

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
VICE-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE DOUTORADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CDCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: CONSTITUCIONALIDADE, TRANSNACIONALIDADE E
PRODUÇÃO DO DIREITO

OS LIMITES DO JULGAMENTO NOS TRIBUNAIS
ADMINISTRATIVOS TRIBUTÁRIOS FRENTE A UMA NORMA
INCONSTITUCIONAL: Uma nova perspectiva a partir do
entrecruzamento entre a Análise Econômica do Direito e o
Garantismo Constitucionalista

Pablo Franciano Steffen

Itajaí-SC
Março de 2019

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
VICE-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA – PROPPEC
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE DOUTORADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CDCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: CONSTITUCIONALIDADE, TRANSNACIONALIDADE E
PRODUÇÃO DO DIREITO

OS LIMITES DO JULGAMENTO NOS TRIBUNAIS
ADMINISTRATIVOS TRIBUTÁRIOS FRENTE A UMA NORMA
INCONSTITUCIONAL: Uma nova perspectiva a partir do
entrecruzamento entre a Análise Econômica do Direito e o
Garantismo Constitucionalista

Pablo Franciano Steffen

Tese submetida ao Curso de Doutorado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, como requisito parcial à obtenção do título de Doutor em Ciência Jurídica.

Orientador: Professor Doutor Paulo de Tarso Brandão

Itajaí-SC

Março de 2019

AGRADECIMENTOS

A Deus que me guia através das intuições no caminho do bem.

Aos meus queridos pais, pelo amor, pela dedicação e pela perseverança em educar e formar homens de bem.

Ao meu dileto orientador, Doutor Paulo de Tarso Brandão, pelo apoio e carinho durante essa fase de amadurecimento pessoal e profissional. Por confiar em mim e por sempre motivar meu desenvolvimento intelectual.

Aos meus grandes amigos Carlos Roberto Claudino dos Santos, Daniel Mayerle e Niladir Butzke, pelo companheirismo e pelo sempre valioso exemplo de ética profissional e de perseverança no ensino e na pesquisa jurídica.

A Fundação Universidade para o Desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí – UNIDAVI, pelo apoio financeiro concedido e pelo diuturno comprometimento no aprimoramento de seus docentes.

Aos professores do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da Univali, pelos conhecimentos compartilhados e pela atenção dispensada.

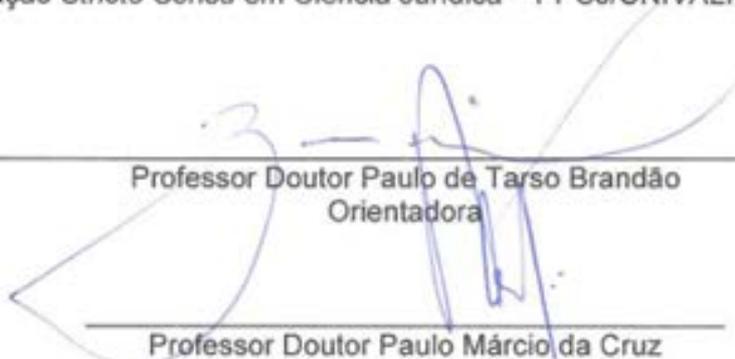
TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí, a Coordenação do Curso de Doutorado em Ciência Jurídica, a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Itajaí-SC, fevereiro de 2019.


Pablo Franciano Steffen
Doutorando

Esta Defesa de Tese foi julgada APTA para a obtenção do título de Doutor em Ciência Jurídica e aprovada, em sua forma final, pela Coordenação do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica – PPCJ/UNIVALI.



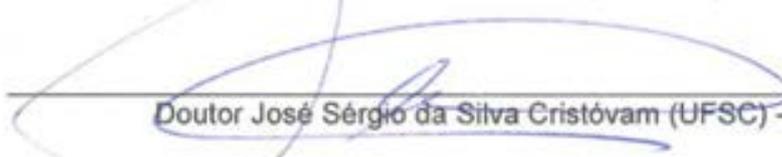
Professor Doutor Paulo de Tarso Brandão
Orientadora

Professor Doutor Paulo Márcio da Cruz
Coordenador/PPCJ

Apresentada perante a Comissão Examinadora composta pelos Professores

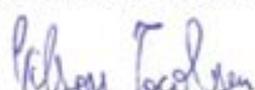


Doutor Paulo de Tarso Brandão (UNIVALI) – Presidente

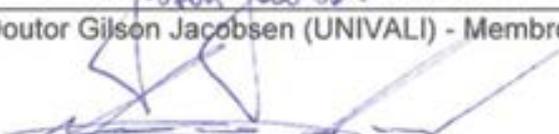


Doutor José Sérgio da Silva Cristóvam (UFSC) – Membro

Doutor Fausto Santos de Moraes (IMED) – Membro



Doutor Gilson Jacobsen (UNIVALI) - Membro



Doutor Márcio Ricardo Staffen (UNIVALI) – Membro

Itajaí(SC), 27 de março de 2019.

ROL DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AED	Análise Econômica do Direito
AJG	Assistência Judiciária Gratuita
CARF	Conselho Administrativo de Recursos Fiscais
CIDE	Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
COFINS	Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social
CONFAZ	Conselho Nacional de Política Fazendária
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e emendas constitucionais posteriores
CSLL	Contribuição Social sobre o Lucro Líquido
CSRF	Câmara Superior de Recursos Fiscais
CTN	Código Tributário Nacional
DRFBJ	Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento
EMASA	Empresa Municipal de Água e Saneamento
FGTS	Fundo de Garantia do Tempo de Serviço
FPE	Fundo de Participação dos Estados
FPM	Fundo de Participação dos Municípios
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
IBMEC/MG	Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais, Minas Gerais
ICMS	Imposto sobre Circulação de Mercadorias
II	Imposto sobre Importação
INSS	Instituto Nacional do Seguro Social
IOF	Imposto sobre Operações Financeiras
IPI	Imposto sobre Produto Industrializado
IPTU	Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana
IPVA	Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores
IRPF	Imposto de Renda Pessoa Física
IRPJ	Imposto de Renda Pessoa Jurídica
ISS	Imposto Sobre Serviços
ITBI	Imposto sobre Transmissão de Bens Inter Vivos
ITCMD	Imposto sobre a Transmissão Causa Mortis e Doação
ITR	Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural;

OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico
ONU	Organização das Nações Unidas
OXFAM	<i>Oxford Committee for Famine Relief</i> ¹
PIB	Produto Interno Bruto
PIS/PASEP	Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público
TJSC	Tribunal de Justiça de Santa Catarina
TRF4	Tribunal Regional federal da Quarta Região

¹ Comitê de Oxford de Combate à Fome.

LISTA DE FIGURAS

Figura 1 – Carga Tributária Brasil e países da América Latina e Caribe (2014).....	131
Figura 2 - Carga Tributária – total PIB %.....	132
Figura 3 - Receita Tributária por ente federativo – 2014 e 2015.....	133
Figura 4 - Série Histórica – Evolução de participação dos entes federativos.....	134
Figura 5 - Repartição de receitas entre entes federativos (%).....	135
Figura 6 - Carga Tributária sobre a renda, lucro e ganho de capital – Brasil e países OCDE (2014)	136
Figura 7 - Carga Tributária por base de incidência – Brasil e Países da OCDE (2014)	137
Figura 8 - Processos por juiz no Brasil e em países da Europa – 2008.....	236
Figura 9 - Listagem dos dez maiores setores contendo o percentual de processos em relação ao total ingressado entre 1º de janeiro e 31 de outubro de 2011 por Justiça.....	239
Figura 10 - Assuntos mais demandados	240
Figura 11 - Assuntos mais demandados no 1º grau (varas)	240
Figura 12 - Assuntos mais recorrentes no Poder Judiciário.....	241
Figura 13 - Diagrama do tempo de tramitação do processo	242
Figura 14 - Tempo médio do processo baixado na Justiça Estadual	243
Figura 15 - Tempo médio do processo baixado na Justiça Federal	243
Figura 16 – Distribuição dos processos de execução fiscal segundo o motivo de baixa	244
Figura 17 - Dados processuais do Poder Judiciário	247
Figura 18 – Série histórica da movimentação processual.....	249
Figura 19 – Taxa de congestionamento na execução fiscal.....	250

ROL DE CATEGORIAS

Análise Econômica do Direito (*Economic Analysis of Law*): trata-se de uma corrente de estudos jurídicos interdisciplinares que surgiu nos Estados Unidos, no seio do movimento das teorias do direito pós-modernas². Inaugurada especialmente pelo seu maior expoente, o juiz Richard Allen Posner, na escola de direito de Chicago (*Chicago Law School*), no início dos anos sessenta, se ocupa de investigações que compreendem teorias que utilizam as mais variadas ferramentas teóricas provenientes do campo da economia no direito, com o objetivo de aperfeiçoar e desenvolver a criação e aplicação das normas jurídicas³.

Administração Pública: “Em seu sentido mais abrangente, a expressão Administração Pública designa o conjunto das atividades diretamente destinadas à execução concreta das tarefas ou incumbências consideradas de interesse público ou comum, numa coletividade ou numa organização estatal. Do ponto de vista atividade, portanto, a noção de Administração Pública corresponde a uma gama bastante ampla de ações que se reportam à coletividade estatal, compreendendo, de um lado, as atividades de Governo, relacionadas com os poderes de decisão e de comando, e as de auxílio imediato ao exercício do Governo mesmo e, de outra parte, os empreendimentos voltados para a consecução dos objetivos públicos definidos por leis e por atos de Governo, seja através de normas jurídicas precisas, concernentes às atividades econômicas e sociais; seja por intermédio da intervenção no mundo real (trabalhos, serviços, etc.) ou de empreendimentos técnico-materiais; ou, finalmente, por meio do controle da realização de tais finalidades (com exceção do controle de caráter político e jurisdicional)”⁴.

Constituição: “A Constituição é uma lei dotada de características especiais. Tem um

² MINDA, Gary. **Postmodern legal movements: Law and Jurisprudence At Century's End**. New York: NYU Press, 1996.

³ POSNER, Richard A. **El análisis económico del derecho**. 2 ed. México: Fondo de Cultura Económica, 2007; POSNER, Richard A. **Problemas de filosofia do Direito**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007; POSNER, Richard A. **Para além do Direito**. Tradução: Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

⁴ BOBBIO, Norberto. et al. **Dicionário de ciência política**. 11. Ed. Tradução Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Mònaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cacaís e Renzo Dini Brasília: Editora UNB. 2011, p. 10.

brilho autônomo expresso através da forma, do procedimento de criação e da posição hierárquica das suas normas. Estes elementos permitem distingui-la de outros actos com valor legislativo presentes na ordem jurídica. Em primeiro lugar, caracteriza-se pela sua posição hierárquico-normativa superior relativamente às outras normas do ordenamento jurídico. [...] a superioridade hierárquico-normativa apresenta três expressões. 1) as normas constitucionais constituem uma *lex superior* que recolhe o fundamento da validade em si própria (*autoprímazia normativa*); (2) as normas de constituição são normas de normas (*normae normarum*) afirmando-se como uma fonte de produção jurídica de outras normas (leis, regulamentos, estatutos); (3) a superioridade normativa das normas constitucionais implica o princípio da conformidade de todos os actos dos poderes públicos com a Constituição. [...] a ideia de lei fundamental é inseparável da razão iluminista que acreditava ser possível, através de um documento escrito (produto da razão), organizar o mundo e realizar um projecto de conformação política. A constituição é, nesta perspectiva, a alavanca de Arquimedes do sujeito projectante (homens, povo, nação). A lógica é a lógica da pirâmide geométrica. A ordem jurídica estrutura-se em termos verticais, de forma escalonada, situando-se a constituição no vértice da pirâmide. Em virtude desta posição hierárquica ela actua como fonte de outras normas. No seu conjunto, a ordem jurídica é uma "derivação normativa" a partir da norma hierarquicamente superior, mesmo que se admita alguns espaços criados às instâncias hierarquicamente inferiores quando concretizam as normas superiores."⁵ Como assevera Barroso, "na formulação teórica de Kelsen, até aqui amplamente aceita, a Constituição é o fundamento de validade de toda a ordem jurídica. É ela que confere unidade ao sistema, é o ponto comum ao qual se reconduzem todas as normas vigentes no âmbito do Estado. De tal supremacia decorre o facto de que nenhuma norma pode subsistir validamente no âmbito de um Estado se não for compatível com a Constituição."⁶

Constitucionalismo(s): "Constitucionalismo é a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos e dimensão

⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001. p. 1.131 e 1.135.

⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 54.

estruturante da organização político-social de uma comunidade. [...]. É, no fundo, uma teoria normativa da política, tal como a teoria da democracia ou a teoria do liberalismo”⁷ diz respeito à “teoria ou ideologia que ergue o princípio de governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade”⁸. Partindo dessa premissa e perscrutando a história, com Maurizio Fioravanti, é possível identificar, quatro dimensões de desdobramento da noção de constitucionalismo, a saber: a) na antiguidade, pelos gregos; b) no medievo, exercidos pelos poderes imperiais; e, c) moderno, que instituiu a soberania da Constituição, especialmente como limitadora do poder político, alcançada através dos movimentos constitucionalistas (inglês, americano e francês)⁹.

Constitucionalismo Contemporâneo: diz respeito a um dos desdobros do Constitucionalismo. Este, no Brasil, pode ser atribuído à Paulo Bonavides e também desenvolvida por Lenio Streck. De acordo com Bonavides, trata-se da proclamação da normatividade dos princípios em novas formulações conceituais que corroboraram à tendência irresistível que leva à eficácia e à valoração dos princípios no sistema jurídico como normas fundamentais¹⁰. Em sentido alinhado, Streck defende que o Constitucionalismo Contemporâneo, diz respeito ao movimento que desaguou nas Constituições do segundo pós-guerra e que ainda está presente no contexto atual. Trata-se, simplesmente, de um processo de continuidade com novas conquistas, as quais passam a integrar a composição do Estado Constitucional. Além disto, também representa um redimensionamento nas práxis político-jurídica, que se dá tanto na Teoria do Estado e da Constituição, como no plano da Teoria do Direito, no interior da qual ocorre a remodelação da teoria da norma (os princípios assumem um *locus* de normatividade), da teoria das fontes (a lei dá lugar à Constituição) e da teoria da interpretação. Dito de outro modo, quer dizer que, o Constitucionalismo Contemporâneo carrega conquistas do legado do

⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 6.ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 47.

⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 6.ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 51.

⁹ FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución**. De la antigüedad a nuestros días. Trad. Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2001.

¹⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26.ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

Constitucionalismo Moderno, como a superioridade da Constituição, ao mesmo tempo que introduz novos instrumentos de interpretação¹¹.

Controle de Constitucionalidade: diz respeito aos mecanismos que buscam garantir a supremacia e a defesa das normas constitucionais (explícitas ou implícitas) diante de possíveis usurpações. Seu objetivo é a verificação de compatibilidade ou adequação constitucional dos atos normativos, tanto em aspectos materiais como formais. Diante do confronto, o resultado é a declaração de invalidade do ato normativo. No Brasil, coexistem dois tipos de Controle de Constitucionalidade, o difuso e o concentrado. O primeiro é realizado por todos os juízes, por meio de um juízo de valor entre as leis e a Constituição (origem americana), no ato decisório. O segundo, por seu turno, ocorre por ações específicas (Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Declaratória de Constitucionalidade, Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental, Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva) as quais compete ao Supremo Tribunal Federal a responsabilidade pelo julgamento (matriz austríaca)¹².

Direitos Fundamentais: são aqueles direitos subjetivos que correspondem universalmente a todos os seres humanos enquanto dotados do status de pessoa, de cidadão; entende-se por “direito subjetivo” qualquer expectativa positiva (de prestações) ou negativa (de não sofrer lesões) atribuída a um sujeito por uma norma jurídica; e, compreende-se por “status” a condição de um sujeito, também planejada por uma norma jurídica positiva, como pressuposto de sua idoneidade para ser titular de situações jurídicas e/ou autor de atos que são exercício destas¹³.

Dogmática Jurídica: “O objeto da tarefa dogmática são as normas positivas de origem estatal. A tarefa da dogmática é a construção científica de um sistema conceitual capaz de dar razão rigorosa da totalidade da experiência jurídica,

¹¹ STRECK, Lenio Luis. O que é isto - O Constitucionalismo Contemporâneo. In: HELLMAN, R. F.; MARGRAF, A. F.. (Org.). **Os efeitos do constitucionalismo contemporâneo no direito**. 1ed. Telêmaco Borba/PR: Editora Fateb, 2014, v., p. 49-66.

¹² FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 1143-1306.

¹³ FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. 4.ed. Madrid: Trotta, 2009, p. 19.

elaborada a partir do material que oferecem as regras positivas.”¹⁴ Vale destacar também que “[...] a dogmática jurídica não pode ser vista apenas como o produto ou resultado de uma evolução universal de conceitos e métodos através da história do pensamento científico. Ela deve ser entendida, também, como resposta a certos imperativos institucionais que permeiam, moldam e conformam a própria cultura jurídica de natureza positivista e de inspiração liberal. Dito de outra maneira, a dogmática não se limita somente a um enfoque determinado das questões fundamentais da Ciência do Direito – representa, igualmente, uma atitude ideológica que lhe serve de base e um *ethos* cultural específico”.¹⁵

Economia: *“Economía es el estudio de cómo las sociedades utilizan recursos escasos para producir bienes valiosos y distribuirlos entre diferentes personas. Tras esta definición se esconden dos ideas clave de la economía: los bienes son escasos y la sociedad debe utilizar sus recursos con eficiencia. De hecho, la economía es una disciplina importante debido a la escasez y al deseo de ser eficientes”*¹⁶, é a “ciência social que estuda como o indivíduo e a sociedade decidem (escolhem) empregar recursos produtivos escassos na produção de bens e serviços, de modo a distribuí-los entre as várias pessoas e grupos da sociedade, a fim de satisfazer as necessidades humanas. [...] O objetivo do estudo da Ciência Econômica é o de analisar os problemas econômicos e formular soluções para resolvê-los, de forma a melhorar nossa qualidade de vida. [...] Em qualquer sociedade, os recursos ou fatores de produção são escassos; contudo, as necessidades humanas são ilimitadas, e sempre se renovam. Isso obriga a sociedade a escolher entre alternativas de produção e de distribuição dos resultados da atividade produtiva aos vários grupos da sociedade.”¹⁷

¹⁴ PUCEIRO, Enrique Zuleta. **Paradigma dogmático y ciencia del derecho**. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas. 1981. p.41

¹⁵ FARIA, José Eduardo. 1988, p.24 *apud* ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Dogmática Jurídica:** esboço de sua configuração e identidade. Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 1996., p. 23.

¹⁶ Tradução livre do autor: “Economia é o estudo de como as sociedades usam recursos escassos para produzir bens valiosos e distribuí-los entre pessoas diferentes. Depois dessa definição, duas idéias-chave da economia estão ocultas: os bens são escassos e a sociedade deve usar seus recursos de maneira eficiente. De fato, a economia é uma disciplina importante devido à escassez e ao desejo de ser eficiente”. (SAMUELSON, Paul A. NORDHAUS, William D. **Economía**. 19. Ed. Traducción Maria Guadalupe Cevallos Almada (et. all.). México: Macgrawhill, 2012. p. 04).

¹⁷ PINHO, Diva B; VASCONCELLOS, Mauro A. S. **Manual de Economia**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 01-02

Efetividade: É “a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social”¹⁸, segundo Kelsen, a efetividade (que por ele é chamada de “eficácia social”), “é o fato real de ela (a norma) ser efetivamente aplicada e observada, da circunstância de uma conduta humana conforme a norma se verificar na ordem dos fatos”.¹⁹

Eficácia: Segundo a teoria do garantismo, este conceito diz respeito à causalidade jurídica, isto é, a capacidade de um ato para produzir efeitos na Sociedade, ele relaciona-se diretamente com a observância ou não, das normas por parte dos seus destinatários e também por parte dos aplicadores de tais normas.²⁰

Eficiência: *“Por eficiencia se entiende el uso más eficaz de los recursos de una sociedad para satisfacer las necesidades y deseos <le las personas [...] La esencia de la teoría económica es reconocer la realidad de la escasez y luego encontrar la manera de organizar a la sociedad de tal manera que logre el uso más eficiente de sus recursos. Es ahí donde la economía hace su contribución exclusiva”*²¹, desta maneira, se pode dizer então que “eficiência é a propriedade que a sociedade tem de obter o máximo possível a partir de seus recursos escassos.”²²

Estado Social: é “a expressão política por excelência da sociedade industrial e do mesmo passo a configuração da sobrevivência democrática na crise entre o Estado e a antecedente forma de sociedade (a do liberalismo), observa-se que nas sociedades em desenvolvimento, porfiando ainda implantá-lo, sua moldura jurídica fica exposta à toda ordem de contestações, pela dificuldade em harmonizá-la com as

¹⁸ BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas:** limites e possibilidades da Constituição Brasileira. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 85.

¹⁹ KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito.** São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 11, 29-30

²⁰ Conceito operacional por composição do autor, com base em: FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris.** Teoría del derecho y de la democracia. 1. Teoría del derecho, 2011, p. 266.

²¹ Tradução livre do autor: “Eficiência significa o uso mais efetivo dos recursos de uma sociedade para atender às necessidades e desejos das pessoas [...] A essência da teoria econômica é reconhecer a realidade da escassez e então encontrar uma maneira de organizar a sociedade de tal forma que consiga o uso mais eficiente de seus recursos. É aí que a economia faz sua contribuição exclusiva.” (SAMUELSON, Paul A. NORDHAUS, William D. **Economía.** 19. Ed. Traducción Maria Guadalupe Cevallos Almada (et. all.). México: Macgrawhill, 2012. p. 04).

²² MANKIOW, N. Gregory. **Introdução a economia.** (Tradução Allan Vidigal Hastings). São Paulo: Cengage Learning, 2009. p. 05.

correntes copiosas de interesses sociais antagônicos, arvorados por grupos e classes, em busca de afirmação e eficácia. Interesses ordinariamente rebeldes, transbordam eles do leito da Constituição, até fazer inevitável o conflito e a tensão entre o estado social e o Estado de Direito, entre a Constituição dos textos e a Constituição da realidade, entre a forma jurídica e o seu conteúdo material.”²³.

Garantismo Jurídico ou Constitucionalismo Garantista: trata-se de Teoria do Direito elaborada por Luigi Ferrajoli a qual expressa novos pressupostos epistemológicos e teóricos que, concomitantemente, fazem uma crítica e uma releitura do positivismo normativista, consubstanciando-se como um modelo que se apresenta como um reforço do positivismo jurídico. Para tanto, ele situa a Constituição como centro gravitacional da elaboração normativa, bem como *locus* de defesa da dignidade da pessoa humana e dos Direitos Fundamentais. Em apertada síntese, sua proposta reivindica adequação formal e substancial de todas as normas jurídicas em relação à Constituição²⁴.

Movimentos Constitucionalistas: diretamente ligado à noção de Constitucionalismo, tem relação com a história dos movimentos sociais, políticos e econômicos, até mesmo culturais, no desenvolvimento de lutas em favor da limitação jurídica do poder político e da instauração de direitos para o desenvolvimento de uma nação, que culminaram na criação de Constituições.

Órgãos de Julgamento Administrativo Tributário: Os órgãos de Julgamento Administrativo Tributário são aqueles vinculados ao Poder Executivo que possuem competência para discutir a legalidade da aplicação da legislação tributária, sendo dividido em instâncias administrativas, para efeitos processuais, com competências em diferentes graus²⁵.

Paradigma: é uma matriz disciplinar ou pilar teórico, que indica²⁶ um grupamento de “realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo,

²³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 435.

²⁴ FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos**. O constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

²⁵ RIBAS, Lídia Maria Lopes Rodrigues. **Processo administrativo tributário**. 3.ed.São Paulo: Malheiros, 2008, p. 121.

²⁶ “*el término paradigma combina la idea de un modelo de comparación con la idea más compleja de*

fornece problemas e soluções modulares para uma comunidade de praticantes de uma ciência”²⁷. “Pode ser definido como o conjunto de regras, normas, crenças, valores e teorias que direcionam a ciência produzida por uma determinada comunidade científica em um período de tempo específico, o qual fornece a esta mesma comunidade *soluções modelares* nas quais surgem as tradições coerentes e específicas da pesquisa científica. Por meio do paradigma se estabelece uma espécie de *consenso intersubjetivo* influenciado por motivos inconscientes, estéticos, metafísicos, teológicos emocionais e até políticos, o qual vai determinar o que deve ser considerado *autêntico problema* no âmbito de determinada disciplina.”²⁸

Procedimento: “Se apresenta, pois, como uma seqüência de ‘atos’, os quais são previstos e valorados pelas normas. O procedimento é, enfim, visto como uma série de ‘faculdades’, ‘poderes’, ‘deveres’, quantas e quais sejam as posições subjetivas possíveis de serem extraídas das normas em discurso e que resultam também elas necessariamente ligadas [...]. Isso não significa que o efeito jurídico decorra do complexo de atos que compõem o procedimento: aquele efeito dependerá mesmo, sempre do ato final, que é resultado do procedimento. Isso quer dizer, portanto, que tal ato não deve ser considerado válido e que a eficácia porventura desenvolvida poderá ser neutralizada, caso ele (o ato final) não tenha sido precedido da seqüência de atos determinados pela lei. [...]. Ainda: o regime de validade e eficácia de cada ato do procedimento, e daquele final, depende da regularidade ou irregularidade do ato que o precede e influi sobre a validade e a eficácia do ato e dos atos dependentes que o seguem (compreendido aquele final). Em tudo isso está a confirmação da validade teórica da noção de procedimento e da sua necessidade.”²⁹

Processo: “O processo é um procedimento, mas não qualquer procedimento; é o procedimento de que participam aqueles que são interessados no ato final, de caráter imperativo, por ele preparado, mas não apenas participam; participam de

un grupo de supuestos fundamentales sobre la naturaleza de algún aspecto de la realidad social o psicológica.” (DEFLEUR, M.L. BALL-ROCKEACH, S.J. **Teorías de la comunicación de masas**. 2. ed. Barcelona: Ediciones Paidós, 1993. p. 53).

²⁷ KUHN, Thomas Samuel. **A Estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Perspectiva, 2009, p. 13.

²⁸ KEINERT, Tania Margarete Mezzomo. **Administração pública no Brasil: crises e mudanças de paradigmas**. 2. Ed. São Paulo: Annablume: Fapesp. 2007. p. 47 [itálicos no original].

²⁹ FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. Tradução de Elaine Nassif. Bookseller: Campinas, 2006, p. 109-121.

uma forma especial, em contraditório entre eles, porque seus interesses em relação ao ato final são opostos. Fica evidente que essa concepção trabalha com um novo conceito de procedimento e dele extrai um novo conceito de processo”³⁰ [...] “É na sua caracterização que Fazzalari sublinha o valor da própria estrutura do processo para a democracia, o momento em que ele comparece nitidamente como um instrumento para a garantia da liberdade: “*Si tratta, dunque non di meri procedimenti, bensì di processi. Qui il processo conferma, se mai ve ne sai bisogno, la sua essenza di struttura privilegiata per la gestione democraia di attività fondamentali; e dunque, di strumento per la salvaguardia delle liberta.*”³¹, desta feita, o processo é tido “[...] como um instrumento de garantia individual contra eventuais e sempre possíveis abusos da força estatal, instituindo-se, como entre nós, os princípios do juiz natural, do contraditório, da ampla defesa e da afirmação da inocência antes da condenação definitiva, como base estrutural de um modelo democraticamente garantista.”³² Assim, “os fins públicos buscados pelo processo, tanto administrativo quanto o judicial, atua como um direito de valor, eminentemente, democrático, devendo, por isso, ser instrumentalizado de modo justo e ético, superando os limites dos interesses individuais das partes e compreendendo todas as garantias processuais, localizados na nossa Carta Magna”³³

Processo Administrativo Tributário: “O Processo administrativo tributário contempla o conjunto de normas que disciplinam o regime jurídico processual-administrativo aplicável às lides tributárias deduzidas perante a administração pública (pretensões tributárias e punitivas do Estado impugnadas administrativamente pelo contribuinte). [...] O Processo administrativo tributário é,

³⁰ GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: Aide Ed., 2012, p. 68.

³¹ GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: Aide Ed., 2012, p. 115.

³² OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Processo e hermenêutica na tutela dos direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 23.

³³ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**. Panóptica, Vitória, ano 1, n. 6, fev. 2007, p. 1-44, p. 26. Disponível em: <http://www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/view/Op_2.2_2007_1-44/64>. Acesso em 25/01/2018.

portanto, a etapa litigiosa do percurso de formalização da obrigação tributária no âmbito da administração tributária³⁴.

Transnacionalismo: É um conceito que está atrelado a ideia de um Estado permeável, que convive com normas e relações jurídicas que não são exclusivamente tipificadas como nacionais, “Há, por exemplo, normas adotadas por entes particulares que circulam além do mero território nacional e que podem, potencialmente, influenciar a ordem jurídica de um outro Estado e/ou organizações”³⁵; neste viés, tem-se então **um lócus estatal marginal que gravita entre a ordem local/interna e a ordem extranacional**, de maneira que parte do Direito se apresenta então “desvinculado da delimitação precisa do âmbito territorial em que o Estado Constitucional Moderno tenta exercer soberania e tenta impor coercitivamente as suas leis.”³⁶ Destarte “o poderio dos ordenamentos jurídicos estatais de produzir o próprio Direito em forma absoluta está gradualmente se redimensionando, reformulando a própria categoria histórica e política da soberania nacional na direção de uma caracterização ainda de híbrida matriz. O Direito Global está dividido em dois níveis: o primeiro e mais raso que se preocupa com os assuntos nacionais (internos) de cada Estado; e o segundo, mais amplo, diluído no cenário transnacional, constituído por uma área global, de modo que predomine a cooperação (*partnership*) entre seus agentes em seu duplo nível.”³⁷

Tributo: “A palavra “tributo” se originou do verbo latino *tribuere*, significando, primitivamente, repartir por tribos, e, posteriormente, entre os cidadãos ou os indivíduos que compõem o Estado, os custos com a realização de suas finalidades, concepção de caráter financeiro essa que não se alterou, em sua substância, com o passar dos tempos.”³⁸ Atualmente, com esteio no Código Tributário Nacional, se pode dizer que “tributo é a prestação pecuniária não sancionatória de ato ilícito,

³⁴ MARINS, James. **Direito Processual tributário brasileiro** (administrativo e judicial). São Paulo: Dialética, 2003, p. 94.

³⁵ STAFFEN, Márcio Ricardo. **Direito global: humanismo e direitos humanos**. RVMD, Brasília, V. 10, n. 1, Jan-jun., 2016, p. 181.

³⁶ CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **A transnacionalidade e a emergência do Estado e do direito transnacionais**. In: CRUZ, Paulo Márcio (Org.). *Direito e transnacionalidade*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 69

³⁷ STAFFEN, Márcio Ricardo. **Direito global: humanismo e direitos humanos**. RVMD, Brasília, V. 10, n. 1, Jan-jun., 2016, p. 187.

³⁸ LAZARIN, Antonio. **Introdução ao Direito Tributário**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 1992, p. 74

instituído em lei e devida ao Estado ou a entidades não estatais de fins de interesse público.”³⁹, de forma que ele tem a feição de uma “obrigação jurídica pecuniária, *ex lege*, que se não constitui em sanção de ato ilícito, cujo sujeito ativo é uma pessoa pública (ou delegado por lei desta), e cujo sujeito passivo é alguém nessa situação posto pela vontade da lei, obedecidos os desígnios constitucionais (explícitos e implícitos)”⁴⁰.

Validade: O conceito de validade na teoria do garantismo possui um viés formal (dever ser) e substancial (ser). Neste sentido, a validade formal de uma norma jurídica configura-se a partir do momento em que ocorre o atendimento de todas as regras de procedimento e de competência estabelecidas para a sua criação. De outro modo, a validade material refere-se à adequação da norma jurídica aos valores e princípios erigidos como fundamentais pela Constituição.⁴¹

Vigência: Na teoria do garantismo, vigência é um atributo de conformidade procedimental da norma jurídica com as demais regras que disciplinam a sua criação. Portanto, para ser considerada vigente, a norma “deve ser posta por aquele que a expede, em conformidade com os procedimentos previstos em normas superiores”⁴², de maneira que a noção de vigência, aqui esboçada, coincide com a ideia de validade formal anteriormente mencionada.⁴³

³⁹ AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 06.

⁴⁰ AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 06.

⁴¹ Conceito operacional por composição do autor, com base em: FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**. Teoría del derecho y de la democracia. 1. Teoría del derecho, 2011, p. 502-503.

⁴² CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **A discricionariedade administrativa no estado constitucional de direito**. Curitiba: Juruá, 2001, p. 156.

⁴³ Conceito operacional por composição do autor, com base em: CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **A discricionariedade administrativa no estado constitucional de direito**. Curitiba: Juruá, 2001, p. 156. e FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**. Teoría del derecho y de la democracia. 1. Teoría del derecho, 2011, p. 499.

SUMÁRIO

RESUMO	24
ABSTRACT	26
INTRODUÇÃO.....	28
CAPÍTULO 1. TRADIÇÃO E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: APORTES HISTÓRICOS E TEÓRICOS PARA AJUSTAR O SISTEMA JURÍDICO À CONSTITUIÇÃO.....	35
1.1 BREVE HISTÓRIA DO CONSTITUCIONALISMO	37
1.1.1 O movimento constitucionalista inglês.....	39
1.1.2 O movimento constitucionalista americano	44
1.1.3 O movimento constitucionalista francês	47
1.1.4 As Constituições do segundo pós-guerra e o constitucionalismo contemporâneo	51
1.2 FUNDAMENTOS HISTÓRICOS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	56
1.2.1 Edward Coke — uma premissa inicial para o <i>judicial review</i>	58
1.2.2 O emblemático Marbury vs Madison	65
1.2.3 Kelsen e o Guardião da Constituição	73
1.3 O CONSTITUCIONALISMO GARANTISTA: notas para uma necessária conformidade constitucional das leis do ordenamento jurídico	82
1.3.1 O conceito de validade	86
1.3.2 O conceito de vigência	88
1.3.3 O conceito de eficácia	89
1.3.4 Antinomias, lacunas e a expectativa normativa	91
1.3.5. Desfazendo mal-entendidos: de como Constitucionalismo Garantista não combina com neoconstitucionalismos	93
1.4 NOÇÕES BÁSICAS SOBRE TRADIÇÃO CONSTITUCIONAL, CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E JURISDIÇÃO, EM TERRAS BRASILEIRAS.....	96

CAPÍTULO 2. O SISTEMA DE TRIBUTAÇÃO À BRASILEIRA: uma crítica ao sistema de tributação	103
2.1 O CUSTO DOS DIREITOS: o dever de pagar tributos como condição de possibilidade para efetivação de Direitos Fundamentais	104
2.2 NOTAS SOBRE FEDERALISMO FISCAL	115
2.3 A QUESTÃO TRIBUTÁRIA NO BRASIL: os desafios do contribuinte no problemático sistema de arrecadação de tributos, no Paradigma do Transnacionalismo.....	138
2.3.1 Transnacionalismo, (in)justiça tributária e mazelas sociais.....	139
2.3.2 A questão da falta de transparência fiscal	150
2.4 A REFORMA DO SISTEMA TRIBUTÁRIO: notas sobre alguns elementos de transformação.....	155
CAPÍTULO 3. O PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL	162
3.1 NOTAS HISTÓRICAS: as origens dos tribunais e do processo administrativo tributário no sistema jurídico brasileiro.....	163
3.2 OS PRINCÍPIOS CONFORMADORES DO PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO.....	175
3.2.1 O devido processo legal no âmbito do processo administrativo	179
3.2.2 Princípio da legalidade	182
3.2.3 Princípio da impessoalidade	186
3.2.4 Princípio da moralidade.....	189
3.2.5 Princípio da publicidade	192
3.2.6 Princípio da eficiência	196
3.3 POR UM PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL PARA UMA DEMOCRACIA SUBSTANCIAL	198
3.3.1 Processo ou procedimento: um breve esclarecimento sobre a adequada terminologia	203
3.3.2 Notas sobre o funcionamento do processo administrativo tributário	208
3.3.3 A jurisdição e a administração: os limites das decisões proferidas no	

âmbito do processo administrativo tributário	216
3.4 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO: as controvérsias sobre um problema conhecido.....	218

**CAPÍTULO 4. NOVAS PERSPECTIVAS PARA AS DECISÕES NO ÂMBITO DOS
ÓRGÃOS DE JULGAMENTO ADMINISTRATIVO: a proposta da Análise
Econômica do Direito e o seu entrecruzamento com o Garantismo Jurídico. 231**

4.1 DA REALIDADE DO PODER JUDICIÁRIO NA ENTREGA DA PRESTAÇÃO JURISDICCIONAL: um diagnóstico da morosidade judicial e da litigiosidade do Estado brasileiro.....	232
4.2 FUNDAMENTOS DE UMA TEORIA DO DIREITO: A PROPOSTA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO	252
4.2.1 Escolas de pensamento da Análise Econômica do Direito	258
4.2.2 Economias neoinstitucionais	260
4.2.3 Escassez de recursos, <i>trad-offs</i> , custo oportunidade e custo de transação	261
4.2.4 Maximização, escolha racional e falhas de mercado.....	263
4.2.5 Eficiência de Pareto e Kaldor-Hicks	269
4.3 ASPECTOS RELEVANTES – ABORDAGEM JURÍDICO-ECONÔMICAS.....	275
4.4 A RECEPÇÃO DO IDEAL ECONOMISTA NO DIREITO BRASILEIRO E SUAS CRÍTICAS.....	278
4.4.1 Dos reflexos e críticas da AED no Brasil	279
4.4.2 Da proposta conciliatória econômico-jurídica	283
4.5 A ANÁLISE ECONÔMICA DO JUÍZO DE CONSTITUCIONALIDADE DOS ÓRGÃOS DE JULGAMENTO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO.....	284
4.5.1 Do juízo de constitucionalidade dos órgãos de julgamento administrativo tributário.....	285
4.5.2 O processo administrativo tributário e a ineficiência do contencioso tributário brasileiro	289
4.5.3 Reflexos da morosidade judiciária sobre os negócios jurídicos empresariais	292
4.6 A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO É COMPATÍVEL COM O	

GARANTISMO CONSTITUCIONALISTA? Uma nova proposta para as decisões dos Tribunais Administrativos no âmbito do Direito Tributário dentro de uma Ordem Constitucional.....	294
4.6.1 Dos direitos fundamentais dos contribuintes, pessoas naturais e jurídicas	295
4.6.2 O Garantismo Jurídico como possível blindagem de conteúdo mínimo..	298
4.6.3 O Garantismo Jurídico como possibilidade de blindagem nas decisões dos processos administrativos tributários	306
CONCLUSÕES.....	313
REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS.....	324

RESUMO

A presente Tese de Doutorado está inserida na linha de pesquisa Princiologia Constitucional e Política do Direito, área de concentração Constitucionalismo, Transnacionalidade e Produção do Direito. A presente tese objetiva questionar se há a possibilidade de entrelaçar a teoria do direito do Constitucionalismo Garantista à análise econômica do direito, no plano dos tribunais administrativos tributários. O seu escopo científico é abordar os limites do julgamento administrativo frente a uma eventual norma inconstitucional, a fim de que, com esteio na análise econômica do direito, se possa aquilatar se a proibição aos órgãos administrativos, de poderem afastar a aplicação ou de deixar de observar uma dada norma jurídica sob o fundamento de sua inconstitucionalidade, é a escolha mais eficiente para a realização dos objetivos fundamentais da república brasileira. Para tanto, no primeiro capítulo será apresentado um histórico sobre os movimentos constitucionalistas e o surgimento do mecanismo de controle de constitucionalidade. No segundo capítulo será mostrado a estrutura do sistema de tributação no Brasil, apontando-se suas deficiências e desigualdades. No terceiro capítulo destaca-se a compreensão histórica acerca dos processos administrativos tributários e os problemas que o contribuinte enfrenta, especialmente pela proibição de as comissões julgadoras efetuarem o controle de constitucionalidade. Por fim, no último capítulo serão apresentados os principais pontos da teoria da análise econômica do direito, para tentar efetuar um encontro com o Constitucionalismo Garantista, a fim de se oferecer aportes teóricos para o problema das decisões nos tribunais administrativos tributários. No que toca a metodologia, utilizou-se os parâmetros adotados pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica – PPCJ/UNIVALI, sendo o Método empregado na fase de Investigação o Indutivo; na fase de Tratamento dos Dados, o Cartesiano; na Pesquisa, utilizou-se as Técnicas do Referente, da Categoria, do Conceito Operacional e da Pesquisa Bibliográfica⁴⁴.

