação prática do direito de defesa daquele a quem se houvesse increpado o dano ao erário”⁵.

Recentemente, a questão foi submetida ao Supremo Tribunal Federal (STF) por meio de três Recursos Extraordinários, que tiveram repercussão geral reconhecida, especificamente os Temas 666, 897 e 899.

O objetivo deste artigo é delimitar o conteúdo desses precedentes e apresentar algumas reflexões sobre o *estado da arte* na matéria, sob a ótica dos votos (e fundamentações) proferidos pelos Ministros da Suprema Corte.

2. DO CONTEÚDO DA DECISÃO PROFERIDA NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 669.069/MG – TEMA 666

No julgamento do Recurso Extraordinário nº 669.069/MG, o alcance do §5º, do art. 37, da Constituição da República, foi objeto de análise pelo STF (tema 666 de repercussão geral), dando-se início à esteira de recentes precedentes da Corte a respeito da prescritibilidade ou não de ações de reparação por prejuízos causados ao patrimônio público.

No caso concreto, a União propôs ação de ressarcimento em face da empresa Viação Três Corações Ltda. e o motorista de ônibus desta, por entender que houve culpa exclusiva do condutor em acidente que resultou em dano à viatura da Companhia de Comando da Divisão Anfíbia da Marinha.

O ente público federal manejou o recurso extremo para impugnar acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal (TRF) da 1ª Região, que manteve o entendimento expresso na sentença de que a pretensão

5 Isso porque “ninguém guarda documentação que lhe seria necessária além de um prazo razoável, de regra não demasiadamente longo” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 1092-1093).

ressarcitória fora alcançada pela prescrição. De acordo com o TRF, não se aplicaria a imprescritibilidade prevista na parte final do art. 37, §5º, da Constituição, por ser restrita às hipóteses de improbidade administrativa.

No Recurso Extraordinário, a União sustentou a tese de que o dispositivo constitucional precitado excepcionaria a possibilidade de incidência de lapso prescricional sobre ações de ressarcimento por prejuízos causados ao erário, inclusive quando seus autores forem particulares, colacionando, como precedente da Corte, a decisão proferida no Mandado de Segurança nº 26.210/DF⁶.

O STF reconheceu a repercussão geral da matéria submetida pelo recurso, destacando a diversidade de linhas interpretativas sobre o sentido do art. 37, §5º, do Texto Constitucional, conforme trecho transcrito:

3. Questiona-se, à luz do § 5º do artigo 37, da Constituição Federal, o sentido e o alcance a ser dado à ressalva final do dispositivo, segundo o qual, “a lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento”.

4. A questão transcende os limites subjetivos da causa, havendo, no plano doutrinário e jurisprudencial, acirrada divergência de entendimentos, fundamentados, basicamente, em **três linhas interpretativas**: (a) a **imprescritibilidade aludida no dispositivo constitucional alcança qualquer tipo de ação de ressarcimento ao erário**; (b) a **imprescritibilidade alcança apenas as ações por danos ao erário decorrentes de ilícito penal ou de improbidade administrativa**; (c) o **dispositivo não contém norma apta a consagrar imprescritibilidade alguma**. É manifesta, assim, a relevância e a transcendência dessa questão constitucional.⁷

O ministro Teori Zavascki, relator do acórdão, proferiu voto no sentido de que o dispositivo constitucional veicula, de fato, comando de

⁶ Vide nota de rodapé nº 3.

⁷ Ementa: ADMINISTRATIVO. PRETENSÃO DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. PRESCRIÇÃO. INTERPRETAÇÃO DA RESSALVA FINAL PREVISTA NO ARTIGO 37, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. Apresenta repercussão geral o recurso extraordinário no qual se discute o alcance da imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário prevista no artigo 37, § 5º, da Constituição Federal (RE 669069 RG, Relator(a): Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 02/08/2013, Acórdão Eletrônico DJe-166 DIVULG 23-08-2013 PUBLIC 26-08-2013, grifo nosso).

imprescritibilidade em favor do erário. No entanto, a norma alcançaria apenas ações de ressarcimento de danos decorrentes de ilícitos tipificados como improbidade administrativa e como ilícitos penais, valendo transcrever a seguinte passagem que sintetiza a tese:

3. Em suma, não há dúvidas de que o fragmento final do § 5º do art. 37 da Constituição veicula, sob a forma da imprescritibilidade, uma ordem de bloqueio destinada a conter eventuais iniciativas legislativas displicentes com o patrimônio público. Esse sentido deve ser preservado. Todavia, não é adequado embutir na norma de imprescritibilidade um alcance ilimitado, ou limitado apenas pelo (a) conteúdo material da pretensão a ser exercida – o ressarcimento – ou (b) pela causa remota que deu origem ao desfalque no erário – um ato ilícito em sentido amplo. O que se mostra mais consentâneo com o sistema de direito, inclusive o constitucional, que consagra a prescritibilidade como princípio, é atribuir um sentido estrito aos ilícitos de que trata o § 5º do art. 37 da Constituição Federal, afirmando como tese de repercussão geral a de que a imprescritibilidade a que se refere o mencionado dispositivo diz respeito apenas a ações de ressarcimento de danos decorrentes de ilícitos tipificados como de improbidade administrativa e como ilícitos penais.⁸

Como se verifica, o ministro conferiu interpretação restritiva à expressão “ilícitos”, contida no artigo precitado, para impedir que a ressalva constitucional tornasse “imprescritível toda e qualquer ação de ressarcimento movida pelo erário”. Dessa forma, negou provimento ao recurso da União, eis que a pretensão veiculada se fundamentava em ilícito civil, desprovido de “grau de reprovabilidade mais pronunciado”, não incidindo a regra excepcional de imprescritibilidade.

O ministro Teori Zavascki propôs a fixação da tese segundo a qual a imprescritibilidade referida no dispositivo constitucional refere-se “apenas a ações de ressarcimento de danos ao erário decorrentes de atos praticados por qualquer agente, servidor ou não, tipificados como ilícitos

8 CONSTITUCIONALE CIVIL. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. IMPRESCRITIBILIDADE. SENTIDO E ALCANCE DO ART. 37, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO. 1. É prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil. 2. Recurso extraordinário a que se nega provimento (RE 669069, Relator(a): Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 03/02/2016, Acórdão Eletrônico Repercussão Geral – Mérito DJe-082 DIVULG 27-04-2016 PUBLIC 28-04-2016, p. 5, grifo nosso).

de improbidade administrativa ou como ilícitos penais”. Os ministros Luiz Fux e Rosa Weber acompanharam integralmente o relator, vencido, contudo, na proposta de tese.

O ministro Luís Roberto Barroso concordou com o desprovimento do recurso, porém inaugurou divergência do voto relator, por entender que a questão da imprescritibilidade em matéria de improbidade ou crime não teria sido objeto do devido contraditório no processo, sobretudo porque a demanda posta tratava de acidente de trânsito. Assim, propôs que a tese fixada pela Corte fosse: “é prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil”, deixando a análise da improbidade para caso futuro.

Em voto-vista, o ministro Dias Toffoli também salientou a necessidade de restringir o alcance da tese de repercussão geral para situações análogas à versada no caso concreto. A respeito, vide a seguinte justificativa exposta:

Os debates travados pelas partes neste feito cingiram-se a averiguar se o direito do ente público à reparação de danos em decorrência de acidente de trânsito seria alcançado ou não pela prescrição.

Em momento algum se discutiu, neste feito, a prescritibilidade – ou não – das pretensões sancionatórias pela prática de atos de improbidade administrativa, dos ilícitos penais que impliquem prejuízos ao erário, ou, ainda, das demais hipóteses de atingimento do patrimônio estatal, nas suas mais variadas formas, seja o inadimplemento contratual, sejam os ilícitos fiscais, não se podendo olvidar que o descumprimento de obrigações tributárias importam também em aviltamento dos cofres públicos.

Portanto, *data venia*, não há como se debater sobre todo o conteúdo jurídico do art. 37, § 5º, da CF, inclusive porque tenho, para mim, que devemos aprofundar a análise desse e de outros temas durante o julgamento de recurso que esteja mais bem aparelhado, com o desenvolvimento de pontos de vista nas instâncias originárias.⁹

No mérito, o voto aponta que a parte final do art. 37, §5º, da Constituição, deve ser interpretada restritivamente, eis que a prescritibilidade é a regra universal no ordenamento jurídico brasileiro. O ministro conclui que a tese da União é improcedente, na medida em

9 p. 47-48 do acórdão.

que “o acidente de trânsito não importou em prática de ato de improbidade administrativa”. A situação fática seria “estranha aos pressupostos da imprescritibilidade, porque o ato ilícito foi praticado por terceiro, ou seja, por empresa e indivíduo que não preenchem os requisitos subjetivos estabelecidos pela Lei de Improbidade Administrativa”.

Ao cabo, pugna que o Plenário fixe a tese de que “não se aplica à ação de reparação por danos causados por acidente de trânsito a imprescritibilidade a que se refere o art. 37, §5º, da Constituição Federal”. Contudo, o próprio ministro destaca não estar afirmando que, “em todas as situações em que houver improbidade administrativa, as ações de ressarcimento serão imprescritíveis”, matéria que deveria ser objeto de novo exame em momento oportuno.

Após debates, o Tribunal, por maioria, fixou a tese de repercussão geral preconizada pelo ministro Luís Roberto Barroso no sentido de ser prescritível a ação de reparação de danos ao erário decorrente de ilícito civil.

É importante destacar que a aludida tese comportou discussão pelos membros da Corte quanto ao seu alcance, isto é, a respeito da definição de quais condutas estariam albergadas pela expressão “ilícito civil”. E, já no início dos debates, o ministro Luís Roberto Barroso declarou: “*é o que não é penal nem administrativo*”. Questionado pelo relator se, a rigor, o Tribunal não deveria se referir apenas às ações relativas a acidentes de trânsito, o mesmo ministro afirmou que poderiam “abstrair um pouquinho mais”, a significar que a tese da prescritibilidade deveria alcançar a categoria “ilícitos civis” apontada pela Corte, e não apenas situações concretas de acidente de trânsito.

A questão retorna nos debates empreendidos pelos membros do STF e, mais uma vez, o ministro Luís Roberto Barroso esclarece que “improbidade não está em jogo aqui”, referindo-se à categoria “ilícito civil”, cuja prescritibilidade fora afirmada. Há, ainda, a seguinte passagem transcrita que realça precisamente o alcance maior da tese proposta:

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI (RELATOR) – O que está em discussão é o sentido e o alcance do § 5º do art. 37. Podemos, evidentemente, dizer: o § 5º não se aplica a ações de acidente de trânsito, que é a tese do Ministro Barroso, que está contido na minha...

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – A minha era um pouco maior, a minha não se aplica a ilícitos civis.¹⁰

Outros ministros, nos respectivos votos, tocam igualmente esta matéria e afastam a imprescritibilidade para a categoria jurídica “ilícitos civis”, embora não tenham definido, com a exatidão esperada, o alcance da expressão. Note-se, por exemplo, que a ministra Cármen Lúcia, após endossar e realçar a mudança de entendimento do professor Celso Antônio Bandeira de Mello sobre o tema, assenta “a tese que, quanto a ilícitos civis, na linha do que foi inicialmente preconizado pelo ministro Barroso, não cabe ser cogitada a imprescritibilidade”.

O ministro Gilmar Mendes acompanhou as ressalvas introduzidas no voto do ministro Barroso, acolhendo a abertura da tese formulada:

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Senhor Presidente, na verdade, eu acompanharia o voto do ministro Teori Zavascki, mas com as ressalvas feitas e introduzidas no voto do ministro Barroso, **tendo em vista, inclusive, a fixação da tese e a abertura que se faz quanto a ilícito de caráter civil e a percepção de que o debate sobre os ilícitos de caráter administrativo, de improbidade ou ilícitos penais, talvez ainda não esteja maduro para uma decisão.**¹¹

Idêntico posicionamento pode ser encontrado no voto do então presidente da Suprema Corte, ministro Ricardo Lewandowski, que se filiou à tese do ministro Barroso de que, “em se tratando de ilícitos civis, há necessariamente a incidência de prescrição”. Ademais, Dias Toffoli retirou a própria proposta de tese, até então restrita a acidentes de trânsito, para aderir à maioria que se formou em favor daquela formulada pelo ministro Luís Roberto Barroso.

Nesse sentido, é fundamental perceber que a Corte optou por adotar a tese da prescritibilidade para determinada categoria *jurídica* de ilícitos, cujos limites deveriam ser apreendidos a partir da situação fática tratada no caso concreto e à luz da distinção entre aquela e outras categorias conhecidas no sistema jurídico brasileiro, notadamente os ilícitos penais e atos de improbidade administrativa, sem prejuízo de outros.

10 p. 52 do acórdão.

11 p. 77 do acórdão, grifo nosso.

A questão do alcance da tese é suscitada, ainda, em sede de Embargos de Declaração opostos pelo procurador-geral da República, segundo o qual haveria obscuridade “na tese fixada pelo Plenário desta Corte, ante a indefinição da expressão ‘ilícito civil’”. De acordo com a peça recursal, a tese acolhida pelo Tribunal seria omissa pela falta de contornos claros: “indefinição quanto às balizas essenciais do que se compreende como ilícito civil e o que escapa a esse universo”¹².

No julgamento dos Embargos, o STF se debruçou, novamente, sobre a abrangência da tese fixada, concluindo que o entendimento perfilhado fora no sentido “de considerar como ilícito civil os de natureza semelhante à do caso concreto em exame”, conforme se infere do seguinte trecho:

3. Nos debates travados na oportunidade do julgamento ficou clara a opção do Tribunal de considerar como ilícito civil os de natureza semelhante à do caso concreto em exame, a saber: ilícitos decorrentes de acidente de trânsito. O conceito, sob esse aspecto, deve ser buscado pelo método de exclusão: não se consideram ilícitos civis, de um modo geral, os que decorrem de infrações ao direito público, como os de natureza penal, os decorrentes de atos de improbidade e assim por diante. Ficou expresso nesses debates, reproduzidos no acórdão embargado, que a prescritibilidade ou não em relação a esses outros ilícitos seria examinada em julgamento próprio.¹³

Como se extrai do voto do Relator, acolhido por unanimidade, a Corte reiterou a convicção de que os ilícitos civis estão sujeitos à prescrição, cabendo considerá-los como os de natureza semelhante à do caso concreto examinado.

12 p. 8.

13 Ementa: PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. DANO DECORRENTE DE ILÍCITO CIVIL. PRESCRITIBILIDADE. SENTIDO ESTRITO DA EXPRESSÃO “ILÍCITO CIVIL”, DELIMITADO PELO ACÓRDÃO EMBARGADO. FIXAÇÃO DO TERMO INICIAL DO PRAZO PRESCRICIONAL. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. MODULAÇÃO DE EFEITOS DA TESE FIRMADA NO ACÓRDÃO EMBARGADO. NÃO DEMONSTRAÇÃO DE MOTIVO RELEVANTE DE INTERESSE SOCIAL OU DE SEGURANÇA JURÍDICA. REDISCUSSÃO DE QUESTÕES DECIDIDAS. IMPOSSIBILIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS. (RE 669069 ED, Relator(a): Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 16/06/2016, Acórdão Eletrônico DJe-136 DIVULG 29-06-2016 PUBLIC 30-06-2016), p. 7.

Tal afirmação, todavia, exige certa cautela na leitura para evitar má aplicação do julgado. Com efeito, o STF não afirmou que os ilícitos civis alcançados pela decisão seriam apenas aqueles decorrentes de acidentes de trânsito. O que foi decidido no Tema 666 é que a prescrição atinge “ilícitos civis”, tendo a Corte declarado que essa categoria *jurídica* alberga o universo de condutas cuja *natureza* se assemelhe àquela do ilícito tratado no Recurso Extraordinário da União. Basta revisitar as passagens transcritas neste artigo e o desenvolvimento dos debates para verificar que a tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal foi deliberadamente aberta, para abranger um espectro determinado de ilícitos e não uma situação fática específica. Aliás, o próprio Tribunal afastou proposta de tese mais restritiva, vinculada ao fato “acidente de trânsito”.

Portanto, o alcance da tese não é definido pela identidade da situação fática versada no caso, mas pela paridade *jurídica* dessa mesma situação, enquanto ilícito civil, em cotejo com outros fatos.

Fosse a tese restrita à circunstância fática debatida no recurso, não haveria necessidade de o Tribunal reiterar, no julgamento dos Embargos de Declaração, que o conceito de “ilícito civil” deve ser buscado pelo método de exclusão. A Corte assentou que não se consideram como ilícitos civis “os que decorrem de infrações ao direito público, como os de natureza penal, os decorrentes de atos de improbidade e assim por diante”, delimitando a categoria jurídica colhida pela prescribibilidade, ainda que de forma insuficiente.

Para restringir o alcance da tese à situação de fato narrada, bastaria a afirmação de que o comportamento ilegal sujeito à prescrição consiste em acidente de trânsito, o que, além de não ter sido realizado, seria insustentável diante da fundamentação dos votos.

Dessa forma, a opção adotada pelo STF foi impor a prescribibilidade à ação de reparação de danos à Fazenda Pública fundada em ilícito civil, entendido este como categoria jurídica, que refugia um universo de comportamentos proscritos pelo Direito.

A compreensão do conteúdo da decisão, nos termos ora expostos, embora seja necessária para a adequada aplicação da tese, não soluciona, por si só, a dificuldade de identificar quando se estará em pauta o ilícito civil a que faz referência o Supremo Tribunal Federal, tarefa que

exige, no mínimo, algum esforço hermenêutico. Isso porque a Corte não definiu expressamente o conceito jurídico utilizado, mas apenas tangenciou o que não estaria nele contido.

Essa forma de enunciação de sentido – embora auxilie o intérprete a saber que ilícitos civis não são aqueles decorrentes de infrações ao “direito público”, de atos de improbidade e os de natureza penal – não diz sobre a totalidade, a extensão do conceito jurídico em si.

Para complementar a compreensão do julgado, é preciso acrescentar uma pequena passagem do voto do Relator nos Embargos de Declaração, inserida em tópico reservado para análise do pedido de modulação de efeitos, em que se declara que a tese firmada “aplica-se apenas a atos danosos ao erário que violem normas de Direito Privado”.

O precedente enseja alguma margem de interpretação sobre o que estaria circunscrito ao universo de ilícitos civis, ainda que se parta da noção de descumprimento de normas de Direito Privado. Isso acaba remetendo o operador do Direito para a análise das características jurídicas do ilícito do caso concreto e que justificou o posicionamento do STF, sendo possível identificar que se trata de típica hipótese de responsabilidade civil, por ato praticado por terceiro, sem vínculo (funcional ou contratual) com a Administração Pública e sem indicação de norma de direito público violada.

Tais traços normativos, em cotejo com o método de exclusão realizado pela Corte, podem orientar a delimitação do alcance da prescribibilidade acolhida no Tema 666, sempre à luz da natureza das normas violadas pela conduta ilícita.