⁴⁴ PASOLD, **Cesar Luiz**. **Prática da Pesquisa Jurídica**. idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito. 7 ed. rev. atual. amp. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2002.

Palavras-chave: Análise Econômica do Direito. Garantismo. Processo Administrativo Tributário.

ABSTRACT

This Doctoral Thesis is included in the line of research Constitutional Principiology and Politics of Law, within the area of concentration area of Constitutionalism, Transnationality and Production of Law. Moreover, it raises the question of the possibility of interlinking theory on the law of Waranteeist Constitutionalism with the economic analysis of the Right, in the sphere of administrative tax courts. Its scientific scope is to address the limits of administrative judgement in light of a possible unconstitutional rule, in order to be able to assess, supported by the economic analysis of law, whether the prohibition on the administrative bodies dismissing an application or refusing to observe a given legal rule on the basis of its unconstitutionality is the most effective choice for accomplishing the fundamental objectives of the Brazilian republic. The first chapter presents a history of the constitutionalist movements and the emergence of a control mechanism of constitutionality. The second chapter shows the structure of the taxation system in Brazil, pointing out its deficiencies and inequalities. The third chapter highlights the historical understanding of administrative tax processes and the problems that the taxpayer faces, especially due to the prohibition on the judging commissions from exercising constitutionality control. Finally, the last chapter presents the main points of the theory of economic analysis of law, seeking to make a link with Waranteeist Constitutionalism, in order to offer theoretical contributions to the problem of decisions in the administrative tax courts. In terms of methodology, it uses the parameters adopted by the Postgraduate Strictu Sensu Program in Legal Science (PPCJ) of UNIVALI. Thus, the inductive method was used in the investigation phase; the Cartesian method in the data analysis; and the techniques of Referent, Category, Operational Concept and Bibliographic Research in the research.

Keywords: Economic Analysis of Law. Waranteeism. Tax Law Administrative Process.

SOMMARIO

La presente tesi di dottorato è inserita nel campo di ricerca dello Studio dei Principi Costituzionali e della Politica del Diritto nell'area di studio Costituzionalismo, Transnazionalità e Produzione del Diritto. La presente tesi si propone di discutere la possibilità di trovare un intreccio tra teoria del diritto nel Costituzionalismo Garantista e analisi economica del diritto, a livello dei tribunali amministrativi tributari. Il suo scopo scientifico è quello di affrontare i limiti del giudizio amministrativo di fronte ad una possibile regola incostituzionale, vale a dire, verificare se il divieto imposto agli organi amministrativi nel senso di non applicazione o mancata osservanza di una determinata norma giuridica, sulla base della inconstituzionalità sia la scelta più efficiente per il raggiungimento degli obiettivi fondamentali della Repubblica brasiliana. A tal fine, il primo capitolo presenterà uno storico sui movimenti costituzionalisti e sull'emergere del meccanismo di controllo di costituzionalità. Il secondo capitolo mostrerà la struttura del sistema fiscale in Brasile, evidenziandone le carenze e le disuguaglianze. Il terzo capitolo evidenzierà la comprensione storica dei processi amministrativi fiscali e dei problemi che i contribuenti devono affrontare, e, in particolare il divieto alle commissioni giudicanti di esercitare il controllo di costituzionalità. Infine, nell'ultimo capitolo verranno presentati i punti principali della teoria dell'analisi economica del diritto, per cercare il legame con il Costituzionalismo Garantista, al fine di offrire contributi teorici al problema delle decisioni nei tribunali amministrativi e fiscali. Per quanto riguarda la metodologia, sono stati utilizzati i parametri adottati dal programma di post-laurea stricto sensu in Scienze giuridiche – PPCJ/UNIVALI, essendo il metodo utilizzato nella fase di indagine quello induttivo; nella fase di elaborazione dei dati, il cartesiano; nella ricerca sono state utilizzate le tecniche di referenza, la categoria, il concetto operativo e la ricerca bibliografica.

Parole chiave: Analisi economica del diritto. Garantismo. Processo amministrativo fiscale.

INTRODUÇÃO

O objeto da presente Tese de Doutorado para o Curso de Doutorado em Ciência Jurídica é indicar uma nova perspectiva para as decisões no campo do processo administrativo tributário, apresentando-se o entrelaçamento do Constitucionalismo Garantista à Análise Econômica do Direito – AED.

O objetivo institucional da presente Tese é a obtenção do título de Doutor em Ciência Jurídica pelo Curso de Doutorado em Ciência Jurídica da Univali.

O seu objetivo científico é analisar a legalidade de se fazer juízo de constitucionalidade nos tribunais administrativos tributários e analisar também, a possibilidade de se entrecruzar a Análise Econômica do Direito e o Garantismo Constitucionalista, com vistas a se construir uma blindagem de conteúdo mínimo nas decisões dos processos administrativos tributários.

Objetiva-se então, abordar os limites do julgamento administrativo frente a uma eventual norma inconstitucional, a fim de que, com esteio na análise econômica do direito, se possa aquilatar se a proibição aos órgãos administrativos, de poderem afastar a aplicação ou de deixar de observar uma dada norma jurídica sob o fundamento de sua inconstitucionalidade, é a melhor escolha para a realização dos objetivos fundamentais da república brasileira.

Para tanto, propõe-se a seguinte pergunta guia de pesquisa: diante do paradigma do Estado Democrático de Direito, tendo como esteio na Análise Econômica do Direito e no Garantismo Constitucionalista, a vedação de que tribunais administrativos tributários façam juízo de constitucionalidade em seus julgados é a opção mais eficiente para a realização dos objetivos fundamentais da república brasileira?

Para a presente pesquisa, foi levantado então a seguinte hipótese: a vedação de que órgãos administrativos tributários de julgamento, na análise de seus processos, façam juízo de constitucionalidade, além de ser ilegítima,

é inválida substancialmente, não se revelando a opção mais eficiente para a realização dos objetivos fundamentais da república brasileira.

Todavia, embora a hipótese sugerida seja positiva, na prática, em função de diversas legislações, tal juízo de constitucionalidade não acontece. Assim, diante dessa situação, propõe-se outro questionamento, qual seja, é possível repensar o controle de constitucionalidade no âmbito do processo administrativo tributário, efetuando-se o cruzamento da teoria do Garantismo Constitucionalista com a teoria da Análise Econômica do Direito?

Tal problemática se mostra oportuna porque uma parcela considerável dos órgãos de julgamento administrativos está impedida expressamente por força de lei, de afastarem a aplicação de uma dada norma jurídica com base na sua inconstitucionalidade, quando do julgamento de seus processos. Essa proibição é recorrente não só na esfera federal⁴⁵, mas também, nas esferas estaduais⁴⁶ e municipais⁴⁷, o que limita sensivelmente o espectro das

⁴⁵ O Decreto n. 70.235/72 que regulamenta o processo administrativo fiscal da União estabelece: “Art. 26-A. No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.” (Redação dada pela Lei n. 11.941, de 2009). (BRASIL. **Decreto n. 70.235, de 06 de março de 1972**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>, acesso em 21/04/2018).

⁴⁶ Em Santa Catarina, o art. 175 da Lei Estadual n. 3.938/66, dispõe: “Art. 175. As autoridades julgadoras são incompetentes para declarar a inconstitucionalidade ou ilegalidade de lei, decreto ou portaria de Secretário de Estado. Parágrafo único. O Conselho Estadual de Contribuintes, em qualquer de suas câmaras, poderá apreciar a alegação de ilegalidade ou inconstitucionalidade reconhecida por entendimento manso e pacífico do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça.” (SANTA CATARINA (Estado). **Lei n° 3.938, de 26 de dezembro de 1966**. Disponível em: <<http://www.alesc.sc.gov.br>>, acesso em 21/04/2018). No estado de São Paulo a Lei Ordinária Estadual n. 13.457/2009, igualmente proclama: “Artigo 28 - No julgamento é vedado afastar a aplicação de lei sob alegação de inconstitucionalidade, ressalvadas as hipóteses em que a inconstitucionalidade tenha sido proclamada: I - em ação direta de inconstitucionalidade; II - por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, em via incidental, desde que o Senado Federal tenha suspenso a execução do ato normativo. Artigo 50 - Cabe reforma da decisão contrária à Fazenda Pública do Estado, da qual não caiba a interposição de recurso, quando a decisão reformanda: I - afastar a aplicação da lei por inconstitucionalidade, observado o disposto no artigo 28 desta lei; II - adotar interpretação da legislação tributária divergente da adotada pela jurisprudência firmada nos tribunais judiciais.” (SÃO PAULO (Estado). **Lei n. 13.457 de 18 de março de 2009**. Disponível em: <<http://info.fazenda.sp.gov.br>>, acesso em 22/04/2013). No estado de Minas Gerais a Lei Estadual n° 6.763/1975 dispõe: “Art. 182 – Não se incluem na competência do órgão julgador: I – a declaração de inconstitucionalidade ou a negativa de aplicação de ato normativo, inclusive em relação à consulta a que for atribuído este efeito pelo Secretário de Estado de Fazenda, nos termos do § 2º do art. 146; II – a aplicação da equidade.” (MINAS GERAIS (Estado). **Lei n° 6.763 de 26 de dezembro de 1975**. Disponível em: <<http://www.fazenda.mg.gov.br>>, acesso em 21/04/2018).

⁴⁷ A guisa de exemplo, veja-se que Lei Complementar Municipal n. 110/2003 do Município de Rio do Sul/SC, proclama: “Art. 157 - As autoridades julgadoras são incompetentes para declarar a

defesas administrativas perante a administração pública, causando não só o desprestígio da via administrativa recursal, pois a torna pouco efetiva, mas também, força o contribuinte a recorrer ao Poder Judiciário já tão assoberbado de processos.

Para tanto, veja-se que não é incomum processos administrativos tributários serem indeferidos pelo simples argumento de que a inconstitucionalidade não pode ser analisada em sede administrativa⁴⁸ e, mais tarde, a mesma matéria ser deferida em sede judicial⁴⁹, ou seja, a um só tempo tal

inconstitucionalidade ou ilegalidade de lei, decreto ou portaria do Secretário Municipal da Fazenda.” (RIO DO SUL (Município). **Lei Complementar n. 110 de 17 de dezembro de 2003**. Disponível em: <<http://www.leismunicipais.com.br>>, acesso em 20/04/2018). De igual modo a Lei Ordinária Municipal nº 5.326/2009 do Município de Itajaí/SC, proclama: “Art. 63 Não será apreciada, em instância administrativa, matéria constitucional. Art. 64 É nula a decisão que negue vigência, aplicação ou a eficácia à legislação municipal.” (ITAJAÍ (Município). **Lei Ordinária nº 5.326 de 15 de julho de 2009**. Disponível em: <<http://www.leismunicipais.com.br>>, acesso em 20/04/2018). A Lei Complementar Municipal n. 07/1997 do Município de Florianópolis/SC, proclama: “Art. 134 As autoridades julgadoras são incompetentes para declarar a inconstitucionalidade ou ilegalidade de lei, decreto ou portaria de Secretário Municipal. Parágrafo Único - O Conselho Municipal de Contribuintes, em qualquer de suas câmaras, poderá apreciar a alegação de ilegalidade ou inconstitucionalidade desde que reconhecida por entendimento manso e pacífico do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça. (Redação dada pela Lei Complementar n. 70/2000)” (FLORIANÓPOLIS (Município). **Lei Complementar n. 07 de 06 de janeiro de 1997**. Disponível em: <<http://www.leismunicipais.com.br>>, acesso em 20/04/2018).

⁴⁸ Neste sentido, vale destacar a “Súmula CARF nº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.” Disponível em: <<http://idg.carf.fazenda.gov.br/jurisprudencia/sumulas-carf/quadro-geral-de-sumulas-1>>, acesso em 15/04/2019; e também a guisa de exemplo: “INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI. SÚMULA CARF Nº 2. EXCEÇÕES PREVISTAS NOS ARTIGOS 62 DO ANEXO II DO RICARF. É vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade, ressalvadas as hipóteses previstas no artigo 62 do Anexo II do RICARF. [...]” (Processo n. 11080.728002/2017-97, RECURSO VOLUNTARIO. Contribuinte FRIGELAR COMERCIO E INDUSTRIA LTDA, Data da Sessão 26/03/2019. Relator PAULO GUILHERME DEROULEDE, Nº Acórdão 3302-006.582. Disponível em: <<https://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/ConsultarJurisprudencia/listaJurisprudenciaCarf.jsf>>).

⁴⁹ Para se vislumbrar na prática tal problemática, basta se comparar a jurisprudência dos tribunais administrativos com a jurisprudência do Poder Judiciário, pois não é incomum que a inconstitucionalidade de um dado tema não seja apreciada pelos tribunais administrativos, mas o Poder Judiciário recorrentemente declare a inconstitucionalidade do mesmo tema. Exemplificando, tem-se a questão da inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 73 da Lei nº 9.430/96 (incluído pela Lei nº 12.844/13) a qual é reconhecida pelo TRF4, mas não é sequer apreciada pelo CARF.

Veja-se que o TR4 tem posição assente no sentido da sua inconstitucionalidade: “TRIBUTÁRIO. INCONSTITUCIONALIDADE DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 73 DA LEI Nº 9.430/96, INCLUÍDO PELA LEI Nº 12.844/2013. AFRONTA AO ART. 146, III, "B" DA CF/88. 1. **A norma prevista no parágrafo único do art. 73 da Lei nº 9.430/96 (incluído pela Lei nº 12.844/13) é inconstitucional**, pois afronta o disposto no art. 146, III, "b" da CF/88. Isso porque, com a finalidade única de permitir que o Fisco realize compensação de ofício de débito parcelado sem garantia, condiciona a eficácia plena da hipótese de suspensão do crédito tributário, no caso, o "parcelamento" (CTN - art. 151, VI), à condição não prevista em Lei Complementar. [...]” (TRF4, Arguição de Inconstitucionalidade nº 5025932-62.2014.404.0000, Corte Especial, Des. Federal

problema força o contribuinte a ir ao Poder Judiciário, contribuindo para aumentar o número de demandas postas a sua apreciação e desprestigia os órgãos de julgamento administrativos, que se tornam pouco efetivos.

A fim de investigar o problema proposto e endossar a hipótese sugerida, a pesquisa será dividida em quatro capítulos. No capítulo 1, será apresentado um histórico sobre os movimentos constitucionalistas que impulsionaram o protagonismo da constituição e proporcionaram a criação do controle de constitucionalidade. Este último assumiu tamanha importância que na atualidade é imprescindível para manter o sistema jurídico alinhado à Constituição, bem como, proteger o campo do Direito preservado de predadores, especialmente de origem política.

O Capítulo 2, por sua vez, trata de mostrar uma síntese sobre o funcionamento do sistema de tributação, em terras brasileiras. Nessa etapa, a preocupação é demonstrar alguns dos elementos que tornam o sistema em questão extremamente injusto e carente de uma reforma que faça valer as pretensões de justiça social do Estado Democrático e Constitucional de Direito.

No Capítulo 3, apresenta-se brevemente a formação histórica dos tribunais e do processo administrativo tributário que, ao longo dos anos, assumiu fundamental importância para resolver questões atinentes ao sistema de tributação, entre o contribuinte e a Administração Pública. Além disso, ocupa-se de indicar os princípios norteadores do processo, bem como o problemático empecilho da proibição de as comissões julgadoras efetuarem o controle de constitucionalidade.

OTÁVIO ROBERTO PAMPLONA, juntado aos autos em 28/11/2014), (sem negritos no original).
Todavia, o CARF se nega a apreciar a dita inconstitucionalidade, forçando assim os recorrentes a irem ao judiciário: “PIS-PASEP. [...] **COMPENSAÇÃO COMO ARGUMENTO DE DEFESA. Os pedidos de compensação possuem rito processual próprio, nos termos dos art. 73 e 74 da Lei nº 9.430/96 e das INs SRF nºs 21/97 e 73/97, que devem ser obedecidos, não sendo oponível como exceção de defesa. [...] INCONSTITUCIONALIDADE. Compete ao Poder Judiciário apreciar as argüições de inconstitucionalidade das leis sendo defeso a esfera administrativa apreciar tal matéria.** Recurso provido em parte.” (Processo 13629.000807/2001-04, Recurso Especial do Procurador, Data da Sessão 11/09/2003, Relator Serafim Fernandes Corrêa, Acórdão nº 201-77248. Disponível em: <<https://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/ConsultarJurisprudencia/listaJurisprudencia.jsf?idAcordao=4708595>>, acesso em 15-04-2019), (sem negritos no original).

Por fim, no Capítulo 4, se expõe um diagnóstico da realidade enfrentada pelo Poder Judiciário brasileiro, no que toca ao tempo dispendido por este para a entrega da prestação jurisdicional e no que atine ao nível de litigiosidade do Estado brasileiro, a fim de evidenciar o atual quadro de morosidade que tem que ser enfrentado por todos os que buscam o Judiciário para a solução de suas demandas, com foco especial nas lides afetas à seara tributária.

Ainda no Capítulo 4, também serão apresentados os principais pontos da teoria da Análise Econômica do Direito, para tentar efetuar um cruzamento com o Constitucionalismo Garantista, com o intuito de se testar a hipótese sugerida ao problema de pesquisa proposto.

A presente Tese se encerra com as Considerações Finais nas quais são apresentados pontos conclusivos destacados dos estudos e das reflexões realizadas sobre a viabilidade de entrelaçamento entre o Constitucionalismo Garantista e a Análise Econômica do Direito, no plano do processo administrativo tributário.

O Método a ser utilizado na fase de Investigação será o indutivo, a técnica de investigação será a revisão bibliográfica, com pesquisa em livros, revistas, notícias e legislações atinentes às temáticas abordadas. Por fim, cumpre mencionar que nesta Tese de Doutorado as categorias principais estão grafadas com a letra inicial em maiúscula e os seus conceitos operacionais são apresentados em glossário inicial.

Dessarte, para que o problema de pesquisa e a hipótese ganhem sentido, é necessário colocá-los em seu contexto de indagação.

Isso porque a partir da noção de jurisdição constitucional como instrumento capaz de tornar efetivas as promessas constitucionais das democracias do segundo pós-guerra, obteve-se significativamente, uma condição de efetividade de Direitos Fundamentais, previstos nas ordens jurídicas aliadas aos instrumentos ou garantias que passaram dar a devida efetividade a tais direitos.

Neste compasso, assumir a concepção de Constituição não

pode ser algo isolado do contexto de sentido que emerge. Quer dizer, um texto constitucional não vale por si só, mas depende, necessariamente, de um processo de compreensão e aplicação que dê ensejo à concretização da força normativa da Constituição.

É diante dessa circunstância que exsurge a necessidade de fazer uma leitura constitucional dos processos administrativos tributários, especialmente em relação à problemática do controle de constitucionalidade. Por essa razão, objetiva-se lançar mão em uma teoria jurídica de base, reconhecendo a Teoria da Constituição como centro de produção normativa, através da qual a validade e a vigência de normas infraconstitucionais devem prestar deferência.

Mais do que os avanços constitucionais, é necessário apostar no desenvolvimento de teorias jurídicas que deem conta dos novos desafios trazidos pela Sociedade⁵⁰ global. Então, buscando lançar alguma contribuição a essa discussão, no campo do processo administrativo tributário, a presente pesquisa se propõe a indicar a problemática do impedimento de se fazer juízo de constitucionalidade, por parte dos tribunais administrativos, indicando sua inadequação constitucional, bem como oferecer subsídios teóricos para que tal juízo de constitucionalidade se concretize na esfera administrativa, tanto por razões de garantias constitucionais, como por razões econômicas.

Se pretende, então, oferecer um referencial teórico para a superação epistemológica que marca o senso comum teórico do direito, que admite o fracionamento de uma dimensão constitucional e uma dimensão processual, como se esta última não estivesse atrelada à primeira.

Por conseguinte, todo o debate encetado na presente pesquisa estará direcionado a encontrar mecanismos e parâmetros para a preservação da força normativa da constituição como forma de consolidação da democracia no

⁵⁰ A palavra Sociedade estará grafada neste trabalho com a letra inicial em maiúscula, seguindo a concepção de PASOLD, ao inferir que, “se a Categoria ESTADO merece ser grafada com a letra E em maiúscula, muito mais merece a Categoria SOCIEDADE ser grafada com a letra S em maiúscula, porque, afinal, a SOCIEDADE é a criadora e mantenedora do Estado!” (PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. 11. ed. Florianópolis: Conceito Editorial; Millennium Editora, 2008, p. 169).

Brasil, tendo-se como apoio para tanto, o Garantismo Constitucionalista e a Análise Econômica do Direito.

Afinal, vale rememorar que, durante o último século, a construção do Direito Constitucional procurou meios de impor limites para proteção do próprio Direito em relação à outros elementos predadores de sua juridicidade, o Direito brasileiro é parte dessa luta, pois o mesmo é marcado por legislações autoritárias, de forma que ele ainda intenta desvencilhar-se das amarras antidemocráticas do século XX, de maneira que a pesquisa ora empreendida se mostra pertinente e atual, já que a construção de uma teoria da Constituição é uma das tarefas mais urgentes da doutrina brasileira.

CAPÍTULO 1. TRADIÇÃO E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: APORTES HISTÓRICOS E TEÓRICOS PARA AJUSTAR O SISTEMA JURÍDICO À CONSTITUIÇÃO

O Controle de Constitucionalidade tornou-se um mecanismo de suma importância para manter a coerência normativa de um sistema jurídico em relação à Constituição. Entretanto, ainda que seja bem aceito na grande maioria dos setores jurídicos, em pleno século XXI, ainda é possível encontrar entraves na aceitação de tal mecanismo. Um exemplo disso é o caso da impossibilidade de os Tribunais Administrativos Tributários efetuarem Controle de Constitucionalidade.

Então, a fim de oferecer subsídios teóricos para superar essa problemática, que é o objetivo central desta pesquisa, neste primeiro capítulo escolheu-se apresentar os traços históricos dos movimentos constitucionalistas⁵¹. Isso porque, a institucionalização da Constituição como elemento que constituiu a Sociedade, trouxe no bojo da tradição constitucional, a ideia de que é necessário manter coerência entre a norma fundamental e as demais regras do ordenamento jurídico. Essa noção formou-se ao longo dos anos, lenta e gradualmente, assumindo a forma do que hoje se chama de Controle de Constitucionalidade.

Nesse sentido, fazer uma abordagem histórica do Controle de Constitucionalidade, que se (con)funde com a história da Constituição, justifica-se na medida em que se compreende que a historicidade funciona como chave para acessar a complexidade dos fenômenos jurídicos. Estudar a história de um mecanismo traz à memória da dogmática jurídica o seu valor enquanto resultado de lutas político-jurídicas, além de ressaltar sua imprescindibilidade para a efetividade das premissas constitucionais na contemporaneidade.

⁵¹ É necessário registrar que, quanto ao uso do termo “movimento constitucionalista” diz respeito às questões histórico-políticas, que impulsionaram setores da sociedade a lutar por uma definição clara de padrões jurídicos para conter o poder político. A escolha de usar o termo “movimentos constitucionalistas” justifica-se pela referência ao “contar a história”, ou seja, fazer a narrativa de como fatos históricos foram importantes para a definição do trajeto jurídico e impulsionaram a criação de uma Constituição.

Considera-se que, como fruto de conquistas históricas, o Controle de Constitucionalidade, formado no seio da tradição constitucional, é um dos elementos que constringe sua aceitação em todos os setores do sistema jurídico. O que engloba, necessariamente, a dimensão dos Tribunais Administrativos Tributários.

Portanto, neste capítulo, a construção teórica será direcionada para o delineamento dos contornos gerais daquilo que se compreende por movimentos constitucionais, pondo em evidência a Constituição. Feito isso, na sequência será tratado de lançar pressupostos de base sólida, para irradiar seus efeitos, fazendo-os penetrar em todos os campos do sistema jurídico.

Deste modo, (1) Serão apresentados alguns elementos em busca de um conceito satisfatório daquilo que se compreende por constitucionalismo, dedicando-se para a construção de seu significado a partir da tradição histórica. Serão destacadas duas etapas paradigmáticas para a formação da teoria do direito, isto é, as revoluções burguesas, como marco político e, posteriormente a II Guerra Mundial, como marco jurídico para a produção do Direito a partir da Constituição.

(2) Depois, serão reconstruídas as principais características daquilo que se compreende por Controle de Constitucionalidade. Sendo imprescindível, portanto, dedicar-se à busca das raízes históricas do controle de constitucionalidade, tanto o difuso, bem como o abstrato. Isto é, apresentar em linhas gerais, mas sem desprezar a complexidade da tese de Edward Coke, na Inglaterra, o caso *Marbury vs Madison*, nos Estados Unidos, no que se refere às premissas do controle de constitucionalidade difuso e, por fim, o debate de Kelsen e Schmitt acerca do guardião da Constituição, no que se refere ao controle de constitucionalidade abstrato.

(3) Após essa cartografia histórica, será estruturada a teoria do Constitucionalismo Garantista, de Luigi Ferrajoli, destacando-se o giro paradigmático do Estado Constitucional de Direito. Neste ponto, será reforçada a ideia de força

normativa da Constituição e, ainda, em decorrência disto, a necessidade de conformidade do sistema jurídico em relação à Constituição.

(4) Será efetuado uma breve explanação sobre o controle de constitucionalidade das leis em terras brasileiras e a ideia de jurisdição constitucional no Brasil. Neste sentido, será demonstrado que o sistema se articula de forma complexa ao adotar as matrizes saxônicas, no controle difuso, e a germânica, no controle abstrato. Reforça-se, ainda, que a partir do paradigma constitucional a ideia de jurisdição, enquanto conformação do sistema normativo à Constituição, deve necessariamente expandir-se para todos os planos, inclusive no administrativo. Com isso, lançam-se as bases para a temática que será trabalhada no capítulo III, sobre a necessidade de controle de constitucionalidade por parte dos tribunais administrativos.

1.1 BREVE HISTÓRIA DO CONSTITUCIONALISMO

Os processos constituintes que precedem a elaboração de uma Constituição possuem uma ampla experiência histórica que, quando amadurecem, adquirem seus contornos basilares⁵². Nesse sentido, conforme Gerardo Pisarello, a noção compartilhada acerca de uma Constituição, considerada como um estatuto, possui, em especial, quatro características, a saber: *a)* serve para limitar poderes políticos; *b)* oferece divisão ou distribuição de políticos; *c)* coloca o Poder Judiciário como seu próprio salvaguarda, a fim de evitar eventuais rupturas, em particular, por meio do controle de constitucionalidade; *d)* vincula a atuação do Estado (na maioria ds países ocidentais) à Democracia e aos Direitos Humanos; e, por fim, *e)* é, invariavelmente, resultado histórico, cujas raízes remontam ao século XVII e XVIII.

Neste sentido, voltar o olhar para a História, visualizando as dimensões político-jurídicas que envolveram o desenvolvimento dos processos

⁵² PISARELLO, Gerardo. **Procesos Constituyentes**: Caminos para la ruptura democrática. Madrid: Trotta, 2014, p. 29.

constituintes, que ocorreram ao longo dos anos, servem de referência para compreensão sobre as razões que elevam determinadas temáticas ao status constitucional, na contemporaneidade.

De acordo com Canotilho, constitucionalismo é a “teoria ou ideologia que ergue o princípio de governo limitado, indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade”. Todavia, não é possível falar em apenas um constitucionalismo, mas é necessário falar em diversos *movimentos constitucionais*, cada um com características próprias da nação de onde surgiu⁵³.

Por outro lado, para Matteucci, o termo constitucionalismo implica em um complexo de concepções políticas, procedimentos jurídicos e de valores morais, que foram criados no decurso dos séculos com a ambição de garantir aos indivíduos um limite mínimo de proteção contra os regimes arbitrários. Portanto, a mola propulsora dos eventos sociais, políticos e jurídicos que levaram a efeito os processos constituintes, foi a busca pela imposição de limites, controles e regras ao exercício do poder político do Estado. Isto é, a interposição de elementos jurídicos, por meio dos quais os cidadãos podem assegurar o exercício de seus direitos individuais, enquanto que ao mesmo tempo impede o Estados de violá-los⁵⁴.

Na tradição jurídica ocidental não se pode falar em apenas um constitucionalismo, em função de que seu sentido apresenta características distintas, conforme o tempo e o espaço em que surgiram. Nesse sentido, Fioravanti apresenta três formas de constitucionalismo que ocorreram ao longo do tempo. O primeiro é o constitucionalismo antigo, o segundo é o constitucionalismo medieval e o terceiro é o constitucionalismo moderno – muito embora, atualmente, seja possível acrescentar uma quarta manifestação de Constitucionalismo, o Constitucionalismo Contemporâneo.

Esses são processos constitucionais, que ocorreram em distintos marcos temporais, com seus respectivos mecanismos que, ao fim,

⁵³CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 6.ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 51 ss.

⁵⁴MATTEUCCI, Nicola. **Breve storia del costituzionalismo**. Brescia: Morcelliana, 2010, p. 23.

resultaram em rupturas e descontinuidades, em conformidade com as condições que os contextos culturais promoviam suas manifestações⁵⁵. Com efeito, essa classificação apresenta um horizonte de sentido que permite a compreensão da gênese do constitucionalismo moderno, ao mesmo tempo que evidencia que os atuais mecanismos constitucionais de controle são frutos de conquistas históricas, que (ênfatize-se) buscavam limitar, com uma Constituição, o poder absoluto do soberano⁵⁶.

Assim, na sequência desse trabalho, realizar-se-á um estudo mais aprofundado sobre os movimentos constitucionais, que lançaram as bases para a atual compreensão do sentido e importância da Constituição, cujo eco ressoa na pós-modernidade. Dentre eles destacam-se o constitucionalismo inglês, americano e francês.

1.1.1 O movimento constitucionalista inglês

A Inglaterra é um dos países-chaves para a história do constitucionalismo moderno. Grande parte de sua doutrina possui fundamentos na própria identidade político-jurídica, composta por liberdades adquiridas no medievo e na modernidade. Sua história constitucional se desenvolveu gradativamente, transicionando da ordem medieval à ordem moderna, de modo que dispensou a presença de um soberano, com monopólio do poder político e autoridade sobre as esferas de liberdades individuais⁵⁷.

Conforme alguns tratadistas, a história constitucional da Inglaterra começou com a *Magna Charta* em 1215, passando pela *Petition of Rights* de 1628, pelo *Habeas Corpus Act* em 1679 e pelo *Bill of Rights* em 1689⁵⁸.

⁵⁵FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución**. De la antigüedad a nuestros días. Trad. Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2001, p. 86.

⁵⁶ LOSANO, Mario G. **Os grandes sistemas jurídicos**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.74-75.

⁵⁷ FIORAVANTI, Maurizio. **Los derechos fundamentales**: apuntes de historia de las constituciones. Madrid: Trotta, 2009, p. 32.

⁵⁸ FIORAVANTI, Maurizio. **Los derechos fundamentales**: apuntes de historia de las constituciones.

Considerando a temática de maior interesse para a história do Constitucionalismo inglês, nos limites deste trabalho, é o século XVII, em que grandes figuras como Thomas Hobbes e James Harrington, com suas teses que impulsionaram os rumos do Constitucionalismo inglês, serviram como norteadores para a Revolução Gloriosa, em 1689.

O desenvolvimento do Direito na Inglaterra ocorreu pela conjugação da *common law* e do *statute law*. O *common law* é caracterizado como um corpo de regras formadas com base em costumes e princípios, provenientes das relações sociais e incorporados no sistema jurídico por meio de decisões judiciais. De outro modo, o *statute law* trata-se de um direito estatutário, posto inicialmente pelo soberano e, posteriormente, em conjunto pelo rei junto ao Parlamento⁵⁹.

Conformado ao longo dos anos pelas tradições locais, a *common law*, consolidou gradativamente a proteção de liberdades civis ao longo dos séculos, tornando-as indisponíveis em relação aos detentores do poder político, possibilitando resistência ao Estado que, na sua primeira versão, apresentou-se de forma absolutista. Tal consolidação das liberdades foi possível em função da Revolução Gloriosa, que impediu a supressão de liberdades adquiridas, através do princípio dos *check and balances*, que determinou a participação pública na atividade legislativa por meio do Parlamento, formado pelo Rei, os *Commons* e os *Lords*⁶⁰.

Para compreender melhor essa circunstância, a historiografia constitucional inglesa pode ser vista, resumidamente, por meio das proposições político-filosóficas das teses de Thomas Hobbes (1588-1679). Hobbes viveu em um período conturbado na Inglaterra do século XVII, quando havia grande desorganização no que diz respeito à sistematização do poder político, provocada pelas guerras de religião e disputas de poder entre os sucessores do trono inglês⁶¹.

Madrid: Trotta, 2009, p. 32.

⁵⁹ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006, p. 33.

⁶⁰ FIORAVANTI, Maurizio. **Los derechos fundamentales**: apuntes de historia de las constituciones. Madrid: Trotta, 2009, p. 33.

⁶¹ Hobbes viveu em um período em que a guerra civil estava instalada na Inglaterra, em função de

Então, como resposta a essa problemática, Hobbes elaborou um contrato social, pactuado entre os indivíduos da Sociedade e o soberano, o qual concentraria poderes, tanto políticos, como jurídicos. Com isso haveria exclusão de qualquer outro poder que quisesse fazer frente ao rei, o qual teria o encargo de gerar estabilidade institucional e política, além de garantir paz e segurança no interior do Estado⁶².

Para Hobbes, a estabilidade do poder estaria no fim de seu compartilhamento, o que era próprio da Idade Média que o dividia entre monarquia, nobreza e clero. Considerado como primeiro positivista da história, o teórico do absolutismo, também sugeriu a distinção entre o poder do Estado e o poder da Igreja. Com isso, seu objetivo era reduzir a religião a um serviço, enquanto tencionava a apenas um poder, consubstanciado no soberano⁶³.

O filósofo inglês defendia que o poder político deveria ser centrado apenas no soberano, cuja responsabilidade envolveria elaborar e anular leis, declarar guerra e estabelecer a paz. Além disso, também seria responsável pela jurisdição, nomeando magistrados e funcionários públicos. Todas estas questões

questões políticas e religiosas. Atribui-se, como causa de conflitos a problemática sucessão da família Stuarts (1605-1689) ao trono da Inglaterra. A ascensão de Carlos I (1600-1649) ao trono inglês deu início a um governo autoritário que tentou impor ideais católicos a um povo que estava acostumado com um aparente respeito às diversas tendências religiosas. Além disto, o herdeiro da casa Stuart quis impor sua vontade sobre o Parlamento, tentando efetuar alterações políticas sem fazer consultas prévias. Tais atitudes não foram bem recepcionada pelo povo, nem pelo Parlamento, que já estavam acostumado com um governo aparentemente popular, sob regência dos Tudors. Tais atitudes levaram à condenação a morte de Carlos I, executado em 1649. Sobre a guerra civil inglesa ver POUND, Rocoë. A era dos Tudors e dos Stuart. In: POUND, Roscoe. **Desenvolvimento das garantias constitucionais da liberdade**. Tradução E. Jacy Monteiro. São Paulo: IBRASA, 1976; BURGESS, Glenn; PRIOR, Charles W. A. (Editors). **England's wars of religions, revisited**. Farnham/Burlington: Ashgate, 2011.

⁶² Para saber mais sobre as teses de Thomas Hobbes consultar HOBBS, Thomas. **Leviatã ou Matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 3 ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983. SCHMITT, Carl. **The Leviathan in the state theory of Thomas Hobbes**. Chicago: ChicagoUniversity Press, 2008; RIBEIRO, Renato Janine. **Ao leitor sem medo. Hobbes escrevendo contra o seu tempo**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 2004. 355; RIBEIRO, Renato Janine. **A marca do Leviatã. Linguagem e poder em Hobbes**. 2. ed. São Paulo: Ateliê Editorial, 2003; MATTEUCCI, Nicola. Introdução. In: HOBBS, Thomas. **Hobbes. Antologia di scritti a cura di Nicola Matteucci**. Bolonha: Il Mulino, 1982; HOBBS, Thomas. **Behemoth**. Madrid: Tecnos, 2013. HOBBS, Thomas. **Leviatã ou Matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 3 ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983; HOBBS, Thomas. **Hobbes. Antologia di scritti a cura di Nicola Matteucci**. Bolonha: Il Mulino, 1982; BOBBIO, Norberto. **Thomas Hobbes**. Tradução de Carlos Néelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1991.

⁶³ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 2006, p.37.

deveriam ser resolvidas e centralizadas em uma lei fundamental, sendo verificado no seguinte trecho⁶⁴:

Em todo Estado, *lei fundamental* é aquela que, se eliminada, o Estado é destruído e irremediavelmente dissolvido, como um edifício cujos alicerces se arruínam. Portanto lei fundamental é aquela pela qual os súditos são obrigados a sustentar qualquer poder que seja conferido ao soberano, quer se trate de um monarca ou de uma assembleia soberana, sem o qual o Estado não poderia subsistir, como é o caso do poder da guerra e da paz, o da judicatura, o da designação dos funcionários, e o de fazer o que considerar necessário para o bem público. Uma lei não fundamental é aquela cuja revogação não acarreta a dissolução do Estado, como é o caso das leis relativas às controvérsias entre súditos. E é tudo, quanto à divisão das leis⁶⁵.

Com efeito, é justamente com essa proposta de lei fundamental, que deveria arregimentar o monopólio da produção jurídica, que Hobbes põe um fim categórico no modelo de constitucionalismo medieval, caracterizado pela multiplicidade de leis, e dá início a um novo paradigma: o Constitucionalismo Moderno. Assim, uma lei fundamental seria capaz de assegurar a integridade e a articulação do exercício do poder político, centralizado no soberano⁶⁶.

Ainda que as teses de Hobbes tenham lançado os fundamentos do Estado e do Constitucionalismo Moderno, sua proposta não foi bem recebida pela comunidade inglesa. Isso porque a ideia de concentração de poderes no soberano rechaçava as estruturas do *common law*, formado essencialmente pela tradição. Além disto, a proposta de Hobbes implicaria entraves para o Parlamento, que possuía papel fundamental na história de contínua e progressiva obtenção de liberdades pelo povo inglês. Então, no fim, os pressupostos teóricos e filosóficos foram fundamentais para a Teoria do Estado e para a Teoria do Direito na

⁶⁴ FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución**. De la antigüidade a nuestros días. Trad. Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2001, p.78

⁶⁵ HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 3 ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983, p. 98.

⁶⁶ FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución**. De la antigüidade a nuestros días. Trad. Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2001, p.85.

modernidade, porém fracassou em termos políticos. Em verdade, quem obteve êxito foi o filósofo político James Harrington, oponente de Hobbes⁶⁷.

Harrington defendia um governo, demonstrando que a Constituição mista não seria inimiga da soberania (tal como compreendia Hobbes), na medida em que defendia seu deslocamento para o povo e para a Constituição. Para Harrington, na busca de um poder soberano, os cidadãos (proprietários e eleitores, representados pelo parlamento) se estruturariam por meio de uma Constituição e das leis fundamentais (isto é, a lei agrária e a lei eleitoral), de maneira mista e moderada⁶⁸.

Hobbes e Harrington tinham propostas distintas para o mesmo problema: a desorganização política em que se encontrava a Inglaterra. Enquanto o primeiro defendia centralização de poder, o outro defendia seu compartilhamento. Nesse sentido, James Harrington idealizava uma nova república construída em termos completamente inovadores, a partir de uma relação necessária entre os cidadãos e poderes políticos, com uma estrutura constitucional mista, formada por dois corpos legislativos e uma lei agrária⁶⁹. Assim, Harrington deslocou a soberania do monarca para um governo misto que era constituído pelo compartilhamento do poder político, fruto da Constituição mista e de um governo de iguais, com a tese dos *checks and balances*⁷⁰.

No fim da Idade Média, o nascimento de novas propriedades ensejou uma ruptura no ciclo clássico de mudanças constitucionais. Deste modo, o único caminho viável para alcançar uma república estável seria por meio do respeito

⁶⁷ FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución**. De la antigüidade a nuestros días. Trad. Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2001, p.88.

⁶⁸ Até hoje a Inglaterra possui uma Constituição formada por uma série de documentos esparsos, sem a formalização de um único documento, como ocorre com a maioria dos países Ocidentais. Nesses termos, Fioravanti especula que as primeiras leis fundamentais da Inglaterra, foram aquelas que asseguravam direitos de individuais, nomeadamente, a Lei eleitoral, que tratou sobre direito ao voto e a lei agrária, que assegurava o direito à terra. Com isso, seria possível dizer que a junção destes dois documentos se consubstanciou como uma ideia rudimentar de Constituição na Inglaterra. FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución**. De la antigüidade a nuestros días. Trad. Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2001, p. 88.

⁶⁹ BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição**: para uma crítica do constitucionalismo. 2ed. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 101.

⁷⁰ BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição**: para uma crítica do constitucionalismo. 2ed. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p.101-102.

a certas liberdades e por meio de certo grau de justiça agrária. É justamente sobre essa teorização que se incidiu o impulso constituinte popular inglês⁷¹, que resultou na adoção da célebre *Bill of Rights*, em 1689.

Com efeito, a *Bill of Rights* promoveu uma sensível redução nos poderes do rei, negando ao monarca o poder autônomo de normatização ao atrelar suas decisões normativas ao consentimento do Parlamento⁷². E é justamente essa decisiva limitação de poderes que lançou as bases da irreversível primazia do Parlamento, que formou uma tradição de um governo misto, com contrapeso dos poderes que caracterizavam profundamente a história do país.

Enfim, o que tornou o constitucionalismo inglês excepcional foi o fato de que não houve um rompimento definitivo com a monarquia, nem ocorreu a positivação do direito, tal como no restante do Continente Europeu. Ao contrário, o poder do soberano fora mantido, porém, limitado pelo Parlamento. Além disto, a tradição consuetudinária foi confiada a um agregado heterogêneo de normas da *Common Law* e de documentos fundamentais de uso, não apoiada por nenhuma Constituição especificamente escrita⁷³.

1.1.2 O movimento constitucionalista americano

A Revolução Americana é, também, um importante evento para configuração do cenário dos movimentos constitucionalistas. Ela foi marco inaugural do constitucionalismo daquele país que, entre os conflitos revolucionários, acabou por gerar e consagrar alguns instrumentos, como as cartas de direitos, que foram

⁷¹ PISARELLO, Gerardo. *Procesos constituyentes*: Caminos para la ruptura democrática. Madrid: Trotta, 2014, p. 29.

⁷² FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución*. De la antigüidade a nuestros días. Trad. Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2001, p.90

⁷³ LOSANO, Mario G. *Os grandes sistemas jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 76.

fundamentais para formalizar a noção de processo constituinte e Constituição, outorgando-lhes características determinantes⁷⁴.

O anseio dos revolucionários americanos não era de romper com uma ordem social vigente, mas objetivava preservar as suas liberdades políticas da colônia em relação à coroa. Porquanto, a coroa inglesa tentou aumentar o controle sobre os colonos, de modo ameaçador à relativa autonomia que o povo americano possuía, principalmente após o final da guerra com os franceses, no ano de 1763⁷⁵.

Naquele tempo, a conexão entre América e Inglaterra era mantida pelo rei e não pelo Parlamento, que não representava os colonos. Deste modo, a solução que parecia viável para a elite americana era um governo misto, formado pelas principais classes sociais, para conseguir um equilíbrio na representação política. Contudo, não havia nobreza de sangue na América, o que os levou a escolher um governo republicano⁷⁶.

Outro ponto que distingue a Revolução Americana é que as treze colônias não tinham que destituir nenhum regime estamental, como ocorreu com a revolução francesa. Em verdade, os americanos lutavam contra as excessivas disposições fiscais opostas pela monarquia inglesa, nos produtos importados para a colônia. A origem do conflito está na realidade puramente econômica-comercial e que se converteu em político-constitucional, pois a questão fiscal envolvia diretamente os direitos e liberdades dos colonos⁷⁷.

As tentativas dos colonos americanos de negociar com a coroa inglesa a respeito da problemática da taxaço de impostos foram em vão. Então, os colonos decidiram rescindir ligaçoes com a Inglaterra porque ela teria dispersado ou ameaçado todo o patrimônio histórico dos direitos e liberdades que estavam à mercê

⁷⁴PISARELLO, Gerardo. **Procesos constituyentes**: Caminos para la ruptura democrática. Madrid: Trotta, 2014, p.29.

⁷⁵BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição**: para uma crítica do constitucionalismo. 2ed. São Paulo: Quartier Latin, 2013, 118.

⁷⁶BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição**: para uma crítica do constitucionalismo. 2ed. São Paulo: Quartier Latin, 2013, 119.

⁷⁷FIORAVANTI, Maurizio. **Los derechos fundamentales**: apuntes de historia de las constituciones. Madrid: Trotta, 2009, p 80.

de um parlamento no qual os colonos americanos não tinham representação e que, na tomada de decisão, prescindia de seu total consentimento⁷⁸.

Diante deste contexto, a Declaração de Independência, em 1776, revela a constatação da impossibilidade de continuar vivendo como súditos do monarca inglês e de suas respectivas leis⁷⁹. É importante mencionar que, antes disto, as treze colônias eram regulamentadas por cartas expedidas pela coroa inglesa, no entanto tais documentos permitiam o gozo de certa autonomia, permitindo que cada território dispusesse regras conforme as peculiaridades de seu território⁸⁰.

Durante o período revolucionário, as cartas regulamentatórias expedidas pela coroa inglesa foram transformadas em constituições ratificadas pelas treze colônias, cuja unidade foi sancionada pelo *Articles of Confederation*, redigidos pelo *Continental Congress*. Entretanto, tais *Articles* não foram capazes de regulamentar apropriadamente aqueles territórios⁸¹.

Então, diante da opressão oposta pelos os ânimos de guerra, a Convenção Constitucional reuniu-se na Filadélfia e, a partir de 145 propostas de emendas, apenas 10 delas foram eleitas para, ano de 1789, formar a Constituição dos Estados Unidos, iniciando um novo paradigma⁸². Sendo considerada como a primeira Constituição escrita no mundo, no sentido contemporâneo do termo⁸³.

⁷⁸ FIORAVANTI, Maurizio. **Los derechos fundamentales**: apuntes de historia de las constituciones. Madrid: Trotta, 2009, p 83.

⁷⁹ FIORAVANTI, Maurizio. **Los derechos fundamentales**: apuntes de historia de las constituciones. Madrid: Trotta, 2009, p 81.

⁸⁰ LOSANO, Mario G. **Os grandes sistemas jurídicos**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 78.

⁸¹ LOSANO, Mario G. **Os grandes sistemas jurídicos**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 78.

⁸² Observe-se que a Constituição americana foi capaz de englobar as exigências de liberdade daquela sociedade de modo que somente após sessenta anos sofreu emendas, as quais nos dias de hoje totalizam 27 (LOSANO, Mario G. **Os grandes sistemas jurídicos**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 78-79).

⁸³ BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional** — legitimidade democrática e instrumentos para sua realização. 4ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, 25.

1.1.3 O movimento constitucionalista francês

A revolução americana teve consequências ultramarinas de modo que inspirou ânimos para a revolução francesa. Isso pode ser percebido pelo fato de que no mesmo ano em que a Constituição americana se consolida, em Paris, ocorre a queda da Bastilha e em Versalhes uma comissão é nomeada para elaborar a Declaração dos Direitos do Homem⁸⁴.

A Influência da revolução americana sobre a francesa pode ser vislumbrada no célebre discurso de Champion Cicé quando ele menciona que “É o *Novo Mundo*, onde outrora levamos apenas correntes, que nos ensina hoje a nos preservar da desgraça de levar correntes para nós mesmos”. Todavia, o abismo que separava a simples Sociedade americana daquela estratificada francesa, logo se mostrou como um sério entrave reconhecido por meio dos influxos revolucionários⁸⁵.

Um personagem que influenciou na construção desse cenário revolucionário foi, sem dúvidas, Rousseau, que anos antes (1762) havia publicado o *Contrato Social*, cuja repercussão causou escândalo e temor na monarquia, pois o filósofo político propunha o deslocamento do poder (do) soberano, atribuindo-o ao povo⁸⁶.

Mesmo que seja necessário fazer algumas ressalvas⁸⁷ na teoria roussoniana, sua genialidade está na propositura de um contrato a ser

⁸⁴ LOSANO, Mario G. **Os grandes sistemas jurídicos**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 79.

⁸⁵ LOSANO, Mario G. **Os grandes sistemas jurídicos**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 79.

⁸⁶ FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución**. De la antigüidade a nuestros días. Trad. Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2001, p. 82.

⁸⁷ Cumpre apontar que, de acordo com Fioravanti, o maior erro que Rousseau cometeu foi o de não se preocupar com a estabilidade política do processo de formação legislativa, aceitando que a modificação das leis fossem conforme a deliberação da vontade geral. Dito de outro modo quer dizer que, tendo em vista que o governo estaria assentado na vontade da maioria, logo, quando a maioria desejasse mudar algumas questões deveria então ser feito. (FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución**. De la antigüidade a nuestros días. Trad. Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2001, p. 82). O problema da tese é a óbvia instabilidade e, ainda, uma rudimentar ideia de democracia fundada na opinião da maioria. Evidentemente essas questões já foram superadas, na medida em que o Direito e a Política contemporâneos preocupam-se justamente em evitar e superar essas questões, pois a ideia de democracia, fundada na ideia de maioria suprime minorias.

compartilhado pelos indivíduos de uma Sociedade e, ainda, na sua insistência da participação dos indivíduos em matéria de decisão sobre questões políticas. Fatos decisivos para fomentar o Processo revolucionário.

Outro personagem que teve participação fundamental no Processo revolucionário francês foi Emmanuel Joseph Sieyès, que em sua obra buscou compatibilizar o projeto liberal de governo moderado — por uma lei superior — com o ideal rousseauiano de soberania popular. Deste modo, ele propôs um modelo de democracia dual, a qual distinguia poder constituinte e poder constituído. Enquanto o primeiro seria o povo que, através de seus representantes eleitos, exerceria o seu poder soberano através da elaboração de uma Constituição; o segundo receberia tais poderes e os exerceria, por meio da elaboração legislativa, de acordo com os limites estabelecidos pelo poder constituinte. De acordo com o projeto político de Sieyès, o poder constituinte, para estabelecer os parâmetros de atuação do poder constituído, seria limitado somente pelo direito natural⁸⁸.

Evidentemente que, a grande quantidade de teorias que foram elaboradas no período que precedeu a revolução francesa, buscavam formas de limitar os poderes da monarquia e instituir um governo legitimado pelo povo, pela nação. Diante das variadas propostas de soluções opostas pelos filósofos políticos, uma coisa era certa: a imprescindibilidade de um documento que estabelecesse os limites do exercício do poder político, o qual deveria ser constituído pela participação ativa do povo, que começou a ser visto como comunidade política.

Neste sentido, é necessário lembrar que, no ano de 1789, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão foi um marco no constitucionalismo francês cujo texto trouxe a presença dos direitos naturais e individuais. O artigo 16º da Declaração assume especial importância ao afirmar que *“A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”*⁸⁹.

⁸⁸BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional** — legitimidade democrática e instrumentos para sua realização. 4ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, 23.

⁸⁹FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución**. De la antigüedad a nuestros días. Trad. Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2001, p. 114-115

Deste modo, para os constituintes franceses, a separação de poderes tratava-se de uma palavra genérica de caráter político, como forma de contrapor o Estado absoluto, a qual os eventos revolucionários sucessivos deveriam preencher com conteúdo constitucional. Por esta razão, Fioravanti afirma que a Declaração de Direitos do homem e do cidadão configurou-se como uma verdadeira e autêntica Constituição (que embora não organizasse o Estado) aspirava estabelecer limites legais ao exercício do poder legislativo⁹⁰.

A Declaração de direitos configurou-se como um explícito rompimento com o antigo regime, a partir da qual privilegia-se a lei como limite do poder político. Note-se que no texto da Declaração, a palavra “lei” aparece em nove lugares decisivos, contendo o significado de *limite* ao exercício das liberdades; de submissão, e de *garantia* de que os indivíduos já não poderiam mais ser ligados a nenhuma autoridade que não fosse o legislador, intérprete legítimo da vontade geral⁹¹.

Esse episódio foi um marco na Teoria do Direito, a partir do momento em que se inaugura o paradigma do positivismo primevo, ou exegético⁹². Um período em que, com base na noção rousseuniana de *volonté générale*, a confiança da nação havia sido depositada no legislador, restando para os juízes a aplicação da lei de forma mecânica. Recorde-se aqui da metáfora de Montesquieu, para quem o juiz era a *boca da lei*; ou, ainda, de Thomas Jefferson, para quem os juízes deveriam ser como *simples máquinas*^{93, 94}.

⁹⁰FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución**. De la antigüedad a nuestros días. Trad. Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2001, p. 114-115.

⁹¹FIORAVANTI, Maurizio. **Los derechos fundamentales**: apuntes de historia de las constituciones. Madrid: Trotta, 2009, p. 58.

⁹²BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006, p. 78 ss.

⁹³DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 31.

⁹⁴Cumprir destacar, que o motivo político de tal escolha se dá para promover a proteção da classe burguesa, recém alçada ao poder, tendo-se em vista, as recorrentes arbitrariedades que tinham sido praticadas pela monarquia absolutista, que havia sido abolida. Desta maneira, como destaca Fioravanti: “[...] *la revolución francesa confía los derechos y libertades a la obra de un legislador virtuoso, que es tal porque es altamente representativo del pueblo o nación, más allá de las facciones o de los intereses particulares*,” (FIORAVANTI, Maurizio. **Los derechos fundamentales**. 4. ed. Madrid: Trotta, 2009, p. 83). Tradução livre do autor: “a revolução francesa confia os direitos e liberdades à obra de um legislador virtuoso, que é tal, porque é altamente representativo do povo ou nação, mas além das facções ou interesses individuais;”

A primeira Constituição francesa foi promulgada no ano de 1791 e refletia de maneira inequívoca o protagonismo da burguesia: reduzia os poderes do monarca, estabelecia certa divisão de poderes, outorgava centralidade à Assembleia Legislativa e distinguia cidadãos ativos, que poderiam eleger seus representantes, e cidadãos inativos. De fato, uma Constituição de transição que, aproveitando a debilidade da monarquia, a burguesia apelou para a “*vontade da nação*”⁹⁵.

O Processo revolucionário francês foi longo e tumultuado de modo que acabou por romper com estruturas políticas e sociais, promovendo uma série de oscilações institucionais. Isso pode ser verificado com maior clareza quando se constata que, no período de 84 anos, isto é, de 1791 a 1875, a França assiste à sucessão de treze Constituições, experimentando as mais variadas formas de governo⁹⁶.

Esses processos constituintes revolucionários lograram a inclusão de parte importante das classes populares nas reivindicações sociais que, especialmente no contexto francês, se afirmou como uma ação coletiva que permitiu àqueles que “não eram nada”, os excluídos de sempre, aspirassem a “ser alguém”. Além disto, os influxos revolucionários, de um modo geral, serviram de estímulo para os processos de independência e anticolonialistas que se produziram para além do oceano nos anos que se seguiram⁹⁷.

Diante deste esboço histórico é possível compreender que os processos revolucionários liberais foram causados pela conjunção de manifestações filosóficas contratualistas, os quais, juntamente com a ideia de soberania popular e de autonomia do Estado e do Direito, consolidaram o Constitucionalismo Moderno⁹⁸.

⁹⁵PISARELLO, Gerardo. **Procesos constituyentes**: Caminos para la ruptura democrática. Madrid: Trotta, 2014, p. 40.

⁹⁶LOSANO, Mario G. **Os grandes sistemas jurídicos**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p 76-77.

⁹⁷PISARELLO, Gerardo. **Procesos constituyentes**: Caminos para la ruptura democrática. Madrid: Trotta, 2014, p. 45.

⁹⁸STAFFEN, Marcio Ricardo. **Estado, Constituição e juizados especiais federais**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2015, p. 89.

Observe-se que os influxos revolucionários que viabilizaram a constitucionalização do direito romperam com a estrutura arcaica, própria do direito medieval. Essa nova estrutura de organização e limitação de poder político, através de instrumentos jurídicos, lançou as bases para o direito constitucional dos séculos posteriores, bem como criou um terreno fértil para a ideia de força normativa da Constituição.

Muito embora durante todo esse período o Direito tenha permanecido como refém das vontades do poder Político, o elemento de estabilidade será o mote do *constitucionalismo contemporâneo*, inaugurado no século XX, como forma de superação das experiências do segundo pós-guerra e dos regimes totalitários.

1.1.4 As Constituições do segundo pós-guerra e o constitucionalismo contemporâneo

Na primeira metade do século XX o mundo passou por experiências violentas com a Primeira e a Segunda Guerra Mundial e ainda, com os regimes totalitários. O Continente Europeu, recentemente marcado pelo Holocausto e pelos inúmeros massacres, migrações forçadas e toda a sorte de crueldades, enfrentava o grande desafio de se reconstruir, sob o signo da desconfiança e da incerteza⁹⁹.

A maximização e a radicalização dos poderes políticos que ocorreram na Segunda Guerra Mundial, as experiências de incontáveis genocídios em escala mundial não deixaram de contar com a participação do Direito. Em verdade, durante esse período sombrio pelo qual a Europa passou, a ciência

⁹⁹TRINDADE, André Karam. A teoria do Direito após Auschwitz: notas a partir de “o leitor”, de B. Schlink. In: TRINDADE, André Karam; GUBERT, Roberta Magalhães; COPETTI NETO, Alfredo (Org.). **Direito & literatura: discurso, imaginário e normatividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

jurídica, radicada nos moldes do positivismo jurídico, fora instrumentalizada como meio para permitir tais atrocidades.

Neste sentido, a pauta do Direito, a partir do segundo pós-guerra, consistia em remodelar o próprio Direito, o Estado e a Constituição a partir de uma perspectiva democrática que, de um modo geral, pode ser reunida em um conjunto de objetivos que buscaram organizar os poderes do Estado, dentro das Constituições, incluindo os Direitos Fundamentais. Essa profunda transformação, a partir segunda metade do século XX, ficou conhecida como *Constitucionalismo Contemporâneo* ou consolidação do *Estado Constitucional de Direito*.

A Constituição, então, torna-se o *locus* de construção do Estado, configurando-se o ponto de partida e de chegada da elaboração normativa, da divisão de poderes e competências do Estado e, principalmente, da proteção dos Direitos Fundamentais que se tornaram o seu núcleo de força gravitacional.

Para Matteucci, a reconfiguração do Direito, no segundo pós-guerra, consubstanciou-se como um repentino retorno à ideia jusnaturalista, cuja máxima expressão está circunscrita na Declaração Universal dos Direitos Humanos, elaborada pelas Nações Unidas em 1948. Essa articulação da comunidade internacional, em favor da proteção do homem, foi uma reação contra a cultura oitocentista que, através das mais variadas escolas, rechaçou a ideia de direito natural, levando ao extremo as teses do positivismo jurídico, ofuscando a ideia de valores inerente ao Direito¹⁰⁰.

Os sofrimentos impostos pelos regimes totalitários trouxeram à consciência o dado de que o velho constitucionalismo que propunha impor limites do poder do Estado, durante os séculos anteriores, seria verdadeiramente um tema eterno. Uma responsabilidade que cada geração deveria assumir e por ela lutar¹⁰¹. A preocupação voltava-se para encontrar uma técnica jurídica capaz de impor ao

¹⁰⁰MATTEUCCI, Nicola. **Breve storia del costituzionalismo**. Brescia: Morcelliana, 2010, p. 91.

¹⁰¹MATTEUCCI, Nicola. **Breve storia del costituzionalismo**. Brescia: Morcelliana, 2010, p. 91.

Estado um efetivo respeito aos direitos, caso contrário, correriam o risco de serem meros enunciados ideológicos, nobres, mas ineficazes¹⁰².

Era necessário reavaliar as funções judiciárias para a eficácia da tutela dos direitos da pessoa. Assim, em medidas diferentes, com particularidades diversas, as constituições europeias adotaram o instituto do *judicial review*, tipicamente americano, para efetuar o controle de constitucionalidade das leis através do juízo. Isso significava que, em sede de direito constitucional, seria possível recusar os princípios nascidos do encontro do positivismo exegético com a ideologia (rudimentar) de democracia, segundo a qual somente é justo aquilo que representa a vontade da maioria¹⁰³.

Foi a partir deste momento histórico que os Direitos Fundamentais passaram a constituir uma proteção do indivíduo frente às vontades massivas. Isso ocorreu em razão de uma espécie de reconciliação do Direito com a Moral, operando um giro paradigmático. Então, os Direitos Fundamentais, através de princípios, passam a integrar o conteúdo das Constituições contemporâneas.

De acordo com Paulo Bonavides, o constitucionalismo contemporâneo proclamou a normatividade dos princípios em novas formulações conceituais e nas decisões das Cortes Superiores, de modo que promoveu a valoração e a eficácia dos princípios como normas-chave de todo o sistema jurídico. Normas que retiraram o conteúdo inócuo da programaticidade, mediante o qual se neutralizava a eficácia das constituições em seus valores referenciais, em seus objetivos básicos e em seus princípios cardeais¹⁰⁴.

O giro paradigmático operado pelo *Constitucionalismo Contemporâneo*, transformando o Estado Legislativo, herança da Revolução Francesa, em Estado Constitucional de Direito, trouxe inúmeras transformações para o mundo jurídico. A Constituição foi posta no ápice dos sistemas políticos-jurídicos das Sociedades ocidentais, cuja pauta principal tornou-se os Direitos Fundamentais, reivindicando uma (re)estruturação do Direito adequado aos novos pressupostos.

¹⁰²MATTEUCCI, Nicola. **Breve storia del costituzionalismo**. Brescia: Morcelliana, 2010, p. 91.

¹⁰³MATTEUCCI, Nicola. **Breve storia del costituzionalismo**. Brescia: Morcelliana, 2010, p. 92.

¹⁰⁴BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26.ed.São Paulo: Malheiros, 2011, p. 236.

Vale citar, como exemplos emblemáticos deste momento histórico, os casos da Alemanha, da França e da Itália que, com os processos constituintes que se seguiram no segundo pós-guerra, carregavam consigo uma expressão de aversão aos regimes totalitários. Esses eventos retumbaram para além-mar, influenciando nos processos de democratização na América-Latina, nos anos que seguiram após a queda dos regimes ditatoriais. Países como Brasil, Chile, Paraguai e Argentina adotaram Constituições rígidas, com um amplo rol de Direitos Fundamentais¹⁰⁵.

De um modo geral, o aperfeiçoamento dos institutos operado no Direito, a partir do *Constitucionalismo Contemporâneo*, trouxe elementos inovadores, dentre os quais merecem destaque: *i)* a introdução de direitos fundamentais como núcleo da Constituição^{106 107}; *ii)* a criação de mecanismos de controle de constitucionalidade abstrato das leis, bem como a formação de Tribunais Constitucionais, idealizados por Hans Kelsen^{108 109}; *iii)* A ideia de *força normativa da Constituição*, idealizada por Konrad Hesse, para o qual a proteção dos direitos fundamentais inscritos nas Constituições serviriam como um impedimento de retorno a autoritarismos¹¹⁰, questão que se tornou condição de possibilidade para conformar a autonomia do direito¹¹¹; *iv)* o conteúdo compromissório e dirigente das Constituições, com a inclusão dos direitos sociais nos textos constitucionais¹¹²; *v)* a preocupação com o caráter não somente procedimental, mas primordialmente

¹⁰⁵ PISARELLO, Gerardo. **Procesos constituyentes**: Caminos para la ruptura democrática. Madrid: Trotta, 2014, p. 65-76.

¹⁰⁶ Cf. FERRAJOLI, Luigi. *Teoría del derecho y de la democracia. 2. Teoría de la democracia*. Madrid: Editorial Trotta, 2011.

¹⁰⁷ Vale lembrar que a Constituição Americana, a Constituição Mexicana (1917) e na Constituição de Weimar (1919), já previam direitos fundamentais.

¹⁰⁸ KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

¹⁰⁹ Saliente-se que o primeiro Tribunal Constitucional surgiu na Áustria, sob a inspiração Kelseniana (Constituição de 1920) e após, foram também instituídos Tribunais Constitucionais na Itália, em 1947 e na Alemanha, em 1949.

¹¹⁰ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. MENDES, Gilmar Ferreira. Porto Alegre: Safe, 1991.

¹¹¹ STRECK, Lenio **Luiz. Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 401.

¹¹² STRECK, Lenio **Luiz. Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 401.

substancial das normas, como consequência da positivação dos direitos fundamentais^{113 114}.

Com efeito, diante do exposto, é necessário apontar uma questão que é fundamental: a diferença entre o *Constitucionalismo Moderno* e o *Constitucionalismo Contemporâneo*. Essa questão se torna uma premissa fundamental para evitar confusões teóricas representadas por correntes intituladas de *neoconstitucionalistas* ou *neoconstitucionalismos*, como se verá mais especificamente, na sequência deste trabalho (item 1.3.5).

Por oportuno, cumpre apontar a distinção proposta por Ferrajoli, para o qual o Constitucionalismo “jurídico” designa um sistema jurídico e/ou uma teoria do Direito ancorados em uma experiência histórica do constitucionalismo do século XX, que se afirmou com as Constituições rígidas do segundo pós-guerra¹¹⁵.

Outra coisa é o constitucionalismo “político” – moderno e, até mesmo, antigo – como prática e concepção dos poderes públicos voltados à sua limitação e à garantia de determinados âmbitos de liberdade. Neste sentido, tanto os limites aos poderes quanto as garantias de liberdade são provavelmente realizadas no *plano político, externo aos sistemas jurídicos*^{116 117}.

¹¹³ FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 1. Teoría del derecho.** Madrid: Editorial Trotta, 2011. FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 2. Teoría de la democracia.** Madrid: Editorial Trotta, 2011. FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos.** O constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

¹¹⁴ A exemplo do que já havia ocorrido com as Emendas n. 05 e a 13, da Constituição dos Estados Unidos da América, posto que a 5ª Emenda instituiu garantias contra abusos do Estado (como o devido processo legal, o julgamento pelo grande júri, o direito de permanecer calado para não se auto incriminar, a vedação do *bis in idem* para evitar novo julgamento pelo mesmo fato, etc.), e a 13ª Emenda (1865) tinha como objetivo acabar com a escravidão no país.

¹¹⁵ FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo. Um debate com Luigi Ferrajoli.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 14-15.

¹¹⁶ FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo. Um debate com Luigi Ferrajoli.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 14-15.

¹¹⁷ Exceto no modelo norte americano.

Com isso, é perfeitamente possível afirmar que o Constitucionalismo Moderno, caracterizado pelas revoluções burguesas que ocorreram ao longo da modernidade, cujo um dos eixos foi assentado no Poder Legislativo, tratou-se de um Constitucionalismo marcadamente *político*, do qual se pode destacar o aprimoramento dos conteúdos correccionais do Direito, com a difusão dos legitimados para fazerem controle de constitucionalidade.

Diferente do Constitucionalismo Contemporâneo que assume feições *jurídicas*, em razão da inserção dos Direitos Fundamentais nas Constituições, que adquirem especial atenção com os novos instrumentos de controle de constitucionalidade, o sistema de freios e contrapesos entre os poderes, arquitetados de forma complexa e sofisticada para limitar poderes políticos face aos direitos, através do Poder Judiciário.

1.2 FUNDAMENTOS HISTÓRICOS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

É a história que explica a existência das instituições, e não a lógica. Como visto anteriormente, as revoluções burguesas trouxeram consigo projetos constitucionalistas. Forjaram a Constituição como um documento hábil a distribuir e, principalmente, limitar poderes. Neste sentido, cumpre recordar que o embate entre o Direito e a Política por vezes defasou e, por outras vezes, fez surgir mecanismos e instituições jurídicas que, ao longo do tempo, tornaram-se sofisticados, transformando-se e adaptando-se para resistir às insurgências políticas.

É justamente com esse objetivo que surge o controle de constitucionalidade ou o *judicial review of legislation*. Se hoje tal mecanismo consubstancia-se como uma ferramenta imprescindível para a manutenção da coerência da aplicação das leis, nas decisões, em relação à Constituição, é inegável que uma história o precede. Em verdade, o Brasil possui uma complexa articulação do controle de constitucionalidade, implicando seu uso na dimensão difusa e

concentrada, além disto, também possui aplicação no plano político, através do controle preventivo.

Essa sofisticada arquitetura deve-se ao fato de que desde há muito tempo, doutrinadores pátrios têm-se inspirado em tradições estrangeiras. Como é o caso do controle difuso de constitucionalidade de inspiração norte-americana que ingressou no ordenamento jurídico pátrio em meados do século XIX. De diferente modo, o controle abstrato de constitucionalidade, de matriz austríaca, ingressou no plano jurídico somente a partir do século XX.

No entanto, antes de estudar a inserção do controle de constitucionalidade em terras brasileiras e a própria ideia de jurisdição constitucional, é imprescindível efetuar um resgate histórico de casos que se tornaram pedra de toque para a tradição jurídica ocidental, lançando as premissas iniciais do *judicial review of legislation*.

Com efeito, usualmente quando os manuais jurídicos mencionam os fundamentos históricos do controle de constitucionalidade, partem do famoso caso *Marbury vs Madison*. Contudo, ainda que tal caso tenha sido emblemático, tomá-lo como ponto de partida e ignorar a tradição inglesa é desconsiderar uma parte importante da história do Direito. Em verdade, a história do controle de constitucionalidade possui raízes na Revolução Gloriosa, a partir das teses de Edward Coke que defendia o prevalecimento da *common law*, em relação ao poder monárquico.

Justamente por tal razão, nos limites desta pesquisa, a retomada da história do controle de constitucionalidade parte da tradição inglesa e perpassa a tradição norte-americana, com os famosos *Bonham's case* e *Marbury vs Madison*, que remontam os primórdios do controle difuso de constitucionalidade. Além disto, faz-se necessário abordar o debate sobre a guarda da Constituição, travado entre Hans Kelsen e Carl Schmitt, tratando-se de uma importante discussão, logo após a invenção – ainda que embrionária – do controle abstrato de constitucionalidade. Por fim, desembarca-se na tradição jurídica brasileira,

demonstrando-se a importância do controle de constitucionalidade e da jurisdição constitucional, no contexto do Estado Democrático de Direito.

1.2.1 Edward Coke — uma premissa inicial para o *judicial review*

A experiência constitucional inglesa é diametralmente oposta daquela americana e francesa. Como visto anteriormente, a Inglaterra não possui um único documento formalizado, escrito, com o estabelecimento hierárquico de leis, tampouco a especificação de controle de constitucionalidade. Contudo, a ideia de superioridade normativa e o surgimento de adequação constitucional das leis que ganhou força com as colônias americanas, não é estranha à tradição inglesa¹¹⁸.

Ao contrário do que se pensa, a ideia de *judicial review* não surgiu com o célebre caso *Marbury vs Madison*, nos Estados Unidos. Em verdade, foi justamente em terras inglesas que foram idealizadas as premissas iniciais de supremacia de uma lei fundamental que demanda adequação de atos normativos de um sistema jurídico. No entanto, antes de abordar essa temática, para a melhor compreensão das práticas jurídicas e políticas da Inglaterra do século XVII, é importante salientar que o desenvolvimento do direito naquele país pode ser visualizado basicamente em duas formas, uma estabelecida pela *common law* e outra pela *statute law*¹¹⁹.

A primeira trata-se de um direito comum, consuetudinário tipicamente anglo-saxônico (o qual não possui relação com o direito comum de origem romana), que surge diretamente das relações sociais e é acolhido pelos juízes, nomeados pelo rei. Deste modo, são as decisões judiciais que dispõem de regras que se tornam obrigatórias para os sucessivos juízes, formando um sistema de precedente obrigatório. O *statute law*, por sua vez, trata-se de um direito

¹¹⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4.ed.São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 361-362.

¹¹⁹ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 1995, p.32.

estatutário ou legislativo, posto inicialmente pelo soberano e, posteriormente, elaborado pelo rei juntamente com o Parlamento¹²⁰.

Na Inglaterra, sempre permaneceu nominalmente em vigor o princípio segundo o qual o direito estatutário vale enquanto não contrariar o direito comum. O poder do Rei e do Parlamento deveria ser limitado sempre pela *common law*. Essa questão pode ser vislumbrada em uma distinção constitucional da Inglaterra medieval que diferencia o poder do soberano como poder de governo (*gubernaculum*) e o poder de jurisdição, isto é, aplicação das leis (*jurisdictio*)¹²¹.

Assim, o rei ao exercer a *jurisdictio*, por meio dos juízes, aplicava a *common law* que, por sua vez, limitava o poder do soberano. Essa condição político-jurídica explica as razões de a monarquia inglesa nunca ser ilimitada no exercício de seu poder de governo¹²². No entanto, é imprescindível apontar que tal relação não se assentou pacificamente.

Em verdade, o polêmico embate travado entre os poderes do soberano e a *common law* remonta o século XVII, no alvorecer da Revolução Gloriosa, a partir da luta pela limitação dos poderes da monarquia. Essa batalha teve voz no plano doutrinal com o jurista Edward Coke, uma importante figura do constitucionalismo inglês, grande teórico de seu tempo, ferrenho defensor do sistema de *common law* e opositor de Thomas Hobbes.

Nascido no pequeno povoado de Mileham, nas proximidades de Norfolk, em 01 de fevereiro de 1552, filho de advogado, Edward Coke foi um brilhante jurista. Em 1579 defendeu e ganhou seu primeiro caso diante do *King's Bench* e a partir de 1580 converteu-se em um dos mais relevantes advogados da

¹²⁰ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995, p. 33.

¹²¹ (BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995, p. 33). Neste ponto, cumpre ressaltar que a discussão sobre limitação dos poderes do soberano era recorrente na história política da Inglaterra, afinal de contas, após a Conquista da Normanda, sempre houve dúvidas acerca da extensão dos poderes do monarca e das tentativas de limitar suas pretensões absolutistas. (PAIXÃO, Cristiano; BIGLIAZZI, Renato. **História constitucional inglesa e norte-americana**: do surgimento à estabilização da forma constitucional. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2011, p. 68).

¹²² BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995, p. 33.

Inglaterra. Foi nomeado sucessivamente magistrado de diversas cidades, tornou-se procurador da Coroa (*Solicitor General*, em 1592) e mais tarde assumiu o posto de Procurador-geral (*Attorney General*, 1594), ocasião em que recebeu o título de *Sir*¹²³.

Em junho de 1606, Coke foi nomeado *Chief Justice of Court of Common Pleas*, posteriormente, em 1613 ascendeu ao *King's Bench*, ostentando tal responsabilidade por três anos. Um período turbulento devido aos seus enfrentamentos com o Rei Jaime I, da casa *Stuart*, e com o Arcebispo de *Canterbury*, com quem manteve uma difícil relação, uma vez que suas teses propugnavam a limitação das prerrogativas reais¹²⁴.

Com efeito, foi enquanto *Chief of Justice of Common Pleas* que Coke julgou um de seus mais famosos casos, o *Bonhan's case*, no ano de 1610. O caso pode ser contado, resumidamente, da seguinte forma. O *Royal College of Physicians* (Real Colégio de Médicos) havia recebido da coroa inglesa uma *charter*, isto é, uma autorização, ratificada pelo parlamento que autorizava que a instituição deliberasse sobre a prática da medicina em Londres. Tal tarefa traduzia-se basicamente na admissão do indivíduo como membro do *Royal College*, a emissão de licença para o exercício da profissão e, ainda, punir aqueles que a exerciam ilegalmente¹²⁵.