Ademais, é importante notar que o julgado apenas declara a incidência da prescrição sobre esse estrito universo de ilícitos, não sendo possível concluir, a partir dos limites do precedente e da tese, que as ações de ressarcimento fundadas em infrações a normas de direito público seriam necessariamente imprescritíveis sob a ótica do Supremo Tribunal Federal, matéria submetida parcialmente no Tema 897, referente à improbidade.

Por fim, cabe apontar que não houve modulação dos efeitos da tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal, não obstante pedido expresso do Procurador-Geral da República em sede de Embargos. A Corte entendeu que “não havia jurisprudência consolidada do STF que afirmasse a

imprescritibilidade das pretensões de ressarcimento ao erário”, questão que retorna nas decisões dos Temas 897 e 899.

3. DO CONTEÚDO DA DECISÃO PROFERIDA NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 852.472/SP – TEMA 897

No julgamento do Tema 897 de repercussão geral, o alcance do art. 37, §5º da Constituição foi novamente objeto de exame pelo Supremo Tribunal Federal, mas, nessa ocasião, sob o enfoque de sua aplicabilidade a atos previstos na Lei nº 8.429/92. Discutiu-se a “prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário em face de gentes públicos por atos de improbidade administrativa”¹⁴.

O caso concreto consiste em ação de improbidade administrativa, proposta pelo Ministério Público, pleiteando a aplicação, aos réus, das sanções previstas na mencionada Lei, entre elas a reparação de danos causados pela alienação de veículos automotores em valor inferior ao seu preço de mercado em procedimentos licitatórios promovidos no município de Palmares Paulista.

O Tribunal de Justiça reformou sentença que julgara parcialmente procedente o pedido, para reconhecer a ocorrência de prescrição quanto aos réus ex-servidores públicos, em virtude do transcurso de prazo superior a cinco anos entre os fatos e a propositura.

Em Recurso Extraordinário, o *Parquet* apontou ofensa ao dispositivo constitucional multicitado, sustentando que a regra “contém dois comandos: o primeiro, da prescritibilidade dos ilícitos administrativos praticados por qualquer agente público, segundo dispuser a lei e o segundo, o da imprescritibilidade das ações de ressarcimento”. Aduziu, ainda, ser pacífica a jurisprudência dos Tribunais Superiores, em favor da tese veiculada.

14 Ementa: ADMINISTRATIVO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PRETENSÃO DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. PRESCRITIBILIDADE (ART. 37, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL). REPERCUSSÃO GERAL CONFIGURADA. 1. Possui repercussão geral a controvérsia relativa à prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário, em face de agentes públicos, em decorrência de suposto ato de improbidade administrativa. 2. Repercussão geral reconhecida. (RE 852475 RG, Relator(a): TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 19/05/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-108 DIVULG 25-05-2016 PUBLIC 27-05-2016).

O julgamento do caso comportou nítida cisão de entendimentos entre os Ministros, com retificação de votos por parte de alguns no decorrer das sessões, sendo essencial ressaltar algumas posições adotadas.

O relator, Min. Alexandre de Moraes, votou pela prescritibilidade da pretensão reparatória decorrente de ato ímprobo, sob o fundamento de que o legislador editou a Lei nº 8.429/92, em cumprimento ao art. 37, §4º, da Constituição, prevendo expressamente, no art. 23, prazos prescricionais para imposição das sanções, entre elas a de ressarcimento ao erário. Afirmou que não seria razoável que “houvesse imprescritibilidade implícita de uma única sanção pela prática de um ilícito civil definido como ato de improbidade, e não houvesse na esfera penal, que é de maior gravidade”.

De acordo com o Ministro, o sistema revelaria a incidência da prescrição contra ações patrimoniais. Porém, doutrina e jurisprudência majoritárias, inclusive do Superior Tribunal de Justiça, teriam passado a entender que o ressarcimento seria a única sanção recoberta pelo manto da imprescritibilidade, “em virtude da redação aparentemente equivocada do §5º do art. 37 da CF”.

O relator busca afastar a concepção de que o dispositivo constitucional contemplaria regra de imprescritibilidade, sob o argumento de que a ressalva nele contida pretendeu apenas “obrigar constitucionalmente a recepção das normas legais definidoras dos instrumentos processuais e dos prazos prescricionais para as ações de ressarcimento do erário, inclusive referentes a condutas ímprobas, mesmo antes da tipificação legal de elementares do denominado ‘ato de improbidade’”. Assim, proferiu voto pelo desprovimento do recurso extraordinário, constando duas principais sínteses, a seguir transcritas:

Não há, portanto, qualquer previsão de imprescritibilidade nos §§ 4º e 5º do art. 37 em relação à sanção de ressarcimento ao erário por condenação pela prática de ato de improbidade administrativa, que deve seguir os mesmos prazos prescricionais do art. 23 da Lei nº 8.249/1992, com a complementação de que, se o ato de improbidade administrativa também for capitulado como crime, deverá ser considerado o prazo prescricional estabelecido na lei penal, como vem decidindo o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (MS 24.013/DF, Rel. p/Acórdão Min. SEPÚLVEDA PERTENCE; AgRg RMS 31.506/DF, Rel. Min. ROBERTO BARROSO).

Por fim, importante salientar que, em relação aos atos ilícitos atentatórios à probidade da administração pública, mas anteriores à Lei nº 8.429/1992, as ações de ressarcimento serão regidas pelas leis específicas, devendo ser aplicados os prazos prescricionais dos demais atos ilícitos, na forma como decidido em Repercussão Geral no RE 669.069 (Rel. Min. TEORI ZAVASCKI).¹⁵

O Min. Alexandre de Moraes foi seguido, inicialmente, pelos Ministros Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes, em sessão de 02/08/2018. Os Ministros Edson Fachin e Rosa Weber, por outro lado, votaram pelo provimento do recurso extraordinário, entendendo pela não incidência de prescrição contra a pretensão de ressarcimento ao erário decorrente de ato ímprobo.

O Ministro Fachin reproduziu, em grande parte, o voto vencido que havia proferido no julgamento do tema nº 666 de repercussão geral. Consta na fundamentação que a Constituição, por meio do art. 37, §5º, prevê o estabelecimento, por lei, de prazos de prescrição para ilícitos que gerem prejuízo ao erário; “logo em seguida, porém, decota de tal comando para o Legislador as ações cíveis de ressarcimento (ou seja, de recomposição) do erário, tornando-as, assim, imprescritíveis”.

Nesse sentido, afirma-se que haveria imprescritibilidade da ação de ressarcimento ao erário, independentemente da natureza dos ilícitos que geram danos: “basta, à luz do comando constitucional, a existência de ilícito que a ele cause prejuízo para que seja possível ação de ressarcimento, sem que sobre a pretensão nela veiculada incida qualquer prazo prescricional”.

Embora tenha apontado que a imprescritibilidade seja extensiva a qualquer dano causado ao patrimônio público, o Ministro propôs como tese de julgamento que: “são imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa”, não sendo possível identificar no voto justificativa para a restrição baseada no elemento subjetivo dolo¹⁶.

15 p. 26.

16 Supõe-se que esse ajuste, apenas na tese e não na fundamentação do voto, foi realizado após considerações formuladas pelo Min. Luís Roberto Barroso. O Ministro Edson Fachin

A Ministra Rosa Weber acompanhou a divergência inaugurada pelo Ministro Edson Fachin. No voto, também não se localiza fundamentação que ampare a restrição da tese para atos ímprobos dolosos. Pelo contrário, declara-se, de forma ampla, que a interpretação conjunta do art. 37, §§ 4º e 5º da Constituição “aponta para a imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário fundada em ato tipificado como improbidade administrativa”.

O julgamento do recurso foi suspenso e, em sequência ao retorno, o Ministro Marco Aurélio acompanhou o relator no sentido da incidência da prescrição indicada na própria Lei nº 8.429/92.

Por sua vez, os Ministros Celso de Mello e Cármen Lúcia seguiram a divergência, reconhecendo como imprescritível a pretensão jurídica deduzida em ação de ressarcimento ao erário fundamentada na prática de ato doloso de improbidade. Vale notar que a citada juíza da Suprema Corte acolhe a interpretação de que a ressalva do art. 37, §5º, do Texto Constitucional, impõe a imprescritibilidade¹⁷; compreensão oposta àquela que adotou no julgamento do Tema nº 666 e que se opõe também à restrição feita para atos praticados com dolo.

Fux retificou o voto para acompanhar o Ministro Edson Fachin, estabelecendo como imprescritíveis as ações de ressarcimento por danos decorrentes de crimes ou atos de improbidade praticados por agentes públicos.

No momento da retificação do voto do Min. Luiz Fux, instaurou-se longo debate entre os membros do STF sobre o rito e as condições de viabilidade de eventual ação reparatória por prejuízos causados por atos ímprobos, caso fosse reconhecida a imprescritibilidade. O Ministro Alexandre de Moraes demonstrou preocupação com a necessidade de

aderiu à maioria e, ao que tudo indica, houve retificação do voto apenas no tocante à tese: “O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Eu estou acolhendo as sugestões do Ministro Luís Roberto Barroso e assentando que, se houver provimento do recurso, o retorno ao TJ se dê para apreciar exclusivamente a pretensão de ressarcimento. E, na tese, estou incluindo o vocábulo ‘doloso’, na prática dolosa da improbidade. Estou acolhendo a sugestão”.

17 “Como foi aqui exposto de maneira muito enfática, especialmente pelo Ministro Edson Fachin, que inaugurou a divergência, tenho para mim também que, como está estabelecido na Constituição, como se torna claro com a ressalva quanto às ações de ressarcimento, quanto a este ponto específico, a imprescritibilidade se impôs à observância até mesmo do legislador. E por essa razão a interpretação da própria norma há de ser considerada em face do que estampado no art. 37 e seus parágrafos” (p. 93).

se demonstrar o elemento subjetivo necessário ao enquadramento da conduta como ímproba, ainda que para fim exclusivo de ressarcimento.

Questionado pelo Min. Barroso, Fachin declarou que se trataria de ação específica de ressarcimento de dano, cabendo ao Poder Judiciário reconhecer a ocorrência de comportamento ímprobo, nos termos da Lei nº 8.429/92, como condição necessária para a imprescritibilidade da pretensão reparatória. Confira-se:

O que Vossa Excelência sustenta é que, não obstante a prescrição da ação de improbidade, que geraria as sanções por improbidade, é possível prosseguir ou ajuizar uma ação específica para fins de ressarcimento do dano, em que, então, o juiz teria que estabelecer que houve improbidade, que ela não pode ser sancionada porque está prescrita, mas que, todavia, cabe a reparação do dano. Essa é a posição que Vossa Excelência sustenta?

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - É. O que está subjacente - e, agora, Vossa Excelência vem de refinar a posição - é que, a rigor, estamos adentrando a esses temas como que por camadas.¹⁸

Ato contínuo, o Min. Luís Roberto Barroso alterou o voto original, cingindo a imprescritibilidade do ressarcimento às hipóteses de dolo, excluídas, portanto, as “hipóteses de culpa, em que, por uma falha humana, não intencional, se tenha eventualmente causado um prejuízo ao erário”¹⁹. De acordo com o Ministro, o objetivo da retificação “foi precisamente para que não fosse a hipótese colhida por escolhas políticas, escolhas administrativas”.

A decisão final da Suprema Corte, por maioria, foi no sentido de dar parcial provimento ao recurso do Ministério Público, afastando a prescrição sobre a pretensão reparatória. Em seguida, o Tribunal fixou a tese de que “são imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa”, conforme extrato de ata de 8 de agosto de 2018.

¹⁸ p. 118.

¹⁹ Neste momento, o Min. Lewandowski afirma estar inclinado, se vencido, a acompanhar a tese, por lhe parecer mais consentânea com o direito de defesa e com o art. 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro, segundo o qual “o agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro”.

Da leitura do inteiro teor do acórdão, verifica-se que a conclusão alcançada pelos juízes do Supremo Tribunal Federal foi pela limitação da imprescritibilidade à hipótese específica de atuação ímproba e dolosa. Fundamentos diversos foram apresentados para sustentar essa tese, alguns até mesmo contraditórios a ela, pois assentavam que o art. 37, §5º, da Constituição, contemplaria ressalva à prescrição, sem restrição quanto à improbidade. De toda forma, a decisão impõe, por consequência, a prescritibilidade de todas as ações de ressarcimento que decorram da prática de atos de improbidade culposos.

O precedente deixa margem para questionamentos, todavia, a respeito da imprescritibilidade ou não de uma série de ilícitos, como, por exemplo, aqueles derivados do descumprimento de (i) normas estatutárias-administrativas, no exercício de função pública, mas que não importem violação da legislação penal e de improbidade; (ii) normas de Direito Administrativo Sancionador, como aquelas integrantes da Lei nº 12.529/2011 ou, ainda; (iii) da extensa legislação sobre licitações e contratos, sobretudo quando se estiver diante de ajuste regido, predominantemente, por regras de direito público, entre outros.

Tais ilícitos podem ser enquadrados como infrações a normas de direito público, ainda que não sancionáveis pela Lei de Improbidade ou pela legislação penal, não ostentando natureza civil.

Uma leitura possível da decisão pode indicar que a prescrição atingiria inclusive as ações fundadas no descumprimento de normas de direito público, que não as de natureza penal ou de improbidade, considerando que seriam infrações menos gravosas que a atuação ímproba culposa, já colhida pela prescritibilidade, de acordo com o STF no Tema 897. Isso porque, no sistema jurídico brasileiro, a improbidade recebe tratamento de especial repúdio pela Constituição, nos termos do art. 37, §4º e da legislação dele decorrente.

Seria possível sustentar, ainda, que o descumprimento culposo dessas demais normas de direito público também estaria alcançado pela prescrição, replicando-se o *discrímen* realizado pelos Ministros no tocante ao elemento subjetivo.

Por outro lado, esse universo específico de normas não foi objeto de exame no Tema 666, no qual o STF se limitou a tratar do denominado

“ilícito civil”, tido como prescritível, ao passo que, no Tema 897, a Corte se debruçou sobre a prescritibilidade ou não da pretensão de ressarcimento fundada em ato tipificado como improbidade administrativa, o que poderia deixar em aberto esse campo distinto de ilícitos.

Contudo, é possível extrair de diversos votos a adoção da prescritibilidade como regra, com exceção aos atos de improbidade tratados nesse último precedente, o que corrobora a incidência da prescrição inclusive para a reparação fundada em violação de outras normas de direito público.

Conforme será demonstrado adiante, o STF, no julgamento do terceiro precedente a respeito desta matéria, o Tema 899, sintetiza os entendimentos adotados nos Temas 666 e 897 para estabelecer o que exatamente é imprescritível sob a ótica do Tribunal.

4. DO CONTEÚDO DA DECISÃO PROFERIDA NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 636.886/AL – TEMA 899

No julgamento do Tema nº 899, o Supremo Tribunal Federal examinou a “prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas”.

O Recurso Extraordinário tem como origem a propositura de demanda executiva pela União, com base em acórdão do Tribunal de Contas. O processo, todavia, foi extinto por sentença que reconheceu a ocorrência de prescrição, em razão da prescrição intercorrente prevista na Lei nº 6.830/80. A União interpôs o recurso extremo, apresentando como fundamento principal a alegada imprescritibilidade contida no art. 37, §5º, da Constituição Federal.

Em síntese, o Rel. Ministro Alexandre de Moraes entendeu que o STF teria concluído, no tema da “prescritibilidade de ações de ressarcimento”, que somente seriam imprescritíveis aquelas fundadas na prática de ato de improbidade administrativa doloso. Dessa forma, as pretensões reparatórias do erário derivadas de todos os demais ilícitos prescreveriam na forma da legislação, aplicando-se o Tema 666. Confira-se:

Em conclusão, nos termos das fundamentações e decisões Plenárias do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, **somente são imprescritíveis as ações**

de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato de improbidade administrativa doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa Lei 8.429/1992 (TEMA 897). Em relação a todos os demais atos ilícitos, inclusive àqueles atentatórios à probidade da administração não dolosos e aos anteriores à edição da Lei 8.429/1992, aplica-se o TEMA 666, sendo prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública.²⁰

Por força dessa compreensão das decisões do STF, o Relator entendeu que a exceção prevista no Tema 897 (ato ímprobo doloso) não estaria presente em relação às decisões do Tribunal de Contas que resultem débito ou multa, sob as justificativas de que (i) o órgão de controle não analisa a existência de elemento subjetivo vinculado à improbidade e (ii) “não há decisão judicial caracterizando a existência de ato ilícito doloso, inexistindo contraditório e ampla defesa plenos”.

O Tribunal negou provimento ao recurso extraordinário, nos termos do voto relator, fixando a tese de que “é prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas”. Apenas os Ministros Edson Fachin, Luís Roberto Barroso e Gilmar Mendes apresentaram ressalvas ao voto, mas acompanharam o Min. Alexandre de Moraes.

É interessante notar a fundamentação apresentada pelo Relator. Neste precedente, assim como no Tema 897, o Ministro entende que a leitura do art. 37, §5º, do Texto Constitucional, não conduz a qualquer cláusula de imprescritibilidade. Afirma-se, na verdade, que o ordenamento jurídico brasileiro adota o princípio da prescritibilidade como essencial à segurança jurídica. Replica-se o argumento já utilizado no Tema 897 a favor da interpretação histórica do dispositivo, por ter sido suprimida, no curso da Assembleia Nacional Constituinte, a expressão “que serão imprescritíveis” no fim do artigo citado. E, ao final, atribui-se intelecção distinta à ressalva nele prevista, para significar apenas a recepção de normas legais definidoras dos instrumentos processuais e dos prazos prescricionais para as ações de ressarcimento ao erário, antes da tipificação legal de elementares do denominado ato de improbidade, conforme já exposto anteriormente.

20 p. 9, 71, grifos nossos.

Tais fundamentos, além de resultarem no evidente desprovemento do recurso extraordinário, de fato se alinham com a compreensão de que nada mais seria imprescritível, senão aquilo que fora decidido no Tema 897, isto é, atos ímprobos dolosos. E o voto foi acolhido pelos membros do Tribunal, mesmo com essa fundamentação²¹. Portanto, parece razoável concluir que esse é o posicionamento da Suprema Corte.

Como exposto anteriormente, até o julgamento dos Temas 666 e 897, o Supremo Tribunal Federal havia declarado apenas duas sínteses de entendimentos: (i) ressarcimento por ilícito civil prescreve; e (ii) ressarcimento fundado em atos dolosos de improbidade administrativa é imprescritível. Dessas duas teses, é possível inferir, de forma direta, apenas um silogismo: a reparação por atos ímprobos culposos prescreve nos termos da legislação aplicável.