Neste contexto, Dr. Thomas Bonham era um médico, graduado pela Universidade de Cambridge que, com a intenção de obter o direito de administrar "*internal remedies*", isto é, ajuda médica, formalizou uma petição diante do Parlamento no início de 1605. O *Royal College*, por sua vez, ao opor-se a tal pedido, conseguiu fazer com que o parlamento não deliberasse mais sobre essa questão. Diante da recusa de seu pedido, Bonham estrategicamente tentou

¹²³ SEGADO, Francisco Fernández. **La evolucion de la justicia constitucional**. Madrid: Editorial Dykinson, 2013, p. 51.

¹²⁴ SEGADO, Francisco Fernández. **La evolucion de la justicia constitucional**. Madrid: Editorial Dykinson, 2013, p. 51.

¹²⁵ SEGADO, Francisco Fernández. **La evolución da justicia constitucional**. Madrid: Editorial Dykinson, 2013, p. 80.

associar-se ao *Royal College*, com a pretensão de facilitar uma segunda tentativa de petição¹²⁶.

Entretanto, as duas primeiras tentativas de Bonham associar-se ao *College* foram negadas e, ainda, recebeu uma multa por exercer medicina sem estar vinculado à instituição, a qual deveria ser paga na terceira tentativa de associação, sob pena de prisão. Bonham, por sua vez, não compareceu para o terceiro exame e continuou a exercer medicina, de modo que recebeu diversas notificações para se apresentar diante do conselho do *Royal College*¹²⁷.

No dia sete de novembro de 1606, Bonham resolveu apresentar-se diante do *comitia censorum*, o comitê de censura, do *Royal College Physicians*, acompanhado de seu advogado. O presidente do *College*, Henry Atkins, recordou-lhe o reiterado descumprimento das regras da instituição e perguntou se ele aceitaria reparar seus erros com mais um exame admissional. O Dr. Bonham, por sua vez, agora recusava-se a obtê-lo, porquanto, alegava que um médico graduado por uma das mais antigas universidades do país, a *Cambridge University*, dispensava a autorização de um conselho privado para exercer sua profissão. Portanto, sustentou a invalidade das ações adotadas pelo *Royal College of Physicians*¹²⁸.

Assim, tendo em vista que, em um primeiro momento, a lei estava a favor do *College*, pois detinha autorização parlamentar para deliberar sobre a prática da medicina, o conselho decidiu prender Bonham por desacato. Diante das circunstâncias, na semana seguinte, o advogado do médico em questão formalizou um *writ of habeas corpus* diante da *Court of Common Pleas*. Pedido este acatado por Coke, sendo determinada a sua liberdade¹²⁹.

¹²⁶ SEGADO, Francisco Fernández. **La evolucion de la justicia constitucional**. Madrid: Editorial Dykinson, 2013, p. 80.

¹²⁷ SEGADO, Francisco Fernández. **La evolucion de la justicia constitucional**. Madrid: Editorial Dykinson, 2013, p. 81.

¹²⁸ SEGADO, Francisco Fernández. **La evolucion de la justicia constitucional**. Madrid: Editorial Dykinson, 2013, p. 81.

¹²⁹ SEGADO, Francisco Fernández. **La evolucion de la justicia constitucional**. Madrid: Editorial Dykinson, 2013, p. 81.

Note-se que a decisão sobre o *Bonhan's case* implicou a liberação de outras pessoas que haviam sido encarceradas pelo *College*, deixando tanto os membros do conselho privado, como os funcionários da coroa, descontentes, tendo em vista que a sentença começou a questionar a autoridade jurídica da instituição, conferida anteriormente pela coroa¹³⁰.

Esse foi apenas o estopim de um caso bastante complexo, que além de questões jurídicas, ao decidir, Edward Coke teve que enfrentar questões políticas, na medida em que se posicionou com firmeza a favor da limitação do poder do rei e do parlamento, através da *common law*. A célebre sentença se tornou objeto de intensa discussão política e acadêmica que, proferida favoravelmente ao Dr. Thomas, contém cinco argumentos importantes para os estudos do Direito.

O primeiro deles explicita que o encarceramento não era a pena apropriada para ser imposta à conduta de um médico não licenciado; o segundo argumento expunha que a punição deveria ser correspondente ao dano, logo, se alguém causasse dano físico a outrem deveria ser apenado fisicamente, isto é, se o médico não licenciado praticasse a medicina em Londres sem causar dano a nenhum paciente, não deveria ser punido com a prisão¹³¹.

No terceiro argumento, Coke questionou o intervalo de prazo fixado pela lei para a prática ilegal da medicina e a respectiva aplicação da multa; o quarto argumento trata-se daquilo que muitos afirmam ser um princípio do *common law*. Nele, Coke dispunha que, tendo em conta que o *Royal College of Physicians* recebia as verbas referentes à metade do valor das multas que aplicava, por tal razão a instituição não poderia ter a competência de exercer a função de impor a referida penalidade, pois estaria atuando como juízes em causa própria¹³². Este é o mais célebre trecho do terceiro argumento.

¹³⁰ SEGADO, Francisco Fernández. **La evolucion de la justicia constitucional**. Madrid: Editorial Dykinson, 2013, p 81.

¹³¹ SMITH, George, P. II. Dr. Bonham's case and the modern significance of Lord Coke's influence. **Washington Law Review**. Vol. 41, 1966, p. 303-304.

¹³² SMITH, George, P. II. Dr. Bonham's case and the modern significance of Lord Coke's influence. **Washington Law Review**. Vol. 41, 1966, p. 303-304.

The censors cannot be judges, ministers, and parties; judges to give sentence or judgment; ministers tom make summons; and parties to have the moiety of the forfeiture...*(t)he common law will control Acts of Parliament, and sometimes adjudge them to be utterly void: for when an Act of Parliament is against common right and reason, or repugnant, or impossible to be performed, the common law will control it, and adjudge such Act to be void*¹³³.

Sem pretender fazer grandes digressões históricas, o ponto que se pretende deixar claro é que para Coke o que estava em jogo na decisão era a supremacia da *common law* sobre os tribunais especiais – na hipótese, um tribunal corporativo, como era o caso do conselho do *Royal College*. O que é interessante na decisão é que, para afirmar a primazia da *common law*, era necessário deixar de aplicar um ato do parlamento. Deste modo, Coke afirmou explicitamente ser função da *common law*, através dos juízes, controlar atos do parlamento e, caso fossem contrários à *common law*, deveriam ser declarados nulos¹³⁴.

Importa mencionar ainda que, em seu quinto argumento, Coke afirmou o princípio de que ninguém pode ser punido duas vezes em razão da mesma ofensa¹³⁵. Observe-se que foi após o *Bonham's case* que Coke passou a combater mais diretamente as decisões judiciais, os pronunciamentos de conselhos privados e a doutrina *Stuart*, que defendia um direito divino atribuído aos reis.

Assim, em diversas oportunidades Edward Coke afirmou a impossibilidade de concessão de poderes ilimitados ao soberano. O que tornou o jurista inovador foi justamente o fato de que ele buscava fundamentar seus

¹³³ Tradução livre do autor: “Os censores não podem ser juízes, ministros e partidos; Juízes para sentença ou julgamento; Ministros para fazer convocações; E as partes possuem cada uma a sua parte que está em risco ... o direito comum (leia-se: precedentes) irá controlar os atos do Parlamento, e às vezes julgá-los completamente nulo: para quando uma lei do Parlamento é contra o direito comum e contra a razão, ou repugnante, ou impossível ser executada, a lei comum (ou seja, os precedentes) o controlará, e julgará tal Ato como nulo”. (COKE, Eduard. **The selected writings of Sr. Edward Coke**. Edited by Steve Sheppard. Liberty Found: Indianápolis, 2003, p. 275).

¹³⁴ PAIXÃO, Cristiano; BIGLIAZZI, Renato. **História constitucional inglesa e norte-americana: do surgimento à estabilização da forma constitucional**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2011, p. 67.

¹³⁵ SMITH, George, P. II. Dr. Bonham's case and the modern significance of Lord Coke's influence. **Washington Law Review**. Vol. 41, 1966, p. 303-304.

raciocínios na Magna Carta, de 1215, como defesa das liberdades dos súditos do reino contra as tentativas de estabelecer doutrinas absolutistas ou despóticas¹³⁶.

Em síntese, o jurista inglês posicionou-se contra as posturas absolutistas da casa *Stuart*, na medida em que invocava a *common law* como um direito superior à prerrogativa régia e ao direito estatutário, cuja interpretação os juízes eram donos e senhores. Conjuntura esta que revela que o nascimento do *judicial review* está vinculado à limitação de poder¹³⁷.

Sobre Edward Coke, ainda, merece destaque sua contraposição à Thomas Hobbes, que ficou registrada na célebre obra *Diálogos entre um filósofo e um jurista*, escrito em 1666, mas publicado somente em 1781¹³⁸. Nesta discussão, Hobbes nega veementemente a estrutura da *common law*, reduzindo-a a mero jusnaturalismo que conduziria a Sociedade ao estado de natureza. Isso ocorreu em razão de que ele defendia uma lógica autoritária do direito que deveria ser elaborado apenas pelo soberano, por normas reconhecidas, propugnando uma forma rudimentar de princípio da legalidade.

A assunção de tal postura por parte de Hobbes o tornou o primeiro positivista da história, porquanto, defendia o abandono da sistemática jusnaturalista da *common law*. No entanto, suas teses absolutistas eram incompatíveis com as convicções do movimento constitucionalista inglês, que inicialmente atribuía à tradição da *common law* o arrimo de liberdades e limitação do exercício do poder. Muito embora os esforços de Coke tenham sido fundamentais para a consolidação da tradição constitucional inglesa, após a Revolução gloriosa, em 1688, essa função de limitação do poder do soberano passa a ser desempenhada pelo parlamento.

Atualmente, é possível dizer que, *strictu sensu*, comparando com os diversos tipos de sistemas de controle estabelecidos em diversos países do

¹³⁶ PAIXÃO, Cristiano; BIGLIAZZI, Renato. **História constitucional inglesa e norte-americana: do surgimento à estabilização da forma constitucional**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2011, p. 68.

¹³⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4.ed.São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 362.

¹³⁸ THOMAS, Hobbes. **Diálogos entre um filósofo e um jurista**. São Paulo: Martin Claret, 2011.

mundo, não há controle de constitucionalidade na Inglaterra. Porquanto, na *common law* inglesa toda regra legal está sujeita à mudança, seja pelos juízes, seja pelo parlamento, mas em última instância o que efetivamente é válido é a palavra do parlamento. É deste modo que funciona o “controle de constitucionalidade” do direito inglês¹³⁹.

1.2.2 O emblemático Marbury vs Madison

A ideia de jurisdição constitucional e de controle de constitucionalidade, como visto anteriormente, tiveram suas premissas iniciais idealizadas no seio do direito anglo-saxônico, a partir da consolidação da crença de superioridade normativa, principalmente a partir de Edward Coke, no enfrentamento das prerrogativas reais. No entanto, paradoxalmente, foi justamente na tradição norte-americana que essa noção fincou suas raízes e tornou-se parte da cultura jurídica.

Tal circunstância é tão contundente na tradição americana que os princípios subjacentes a uma noção de uma lei superior (*higher law*) constituiu uma das marcas da *Declaração de Independência* das colônias inglesas na América, na medida em que se insistia na prerrogativa de descumprir as decisões expedidas pela coroa inglesa, toda vez que tais deliberações importassem na ofensa às leis da natureza e nas leis de Deus¹⁴⁰.

O poder constituinte para os revolucionários americanos era concebido como um conjunto inviolável de regras denominado “Constituição”. Foi esta afirmação que se permitiu a classificação da Constituição como lei suprema de um país, cuja rigidez do texto importaria dificuldades de revisão, tal como estabelecem os artigos V e VI da Constituição americana. O próprio texto a define como “*supreme*

¹³⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4.ed.São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 365.

¹⁴⁰ BARACHO JÚNIOR. José Alfredo de Oliveira. A jurisdição constitucional nos Estados Unidos, na Alemanha e no Brasil. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord). **Constituição e crise política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 206.

*law of the land*¹⁴¹. Mais que uma carta política, ela consubstanciou o sentimento de liberdade e de proteção de direitos em um documento, atribuindo-lhe a função de parâmetro superior que determina a validade das leis do legislativo.

Com efeito, embora a Constituição americana não mencione explicitamente o controle de constitucionalidade, nem determine o modo como deveria ser feito, foi justamente a partir da progressiva afirmação do princípio da supremacia da Constituição é que se tornou possível a articulação da emblemática decisão do *Chief of Justice* John Marshall, no caso *Marbury vs. Madison*. Caso que tornou-se a maior referência de controle de constitucionalidade da modernidade, uma vez que promoveu um giro paradigmático na tradição do constitucionalismo americano.

Deste modo, é preciso levar em conta que a doutrina em questão é de grande importância, tanto na tradição constitucional americana, como atualmente na brasileira, que por ela fora influenciada, uma breve discussão sobre os fatos não é despicienda. Note-se que o caso *Marbury vs Madison* não se refere tão somente à questão de direitos fundamentais, vai além disto, trata-se de uma forma de tornar efetiva a Constituição. Uma premissa básica da teoria do direito constitucional que revela a importância do papel dos juizes na aplicação da lei, em relação à Constituição. Por esta razão, a seguir serão abordadas algumas questões compreendidas como fundamentais que envolvem o referido caso.

Observe-se que para compreensão, a dimensão da célebre decisão bem como os seus fundamentos, deve-se levar em conta uma perspectiva jurídica e ideológica, principalmente do contexto daqueles que estavam envolvidos no jogo político. Assim, o caso pode ser contado, resumidamente, da seguinte maneira. Estados Unidos da América. 1800. Thomas Jefferson foi eleito o segundo presidente dos Estados Unidos, representando o Partido Democrata-Republicano.

A corrida para a presidência de Jefferson fora disputada com John Adams, o primeiro presidente americano, pelo partido Federalista¹⁴². Neste

¹⁴¹ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4.ed.São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 386.

contexto, tendo Adams perdido as eleições para Jefferson, em uma medida desesperada para não perder poder político, nos últimos meses de seu governo tratou de defender a posição dos federalistas no governo através do Poder Judiciário¹⁴³.

Para tanto, no início do ano de 1801, fez aprovar *the Circuit Court Act* e *the Organic act of the district of Columbia*, leis que estabeleciam novas diretrizes estruturais para o Poder Judiciário que, inclusive, autorizavam o presidente a nomear juízes de paz. Deste modo, Adams ganhou tempo e indicou quarenta e dois juízes de paz. No entanto, como era a véspera da posse do presidente eleito, Jefferson, Adams tratou de designar que John Marshall, seu então secretário de Estado, nomeasse os novos juízes. Todavia, como dispunha de pouco tempo, alguns juízes não receberam os atos de investidura¹⁴⁴.

Quando Thomas Jefferson tomou posse, nomeou como seu secretário de Estado James Madison, orientando-o a imediatamente não entregar os atos de investidura daqueles juízes que não os haviam sido recebido. Entre aqueles juízes de paz nomeados, mas não empossados, estava William Marbury que, diante da recusa de nomeação, impetrou em dezembro de 1801, um *writ of mandamus*, para obter o direito de ter reconhecido o seu cargo. Tal pedido fora feito baseado no

¹⁴² Em síntese, é importante mencionar que os primeiros partidos políticos nos Estados Unidos foram os contrapostos Federalista e Democrata-Republicano. O primeiro, capitaneado por John Adams e Alexander Hamilton fazia a defesa de um Estado federal forte, uma Constituição não muito rígida e a uma economia liberal. Em contrapartida, os republicanos, liderados por Thomas Jefferson e James Madison, considerados como antifederalistas, defendiam a manutenção da economia agrária, favoráveis à maior autonomia dos Estados, além de privilegiar a questão dos direitos dos cidadãos. Para saber mais sobre as divergências partidárias e sobre a história político jurídica dos Estados Unidos recomenda-se: ELLIS, Joseph J. **Founding Brothers**. New York: Alfred A. Knopf, 2002; SLOAN, Cliff; MCKEAN, David. **The great decision: Jefferson, Adams, Marshall, and the Battle for the Supreme Court**. New York: PublicAffairs, 2009; WARREN, Kenneth F. **Enciclopedia of U.S. Campaigns, elections, and electoral behavior**. California: SAGE Publications, 2008; ACKERMAN, Bruce. **The failure of the founding fathers: Jefferson, Marshall, and the Rise of Presidential Democracy**. Cambridge: Harvard University Press, 2005; ELLIS, Richard J. **The development of the American presidency**. New York: Routledge, 2012.

¹⁴³ AMAYA, Jorge Alejandro. **Marbury vs Madison**. Sobre el origen del control judicial de constitucionalidade. 1.ed. Rosário: Fundación para el desarrollo de las Ciencias Jurídicas, 2013, p. 95.

¹⁴⁴ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 26.

Judiciary Act (1789), que atribuía à Suprema Corte a competência originária de processar e julgar ações daquela natureza¹⁴⁵.

A sessão para julgamento do caso fora designada para o ano seguinte, 1802. Todavia, o Congresso já tomado por maioria de representantes republicanos, decide revogar a lei de organização judiciária (*the Circuit Court Act*, de 1801), elaborada por John Adams, antes de deixar a presidência. Tal revogação culminou na extinção dos cargos que haviam sido criados e, conseqüentemente, destituindo seus ocupantes. Em continuidade a essa jogada política e, para impedir questionamentos sobre essa decisão perante a Suprema Corte, a sessão marcada para 1802 fora adiada para fevereiro de 1803¹⁴⁶.

Tratava-se de um contexto político bastante conturbado, principalmente porque Thomas Jefferson não considerava legítima qualquer decisão da Suprema Corte ao ordenar a entrega dos atos de investidura e, ainda, resistia a hipótese de seu cumprimento. Outro agravante fora o Processo de impeachment do juiz John Pickering, em função de ativismo partidário. Neste cenário, a Suprema Corte reuniu-se em 1803 para decidir sobre o célebre caso *Marbury vs Madison*¹⁴⁷.

John Marshall, então presidente da Suprema Corte¹⁴⁸, encontrava-se diante de um dilema, pois tinha duas opções para solucionar o caso. Primeiro, negar a petição de Marbury. Segundo, ordenar o secretário de Estado,

¹⁴⁵ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 26.

¹⁴⁶ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 26-27.

¹⁴⁷ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 27.

¹⁴⁸ “É necessário mencionar que Marshall é um importante personagem da história do constitucionalismo americano. Note-se que ele foi secretário de Estado do primeiro presidente dos estados Unidos, John Adams, e, por ele nomeado como presidente da Suprema Corte. Enquanto jurista, sua atuação foi paradigmática, tanto que Marshall modificou a maneira como a Corte anunciava suas decisões, pois antes de Marshall assumir a presidência da Suprema Corte, cada juiz emitia uma decisão em separado. Após a chegada de Marshall a corte adotou a prática de transmitir em apenas uma decisão sua opinião, logo, tendo em vista que geralmente a opinião era de Marshall ele tornou-se o porta-voz da Corte nos casos mais importantes. Suas decisões foram tão influentes que transformaram a Suprema Corte no árbitro final da interpretação constitucional”. (AMAYA, Jorge Alejandro. AMAYA, Jorge Alejandro. **Marbury vs Madison**. Sobre el origen del control judicial de constitucionalidade. 1.ed. Rosário: Fundación para el desarrollo de las Ciencias Jurídicas, 2013, p. 50-51, tradução nossa).

Madson, a expedir o documento requerido por Marbury. Ambas igualmente arriscadas. Veja-se que se optasse pela primeira solução estaria por prejudicar o seu próprio prestígio e o prestígio do jovem sistema jurídico que estava em vias de formação¹⁴⁹.

A segunda opção também era arriscada. Porquanto, o novo governo de Jefferson havia dado a entender que não se sentia vinculado por nomeações que considerava ilegais, carecendo o Tribunal de meios coercitivos para fazer cumprir a sentença, além disto, poderia por em perigo certa autonomia do poder judicial, face à possibilidade de Jefferson querer mostrar sua impotência¹⁵⁰.

As complexidades das circunstâncias fizeram com que Marshall, ao decidir o caso, adotasse um jogo de perguntas e respostas que conduziram à sentença. Então, o presidente da Suprema Corte começou questionando se Marbury teria direito à nomeação, ao responder positivamente, seguiu a fundamentação assegurando que sempre deveria existir um remédio para um direito violado em *um sistema de leis e não de homens*. Por fim, questionou se o próprio *mandamus* solicitado perante a corte seria o remédio apropriado¹⁵¹.

Para responder a última pergunta, Marshall verifica se o remédio solicitado corresponde à natureza da medida que se requer da Corte, concluindo que o *mandamus* não poderia ser emitido. Esse raciocínio ficou conhecido como a “lógica de Marshall”¹⁵², no qual ele questionou a conformidade constitucional do *Judiciary Act* (1789) que determinava a jurisdição do *mandamus* em questão, impetrado por Marbury.

¹⁴⁹ AMAYA, Jorge Alejandro. **Marbury vs Madson**. Sobre el origen del control judicial de constitucionalidade.1.ed. Rosário: Fundación para el desarrollo de las Ciencias Jurídicas, 2013, p. 104.

¹⁵⁰ AMAYA, Jorge Alejandro. **Marbury vs Madson**. Sobre el origen del control judicial de constitucionalidade.1.ed. Rosário: Fundación para el desarrollo de las Ciencias Jurídicas, 2013, p. 104.

¹⁵¹ AMAYA, Jorge Alejandro. **Marbury vs Madson**. Sobre el origen del control judicial de constitucionalidade.1.ed. Rosário: Fundación para el desarrollo de las Ciencias Jurídicas, 2013, p. 106.

¹⁵² NINO, Carlos S. La filosofía del control judicial de constitucional. In: **Revista del Centro de Estudios Constitucionales** -JQ Núm. 4. Septiembre-diciembre, 1989, p. 80.

Nesta linha, para o juiz Marshall, a autoridade outorgada à Suprema Corte, pela referida lei de organização judicial, para emitir ordens diretas de execução das requisições dos funcionários públicos, não encontrava respaldo na Constituição. Então, para fundamentar sua decisão, o juiz Marshall baseou-se nos escritos de Alexander Hamilton, em O Federalista, especificamente o artigo nº LXXVIII¹⁵³, que assegurava que a função dos juizes seria a de interpretar a leis a fim de aplicá-las corretamente, assentindo que, os juizes, no ato decisório, quando estivessem diante de um conflito entre lei ordinária e a Constituição, esta última deveria prevalecer¹⁵⁴. Veja-se um trecho da decisão:

Toda construção do direito americano tem por base a noção de que o povo possui originariamente o direito de estabelecer, para o seu futuro governo, os princípios que mais conducentes se lhe afigurem à sua utilidade. O exercício desse direito original é um insigne esforço: não pode, nem deve repetir-se frequentemente. Os princípios, que destarte uma vez se estabelecem, considerem-se, portanto, fundamentais. E, como a autoridade, de que ele dimanam, é suprema, e raro se exerce, esses princípios tem destino permanente. A vontade primitiva e soberana organiza o governo, assinando-lhe os diferentes ramos, as respectivas funções. A isto pode cingir-se; ou pode estabelecer raias, que eles não devem transpor. Nesta ultima espécie se classifica o governo dos Estados Unidos.

¹⁵³ “Alexander Hamilton é considerado como um dos “pais da Constituição”, juntamente com outros importantes juristas e políticos. Uma de suas obras é tida como uma das mais relevantes para a história político-jurídica dos Estados Unidos, O Federalista (HAMILTON, Alexander; MADSON, James; JAY, John. **The federalist papers**. New York: Dover Publications, 2014). Escrita em co-autoria com James Madison e John Jay, trata-se de uma obra que acolhe dentro de si uma série de 85 artigos, publicados pela primeira vez em 1788, em Nova York. São argumentos elaborados como resposta às críticas oferecidas à Constituição que estava em vias de ratificação pelos Estados americanos. Como resposta aos ataques, Hamilton articulou um trabalho que explicava o conteúdo da Carta aos cidadãos de Nova York, com a pretensão de persuadir sua ratificação. Precisamente no artigo nº 78, Hamilton elabora o princípio do controle de constitucionalidade ao observar que as limitações ao poder podem ser mantidas através dos tribunais, que tem o dever de declarar como nulo todos os atos contrários ao sentido claro da Constituição. Condição sem a qual todas as reservas relativas aos direitos seria letra morta. Esses artigos assumiram especial importância na doutrina constitucional americana de modo que serviu de fundamento para a decisão proferida por Marshall no caso **Marbury vs Madison**.” (HARO, Richardo. **Marbury vs Madison**: el sentido constituyente y fundacional de su sentencia. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2003, p. 01-10, tradução nossa).

¹⁵⁴ Alexander Hamilton afirmou “portanto, nenhum ato legislativo contrário à Constituição pode ser válido. Negar isso equivaleria a afirmar que o mandatário é superior ao mandante, que o servidor é mais que seu amo, que os representantes do povo são superiores ao próprio povo e que os homens que trabalham em virtude de determinados poderes podem fazer não só o que estes não permitem, como, inclusive, o que proíbem”. (HAMILTON, Alexander. **Federalista número LXXIII**. In: Os artigos federalistas. Rio de Janeiro: Nova fronteira, 1987, p. 510).

Definiram-se e marcaram-se os poderes da legislatura; e, para que sobre tais limites não ocorresse erro, ou deslembração, fez-se escrita a Constituição. Com que fim se estipularam esses poderes, e com que fim se reduziria essa estipulação a escrito, se os limites prescritos pudessem ser ultrapassados exatamente por aqueles, que ela se opunha a coibir? Acabou-se a distinção entre governos de poderes ilimitados e os poderes indefinidos, se os confinam, que se estabelecem, não circunscrevem as pessoas, a que se impõem, e ficarem igualmente obrigativos os atos permitidos e os atos desfeitos. Ou havemos de admitir que a Constituição anula qualquer medida legislativa, que a contrarie, ou anuir em que a legislatura possa alterar por medidas ordinárias a Constituição. Não há contestar o dilema. Entre as duas alternativas não se descobre meio termo. Ou a Constituição é uma lei superior, soberana, irreformável por meios comuns; ou se nivela com os atos de legislação usual, e, como estes, é reformável ao sabor da legislatura. Se a primeira proposição é verdadeira, então o ato legislativo, contrário à Constituição, não será lei; se é verdadeira a segunda, então as constituições escritas são absurdos esforços do povo, por limitar um poder de sua natureza ilimitável. Ora, com certeza, todos os que têm formulado constituições escritas, sempre o fizeram com o intuito de assentar a lei fundamental e suprema da nação; e, conseqüentemente, a teoria de tais governos deve ser que qualquer ato da legislatura, ofensivo à Constituição, é nulo. Esta doutrina está essencialmente ligada às constituições escritas, e, portanto, deve-se observar como um dos princípios fundamentais de nossa sociedade¹⁵⁵.

Esse é o ponto central no qual Marshall justifica a nulidade da Seção 13 do *Judiciary Act* de 1789. Verifica-se, então, que o questionamento principal do caso foi tangenciado, porquanto negava a legitimidade da Corte na emissão de *writs of mandamus* aos funcionários do governo, deixando Marbury sem remédio para a violação de seu direito outorgado legalmente. Tal decisão consubstanciou-se como uma saída processual que, pode-se dizer, objetivou evitar conflitos políticos e estabelecer, na medida do possível, uma convivência equilibrada entre Governo e o Poder Judicial¹⁵⁶.

¹⁵⁵ MARSHALL, John. *The Writings of John Marshall*. Boston: J. Monroe. 1939, p. 24. *apud* BARACHO JÚNIOR. José Alfredo de Oliveira. A jurisdição constitucional nos Estados Unidos, na Alemanha e no Brasil. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord). **Constituição e crise política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 208.

¹⁵⁶ AMAYA, Jorge Alejandro. **Marbury vs Madison**. Sobre el origen del control judicial de

Ainda, é possível enumerar algumas das premissas que tornaram tal decisão a pedra angular do *judicial review*, de modo que até os dias de hoje são caras à doutrina do controle de constitucionalidade, a saber: *i)* A lei fundamental, consubstanciada na Constituição, sendo fruto da vontade originária do povo que simultaneamente institui e limita os poderes do Governo; *ii)* Consolida o princípio da supremacia da Constituição, para o qual nenhum ato legislativo pode ser considerado válido se incompatível com a Constituição; *iii)* O reconhecimento de que todo juiz pode deixar de aplicar uma norma, em um caso concreto, quando houver incompatibilidade constitucional; *iv)* a declaração de nulidade de uma lei inconstitucional, sendo o judiciário incumbido de declarar tal nulidade¹⁵⁷.

Com isso, pela decisão de um caso, assentou-se as bases do *judicial review* norte-americano, ficando por reconhecido que qualquer órgão do Poder Judiciário tem competência para apreciar, no caso concreto, a falta de conformidade constitucional de uma norma. Cabe aos tribunais, por função própria e peculiar, interpretar as leis. Uma Constituição é de fato a Lei Magna e assim deve ser considerada pelos juízes. Compete-lhes fixar o seu sentido, assim como a significação de qualquer lei emanada do corpo legislativo. Sempre que ocorrer uma discrepância inconciliável entre elas, deve ser naturalmente preferida a lei dotada de força obrigatória e validade superior, isto é, a Constituição¹⁵⁸.

A doutrina do *judicial review of legislation* penetrou profundamente na cultura jurídica americana e se espalhou por diversos países do

constitucionalidade. 1.ed. Rosário: Fundacion para el desarrollo de las Ciencias Jurídicas, 2013, p. 115.

¹⁵⁷ BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional** — legitimidade democrática e instrumentos para sua realização. 4ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 34.

¹⁵⁸ É necessário mencionar que o caso *Marbury vs Madison* logrou perpetuação no tempo principalmente em função da importância que as decisões judiciais possuem na tradição anglo-saxônica. Note-se que além de dirimir controvérsias, as decisões estabelecem precedentes que definem limites decisórios para casos futuros, desde que compartilhem certa semelhança. É disso que fala Laurence Tribe, quando afirma que o direito constitucional americano além de pautar-se pelas premissas constitucionais, vale-se das decisões judiciais proferidas pelas Cortes. Essa é a regra do *stare decisis*, próprio da *common law*. Trata-se da força dos precedentes que põem em harmonia o sistema judicial, porquanto promove um efeito regulador da Suprema Corte em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário. Evidentemente, é preciso destacar, que a possibilidade de mudança no entendimento coloca em questão a contextualização histórica, de modo que é resguardado o seu centro normativo, ou seja, o *rule of law*. (TRIBE, Laurence. **American constitutional law**. 2.ed. New York: The Foundation Press, 1988, p. 82).

mundo. O próprio Brasil adotou esta sistemática que, atualmente, configura-se como condição de possibilidade para concretização de princípios fundamentais, sendo um instrumento, em tese, contra majoritário, no sentido de que busca proteger a ordem jurídica contra investidas hegemônicas, díspares das premissas constitucionais. Em suma, um instrumento de limitação de poder que endossa a força normativa da Constituição.

1.2.3 Kelsen e o Guardião da Constituição

Mais de cem após a decisão do juiz Marshall, nos Estados Unidos, do outro lado do oceano, na Áustria, Hans Kelsen, considerado como um dos maiores juristas da história do direito ocidental, desenvolveu o denominado controle abstrato de constitucionalidade de leis e atos normativos. Paradoxalmente às matrizes saxônicas, os postulados kelsenianos rejeitavam a tese de que qualquer juiz poderia efetuar o controle de constitucionalidade.

Com efeito, o mote deste ponto da pesquisa é, justamente, expor elementos essenciais do controle de constitucionalidade abstrato proposto por Kelsen, a partir do célebre debate travado com Carl Schmitt acerca da responsabilidade da guarda da Constituição. Todavia, para compreender tal proposta, antes, é necessário ter em conta a arquitetura da teoria do direito de Hans Kelsen, mesmo que sumariamente, mas sem desprezar sua fundamental importância para os estudos do Direito.

Hans Kelsen elaborou a Teoria Pura do Direito, publicada em 1934, que tinha por objetivo oferecer pressupostos para a arquitetura de uma ciência jurídica a partir de elementos epistemológicos que afastavam o direito de quaisquer argumentos metajurídicos. De fato, Kelsen foi um autêntico positivista, pois percebeu

que a única maneira de “desindexar” definitivamente a moral do direito seria de um modo artificial, circunstância que o identifica com o neopositivismo¹⁵⁹.

Kelsen propôs-se a conferir um estatuto criticamente científico ao pensamento jurídico, voltando-se exclusivamente para a problemática epistemológica. Nesta perspectiva, a partir do dualismo metodológico empenhou-se em postular a não-sociologização da ciência do direito, exprimindo-se numa delimitação positivista científica, que excluiria todos os argumentos axiológicos-normativamente constitutivos, remetendo-os a domínios não científicos do ideológico-político e da opção subjetiva¹⁶⁰.

A teoria de Hans Kelsen está fundada nos pressupostos do dualismo neokantiano, isto é, a divisão entre o ser (*Sein*, mundo da natureza) e o dever ser (*Sollen*, mundo normativo), circunstância em que a realidade e o direito são esferas claramente distintas e desvinculadas. Neste sentido, o positivismo jurídico postula que são direitos apenas aquelas normas de direito positivo, instituídas pelo Estado. Com estas normas, Kelsen pretende construir uma teoria exclusivamente normativa, depurada de qualquer influência do mundo real¹⁶¹.

Assim, a Teoria Pura do Direito positivo é explicada mediante uma estrutura piramidal, isto é, a sistematização hierárquica das normas em que aquelas de nível inferior recebem a validade das superiores. A norma positiva mais elevada é a Constituição, que recebe a validade da norma fundamental – sendo este o elemento mais controvertido da doutrina kelseniana -, pois ele a define como “uma norma não posta, mas pressuposta”¹⁶². Deste modo, ele tentou estabelecer uma ciência jurídica que se preocupava com a construção da unidade do ordenamento jurídico, preservando-se a pureza metodológica do direito em sua normatividade,

¹⁵⁹ Foi justamente sua relação com o positivismo lógico que possibilitou tratar a ciência do direito como uma meta linguagem elaborada sobre uma linguagem objeto. Ressalte-se, ainda, que foi justamente esse *corte epistemológico* que provocou e ainda provoca uma série de mal-entendidos. (STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 66).

¹⁶⁰ NEVES, A. Castanheira. **Digesta**. Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros.v.2.Coimbra: Wolters Kluwer/Coimbra. Editora, 2010, p. 101.

¹⁶¹ LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito**. Volume 2: o século XX. Tradução de Luca Lamberti. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 51.

¹⁶² LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito**. Volume 2: o século XX. Tradução de Luca Lamberti. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 51.

derivando apenas de uma única norma fundamental hipotética, orientada pela Constituição¹⁶³.

É a partir dessa ideia de manutenção da unidade do direito que surge sua proposta para estabelecer o controle abstrato de constitucionalidade de normas, com o projeto de Constituição da Áustria, em 1920, a partir da proposição da criação de um Tribunal Constitucional. Eis aí a gênese da institucionalização, ainda que de forma tímida, da verificação de validade das normas e atos normativos expedidos, tanto pode Poder Legislativo, como Executivo, em relação à Constituição. Modelo este que influenciou a redação da Constituição da Alemanha e, ainda, a Constituição brasileira.

Todavia, é preciso ressaltar que a instituição do controle concentrado de constitucionalidade surgiu em um contexto autoritário. Observe-se que as matrizes de governo, em especial o Austríaco, carregavam uma tradição monárquica que, muito embora estivessem pautadas por constituições, reminiscência dos movimentos constitucionalistas do século XVIII, sua preocupação central estava nas regulações de poder e não estritamente no controle de atos do governo¹⁶⁴.

Não sem resistência, Kelsen se empenhou em justificar a necessidade de uma corte constitucional. Para tanto, no ano de 1929 publicou o texto “A jurisdição constitucional”, dando sequência à sua “Teoria Geral do Estado” (1925). Na ocasião, o mestre vienense defendeu a produção e a validação das normas a partir de uma escala hierárquica, tendo como ponto de partida a Constituição. Neste sentido, a jurisdição constitucional surge como um elemento do sistema de medidas técnicas que têm por finalidade garantir o exercício regular das funções estatais (isto é, os atos de criação e de execução de normas jurídicas). Sua maior preocupação é com o problema da regularidade da execução, de sua conformidade à lei e, por conseguinte, o problema das garantias dessa regularidade¹⁶⁵.

¹⁶³ LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito**. Volume 2: o século XX. Tradução de Luca Lamberti. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 51-61.

¹⁶⁴ KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. Traduzido por Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 124.

¹⁶⁵ KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. Traduzido por Alexandre Krug. São Paulo: Martins

Essa regularidade diz respeito à correspondência de uma norma de grau inferior em relação a uma norma com grau superior, em uma ordem jurídica. Portanto, a regularidade é a medida de subordinação das normas em relação à Constituição. Para a manutenção da regularidade, o exame da constitucionalidade deveria estar nas mãos de um órgão específico. Pois a garantia destas regularidades das normas não poderia ser confiada ao próprio órgão que a produziu, sendo que a única forma em que se poderia vislumbrar, em certa medida, uma garantia eficaz da constitucionalidade (declaração de irregularidade por um terceiro órgão e obrigação do órgão autor do ato irregular de anulá-lo) é impraticável pelo Parlamento. Pois o órgão legislativo é um criador do direito, e não aplicador. Por tal razão é um órgão diferente e independente dele e, por conseguinte, também de qualquer outra autoridade estatal, que deve ser encarregado da anulação de seus atos inconstitucionais - isto é, uma jurisdição ou um tribunal constitucional¹⁶⁶.

Kelsen defendia que a centralização do poder de examinar a regularidade e a coerência dos atos normativos possibilitava a adoção do sistema de anulação total, isto é, para todos os casos em que a norma deveria ter sido aplicada¹⁶⁷. Essa proposta reafirmaria o princípio da separação de poderes, na medida em que, o Tribunal Constitucional, seria independente e apto a controlar tanto os atos do Governo como do Parlamento. Deste modo, enquanto a atividade legislativa seria de criação livre, atuando positivamente; a atuação da jurisdição constitucional seria como um legislador negativo, pois vinculado à Constituição trabalharia com a anulação de atos incompatíveis a ela¹⁶⁸.

A existência de um órgão independente e capaz de anular normas inconstitucionais assume tamanha importância, que Kelsen chega a

Fontes, 2003, p. 124.

¹⁶⁶ KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. Traduzido por Alexandre Krug. São Paulo: Marins Fontes, 2003, p. 150.

¹⁶⁷ KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. Traduzido por Alexandre Krug. São Paulo: Marins Fontes, 2003, p. 145.

¹⁶⁸ KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. Traduzido por Alexandre Krug. São Paulo: Marins Fontes, 2003, p. 153.

defender que “uma Constituição em que falte a garantia de anulabilidade dos atos inconstitucionais não é plenamente obrigatória no sentido técnico”¹⁶⁹.

No entanto, a dificuldade de romper com a tradição autoritária em que estava inserido¹⁷⁰ pode ser visualizada na crítica à sua tese, oferecida por Carl Schmitt, que proporcionou um profícuo debate acerca da legitimidade da guarda da Constituição, bem como do campo de atuação do Governo e do Poder Judiciário.

Carl Schmitt foi um importante alemão, cuja obra figura como uma das mais instigantes e polêmicas do século XX. Conhecido principalmente por representar o pensamento jurídico decisionista, foi um constitucionalista militante que estruturou uma teoria do direito e uma teoria da Constituição¹⁷¹, alinhada à política nazista¹⁷². Em um momento conturbado de transição do Estado Liberal, pode-se dizer que sua obra se identificou com o Estado Social, que estava em

¹⁶⁹ KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. Traduzido por Alexandre Krug. São Paulo: Marins Fontes, 2003, p. 13.

¹⁷⁰ Hans Kelsen estava inserido em um contexto autoritário, que sofria com as reminiscências das monarquias absolutistas em processo de transição para a monarquia constitucional, na qual movimentos jurídico-político se empenhavam em deslocar o poder das mãos do monarca para a Constituição, exigindo-se que a elaboração normativa ocorra mediante colaboração de representação parlamentar. Entretanto, mesmo após a instauração da monarquia constitucional, em muitos Estados, o poder de sancionar as leis permanecia nas mãos do monarca, bem como a promulgação de leis e o seu respectivo controle. É neste cenário que surge a crítica de Carl Schmitt ao normativismo Kelseniano, como se verá a seguir. (KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. Traduzido por Alexandre Krug. São Paulo: Marins Fontes, 2003, p. VII – XVIII; MACEDO JR, Ronaldo Porto. **Carl Schmitt e a fundamentação do direito**. São Paulo: Max Limonad, 2001).

¹⁷¹ “Em sua famosa obra sobre a Constituição da República de Weimar, Carl Schmitt (1927, p. 21) reclamava a necessidade de um estudo sistemático acerca da Constituição, estudo esse, nas palavras do autor, inexistente na Alemanha. Comprometendo-se a realizar tal tarefa, Schmitt denominou-a Teoria da Constituição.” (OLIVEIRA, Marcelo Andrade Catoni de. **Devido processo legislativo**: uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo. 3. ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 89). Tal estudo, consolidou-se com o lançamento de sua obra que possuía o mesmo nome. (SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Trad. Francisco Ayala. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1927, p XXI).

¹⁷² Apesar de sua genialidade, Carl Schmitt foi por anos desprezado por juristas ao ser identificado como o teórico mais importante do regime nazista. À toda evidência, tal circunstância não é gratuita dado o fato de que alguns textos de Schmitt possuem conteúdo antissemita. No entanto, é imprescindível mencionar que, muito embora seja detentor de uma profunda e coerente tese, ele protagonizou um verdadeiro paradoxo pessoal entre a sua independência intelectual e o oportunismo político. Enquanto aderiu ao partido nazista, os laços de amizade com teóricos judeus, de outrora, colocavam em xeque a confiança em Schmitt. De todo modo, como uma forma de proteção para as perseguições que sofria, ele acabou por ajustar seu discurso aos ideais nazistas, como forma de comprovar sua “nazificação”, fato que favoreceu sua ascensão no meio acadêmico. (MACEDO JR, Ronaldo Porto. **Carl Schmitt e a fundamentação do direito**. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 29).

ascensão a partir da consolidação das democracias de massas e do regime nazista¹⁷³.

Em seus escritos, Schmitt procurou subordinar o Direito à Política, na medida em que objetivou compatibilizar o pluralismo jurídico ao monismo político. Deste modo, o Estado seria uma entidade fundamental que deveria necessariamente se sobrepor às demais instituições, sugerindo a superação da tripartição de poderes da teoria liberal clássica. Dentro desta perspectiva, o Estado não pode estar fragmentado em poderes autônomos que se contrapõem entre si e se equilibram, pois a pluralidade parlamentar implicaria em desacordo e incompatibilidade de decisões.

Então, para manter a coerência da organização política social, o *Führer*, como expressão do próprio Estado, acumularia as funções legislativas e judiciárias, sendo o próprio Guardião da Constituição. Sobre essa temática, Schmitt escreveu pela primeira vez no ano de 1929, no texto intitulado *Das Reichsgerichts als Hüter de Verfassung* (O Supremo Tribunal como o guardião da Constituição). Dois anos mais tarde, em 1931, ele reelaborou suas reflexões e publicou sob título *Der Hüter der Verfassung* (O guardião da Constituição).

Em seus textos, Schmitt criticou abertamente o normativismo Kelseniano, ao passo que negava a legitimidade de tutela da Constituição por parte do Poder Judiciário, pois defendia que tal papel deveria ser desempenhado pelo presidente do *Reich*. Para ele, os tribunais formados por magistrados não apresentavam condições necessárias para a manutenção da unidade do sistema político e jurídico implícito na Constituição.

Carl Schmitt aponta que a tarefa de ser guardião da Constituição seria difícil, tendo em conta o complicado momento pelo qual a Alemanha estava passando — a transição entre o Estado Liberal para o Estado Social, somado à ascensão do regime nazista. Assim, desde que a Constituição de Weimar havia se interessado pelas garantias especiais da Constituição, a pergunta

¹⁷³ MACEDO JR, Ronaldo Porto. **Carl Schmitt e a fundamentação do direito**. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 68.

acerca de quem deveria ser o seu guardião e defensor assumia especial relevância¹⁷⁴.

Naquele contexto, vários teóricos apontavam que o Tribunal Constitucional deveria ser o guardião da Constituição, mas, para Schmitt, tais propostas poderiam trazer confusões em relação à Constituição, pois os guardiões constitucionais entrariam em concorrência uns com os outros, e talvez até em contradição. Para ele, quando os teóricos transferiam a guarda da Constituição para tribunais, incorriam em confusão teórica entre decisão processual e decisão de dúvidas e divergências de opinião sobre o conteúdo da determinação constitucional¹⁷⁵.

Schmitt atribuiu essa insistência à solução austríaca, proveniente do modelo Kelseniano. Para o jurista alemão, as divergências de opinião não deveriam ser conciliadas ou resolvidas judicialmente, mas por um órgão neutro que não fosse superior, mas justaposto aos poderes constitucionais, dotado de poderes singulares. Sua tarefa devia ser assegurar o funcionamento dos diversos poderes e salvaguardar a Constituição¹⁷⁶.

Ressalte-se que toda a teoria de Schmitt foi elaborada como uma crítica ao sistema burguês e à Constituição liberal, na medida em que defende que as instituições políticas do Estado constitucional estariam vinculadas ao rei e/ou ao presidente – além de defender a superação da separação de poderes. Para ele, a coalizão partidária pluralista que formava o Parlamento ofereceria dificuldades de atingir um consenso formado pela maioria, o que dificultaria a tomada de decisões políticas.

Naquilo que se refere à jurisdição, formada pela pluralidade de decisões, tomadas pelos tribunais, não seria possível chegar à completa unidade sem o presidente. Diante disto ele propôs um *ponto fixo* em uma personalidade que

¹⁷⁴ SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição**. Trad. Geraldo De Carvalho. Belho Horizonte: Del Rey 2007, p. 05.

¹⁷⁵ SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição**. Trad. Geraldo De Carvalho. Belho Horizonte: Del Rey 2007, p. 05.

¹⁷⁶ SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição**. Trad. Geraldo De Carvalho. Belho Horizonte: Del Rey 2007, p. 08.

tivesse o todo do corpo social em vista. Este seria um ponto neutro, com função intermediária, reguladora e defensora, consubstanciando-se no Estado, cuja representação adjudicava todas as partes do país, com todos os partidos, representando a vontade geral¹⁷⁷.

Para Schmitt, o defensor da Constituição e do funcionamento constitucional das instâncias jurídicas deveria possuir uma função político-partidária neutra, que consubstanciasse a representação direta da totalidade estatal, de modo que tal posição respeitaria o princípio democrático (sobre o qual se baseia a Constituição de Weimar)¹⁷⁸. É dizer, tendo em vista que a origem da Constituição seria, a vontade unitária do povo, conclui Schmitt que apenas o Presidente do Reich é quem poderia ser o Guardião da Constituição.

No mesmo ano de 1931, Hans Kelsen apresenta sua réplica ao responder Schmitt diretamente, com a publicação do ensaio “Quem deve ser o guardião da Constituição?”. Na oportunidade, o mestre vienense saiu em defesa das Cortes Constitucionais, reafirmando a importância de sua existência para as democracias modernas.

Acerca das teses de Schmitt, Kelsen aponta que a Constituição da monarquia constitucional possui um caráter dualístico, na medida em que divide o poder político entre dois polos: Parlamento e governo. Neste sentido, o governo, encabeçado pelo monarca, possui preponderância sobre o Parlamento, exercendo um poder estatal que não poderia ser posto em dúvida. Além disto, é necessário reconhecer que o poder confiado ao governo está em contínua concorrência com o Parlamento, configurando-se, então, um acentuado caráter dualístico. Deste modo, para tornar possível a noção de que o governo seria o *Guardião da Constituição*, seria necessário encobrir a função do governo. Para tanto, Kelsen aponta que a doutrina schmittidiana aposta que o monarca seria uma terceira instância objetiva, que se situa acima do antagonismo (Parlamento e governo), tornando-se detentor de um poder neutro. Somente a partir dessa concepção é que seria justificável

¹⁷⁷ SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição**. Trad. Geraldo De Carvalho. Belho Horizonte: Del Rey 2007, p. 202.

¹⁷⁸ SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição**. Trad. Geraldo De Carvalho. Belho Horizonte: Del Rey 2007, p. 233.

conceber que o monarca seria um terceiro neutro, capaz de observar o exercício do poder, para que este não ultrapassasse os limites estabelecidos na Constituição¹⁷⁹.

Kelsen dá sequência crítica em relação à Schmitt, apontando que tal defesa seria “uma ficção de notável audácia”, diante do arsenal jurídico que o constitucionalismo apresentava. Isto posto, questiona: “Como poderia o monarca, detentor de grande parcela ou mesmo de todo o poder do Estado, ser instância neutra em relação ao exercício de tal poder, e a única com vocação para o controle de sua constitucionalidade?” Na sequência Kelsen aponta que se surpreende com o fato de que uma coleção de livros sobre direito público inicie sua série com um trabalho que, com o título “*O guardião da Constituição*” dedique-se justamente ao problema da garantia da Constituição¹⁸⁰. E ainda:

Parece mais surpreendente ainda que esse escrito tire do rebotalho do teatro constitucional a sua mais antiga peça, qual seja, a tese de que o chefe de Estado, e nenhum outro órgão, seria o competente guardião da Constituição, a fim de utilizar novamente esse já bem empoeirado adereço cênico na república democrática em geral e na Constituição de Weimar em particular¹⁸¹.

Em sua crítica, Kelsen refuta veementemente a teoria proposta por Carl Schmitt, na medida em que defende que as garantias do pleno exercício das funções político-jurídicas do Estado somente podem ser asseguradas quando se atribui a tutela da Constituição a um órgão específico, legitimado para exercer tal função. Afinal, a jurisdição constitucional é a única capaz de estabelecer um Processo de colaboração democrática na elaboração e controle da expedição de normativas, desempenhando um papel fundamental no Processo democrático.

¹⁷⁹ KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. Traduzido por Alexandre Krug. São Paulo: Marins Fontes, 2003, p. 241.

¹⁸⁰ KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. Traduzido por Alexandre Krug. São Paulo: Marins Fontes, 2003, p. 243.

¹⁸¹ KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. Traduzido por Alexandre Krug. São Paulo: Marins Fontes, 2003, p. 243.

A seu tempo, aparentemente, Schmitt venceu o debate intelectual, acerca da guarda da Constituição. No entanto, atualmente sua teoria não encontra amparo na atual prática jurídica, mas, retomar o célebre debate é fundamental para explicitar o prevalectimento da adoção da teoria kelseniana, pois a História deu razão à Kelsen. Por fim, resguardadas as fragilidades da Teoria Pura do Direito, é inegável que o positivismo normativista, bem como a proposta de controle de constitucionalidade abstrato de normas, constituiu um marco jurídico que foi a pedra de toque para o desenvolvimento da teoria do direito e do constitucionalismo do século XX.

1.3 O CONSTITUCIONALISMO GARANTISTA: notas para uma necessária conformidade constitucional das leis do ordenamento jurídico

A palavra garantismo pode remeter o leitor à figura do filósofo e jurista italiano do século XVIII, Francesco Mario Pagano (1748-1799) que a partir dos aportes teóricos de Beccaria e de Montesquieu¹⁸², elaborou uma crítica à estrutura do poder de seu tempo, em função da luta pelo respeito dos direitos e liberdades dos indivíduos, à luz de princípios de garantias fundamentais¹⁸³. Um segundo significado pode ser atribuído à expressão *garantismo*. Trata-se daquele adquirido no século XIX, com o francês François Marie Charles Fourier (1772-1837), para quem o garantismo referia-se a um sistema que visaria a segurança social, garantindo aos mais fracos a possibilidade de proteção de direitos tidos como fundamentais¹⁸⁴.

¹⁸² “Desde que BECCARIA, en 1794, había relanzado las tesis garantistas y humanitarias de MONTESQUIEU y otras de semejante inspiración, agrupándolas en un breve opúsculo que rápidamente recorrió todos los países de Europa, la cuestión penal se había convertido en un tema central del debate público.” (IPPOLITO, Dario. El Garantismo Penal de un Ilustrado Italiano: Mario Pagano y la Lección de Beccaria. **Revista Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho**. n. 30, 2007, p. 528).

¹⁸³ “En las Consideraciones, elabora una reconstrucción del sistema procesal vigente, criticándolo a la luz de los principios de garantía fundamentales expresados en la cultura ilustrada.” (IPPOLITO, Dario. El Garantismo Penal de un Ilustrado Italiano: Mario Pagano y la Lección de Beccaria. **Revista Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n. 30, 2007, p. 527).

¹⁸⁴ “Fourier cunha e emprega o termo garantisme para designar um estado da evolução civil prodromico à realização do ideal supremo de uma perfeita e harmônica sociedade comunitária.

No entanto, muito embora o termo possa apontar diversos significados, atualmente, o sentido corrente do termo garantismo é aquele forjado pelo jusfilósofo Luigi Ferrajoli, ao denominar sua teoria do direito como garantismo jurídico¹⁸⁵. O professor da universidade italiana *Roma III* ganhou destaque no cenário jurídico brasileiro principalmente com a obra *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*¹⁸⁶. Além desta, suas obras intituladas “*Principia Iuris Teoria del Diritto e Della Democrazia*”, publicadas em 2007 e dividida em três grandes volumes¹⁸⁷, também assumiram especial relevância para a doutrina jurídica brasileira

A Teoria do Direito elaborada por Luigi Ferrajoli apresenta novos pressupostos teóricos e epistemológicos que simultaneamente fazem uma crítica e uma releitura do positivismo normativista, consubstanciando-se como um modelo que se apresenta como um reforço do positivismo jurídico¹⁸⁸. Para tanto, ele situa a Constituição como centro gravitacional da elaboração normativa, bem como

[...] o garantismo é entendido por Fourier como um sistema de segurança social que procura salvaguardar os sujeitos mais fracos, fornecendo a eles as garantias dos direitos vitais (partindo daqueles conexos à subsistência) através de um plano de reformas que diz respeito tanto à esfera pública quanto à privada.” (IPPOLITO, Dario. O garantismo de Luigi Ferrajoli. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito** (RECHTD), Unisinos. volume 3 - Número 1, janeiro-junho 2011, ISSN 2175-2168, p. 34).

¹⁸⁵ Para uma completa nota bibliográfica sobre a vida e as obras de Luigi Ferrajoli vide a seguinte obra: LUCIA, Paolo Di. Assiomatica del Normativo. **Filosofia Critica del Diritto in Luigi Ferrajoli**. LED Edizioni Universitarie di Lettere Economia Diritto, 2011, p. 318. ISBN 978-88-7916-464-1.

¹⁸⁶ Que foi publicada pela primeira vez em 1989, consubstanciou-se em um verdadeiro tratado em favor da proteção de Direitos Fundamentais face à supremacia do poder estatal. Note-se que por sua abordagem no plano do direito penal, Ferrajoli é comumente confundido por juristas, sendo considerado como penalista. No entanto, a verdade é que Ferrajoli é um jusfilósofo constitucionalista que utilizou-se da esfera do direito penal apenas para demonstrar a difícil trajetória dos Direitos Fundamentais face à (não rara) tirania do Estado, além de defender a necessidade de se repensar nos vínculos constitucionais opostos aos poderes públicos e privados. (FERRAJOLI, Luigi. **Diritto e ragione**. Teoria del garantismo penale. Roma-Bari: Laterza, 2004).

¹⁸⁷ Os volumes da referida obra são sistematizados da seguinte maneira: o primeiro é voltado à teoria do direito, o segundo dirigido à teoria da democracia e o terceiro, dedicado ao seu método axiomático, que consiste na teorização de fórmulas lógicas, que dão sustentação às suas conclusões.

¹⁸⁸ “La democracia constitucional está hoy en crisis [...] Está en crisis la democracia política y formal a causa de los procesos de confusión y concentración de los diversos tipos de poder, del debilitamiento de las funciones y de las instituciones de garantía, de la consiguiente absolutización de todos los poderes.” (FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**. Teoría del derecho y de la democracia. 2. Teoría de la democracia., 2011, p. 412). Tradução livre do autor: “A democracia constitucional está atualmente em crise. [...] A democracia formal e política está em crise por causa dos processos de confusão e concentração dos vários tipos de poder, do enfraquecimento das funções e das instituições de garantia, da consequente absolutização de todos os poderes.”

locus de proteção dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana. Em apertada síntese, sua proposta reivindica adequação formal e substancial de todas as normas jurídicas em relação à Constituição¹⁸⁹.

Neste sentido, o Garantismo Jurídico ou Constitucionalismo Garantista, surge com um projeto que apresenta uma proposta para designar o conjunto de limites e restrições impostas a todos os poderes, isto é, públicos e privados, políticos e econômicos, em nível estatal e internacional¹⁹⁰, a fim de tutelar, mediante a sujeição à lei e aos direitos fundamentais estabelecidos na Constituição¹⁹¹, tanto a esfera privada contra os poderes públicos, como a esfera pública diante do poder privado.¹⁹²

Ferrajoli aponta como traço distintivo estrutural básico de sua teoria, em relação às demais, a sua forte positividade e artificialidade. Além disto, distingue-se da em relação à submissão de si mesmo (no tocante a suas formas e conteúdo) ao próprio direito. Desta maneira, a positividade forte oferece condições de possibilidade para o direito regular “inteiramente suas formas de produção, vinculando a jurisdição e a aplicação substancial do direito produzido”; e, a submissão de si mesmo ao próprio direito, possibilita que as opções constitucionalmente estabelecidas (direitos fundamentais) venham a ser de fato protegidas e efetivadas no ordenamento jurídico¹⁹³.

¹⁸⁹ “Quando dizemos que as normas estão dispostas hierarquicamente, umas são superiores, outras inferiores, estamos pensando na sua estrutura. Hierarquia é um conjunto de relações, estabelecidas conforme regras de subordinação e de coordenação.” (VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 175).

¹⁹⁰ “O que se tem percebido é a disseminação de práticas legais e administrativas regidas pelo princípio da capacidade normativa de conjuntura a instaurar uma nova normatividade paraconstitucional que obedece a parâmetros alheios à cultura jurídica, como reflexo de uma verdadeira “colonização” do jurídico pelo econômico.” (CADEMARTORI, Sergio. **Estado de direito e legitimidade**. Uma abordagem garantista. 2. ed. Campinas: Millennium Editora, 2006, p. 233).

¹⁹¹ “O autoritarismo crescente do Estado não vem encontrando resistências significativas, nem mesmo por parte dos juristas, uma vez que a ênfase posta no desenvolvimento econômico faz parecerem antiquadas e formalistas, até mesmo ridículas e anti-sociais, as preocupações que, aparentemente, são manifestações de exagerado apego a requisitos formais.” (DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 18. ed., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 172).

¹⁹² FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**. Teoría del derecho y de la democracia. 1. Teoría del derecho, 2011, p. 188.

¹⁹³ “enteramente sus formas de producción, vinculando la jurisdicción a la aplicación sustancial del

Ferrajoli faz questão de salientar que sua matriz teórica é um reforço do positivismo jurídico e que se distingue das demais teorias nos seguintes termos: um modelo de direito¹⁹⁴, como uma teoria do direito¹⁹⁵, ou ainda, como uma filosofia e uma teoria política¹⁹⁶, significados estes que conduzem a um projeto normativo que somente se realizará mediante a efetiva implementação de políticas, leis, garantias e instituições de garantias, aptas a realizarem os direitos fundamentais, sendo assim, “o garantismo é a outra face do constitucionalismo”¹⁹⁷.

Em suma, o objeto da teoria de Ferrajoli consiste em resgatar a Constituição como um instrumento hábil a edificar a Sociedade, apontando a necessidade de superação de seu papel meramente normativo, para tornar-se efetivo, propondo-se a produzir um hiato entre o “dever ser” e o “ser” do Direito¹⁹⁸.

derecho producido” (...) son las propias opciones proyectadas en la producción legislativa del derecho, y no sólo la producción misma, las que vienen establecidas por el derecho en forma de derechos fundamentales y de otros principios axiológicos estipulados por lo común en la primera parte de las modernas constituciones rígidas.” (FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**. Teoría del derecho y de la democracia. 1. Teoría del derecho, 2011, p. 803).

¹⁹⁴ “Como modelo de direito, o constitucionalismo garantista se caracteriza, em relação ao modelo paleo-juspositivista, pela positivação também dos princípios que devem subjazer toda a produção normativa. Por isso, configura-se como um sistema de limites e de vínculos impostos pelas Constituições rígidas a todos os poderes e que devem ser garantidos pelo controle jurisdicional de constitucionalidade sobre o seu exercício: de limites impostos para a garantia do princípio da Igualdade e dos direitos de liberdade, cujas violações por comissão dão lugar a antinomias, isto é, a leis inválidas que devem ser anuladas através da jurisdição constitucional;” (FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo Garantista e Constitucionalismo principialista. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Org). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. 2012, p. 24).

¹⁹⁵ “Como teoria do direito, o constitucionalismo positivista ou garantista é uma teoria que tematiza a divergência entre o dever ser (constitucional) e o ser (legislativo) do direito. Em relação à teoria paleo-positivista, o constitucionalismo garantista caracteriza-se pela distinção e virtual divergência entre validade e vigência, uma vez que admite a existência de normas vigentes porque em conformidade com as normas procedimentais sobre a sua formação e, todavia, inválidas porque incompatíveis com as normas substanciais sobre a sua produção.” (FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo Garantista e Constitucionalismo principialista. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Org). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. 2012, p. 24).

¹⁹⁶ “Por fim, como filosofia e como teoria política, o constitucionalismo positivista ou garantista consiste em uma teoria da democracia, elaborada não apenas como uma genérica e abstrata teoria do bom governo democrático, mas sim como uma teoria da democracia substancial, além de formal, ancorada empiricamente no Paradigma de direito ora ilustrado.” (FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo Garantista e Constitucionalismo principialista. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Org). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. 2012, p. 25).

¹⁹⁷ FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo Garantista e Constitucionalismo principialista. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Org). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. 2012, p. 25.

¹⁹⁸ Aquí, vale destacar que Ferrajoli não acredita na ideia de um “poder bom”, posto a natural tendência deste de adquirir um viés absolutista: “*En el rechazo de la idea misma de un «poder*

Deste modo, para que isso aconteça, é necessário que os Direitos Fundamentais sejam os parâmetros e limites para o controle da intervenção estatal.

Sem dúvidas essa proposta insere-se no paradigma do Constitucionalismo Contemporâneo que, a partir da metade do século XX, consubstanciou-se num verdadeiro divisor de águas no modo de encarar o Direito e as Constituições. A partir de então, com o surgimento dos modernos Estados Constitucionais, foram incorporados nos ordenamentos jurídicos valores de justiça, respeito a pessoa humana, igualdade frente ao Estado, direitos civis e políticos, que se tornaram pontos basilares deste novo modelo estatal.

Assim, devido à importância que a teoria do Constitucionalismo Garantista tem adquirido em terras brasileiras, bem como a pertinência de sua proposta teórica, na medida em que constrange a ordenação formal e substancial do sistema jurídico em relação à Constituição, na sequência serão analisados alguns elementos que consistem na reformulação, tanto o significado, como a operatividade de conceitos como a validade, vigência e eficácia das normas jurídicas¹⁹⁹.

1.3.1 O conceito de validez

É bastante comum no léxico da Teoria do Direito designar-se genericamente que a “validez” de uma norma está vinculada a sua existência. A título de exemplo, Hans Kelsen, denomina “validez”, como sendo a existência jurídica das normas que se incorporaram a um dado ordenamento jurídico porque

*bueno» y en la contención del tendencial absolutismo de cualquier poder está el papel conferido por la razón jurídica moderna primero la legislación y después la constitución.” (FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**. Teoría del derecho y de la democracia. 2. Teoría de la democracia., 2011, p. 45). Tradução livre do autor: "Na rejeição da própria ideia de um 'bom poder' e na contenção da tendência ao absolutismo de qualquer poder está o papel conferido pela razão legal moderna, primeiro a legislação e depois a constituição."*

¹⁹⁹ CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **A discricionariedade administrativa no estado constitucional de direito**. Curitiba: Juruá, 2001, p. 155.

foram postas pelo órgão competente e obedeceram ao rito estabelecido para sua produção²⁰⁰.

Deste modo, para Ferrajoli, é necessário a construção de uma teoria da validade jurídica, que além de analisar a forma da elaboração normativa, isto é, o respeito ao seu procedimento de criação (democrática), considera também o seu conteúdo, tendo como parâmetro a relação que possui com os Direitos Fundamentais.

Assim, feita a crítica ao positivismo normativista, Ferrajoli sugere uma nova compreensão da noção de validade de uma norma jurídica. Para o professor italiano, é necessário haver uma dupla conformação, de maneira que uma norma para ser considerada como válida deve respeitar critérios formais/procedimentais e também critérios materiais/substanciais.

Neste sentido, Marina Abellan assevera que a teoria do direito do garantismo parte da premissa que o Estado Constitucional de direito, deve considerar não somente o “ser” mas também o “dever ser” das normas que foram positivada. Isto é dizer, o ordenamento jurídico deve conter condições de existência e de legitimidade substancial de uma regra.

Então, o conceito de validade na teoria do garantismo possui um viés formal (dever ser) e substancial (ser). Neste sentido, a validade formal²⁰¹ de uma norma jurídica configura-se a partir do momento em que ocorre o atendimento de todas as regras de procedimento e de competência estabelecidas para a sua

²⁰⁰ A tradicional proposição (do positivismo normativista), acerca da validade normativa, ao levar em consideração somente sua existência, restringe a crítica sobre a possibilidade de ilegitimidade ou invalidade naquilo que diz respeito ao seu conteúdo. Tal incompreensão, segundo Ferrajoli, limita a função da ciência jurídica, reduzindo seu papel à mera descrição do direito existente, privando-a de um papel crítico; Circunstância que resulta na incompreensão das estruturas das democracias constitucionais modernas, as quais pautam-se justamente pelos vínculos de conteúdo impostos pelos Direitos Fundamentais. (FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**. Teoría del derecho y de la democracia. 1. Teoría del derecho, 2011, p. 498-499).

²⁰¹ “Válido formalmente’ es el acto formal cuyas formas son todas conformes con todas las. normas formales sobre su produccion.” (FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**. Teoría del derecho y de la democracia. 1. Teoría del derecho, 2011, p. 502).

criação. De outro modo, a validade material²⁰² refere-se à adequação da norma jurídica aos valores e princípios erigidos como fundamentais pela Constituição.

Em termos mais específicos, uma norma somente será válida quando estiver imunizada frente a vícios materiais, portanto, quando não estiver em contradição outra norma hierarquicamente superior. Esta não-contradição refere-se, basicamente, ao conteúdo dessas normas que, por sua vez, deve ser condizente com os preceitos constitucionais fundamentais no seu aspecto valorativo²⁰³.

1.3.2 O conceito de vigência

Naquilo que diz respeito à vigência, sua concepção, encerra em si um atributo de conformidade procedimental da norma jurídica com as demais regras que disciplinam a sua criação²⁰⁴. Portanto, para ser considerada vigente, a norma “deve ser posta por aquele que a expede, em conformidade com os procedimentos previstos em normas superiores”²⁰⁵, de maneira que se percebe que a noção de vigência, aqui esboçada, coincide com a ideia de validade formal anteriormente mencionada.

Com tais formulações, o garantismo procura combater a noção típica de um Estado Legislativo para o qual a legitimidade das leis dependeria apenas da procedência, isto é, bastaria que fosse proposta pelo órgão estatal incumbido de sua confecção²⁰⁶. Essas diferenciações conceituais tornam-se

²⁰² “‘Válida sustancialmente’ es la decision que admite al menos un significado coherente con todas las normas sustantivas sobre su produccion.” (FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**. Teoría del derecho y de la democracia. 1. Teoría del derecho, 2011, p. 503).

²⁰³ CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **A discricionariedade administrativa no estado constitucional de direito**. Curitiba: Juruá, 2001, p. 156.

²⁰⁴ “‘Vigente’ es el acto formal dotado de una forma conforme al menos con algunas de las normas formales sobre su producción.” (FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**. Teoría del derecho y de la democracia. 1. Teoría del derecho, 2011, p. 499).

²⁰⁵ CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **A discricionariedade administrativa no estado constitucional de direito**. Curitiba: Juruá, 2001, p. 156.

²⁰⁶ “Gracias, pues, al reconocimiento de esta disociación entre vigencia y validez, entre ser y deber ser en el derecho, «se desvanece la presunción de legitimidad asociada al derecho existente por el positivismo dogmático y, en los ordenamientos políticamente democráticos, por la concepción jacobina y puramente política de la democracia.» (ABELLAN, Marina Gascón. La Teoría General

fundamentais na medida em que dão continuidade ao sentido de distinção entre validade formal e substancial, auxiliando na construção de uma teoria que permita invalidar leis que não estejam de acordo com a Constituição ou com os Direitos Fundamentais. Para tanto, é preciso criar caminhos que permitam identificar vícios de forma e de significado, os quais são determinados pela conformidade ou falta de conformidade com a sua formalidade.

Vale ressaltar que, a partir de então, tornou-se possível atribuir invalidade às normas vigentes, utilizando-se, para tanto, de critérios oriundos do próprio direito, sem que o intérprete tenha a necessidade de se valer de critérios extrajurídicos para aferir a validez/invalidade da norma. E como tal exame é efetuado por meio de critérios estabelecidos no próprio ordenamento, essa articulação revela que o verdadeiro critério de validez das normas não é o político, mas sim o respeito aos direitos fundamentais²⁰⁷.

1.3.3 O conceito de eficácia

Outro elemento importante que faz parte da teoria do Constitucionalismo Garantista é a eficácia. Este conceito diz respeito à causalidade jurídica, isto é, a capacidade de um ato para produzir efeitos na Sociedade²⁰⁸.

del Garantismo: Rasgos Principales. In: CARBONELL Miguel e SALAZAR, Pedro. et al. **Garantismo. estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli**. Madrid: Trotta. Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, 2005, p. 27).

²⁰⁷ “FERRAJOLI ha mostrado la existencia de una doble articulación en el plano de la validez interna del Derecho de los Estados constitucionales y ha extraído, a partir de ahí, importantes consecuencias teóricas y prácticas: el Derecho formalmente vigente puede ahora ser considerado inválido desde parámetros establecidos por el propio Derecho (sin acudir a instancias —morales— externas al mismo), de manera que la dogmática jurídica y la jurisdicción adquieren una nueva dimensión crítica; ya no es la política lo que prima sobre el Derecho, sino que el Derecho (los derechos fundamentales recogidos en la Constitución) marca el límite de la política;” (ATIENZA, Manuel. TESIS SOBRE FERRAJOLI. **Revista Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n. 31, 2008, p. 214).

²⁰⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**. Teoría del derecho y de la democracia. 1. Teoría del derecho, 2011, p. 266.

Relaciona-se diretamente com a observância ou não, das normas por parte dos seus destinatários e também por parte dos aplicadores de tais normas²⁰⁹.

Ferrajoli exalta tal distinção a fim de denunciar que os conceitos da validade, vigência e eficácia aqui vistos são independentes, de maneira que uma norma pode ser válida, porém ineficaz, ou ainda, uma norma pode ser eficaz e também vigente, contudo inválida²¹⁰.

Assim, percebe-se que a teoria da validez esboçada pelo garantismo, separando o “ser” do “dever ser” através da dissociação dos conceitos de validade e vigência, assume uma postura crítica, pois reclama dos operadores do direito “o desempenho de uma função crítica e valorativa com relação à lei orientada a evitar sua eficácia precária no ordenamento”²¹¹.

Neste sentido, Prieto Sanchís aponta que existe uma simbiose entre o constitucionalismo moderno e o garantismo. Eis que enquanto este último carece do constitucionalismo para efetivar seus objetivos, aquele necessita da teoria do garantismo para moldar a legitimidade do poder, a fim de condicioná-lo a realização de certas exigências valorativas externadas pelos direitos fundamentais²¹².

²⁰⁹ “é “eficaz” quando é de fato observada pelos seus destinatários (e/ou aplicada pelos órgãos de aplicação).” (CADEMARTORI, Sergio. **Estado de direito e legitimidade**. Uma abordagem garantista. 2. ed. Campinas: Millennium Editora, 2006, p. 102.

²¹⁰ CADEMARTORI, Sergio. **Estado de direito e legitimidade**. Uma abordagem garantista. 2. ed. Campinas: Millennium Editora, 2006, p. 102.

²¹¹ “El garantismo necesita del constitucionalismo para hacer realidad su programa ilustrado; y el constitucionalismo se alimenta del proyecto garantista para condicionar la legitimidad del poder al cumplimiento de ciertas exigencias morales que se condensan en los derechos fundamentales.” (ABELLÁN, Marina Gascón. La teoría general del garantismo: rasgos principales. in: CARBONELL Miguel e SALAZAR, Pedro. et al. **Garantismo**. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli. Madrid: Trotta. Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, 2005, p. 27).

²¹² “El garantismo necesita del constitucionalismo para hacer realidad su programa ilustrado; y el constitucionalismo se alimenta del proyecto garantista para condicionar la legitimidad del poder al cumplimiento de ciertas exigencias morales que se condensan en los derechos fundamentales.” (SANCHÍS, Luis Prieto. Principia iuris: una teoría del derecho no (neo)constitucionalista para el estado constitucional. **Revista Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n. 31, 2008, p. 330).

1.3.4 Antinomias, lacunas e a expectativa normativa

A arquitetura do Constitucionalismo Garantista, além de rever conceitos principais do positivismo normativista, tem por objetivo fundar uma teoria da invalidez, que seja apta a identificar vícios de forma e de significação determinadas, que são pelas desconformidades com as normas formais e pelas incoerências para com as normas substantivas, bem como em relação aos efeitos de umas em relação às outras²¹³.

Ele reconhece que nas atuais democracias constitucionais a vigência das normas muitas vezes diverge da sua validade substancial²¹⁴. Não há como negar as graves discrepâncias no funcionamento dos atuais sistemas jurídicos entre a vigência (existência de normas) e a validade substancial (coerência de conteúdo) das normas jurídicas que muitas vezes não só não coincidem, mas, rigorosamente, divergem entre si.

Neste contexto, a coerência e a plenitude caracterizam-se como ideais do direito válido, que se impõem como um “dever ser” do direito a ser perseguido. Deste modo, se levar em consideração que um sistema jurídico configura-se como um acervo de normas que se constituem em uma unidade, pressupõe-se que tais normas possuam certo tipo de incompatibilidade com este, devem ser invalidadas.

Portanto, enquanto as lacunas dizem respeito à ausência de normas que regulamentem determinados fatos, as antinomias dizem respeito à existência de normas incoerentes entre si, provocando conflito e confusão dentro de um sistema jurídico. Sem esquecer que esses conceitos permitem verificar as falhas de um sistema e, na sequência, impõem um dever de reparação por parte do Estado. Elas geram para as autoridades públicas a obrigação de corrigi-las, impondo-lhes a obrigação de derrogar a norma com conteúdo indevido/ilegítimo, ou

²¹³ FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**. Teoría del derecho y de la democracia. 1. Teoría del derecho, 2011, p. 499.

²¹⁴ CADEMARTORI, Sérgio Urquhart de. STRAPAZZON, Carlos Luiz. Principia iuris: uma teoria normativa do direito e da democracia. **Pensar, Fortaleza**, v. 15, n. 1, jan./jun. 2010, p. 287.

ainda, no caso das lacunas, promover a introdução no ordenamento da norma inexistente²¹⁵.

Aí entra em cena a Expectativa normativa, uma nova categoria teórica criada por Ferrajoli²¹⁶. Trata-se de uma categoria que diz respeito a um direito subjetivo sempre que existir um interesse juridicamente protegido. As expectativas serão imperativas, isto é, possuem a natureza de direitos subjetivos quando garantidas por obrigações e proibições. Assim, deve-se entender que quando há um direito em sentido positivo ou em sentido negativo é porque o titular do direito tem, em seu favor, uma expectativa imperativa (positiva ou negativa)²¹⁷.

É dizer que os deveres públicos de prestação ou de não lesão, inerentes às funções públicas correspondem sempre a direitos subjetivos atribuídos às pessoas interessadas na realização das primeiras e na omissão da segunda. Se o juiz ou o fiscal tem o dever de realizar determinados atos de garantia de defesa em juízo, o requerente tem o direito subjetivo da realização de tais atos. Se, por ventura, a Administração Pública tem o dever de receber e de considerar uma demanda, o requerente tem o direito que ela seja recebida e considerada.²¹⁸

Desta forma, a categoria expectativa entoa a justa esperança, fundada nos direitos constitucionalmente previstos, que os cidadãos têm, de que os

²¹⁵ SANCHÍS, Luis Prieto. Principia iuris: Una Teoría del Derecho no (Neo)Constitucionalista para El Estado Constitucional. **Revista Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho**. n. 31, 2008, p. 333.

²¹⁶ “en esta teoría es formalizada y asumida como concepto primitivo, dotado de un papel central en el análisis de la fenomenología del derecho.” (FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**. Teoría del derecho y de la democracia. 1. Teoría del derecho, 2011, p. 145).

²¹⁷ CADEMARTORI, Sérgio Urquhart de. STRAPAZZON, Carlos Luiz. **Principia iuris**: uma teoria normativa do direito e da democracia. Pensar, Fortaleza, v. 15, n. 1, jan./jun. 2010, p. 287.