As fundamentações dos votos proferidos nos Temas 666 e 897 não dão segurança acerca da incidência ou não da prescrição sobre outros ilícitos violadores de normas de direito público. Com efeito, no Tema 897, a maioria dos Ministros entendeu que a Constituição contemplaria alguma forma de imprescritibilidade nessa matéria, tanto que a concederam em favor de atos ímprobos praticados com dolo. No entanto, os fundamentos adotados foram diversos e nem todos se reportam à interpretação do sentido e alcance do art. 37, §5º, do Texto Constitucional. Além disso, cinco Ministros já haviam votado pela prescritibilidade, inclusive para ressarcimento derivado da prática de improbidade.

De toda forma, não obstante os questionamentos que podem ser formulados aos votos e respectivas motivações, o que se extrai do último precedente (Tema 899) é a consagração da prescritibilidade em relação às ações de ressarcimento fundadas em todos os ilícitos, com exceção dos atos de improbidade praticados com dolo, como realçado também pelo Min. Gilmar Mendes: “Da conjugação de tais precedentes firmados em repercussão geral, sobressai a conclusão de que, em regra, as ações de

21 Os fundamentos não estão alinhados, contudo, com o voto do Min. Edson Fachin, Redator do Acórdão do Tema 897, que conferiu interpretação literalmente oposta à do Min. Alexandre de Moraes. Como já apontado, Fachin compreendeu que há cláusula de imprescritibilidade contida na ressalva do art. 37, §5º (tanto que isso consta expressamente na ementa do julgado), ainda que referida ao ressarcimento derivado apenas de atos ímprobos dolosos. E foi seguido por outros Ministros naquela ocasião.

ressarcimento ao erário são prescritíveis, salvo as ações fundadas especificamente na prática de ato doloso tipificado na Lei 8.429/1992”²².

Por fim, cumpre destacar que não houve modulação dos efeitos da decisão, muito embora o Min. Gilmar Mendes tenha votado nesse sentido. De acordo com o voto, o reconhecimento da prescritibilidade no caso concreto “altera jurisprudência longamente adotada pela Corte”, notadamente aquela firmada no MS nº 26.210/DF e com ressonância em outros julgados do STF.

A Advocacia-Geral da União opôs Embargos de Declaração em face do acórdão, postulando, entre outros pontos, a modulação dos efeitos, “de modo que o novo entendimento passe a valer apenas em relação aos ilícitos geradores de danos ao erário cometidos a partir da publicação do acórdão ora embargado” ou, subsidiariamente, para salvaguardar os processos já autuados pelos Tribunais de Contas que tratem de ressarcimento ao erário.

Em 23 de agosto de 2021, todavia, o recurso foi julgado, tendo sido rejeitados os Embargos, inclusive no tocante ao pedido de modulação dos efeitos. O Min. Luís Roberto Barroso divergiu do Relator nesse aspecto, por considerar que a “jurisprudência histórica desta Corte, manifestada em inúmeros precedentes, era firme em favor da imprescritibilidade”, de tal forma que haveria, de fato, “mudança de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em matéria sensível, relativa ao alcance do art. 37, §5º, da CF/1988, com impacto relevante na boa gestão e aplicação dos recursos públicos”. O Acórdão transitou em julgado em 5 de outubro de 2021.

5. CONCLUSÃO

Ante o exposto, da conjugação dos precedentes analisados é possível extrair algumas conclusões sobre a compreensão do tema “prescritibilidade em ações de ressarcimento”.

A primeira delas, pautada no Tema 666, é que as ações de reparação de danos causados à Fazenda Pública decorrentes de ilícitos

22 p. 37, 71.

civis prescrevem na forma da legislação aplicável. Essa consequência, contudo, abre margem para outro extenso debate, estranho ao objeto deste artigo e ao exame realizado pelos membros da Corte, que é a definição do prazo prescricional incidente e respectivo fundamento legal, termos iniciais e finais de contagem, hipóteses de suspensão ou interrupção, entre outras questões de matéria infraconstitucional.

No primeiro precedente, o Supremo Tribunal Federal afixou a prescritebilidade relativa a tais ilícitos, que não se limita à hipótese fática “acidente de trânsito”, de tal sorte que cabe ao intérprete identificar quando estará em pauta o descumprimento de normas de direito privado para determinar a aplicação da tese firmada.

A segunda conclusão é que o STF, no Tema 897, limitou a imprescritebilidade prevista no art. 37, §5º, da Constituição, para as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei nº 8.429/92. Logo, as pretensões reparatórias decorrentes de atos ímprobos praticados com culpa prescrevem nos prazos fixados no mencionado diploma legal, notadamente no art. 23. Essa constatação já seria capaz de afetar a prescritebilidade ou não de outros ilícitos menos gravosos.

A terceira conclusão é que o julgamento do Tema 897 enseja margem de dúvida acerca da prescritebilidade ou não de ações de ressarcimento pautadas no descumprimento de outras normas de direito público. Contudo, após o Tema 899, é razoável inferir que o posicionamento atual da Suprema Corte é no sentido de que a imprescritebilidade atinge tão somente as ações de ressarcimento fundadas na prática de ato doloso de improbidade, excluídos, portanto, atuação ímproba culposa e demais ilícitos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. **Curso de Direito Administrativo**. Salvador: Juspodivm, 2008.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani de. A prescrição das ações de ressarcimento ao Estado e o art. 37, §5º da Constituição. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 17, n. 68, p. 139-152, abr.-jun. 2017. Doi: 10.21056/aec.v17i68.806

TRIBUTAÇÃO E REGULAÇÃO ECONÔMICA. OS TRIBUTOS “PIGOUVIANOS”: *EXCISE TAXES E SIN TAXES*

Danielle Eugenne Migoto Ferrari Fratini¹

Sumário: 1 – Introdução; 2 – Extrafiscalidade; 3 – Impostos Pigouvianos; 3.1 – Impostos sobre o pecado – *Excise* ou *Sin Taxes*; 3.1.1 Prós; 3.1.2 Contras; 4 – A experiência de outros países com a tributação dos bens específicos; 4.1 – Tabaco; 4.2 – Álcool; 4.3 – Bebidas açucaradas (açúcar); 5. Formas de implementação dos impostos sobre o pecado; 6 – Conclusão; Referências.

1. INTRODUÇÃO

A Reforma Tributária é a principal agenda do país na atualidade, mas já faz parte das discussões políticas e econômicas há alguns anos. Todos os projetos de Reforma Tributária já apresentados pretendem incluir, de alguma forma, os chamados *excise taxes* no novo desenho de tributação no Brasil.

O modelo adotado de extrafiscalidade – importante instrumento de intervenção ou regulação econômica – se volta, atualmente, para a seletividade dos impostos de acordo com a essencialidade do produto ou serviço; e os impostos utilizados, primordialmente, como instrumentos

1 Procuradora do estado de São Paulo. Especialista em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestranda em Direito Tributário pela Fundação Getulio Vargas.

de ordenação econômica são o imposto sobre produtos industrializados (IPI) e o imposto sobre circulação de mercadorias e prestação de serviços (ICMS) (impostos federal e estadual, respectivamente)².

Entre os vários projetos de reforma já apresentados, alguns pretendem transformar o IPI, dando-lhe as características de seletividade vistas no plano internacional e abandonando a ótica meramente essencialista adotada no Brasil. Outros tendem a criar um novo imposto seletivo, os chamados *excise taxes*, relegando o IPI para unificação de impostos trazidas pelos projetos.

Este estudo visa apresentar as características dos tributos pigouvianos diante do instituto da extrafiscalidade, analisar os casos de países que já adotaram ou adotam o *excise tax* e *sin tax* como instrumento regulatório e forma de influenciar comportamentos, e, assim, implementar uma mudança de consumo de produtos que causem externalidades negativas e também que, por consequência, acarretem o aumento de receitas com impostos que atualmente pouco representam no percentual arrecadatório.

Por fim, pretende-se apresentar um breve panorama sobre as possíveis formas de implementação no país.

2. EXTRAFISCALIDADE

O liberalismo econômico defendido por Adam Smith no século XVIII e baseado na intervenção mínima do Estado, deixando à “mão invisível do mercado” a regulação dos processos econômicos, descortinou a realidade da desigualdade social, a exigir uma atuação do Estado.

Percebeu-se que o mercado não era capaz de se regular por si só e que somente a intervenção estatal poderia estabelecer mecanismos para redução da crescente desigualdade social, por meio de uma melhor distribuição de riqueza.

Nesse cenário, a função meramente arrecadatória do Estado foi questionada pelos pensadores, concebendo-se novas finalidades sociais

2 “Portanto, a seletividade, no IPI e no ICMS, é obrigatória. Ou, seguindo a trilha constitucional, estes tributos devem ser seletivos, em função da essencialidade do produto industrializado (IPI) ou das mercadorias ou serviços (ICMS)”. CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 108.

e políticas à tributação. Adolph Wagner, um dos principais intelectuais da época, moldou a nova forma de tributação, concebendo-a de maneira diferenciada, para além da mera arrecadação³.

A extrafiscalidade nasce nesse cenário como instrumento de correção das distorções sociais e mercadológicas, com vistas a atender ao bem-estar social.

Essa nova função do Direito Tributário assegurando os direitos e as garantias elencados na Constituição Federal também foi identificada por Paulo de Barros Carvalho:

A experiência jurídica nos mostra, porém, que vezes sem conta a composição da legislação de um tributo vem pontilhada de inequívocas providências no sentido de prestigiar certas situações, tidas como social, política ou economicamente valiosas, às quais o legislador dispensa tratamento mais confortável ou menos gravoso. A essa forma de manejar elementos jurídicos usados na configuração dos tributos, perseguindo objetivos alheios aos meramente arrecadatórios, dá-se o nome de Extrafiscalidade.⁴

É possível identificar, na extrafiscalidade, as funções distributiva, simplificadora e indutora⁵. Contudo a função indutora, ou a aptidão para estimular (indução positiva) ou desestimular (indução negativa) comportamentos nos contribuintes, é aquela que influencia o estudo dos impostos pigouvianos e sobre o pecado. Segundo Schoueri, as normas tributárias indutoras devem ser verificadas a “partir da ideia que,

3 Sobre o tema, convém conferir ADAMY, Pedro. Origens teóricas da extrafiscalidade. *Revista Direito Tributário Atual*, São Paulo, n. 39, p. 367-376, 2018: “A. Wagner justificava sua concepção da dupla finalidade do imposto como uma forma de ultrapassar as lições do que ele denominava de ‘individualismo econômico’ ou, ainda, a ‘escola liberal baseada em Smith’. Em um claro rompimento com a visão liberal, fundada no direito natural e amplamente aceita em sua época, o autor atribui ao direito tributário ‘a função de regulador do bem-estar social e alavanca das reformas sociais’ então em curso. Com base em tais premissas teóricas, políticas e econômicas, o autor inova o conceito de imposto, dando maior ênfase ao caráter político e social dos efeitos da incidência tributária, modificando e transformando radicalmente as discussões sobre política tributária e fiscal até os dias de hoje”.

4 CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 290.

5 SCHOUERI, Luís Eduardo. *Normas tributárias indutoras e intervenção econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 27.

afastado o dogma da neutralidade da tributação, passam elas a servir de instrumento do Estado na intervenção sobre o Domínio Econômico”⁶.

Todos os tributos acabam por influenciar, em algum nível, o comportamento dos contribuintes, mas alguns tributos possuem essa característica de maneira marcante. A extrafiscalidade, pois, se constitui em instrumento tributário com valor finalístico: além da motivação arrecadatória, tem vocação para servir de instrumento para regular comportamentos.

A interferência do Estado, por meio da incidência tributária, contudo, além de interferir na regulação da economia e distribuir renda, traz também como consequência a possibilidade de causar limitações ou interferências na liberdade individual na escolha do contribuinte.

Entre os vários objetivos da extrafiscalidade está o de servir de importante instrumento para corrigir externalidades, por meio da indução ou repressão de comportamentos.

É importante destacar que externalidades são os efeitos econômicos e sociais causados pela atividade ou pelo comportamento de agentes econômicos, e podem ser positivas ou negativas. As externalidades são as consequências advindas, para a sociedade, de um comportamento ou atividade que podem ser caracterizadas como benéficas ou prejudiciais.

Se o custo é prejudicial à sociedade, a externalidade é negativa. Ao contrário, se o resultado é benéfico à população, a externalidade é positiva⁷.

A relação entre extrafiscalidade e externalidade, conforme Juliana Ribas, será então, resultante da relação entre o custo social e o custo privado: quando o primeiro for inferior ao segundo, serão positivas; quando o custo social for superior ao privado, serão negativas. Apresenta assim a importância da redução das atividades nas quais os custos sociais fossem superiores aos custos privados, buscando assim o que chamou de economia de bem-estar [*welfare economics*]⁸.

6 Ibidem.

7 Conforme Dominick Salvatore, presidente da North American Economic and Finance Association (Associação Norte-Americana de Economia e Finanças), as externalidades se resumem à “diferença entre custos privados e custos sociais ou entre lucros privados e lucros sociais”. Disponível em: <https://www.ecycle.com.br/externalidades/>. Acesso em: 17 ago. 2020.

8 RIBAS, Juliana Rodrigues. Os impostos do pecado e a ilusão fiscal. *Ânima: Revista Eletrônica do Curso de Direito Opet, Curitiba*, ano VII, n. 13, p. 1-13, jan.-jun. 2015.

Nesse contexto, são concebidos os impostos pigouvianos, como tributos dotados de extrafiscalidade e destinados a compensar a sociedade pelas externalidades negativas.

3. IMPOSTOS PIGOUVIANOS

Os impostos pigouvianos são assim conhecidos em razão de terem sido descritos pelo economista inglês Arthur Cecil Pigou no início do século XX, com o objetivo de reduzir externalidades negativas ocorridas em razão de falha do mercado ou de custos inseridos na sociedade em razão do comportamento das pessoas⁹.

Sua teoria sugere que impostos especiais sobre o consumo poderiam corrigir as falhas do mercado ou os comportamentos dos agentes econômicos que trouxessem externalidades negativas e, assim, atenuar os danos causados.

Historicamente, pois, os impostos pigouvianos foram propostos para impulsionar as pessoas a considerarem as externalidades negativas que seus comportamentos de consumo produzem.

Esses impostos foram implementados em todo o mundo, ainda que sob diferentes formas e, atualmente, seus exemplos mais comuns são os impostos/taxas sobre emissões de carbono, que alguns governos estrangeiros impõem a empresas que queimam combustíveis fósseis, gerando gases que causam o efeito estufa e prejudicando nosso planeta. Sua função é fazer com que essas empresas arquem, em alguma medida, com a externalidade negativa que causam. Na mesma esteira, na Europa, é extremamente comum a cobrança de imposto sobre sacolas plásticas. Ambos os produtos causam externalidades negativas, e a imposição de impostos pigouvianos compensa os custos desses comportamentos indesejados.

9 KAGAN, Julia. Pigovian Tax. *Investopedia*, [s. l.], 2020. “A Pigovian (Pigouvian) tax is a tax assessed against private individuals or businesses for engaging in activities that create adverse side effects for society. Adverse side effects are those costs that are not included as a part of the product’s market price. These include environmental pollution, strains on public healthcare from the sale of tobacco products, and any other side effects that have an external, negative impact. Pigovian taxes were named after English economist, Arthur Pigou, a significant contributor to early externality theory”.

Disponível em: <https://www.investopedia.com/terms/p/pigoviantax.asp>. Acesso em: 18 ago. 2020.

Não se confundem os impostos pigouvianos com os impostos sobre o pecado (*excise* ou *sin taxes*), mas, por se tratar de impostos que possuem a característica da extrafiscalidade, aqui são tratados como versos da mesma moeda.

Os impostos pigouvianos vieram com a finalidade de compensar as externalidades negativas. Os *sin taxes*, por sua vez, têm como finalidade desencorajar internalidades negativas, estas vistas na perspectiva do próprio indivíduo.

Uma imposição de tributação extrafiscal pode, portanto, ao mesmo tempo, atender às duas concepções. A tributação de bens específicos de consumo pode gerar efeitos nos aspectos externos e internos, o que chamamos de efeitos duplos, e ainda gerar, por consequência, aumento da arrecadação que, ante as crises econômicas, vem ao encontro do desejo governamental.

Financeiramente, a tributação de bens específicos sempre contribuiu para a arrecadação dos países em situações econômicas desfavoráveis, em períodos históricos que justificavam a imposição do tributo.

No Brasil, o imposto pigouviano pode ser encontrado sob a forma de impostos seletivos, que, contudo, vão muito além do atendimento à seletividade e da função extrafiscal, como o IPI e ICMS, servindo, este último, como a maior fonte de receita dos estados (no ano de 2019, a arrecadação de ICMS chegou a R\$ 600 bilhões, do total de R\$ 1,2 trilhões de todos os impostos sobre o consumo no país).

Aliás, um dos aspectos da criação de um imposto sobre o pecado no Brasil é arrecadatório¹⁰. Segundo o ministro da Economia, Paulo Guedes, “é importante medida de ajuste fiscal esperada com a reforma tributária”.

10 Embora ainda se fale do pouco efeito arrecadatório dos impostos especiais, dinheiro nunca é demais para um país que urge por melhorias na saúde, educação, segurança e em vários outros setores. Por exemplo, em que pese os impostos especiais de consumo já inseridos na economia americana terem representado apenas 2,9% do total das receitas fiscais federais em 2017, em termos numéricos corresponderam a quase R\$ 100 bilhões de receita. Considerando, ainda, ser cabível a instituição de impostos especiais pelos estados (ainda que de outra maneira cuja especificidade não cabe nesta pequena apresentação), o valor não é mesmo desprezível. Dados do TPC – Tax Policy Center. Disponível em: <https://www.taxpolicycenter.org/briefing-book/what-are-major-federal-excise-taxes-and-how-much-money-do-they-raise>. Acesso em: 18 ago. 2020.

A discussão sobre a tributação do pecado, porém, ultrapassa a questão arrecadatória, já que sua arrecadação não possui representatividade suficiente. Além de atender às preocupações com déficits de receita, os impostos extrafiscais visam influenciar o comportamento dos contribuintes. O debate está, portanto, muito mais inserido no âmbito da escolha do contribuinte: além da perspectiva arrecadatória, a tributação de bens específicos, traz efeitos tão ou mais importantes a serem considerados no aspecto da economia comportamental.

Os impostos sobre os pecados, ao interferirem no comportamento das pessoas, visam impedir o consumo de bens que as prejudicam, além de pagarem o custo desse comportamento prejudicial para a sociedade.

A tributação com maior ou menor elevação repercute no preço do produto/serviço e, assim, gera resistência ou estímulo do indivíduo no consumo ou utilização, alterando (ou buscando alterar) o comportamento do contribuinte para um consumo social “ideal”. É, enfim, uma maneira eficiente de corrigir as externalidades negativas e, no seu contexto, foram inseridos os impostos sobre o pecado.

3.1. Impostos sobre o pecado – *excise* ou *sin taxes*

Embora normalmente haja referência a imposto sobre o pecado, *excise tax* e *sin tax*, é necessária uma breve apresentação das nomenclaturas.