²¹⁸ “A los deberes públicos de prestación o de no lesión inherentes a funciones públicas corresponden siempre derechos subjetivos atribuidos a las personas interesadas en la realización de las primeras y en la omisión de las segundas. Si el juez o el fiscal tienen el deber de realizar determinados actos en garantía de mi defensa en juicio, yo tengo el derecho subjetivo a la realización de tales actos. Si la policía tiene la prohibición de maltratarme, yo tengo el derecho de inmunidad a no ser maltratado. Si el legislador tiene la prohibición de establecer la censura sobre la prensa, todos tenemos el derecho negativo a que la censura no sea introducida. Si, en fin, la Administración Pública tiene el deber de recibir y” considerar mi demanda (de admisión a un concurso, de concesión de una licencia o de reforma de una disposición), yo tengo el derecho a que ésta sea recibida y considerada.” (FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**. Teoría del derecho y de la democracia. 1. Teoría del derecho, 2011, p. 615).

poderes constituídos promoverão a necessária efetividade substancial dos seus direitos, face à obrigatoriedade de assim agirem.

Dessarte, se os poderes constituídos assim não agirem, se estará diante não só de uma violação dos direitos subjetivos do cidadão, mas também de um claro fator de ilegitimidade do direito vigente²¹⁹, ou seja, se estará diante de lacunas ou antinomias²²⁰, as quais precisam ser discutidas e denunciadas pelos atores do discurso jurídico, a fim de que sejam corrigidas, com vistas a promover a desejável unidade, plenitude e coerência²²¹ do ordenamento jurídico.

1.3.5. Desfazendo mal-entendidos: de como Constitucionalismo Garantista não combina com neoconstitucionalismos

O surgimento de teorias que se denominam neoconstitucionalistas não é nenhuma novidade. São teses que proclamam a superação do positivismo jurídico, que surgiram principalmente a partir do segundo pós-guerra, para se referir a um modelo de direito que não mais professa a fundamentação, aplicação e interpretação do direito nos moldes das correntes positivistas que marcaram o século XX.

²¹⁹ “Estas antinomias y estas lagunas son evidentemente un factor de ilegitimidad del derecho vigente respecto a sí mismo, es decir, respecto a los principios y derechos constitucionalizados en él como parámetros de validez sustancial.” (FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**. Teoría del derecho y de la democracia. 1. Teoría del derecho, 2011, p. 114).

²²⁰ “A la inversa, las antinomias y las lagunas predicables respecto a normas de un grado supraordenado son vicios -por comisión de normas inválidas o por omisión de normas de ejecución- que generan la obligación por parte de la autoridad competente de repararlas mediante la remoción de la norma inferior indebidamente existente o de la introducción de la indebidamente inexistente.” (FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**. Teoría del derecho y de la democracia. 1. Teoría del derecho, 2011, p. 13).

²²¹ “Si la unidad del sistema viene condicionada al hecho de que todos los actos, las situaciones y las normas de la red tengan en común el mismo acto y la misma situación constituyente, la plenitud depende de la ausencia de agujeros en la red, o sea, de la efectiva comisión de los actos normativos que obedecen las normas de nivel superior; mientras que la coherencia, por su parte, depende de la no contradictoriedad entre los significados expresados, em los distintos niveles, por las normas y por las situaciones que pertenecen al sistema.” (FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**. Teoría del derecho y de la democracia. 1. Teoría del derecho, 2011, p. 420).

De um modo geral, tais teorias postulam a superação do positivismo jurídico, principalmente por defenderem a reaproximação do direito e da moral, a partir do momento em que se incorporou nas Constituições, conteúdos principiológicos que dizem respeito aos Direitos Humanos. No entanto, é necessário tomar cuidado com esse tipo de nomenclatura, de modo que faz-se necessário levar em consideração algumas das críticas à estas teses que se auto proclamam inovadoras, levadas a efeito por Luigi Ferrajoli.

O mestre italiano procura distinguir sua própria teoria do direito como “constitucionalista”, fugindo das concepções *neoconstitucionalistas*. Para tanto, ele se opõe aos postulados, por ele denominados, de constitucionalismo “principalista”²²², que se ocupam em englobar todos os modelos teóricos que não só advogam em função de uma necessária conexão entre direito e moral, mas também defendam a existência de uma distinção entre regras e princípios e coloquem, ainda, a ponderação como modelo privilegiado de aplicação do direito.

A problemática destas teorias, para Ferrajoli, está justamente na sua própria terminologia. Isto porque, neoconstitucionalismo implica uma nova forma de se pensar o movimento constitucionalista. Entretanto, é necessário pensar a respeito do campo de atuação de tal termo. Veja-se que o Constitucionalismo pode ser compreendido em duas dimensões. A primeira, é o Constitucionalismo político, que diz respeito às Revoluções Burguesas que, como visto anteriormente, se empenharam em romper com regimes políticos autoritários, propondo a instituição de Constituições voltadas para a limitação do poder.

De outro modo, há o Constitucionalismo jurídico que designa o sistema jurídico que emergiu a partir do segundo pós-guerra, com o surgimento de

²²² “Este constitucionalismo principalista e argumentativo, de nítida matriz anglo-saxônica, caracteriza-se, portanto, (a) pelo ataque ao positivismo jurídico e à tese da separação entre direito e moral; (b) pelo papel central associado à argumentação a partir da tese de que os direitos constitucionalmente estabelecidos não são regras, mas princípios, entre eles em virtual conflito, que são objetos de ponderação, e não de subsunção; e (c) pela conseqüente concepção de direito “como uma prática jurídica”, confiada, sobretudo, à atividade dos juízes. [...] o direito, segundo todas estas três orientações, é aquilo que, na realidade, dizem os tribunais - e, de maneira mais ampla, os operadores jurídicos -, consistindo, em última análise, nas suas práticas interpretativas e argumentativas”. (FERRAJOLI, Luigi. in ROSA, Alexandre Morais da. et al. **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. (organizadores) Luigi Ferrajoli, Lenio Luiz Streck, André Karam Trindade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 21).

Constituições rígidas e a instituição do controle de constitucionalidade. Portanto, não há como falar de um neoconstitucionalismo (jurídico) para designar as constituições que surgiram na metade do século XX, pois este é, justamente, o momento em que surge a tradição do constitucionalismo jurídico. Logo, não há como falar de um novo movimento, sendo que nunca houve outro que o precedeu²²³.

Além disto, em sentido oposto às teses neoconstitucionalistas, o Constitucionalismo Garantista defende a radical separação entre direito e moral, com o objetivo de impor um “limite ao poder dos juízes e ao seu arbítrio moral”²²⁴. Além disto, objetiva a imposição de uma limitação ao legislador para que não invada a vida moral das pessoas, na esfera privada²²⁵. Assim, a radical separação entre direito e moral garante pluralismo moral na Sociedade, possibilitando a coexistência harmônica entre as diferentes culturas que permeiam a Sociedade²²⁶.

Com efeito, ainda é importante mencionar que, à diferença das teses principialista, o Constitucionalismo Garantista de Ferrajoli condena a defesa de que existe uma infinidade de princípios aptos a suprir eventuais lacunas do direito. Para o mestre italiano, tais posições permitem que os princípios constitucionais sejam encarados como algo que é falível²²⁷, à disposição da orientação do intérprete. Alerta Ferrajoli que esses modelos anti-positivistas, que confiam a aplicabilidade das normas constitucionais a argumentações morais dos aplicadores da lei²²⁸, forneceram o ambiente adequado para o florescimento de inúmeros princípios que não têm qualquer fundamento constitucional. Portanto, rechaça tal posicionamento principialista/neoconstitucionalista, na medida em que nega a

²²³ Sobre a temática do neoconstitucionalismo recomenda-se a leitura das obras de Lenio Luiz Streck e André Karam, os quais têm trabalhado amíude sobre a temática: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Org). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. 2012.

²²⁴ FERRAJOLI, Luigi. in *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo*: um debate com Luigi Ferrajoli. 2012, p. 26.

²²⁵ FERRAJOLI, Luigi. Doce cuestiones en torno a Principia iuris. Eunomía. **Revista en Cultura de la Legalidad**. Nº 1, septiembre 2011 – febrero 2012, ISSN 2253-6655, Traducción de José Roberto Ruiz Saldaña, p. 08.

²²⁶ FERRAJOLI, Luigi. in **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. 2012, p. 32.

²²⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**. Teoría del derecho y de la democracia. 1. Teoría del derecho, 2011, p. 533.

²²⁸ FERRAJOLI, Luigi. In: **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. 2012, p. 44.

possibilidade de que os princípios possam ser utilizados largamente como um elemento corretivo do direito²²⁹.

Enfim, é necessário esclarecer que Ferrajoli não se filia a nenhuma corrente pós-positivista, tampouco a correntes *neoconstitucionalistas*. Em verdade, o que o mestre italiano defende é uma renovação do positivismo jurídico, com uma forte normatividade que aceita uma limitada aproximação entre o Direito e a Moral, por meio de princípios constitucionais (positivados). No entanto, observe-se que é uma aproximação restrita aos direitos fundamentais que visem a proteção das esferas, tanto públicas ou privadas, de qualquer supremacia de poder. Deste modo, ele defende a necessidade de colocar os Direitos Fundamentais como um parâmetro normativo que exige adequação do sistema jurídico em função da proteção do indivíduo.

1.4 NOÇÕES BÁSICAS SOBRE TRADIÇÃO CONSTITUCIONAL, CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E JURISDIÇÃO, EM TERRAS BRASILEIRAS

A sistematização de premissas históricas sobre a formação da Constituição, bem como do Controle de Constitucionalidade, elaborada no decorrer do presente capítulo, justifica-se mediante a necessidade de se demonstrar os principais elementos que conformam uma tradição constitucional²³⁰. É necessário enfatizar que essa questão merece ser revisada por pelo menos duas razões: a) identifica suas raízes, ao mesmo tempo em que, b) salienta sua importância enquanto fruto de conquistas históricas — ou seja, não estão aí por acaso. E, como tal, os preceitos constitucionais acabaram por tornar-se como elementos basilares

²²⁹ STRECK, Lenio Luiz, *in*: ROSA, Alexandre Morais da. et al. **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. (Org) Luigi Ferrajoli, Lenio Luiz Streck, André Karam Trindade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 77.

²³⁰ É evidente que não existe uma única tradição constitucional, veja-se que no decorrer do presente capítulo puderam ser visualizadas distintas tradições. Isto é, a construção histórica levada a efeito ao longo dos anos, conforme um determinado contexto. Assim é possível dizer, a título ilustrativo, para evitar qualquer confusão terminológica, que existe uma tradição americana, italiana, francesa, inglesa e, claro, uma tradição constitucional brasileira, que a partir deste ponto passa a ser o ponto de partida e o orientador da presente pesquisa.

do Estado Democrático e Constitucional de Direito, demandando sua efetivação e introjeção em todas as dimensões do ordenamento jurídico.

Como se pode perceber, grande parte do que se falou até agora ocorreu ou na América do Norte ou na Europa. Esse destaque se deve ao fato de que as bases constitucionais brasileiras foram forjadas a partir das inspirações de juristas brasileiros nas conquistas obtidas por juristas de outras terras. Porém, privilegiar as raízes históricas não significa que o Brasil não tenha sua própria tradição constitucional. Em verdade, há um longo caminho percorrido pela nação, marcado por conquistas e retrocessos, desde a primeira Constituição de 1824 até a Constituição em vigor, promulgada em 1988 — cuja luta pela efetivação é constante.

Em verdade, é possível dizer que os primórdios da tradição constitucional brasileira remontam o ano de 1824, quando a primeira Constituição brasileira foi outorgada pelo Imperador D. Pedro I, como resultado da declaração de independência do Brasil em relação à Portugal. Notadamente, desde então, inúmeras conquistas foram realizadas, sendo que grande parte delas tiveram acentuada influência dos modelos constitucionais americano, austríaco e alemão²³¹.

Registre-se, por oportuno, que ambas as matrizes influenciaram direta e indiretamente a formação de uma tradição constitucional brasileira, primordialmente no que tange ao Controle de Constitucionalidade. Em especial uma das mais marcantes influências é a criação do Supremo Tribunal Federal que, por inspiração americana, foi criado em 1890, em função de sugestão de Rui Barbosa. E, como consequência, instituiu-se o controle difuso de constitucionalidade na Constituição de 1891²³².

A partir daquele momento, em caso de incongruência entre as leis e a Constituição, os juízes passaram a ter legitimidade para resolver o conflito, afastando a aplicação da lei reputada inconstitucional na solução dos litígios

²³¹ BARACHO JÚNIOR. José Alfredo de Oliveira. A jurisdição constitucional nos Estados Unidos, na Alemanha e no Brasil. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord). **Constituição e crise política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 214.

²³² BARACHO JÚNIOR. José Alfredo de Oliveira. A jurisdição constitucional nos Estados Unidos, na Alemanha e no Brasil. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord). **Constituição e crise política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 214.

concretos submetidos à sua cognição. Porém, com a novidade surgiram problemas, tais como a divergência dos juízes na compreensão sobre como utilizar esse instrumento, além da inexistência de uma vinculação das decisões aos precedentes, na medida em que não havia um mecanismo de *stare decisis*. Desse modo, ainda que uma lei fosse declarada inconstitucional em um determinado caso, corria-se o risco de, em outro caso semelhante, acabar sendo aplicada²³³.

Dentre os inúmeros desdobramentos de uma formação da tradição constitucional brasileira, outro importante evento ocorreu no ano de 1946, através da Emenda Constitucional nº 16, de 26 de novembro 1965. Com ela surge o controle de constitucionalidade abstrato de normas, por meio da representação de inconstitucionalidade, cuja legitimidade para propositura pertencia ao Procurador-Geral da República, perante o Supremo Tribunal Federal²³⁴. Como se sabe, esse modelo fora introduzido no Brasil por inspiração naquele idealizado por Hans Kelsen, na Constituição austríaca de 1920.

Desse modo, especula-se que é justamente em função da forte influência anglo-saxônica e austríaca que o sistema jurídico brasileiro tornou-se robusto e sofisticado, aumentando gradualmente sua complexidade conforme adquiria elementos da experiência constitucional estrangeira. Registre-se que essa dupla possibilidade de revisar as leis frente à Constituição fez com que o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro fosse denominado como “misto”. Porquanto, assegura o controle tanto na versão abstrata, como o controle difuso²³⁵.

Importa ainda mencionar que essa articulação tornou-se ainda mais sofisticada com a Constituição de 1988, pois ampliaram-se as condições de possibilidades do controle de constitucionalidade abstrato, na medida em que aumentou o rol de legitimados aptos a propor tal ação. A partir de 1988, possibilitou-se a saída da esfera jurídica, ampliando-se o controle também no âmbito da esfera

²³³BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional** — legitimidade democrática e instrumentos para sua realização. 4ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 121-123.

²³⁴BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. A jurisdição constitucional nos Estados Unidos, na Alemanha e no Brasil. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord). **Constituição e crise política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 215.

²³⁵FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 1140.

política (pelo poder executivo e legislativo, como por exemplo, no controle preventivo de constitucionalidade).

Essas inovações proporcionaram um tipo de abertura, para além dos órgãos estatais, a participação na interpretação constitucional, de modo que é possível arriscar-se a dizer que a deflagração da jurisdição constitucional no Brasil, a qual, até 1988, havia sido uma questão de Estado. Isso porque as interpretações das normas constitucionais estavam restritas a uma Sociedade fechada, com intérpretes determinados por suas funções estatais, na qual o cidadão, o real destinatário, “era reduzido à condição de expectador passivo das interpretações ditadas pelos tradutores oficiais da vontade constitucional”.²³⁶

Notadamente, a instauração de um regime democrático ensejou grandes mudanças. Uma delas foi o aumento do rol de legitimados a participar do controle de constitucionalidade, contribuindo também para presteza e celeridade desse modelo processual, dotado inclusive da possibilidade de se suspender imediatamente a eficácia do ato normativo questionado, mediante pedido cautelar. Nesse sentido, Luis Roberto Barroso afirma que o florescimento do desenvolvimento da jurisdição constitucional no Brasil se deveu, substancialmente, à ampliação da legitimação ativa para propositura da ação direta de inconstitucionalidade²³⁷.

Foram instituídos mecanismos de controle contra às omissões normativas inconstitucionais, como é o caso do mandado de injunção. Além disso, em 1993, a Emenda Constitucional nº 3 adicionou a Ação Declaratória de Constitucionalidade, que passa a somar ainda mais complexidade à jurisdição constitucional. Especula-se, então, que com a Constituição de 1988, ao ensejar a redemocratização do país, inaugurou-se uma “nova jurisdição constitucional”²³⁸.

Assim, diante do exposto, é possível dizer, sinteticamente, que

²³⁶ BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional** — legitimidade democrática e instrumentos para sua realização. 4ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 128.

²³⁷ BARROSO, Luis Roberto. Dez anos da constituição de 1988 (Foi bom pra você também?), **Revista de Direito Administrativo**, nº 214, 1998, p. 15.

²³⁸ BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional** — legitimidade democrática e instrumentos para sua realização. 4ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 128.

a tradição constitucional, consubstancia-se como produto da história e da experiência jurídica nacional. Diz respeito ao desenvolvimento progressivo e contínuo de mecanismos que compõem o campo do direito constitucional, a fim de validar e efetivar a própria Constituição. Evidentemente que o estudo desenvolvido aqui privilegiou o Controle de Constitucionalidade, sem pretensão de levar o estudo à exaustão, mas manteve o foco no objetivo de elaborar uma base para compreensão do seu surgimento e sua importância para viabilizar o acesso à justiça e ampliar as discussões normativas para um plano democrático. Com efeito, a reflexão levada a cabo faz parte de um contexto maior que engloba a importância da jurisdição constitucional e sua fundamentalidade para dar concretude às pretensões do Estado Democrático de Direito.

Como fruto da organização política da Sociedade moderna, o fenômeno da jurisdição advém da supressão progressiva das formas de realização privada do direito, reservando-se ao Estado o monopólio da criação e aplicação do Direito, tanto em nível legislativo, como jurisdicional. Com esse monopólio criou-se o dever de o Estado prestar jurisdição e, aos seus súditos, o direito e a pretensão de ser ouvidos por um tribunal regular que lhe preste justiça. Trata-se, portanto, do surgimento do direito público subjetivo de tutela do Estado, em relação a todo aquele que compareça em juízo dizendo-se titular de algum direito, assim como o réu que se defende tem igual direito a que suas alegações sejam julgadas por um tribunal estatal, independentemente de ter ou não razão²³⁹.

Em síntese, o Estado aprecia as alegações dos litigantes, formula a regra jurídica incidente na espécie que lhe é submetida a julgamento e toma as providências para a efetiva proteção do direito reconhecido na sentença. A palavra “jurisdição” possui origem na composição das expressões *jus, juris*, que significa “direito, acoplada ao termo *dictio, dictionis*, que expressa a “ação de dizer”. Assim, compreende-se jurisdição como “ação de dizer o direito”, ou de resolver o conflito de (eventuais) direitos, consubstanciada em uma das atividades exercidas soberanamente pelo Estado, na composição de litígios entre as pessoas revelando

²³⁹SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Vol I: do Processo do conhecimento, arts. 1 a 100. 2ed. Rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 19-20.

regras, princípios e garantias constitucionais responsáveis pela manutenção da ordem jurídica²⁴⁰. Ou seja, a jurisdição diz respeito à atuação dos órgãos estatais, por meio de juízes e tribunais, no sentido de efetuar aplicação das leis em processos, a fim de resolver conflitos.

Porém, se na modernidade²⁴¹ forjou-se o conceito de “jurisdição”, na contemporaneidade é inegável a necessidade de atualização em tal concepção. Para tanto, a fim de atender as exigências do Constitucionalismo Contemporâneo, exsurge a propalada “jurisdição constitucional”. Nesse sentido, para Streck, a jurisdição constitucional é o vetor que oferece condições de possibilidades de realização de direitos que estão previstos nas leis e nas Constituições. Além disso, naquilo que se entende por Estado Democrático de Direito, o Judiciário, através do controle de constitucionalidade das leis, pode servir como via de resistência às investidas dos Poderes Executivo e Legislativo, que representem retrocesso social ou a ineficácia dos direitos individuais ou sociais²⁴².

Ainda que inúmeras investidas legislativas e doutrinárias reúnam esforços para dar concretude à constitucionalização do sistema jurídico, expandindo a noção de jurisdição constitucional, culturalmente a comunidade jurídica ainda enfrenta entraves à radicalização de processos constitucionalmente adequados. Haja vista que alguns componentes do Estado Democrático de Direito, concebidos no processo constituinte (1986-1988), ainda estão no aguardo de sua implementação. Parece haver um desvio na compreensão do sentido de constituição e do papel da jurisdição constitucional, na medida em que velhas teorias continuam a povoar o imaginário jurídico dividindo os campos de “jurisdição constitucional” e “jurisdição ordinária”²⁴³, como se fosse possível dividir o sistema jurídico em dimensões apartadas da Constituição. Eis aí um dos obstáculos a serem

²⁴⁰ JORGE, André Guilherme Lemos. **Tribunal administrativo e supremacia da Constituição Federal**. Curitiba: Juruá, 2013, p. 120.

²⁴¹ Registre-se por oportuno que, para fins dessa pesquisa, o sentido de “moderno” ou “modernidade” está comprometido com o modelo de Estado, teorias do Direito e do Processo produzidos no período entre o século XIX e XX. Por outro lado, o termo Contemporâneo diz respeito à produção do conhecido levada a efeito desde o início do século XIX.

²⁴² STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 45.

²⁴³ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 38.

enfrentados por juristas na luta pela concretização do paradigma constitucional.

E é justamente nesse ponto que se fundamenta a justificativa da presente pesquisa, isto é, no engajamento doutrinário na luta pela radicalização constitucional em todos os campos do direito, mas privilegiando-se o âmbito dos Processos Administrativos Tributários. Como se verá na sequência da pesquisa, há um histórico e bem conhecido problema no campo da resolução de conflitos tributários, no tocante à impossibilidade de haver controle de constitucionalidade por parte dos órgãos de julgamento em questões tributárias. A parca justificativa de que tais órgãos se enquadram no âmbito da Administração Pública, e que incumbe somente ao Poder Judiciário verificar o enquadramento das leis em relação à Constituição, inviabiliza de modo indireto a aplicação Constituição em tais órgãos. Ainda que exista a possibilidade de se rediscutir no Poder Judiciário, não há uma atenção para a obstrução à efetivação da Constituição, nem ao tempo dispendido com a morosidade processual, quando há rediscussão da matéria.

Então, após ter sido enfatizado a força histórica e a importância da Constituição, como produto de lutas sociais na imposição de controle jurídicos ao poder político e sua fundamentalidade para proteger direitos, o próximo passo da pesquisa é identificar os problemáticos entraves existentes à radicalização da Constituição, no âmbito dos Órgãos de Julgamento Administrativo Tributário. Para tanto, antes se faz necessário fazer uma abordagem no campo tributário, endossando sua fundamentalidade para financiar políticas públicas, além disso, também importa verificar a sistemática de funcionamento dos Tribunais e processos administrativos tributários, identificando as razões que impossibilitam o controle de constitucionalidade nesse meio. Ao fim, buscar-se-á elaborar uma proposta de resposta constitucionalmente adequada para resolver esse impasse.

CAPÍTULO 2. O SISTEMA DE TRIBUTAÇÃO À BRASILEIRA: uma crítica ao sistema de tributação

O presente capítulo da pesquisa é destinado a fazer algumas considerações críticas sobre o sistema de tributação no cenário jurídico brasileiro. A escolha desta temática justifica-se na medida em que o mote central da pesquisa investiga questões relativas ao modo de encarar a resolução de conflitos no âmbito do processo administrativo tributário. Assim, considerando que o ponto de recorte epistemológico é radicado no processo administrativo tributário, nada mais relevante do que refletir sobre pontos fundamentais do sistema de tributação.

Neste sentido, considerando que a proteção aos direitos fundamentais é o centro gravitacional do Estado Democrático de Direito, bem como o ponto a partir do qual se fundam as teorias do direito, sob o paradigma do Constitucionalismo Contemporâneo, compreende-se que a sua efetivação depende de financiamento e de elaboração de políticas públicas²⁴⁴. Assim, por óbvio, esses elementos devem ser articulados a partir de uma matriz financiadora, isto é, o sistema de tributação.

Dito de outro modo, o que se quer dizer é que a efetivação dos direitos fundamentais na atual Sociedade demanda financiamento, o qual é proveniente dos tributos, de um modo geral, pagos pelos contribuintes. Com efeito, para ir além das tradicionais discussões sobre a importância da proteção e efetivação dos direitos fundamentais, a presente pesquisa preocupa-se com questões relativas aos custos.

²⁴⁴ “Num sentido amplo, as políticas públicas têm por objeto os Direitos Fundamentais, com destaque para os direitos sociais, e suas respectivas garantias, em que o Estado atua na condição de executor, coordenador ou fomentador da sua efetivação. São formas de concretização das políticas públicas, programas que visam proporcionar a fruição de direitos, como a garantia de um mínimo existencial, o acesso aos meios de transporte coletivo, assistência social, programas de moradia, saúde, educação, dentre outros.” (SEVEGNANI, Joacir. **A solidariedade social no estado constitucional de direito no Brasil**: Estado e Sociedade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 229).

Para tanto, será demonstrado que a proteção dos direitos fundamentais avançou ao longo dos anos, transformando-se de acordo com as facetas que assumiam a forma de se pensar a função Estado. Com isso, também transformou-se a forma e as razões de se cobrar impostos para tornar viável a concretização de direitos.

Em seguida, será demonstrado como funciona o sistema de arrecadação de impostos no Brasil. A partir de uma breve sistematização histórica sobre o federalismo fiscal e sua respectiva conceituação, será explicitado como funciona o sistema de federalismo fiscal, sem deixar de apontar as críticas e as limitações a esse modelo.

Por fim, também será demonstrado que o atual sistema de arrecadação e distribuição dos recursos fazendários possui uma estrutura deficitária e injusta que é incapaz de cumprir com seu papel de transformação e desenvolvimento social. Diante das críticas apresentadas, ao final se defenderá a necessidade de reforma do sistema tributário, indicando-se alguns pontos críticos que, sob a perspectiva da presente pesquisa, é imprescindível que o reformador observe.

2.1 O CUSTO DOS DIREITOS: o dever de pagar tributos como condição de possibilidade para efetivação de Direitos Fundamentais

O modo de projeção de um Estado é determinante para se verificar como ocorreu a implementação dos Direitos ao longo dos anos. Observando através de uma perspectiva histórica, tradicionalmente as facetas do Estado assumem as versões de Estado absolutista, liberal, social e, na contemporaneidade, a versão de Estado Democrático e Constitucional de Direito. Este último procura condensar as duas formas antecedentes, com raízes constitucionais e democráticas, próprio da nomenclatura que carrega.

Para compreender essa imbricada relação que ocorre entre o Estado e a percepção

dos direitos é imprescindível voltar no tempo e trazer à memória a luta histórica e o significado que leva consigo, justificando na contemporaneidade a função do Estado e seu dever de proteger e promover direitos.

Assim, merece destaque a Revolução Russa que, em 1918, rompeu com os limites do Estado de direito com a reivindicação de representação democrática anti-czarista, oferecendo uma nova apresentação da função do Estado, através de uma alternativa radical ao Estado de Direito Liberal²⁴⁵. Surge, então, o Estado Social²⁴⁶.

²⁴⁵ NOVAIS, Jorge Reis Novais. **Direitos Sociais – Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 18.

²⁴⁶ Muito embora o referencial teórico adotado na presente pesquisa seja Jorge Reis Novais, evidentemente não se ignora tantos outros que dissertam sobre a temática da teoria do Estado. Nesse sentido, cumpre ressaltar que ao longo dos anos, o sentido do Estado passou por profundas transformações, em decorrência do desenvolvimento de processos sociais, culturais, políticos e jurídicos. Todavia, seria equivocados dizer que cada ponto de transformação (sobre a função do Estado), ignorou-se a carga histórica anterior. Em verdade, todas as vezes em que o Estado passou por transições levou consigo sua historicidade, assumindo novas posturas, em tese mais progressistas, em relação à sua própria função para com a sociedade, mas sem abrir mão de conquistas anteriores. Assim, cumpre recordar a lição de Lenio Luiz Streck e José Luis Bolzan de Moraes, para quem o Estado apresentou sua primeira faceta na forma absolutista, para depois se tornar Estado Liberal, posteriormente passando a ser Estado Social e tornando-se, o que é atualmente, o Estado Democrático de Direito. Neste último, intenta-se “conjugam o ideal democrático ao Estado de Direito, não como uma aposição de conceitos, mas sob um conteúdo próprio em que estão presentes as conquistas democráticas, garantias jurídico-legais, e a preocupação social. Tudo constituindo um novo conjunto onde a preocupação básica é a transformação do *status quo*”. (STRECK, Lenio L. E MORAIS, José Luis Bolzan de. Comentário ao art. 1º. In: Canotilho, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.) **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 113). Dito de outro modo, o que se quer dizer é que a atual formação de Estado conjugam as liberdades individuais e restrição de poderes políticos, conquistadas no período do Estado liberal, juntamente com o compromisso de transformação social, assumido no Estado Social, conjugadas com as conquistas democráticas. Com isso, o “Estado Democrático de Direito tem um conteúdo transformador da realidade, não se restringindo, como o Estado Social de Direito, a uma adaptação melhorada das condições sociais de existência. Assim, o seu conteúdo ultrapassa o aspecto material de uma concretização de vida digna ao homem e passa a agir simbolicamente como fomentador da participação pública no Processo de construção e reconstrução de um projeto de sociedade, apropriando-se do caráter incerto da democracia para veicular uma perspectiva de futuro voltada à produção de uma nova sociedade. Na qual a questão da democracia contém e implica, necessariamente, a solução do problema das condições materiais de existência.” (STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN, José Luis Bolzan de Moraes. **Ciência Política e teoria do Estado**. 8.ed.rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 98). Outro autor importante que se deve levar em conta sobre o Estado Contemporâneo é Cesar Luiz Pasold, para quem nos Discursos Constitucionais dos Estados Contemporâneos “encontra-se formalizado constitucionalmente o compromisso dos estados para com os anseios de suas Sociedades” posto que a sociedade exige que suas demandas “sejam atendidas com presteza pelo Estado Contemporâneo; e) o estado Contemporâneo deve comportar-se sob a égide da primazia do humano, submetendo o econômico à força social”. (PASOLD, Cesar Luiz. **Função Social do Estado Contemporâneo**. 3. ed. rev. atual. e ampl. Florianópolis: OAB/SC Editora co-edição Editora Diploma Legal, 2003, p. 59-62). “O Estado é, assim, redutível a uma das instituições do grande complexo que é o corpo político e, nesta condição, é seu papel especializar-se e dedicar-se aos assuntos pertinentes ao Bem Comum do

Os direitos reivindicados contra o Estado, tradicionalmente de matriz classista burguesa, passaram a assumir novos contornos, constringendo o Estado, especialmente em sua matriz soviética, a assumir novas feições. O resultado desse conturbado processo histórico passou a ser modelo de uma positiva concepção de direitos do homem. A partir de então, proclamou-se o Estado como tutor da realização dos direitos sociais²⁴⁷.

Foi especificamente a partir desse momento histórico em que os direitos dos trabalhadores passam a ser realizáveis por meio do Estado, deixando de lado a velha ideia de que os direitos seriam contra o Estado. Trata-se, portanto, de uma contraposição ao modelo anterior²⁴⁸. Isso foi possível em função de que as Constituições daquele período passaram a manifestar uma contundente valorização aos direitos sociais, até então inexistente nas constituições liberais²⁴⁹.

Entretanto, a principal defesa dos direitos sociais foi feita somente a partir da invenção do Estado Social Democrático de Direito. Com isto, o que se pretende não é a contraposição à sua versão liberal, mas visualiza o Estado como guardião de direitos sociais, integrado com aqueles individuais, anteriormente assegurados (na versão liberal). Essa nova visão sobre o propósito do Estado passou a ser composta de forma cumulativa no que diz respeito à percepção de direitos, na medida em que se vislumbrava a garantia de certa autonomia individual, juntamente com a assunção da responsabilidade do Estado pelas ideias de solidariedade, igualdade e justiça social²⁵⁰. Dito de outro modo, quer dizer que o Estado protege liberdades e promove, por meio de políticas públicas, o acesso a direitos.

corpo político.”(PASOLD, Cesar Luiz. **Concepção para o Estado contemporâneo**: síntese de uma proposta. Disponível em: <<http://conversandocomoprofessor.com.br/artigos/arquivos/concepcaoparaoestadocontemporaneo.pdf>>, Acesso em 24/01/2018).

²⁴⁷ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Sociais – Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 18.

²⁴⁸ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Sociais – Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 19.

²⁴⁹ É importante destacar que as Constituições liberais, provenientes dos movimentos constitucionalistas analisados ao longo do primeiro capítulo, preocupavam-se somente com a limitação do poder político, na medida em que seu conteúdo limitava-se a designar as funções do Estado para delimitar o âmbito de atuação, a fim de evitar arbitrariedades e autoritarismos.

²⁵⁰ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Sociais – Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 20.

Com efeito é necessário verificar que o sentido do termo “social”, quando se refere aos “direitos sociais”, não diz respeito à contraposição ao individual, mas trata-se de uma proposta política preocupada com a questão social. Isto é, a preocupação dos poderes políticos passa a vislumbrar também a problemática acerca do modo como os direitos podem proteger a Sociedade como um todo, colocando o senso coletivo como objeto de preocupação. Observe-se que o que diferencia estas formas de Estado não é um dado histórico, mas uma questão estrutural²⁵¹.

O que se quer dizer é que o Estado Social não suplanta por completo o Estado liberal, pois ocorreu o acolhimento de uma porção de conquistas obtidas no Estado em sua versão liberal. Um bom exemplo disso é o caso do direito de voto universal, uma das grandes conquistas adquiridas no âmbito dos direitos liberais, mas somente consolidada com o Estado social²⁵².

Nesse contexto, os direitos sociais passaram a fundar programaticamente a relação entre o Estado e a Sociedade em uma espécie de programa de realização. Há, ainda, de se considerar que se, o Estado assumiu a função de oferecer condições de possibilidades de realização de direitos, evidentemente o resultado dessa responsabilidade incorreu (e ainda incorre) em tensões de posicionamento político acerca da própria função do Estado e suas relações com a persecução da noção de bem. Daí surge a questão de sustentação política e a gestão de governo que acabam por determinar a relação Estado (Social) e a Sociedade.

Assim, a inclusão de direitos sociais nas Constituições, a sua programaticidade, própria de sua natureza, faz com que a escolha pela sua realização seja plena. Com isso, chega-se então à conclusão teórica de que se houver a titularidade de um direito social, em decorrência disso, intuitivamente, significa que há possibilidade de judicialização de tal direito²⁵³.

²⁵¹ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Sociais – Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 20.

²⁵² NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Sociais – Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 20-21.

²⁵³ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Sociais – Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos**

No entanto, ainda que a possibilidade de judicialização de direitos sociais e a interferência direta da esfera jurídica e na esfera administrativa possa parecer uma boa ideia, o fato é que tal interferência traz consequências. Dentre elas a questão de que há um desvio do planejamento central, fazendo com que uma parcela de recursos destinados a uma política geral seja direcionada para beneficiar apenas uma parcela minoritária (isto é, aquela parcela que faz requerimento de direitos via Poder Judiciário)²⁵⁴.

Demonstrado, então, que a concepção do Estado está diretamente ligada ao modo de encarar a implementação dos direitos e visto que atualmente sob o paradigma do Estado Democrático de Direito, vislumbra-se que os Direitos Sociais formam um programa de trabalho demandando ação política do Estado²⁵⁵, chega-se à questão do custo e da gestão de tais custos para os direitos. Eis aí um ponto por vezes deixado de lado: a reflexão acerca do financiamento de tais deveres do Estado. Diante disso, pode-se questionar: quem paga a conta da implementação dos Direitos?

Uma Sociedade organizada está necessariamente ancorada em deveres fundamentais que dão suporte e funcionamento e, portanto, ao financiamento desta comunidade. Neste sentido, deve-se considerar que a existência do Estado e toda a complexidade de sua estrutura, bem como o sistema de funcionamento das instituições democráticas, envolve gastos financeiros que são

Fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 27.

²⁵⁴ Novais ainda aponta que “essa parcela minoritária não é formada por excluídos, em nome dos quais justamente se havia desenvolvido os direitos sociais. Quem acaba por ser beneficiado é uma camada social instruída e organizada que tem condições de pagar por advogados e por uma justiça que não está ao alcance de todos”. (NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Sociais – Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais.** Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 27).

²⁵⁵ No que toca ao problema da exigibilidade de tais direitos, a presente pesquisa filia-se ao pensamento de Christian Courtis e de Víctor Abramovich (ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles.** Prólogo de Luigi Ferrajoli. 2ª ed. Madrid: Trotta, 2004), para quem os direitos sociais são exigíveis, devido a razões estritamente jurídicas, de estrutura jurídica normativa, não sendo, portanto, uma matéria submetida a “boa vontade política” (STRAPAZZON, Carlos Luiz. QUADROS, Francielly Glovacki de. **A EXIGIBILIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS:** uma primeira análise da teoria de christian courtis. Disponível em: <<http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=1fcd4d0ad75c6f5c>>, acesso em 19/04/2019.

custeados através do dever de pagar tributos²⁵⁶.

Em um momento inicial, portanto, é imprescindível colocar que todos os direitos têm custos públicos, implicando cooperação social, bem como responsabilidade individual. Neste sentido, José Casalta Nabais nega a ideia de que a realização de proteção de direitos negativos, circunscritos especialmente nas figuras da propriedade e da liberdade, teria apenas custos privados. Para Nabais, a proteção e a realização de (quaisquer) direitos por parte das autoridades públicas exigem avultados recursos financeiros²⁵⁷.

Para o jurista português, é equivocada a ideia de que os direitos de liberdade advêm da noção de que os custos dos direitos sociais possuem imediata expressão econômica, tanto em relação daqueles que arcam com o seu financiamento como daquele que é beneficiado com tal direito. Em contrapartida, os direitos de liberdade por não implicarem uma direta percepção, passam a falsa ideia de dispensarem custos para sua realização, quando na verdade existem custos gerais, que não implicam uma direta percepção, isso em ambas as dimensões dos direitos, seja liberal ou social. Neste sentido, um exemplo de direito de liberdade é o direito de propriedade que, para sua defesa, dispensa um grande aparato estatal, com cartórios e registros demandando altos custos, saindo, portanto, da tão propalada e irrefletida ideia de gratuidade de tal direito.

Em função destas circunstâncias é necessário fazer uma crítica reflexiva sobre o Estado fiscal, especialmente sobre sua estrutura arquitetada sobre os tributos, como seu principal suporte financeiro. Em rápido raciocínio, os tributos são o preço que se paga para ter uma Sociedade minimamente organizada. Trata-se do preço da liberdade. É o mesmo que dizer que os tributos garantem à Sociedade, de um modo geral, a liberdade de acesso aos direitos²⁵⁸.

²⁵⁶ “As necessidades públicas são concretizadas pela atuação do Estado que toma para si a responsabilidade de provê-las. Os recursos necessários ao financiamento destes serviços são obtidos quase que exclusivamente através da arrecadação de tributos.” (SEVEGNANI, Joacir. **A Resistência aos tributos no Brasil: Estado e Sociedade**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009. p. 120).

²⁵⁷ NABAIS, José Casalta. **Por uma liberdade com responsabilidade** – Estudos sobre Direitos e Deveres Fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 177.

²⁵⁸ NABAIS, José Casalta. **Por uma liberdade com responsabilidade** – Estudos sobre Direitos e

Considerar que os tributos existem para servir às condições de possibilidades de efetivação dos direitos faz com que a velha noção de um Estado tributário, própria da modernidade, perca sua tonalidade mais forte e seja substituída pela noção de que a tributação é um dever cívico. Neste sentido, a noção de Estado fiscal exsurge como resultado de um processo histórico que ocorre uma separação fundamental entre Estado e Economia, sendo que suas funções são limitadas, considerando um razoável grau de intervenção, desde que limitado à promoção da justiça social²⁵⁹.

Com isso, surge a noção de cidadania fiscal, cuja implicação diz respeito a todos os membros da comunidade. Isto é, todos os cidadãos devem suportar os custos do Estado, pois são portadores da qualidade de destinatários do dever fundamental de pagar tributos²⁶⁰, de acordo com as possibilidades da medida de sua capacidade contributiva²⁶¹.

A cidadania passa a adquirir o sentido de que sua titularidade de direitos e deveres liga-se ao pertencimento de uma comunidade e que, portanto, sua participação de um modo geral também ocorre pela via da contribuição para a vida pública. Trata-se, então, de um dever-direito, pois de um lado todos contribuem para o seu suporte financeiro, de outro lado, confere-lhes o direito de exigir do Estado que os membros das comunidades sejam constituídos desse dever, havendo uma simultânea obrigação que posteriormente financia uma contraprestação do Estado²⁶².

No que diz respeito ao financiamento da prestação de direitos,

Deveres Fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 181.

²⁵⁹ NABAIS, José Casalta. **Por uma liberdade com responsabilidade** – Estudos sobre Direitos e Deveres Fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 185.

²⁶⁰ “É um dever que indiretamente está relacionado com os Direitos Fundamentais, como a liberdade. Sem tributos, o cidadão somente desfrutaria fugazmente de maior liberdade. Os cidadãos ver-se-iam submetidos em breve prazo à violência, à arbitrariedade e à justiça privada dos demais membros do grupo social. Afirmar que os tributos são o preço da liberdade não constitui mera falácia.” (SEVEGNANI, Joacir. **A solidariedade social no estado constitucional de direito no Brasil**: Estado e Sociedade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 233-234).

²⁶¹ NABAIS, José Casalta. **Por uma liberdade com responsabilidade** – Estudos sobre Direitos e Deveres Fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 190.

²⁶² NABAIS, José Casalta. **Por uma liberdade com responsabilidade** – Estudos sobre Direitos e Deveres Fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 190.

Stephen Holmes e Cass R. Sunstein²⁶³ escreveram uma obra paradigmática que desmitifica a ideia de que haveria casos em que a prestação de direitos dispensaria o financiamento estatal. Intitulado “O custo dos direitos”, a obra provocativa é evocada neste ponto de reflexão da pesquisa — eis a razão de homenageá-la, colocando seu título nesta parte do capítulo.

De acordo com os juristas americanos, nenhuma forma de proteção ou promoção de Direitos dispensa a atuação do aparato ou de financiamento por parte do Estado. Mesmo que tradicionalmente se defenda que os direitos de liberdade, ou conhecidos como “direitos de primeira dimensão”, estejam ligados à ideia de que para sua efetivação bastaria apenas a abstenção dos agentes do Estado. Trata-se, portanto, de uma exortação ao reconhecimento de que existe uma estrita vinculação entre direitos e gastos, isso porque qualquer direito, para ser satisfeito, requer uma ação em função de sua positividade, ainda que essa atuação não seja tão aparente.

Com efeito, pensar através dessa perspectiva remete à preocupação que diz respeito ao gerenciamento da arrecadação de impostos e ao próprio papel do Estado na contemporaneidade. Um bom exemplo disso é o direito de propriedade que, como visto anteriormente, foi conquistado ao longo dos séculos através de grandes revoluções, especialmente com a Revolução Gloriosa (ver capítulo 1, tópico 1.1.1).

Assim, deve-se considerar que o direito de propriedade, para ser assegurado, demanda toda a uma organização político-jurídica com capacidade de dar conta de cifras astronômicas que são gastas em toda nação para proteger a propriedade privada mediante à punição e prevenção de crimes, o que indica claramente que direitos de primeira dimensão demandam altos custos.

A título ilustrativo, no ano de 2016 o Brasil gastou cerca de 76,3 bilhões de reais com políticas de segurança pública, sendo que esse valor é o resultado da soma dos custos da União, Estados e Municípios. Evidentemente,

²⁶³ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. **El costo de los derechos**: por qué la libertad depende de los impuestos. 1.ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011.

mesmo que a segurança seja pública, o mote de proteção é a propriedade privada, especialmente quando a grande maioria dos crimes é contra o patrimônio²⁶⁴.

Esse é apenas um exemplo, mas se parar para refletir, considerando o paradigma do Estado Democrático de Direito, cuja preocupação circunscrita na Constituição Federal de 1988 é dar forma aos direitos, vistos como promessas a serem cumpridas, dado sua postura compromissória, existe uma infinidade de outras demandas. Dentre elas, pode-se mencionar a erradicação da pobreza e do analfabetismo (art 3º III, art. 214 I), além de uma série de Direitos Fundamentais positivados especialmente nos artigos 5º, 6º e 7º.

Desse modo, se a função do Estado na contemporaneidade é fazer com que essas promessas sejam efetivamente cumpridas ao longo do tempo, através de políticas públicas, sendo refratário de um contrato social que leva em conta muito mais do que a segurança, mas garante a promoção do bem-estar da comunidade, assim sua correspondência deve ser no sentido de regulamentar e promover a efetividade de tais projeções. Para tanto, existe todo um aparato que demanda a regulamentação e organização de uma infraestrutura que funciona às expensas do contribuinte, tarefa esta que, ratifique-se, não é barata.

Para fazer isso, o governo deve recolher recursos por meio dos tributos e depois canalizá-los de forma inteligente e responsável. Fazer cumprir os direitos implica, portanto, em cobrar tributos. Mesmo que a orientação política de uma Sociedade seja liberal, é necessário dizer que o próprio mercado depende dos governos para que se mantenha minimamente o respeito à lei, especialmente no que diz respeito ao cumprimento de contratos²⁶⁵.

No entanto, se há um direito fundamental a ser custeado pelo Estado, por outro lado há um dever fundamental, que faz parte da própria noção do exercício da cidadania: o dever de pagar tributos. A tributação é parte importante

²⁶⁴ Fórum Brasileiro de Segurança Pública. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública**. ISSN 1983-7364 ano 10 2016 2016, p. 07 Disponível em: <http://www.forumseguranca.org.br/storage/download//anuario_site_18-11-2016-retificado.pdf> Acesso em 17/05/2017.

²⁶⁵ HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass. **El costo de los derechos**: por qué la libertad depende de los impuestos. 1.ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011, p. 97.

para a manutenção da Sociedade humana de tal modo que é possível dizer que, onde existe comunidade, existe alguma forma de tributação. Neste sentido, como tributo será considerado toda a forma de contribuição da vida privada destinada à manutenção da esfera pública. Esta última será considerada como toda forma de organização institucional que possui objetivos gerais em oposição a objetivos meramente particulares²⁶⁶.

Assim, em termos metafóricos, pode-se dizer que são dois lados de uma mesma moeda. Se de um lado o Estado deve custear a implementação de direitos, de outro, há um dever de solidariedade em função da comunidade em que se vive, isto é, o dever de pagar tributos.

Refratário de uma constituição compromissória, o Direito Tributário, como resultado de inúmeras lutas políticas contra o poder, pela manutenção de uma esfera privada autônoma e digna, tem por objetivo levar os indivíduos de uma condição de servidão à condição de cidadãos. Essa postura decorre do fato de que o sistema de tributação assumiu uma série de princípios constitucionais que carregam consigo a noção de justiça, de equidade e solidariedade, para dizer o mínimo. A partir desses pressupostos fundantes supera-se a noção meramente contratual entre Estado e cidadão, surgindo uma relação jurídica fundada na Constituição, como pacto fundamental de uma esfera cívica (*cives*) de liberdade e igualdade entre o público e o privado²⁶⁷.

A superação da noção de relação de subserviência entre o indivíduo e o Estado surge com a noção de Estado fiscal. O Estado fiscal significa, pois, a separação fundamental entre Estado e a Economia, separação entre a sustentação financeira daquele através da sua participação nas receitas da economia produtiva, pela via do tributo. Com isso, quer-se dizer que, desvinculados, ambos possuem ocupações distintas, portanto, enquanto de um lado o Estado orienta-se pela ideia de realização da justiça, por outro, a Economia é guiada pelo

²⁶⁶ CALIENDO, Paulo. **Reserva do possível, direitos fundamentais e tributação**. In: SALET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 183.

²⁶⁷ CALIENDO, Paulo. **Reserva do possível, Direitos Fundamentais e tributação**. In: SALET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 183.

lucro. Ainda que com determinadas implicações recíprocas, o Estado fiscal é limitado, o que não significa ser a-econômico. Na verdade, o que ocorre é a defesa de um maior ou menor grau de intervenção²⁶⁸ do Estado no sistema econômico, a fim de que se alcance a pretendida justiça social.

Com isso, tem-se a noção de cidadania fiscal. Isto é, que todos os membros da comunidade devem suportar o Estado, pois todos possuem a qualidade de destinatários do dever fundamental de pagar tributos, na medida de sua capacidade contributiva. Então, o Estado Democrático de Direito é um Estado fiscal, na medida em que implica uma cidadania de liberdade cujo preço reside no fato de que todos os integrantes da comunidade são destinatários do dever fundamental de pagar tributos²⁶⁹.

Pagar tributos, portanto, é um exercício de cidadania, pois esta última traz consigo a titularidade de direitos e deveres, detentores de um nível de igualdade. Se o exercício da cidadania exsurge do pertencimento de uma comunidade e da viabilidade de participação em sua formação, logo, um dos caminhos de contribuição é o pagamento de tributos, a fim de se financiar melhorias na Sociedade em que se está inserido.

Pode-se dizer, então, que pagar tributos é um dever-direito, pois se de um lado todos contribuem para o seu suporte financeiro, de outro, confere-lhes o direito de exigir do Estado que os membros das comunidades sejam constituídos desse dever. Assim, há uma simultânea obrigação que posteriormente financia uma contraprestação do Estado.

²⁶⁸ NABAIS, José Casalta. **Por uma liberdade com responsabilidade** – Estudos sobre Direitos e Deveres Fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 191.

²⁶⁹ NABAIS, José Casalta. **Por uma liberdade com responsabilidade** – Estudos sobre Direitos e Deveres Fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 190.

2.2 NOTAS SOBRE FEDERALISMO FISCAL

O Sistema de tributação no Brasil é orientado pelo arranjo institucional chamado “federalismo fiscal” que determina o modo de organização da faceta financeira-fiscal do Estado. De um modo geral, federalismo trata de como os desenhos institucionais de um Estado são estruturados, especialmente em função das particularidades geográficas e étnicas de Estados, como o caso do Brasil que possui dimensões continentais e com as mais variadas expressões culturais.

Decorrente do princípio federativo, consagrado no artigo 1º da Constituição Federal, seu conteúdo diz respeito à definição da forma de organização política do Estado como um todo, em relação aos seus entes federativos, os Estados-membros, que, no caso brasileiro, estão em união indissolúvel. Dotados de autonomia, a finalidade de cada ente é a criação e manutenção do Estado Federal, para quem não perdem sua personalidade jurídica, mas somente fazem concessões de algumas prerrogativas, como é o caso da soberania — que se expressa somente no plano internacional —, em benefício de todo o Estado Federal²⁷⁰.

O federalismo pode ser compreendido como resultado de um processo histórico²⁷¹ que se consolidou em dois modelos. O primeiro deles é o resultado da sobreposição de um Estado (federal) sobre outros já existentes, como foi o caso da formação federativa dos Estado Unidos e da Alemanha, chamado de federalismo por agregação. Outro modelo de federalismo é aquele em que se tem por pressuposto a obediência imperativa política de um Estado, que descentraliza seus polos de poder, fazendo surgir estados sub-postos²⁷², como é o caso do Brasil.

²⁷⁰FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 294.

²⁷¹ “O Estado federal é um fenômeno moderno que só aparecerá no século XVIII, apesar de terem surgido, no passado, algumas alianças dessa natureza, a exemplo da Confederação Hevética de 1291, quando três cantões estabeleceram um pacto de amizade e de aliança que se ampliou, e em 1848 veio a formar o Estado Federal da Suíça.” (SEVEGNANI, Joacir. **A solidariedade social no estado constitucional de direito no Brasil**: Estado e Sociedade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 199-200).

²⁷² GRASSO, Marlene Savóia. O Sistema Federativo. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. **Instituto Brasileiro de Direito Constitucional**, ano 1, nº3, p. 59-79. São Paulo: RT, abr/jun, 1993, p. 66.

Quando um Estado baseia-se sob o princípio do federalismo, sua estrutura materializa-se por meio de um órgão central que irradia sua autoridade, cujos efeitos se estendem por todo um país. Com isso, outros órgãos exercem também autoridade sobre determinadas parcelas daquele território. Assim, os Estados federados são dispostos num todo, constituindo uma unidade substancial indivisível e uma unidade formal que se divide em Estados-membros e em municípios.²⁷³

A adoção de um sistema federalista acontece geralmente em países democráticos de territórios extensos, como o caso dos Estados Unidos, Brasil e Austrália. Mas, também, pode ocorrer em função da diversidade étnica de uma população, como é o caso da Bélgica. Cada um destes países citados possui um sistema federativo com peculiaridades variadas, mas que, em essência, preocupam-se em estabelecer constitucionalmente um governo federal para centralizar as diretrizes básicas e gerais de competências políticas, deixando em aberto questões que devem ser ajustadas pelos governos dos entes federados, conforme suas respectivas condições²⁷⁴.

Então, a noção de federalismo fiscal está vinculada à função e às interações institucionais que ocorrem entre os centros de poder, divididos dentro do sistema federal, com atenção especial voltada à arrecadação e à distribuição dos recursos adquiridos das partes que o compõem. Trata-se de uma atenção específica sobre as instituições que assumem as competências tributárias que devem levar em consideração elementos como o interesse público, o modo de cobrar os tributos, de quem cobrar e sobre o que cobrar, sempre, em tese, considerando as particularidades dos Estados-membros. Em suma, trata-se da elaboração e análise do processo de tomada de decisão em matéria fiscal.

A assunção de um modelo federalista é, via de regra, decorrente de uma escolha constitucional. Cumpre à Constituição assumir claramente a opção pela Federação, garantindo uma estrutura formada pela união

²⁷³ BOFF, Salete Oro. **Reforma tributária e federalismo**: entre o ideal e o possível. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed, 2005, p. 21

²⁷⁴ ANDERSON, George. **Uma visión general del federalismo fiscal**. Trad. Mario Kölling. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 19-20.

indissolúvel dos entes, cuja organização funda-se na pluralidade de ordens jurídicas em um mesmo território estatal. Assim, o poder é centralizado em um ponto – que no caso do Brasil é a União –, cujas normas são nacionais e regionais, caracterizadas pelo ordenamento parcial²⁷⁵, mas preserva-se um espaço de autonomia para os integrantes da federação ocuparem para normatizar suas respectivas necessidades, de acordo com suas particularidades.

Para tanto, a Constituição fixa competências políticas, que ao mesmo tempo que centraliza determinadas matérias, faz delegações de outras matérias, permitindo que as partes se auto-organizem por meio de legislações próprias. Assim, cabe à Constituição assegurar a coexistência dessas duas dimensões dentro do ordenamento jurídico de forma harmoniosa.

Cada unidade federada possui sua autonomia razoavelmente preservada, distribuindo parcela do poder político. Cumpre mencionar que em Estados unitários, ocorre justamente o contrário, isto é, não há a descentralização das competências administrativas e políticas²⁷⁶.

No que toca à autonomia dos entes pertencentes a um estado federal, ratifique-se que é mantida e coexiste alinhada junto a um ente central que, juntos, formam o cerne de um Estado Federal. Dito de outro modo, quer dizer que é justamente a autonomia que vai identificar o Estado Federal, pois é ela que expressa o poder dos entes federados, capaz de preservar a unidade da norma jurídica instituidora do Estado federal, observando um sistema jurídico único, sem desconsiderar as particularidades de cada região²⁷⁷.

Com efeito, a centralização aparente decorre da existência de

²⁷⁵ BOFF, Salete Oro. **Reforma tributária e federalismo**: entre o ideal w o possível. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed, 2005, p. 26.

²⁷⁶ Cumpre referir a complexa distinção entre Estado federal e Estado unitário descentralizado. Todavia, alguns pontos indicam as diferenças entre as duas formas de Estado. No Estado federal, presencia-se a divisão de poder e os Estados-Membros podem elaborar sua Constituição. No Estado Unitário, descentralizado, ocorre somente a divisão da administração (delegação do poder central), não configurando-se, assim, sua formação por entes autônomos. (BOFF, Salete Oro. **Reforma tributária e federalismo**: entre o ideal w o possível. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed, 2005, p. 29).

²⁷⁷ BOFF, Salete Oro. **Reforma tributária e federalismo**: entre o ideal e o possível. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed, 2005, p. 30.

normas federais que são seguidas por todos os membros da federação. Neste sentido, cumpre mencionar que cada Estado possui participação na elaboração das leis, através de seus representantes eleitos, para exercer o poder político no poder Legislativo.

A descentralização do poder ocorre pela delegação de competências, a qual delimita o espaço de autonomia de cada ente federativo. A repartição horizontal de competências atribuídos aos Estados-membros limita a atuação política e administrativa, agindo de forma diversa sobre a autonomia. É limitadora quando exclui da área estadual as matérias confiadas à União. Por outro lado, é fomentadora da autonomia quando assegura aos Estados-membros o campo dos poderes reservados²⁷⁸. Não se pode esquecer do município que, com uma esfera bem mais limitada de atuação, pode autogovernar-se, sendo resguardadas as devidas restrições constitucionais.

Assim, a ideia de federalismo pode ser compreendida na assertiva de autonomia e descentralização do poder político, derivadas de um centro de poder que mantém o controle central do exercício de poder.

A concretização do sistema geopolítico brasileiro em uma federação foi consolidada pelo Decreto nº 1 de 15 de novembro de 1889, que proclamou a República Federativa do Brasil. No entanto, é necessário considerar que há uma trajetória que foi cumprida até que chegasse o momento em que o Brasil se tornou efetivamente uma federação. Elementos como as grandes extensões territoriais, as diversidades culturais de cada região, com as mais variadas etnias, os fatores econômicos e sociais foram fundamentais para fomentar a demanda de descentralização do poder de matriz monárquica e centralizadora.

Com efeito, no Brasil Imperial, logo após a desvinculação do território brasileiro da Coroa Portuguesa, foi consagrado um Estado unitário e centralizador que triunfou com a monarquia. Todavia, a estrutura que concentrava poderes gerou descompasso entre as orientações políticas emanadas do poder em

²⁷⁸ BOFF, Salete Oro. **Reforma tributária e federalismo**: entre o ideal e o possível. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed, 2005, p. 31.

relação às condições da realidade brasileira, pois as orientações administrativas não eram capazes de corresponder aos anseios de cada região. Frente a esse descompasso, exurgiam diversos movimentos sociais que levantaram a bandeira do federalismo, na defesa da descentralização do poder, requerendo a criação de um Senado temporário e eletivo, a extinção do Poder Moderador, exercido pelo monarca e a eleição de presidentes das províncias²⁷⁹.

Esse anseio pela descentralização do poder político e administrativo culminou na edição do Ato Adicional de 1834 que ampliou as competências legislativas das Assembleias Provinciais, atribuindo certa autonomia às províncias. Com isso ocorreu a desvinculação do poder central em determinados pontos, deixando espaço para livre escolha dos administradores delegados através das Assembleias Provinciais, alargando as esferas de administração dos municípios²⁸⁰.

A luta pela descentralização foi um dos elementos que impulsionou o rompimento do regime imperial e a implementação da República Federal em 1889 que, com o Decreto nº 1, mencionado anteriormente, instituiu os Estados Unidos do Brasil, modernizando a política nacional com a ampliação da autonomia das Províncias. Desde então, é possível registrar maior ou menor grau de participação na arrecadação e na distribuição de recursos por parte dos governos estaduais e municipais.

Registre-se que o modelo de estrutura assumido no Brasil é inspirado no modelo americano. No entanto, cumpre mencionar que a constituição dos Estados Unidos em uma nação independente, foi a partir do pacto estabelecido entre as 13 colônias para lutar contra a monarquia inglesa, como é possível ver no capítulo 1 (1.1.2.), da presente pesquisa. Assim, o modelo de federação americana formou-se com Estados autônomos, para a formação de um único Estado. Eis aí a razão de a autonomia dos Estados-membros daquele país ser tão forte, verificando-se até hoje grandes discrepâncias entre os microssistemas político, administrativo e

²⁷⁹BOFF, Salete Oro. **Reforma tributária e federalismo**: entre o ideal e o possível. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed, 2005, p. 58.

²⁸⁰BOFF, Salete Oro. **Reforma tributária e federalismo**: entre o ideal e o possível. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed, 2005, p. 58.

jurídico, em função da manutenção da sua própria identidade.

Desde o momento em que foi implementado, o sistema federalista, como forma de administração do poder político, ao longo dos anos, oscilou entre a centralização e descentralização. A maior restrição de autonomia dos entes federados ocorreu, especialmente em 1964, com a instauração do regime ditatorial no Brasil²⁸¹, assumindo um caráter centralizador e opressor.

Com efeito, merece destaque a reforma tributária levada a cabo em 1967 que perseguia a estabilização da economia, que dependia da eliminação de déficits fiscais e a retomada do crescimento, exigindo a recuperação da capacidade do Estado de proporcionar um ambiente favorável ao desenvolvimento. Os responsáveis pela reforma, então, preocupavam-se com a repartição de competências tributárias e a disponibilidade de recursos orçamentários na Federação²⁸².

Deste modo, ao mesmo tempo em que a recuperação dos tributos federais e a ampliação de competências tributárias de estados e municípios permitiam uma melhor exploração das bases tributárias próprias, foram criados fundos de participação que permitiam que aquelas unidades federadas, cuja base econômica fosse insuficiente para garantir um orçamento compatível com as necessidades de sua população, tivessem condições de ter sua receita reforçada por recursos provenientes dos repasses fornecidos pelos fundos constitucionais²⁸³.

O elemento fundamental dessa reforma era a criação de mecanismos que proporcionassem a cooperação entre os governos, através de políticas de modernização de infraestrutura, transporte, comunicação e energia. Os fundos próprios, formados por tributos federais incidentes sobre combustíveis, energia e telecomunicações, eram repartidos entre os estados e municípios e

²⁸¹ Movimento semelhante também pode ser notado durante o “Estado Novo” de Getúlio Vargas, o qual também operou uma grande concentração de poderes em detrimento dos estados federados.

²⁸² REZENDE, Fernando. Modernização tributária e federalismo fiscal. In: REZENDE, Fernando; OLIVEIRA, Fabrício Augusto de. **Descentralização e federalismo fiscal no Brasil**. Desafios da Reforma Tributária. Rio de Janeiro: Konrad Adenauer Stiftung, 2003, p. 26.

²⁸³ REZENDE, Fernando. Modernização tributária e federalismo fiscal. In: REZENDE, Fernando; OLIVEIRA, Fabrício Augusto de. **Descentralização e federalismo fiscal no Brasil**. Desafios da Reforma Tributária. Rio de Janeiro: Konrad Adenauer Stiftung, 2003, p. 26.

utilizados na implementação de políticas de investimento executadas em parceria por instituições federais, estaduais e municipais²⁸⁴.

A reforma em questão conseguiu alcançar seus efeitos esperados. O endosso da cooperação intergovernamental, para implementação de infraestrutura, vistas como responsabilidade do Estado para proporcionar desenvolvimento econômico, auxiliou no impulso em direção ao processo de industrialização. No entanto, ao longo do tempo, esse modelo começou a se esgotar, coincidentemente com o processo de transição gradual da ditadura para a democracia que culminou na constituinte de 1987²⁸⁵.

Nesse íterim, os constituintes elegeram a bandeira da descentralização que trouxe a estampa da ampliação das competências tributárias de estados e de municípios, defendida especialmente pelas unidades federadas mais desenvolvidas. Além disso, o aumento das transferências de receitas federais, sem qualquer condicionalidade quanto ao seu uso, defendida por aquelas unidades em menor desenvolvimento²⁸⁶.

Inaugurou-se, então, um regime democrático que trouxe no seu bojo a repartição de competências que distribui poderes entre a União, os Estados, os municípios e o Distrito Federal. Uma Constituição formal e rígida, como a brasileira, estabeleceu tal compartilhamento, impedindo que qualquer dos entes, por vontade própria, alterasse unilateralmente suas funções tanto no campo político, como no administrativo, legislativo e, especialmente, tributário²⁸⁷.

²⁸⁴ REZENDE, Fernando. Modernização tributária e federalismo fiscal. In: REZENDE, Fernando; OLIVEIRA, Fabrício Augusto de. **Descentralização e federalismo fiscal no Brasil**. Desafios da Reforma Tributária. Rio de Janeiro: Konrad Adenauer Stiftung, 2003, p. 27.

²⁸⁵ REZENDE, Fernando. Modernização tributária e federalismo fiscal. In: REZENDE, Fernando; OLIVEIRA, Fabrício Augusto de. **Descentralização e federalismo fiscal no Brasil**. Desafios da Reforma Tributária. Rio de Janeiro: Konrad Adenauer Stiftung, 2003, p. 27.

²⁸⁶ REZENDE, Fernando. Modernização tributária e federalismo fiscal. In: REZENDE, Fernando; OLIVEIRA, Fabrício Augusto de. **Descentralização e federalismo fiscal no Brasil**. Desafios da Reforma Tributária. Rio de Janeiro: Konrad Adenauer Stiftung, 2003, p. 28.

²⁸⁷ Conforme Daniel Costa Rodrigues, as competências administrativas delimitadas na Constituição dizem respeito à delimitação de atuação de pessoas políticas, nos assuntos relativos às atividades que não sejam legislativas ou jurisdicionais. A política ou legislativa, em sentido amplo, restringe-se à capacidade de produzir comandos gerais e abstratos, que inovam a ordem jurídica, exceto quanto à ação de tributar. Essa, por sua vez, a competência tributária, é a que outorga às pessoas políticas, a faculdade de legislar sobre a produção de normas jurídicas

Todavia, é necessário registrar que a essência o modelo de 1967 não foi alterado, o problema que veio com a reforma foi a perda do equilíbrio do regime de partilhas e de transferências de recursos. Se por um lado houve uma verdadeira amputação da cooperação intergovernamental referente à implementação de políticas prioritárias para a promoção do desenvolvimento. Por outro lado, houve certa atrofia nos incentivos fiscais ao desenvolvimento regional, comprometendo o equilíbrio do modelo de federalismo. Essa problemática se tornou cada vez maior quando o giro paradigmático constitucional trouxe consigo os direitos sociais no bojo da proteção social, quando o artigo 195²⁸⁸ da Constituição possibilitou a criação de novos tributos para dar cobertura financeira à essas novas obrigações²⁸⁹.

No que concerne às competências tributárias²⁹⁰ de cada ente

sobre tributos. (RODRIGUES, Daniel Costa. **Segurança constitucional tributária**. O sistema positivo brasileiro. Editora de Direito: Leme, 1997, p. 74-77).

²⁸⁸ “Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: I - dos empregadores, incidente sobre a folha de salários, o faturamento e o lucro; I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre: a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício; b) a receita ou o faturamento; c) o lucro; II - dos trabalhadores; II - do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201; III - sobre a receita de concursos de prognósticos; IV - do importador de bens ou serviços do exterior, ou de quem a lei a ele equiparar.” (BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 21/01/2017).

²⁸⁹ Conforme Rezende, o caráter genérico das vinculações das novas obrigações da União em relação à seguridade social não estabeleceu uma regra de cooperação intergovernamental na implementação das políticas prioritárias para a nova estratégia de desenvolvimento. Se em 1967, a ação do Estado se concentrava na modernização da infraestrutura econômica, essa prioridade, hoje, volta-se pra questões relacionadas à qualidade dos recursos humanos e à estabilidade institucional. Nesse caso, as ações voltadas para a melhoria da educação, saúde e segurança pública assumem um papel anteriormente reservado à disponibilidade de energia, transportes e comunicações, mas os instrumentos que sustentavam uma ação articulada no passado não foram reconstruídos. REZENDE, Fernando. Modernização tributária e federalismo fiscal. (REZENDE, Fernando; OLIVEIRA, Fabrício Augusto de. **Descentralização e federalismo fiscal no Brasil**. Desafios da Reforma Tributária. Rio de Janeiro: Konrad Adenauer Stiftung, 2003, p. 28-29).

²⁹⁰ De acordo com Marcelo Alexandrino e Paulo Vicente, “competência tributária pode ser compreendida como a atribuição ou o poder, diretamente haurido pela Constituição, para editar leis que abstratamente instituem tributos. Somente têm competência tributária as pessoas que possuem capacidade para legislar, ou seja, as denominadas pessoas políticas ou entes federados: União, Estados, DF e Municípios. Nenhuma outra pessoa jurídica possui competência tributária, nem mesmo as autarquias, pessoas jurídicas de direito público com as atribuições tipicamente estatais. O que pode ocorrer é que algumas autarquias recebam da pessoa política

da federação, a Constituição dividiu em ordinárias e extraordinárias. As competências tributárias ordinárias são indicadas pela Constituição, de forma expressa ou residual. A competência tributária extraordinária, por sua vez, é aquela que o texto constitucional indica expressamente a temática em questão²⁹¹.

Em qualquer nível da federação, os tributos podem ser criados somente mediante lei²⁹², devendo observar os interesses de cada região onde será gerado, bem como todos os princípios constitucionais referentes à matéria. As competências legislativas da Constituição Federal estão estabelecidas nos artigos 21, 22, 23, 24, 153 e 154. Estes dois últimos estabelecem as competências tributárias²⁹³.

que detém a competência tributária, por outorga, atribuições relativas à arrecadação e fiscalização de tributos, bem como à execução de atos normativos em matéria tributária e prerrogativas processuais. A pessoa jurídica de direito público que recebe, da pessoa política competente, tais atribuições passa a ter capacidade tributária ativa, ou seja, está apta a integrar a relação jurídica obrigacional tributária no polo ativo. Muito embora exista essa possibilidade, tal situação não lhes atribui competência tributária". (ALEXANDRINO, Marcelo; VICENTE, Paulo. **Direito Tributário na Constituição e no STF: teoria e jurisprudência**. 12ªed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007, p. 02-03.

²⁹¹ RODRIGUES, Daniel Costa. **Segurança constitucional tributária**. O sistema positivo brasileiro. Editora de Direito: Leme, 1997, p. 78).

²⁹² Neste ponto cumpre mencionar o princípio da anterioridade da lei tributária que "veicula a ideia de que deve ser suprimida a tributação de surpresa (que afronta a segurança jurídica dos contribuintes). Ele não permite que, da noite para o dia, alguém seja colhido por uma nova exigência fiscal. É ele, ainda, que exige que o contribuinte se depare com regras tributárias claras, estáveis e seguras. E, mais do que isso: que tenha o conhecimento antecipado dos tributos que lhe serão exigidos ao longo do exercício financeiro, justamente para que se possa planejar sua vida econômica." (CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional tributário**, 16ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 168).

²⁹³ Cf. art. 153 da Constituição Federal, "compete à União instituir impostos sobre: I - importação de produtos estrangeiros; II - exportação, para o exterior, de produtos nacionais ou nacionalizados; III - renda e proventos de qualquer natureza; IV - produtos industrializados; V - operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários; VI - propriedade territorial rural; VII - grandes fortunas, nos termos de lei complementar. § 1º É facultado ao Poder Executivo, atendidas as condições e os limites estabelecidos em lei, alterar as alíquotas dos impostos enumerados nos incisos I, II, IV e V. § 2º O imposto previsto no inciso III: I - será informado pelos critérios da generalidade, da universalidade e da progressividade, na forma da lei; § 3º O imposto previsto no inciso IV: I - será seletivo, em função da essencialidade do produto; II - será não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação com o montante cobrado nas anteriores; III - não incidirá sobre produtos industrializados destinados ao exterior. IV - terá reduzido seu impacto sobre a aquisição de bens de capital pelo contribuinte do imposto, na forma da lei. § 4º O imposto previsto no inciso VI terá suas alíquotas fixadas de forma a desestimular a manutenção de propriedades improdutivas e não incidirá sobre pequenas glebas rurais, definidas em lei, quando as explore, só ou com sua família, o proprietário que não possua outro imóvel. § 4º O imposto previsto no inciso VI do *caput*: I - será progressivo e terá suas alíquotas fixadas de forma a desestimular a manutenção de propriedades improdutivas; II - não incidirá sobre pequenas glebas rurais, definidas em lei, quando as explore o proprietário que não possua outro imóvel; III - será fiscalizado e cobrado pelos Municípios que assim optarem, na

As competências dos Estados são aquelas que não estão vedadas pela Constituição, conforme o parágrafo 1º, do artigo 25, isto é, aquelas remanescentes. Dito de outro modo quer dizer que aos Estados foi conferida a competência residual, além das expressas, competências comuns e competências concorrentes²⁹⁴. Elas estão descritas no artigo 155, junto com as competências do Distrito Federal. Por fim, quanto às competências dos municípios, as temáticas específicas são definidas especialmente no artigo 156²⁹⁵ da Constituição.

forma da lei, desde que não implique redução do imposto ou qualquer outra forma de renúncia fiscal. § 5º O ouro, quando definido em lei como ativo financeiro ou instrumento cambial, sujeita-se exclusivamente à incidência do imposto de que trata o inciso V do "caput" deste artigo, devido na operação de origem; a alíquota mínima será de um por cento, assegurada a transferência do montante da arrecadação nos seguintes termos: I - trinta por cento para o Estado, o Distrito Federal ou o Território, conforme a origem; II - setenta por cento para o Município de origem. O artigo 154, por sua vez, estabelece "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; II - na iminência ou no caso de guerra externa, impostos extraordinários, compreendidos ou não em sua competência tributária, os quais serão suprimidos, gradativamente, cessadas as causas de sua criação". (BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 21/01/2017).

²⁹⁴ Neste ponto, cumpre registrar os tipos de competências político-administrativas que podem ser classificadas em quatro modalidades distintas, a saber i) competências expressas: são aquelas que o texto constitucional menciona expressamente a quem pertence; ii) residuais, aquelas em que a Constituição reserva a uma das pessoas políticas de direito público os poderes que não estejam nem explícita, nem implicitamente compreendidos nas competências expressas de outra. Para identificá-las é preciso saber quais poderes não lhe são vedados; iii) competências comuns, são aquelas que o constituinte entendeu que deveriam pertencer simultaneamente à União, aos Estados, aos Municípios e ao Distrito Federal; iv) competências concorrentes são as que a Constituição Federal permite que seja exercida tanto pela União, quanto pelos Estados e Distrito Federal, de modo que incumbe à União legislar normas gerais e aos Estados cumpre complementá-las. (RODRIGUES, Daniel Costa. *Segurança Constitucional*. RODRIGUES, Daniel Costa. **Segurança constitucional tributária**. O sistema positivo brasileiro. Editora de Direito: Leme, 1997, p. 78).

²⁹⁵ "Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre: I - propriedade predial e territorial urbana; II - transmissão "*inter vivos*", a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição; III - serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, II, definidos em lei complementar. § 1º Sem prejuízo da progressividade no tempo a que se refere o art. 182, § 4º, inciso II, o imposto previsto no inciso I poderá: I - ser progressivo em razão do valor do imóvel; e II - ter alíquotas diferentes de acordo com a localização e o uso do imóvel § 2º O imposto previsto no inciso II: I - não incide sobre a transmissão de bens ou direitos incorporados ao patrimônio de pessoa jurídica em realização de capital, nem sobre a transmissão de bens ou direitos decorrente de fusão, incorporação, cisão ou extinção de pessoa jurídica, salvo se, nesses casos, a atividade preponderante do adquirente for a compra e venda desses bens ou direitos, locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil; II - compete ao Município da situação do bem. § 3º Em relação ao imposto previsto no inciso III do *caput* deste artigo, cabe à lei complementar: I - fixar as suas alíquotas máximas e mínimas; II - excluir da sua incidência exportações de serviços para o exterior. III - regular a forma e as condições como isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados". (BRASIL. Constituição

Na sequência, os artigos 157 a 159²⁹⁶, disciplinam que a União entregará aos Municípios e ao Distrito Federal parte da arrecadação de tributos que forem de sua competência, através de repasses automáticos, ou ainda, através do Fundo de Participação dos Municípios. Assim, a União faz a arrecadação de grande parte dos tributos, para depois dividir os recursos entre os entes federados.

Nessa conjuntura, a repartição de competências e de metas estabelecidas pela Constituição tem por objetivo proporcionar maior eficiência para a atuação da Administração Pública, na medida em que os entes federados são conhecedores de suas próprias condições e necessidades, de modo que, em tese,

(1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 21/01/2017).