Excise taxes são impostos especiais de consumo pagos quando as compras recaem sobre um produto específico e, geralmente, estão incluídos no preço do produto¹¹. Esses impostos podem ser cobrados do produtor ou atacadista e, assim, acabam gerando aumento de custo no varejo para os consumidores.

Por sua vez, os impostos sobre o pecado, ou *sin tax* (na literatura internacional), são impostos especiais (agregados) sobre o consumo cobrados especificamente sobre certos bens considerados prejudiciais

11 “*Excise taxes are taxes paid when purchases are made on a specific good, such as gasoline. Excise taxes are often included in the price of the product*”. INTERNAL REVENUE SERVICE. Excise taxes are taxes paid when purchases are made on a specific good, such as gasoline. Excise taxes are often included in the price of the product. Washington, DC, 2020. Disponível em: <https://www.irs.gov/businesses/small-businesses-self-employed/excise-tax>. Acesso em: 18 ago. 2020.

à sociedade e ao indivíduo, mas podem também assumir a forma de contribuições indiretas.

Tais impostos podem ser cobrados tanto sobre bens como sobre serviços e são tratados como especiais em razão da sua capacidade de serem prejudiciais ao indivíduo (internalidades) e à sociedade (externalidades negativas). A tributação especial visa dissuadir as pessoas de consumirem bens socialmente prejudiciais e, por via ainda que reflexa, também acabam por fornecer receitas para os governos.

Assim, os impostos especiais, que aqui serão tratados como impostos sobre o pecado, *excise tax* ou *sin tax* guardam correspondência com os impostos pigouvianos, que visam corrigir as externalidades negativas decorrentes de comportamentos nocivos. Por imporem um fardo pesado sobre a coletividade, tornando mais caro seu consumo ou atividade, são impostos a alguns bens e serviços, considerados moralmente suspeitos, prejudiciais ou onerosos para a sociedade.

A Reforma Tributária, visando melhorar a eficácia e a eficiência do sistema tributário, trouxe à discussão a possibilidade de o país tributar os ditos “pecados”, não sob o aspecto religioso, mas considerando atividades que, de alguma maneira, podem ser prejudiciais à sociedade, tais como o álcool, o tabaco e o açúcar/bebidas açucaradas, além da já citada gasolina/combustíveis, típicos exemplos de impostos pigouvianos.

3.1.1. Prós

Os impostos sobre o pecado desencorajam atividades que criam consequências socialmente prejudiciais, aumentando seu custo para que menos pessoas as façam ou que as façam em menor grau.

A implementação dos impostos sobre o pecado não é difícil para os governos, uma vez que tendem a gerar problemas políticos “menores”: os eleitores continuam com a opção de pagar e continuar a desfrutar do seu produto favorito (ainda que indutor de vício) ou se negar a fazê-lo e, assim, além de economizar, deixar de causar danos a si mesmo¹².

12 Segundo David Duffy, sócio, imposto indireto, KPMG na Irlanda, e chefe do Grupo de Política Fiscal Indireta Global da KPMG: “A sensação é que os governos precisam começar de algum lugar, e pode ser mais difícil para as pessoas argumentarem contra um imposto, que pelo

Além disso, a imposição de um imposto sobre o pecado – seja em valor fixo, seja em percentual – não passa ao eleitorado a sensação de que está sendo tributado de maneira elevada, porque, normalmente, seu custo pouco representa no valor do bem ou serviço a ser consumido.

Defende-se, ainda, a possibilidade de os estados utilizarem a receita advinda dos impostos sobre o pecado para pagar os custos resultantes dos danos causados ao bem objeto da proteção governamental. As receitas governamentais adicionais de impostos sobre o pecado são geralmente usadas para cobrir os custos sociais criados pelo consumo dos bens prejudiciais (por exemplo, o aumento de gastos com saúde para tratar as doenças causadas pelo fumo).

As receitas dos impostos permitem também que os governos implementem diferentes programas sociais de combate aos bens nocivos ao indivíduo e à sociedade, como campanhas de conscientização das consequências do fumo ou programas de reestruturação de famílias que sofrem os efeitos do alcoolismo vivenciados por um dos seus integrantes.

Esses benefícios, contudo, não são facilmente implementáveis no Brasil: a proibição de vinculação de receitas provenientes de impostos, prevista no artigo 167 da Constituição Federal, impediria a utilização da arrecadação para as finalidades específicas.

3.1.2. Contras

Embora se defenda sua criação e o assunto esteja na ordem do dia, não há pacificação sobre a matéria, pois há outras questões que merecem, ao menos, indagações.

A maior das deficiências dos ditos impostos sobre o pecado seria a distorção causada para com os indivíduos em razão de suposta regressividade, porque os mais pobres acabariam comprometendo uma porcentagem maior de sua renda do que os mais ricos. Logo, o que

menos em teoria se destina a torná-los mais saudáveis” (“*The feeling is that governments have to start somewhere, and it can be more difficult for people to argue against a tax, which at least in theory is designed to make them healthier*”) VADER, René. Sin taxes Public health concerns are encouraging a growth in taxes on our ‘vices’. But do these levies actually change behavior. *KPMG Consumer Currents Magazine*, [s. l.], n. 25, p. 16, 2019.

os consumidores de baixa renda pagam de impostos representam uma parte mais substancial do seu salário (quanto menos dinheiro uma pessoa ganha, o custo de um item é mais significativo para ela do que para aqueles que possuem maiores ganhos – ou, exemplificando, um maço de cigarros é proporcionalmente muito mais caro para uma pessoa pobre do que para uma pessoa mais rica).

Além disso, os impostos sobre o pecado criariam outro efeito desproporcional entre os ricos e os pobres, e sem acesso à educação: segundo estudiosos, há evidências empíricas de que a taxa de tabagismo é inversamente proporcional à educação.

Nesse mesmo caminho segue a taxação de comidas industrializadas e bebidas açucaradas, em razão do maior acesso à informação e conhecimento que a parte da população mais rica possui no sentido de que tais produtos não são saudáveis.

Assim, os mais pobres, por terem menor acesso à educação, tendem a fumar mais e a beber mais álcool e mais bebidas açucaradas¹³. Na prática, observa-se que o valor dos produtos açucarados e industrializados, ao contrário do que se alega, é muitas vezes mais barato do que o de produtos naturais, orgânicos e benéficos à saúde.

Argumenta-se também que os impostos sobre o pecado não são altos o suficiente para eliminar um comportamento nocivo. Há uma linha tênue que separa o preço de um imposto alto o suficiente para desencorajar a maior parte das pessoas a adquirir um hábito negativo, mas não tão alto a ponto de encorajar o mercado negro com tal produto.

Outra crítica apontada é o grau de subjetividade dos impostos sobre o pecado, cabendo aos legisladores decidirem sobre a tributação de alguns produtos por questões de saúde (como o cigarro e o álcool), ou sobre a ilegalidade de outros que também geram problemas de saúde e que não são tributados.

A inaptidão dos impostos sobre o pecado para abarcar e fazer frente aos custos totais dos comportamentos nocivos é uma das menções dos

13 THE ECONOMIST. “Sin” taxes – eg, on tobacco – are less efficient than they look. New York, 26 Jul. 2018. Disponível em: <https://www.economist.com/international/2018/07/28/sin-taxes-eg-on-tobacco-are-less-efficient-than-they-look>. Acesso em: 15 jun. 2022.

aspectos negativos da tributação especial que, contudo, não encontra subsistência. Obviamente, os custos dos comportamentos nocivos não são neutralizados pelo aumento da imposição, mas, ao menos, a incidência de impostos mais elevados colabora para a mitigação desse déficit.

Por fim, apontam alguns que ditos impostos representam um “exagero” do governo, que assume uma posição paternalista que não lhe cabe (Estado-babá), além de interferir no livre mercado. “As decisões dos indivíduos sobre quais riscos eles estão dispostos a assumir e quanto estão dispostos a trocar prazer por problemas de saúde são incrivelmente pessoais e não devem ser excessivamente politizados”, segundo argumenta Peter Van Dorn, do Instituto Cato, um “think tank” libertário¹⁴.

A tributação comportamental, portanto, embora atraente, também traz, de outro lado, críticas que merecem maiores debates, de forma que se consiga desenhar uma tributação especial que minimize os efeitos adversos ou indesejados da sua incidência.

4. A EXPERIÊNCIA DE OUTROS PAÍSES COM A TRIBUTAÇÃO DOS BENS ESPECÍFICOS

4.1. Tabaco

O tabagismo é alvo das autoridades há séculos e foi estigmatizado desde seu surgimento na Europa, tanto por autoridades políticas como religiosas, que impunham desde rigorosas multas até aumento de taxa-ção sobre seu consumo.

Nesse cenário, já em 1604¹⁵, o rei James I da Inglaterra aumentou os impostos incidentes sobre a importação de tabaco em 4.000%.

A França de Richelieu, compartilhando do mesmo pensamento da Inglaterra, também aumentou suas receitas tributárias com a tributação

14 LOWREY, Annie. **More taxes, less death?** A new task force is urging developing countries to put levies on candy and soda, as many do on cigarettes and alcohol. *The Atlantic*, [s. l.], 25 jan. 2018. (Tradução nossa). Disponível em: <https://www.theatlantic.com/business/archive/2018/01/more-taxes-less-death/551519/>. Acesso em: 15 jun. 2022

15 Para o rei, “Fumar é um costume repugnante aos olhos, odioso para o nariz, prejudicial para o cérebro, perigoso para os pulmões”. CLARKE, Harry. *Taxing sin: some economics of smoking, gambling and alcohol*. *The Melbourne Review*, [s. l.], v. 4, n. 2, p. 30, 2008.

sobre a importação do tabaco em 1629, seguido pelo estabelecimento, alguns anos depois, de um monopólio estatal instituído por Colbert, sobre a produção e venda do produto¹⁶.

Historicamente, a elevação de impostos impactou na redução do consumo do tabaco e, hoje, estima-se que a maior tributação sobre o tabaco seria salutar para impedir o acesso de novos consumidores ao vício, principalmente jovens estudantes, que têm menos acesso a recursos. Para a Organização Mundial da Saúde (OMS), “o aumento de impostos sobre o tabaco é a política mais eficaz para reduzir seu consumo”¹⁷.

O Tabagismo gera efeitos negativos duplos, pois, além de prejudicial para o próprio fumante, também gera externalidades negativas à sociedade, na medida em que demanda mais gastos dos governos com o tratamento de doenças causadas pelo cigarro.

A tributação com maior rigor do tabaco, portanto, atenderia à função indutora negativa da extrafiscalidade, inibindo comportamento eleito pelas autoridades políticas como indesejável por gerar elevados custos sociais.

Por outro lado, embora essa “tributação comportamental” possa ajudar a fornecer receitas adicionais e, teoricamente, sirva à correção de externalidades e de danos ao próprio consumidor, também pode ser fonte de efeitos reversos.

Há bens que, embora se verifique uma associação entre o aumento de preços e a redução do consumo por serem altamente viciantes, não respondem tão bem à imposição de um imposto mais expressivo, como o tabaco. Sua demanda inelástica, além de surtir pouco efeito na redução do consumo, contribuiria, ainda, para um incremento na economia do crime, como o contrabando ou descaminho.

16 PETKANTCHIN, Valentin. The pitfalls of so-called “sin taxation”. *IEMs Economic Note*, [s. l.], 2014. Disponível em: <https://www.institutmolinari.org/2014/01/30/the-pitfalls-of-so-called-sin-taxation/>. Acesso em: 15 jun. 2022.

17 LOWREY, op. cit. Dados da mesma organização disponíveis no artigo citado apontam que “o aumento dos impostos especiais de consumo sobre os cigarros em US\$ 1 por maço, aumentaria o custo dos cigarros em uma média de 63% nos países de baixa renda. Após esse aumento, as projeções indicam que a prevalência do consumo diário de cigarros entre adultos cairia de 14,1% a 12,9%, levando a 15 milhões a menos de mortes atribuíveis ao fumo” (tradução nossa).

Segundo estudo do professor de economia Pery Francisco Assis Shikida, da Universidade Estadual do Oeste do Paraná, a lucratividade do contrabando de cigarros no Brasil supera 200%, sem considerar, ainda, que os danos à saúde causados pelos cigarros ilegais são superiores àqueles causados pelo fumo de cigarros regulamentados.

Compartilhando desse entendimento, o ex-ministro da Justiça Sérgio Moro se posicionou contra o aumento de impostos sobre o tabaco, citando o estudo que demonstra que o aumento do valor do cigarro com a imposição de um incremento no imposto, ao invés de afastar o consumo, direcionava o consumidor para a aquisição de cigarros do Paraguai, sem o recolhimento de impostos devidos¹⁸.

Na prática, o aumento do tributo, além da perda da receita pela redução nas vendas do cigarro legalmente comercializado no país, contribuiria para que o fumante buscasse o cigarro contrabandeado do país vizinho.

Há estudos, ainda, que defendem que o fumo, ao final, provavelmente economiza dinheiro dos contribuintes em geral (sociedade), uma vez que o tabagismo, visto da perspectiva de uma vida, antecipa a morte de uma pessoa em cerca de dez anos, o que significa que ela tende a utilizar o serviço de saúde e o recebimento de pensões do governo por menor tempo¹⁹.

A redução do vício almejado pelos impostos comportamentais e pelas finanças públicas mais robustas com seu incremento, portanto, ainda gera debates. Inicialmente, porque os estudos se concentram em considerar o custo de uma pessoa envolvida no vício, sem considerar o resultado dos custos de saúde vitalícios de pessoas que se afastam do tabagismo e tendem a viver de maneira mais saudável e, em consequência, por muito mais tempo.

Seguindo esse raciocínio, a maior expectativa de vida geraria maiores custos com assistência médica, custos estes que seriam ainda mais

18 Disponível em: <https://g1.globo.com/ciencia-e-saude/noticia/2019/05/13/ministerio-da-justica-estuda-reduzir-o-imposto-do-cigarro-para-conter-o-contrabando-comunidade-medica-critica.ghtml>. Acesso em: 18 ago. 2020.

19 Estudo de 2002 de Kip Viscusi, economista da Universidade de Vanderbilt. THE ECONOMIST. "Sin" taxes – eg, on tobacco – are less efficient than they look. New York, 26 Jul. 2018. Disponível em: <https://www.economist.com/international/2018/07/28/sin-taxes-eg-on-tobacco-are-less-efficient-than-they-look>. Acesso em: 15 jun. 2022.

substanciais em idade avançada, excedendo eventuais gastos extras por pessoas fumantes ao longo da vida, que tendem a morrer mais cedo em decorrência das várias doenças associadas ao uso do tabaco.

Óbvia e felizmente, há estudos em sentido contrário que concluem que, mesmo considerando as mortes precoces decorrentes do vício com o tabaco, seus gastos são maiores do que com os não fumantes²⁰.

É preciso sopesar os benefícios e eventuais prejuízos de tributar mais severamente o tabaco. Por um lado, além de atender à função da extrafiscalidade, corrigindo externalidades e “internalidades”, também funciona como fonte de arrecadação, que é revertida em ganhos para toda a sociedade. Por outro, ainda devem ser enfrentados alguns senões, tais como a regressividade e a eventual fuga do contribuinte para outros meios de obtenção do bem para satisfazer o vício.

Observe-se, porém, que o que está em debate não é o mercado ilegal, mas a tributação e a redução de comportamentos nocivos. Aquele deve ser combatido por outro modo, que não a simples redução da tributação.

4.2. Álcool

A imposição de maior preço ao álcool com a implementação de um imposto especial sobre seu consumo já foi utilizada pelos Estados Unidos em 1650 sobre vinhos e cerveja, em 1756 sobre vinhos e rum em New Hampshire, e em 1794, quando foi instituído imposto especial sobre o consumo de uísque com o fim de ajudar a pagar a dívida nacional decorrente de guerra, que ficou conhecida como “Rebelião do Uísque”²¹.

As tentativas de controlar o consumo do álcool e regular comportamentos entendidos como maléficos à sociedade, como se vê, remontam há séculos.

20 Para os autores franceses Kopp e Fenoglio, enquanto se economizam € 771,74 milhões com a morte prematura de fumantes, os custos de assistência médica dessas pessoas podem ser superiores a € 18 bilhões: “On peut observer que toutes les drogues affectent négativement l'équilibre du système de soins, car le coût des soins des consommateurs est supérieur aux économies réalisées du fait que nombre d'entre eux décèdent et n'atteignent pas l'âge où les dépenses de santé sont généralement importantes” (KOPP, Pierre-Alexandre; FENOGLIO, Philippe. Les drogues sont-elles bénéfiques pour la France?. *Revue Économique*, Paris, v. 62, n. 5, p. 910, 2011).

21 PETKANTCHIN, Valentin. The pitfalls of so-called “sin taxation”. *IEMs Economic Note*, [s. l.], 2014. Disponível em: <https://www.institutmolinari.org/2014/01/30/the-pitfalls-of-so-called-sin-taxation/>. Acesso em: 15 jun. 2022.

Embora as externalidades do álcool sejam aparentemente menos visíveis, seus custos sociais são muito altos: além do alcoolismo, o consumo de bebida alcóolica em excesso importa em gastos com saúde pública, crimes como a violência doméstica, e acidentes automobilísticos graves.

Segundo o *American Journal of Preventive Medicine*, quase todos os estudos descobriram que há relação inversa entre o imposto/preço do álcool e os índices de consumo excessivo, estudo esse confirmado ao se verificar que o aumento de impostos também influencia significativamente a redução do consumo e dos danos relacionados ao álcool entre menores de idade²².

Todas as evidências, portanto, apontam que o aumento dos impostos sobre o consumo de álcool é realmente uma estratégia eficaz para reduzir os custos sociais causados, principalmente, pelo consumo em excesso, como acidentes com veículos motorizados, violência doméstica, cirrose, suicídio, homicídio, vandalismo e até perda de produtividade.

A maior tributação, portanto, compensaria as externalidades negativas causadas pelo álcool que, em geral, não são suportadas somente pelo próprio consumidor, ao mesmo passo em que contribuiria para “auxiliar” a alterar seu comportamento em benefício próprio.

Pela “lei da demanda”, um dos princípios fundamentais da teoria econômica, a quantidade demandada de produto está relacionada com seu preço. Logo o aumento do preço do álcool por meio de uma tributação mais severa tenderia a levar para uma redução no seu consumo.

Além do efeito extrafiscal, um benefício adicional é o fornecimento de fonte de receita, que poderia servir tanto como aumento de arrecadação como fonte de apoio a programas de prevenção e tratamento de problemas relacionados ao abuso do álcool, o que dependeria, no Brasil, na espécie de tributo a ser implementada, o que se discutirá mais à frente.

Contudo, novamente, há questões a serem suscitadas. Indaga-se até que patamar os impostos sobre o álcool precisariam ser aumentados para induzir comportamentos negativos no consumo. Um aumento substancial

22 ELDER, R. W. *et al.* The effectiveness of tax policy interventions for reducing excessive alcohol consumption and related harms. *American Journal of Preventive Medicine*, [s. l.], v. 38, n. 2, p. 217-229, 2010. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3735171/>. Acesso em: 26 ago. 2020.

poderia levar os consumidores a buscar outros produtos mais fortes ou nocivos, ou até ilegais, para substituir o álcool. Uma tímida tributação, por outro lado, pouco adiantaria para as finalidades pretendidas.

Além disso, uma preocupação potencial novamente é a regressividade, ou seja, o impacto que os impostos sobre o álcool teriam sobre as pessoas com rendas mais baixas. Contudo eventual excesso de valor de imposto é proporcional ao excessivo consumo do álcool, que repercute, por sua vez, nos maiores danos relacionados ao seu uso. Logo a tributação mais severa atenderia plenamente à função indutora da extrafiscalidade e à finalidade do imposto pigouviano.

Por fim, ainda em contraponto à preocupação, o aumento do imposto sobre o álcool, ou do *sin tax*, ainda poderia beneficiar a população de baixa renda se pelo menos parcela de sua receita fosse destinada a programas de saúde e de prevenção e tratamento ao abuso no uso do álcool.

4.3. Bebidas açucaradas (açúcar)

Os tributos certamente influenciam no comportamento dos contribuintes, e a introdução de um imposto mais pesado sobre o açúcar e as bebidas açucaradas visam atender ao objetivo da extrafiscalidade.

Os debates sobre a tributação de bebidas açucaradas têm ganhado espaço e estão na pauta das reformas tributárias que, de alguma maneira, visam implementar impostos especiais como forma de orientar o comportamento dos contribuintes e angariar recursos para os cofres públicos.

“O açúcar está tendo um momento tabaco, não apenas aqui, mas em todo o mundo”²³. A afirmação, embora emitida nos Estados Unidos, é aplicável, como se refere, a todos os países.

Vários países já implementaram um imposto especial sobre o consumo de bebidas açucaradas com o objetivo de reduzir seu consumo e, em consequência, os efeitos adversos para a saúde.

23 “*Sugar is having a tobacco moment, not just here, but around the world*” (LOWREY, Annie. **More taxes, less death?** A new task force is urging developing countries to put levies on candy and soda, as many do on cigarettes and alcohol. *The Atlantic*, [s. l.], 25 jan. 2018. Disponível em: <https://www.theatlantic.com/business/archive/2018/01/more-taxes-less-death/551519/>. Acesso em: 15 jun. 2022).

Segundo a OMS, a obesidade é uma epidemia que transcende todas as fronteiras: dados de 2016 apontavam que a obesidade atingia 13% da população adulta do mundo. No Brasil, o número é mais preocupante: em 2018, 19,6% da população já era obesa e mais da metade se encontrava acima do peso, segundo dados do Ministério da Saúde²⁴.

Por essa razão, uma política fiscal que agrave a tributação sobre bebidas açucaradas vai ao encontro da necessidade de reduzir o consumo de produtos que contribuam significativamente para o aumento de peso.

O argumento mais contundente, portanto, é comportamental. A implementação de impostos mais agressivos é uma forma de desenvolver uma política pública que controle o consumo de alimentos e bebidas que causem danos à saúde das pessoas e externalidades negativas que precisam ser combatidas.

A medida não é nova. A França, em 2012, o México, em 2014, e a Califórnia, em 2015, implementaram um imposto sobre o consumo de bebidas açucaradas, buscando, com isso, diminuir seu consumo, com o fim de modificar os hábitos alimentares das pessoas, reduzindo seus custos sociais, além de incrementar a arrecadação. A imposição importou em redução do consumo de refrigerantes e aumento de venda de águas engarrafadas.

A tributação especial de bebidas açucaradas acaba por contribuir com a redução de consumo desses produtos e com sua substituição por outros mais saudáveis. Indiretamente, levaria também ao desenvolvimento de melhores hábitos alimentares, redução da obesidade e à diminuição de gastos com a saúde pública para tratamento de doenças causadas ou associadas à obesidade (hipertensão, diabetes, doenças coronarianas, entre outras).

A discussão no Brasil ainda é incipiente, mas a possibilidade de verificar um aumento de receitas e uma potencial redução de consumo desses bens, com conseqüente redução de despesas públicas na área da saúde, vem recebendo comentários.

24 Dados obtidos na pesquisa Vigitel, disponível em: <https://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/45612-brasileiros-atingem-maior-indice-de-obesidade-nos-ultimos-treze-anos>. Acesso em: 26 ago. 2020.

No Brasil, alguma medida nesse sentido já foi adotada com o Decreto nº 9.394/2018, que, ao reduzir a alíquota do IPI sobre refrigerantes de 20% para 4%, acabou por aumentar a arrecadação. Isso se deve à sistemática de creditamento do IPI:

trata-se de imposto não cumulativo, que pressupõe a apropriação de créditos na entrada de insumos, correspondentes ao IPI devido na operação anterior. Tais créditos serão compensados com débitos, apurados por ocasião da saída do produto final. Portanto, quanto maior o crédito, menor o imposto a pagar. [...] por esse motivo, a redução da alíquota para 4% acaba tendo por efeito concreto o aumento da tributação do setor, como um todo.²⁵

A ideia preencheria, ainda que momentaneamente, uma imposição de maior carga tributária incidente sobre bebidas açucaradas, até que sobrevenha uma reforma estrutural com vistas a implementar a tributação especial.

A majoração da tributação sobre bebidas açucaradas, contudo, encontra resistência principalmente das indústrias do setor. Nos Estados Unidos, o lobby do varejo já conseguiu revogar o imposto em razão de queda nas vendas em Chicago, e o governo da Califórnia já aprovou uma lei impedindo as cidades de tributar o açúcar até 2030²⁶.

Restam ainda críticas à regressividade do imposto sobre o pecado em relação a bebidas açucaradas e a certa inaptidão dos estudos existentes sobre a efetiva existência de uma relação entre o consumo de bebidas açucaradas e problemas de saúde. Seu impacto na saúde pública não é bem claro, porque é preciso considerar que a obesidade não decorre, por si só, do consumo do açúcar.

Alega-se que somente o consumo sem moderação de bebidas açucaradas acarretaria externalidades a serem combatidas, o que poderia ser feito por meio de outras políticas públicas de incentivo à redução do consumo de calorias e aumento de atividades físicas.

Há estudos que confirmam cada uma das posições antagônicas sobre o assunto, e os debates tendem a ganhar mais força no novo cenário reformista.

25 PISCITELLI, op. cit.

26 THE ECONOMIST, op. cit.

5. FORMAS DE IMPLEMENTAÇÃO DOS IMPOSTOS SOBRE O PECADO

Na atual sistemática, podemos encontrar duas formas de sobretributar os bens e serviços com a finalidade de influenciar os comportamentos que geram custos para a sociedade e desencorajar seu consumo, prejudicial também ao próprio consumidor.

Os *excise taxes* podem ser instituídos por meio de um novo tributo, totalmente desenhado para os fins aos quais se destinam, ou por meio da majoração de um imposto já existente que tenha como característica a extrafiscalidade.

Os impostos atualmente em vigor que suportam a majoração de forma a atender a finalidade do quão expostos são os impostos sobre o consumo, tanto no âmbito federal (IPI e Cofins) como estadual (ICMS).

Entre eles, o ICMS parece ser a figura que mais sustenta o modelo, por se tratar justamente do principal imposto sobre o consumo no país. Além disso, a Constituição Federal, ao tratar dos impostos dos estados e do Distrito Federal, já carregou ao ICMS a possibilidade de “ser seletivo, em função da essencialidade das mercadorias e dos serviços”²⁷. Assim, o ICMS já vem dotado da característica da extrafiscalidade, ainda que com desenho diferente do atualmente proposto.

No nível federal, em que pese tanto o IPI e o Cofins servirem à majoração da tributação, os impostos sobre produtos industrializados saem à frente pela mesma possibilidade de já possuírem em si a característica da extrafiscalidade, tal como o ICMS.

Quanto à destinação dos recursos alcançados com a tributação majorada, o ICMS e o IPI não admitem sua vinculação à finalidade específica, o que impediria sua utilização para um dos benefícios que

27 Constituição Federal. Artigo 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: (...)

II – operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior; (...)

§ 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte: (...)

III – poderá ser seletivo, em função da essencialidade das mercadorias e dos serviços.

se pretende com a formulação, que é servir de subsídio, pelo menos em parte, para programas de prevenção e tratamento de doenças causadas pelo consumo exagerado dos produtos embutidos com o imposto.

No embate, porém, entre os dois caminhos, há a necessidade de repartição de receitas da arrecadação com os fundos estaduais e municipais inseridos no IPI, o que não se verifica no ICMS.

A majoração da Cofins, contribuição social cobrada do empregador sobre receita ou faturamento, por sua vez, em que pese ser uma alternativa válida, vai de encontro com os rumos da reforma tributária que pretende desonerar a folha de salário.

Todas as alternativas para implementação de majoração de tributos já existentes – ICMS, IPI e Cofins – demandam, em alguma medida, algum nível de reforma. A questão ainda se torna mais difícil em razão dos projetos de reforma tributária que se encontram em fase mais adiantada, em especial as PECs 45 e 110, que pretendem unificar esses mesmos impostos em um só tributo, o que poderia acirrar ou esvaziar o debate, a depender dos rumos que sejam tomados.

A criação de um novo tributo é a segunda forma de implementação dos *excise/sin taxes*, e poderia se dar mediante a forma de impostos ou de contribuições. A criação de um novo imposto é reservada à União²⁸, por meio de Lei Complementar, e seu fato gerador ou base de cálculo não pode ser aqueles próprios dos discriminados na Constituição Federal. A formulação é difícil porque, provavelmente, recairia no fato gerador ou em base de cálculo próprios do ICMS e do IPI.

Sua instituição mediante impostos ainda incidiria na proibição de vinculação do produto da arrecadação a determinado gasto (vinculação a gasto) e na necessária destinação de parte das receitas para transferências a estados e municípios (vinculação a transferências), no caso de imposto federal, desviando, portanto, de uma das finalidades da sua criação.

28 Artigo 154. A União poderá instituir:

I – mediante lei complementar, impostos não previstos no artigo anterior, desde que sejam não cumulativos e não tenham fato gerador ou base de cálculo próprios dos discriminados nesta Constituição;

A implementação mediante a criação de novo tributo também é possível pela via das contribuições, seja de intervenção no domínio econômico, seja social, ambas previstas no artigo 149 da Constituição Federal e de competência da União²⁹. Como o texto não menciona, o fato gerador e a base de cálculo podem ser escolhidos pelo legislador de maneira mais desimpedida.

As contribuições ainda atenderiam a um dos benefícios da criação dos *excise* ou *sin taxes*, que é a possibilidade de destinar parte de sua arrecadação para custeio das consequências negativas advindas do consumo dos produtos ou serviços sobretaxados, como o tabaco, o álcool e o açúcar, por meio de programas de prevenção e tratamento das enfermidades, já que são tributos afetados à área de pertinência das contribuições.

O desenho, aparentemente adequado, já nasce, contudo, com a pecha de ser mais uma contribuição dentre as tantas outras já criadas para permitir à União uma forma de alocar os recursos sem necessária repartição das receitas tributárias.

A pretensão de implementar um imposto pigouviano no país encontra guarida, porém, em diferentes projetos de reforma tributária.

As Propostas de Emenda à Constituição 45, da Câmara dos Deputados, e 110, do Senado Federal, pretendem simplificar o sistema tributário, unificando impostos federais, estaduais e municipais, sem redução, contudo, da carga tributária. Nas propostas, os impostos que se pretende substituir seriam reduzidos a dois, um IBS – imposto sobre bens e serviços na modalidade IVA (imposto sobre valor agregado) – e um Imposto Seletivo (IS).

O segundo imposto, que é o que nos interessa neste artigo, é previsto em ambas as reformas. A PEC 45 não prevê especificamente os bens a serem sobretaxados, postergando a escolha para legislação que a complemente.

A PEC 110, por sua vez, já apresenta lista de bens e serviços específicos a serem sobretaxados. A delimitação deixou de fora diversos itens

29 Constituição Federal. Artigo 149. Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo.

que vêm sendo discutidos e mereceriam previsão de oneração. Outra desvantagem é o burocrático procedimento para eleger um novo bem à categoria, por se tratar de alteração constitucional.

Essa é uma diferença importante em relação à PEC nº 45, de 2019, que não contém prévia delimitação dos bens, direitos e serviços passíveis de serem onerados e, portanto, em tese, permitiria a criação de políticas fiscais de saúde mais amplas, abarcando outros alimentos além de bebidas.

Ambas, contudo, trazem em seu contexto a característica extrafiscal, possibilitando a implementação do imposto pigouviano como instrumento para desestimular comportamentos nocivos à sociedade. Por meio do encarecimento dos tributos, pretende-se corrigir as externalidades negativas que o consumo excessivo dos bens e serviços específicos causa à sociedade e ao indivíduo.

6. CONCLUSÃO

Embora a natureza arrecadatória dos impostos tenha maior notoriedade, a extrafiscalidade, como mecanismo de indução de comportamentos nos contribuintes, vem alcançando amplitude.

A possibilidade de influenciar comportamentos e reduzir os custos sociais dos comportamentos negativos dos agentes econômicos e contribuintes vem ganhando assento nos desenhos tributários existentes e em possíveis reformas tributárias em discussão.

A criação de impostos pigouvianos sob a forma de *excise/sin taxes* apresenta benefícios e inconvenientes comuns e específicos a cada produto ou serviço. Embora provoquem mudanças positivas na sociedade e no indivíduo, como redução de consumo, e provável redução das suas consequências indesejadas, há críticas e muitas dúvidas quanto a sua efetividade.

Podemos dizer que a instituição de um imposto sobre o pecado é capaz de influenciar, de fato, o comportamento dos indivíduos, corrigindo externalidades e desencorajando atividades que os consumidores de alguma forma utilizam imoderadamente? A lógica de que o aumento da tributação redunde no aumento das receitas e na redução do consumo persiste? Qual o nível de tributação ideal desses bens de forma a gerar as consequências pretendidas?

Além das críticas a cada um dos produtos exemplificativamente apresentados, há, por fim, três questões não menos importantes que permeiam a discussão sobre a utilização dos impostos sobre o pecado, visando promover mudanças de comportamento: a regressividade, seu intuito paternalista e sua injustiça na tributação de consumo excessivo e consumo moderado com o mesmo rigor.

Ultrapassadas as críticas, é imperioso verificar como deverá ser implementado o imposto no Brasil. Diante do quadro legislativo em vigor, é possível vislumbrar vários caminhos para a instituição do imposto dotado da característica da extrafiscalidade. De outro lado, as reformas tributárias que se avizinham trazem novas possibilidades que merecem melhor aprofundamento de estudos no Brasil para que sua implementação seja compatível com nossa realidade.

REFERÊNCIAS

ADAMY, Pedro. Origens teóricas da extrafiscalidade. **Revista Direito Tributário Atual**, São Paulo, n. 39, p. 367-376, 2018.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 28. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CLARKE, Harry. Taxing sin: some economics of smoking, gambling and alcohol. **The Melbourne Review**, [s. l.], v. 4, n. 2, p. 30, 2008.

CORREIA NETO, Celso de Barros. **Tributação de Bebidas Açucaradas no Brasil: caminhos para sua efetivação**. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2020. Disponível em: https://bd.camara.leg.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/39520/Tributa%C3%A7%C3%A3o_bebidas_Neto.pdf?sequence=5https://bd.camara.leg.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/39520/Tributa%C3%A7%C3%A3o_bebidas_Neto.pdf?sequence=5. Acesso em: 26 ago. 2020.

ELDER, R. W. *et al.* The effectiveness of tax policy interventions for reducing excessive alcohol consumption and related harms. **American Journal of Preventive Medicine**, [s. l.], v. 38, n. 2, p. 217-229, 2010. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3735171/>. Acesso em: 26 ago. 2020.

INTERNAL REVENUE SERVICE. **Excise tax**. Washington, DC, 2020. Disponível em: <https://www.irs.gov/businesses/small-businesses-self-employed/excise-tax>. Acesso em 18 ago. 2020.

KAGAN, Julia. Pigovian Tax. **Investopedia**, [s. l.], 2020. Disponível em: <https://www.investopedia.com/terms/p/pigoviantax.asp>. Acesso em: 18 ago. 2020.

KOPP, Pierre-Alexandre; FENOGLIO, Philippe. Les drogues sont-elles bénéfiques pour la France?. **Revue Économique**, Paris, v. 62, n. 5, p. 910, 2011.

LOWREY, Annie. **More taxes, less death?** A new task force is urging developing countries to put levies on candy and soda, as many do on cigarettes and alcohol. **The Atlantic**, [s. l.], 25 jan. 2018. Disponível em: <https://www.theatlantic.com/business/archive/2018/01/more-taxes-less-death/551519/>. Acesso em: 15 jun. 2022.

PETKANTCHIN, Valentin. The pitfalls of so-called “sin taxation”. **IEMs Economic Note**, [s. l.], 2014. Disponível em: <https://www.institutmolinari.org/2014/01/30/the-pitfalls-of-so-called-sin-taxation/>. Acesso em: 15 jun. 2022.

PISCITELLI, Tathiane. IPI sobre refrigerantes e a tributação de bebidas açucaradas. **Valor Econômico**, São Paulo, 21 jun. 2018. Disponível em: <https://www.valor.com.br/legislacao/fio-da-meada/5611623/ipi-sobre-refrigerantes-e-tributacao-de-bebidas-acucaradas>. Acesso em: 15 jun. 2022.

RIBAS, Juliana Rodrigues. Os impostos do pecado e a ilusão fiscal. **Ânima: Revista Eletrônica do Curso de Direito Opet**, Curitiba, ano VII, n. 13, p. 1-13, jan.-jun. 2015.

SCHOUERI, Luís Eduardo. **Normas tributárias indutoras e intervenção econômica**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

THE ECONOMIST. “**Sin**” taxes – eg, on tobacco – are less efficient than they look. New York, 26 Jul. 2018. Disponível em: <https://www.economist.com/international/2018/07/28/sin-taxes-eg-on-tobacco-are-less-efficient-than-they-look>. Acesso em: 15 jun. 2022.

THE TAX POLICY CENTER. What are the major federal excise taxes, and how much money do they raise? Washington, DC, 2020. Disponível

em: <https://www.taxpolicycenter.org/briefing-book/what-are-major-federal-excise-taxes-and-how-much-money-do-they-raise>. Acesso em: 18 ago. 2020.

VADER, René. Sin taxes Public health concerns are encouraging a growth in taxes on our 'vices'. But do these levies actually change behavior. **KPMG Consumer Currents Magazine**, [s. l.], n. 25, p. 16, 2019.

UMA ANÁLISE DA FUNÇÃO OPERATIVA DO SILÊNCIO CONSTITUCIONAL A PARTIR DA TEORIA DOS SISTEMAS DE NIKLAS LUHMANN

Arilson Garcia Gil¹

Sumário: 1 – Introdução; 2 – Silêncio constitucional e a (des)construção do estado democrático de direito; 3 – Diferenciação, autopoiese e acoplamento estrutural na teoria dos sistemas sociais; 4 – Fala e silêncio na teoria dos sistemas sociais; 5 – O sistema jurídico, sua autopoiese e seus acoplamentos com outros sistemas; 6 – O silêncio constitucional e sua função operativa no sistema jurídico; 7 – Conclusões; Referências bibliográficas.

Resumo: O trabalho tem como objeto a função operativa no sistema jurídico e propõe a aplicação da Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann como marco para análise. A pesquisa verificou que a interpretação do silêncio constitucional pode ser via de construção ou desconstrução do Estado democrático de direito, e a Teoria dos Sistemas de Luhmann, em sua aplicação específica na obra *Reden und Schweigen*, pode determinar uma adequada direção de entendimento Constituição. Foram identificadas hipóteses de silêncio como espaço normativo e com conectividade, seja por ser um ponto cego da Constituição existente no momento em que ela foi criada e, naquele momento, refletia a sociedade daquela época; seja por opção da Constituição ao adotar uma comunicação silenciosa sobre uma questão sensível e, assim, mitigar o risco da exclusão

1 Procurador do estado de São Paulo. Doutorando e mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP) e pela Universidad de Castilla-La Mancha (UCLM) – Espanha. Especialista em Direito Constitucional e Eleitoral pela Universidade de São Paulo (USP) e em Direito Tributário pela PUC-SP. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual Paulista (Unesp). Professor da Universidade Paulista (Unip).

de diversas interpretações possíveis. Também foi identificado um silêncio eloquente sem conectividade, ou seja, o silêncio já é incluído na comunicação com determinação para “ouvir o silêncio” e com o reconhecimento de apenas uma opção interpretativa entre muitas possíveis. Propõe-se, ainda, que a função operativa do silêncio constitucional é uma atividade executada na estrutura cognitiva do Direito para criação de elementos em sua estrutura normativa por meio da comunicação, com ou sem conectividade entre sistemas. Assim, viabiliza-se a comunicação dos paradoxos no sistema jurídico, por meio de juízos de ponderação para resolução de conflitos entre direitos fundamentais, com o reconhecimento de um direito sem exclusão do outro direito em conflito, em uma análise paradoxal que ultrapassa os limites da lógica clássica.

Palavras-chave: Hermenêutica. Interpretação Constitucional. Teoria dos Sistemas. Silêncio Constitucional.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objeto a análise do silêncio constitucional e de sua função operativa no sistema jurídico a partir da Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann.

O ponto de partida do trabalho é a relação entre o silêncio constitucional e o Estado Democrático de Direito. Referida relação demonstra que o silêncio constitucional é objeto do processo decisório de efetivação dos direitos fundamentais e, assim, a interpretação do silêncio constitucional é via de (des)construção do próprio Estado Democrático de Direito.

Apesar de ser essencial ao desenvolvimento do Estado Democrático de Direito, a interpretação do silêncio constitucional é muito pouco estudada pela doutrina nacional e, mesmo quando abordada, o estudo é feito de forma acessória, indireta e não sistemática².

2 A tese de doutorado *Processos Informais de Mudança da Constituição*, da Professora da Universidade de São Paulo Anna Cândida da Cunha Ferraz, é a obra nacional de maior expressão sobre o tema, apesar de o analisar apenas indiretamente ao tratar das “lacunas constitucionais” e do “silêncio eloquente”. A tese, assim, não sistematiza o tema do silêncio constitucional e foi defendida em 1982 (com nova edição sem atualizações em 2015), portanto, não foi elaborada conforme o paradigma da Constituição Federal de 1988.

Para um adequado estudo do silêncio constitucional, propomos seu estudo, de forma inédita, pela perspectiva da Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann. Optamos por esse marco teórico, pois Luhmann adota o silêncio como integrante da comunicação que ocorre dentro e entre sistemas numa dinâmica que garante sua autopoiese. Assim, propomos analisar o silêncio constitucional como um espaço normativo essencial para a autoprodução de elementos do sistema jurídico, dentro do próprio sistema ou por meio de acoplamento entre o sistema jurídico e os demais sistemas.

Como estamos nos primeiros passos para a elaboração de um trabalho sistematizado do tema, não se busca com o presente artigo apresentar respostas a todas as questões levantadas, bem como não se tem como objetivo ingressar em minúcias sobre a interpretação do silêncio constitucional, o que, obviamente, exigiria um trabalho completo e com uma pesquisa em estágio avançado.

Assim, o presente artigo propõe uma abordagem do silêncio constitucional enquanto objeto da hermenêutica jurídica por meio de duas questões iniciais: a) o que é o silêncio constitucional? e b) qual a função operativa do silêncio constitucional no sistema jurídico?

2. SILÊNCIO CONSTITUCIONAL E A (DES)CONSTRUÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Com a Constituição Federal de 1988 (CF de 1988) o sistema jurídico brasileiro passou a adotar um novo paradigma: o Estado Democrático de Direito. Esse paradigma é resultado de uma expansão, seja em complexidade, seja em extensão, do sistema constitucional que influencia a interpretação de todo o sistema jurídico³. Assim, a hermenêutica jurídica passou a ser decisivamente orientada pelos objetivos do Estado Democrático

3 Trata-se de um “elemento caracterizador da Constituição, principal vetor de orientação para a interpretação de suas normas e, através delas, de todo o ordenamento jurídico. Enquanto manifestação de uma opção básica por determinados valores, característicos de uma ideologia, a fórmula política inserida na Constituição se apresenta como um programa de ação a ser partilhado por todo integrante da comunidade política, e por isso, responsável a um só tempo pela sua mobilidade e estabilidade” (GUERRA FILHO, Willis Santiago. *A autopoiese do direito na sociedade informacional: introdução a uma teoria social sistêmica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris 2018a, fls. 19).

de Direito, em especial a efetivação dos direitos fundamentais em vista à justiça social e ao reconhecimento de uma sociedade plural⁴.

Diante desse novo contexto jurídico, é frequente a provocação do Supremo Tribunal Federal (STF) para decidir questões derivadas da busca pela concretização dos referidos objetivos do Estado Democrático de Direito, e o Supremo enfrenta como desafio um objeto pouco estudado que esses casos trazem para a racionalidade jurídica: o silêncio constitucional. De fato, o STF tem enfrentado muitos de seus julgamentos mais importantes de acordo com a interpretação daquilo que a CF de 1988 não enuncia (ou silencia), ao contrário do que se apresenta como usual na hermenêutica jurídica, ou seja, a interpretação daquilo que a Constituição enuncia (ou fala).

O silêncio constitucional possibilita uma maior abertura para interpretações pelo STF e a ausência de claros limites à racionalidade jurídica pode gerar insegurança jurídica e, por isso, coloca em debate a função operativa que o silêncio constitucional apresenta no sistema jurídico.

Por exemplo, a CF de 1988 reconhece o direito à vida em seu artigo 5º, mas silencia quanto ao eventual direito ao aborto, seja em casos gerais (proibição ou autorização geral), seja em casos específicos (por exemplo, o feto anencefálico⁵ ou a gestação anterior à 12ª semana⁶). Também há silêncio constitucional no tocante às pesquisas com células-tronco embrionárias⁷,

4 BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 15 set. 2019, Artigos 1º, 3º, 5º, 6º e 14º.

5 O direito à interrupção da gravidez em caso de anencefalia foi reconhecido pelo STF na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 54**. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencefalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal. Relator: Min. Marco Aurélio, 12 de abril de 2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2226954>. Acesso em: 15 set. 2019).

6 O direito à interrupção da gravidez até a 12ª semana de gestação é atualmente discutido na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 442.

7 A pesquisa com células troncos foi declarada constitucional pelo STF na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade n. 3.510**. Lei n. 11.105. Descabimento de utilização da técnica de interpretação conforme para aditar à lei de biossegurança controles desnecessários que implicam restrições às pesquisas e terapias por ela visadas. Relator: Min. Ayres Britto, 29 de maio de 2008. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2299631>. Acesso em: 15 set. 2019).

porém, aqui há o detalhe de ser impossível à CF falar sobre tecnologia decorrente de evolução científica posterior a 1988.

Além da evolução científica, há casos de reconhecimento de novos valores sociais, como uniões entre pessoas do mesmo sexo. A CF utilizou os termos “homem” e “mulher” ao tratar da família, do casamento e da união estável⁸. Silenciou, porém, quanto à união entre pessoas do mesmo sexo⁹.

O problema se estende aos “poderes implícitos” que podem atingir a liberdade. O STF reconheceu poderes de investigação ao Ministério Público (MP)¹⁰ a despeito da CF não atribuir expressamente tais poderes ao MP, mas sim às Polícias Federal e Civil¹¹.

Por fim, há outros casos nos quais a análise do silêncio constitucional é essencial para a definição dos requisitos para a incidência (ou não incidência) da norma constitucional. Por exemplo, na previsão sobre o Foro por Prerrogativa de Função¹² a CF silencia sobre os requisitos de incidência da prerrogativa. Por exemplo, há divergência sobre se o crime deve ter sido praticado durante o mandato e ter nexos com o exercício do cargo ou função para que seja reconhecida o Foro por Prerrogativa¹³.

Nos casos citados, o silêncio constitucional é objeto do processo decisório de efetivação de direitos fundamentais para o exercício concreto de direitos civis (vida, liberdade, dignidade), políticos (prerrogativas de agentes políticos, p. ex.) e sociais (saúde e entidades familiares,

8 BRASIL, 1988, Artigo 226.

9 O STF reconheceu a constitucionalidade das uniões homoafetivas na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade n. 4.277**. Encampação dos fundamentos da ADPF n. 132-RJ pela ADI n. 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Relator: Min. Ayres Britto, 5 de maio de 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=11872>. Acesso em: 15 set. 2019).

10 Caso julgado no Recurso Extraordinário nº 593.727. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 593.727**. Questão da ofensa aos arts. 5º, incís. LIV e LV, 129 e 144, da Constituição Federal. Recorrente: Jairo de Souza Coelho. Recorrido: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator: Min. Cezar Peluso, 14 de maio de 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2641697>. Acesso em: 15 set. 2019).

11 BRASIL, 1988, Artigo 144, §1º, I e §4º.

12 Ibidem, Artigo 102, I, b e c.

13 Questão de Ordem levantada no STF na Ação Penal nº 937.

p. ex.), além de afetar diretamente o implemento da justiça social e o reconhecimento de uma sociedade plural¹⁴.

Assim, podemos afirmar que a interpretação do silêncio constitucional é uma via de construção (ou mesmo de desconstrução) do próprio Estado Democrático de Direito e pode colocar em risco a integridade e a coerência do sistema jurídico. Em outras palavras, o silêncio constitucional pode ser tanto um obstáculo como uma das vias de desenvolvimento dos objetivos do Estado Democrático de Direito. Com efeito, a desconstrução do sistema constitucional causaria um descompasso entre o que a CF de 1988 enuncia e silencia (e, assim, se comunica com seus intérpretes) com o que é realmente concretizado sob pressão de forças democraticamente ilegítimas, ainda que supostamente por força da interpretação da Constituição.

Nesse movimento de tensão entre construção e desconstrução do Estado Democrático de Direito é que surge a importância do estudo da hermenêutica jurídica pela perspectiva do silêncio constitucional, razão pela qual propomos sua análise nos termos da Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann, que aborda temas essenciais à compreensão do próprio silêncio, assim como de sua função operativa nos sistemas sociais.

3. DIFERENCIAÇÃO, AUTOPOIESE E ACOPLAMENTO ESTRUTURAL NA TEORIA DOS SISTEMAS SOCIAIS

Não pretendemos aqui fazer uma descrição completa da Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann, mas sim analisar seus pontos de destaque

14 Interessante notar que os casos enfrentados pelo STF no Brasil são semelhantes àqueles indicados por Laurence Tribe em suas aulas na Harvard Law School (TRIBE, L. **Advanced con law seminar**: “constitutional silences”. Harvard Law School, Cambridge, 2016. Disponível em: <https://hls.harvard.edu/academics/curriculum/catalog/default.aspx?o=69406>. Acesso em: 12 abr. 2019.) e em suas obras sobre a construção do som do silêncio constitucional (TRIBE, L. *Toward a syntax of the unsaid: construing the sounds of congressional and constitutional silence*. **Indiana Law Journal**, Indiana, v. 57, n. 4, 515-535, 1982) e sobre a “Constituição Invisível” (TRIBE, L. **The invisible constitution**. New York: Oxford University Press, 2008). De fato, Tribe indica como silêncios constitucionais que a Suprema Corte Americana tem evitado responder: o que constitui uma “pessoa” para a Constituição (p. ex. para fins de aborto), o que define algo como “religião”, quais as ações militares o Presidente é proibido de tomar sem o consentimento do Congresso, se Estados podem recusar o reconhecimento do casamento entre pessoas do mesmo sexo, se as ações afirmativas fundadas na raça permanecem permitidas, se a Suprema corte pode definir o devido processo legal do impeachment, se pode impor a execução de políticas públicas etc.

para a compreensão do tema do silêncio constitucional. Assim, serão estudados a diferenciação, a autopoiese e o acoplamento estrutural¹⁵.

A racionalidade desenvolvida por Luhmann¹⁶ em sua teoria dos sistemas sociais adota a lógica matemática de Spencer-Brown¹⁷ que supera o paradigma e os limites dos princípios da lógica clássica (terceiro excluído, não-contradição, p. ex.) ao adotar um novo paradigma do conhecimento que admite contradições e paradoxos (como sua autofundamentação e sua autorreferencialidade) e, assim, ultrapassa as limitações impostas por aqueles princípios e por sua racionalidade linear, com o que permite uma construção de conhecimento mais produtiva.

Spencer-Brown parte da ideia de que fazemos distinções que diferenciam o mundo, p. ex., em “isso” e “aquilo”, “nós” e “eles”, “eu” e “o(s) outro(s)”, e, especialmente para este trabalho, em “sistema” e “ambiente”. Aplicando-se a teoria de Spencer-Brown à teoria dos sistemas, a autorreferência se dá por meio da diferenciação sistêmica entre sistema e ambiente, ao explicar tudo como sendo sistema e o que não é esse sistema (o meio ambiente).

Em termos científicos, realizamos esses “cortes” para fins de diferenciar o que é nosso objeto de estudo e o que não é, no intuito de reduzir a complexidade da realidade e, assim, podermos dela ter melhor conhecimento.

Em termos de ciências sociais, a sociedade é, ao mesmo tempo, sistema total e ambiente dos seus sistemas parciais ou funcionais. Os sistemas parciais ou funcionais da sociedade se diferenciam pela unidade, ou seja, as características próprias das relações entre seus elementos mantidas pela organização. A estrutura do sistema possibilita mudanças de elementos do sistema e das relações entre eles. Desde que mantida a organização, ou seja, não alteradas as características das relações entre os elementos, mesmo que alterados esses elementos na estrutura, o sistema permanece o mesmo, mantém sua unidade. As alterações ocorridas na estrutura podem decorrer de interação com elementos fornecidos pelo

15 Para uma análise completa sobre a Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann: cf. GUERRA FILHO, 2018a, p. 31-52) e GUERRA FILHO, W. S. Teoria da ciência jurídica. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 167-185.

16 LUHMANN, Niklas. *Zweckbegriff und systemrationalität*. Über die funktion von zwecken in sozialen systemen. 5. ed. Frankfurt: Suhrkamp, 1991.

17 SPENCER-BROWN, George. *Laws of form*. London: George Allen & Unwin, 1971.

meio ao sistema. Importante ressaltar, por fim, que os elementos dos sistemas sociais são as comunicações, o que será melhor analisado no item “Fala e Silêncio na Teoria dos Sistemas Sociais”.

Além disso, Luhmann utiliza a concepção de autopoiese da biologia desenvolvida pelos chilenos Humberto Maturana e Francisco Varela¹⁸, e que designa o processo pelo qual o que é vivo se (auto) reproduz. Assim, os seres vivos são sistemas que produzem a si próprios (*to autón poiéin*).

Um sistema autopoietico apresenta organização autopoietica, ou seja, seus elementos são (re)produzidos no próprio sistema e a relação reiterativa ou recursiva entre eles formam sua organização. Para ser autopoietico o sistema deve ser autônomo, ou seja, é determinado pelas relações entre seus elementos conforme sua própria organização e não pelo ambiente. Para tanto, o sistema deve ser fechado, ou seja, em sua organização não há entradas (*inputs*) e saídas (*outputs*) para o ambiente.

Deve ser lembrado, porém, que autonomia não significa “autarquia”¹⁹, pois, como vimos, as alterações ocorridas na estrutura podem decorrer de interações com elementos fornecidos pelo meio ao sistema. Então, isso não faz com que o sistema deixe de ser fechado, uma vez que tais interações ocorrem por meio de acoplamentos estruturais entre sistemas e que ocorrem, por isso, dentro do próprio sistema²⁰. Isso é possível por meio do acoplamento estrutural entre um sistema e outros, o que permite que o sistema adote como seu (e assim os qualifique) componentes de outros sistemas.

Para tanto, uma auto-observação é essencial para que possamos indicar os sistemas sociais como autopoieticos. Referida auto-observação coloca em destaque a diferença entre sistema e ambiente para garantir que os elementos (re)produzidos sejam daquele próprio sistema. Trata-se de uma auto-observação interna e imprescindível para a autopoiese do sistema²¹.

18 MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco. *De máquinas y seres vivos: una teoria de la organización biológica*. Santiago: Editorial Universitaria, 1973.

19 NEVES, Marcelo. Entre subintegração e sobreintegração: a cidadania inexistente. *Dados*, Rio de Janeiro, v. 37, n. 2, p. 253-275, 1994b, p. 258.

20 LUHMANN, Niklas. *Die gesellschaft der gesellschaft*. Frankfurt: Suhrkamp, 1997. v. II, p. 776 e ss.

21 LUHMANN, Niklas. *Soziale systeme*. Grundriß einer allgemeinen theorie. 3. ed. Frankfurt: A. Metzner, 1987, p. 60-64.

Feita essa devida introdução aos pontos de destaque da Teoria dos Sistemas para a análise do tema do silêncio constitucional, passaremos à análise da dinâmica entre “fala e silêncio” conforme o pensamento de Niklas Luhmann.

4. FALA E SILÊNCIO NA TEORIA DOS SISTEMAS SOCIAIS

Na elaboração de sua Teoria dos Sistemas Sociais, Niklas Luhmann trouxe da dinâmica entre “fala e silêncio” na obra *Reden und Schweigen* de 1989.

A obra tem início com uma advertência do autor, no sentido de que, ao se falar sobre o falar, é fácil esquecer o silêncio. Passada a lição para o fenômeno da comunicação, o que nos escapa é a incomunicabilidade. Por isso, Luhmann indica que o conhecimento produzido a respeito do tema comunicação se restringe, de maneira pobre, insuficiente, ao recurso da “sayability/non-sayability”, o que reduz a própria comunicação aos limites daquilo que, por meios linguísticos ou não linguísticos, pode ou não ser dito, como se houvesse uma comunicação institucional correta que reduzisse seu aspecto psicológico. O autor, ao contrário, entende que a incomunicabilidade se refere estritamente à comunicação e investiga a suposição de que no complexo funcional da comunicação existem pontos de partida para o seu autobloqueio, ou seja, o caso de que algo que acontece comunicativamente não pode acontecer comunicativamente porque acontece comunicativamente. Esse paradoxo, segundo Luhmann, é redirecionado, tornado invisível para evitar catástrofes de comunicação. A obra *Reden und Schweigen* (1989) propõe a análise da relação entre fala e silêncio com a intenção de ampliar essa visão muito estreita do que tem sido chamado de unidade do social: comunicação.

Niklas Luhmann²² ensina que fala e silêncio são dois lados de uma forma. E, como forma no sentido em que Spencer-Brown²³ usa o termo (como uma diferenciação), Luhmann questiona: qual é a unidade desta forma?

Devemos compreender que a comunicação não comunica o mundo. O mundo em si permanece incomunicável. Comunicável é apenas o que

22 LUHMANN, Niklas. Vortwort. In: LUHMANN, Niklas; FUCHS, Peter. *Reden und schweigen*. Frankfurt: Suhrkamp, 1989b, p. i.

23 SPENCER-BROWN, op. cit.

é observado e descrito²⁴. A comunicação divide o mundo ao realizar diferenciações: diz o que diz e não diz o que não diz. Com o passar do tempo, outras comunicações são realizadas e os limites do sistema são formados e o corte feito é estabilizado. Assim, a unidade da forma “fala e silêncio” deve ser analisada como um paradoxo, como a unidade da diferença: como comunicação e não comunicação.

Luhmann²⁵ esclarece a questão por meio da adoção do paradoxo não como um bloqueio para o progresso de uma operação, mas sim como uma forma de observação escolhida pelo próprio observador por estar confuso. O autor pretende demonstrar como isso ocorre e como o observador pode ver cada vez mais e diferente, se primeiro se deixa confundir por um paradoxo, e depois se desprende dele, para desdobrá-lo.

Continua Luhmann: se a forma é uma diferenciação, não é a diferenciação em si mesma dessa forma, a diferenciação entre unidade e dualidade, também uma forma, assim a forma da forma?

Segundo o autor, o mundo é sempre dado como paradoxo para a comunicação. “*Die Welt kann, um es nochmals zu sagen, nur als Paradox in die Welt kommen*”²⁶, “O mundo, para dizer novamente, só pode vir ao mundo como um paradoxo” (tradução nossa). A comunicação realizada viola a unidade do mundo ao diferenciar e reafirma essa unidade ao violá-la. Em outras palavras, a comunicação implicitamente nega a unidade, reconstruindo-a pelas diferenciações executadas²⁷.

Para Luhmann²⁸, a importância da temática da incomunicabilidade na comunicação advém da fala e do silêncio. O mundo, apesar de incomunicável, pode ter diversos de seus aspectos desdobrados enquanto objeto de análise dentro da comunicação pela da fala. Mas o autor entende que também o silêncio, ainda que não queira ser entendido como comunicação, deve sempre ser compreendido e compreendido como comunicação.

24 LUHMANN, Niklas. Reden und schweigen. In: LUHMANN, Niklas; FUCHS, Peter. *Reden und schweigen*. Frankfurt: Suhrkamp, 1989a, p. 7-9.

25 Idem, 1989b, p. i.

26 Idem, 1989a, p. 8.

27 Ibidem, p. 7.

28 Ibidem, p. 9-10.

O silêncio não ficaria restrito a limites auto desenhados pela produção de uma diferença pela fala. Em outras palavras, silêncio não é apenas o não falado, o não comunicado. Pode haver uma escolha pela opção do silêncio entre fala e silêncio, bem como deve-se evitar a distinção entre fala e silêncio como a primeira sendo comunicação e o segundo não.

Para ilustrar a relação entre a incomunicabilidade, a comunicação e o silêncio, Luhmann²⁹ utiliza a metáfora do “ponto cego” dentro da “cibernética de segunda ordem”, a cibernética dos sistemas de observações. Assim, um observador não pode ver o que não pode ver (ponto cego) e não vê que não pode ver o que não pode ver. Por meio da observação do observador, porém, o observador de segunda ordem pode ver o ponto cego do primeiro observador, porém, não pode ver seu próprio ponto cego e, por isso, também está exposto à observação da observação. Portanto, conclui o autor que na cibernética de segunda ordem há uma rede recursiva de observações de observações.

Importante destacar que Luhmann³⁰ indica o ponto cego como uma “estrutura latente”, ou seja, algo que entendemos, por definição, que está presente, aparentemente oculto, invisível, inativo, mas potencial. Por isso, continua o autor, da rede recursiva de observações de observações podem resultar “autovalores” que só podem ser observados posteriormente.

Entendemos que o silêncio pode ser considerado um “ponto cego” do sistema, resultado das diferenciações anteriores (pela fala), que aguarda posteriores e recursivas observações para revelar seu potencial e resultar em “autovalores” do sistema.

E diante dessa dinâmica entre observação, fala e silêncio, Luhmann³¹ questiona: como é que se vai de um lado para o outro? Ou seja, como é que se vai da fala ao silêncio e do silêncio à fala?

Niklas Luhmann³² chama a atenção para o efeito operativo da comunicação dos paradoxos. Referido efeito, unido ao fator tempo, oscila a comunicação, porque cada posição tomada obriga a afirmar o contrário

29 Ibidem, p. 10-11.

30 Ibidem, p. 11.

31 Idem, 1989b, p. i.

32 Idem, 1989a, p. 8.

e vice-versa. E, como na comunicação cada operação leva tempo, o autor³³ afirma que apenas por uma operação que leva tempo é possível entender a dinâmica da comunicação paradoxal “fala e silêncio”.

A forma “fala e silêncio”, para Luhmann³⁴, é a simultaneidade e ao mesmo tempo o antes/depois dos seus dois lados. Assim, falar reivindica, exige o silêncio simultâneo e compensa-o com a possibilidade de trocar os papéis, com a possibilidade de a pessoa silenciosa falar posteriormente. E, questiona o autor, o que é o tempo, enquanto uma forma que constitui uma simultaneidade entre o simultâneo e o não simultâneo, permitindo assim a conexão de outras operações dessa forma?

Luhmann³⁵ esclarece que a dinâmica entre observação, fala e silêncio só é possível ocorrer como sistema histórico cuja historicidade pode ser reconstruída pela atuação, por meio da linguagem, dos sistemas de consciência sobre a forma perceptível (fonética ou óptica) que tenha tomado a comunicação (formas de primeira ordem). É essa reconstrução da historicidade por formas de segunda ordem (linguagem) que torna possível aos sistemas de consciência efetuar observações por meio da distinção entre fala e silêncio.

E aqui entra em questão a autopoiese do sistema social e de seus subsistemas, tal como o Direito. A linguagem torna possível um nível de comunicação que permite um sistema social autoproduzir comunicação e, assim, se diferenciar do meio e dos demais sistemas³⁶. Portanto, o Direito, enquanto subsistema social, deve atingir esse nível de comunicação, em especial no tocante à fala e ao silêncio.

Com efeito, entendemos que não basta ao Direito o nível de comunicação do discurso, devendo alcançar o nível que lhe atribua a condição de sistema. Niklas Luhmann³⁷ esclarece que, ao contrário do conceito de discurso, o conceito de sistema enfatiza a diferença do mundo entre sistema e ambiente e oferece ao observador (o sistema)

33 Idem, 1989b, p. i.

34 Ibidem, p. i.

35 Idem, 1989a, p. 11-12.

36 Ibidem, p. 12.

37 Ibidem, p. 13.

um certo esquema de orientação com cuja ajuda ele pode observar a si próprio e aos outros (o ambiente) e, assim, analisar historicamente as diferenciações e exclusões feitas.

Acrescenta Luhmann³⁸ que esse nível de comunicação permite a procura de significados, correspondências e omissões (ou lacunas), bem como possibilita a correção dessas omissões pela sua análise histórica. Deve ser ressaltado, porém, que a historicidade não significa que o passado participará da comunicação. Apesar de existirem formas de comunicação escritas e eletrônicas adequadas para conservar o passado, o fato de ter sido iniciada a comunicação e adiada sua conclusão para o futuro não impõe a aplicação das diferenças realizadas anteriormente, pelo contrário, permite a mudança da forma que faz a diferença, sob pena de intensificar a seletividade na relação com a história. E conclui Niklas Luhmann que utilizar o passado para comunicação presente não resolveria a diferença entre fala e silêncio, entre comunicação e não comunicação, pois cada fala repete o silêncio.

Luhmann³⁹ indica que, à exceção do sistema social que inclui toda a comunicação, qualquer subsistema social pode considerar que a comunicação ocorre no meio ambiente (nos demais subsistemas ou no sistema social global). Como consequência, o que não é dito no sistema pode ser comunicado por outros sistemas, com outras palavras, conceitos, metáforas. Para a sociedade isso não acontece, pois seu ambiente não produz comunicação, é silencioso no sentido de o que não é dito na sociedade (o que não é incluído como comunicação significativa), simplesmente não é dito (é excluído). Nesse meio ambiente há apenas sons e sinais físicos sem qualquer organização por código específico.

Segundo Luhmann⁴⁰, a linguagem no nível dos sistemas permite a conectividade entre eles, mas não o contato externo. Repita-se: o que não é dito no sistema pode ser comunicado por outros sistemas. Então, a linguagem permite a conectividade entre sistemas para análise do silêncio pela comunicação ocorrida em outro, sem, porém, atingir o fechamento de cada um dos sistemas. São os acoplamentos estruturais

38 Ibidem, p. 15.

39 Ibidem, p. 16.

40 Ibidem, p. 16-17.

atuando na dinâmica “fala e silêncio”. Como visto, os acoplamentos ocorrem no sistema, portanto, não atingem seu fechamento.

Além do silêncio analisado no parágrafo anterior, que pode ser denominado “silêncio com conectividade”, Niklas Luhmann⁴¹ indica também a possibilidade de um segundo sentido para silêncio: o “silêncio sem conectividade”. Aqui, quando a comunicação ocorre, o silêncio já é incluído na comunicação como “silêncio eloquente”, no sentido de “ouvir o silêncio”. No caso de “silêncio sem conectividade”, o sistema indica aquilo que como ambiente não entra no sistema, em outras palavras, há a seleção (inclusão) de apenas um ponto entre muitos possíveis (sendo os demais excluídos). Tal proceder pode chegar ao paradoxo da comunicação via incomunicabilidade: algo que acontece comunicativamente (o sistema indica aquilo que como ambiente...) não pode acontecer comunicativamente (...não entra no sistema) porque acontece comunicativamente (porque sem a primeira comunicação, não haveria a exclusão da comunicação). Luhmann indica a seleção de um só ponto com a exclusão dos demais como um risco que não pode ser evitado, pois a comunicação pressupõe autodeterminação. Indica, porém, formas de mitigar referido risco, como uma comunicação silenciosa na intenção de evitar questões sensíveis.

Conclui Luhmann⁴² que é possível encontrar observações interpretativas que levem à compreensão do silêncio, a entendê-lo como comunicação. A interpretação do silêncio está incluída na comunicação e permite sua autopoiese.

E, ao definir a sociedade do ponto de vista da comunicação, Niklas Luhmann⁴³ propõe o estudo do tema “Reden und Schweigen” como uma contribuição para a teoria social. Neste ponto, Luhmann⁴⁴ indica que a clássica descrição teórico-objeto tem impedido a sociologia de identificar e reincluir os excluídos (ao menos na descrição da sociedade como tal), uma vez que qualquer descrição da sociedade implicitamente exclui aquilo que

41 Ibidem, p. 17-18.

42 Ibidem, p. 18-19.

43 Idem, 1989b, p. ii.

44 Idem, 1989a, p. 19.

não é descrito e condena os excluídos ao silêncio. Adverte o autor⁴⁵ que sem um adequado tratamento do tema “fala e silêncio”, uma nova comunicação apenas dissolveria seus paradoxos de forma diferente, deslocando a exclusão com novas restrições ao criar um silêncio diferente ou apenas iria gerar um novo “ruído”. Assim, finaliza e propõe o autor que a sociologia deve melhorar seus instrumentos descritivos para incorporar a complexidade mais controlável na autodescrição da sociedade, bem como aplicar maiores precisão e rigor na comunicação, o que torna visível o que é excluído e, assim, possibilita a comunicação e sua compreensão nos termos da teoria da diferença.

Nos itens seguintes procuramos aplicar os ensinamentos aqui descritos sobre a obra *Reden und Schweigen* (1989) ao campo do sistema jurídico e, mais precisamente, ao silêncio constitucional.

5. O SISTEMA JURÍDICO, SUA AUTOPOIESE E SEUS ACOPLAMENTOS COM OUTROS SISTEMAS⁴⁶

Como visto, a sociedade é um sistema global em que há sistemas parciais ou funcionais. O Direito é um desses sistemas parciais e funcionais, que realiza a diferenciação entre o que é Direito e o que não é Direito por meio de um código próprio (lícito/ilícito). A finalidade do sistema jurídico é garantir certa congruência entre as expectativas de comportamentos dos indivíduos. Nas palavras de Luhmann, o Direito é a “generalização congruente de expectativas comportamentais” para “uma imunização simbólica de expectativas contra outras possibilidades”⁴⁷.

Para concretizar sua função social, o Direito tem que preservar a integridade do sistema social e, simultaneamente, possibilitar as transformações necessárias para evitar sua estagnação, tornando-se disfuncional (e com isso, alcançando seu fim⁴⁸). Disso se fala na necessidade de os sistemas sociais alcançarem um estágio de estabilidade dinâmica para que as mudanças no sistema social sejam operacionalizadas com

45 Ibidem, p. 19.

46 Para uma análise completa sobre o tema: GUERRA FILHO, 2018a, p. 53-76 e Idem, 2001, p. 186-212.

47 LUHMANN, Niklas. *Rechtssoziologie. Reimbek*: Rowohlt, 1972. v. I, p. 94.

48 LUHMANN, Niklas. *Die soziologische Beobachtung des Rechts*. Frankfurt: A. Metzner, 1986, p. 122, nota 2.

e não contra o sistema⁴⁹. Para isso, o Direito apresenta uma estrutura cognitiva que poderá reagir ao insistir em sua aplicação (no caso de descumprimento reiterado) ou ao revogar e/ou editar outra norma para manter sua função e força normativas.

A autopoiese do sistema jurídico determina seu fechamento, ou seja, o próprio sistema, de forma autorreferencial, demarca seus limites no meio ambiente. Assim, é o sistema jurídico que indica seus elementos ao diferenciá-los do ambiente, bem como por sua autonomia, produz seus elementos ao atribuir-lhes qualidade normativa e atribui significado jurídico às comunicações resultantes da relação entre seus elementos. Tais processos de diferenciação e reprodução do sistema jurídico, que viabilizam seu caráter autopoietico, ocorrem pela capacidade de auto-observação do sistema por meio de sua estrutura cognitiva (a teorização sobre o sistema). Assim, a auto-observação controla as operações de autoprodução.

Mas a autonomia do Direito não se restringe à autoprodução de suas normas, como também alcança a capacidade de autoconstituição de figuras jurídico-dogmáticas, que reformulam em termos especificamente jurídicos uma questão extrajurídica (econômica, política, moral etc.). Isso porque o sistema jurídico, enquanto sistema parcial do sistema social, é produto da interação comunicativa dos membros da sociedade e, assim, necessita de elementos do meio ambiente (e nesse também estão os demais sistemas parciais) para se autoproduzir⁵⁰.

Mesmo assim, a autonomia do sistema jurídico em relação aos outros sistemas é mantida, pois o Direito realiza suas operações por seu código e critérios próprios. Isso é possível por meio do acoplamento estrutural entre o sistema jurídico e os outros sistemas sociais que permite que o Direito adote com qualificação normativa componentes de outros sistemas (morais, econômicos, políticos etc.). A atribuição de significado jurídico a tais componentes deve ser fundamentada em procedimentos que garantam racionalidade, participação democrática, pluralismo de valores, eficiência econômica etc. à tomada de decisão.

49 *Ibidem*, p. 135.

50 *Idem*, 1987, p. 440-441.

Aqui merece destaque o papel da Constituição Federal no acoplamento estrutural entre os sistemas jurídico e político⁵¹. É função essencial da Constituição tanto atribuir significado jurídico a questões políticas como mediar juridicamente a atuação da Política no Direito. Para tanto, a Constituição prevê os adequados procedimentos de mutação, em especial para condicionar transformações nas estruturas de poder. Além disso, os direitos fundamentais são consagrados na Constituição como limites, mas também orientação para a continuidade da diferenciação sistêmica e para as comunicações intra e intersistêmicas, ao reconhecer as diversas e, muitas vezes contraditórias, concepções de mundo da sociedade que institui a Constituição. Importante enfatizar que a complexidade das relações na sociedade contemporânea torna impossível que a Constituição preveja todas as situações de colisão entre interesses e direitos de forma a trazer soluções exaustivas, motivo pelo qual é reforçada a necessidade de procedimentos para que se solucione adequadamente tais colisões.

Parece-nos claro, então, que a Constituição é construída para além de seu texto por meio de procedimentos de concretização de suas normas⁵² e, como adverte Niklas Luhmann⁵³, a Constituição deve ser aberta para o futuro ao prever as condições de sua mutação por meio de regras procedimentais de legitimação. Assim, há uma inversão temporal da legitimação do Direito, não mais pautado na validade conforme um passado que o justifica, mas sim voltado também para o futuro.

É fato, também, que com a ruptura com o passado (fixo) e a abertura para o futuro (a ser fixado), o Direito é cada vez mais improvável e aumenta sua complexidade e contingência, agora uma “dupla contingência”. O Direito, enquanto sistema de produção e controle seletivo dessa contingência de possibilidade de outras possibilidades⁵⁴, atua com alto risco na sociedade complexa contemporânea: as opções do presente podem não ser as mais adequadas no futuro.

51 LUHMANN, Niklas. Verfassung als evolutionäre Errungenschaft. *Rechtshistorisches Journal*, Frankfurt, n. 9, p. 176-220, 1990, p. 204 e ss.; NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994a, p. 61 e ss.

52 Para uma análise aprofundada sobre o tema: GUERRA FILHO, W. S. *Ensaio de teoria constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018b, p. 1 e ss.

53 LUHMANN, 1990, p. 192.

54 GIORGI, Raffaele. Democracia, estado e direito na sociedade contemporânea. *Cadernos da Escola do Legislativo*, Belo Horizonte, v. 2, n. 4, p. 8-47, 1995, p. 47.

No contexto apresentado, vemos atualmente um deslocamento do centro de decisões políticas relevantes do Legislativo para o Judiciário, que deve suprir a ausência completa ou os defeitos da produção legislativa, bem como assumir posição destacada dentre os Poderes na produção do Direito. Isso porque a atuação do Poder Judiciário na autopoiese e nos acoplamentos estruturais o colocam no centro do sistema jurídico.

Com efeito, podemos afirmar que o Judiciário é a unidade do sistema jurídico que opera de forma recursiva e autorreferencial. Como visto, o sistema jurídico opera apenas com elementos desse sistema e, ao necessitar de elementos encontrados a outros sistemas (moral, economia, política etc.), é o Judiciário que, ao utilizar tais elementos na fundamentação de suas decisões, qualifica tais elementos como normativos, atribui a eles significado jurídico e, portanto, os transforma em elementos do sistema jurídico. Deve ser lembrado que o sistema é fechado com e não para o meio⁵⁵. Enquanto o Poder Judiciário ocupa o centro dos sistemas jurídicos, o Legislativo ocupa a periferia do sistema. Diferentemente, o Legislativo ocupa o centro do sistema político, enquanto aqui o Judiciário é periférico.

E a distinção entre o centro e a periferia dos sistemas ganha destaque na execução dos acoplamentos estruturais. Conforme Mario Bunge⁵⁶, uma função específica das fronteiras dos sistemas é proceder trocas entre o sistema e o meio e é na fronteira que estão os elementos do sistema diretamente acoplados com componentes do meio. Assim, podemos afirmar que na fronteira entre os sistemas jurídicos e políticos está a Corte Constitucional, que apresenta papel essencial no acoplamento estrutural entre os sistemas mencionados⁵⁷.

6. O SILÊNCIO CONSTITUCIONAL E SUA FUNÇÃO OPERATIVA NO SISTEMA JURÍDICO

Feitas as considerações necessárias, partimos, então, para a análise do silêncio constitucional no intuito de responder as questões

55 LUHMANN, 1991, p. 305.

56 BUNGE, Mario. System boundary. *International Journal of General Systems*, Abingdon, v. 20, n. 3, p. 215-219, 1992, p. 219.

57 Para uma análise completa sobre o tema: GUERRA FILHO, A posição dos tribunais constitucionais no sistema social, *NOMOS*, Fortaleza, v. 16-18, p. 9-10, 1997.

inicialmente postas: a) o que é o silêncio constitucional? b) qual a função operativa do silêncio constitucional no sistema jurídico?

A partir das premissas antes estabelecidas, entendemos que o sistema jurídico é inicialmente criado pela Constituição, a comunicação primeira que, ao realizar diferenciações pelo código próprio do Direito, o separou do meio ambiente (no caso, a sociedade). Com o tempo, comunicações posteriores, constitucionais e infraconstitucionais, são realizadas e os limites do sistema jurídico são formados e estabilizados (uma estabilidade dinâmica, como visto).

É certo que as comunicações no sistema jurídico também devem ser analisadas como um paradoxo, ou seja, ao prescrever algo o sistema jurídico necessariamente silencia sobre o restante. Por exemplo, ao enunciar o direito à vida, a Constituição silencia sobre o caso do aborto. E isso se dá recursivamente. No mesmo exemplo, o STF enuncia sobre o aborto do feto anencefálico, mas silencia sobre o aborto até a 12^a semana, e assim sucessivamente⁵⁸.

Seguindo a metáfora do “ponto cego” antes analisada, em muitos casos o silêncio constitucional pode ser um ponto cego da Constituição, ponto que existia no momento em que ela foi criada e, naquele momento, refletia a sociedade daquela época. Assim, por exemplo, apesar da fala constitucional dos termos “homem” e “mulher” ao tratar da família, do casamento e da união estável, o STF considerou possível reconhecer união antes silenciada, qual seja, a união homoafetiva. Da mesma forma, não há como exigir que a CF de 1988 falasse sobre a pesquisa com células-tronco, se na época de sua elaboração tal tecnologia não existia.

O STF, nesses casos, seria o observador de segunda ordem (observador do observador) e que tem dentre suas funções ver o ponto cego da CF. A Ciência Jurídica, tal como a doutrina constitucional, pode ser considerada um observador do STF e, assim, confirmar teoricamente ou criticar as decisões tomadas, que podem também ter sido afetadas por outro ponto cego (agora um ponto cego do STF).

58 Importante ressaltar que não pretendemos ingressar no mérito das decisões do STF, mas sim apresentá-las a título exemplificativo, sem nos posicionar sobre a permissão ou proibição jurídica desses casos de aborto, ou sobre a pesquisa com células-tronco, sobre o reconhecimento da união homoafetiva, dos poderes de investigação do MP etc. Tais análises não são objeto deste artigo.

O silêncio constitucional, enquanto ponto cego da CF, é compreendido como um espaço normativo e uma estrutura latente, ou seja, algo que está oculto, invisível, inativo, mas potencial. A rede recursiva de observações indicada anteriormente (CF, STF, Ciência Jurídica) podem extrair “autovalores” da Constituição a partir da observação do silêncio constitucional.

Então, podemos afirmar que o silêncio constitucional pode ser um “ponto cego” do sistema jurídico, resultado das diferenciações anteriores, a aguardar posteriores e recursivas observações para revelar seu potencial e resultar em “autovalores” da Constituição.

E nessa comunicação paradoxal “fala” e “silêncio”, a questão tempo possibilita a observação e a reflexão dos sistemas de consciência ou das estruturas cognitivas do sistema jurídico (no caso o STF, a Ciência Jurídica etc.) sobre a Constituição e, assim, garante a autopoiese do Direito.

Foi destacado que a Constituição tem papel essencial no acoplamento estrutural entre os sistemas jurídico e político. É certo, porém, que o acoplamento estrutural do sistema jurídico não se dá apenas com o sistema político, mas também com a educação, a ciência, a arte, a religião, a economia, a mídia e todos os demais sistemas sociais e isso se dá, principalmente, pela via de interpretações daquilo que se acha disposto na Constituição, ou ainda, acrescentando-se, pela interpretação daquilo que a Constituição comunica, inclusive pelo seu silêncio.

Como visto, a conectividade entre os sistemas é viabilizada pela linguagem no nível necessário para configuração dos próprios sistemas. Assim, aquilo que não é dito na Constituição pode ser comunicado por outros sistemas e, pelo acoplamento estrutural entre o sistema jurídico e os demais (e, portanto, sem atingir o fechamento de cada sistema), a linguagem permitirá a conectividade para interpretação do silêncio constitucional pela comunicação ocorrida em outro sistema.

Deve ser ressaltado que o silêncio constitucional, enquanto espaço normativo de interpretação para autopoiese, pode ser preenchido com ou sem acoplamento estrutural. Não haverá acoplamento estrutural quando não se fizer necessária a comunicação via outros sistemas para a autopoiese do Direito, bem como quando houver determinação de não conectividade pela própria Constituição.

De fato, vimos que o silêncio pode ser um “silêncio com conectividade”, ou seja, com possibilidade de acoplamento estrutural entre sistemas, ou um “silêncio sem conectividade”, ou seja, o silêncio já é incluído na comunicação como “silêncio eloquente”, com determinação para “ouvir o silêncio”. No caso de silêncio constitucional sem conectividade, a própria Constituição indica o que está no ambiente e que não deve entrar no sistema jurídico para o reconhecimento de apenas uma opção interpretativa entre muitas possíveis, com a exclusão das demais possibilidades. Assim, no caso do silêncio constitucional sem conectividade, pode ocorrer a comunicação via incomunicabilidade.

Vimos também que Luhmann indica o silêncio sem conectividade como um risco que não pode ser evitado, pois a comunicação pressupõe autodeterminação. Cabe aqui a advertência de Gunther Teubner⁵⁹, no sentido de que o Direito desenvolve certas construções sociais específicas da realidade e, assim, ao criar sua própria realidade a partir da perspectiva da resolução de conflitos, os sistemas jurídicos abstraem modelos altamente seletivos do mundo, negligenciando assim muitos elementos políticos, econômicos e socialmente “relevantes”. Luhmann aponta que, para mitigar referido risco, pode-se evitar questões sensíveis ao adotar uma comunicação silenciosa. Em outras palavras, em questões sensíveis, ao ser necessário mitigar o risco da exclusão de diversas interpretações possíveis, pode a Constituição utilizar o silêncio com conectividade e manter a definição da melhor solução possível para a interpretação via comunicação e acoplamentos estruturais com outros sistemas.

Podemos retomar aqui a questão do aborto, que pode ser considerado um silêncio constitucional sem conectividade, com determinação a impedi-lo em qualquer hipótese, ou uma questão sensível com uma comunicação silenciosa no sentido de evitar, de plano, a exclusão de outras opções jurídicas possíveis em determinados casos concretos. Com efeito, vimos que a complexidade das relações na sociedade contemporânea impossibilita que a Constituição preveja todas as situações de colisão entre interesses e direitos de forma a trazer soluções exaustivas e, ainda, as opções tomadas no presente (e no passado) podem

59 TEUBNER, Gunther. Substantive and reflexive elements in modern law. *Law & Society Review*, Denver, v. 17, n. 2, p. 239-286, 1983, p. 279.

não ser as mais adequadas para o futuro, o que pode ser considerado, por exemplo, na pesquisa com células-tronco.

Vimos ainda que o tempo, enquanto uma forma que constitui uma simultaneidade entre o simultâneo e o não simultâneo, permite a conexão de outras operações dessa forma. Assim, iniciada a comunicação, sua conclusão é adiada para o futuro. Aplicada tal assertiva à autopoiese do Direito e retomada a dinâmica entre observação, fala e silêncio, no silêncio constitucional está implícito um comando para construir o sistema historicamente. Com efeito, a análise do silêncio constitucional pressupõe uma historicidade (re)construída pelos sistemas de consciência por meio da linguagem sobre o texto constitucional (forma de primeira ordem da comunicação). A linguagem (formas de segunda ordem) viabiliza a (re)construção da historicidade pela distinção entre os enunciados da Constituição (fala) e o silêncio constitucional. Não se trata, é claro, de um construir absolutamente livre, mas um (re)construir pelo próprio sistema (autopoiese) ao fazer novas diferenciações – o que está no sistema e o que não está – bem como, quando possível (se o próprio sistema jurídico não vedou), implementar os acoplamentos estruturais, codificando para o Direito aquilo que estava fora do sistema, mas é necessário para sua construção autopoietica. Por isso, por exemplo, a interpretação do silêncio constitucional ocorre no tempo e deve ser constante, para viabilizar a autopoiese do sistema jurídico de forma “evolutiva”, adaptando-o às novas realidades sociais.

Necessário, porém, reiterar a advertência de Niklas Luhmann, no sentido de que o fato de ter sido iniciada a comunicação e adiada sua conclusão para o futuro não impõe a aplicação das diferenças realizadas anteriormente. Ao contrário, tal dinâmica permite a mudança da forma que faz a diferença. Portanto, não é adequado utilizar as diferenciações passadas para a comunicação presente para analisar o silêncio constitucional. Conforme Luhmann, cada fala repete o silêncio e, assim, a cada momento de interpretação da Constituição repete ou (re)constrói o silêncio constitucional. Tais lições nos parecem contrariar as tentativas de imposição de uma interpretação sempre “originalista”, ou seja, conforme as enunciações (e intenções) do legislador que elaborou o texto constitucional.

Relembramos que a unidade da forma “fala e silêncio” deve ser analisada como um paradoxo, como a unidade da diferença e, assim, retornamos à questão do efeito operativo da comunicação dos paradoxos. O silêncio constitucional viabiliza o efeito operativo da comunicação dos paradoxos. Referido efeito, unido ao fator tempo, oscila a comunicação, porque cada posição tomada obriga a afirmar o contrário e vice-versa. Prosseguindo nas lições de Luhmann, a adoção do paradoxo não promove um bloqueio no progresso de uma operação, mas é uma forma de observação escolhida pelo próprio observador por estar confuso e para ver cada vez mais e diferentemente ao desdobrar o paradoxo.

De fato, a comunicação paradoxal permite compreender a dinâmica “fala e silêncio” de forma mais adequada do que a lógica clássica, ou seja, a fala da Constituição não exclui, necessariamente, a possibilidade de análise de outra comunicação por aquilo que a própria Constituição silenciou. Assim, por exemplo, a interpretação do silêncio constitucional viabiliza a comunicação dos paradoxos para resolução de conflitos entre direitos fundamentais, com a existência de aparentes contradições entre normas constitucionais e que exigem uma análise paradoxal do caso concreto que permita, num juízo de ponderação, o reconhecimento de um direito sem exclusão do outro direito em conflito (apesar de afastada sua aplicação no caso concreto).

Por fim, deve ser lembrado aqui que Niklas Luhmann propõe o estudo do tema “fala e silêncio” como uma contribuição para a teoria social, em especial para identificar e reincluir os excluídos (condenados ao silêncio ao não estarem na descrição da sociedade). Assim, faz-se necessária uma adequada comunicação no sistema jurídico, em especial no tratamento do tema “fala e silêncio”, para se evitar uma nova comunicação que apenas imponha novas restrições com um silêncio diferente e outros excluídos no (re)desenho do sistema constitucional.

7. CONCLUSÕES

Conclui-se, assim, que o silêncio constitucional pode ser:

a) um silêncio como espaço normativo e com conectividade, ou seja, com possibilidade de acoplamento estrutural entre sistemas;

uma estrutura latente (invisível, mas potencial), resultado das diferenciações anteriores e que, com posteriores e recursivas observações, pode desenvolver seu potencial e revelar “autovalores” da Constituição; será um espaço normativo com conectividade o silêncio constitucional:

a1) por ser um ponto cego da Constituição existente no momento em que ela foi criada e, naquele momento, refletia a sociedade daquela época; ou

a2) por opção da Constituição ao adotar uma comunicação silenciosa sobre uma questão sensível e, assim, mitigar o risco da exclusão de diversas interpretações possíveis.

b) um silêncio eloquente sem conectividade, ou seja, o silêncio já é incluído na comunicação com determinação para “ouvir o silêncio” e com o reconhecimento de apenas uma opção interpretativa entre muitas possíveis, com a exclusão das demais possibilidades, inclusive via acoplamentos estruturais (a comunicação via incomunicabilidade).

A função operativa do silêncio constitucional é uma atividade executada na estrutura cognitiva do Direito para criação de elementos em sua estrutura normativa por meio da comunicação, com ou sem conectividade entre sistemas.

A interpretação do silêncio constitucional ocorre constantemente ao longo do tempo, de forma a atuar na autopoiese do sistema jurídico de forma “evolutiva”, adaptando-o às novas realidades sociais.

Também a função operativa do silêncio constitucional viabiliza a comunicação dos paradoxos no sistema jurídico, por meio de juízos de ponderação para resolução de conflitos entre direitos fundamentais com o reconhecimento de um direito sem exclusão do outro direito em conflito, em uma análise paradoxal que ultrapassa os limites da lógica clássica.

Trata-se, portanto, de uma nova perspectiva de análise do enunciado (fala) e do silêncio constitucionais, para uma adequada comunicação no sistema jurídico conforme os objetivos do Estado Democrático de Direito, com destaque para a efetivação dos direitos fundamentais em vista à justiça social e ao reconhecimento de uma sociedade plural por meio da possibilidade de os excluídos, antes silenciados, participarem da comunicação no sistema jurídico.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 15 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade n. 3.510**. Lei n. 11.105. Descabimento de utilização da técnica de interpretação conforme para aditar à lei de biossegurança controles desnecessários que implicam restrições às pesquisas e terapias por ela visadas. Relator: Min. Ayres Britto, 29 de maio de 2008. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2299631>. Acesso em: 15 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade n. 4.277**. Encampação dos fundamentos da ADPF n. 132-RJ pela ADI n. 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Relator: Min. Ayres Britto, 5 de maio de 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=11872>. Acesso em: 15 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 54**. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal. Relator: Min. Marco Aurélio, 12 de abril de 2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2226954>. Acesso em: 15 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 593.727**. Questão da ofensa aos arts. 5º, incisos LIV e LV, 129 e 144, da Constituição Federal. Recorrente: Jairo de Souza Coelho. Recorrido: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator: Min. Cezar Peluso, 14 de maio de 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2641697>. Acesso em: 15 set. 2019.

BUNGE, Mario. System boundary. **International Journal of General Systems**, Abingdon, v. 20, n. 3, p. 215-219, 1992.

GIORGI, Raffaele. Democracia, estado e direito na sociedade contemporânea. **Cadernos da Escola do Legislativo**, Belo Horizonte, v. 2, n. 4, p. 8-47, 1995.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **A autopoiese do direito na sociedade informacional: introdução a uma teoria social sistêmica**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018a.

_____. A posição dos tribunais constitucionais no sistema social. **NOMOS**, Fortaleza, v. 16-18, p. 9-10, 1997.

_____. **Ensaio de teoria constitucional**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018b.

_____. **Teoria da ciência jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2001.

LUHMANN, Niklas. **Die gesellschaft der gesellschaft**. Frankfurt: Suhrkamp, 1997. v. II.

_____. **Die soziologische Beobachtung des Rechts**. Frankfurt: A. Metzner, 1986.

_____. **Rechtssoziologie. Reimbek**: Rowohlt, 1972. v. I.

_____. Reden und schweigen. *In*: LUHMANN, Niklas; FUCHS, Peter. **Reden und schweigen**. Frankfurt: Suhrkamp, 1989a. p. 7-20

_____. **Soziale systeme**. Grundriß einer allgemeinen theorie. 3. ed. Frankfurt: A. Metzner, 1987.

_____. Verfassung als evolutionäre errungenschaft. **Rechtshistorisches Journal**, Frankfurt, n. 9, p. 176-220, 1990.

_____. Vortwort. *In*: LUHMANN, Niklas; FUCHS, Peter. **Reden und schweigen**. Frankfurt: Suhrkamp, 1989b. p. i-ii.

_____. **Zweckbegriff und systemrationalität**. Über die funktion von zwecken in sozialen systemen. 5. ed. Frankfurt: Suhrkamp, 1991.

MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco. **De maquinas y seres vivos: una teoria de la organización biológica**. Santiago: Editorial Universitaria, 1973.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Acadêmica, 1994a.

_____. Entre subintegração e sobreintegração: a cidadania inexistente. **Dados**, Rio de Janeiro, v. 37, n. 2, p. 253-275, 1994b.

SPENCER-BROWN, George. **Laws of form**. London: George Allen & Unwin, 1971.

TEUBNER, Gunther. Substantive and reflexive elements in modern law. **Law & Society Review**, Denver, v. 17, n. 2, p. 239-286, 1983.

TRIBE, Laurence. Advanced con law seminar: “constitutional silences”. **Harvard Law School**, Cambridge, 2016. Disponível em: <https://hls.harvard.edu/academics/curriculum/catalog/default.aspx?o=69406>. Acesso em: 12 abr. 2019.

_____. **The invisible constitution**. New York: Oxford University Press, 2008.

_____. Toward a syntax of the unsaid: construing the sounds of congressional and constitutional silence. **Indiana Law Journal**, Indiana, v. 57, n. 4, 515-535, 1982.