²⁹⁶ “Art. 157. Pertencem aos Estados e ao Distrito Federal: I - o produto da arrecadação do imposto da União sobre renda e proventos de qualquer natureza, incidente na fonte, sobre rendimentos pagos, a qualquer título, por eles, suas autarquias e pelas fundações que instituírem e mantiverem; II - vinte por cento do produto da arrecadação do imposto que a União instituir no exercício da competência que lhe é atribuída pelo art. 154, I. Art. 158. Pertencem aos Municípios: I - o produto da arrecadação do imposto da União sobre renda e proventos de qualquer natureza, incidente na fonte, sobre rendimentos pagos, a qualquer título, por eles, suas autarquias e pelas fundações que instituírem e mantiverem; II - cinquenta por cento do produto da arrecadação do imposto da União sobre a propriedade territorial rural, relativamente aos imóveis neles situados, cabendo a totalidade na hipótese da opção a que se refere o art. 153, § 4º, III; III - cinquenta por cento do produto da arrecadação do imposto do Estado sobre a propriedade de veículos automotores licenciados em seus territórios; IV - vinte e cinco por cento do produto da arrecadação do imposto do Estado sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação. Parágrafo único. As parcelas de receita pertencentes aos Municípios, mencionadas no inciso IV, serão creditadas conforme os seguintes critérios: I - três quartos, no mínimo, na proporção do valor adicionado nas operações relativas à circulação de mercadorias e nas prestações de serviços, realizadas em seus territórios; II - até um quarto, de acordo com o que dispuser lei estadual ou, no caso dos Territórios, lei federal. Art. 159. A União entregará: I - do produto da arrecadação dos impostos sobre renda e proventos de qualquer natureza e sobre produtos industrializados quarenta e oito por cento na seguinte forma: a) vinte e um inteiros e cinco décimos por cento ao Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal; b) vinte e dois inteiros e cinco décimos por cento ao Fundo de Participação dos Municípios; c) três por cento, para aplicação em programas de financiamento ao setor produtivo das Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, através de suas instituições financeiras de caráter regional, de acordo com os planos regionais de desenvolvimento, ficando assegurada ao semiárido do Nordeste a metade dos recursos destinados à Região, na forma que a lei estabelecer; d) um por cento ao Fundo de Participação dos Municípios, que será entregue no primeiro decêndio do mês de dezembro de cada ano; II - do produto da arrecadação do imposto sobre produtos industrializados, dez por cento aos Estados e ao Distrito Federal, proporcionalmente ao valor das respectivas exportações de produtos industrializados. III - do produto da arrecadação da contribuição de intervenção no domínio econômico prevista no art. 177, § 4º, 29% (vinte e nove por cento) para os Estados e o Distrito Federal, distribuídos na forma da lei, observada a destinação a que se refere o inciso II, c, do referido parágrafo.” (BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 21/01/2017).

estejam mais habilitados a supri-las o máximo possível.

No entanto, uma leitura cuidadosa dos dispositivos constitucionais vem a constatar que a maior parte das receitas fiscais está nas mãos do governo federal, verificando-se um anacronismo no sistema de distribuição do produto da arrecadação tributária. Assim, se por um lado a autonomia é fundamental para permitir que os Estados tenham capacidade de tributar e de utilizar tais recursos para o manejo da Administração Pública de cada ente da federação, por outro lado, tais recursos são insuficientes para dar conta de suas próprias despesas.

O problema nesse sistema de arrecadação é justamente o fato de que os impostos Federais somam nove tipos diferentes, enquanto que os Estaduais são três e os municipais também somam três²⁹⁷, sendo que os tributos federais são os que mais arrecadam. Esse quadro configura uma evidente desigualdade no momento de arrecadação e distribuição de receitas, criando um *déficit* orçamentário decorrente do baixo nível de recursos que os próprios entes adquirem, como também pelo baixo retorno dos (altos) recursos arrecadados pela União.

Em relação à repartição de receitas, Evandro Costa Gama diz que a Constituição brasileira fixa as regras condutoras de sua execução, em que é possível identificar duas formas de implementação, a saber, *i*) a participação na arrecadação de determinado tributo e *ii*) pela participação de fundos²⁹⁸.

Para Gama, a primeira hipótese ocorre naquelas situações em que a competência para instituir e arrecadar o tributo pertence a uma determinada

²⁹⁷ Os impostos Federais somam nove tipos, a saber: II – Imposto sobre Importação; IOF – Imposto sobre Operações Financeiras; IPI – Imposto sobre Produto Industrializado; IRPF – Imposto de Renda Pessoa Física; IRPJ – Imposto de Renda Pessoa Jurídica; ITR – Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural; Cide – Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico; Cofins – Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social; CSLL – Contribuição Social sobre o Lucro Líquido; FGTS – Fundo de Garantia do Tempo de Serviço; INSS – Instituto Nacional do Seguro Social; PIS/Pasep – Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público); Os impostos Estaduais são três: ICMS – Imposto sobre Circulação de Mercadorias; IPVA – Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores; ITCMD – Imposto sobre a Transmissão Causa Mortis e Doação; Os Impostos Municipais são três: IPTU – Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana; ISS – Imposto Sobre Serviços; ITBI – Imposto sobre Transmissão de Bens Inter Vivos.

²⁹⁸ GAMA, Evandro Costa. A reforma tributária e a autonomia financeira das entidades subnacionais. (in) CONTI, José Maurício (org.). **Federalismo fiscal**. Barueri: Manole, 2004, p. 144.

unidade da Federação, mas a própria Constituição determina a entrega de parte do produto da arrecadação a outro ente federativo. É isso que acontece com o Imposto sobre a Propriedade Rural (ITR) e com o IOF sobre o ouro, por exemplo, quando definidos em lei para servir de atrativo financeiro ou como instrumento cambial. Neste caso, ambos são de competência da União, quando esta, por dever constitucional, entrega 50% do valor da arrecadação do primeiro aos Municípios (art. 158, II) e da totalidade do segundo ao Estado, Distrito Federal ou Territórios 30% e ao Município 70% (conforme § 5º, I e II, do art. 153).

A segunda hipótese de transferência de receitas está regradada pelo art. 159, I e 161, II, da Constituição. O primeiro artigo estabelece três tipos de fundos: a) Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal; b) Fundo de Participação dos Municípios, e c) Fundo de aplicação em programas de financiamento do setor produtivo das regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste. De outro modo, o art. 161, II determina que o legislador complementar possui competência para fixar os critérios de rateios dos fundos, com o objetivo de promover o equilíbrio socioeconômico entre os Estados e entre os Municípios²⁹⁹.

Conforme Ezequiel Antônio Ribeiro Balthazar, destacam-se como principais fontes de transferências da União para os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, previstas na Constituição o Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal – FPE; o Fundo de Participação dos Municípios – FPM; o Fundo de Compensação pela Exportação de Produtos Industrializados – FPEX; o Fundo de Manutenção e de Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério – Fundef; e o Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural – ITR³⁰⁰.

Esses Fundos de Participação existem justamente para reduzir as desigualdades regionais da Federação, funcionando como um instrumento de manutenção do equilíbrio federativo, de modo que representam um considerável

²⁹⁹ GAMA, Evandro Costa. A reforma tributária e a autonomia financeira das entidades subnacionais. (in) CONTI, José Maurício (org.). **Federalismo fiscal**. Barueri: Manole, 2004, p. 144-145.

³⁰⁰ BALTHAZAR, Ezequiel Antônio Ribeiro. Fundos constitucionais como instrumento de redução das desigualdades regionais da federação. (Org) CONTI, José Maurício (org.). **Federalismo fiscal**. Barueri: Manole, 2004, pp. 106-107.

percentual nas finanças dos entes da Federação.

Muito embora a existência dos fundos de participação seja oportuna para tentar amenizar as desigualdades econômicas, tais medidas ainda não são suficientes para cobrir o desequilíbrio fiscal, pois no fim de tudo, o repasse de valores ainda está no monopólio do governo federal.

Ocorre que essa estrutura traz um problema fundamental, que está no fato de que, se por um lado existe um eixo de autonomia fiscal dos entes federados, por outro, o maior número de arrecadação está de forma inconveniente na dependência do governo federal, pois é a este que cumpre a tarefa de distribuir as receitas mais expressivas, criando grande desequilíbrio nos repasses.

Como resultado desse desequilibrado sistema de arrecadação e distribuição entre os entes surge mais um problema chamado “guerra fiscal”. Trata-se de uma postura finalística que um ente da federação assume para tentar amenizar, com seus próprios meios, o descompensado sistema fiscal. Para tanto, resolve-se renunciar determinadas receitas, especialmente quando se trata de grandes empresas, para servir de atrativo no momento de instalação de suas fábricas, por exemplo. Trata-se, portanto, de abrir mão de recursos em um momento inicial, para tentar recuperá-los ao longo do tempo.

Essa postura, por parte dos entes federados, justifica-se mediante o argumento de que, diante dos incentivos fiscais, as empresas levariam a efeito suas instalações que, com o tempo, acabariam por gerar empregos, tanto de forma indireta, como de forma direta, invariavelmente movimentando a economia local. Com efeito, o resultado a longo prazo não é tão recompensador, na medida em que, além de a federação perder os incentivos que resolvera abrir mão, a consequência é que se torna refém daqueles incentivos, pois acaba sendo obrigado a conceder os mesmos benefícios não somente a uma, mas a diversas empresas anteriormente instaladas, para que permaneçam. Trata-se da formação de um sistema de barganha que prejudica a arrecadação eficiente de grandes valores para o fisco local.

Assim, o termo "guerra fiscal"³⁰¹ pode ser compreendido como a disputa entre as unidades da federação para atrair à sua esfera de domínio investimentos ou receitas tributárias oriundas de outros Estados. Esta prática se dá com a concessão de benefícios fiscais, financeiros e até mesmo de infraestrutura às empresas interessadas em investir ou transferir seus investimentos para o Estado que concede o benefício³⁰². Assim, o uso do termo "guerra fiscal" justifica-se por estar centrado no jogo com a receita e a arrecadação futura de tributos³⁰³, cuja finalidade é induzir a alocação de investimentos em determinados locais.

Nesse contexto, é importante mencionar que os anteriormente citados Fundos de Participação — cuja finalidade é reduzir as desigualdades regionais da Federação, para ser instrumento de manutenção do equilíbrio federativo —, em determinados casos, podem ter consequências inversas ao que se supõe seu destino. Isso acontece em razão de que esses fundos são destinados para atenuar

³⁰¹ "a guerra fiscal é um caso de uma classe geral de fenômenos que emergem quando iniciativas políticas (o uso de benefícios e iniciativas fiscais) dos governos subnacionais adquirem conotações negativas e geram efeitos econômicos perversos em decorrência do caráter insuficiente ou conjunturalmente inoperante do quadro político-institucional que regula os conflitos federativos, o qual se revela incapaz de garantir um equilíbrio mínimo entre interesses locais de forma a evitar efeitos macroeconômicos e sociais perversos." (CAVALCANTI, Carlos Eduardo G.; PRADO, Sérgio. **Aspectos da guerra fiscal no Brasil**. Brasília/São Paulo: IPEA/FUNDAP, 1998, p. 07).

³⁰² NASCIMENTO, Sidnei Pereira do. Guerra fiscal: uma avaliação comparativa entre alguns estados participantes. **Economia aplicada**, Ribeirão Preto, v. 12, n. 4, p. 677-706, Dec. 2008, p. 679.

³⁰³ "Os Estados e as regiões brasileiras, ao longo do século XX, procuraram atrair investimentos geradores de emprego, produção, renda e crescimento econômico. [...] No início da década de 1980, surge um movimento que busca o fortalecimento dos Estados e municípios, alcançando êxito na Constituição de 1988. Houve, com isto, transferência de maior fatia do bolo tributário e, conseqüentemente, maior autonomia para as UF legislarem sobre suas fontes de receita. A maior liberdade fiscal foi um dos elementos que propiciou o desenvolvimento e o acirramento da chamada "guerra fiscal", que é um termo pejorativo encontrado na literatura para definir a competição tributária (HILLBRECHT, 1997; VARSANO, 1997). Por "guerra fiscal" entende-se a disputa entre as UF para atrair à sua esfera de domínio investimentos e/ou receita tributária oriundos de outros Estados. Esta prática se dá com a concessão de benefícios fiscais, financeiros e de infra-estrutura às empresas interessadas em investir ou transferir seus investimentos para o Estado que concede o benefício. [...] O fenômeno guerra fiscal abrange políticas públicas pautadas em benefícios fiscais, financeiros e creditícios, que buscam atrair desenvolvimento para um Estado em detrimento de outras UF. Estas ações mostram que, enquanto um Estado se beneficia, gera algum prejuízo para outro, evidenciando, assim, que a guerra fiscal não é Ótimo de Pareto. [...] Esta "Guerra" gera conflitos na Federação. No curto prazo, o Estado que deflagra a guerra se beneficia. No longo prazo, a generalização do conflito faz com que os ganhos iniciais desapareçam, pois os incentivos fiscais perdem o seu poder de estímulo e se transformam em meras renúncias de arrecadação." (NASCIMENTO, Sidnei Pereira do. **Guerra fiscal: uma avaliação comparativa entre alguns estados participantes**. *Econ. Apl.* [online]. 2008, vol.12, n.4, pp. 677-678. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-80502008000400007&lng=en&nrm=iso>. ISSN 1413-8050. Acesso em 27/01/2017).

as disparidades regionais, no entanto, não raras vezes acabam criando certa independência dos entes em relação às suas próprias receitas tributárias³⁰⁴, fazendo com que determinados Estados e regiões possuam mais vantagem e poder de barganha em relação aos outros que não desfrutam de grandes benefícios concedidos pelos Fundos.

Deste modo, o impacto causado pelas renúncias e incentivos fiscais não se tornam efetivamente prejudiciais para um ente na gestão da estrutura administrativa do Estado, tal como ocorre em determinados casos em que o ente federado não é contemplado pelo benefício do referido Fundo. Esse desequilíbrio nos repasses acaba restringindo a autonomia de uns e fomentando a de outros, criando um sistema injusto, inversamente ao que se pretende estabelecer.

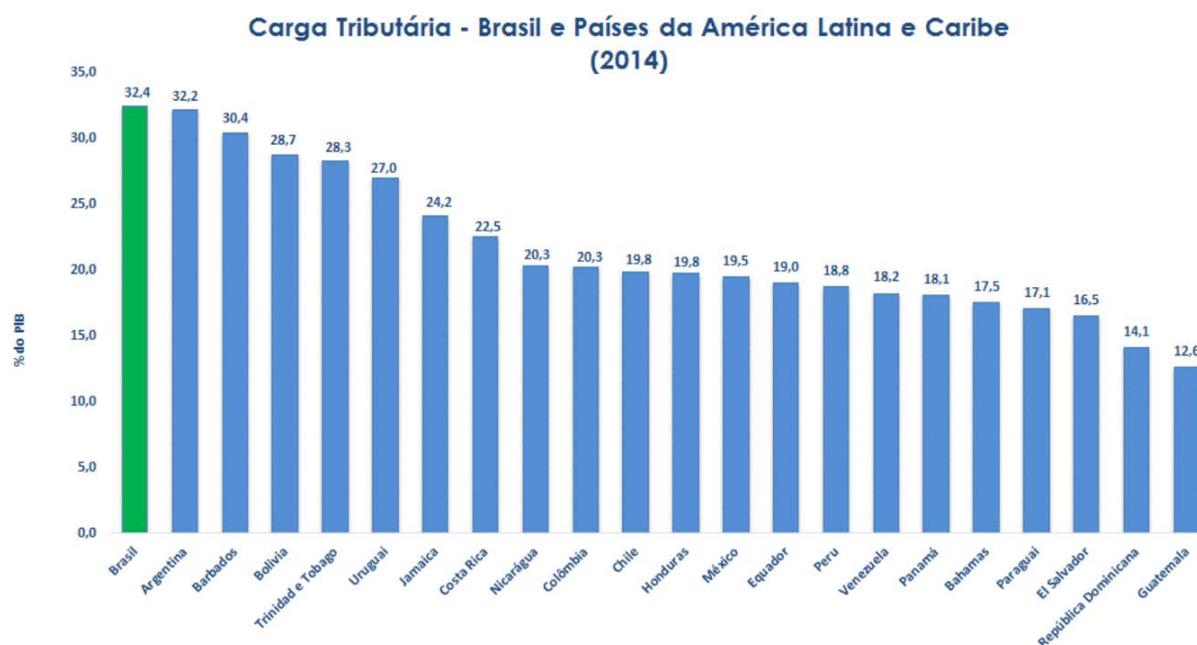
Analisando e comparando os números da arrecadação tributária brasileira, pode-se ter uma ideia do aludido descompasso do sistema arrecadatário pátrio, pois é possível denotar a alta carga tributária impingida aos brasileiros, a baixa qualidade dos tributos e a destoante repartição das receitas tributárias entre os entes federativos.

Veja-se, por exemplo, que segundo a própria Receita Federal, se a carga tributária brasileira for comparada com os outros países da América Latina, ou com os países do Caribe, o Brasil é o que impõe a maior carga tributária aos seus contribuintes, pois em 2014 consumiu cerca de 32,4% (trinta e dois vírgula quatro por cento) do Produto Interno Bruto – PIB³⁰⁵ brasileiro:

³⁰⁴ CAMARGO, Guilherme Bueno de. A guerra fiscal e seus efeitos: autonomia x centralização. In: CONTI, José Maurício (org.). **Federalismo fiscal**. Barueri: Manole, 2004, p. 198.

³⁰⁵ “A medida individual de produção mais importante numa economia é o produto interno bruto (PIB), uma estatística que visa medir o valor total de bens e serviços gerados dentro dos limites geográficos de uma economia, em um determinado período de tempo. O cálculo do PIB, ou seja, a soma do valor de mercado de todos os milhões de tipos de produtos e serviços de uma economia, de uma maneira apropriada, obviamente não é uma tarefa fácil. Estatísticos econômicos também procuram distinguir PIB real, que tenta medir o volume físico do produto. Se o preço de todos os bens duplica, mas a produção física continua igual, então o valor do PIB nominal dobrou e o PIB real permaneceu inalterado (porque o volume físico de produção não foi afetado pela alteração de preços)”. (SACHS, Jeffrey D.; LARRAIN, Felipe. **Macroeconomia**: em uma economia global. São Paulo: Makron Books, 2000, p. 05).

Figura 1 – Carga Tributária Brasil e países da América Latina e Caribe (2014)



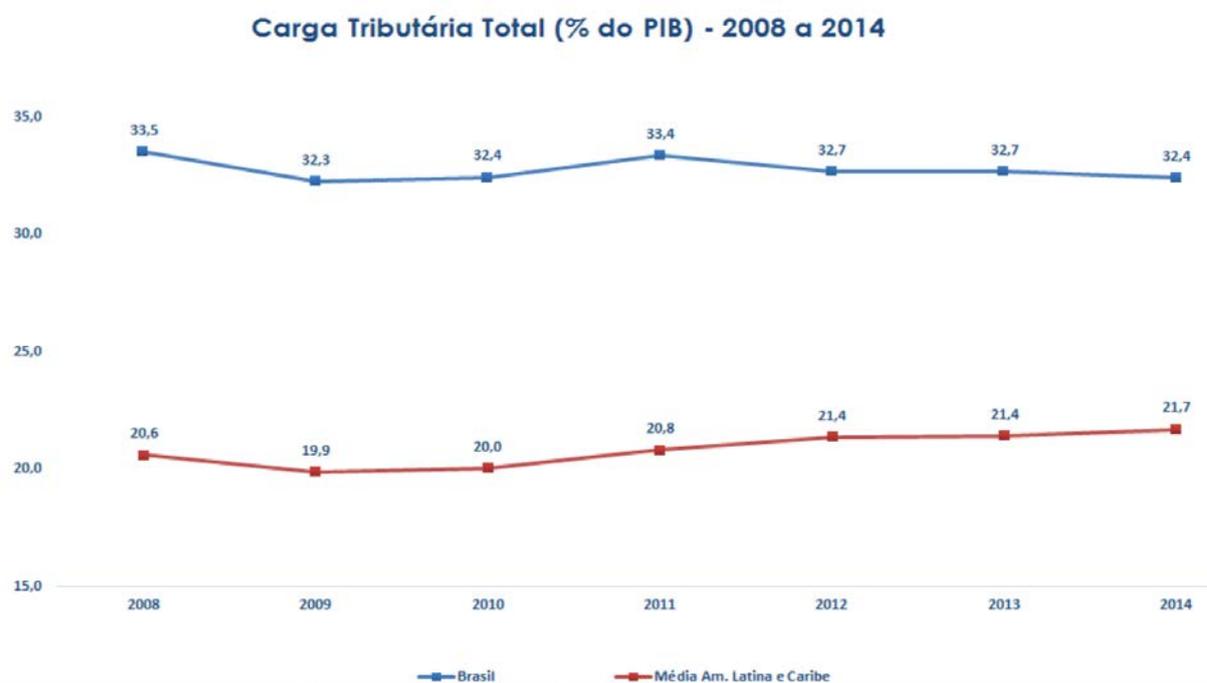
Fonte: Receita Federal do Brasil.³⁰⁶

Tal dado é preocupante, principalmente quando comparado a países como o México, o Chile ou a Colômbia, que têm um nível de desenvolvimento semelhante ao brasileiro, mas que conseguem manter a carga tributária em torno dos 20% (vinte por cento), ou abaixo disso.

Ressalte-se que a elevada carga tributária brasileira não é uma realidade nova, pois é possível denotar que a mesma vem se mantendo acima da média dos países da América Latina e Caribe por vários anos seguidos:

³⁰⁶ BRASIL. Ministério da Fazenda. Receita Federal. **Estudos Tributários**. Carga Tributária no Brasil – 2015 (Análise por Tributo e Bases de Incidência). Disponível em: <<http://idg.receita.fazenda.gov.br/dados/receitadata/estudos-e-tributarios-e-aduaneiros/estudos-e-estatisticas/carga-tributaria-no-brasil/ctb-2015.pdf/view>> Acesso em 19/09/2016.

Figura 2 - Carga Tributária – total PIB %



Fonte: Receita Federal do Brasil.³⁰⁷

Mas os problemas do sistema tributário brasileiro não param somente na alta carga tributária, vez que além do elevado preço dos tributos no Brasil, os mesmos são mal distribuídos entre os entes federados, o que acaba causando muitos problemas, na medida em que estados e municípios acabam ficando com uma fatia pequena da arrecadação tributária e a união fica com a maior parte.

Tal fato pode ser confirmado quando se compara a arrecadação federal (22,29% em 2015) com a arrecadação dos tributos dos estados (8,28% em 2015) e a dos municípios (2,08% de 2015):

³⁰⁷ BRASIL. Ministério da Fazenda. Receita Federal. **Estudos Tributários**. Carga Tributária no Brasil – 2015 (Análise por Tributo e Bases de Incidência). Disponível em: <<http://idg.receita.fazenda.gov.br/dados/receitadata/estudos-e-tributarios-e-aduaneiros/estudos-e-estatisticas/carga-tributaria-no-brasil/ctb-2015.pdf/view>> Acesso em 19/09/2016.

Figura 3 - Receita Tributária por ente federativo – 2014 e 2015

Receita Tributária por Ente Federativo - 2014 e 2015 - Principais Variações em Pontos Percentuais do PIB

Tributo/Competência	2014	2015	Variação (p.p. do PIB)
	% PIB	% PIB	
Total da Receita Tributária	32,42%	32,66%	0,24
Tributos do Governo Federal	22,17%	22,29%	0,12
IRRF	3,25%	3,55%	0,30
FGTS	1,91%	2,00%	0,09
IOF	0,52%	0,59%	0,06
Cide Combustíveis	0,00%	0,06%	0,05
Outros Trib. Federais	2,74%	2,80%	0,06
IPI	0,87%	0,81%	-0,05
Contrib. PIS/PASEP e Cofins	4,33%	4,28%	-0,05
Contrib. Prev. Social	5,54%	5,43%	-0,11
IRPJ e CSLL	3,01%	2,78%	-0,23
Tributos do Governo Estadual	8,23%	8,28%	0,05
IPVA	0,57%	0,61%	0,04
ICMS	6,76%	6,72%	-0,04
Outros Trib. Estaduais	0,91%	0,95%	0,05
Tributos do Governo Municipal	2,01%	2,08%	0,07
IPTU	0,49%	0,52%	0,03
ISS	0,97%	0,98%	0,01
Outros Trib. Munic.	0,55%	0,58%	0,02

Fonte: Receita Federal do Brasil.³⁰⁸

Tal realidade, em parte, é explicada pelo fato de que o modelo tributário gestado na Constituinte de 1988, e as reformas tributárias empreendidas, desde então, são fruto de negociações políticas, que não se detiveram a critérios técnicos, como por exemplo a paridade entre recursos e despesas de cada um dos

³⁰⁸ BRASIL. Ministério da Fazenda. Receita Federal. **Estudos Tributários**. Carga Tributária no Brasil – 2015 (Análise por Tributo e Bases de Incidência). Disponível em: <<http://idg.receita.fazenda.gov.br/dados/receitadata/estudos-e-tributarios-e-aduaneiros/estudos-e-estatisticas/carga-tributaria-no-brasil/ctb-2015.pdf/view>> Acesso em 17/03/2017.

entes federados, o que tem contribuído para o menoscabo dos serviços públicos e para a baixa qualidade da tributação³⁰⁹.

Neste sentido, nem mesmo os fundos de redistribuição dos recursos tributários (FPM, FPE, fundos de desenvolvimento regional e de compensação das exportações de produtos industrializados) foram capazes de, eficazmente, remediar tais distorções do sistema tributário.

Tal fato pode ser facilmente denotado pela análise da evolução histórica da participação dos entes federados na repartição total do “bolo tributário”, de maneira que se percebe que os instrumentos de redistribuição da arrecadação dos tributos da união, para os outros entes da federação, devem ser repensados, pois eles não têm sido eficazes na correção das distorções do sistema tributário pátrio:

Figura 4 - Série Histórica – Evolução de participação dos entes federativos

Série Histórica - Evolução da Participação dos Entes Federativos na Arrecadação Total - 2006 a 2015

Ente Federativo	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	Repres. Gráfica
Governo Federal	69,21%	70,00%	69,38%	68,81%	68,94%	69,99%	69,06%	68,92%	68,39%	68,26%	
Governo Estadual	25,68%	24,85%	25,46%	25,71%	25,53%	24,47%	25,15%	25,27%	25,40%	25,37%	
Governo Municipal	5,11%	5,16%	5,16%	5,48%	5,53%	5,54%	5,79%	5,81%	6,21%	6,37%	
Receita Tributária Total	100,00%	100,00%	100,00%	100,00%	100,00%	100,00%	100,00%	100,00%	100,00%	100,00%	

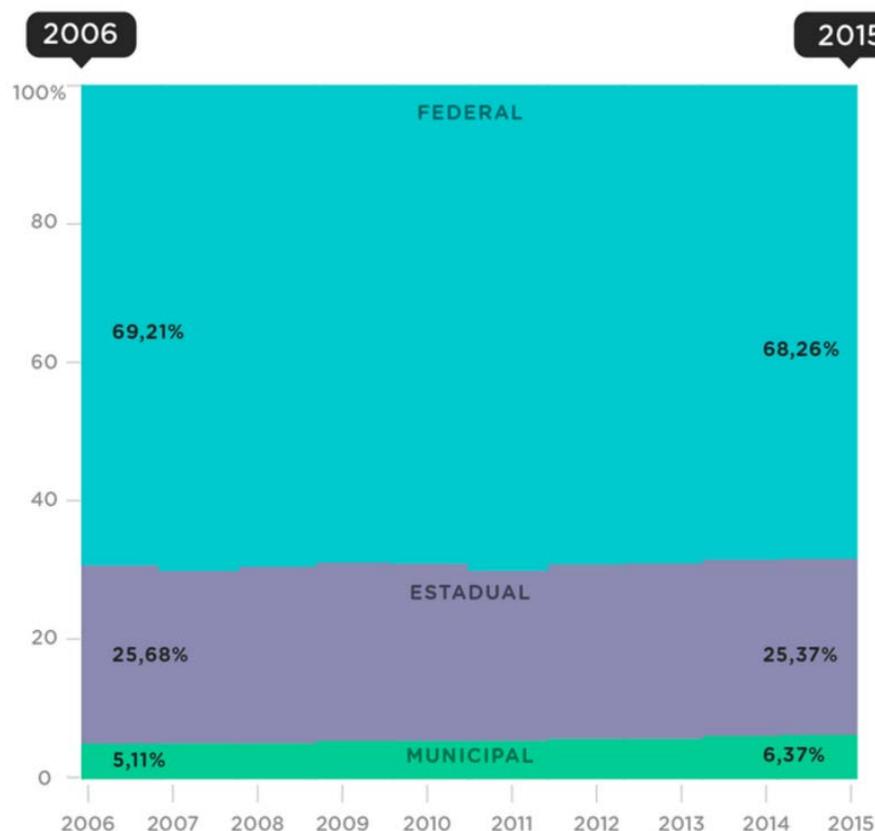
Fonte: Receita Federal do Brasil.³¹⁰

É possível vislumbrar o descompasso da repartição das receitas tributárias brasileiras através do seguinte infográfico:

³⁰⁹ VARSANO, Ricardo. et al. **Uma Análise da Carga Tributária do Brasil**. Diretoria de Pesquisa do IPEA e Secretaria de Assuntos Fiscais do BNDES. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/bf_bancos/e0000572.pdf>, acesso em 18/03/2017, p. 17.

³¹⁰ BRASIL. Ministério da Fazenda. Receita Federal. **Estudos Tributários**. Carga Tributária no Brasil – 2015 (Análise por Tributo e Bases de Incidência). Disponível em: <<http://idg.receita.fazenda.gov.br/dados/receitadata/estudos-e-tributarios-e-aduaneiros/estudos-e-estatisticas/carga-tributaria-no-brasil/ctb-2015.pdf/view>> Acesso em 17/03/2017.

Figura 5 - Repartição de receitas entre entes federativos (%)



Fonte: Receita Federal do Brasil.³¹¹

Além do Brasil arrecadar muito e distribuir os recursos tributários de maneira política e não técnica, outra questão que não pode ser esquecida é o fato de que no Brasil se arrecada mal, pois além de taxar em níveis baixos a renda e o lucro, a nação brasileira tributa bens e serviços com muita voracidade.

Tal modelo arrecadatório, aliado também ao fato de que uma parcela expressiva da tributação dos aludidos serviços e bens são levados a efeito através de tributos cumulativos³¹², que acabam incidindo em cascata, nas diferentes

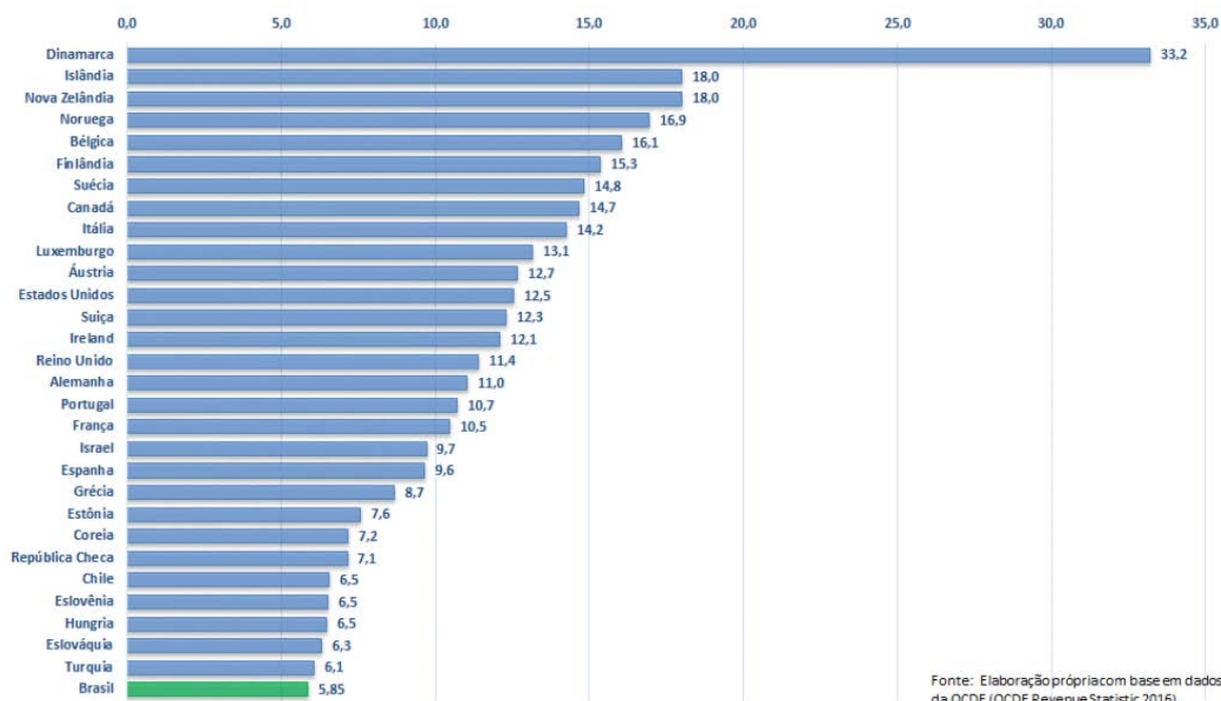
³¹¹ CASTRO, José Roberto. **A carga tributária brasileira em 4 gráficos**. Nexo Jornal Digital. Disponível em: <<https://www.nexojornal.com.br/expresso/2016/09/20/A-carga-tribut%C3%A1ria-brasileira-em-4-gr%C3%A1ficos>>, Acesso em 18/03/2017.

³¹² Tributos “Ruins começam em 70: A partir dos anos 70 tem início a cobrança de uma série de impostos e contribuições sobre o faturamento das empresas. Finalidade: custear programas sociais. O primeiro deles é o PIS/Pasep, que em 1971 representava 0,19% do PIB. Em 1978, já estava em 1,28%, mas caiu para 1,0% em 1982. No ano passado representou 0,99% do PIB.

etapas de produção ou comercialização dos bens ou serviços, prejudica consideravelmente a competitividade internacional brasileira, além do fato de que são exações pouco neutras, na medida em que incidem nas diferentes etapas da produção/comercialização, e não somente sobre o valor agregado na respectiva etapa produtiva ou de comercialização.

Sobre essa questão, veja-se que em um comparativo efetuado entre os países membros da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, o Brasil aparece como sendo o que menos tributa a renda o lucro e o ganho de capital de suas empresas e cidadãos:

Figura 6 - Carga Tributária sobre a renda, lucro e ganho de capital – Brasil e países OCDE (2014)

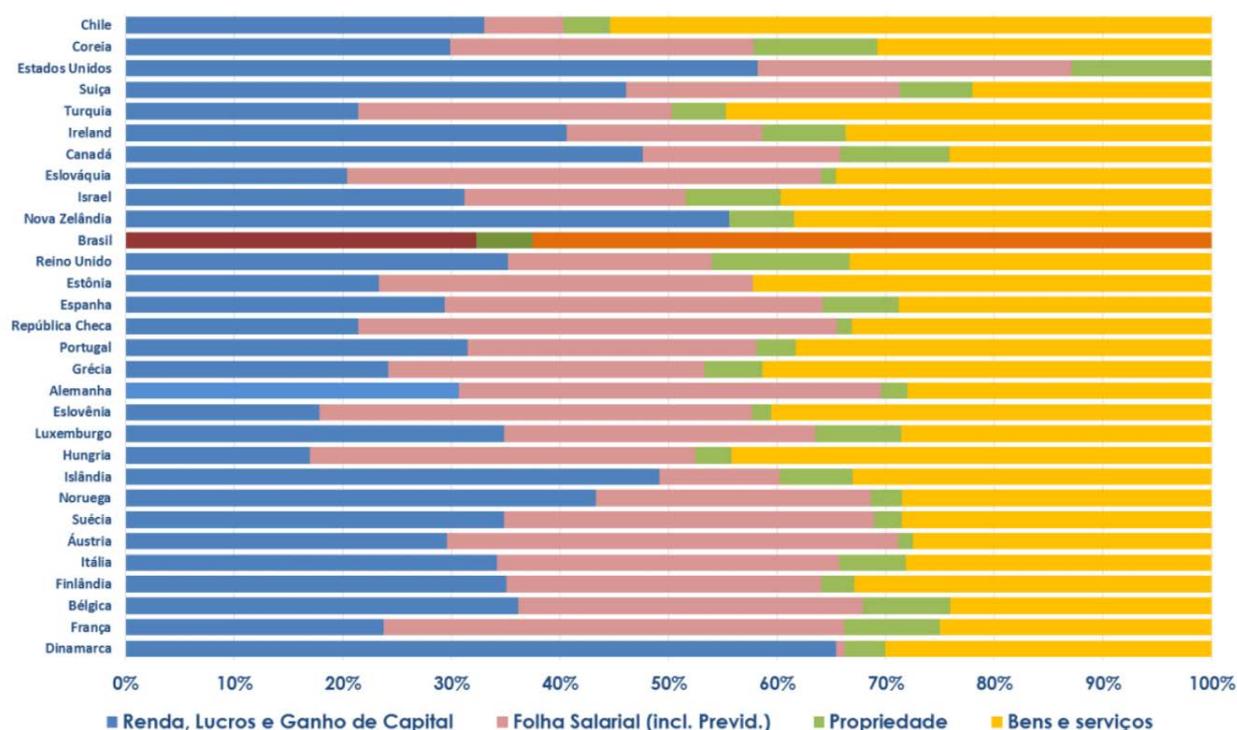


Apesar dessa queda, a arrecadação atual é cinco vezes maior do que a de 71. Em 1982 entra em vigor outra contribuição, o Finsocial (para financiar a seguridade social). Já no primeiro ano de existência ela representa 0,27% do PIB. Com sucessivos aumentos, chega a 1,54% em 90. Ações judiciais contestando sua cobrança fazem a receita baixar um pouco, para 1,0% do PIB em 92. Ainda em 92 o governo decide trocá-la pela Cofins, com a mesma finalidade. Julgada constitucional, sua receita já era de 1,37% em 93. No ano passado chega ao pico de 3,23% do PIB.” (CÉZARI, Marcos. **Governo prefere impostos ruins a bons**. Folha de São Paulo de 06/08/2000, Caderno Mercado. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/dinheiro/fi0608200008.htm>>, Acesso em 17/03/2017.

Fonte: Receita Federal do Brasil.³¹³

De outra mirada, também em um comparativo efetuado entre os países da OCDE, o Brasil desponta como o que mais tributa bens e serviços:

Figura 7 - Carga Tributária por base de incidência – Brasil e Países da OCDE (2014)



Fonte: Receita Federal do Brasil.³¹⁴

Desta feita, tem-se que esse modelo tributário adotado no Brasil, que pouco tributa o lucro, a renda e os ganhos de capital, mas que impõe

³¹³ BRASIL. Ministério da Fazenda. Receita Federal. **Estudos Tributários**. Carga Tributária no Brasil – 2015 (Análise por Tributo e Bases de Incidência). Disponível em: <<http://idg.receita.fazenda.gov.br/dados/receitadata/estudos-e-tributarios-e-aduaneiros/estudos-e-estatisticas/carga-tributaria-no-brasil/ctb-2015.pdf/view>> Acesso em 15/03/2017.

³¹⁴ BRASIL. Ministério da Fazenda. Receita Federal. **Estudos Tributários**. Carga Tributária no Brasil – 2015 (Análise por Tributo e Bases de Incidência). Disponível em: <<http://idg.receita.fazenda.gov.br/dados/receitadata/estudos-e-tributarios-e-aduaneiros/estudos-e-estatisticas/carga-tributaria-no-brasil/ctb-2015.pdf/view>> Acesso em 15/03/2017.

elevadas exações sobre bens e serviços, acaba por onerar justamente quem deveria ser menos prejudicado pelo peso da tributação, que são os trabalhadores.

Ora, enquanto grandes empresas e grandes instituições financeiras são favorecidas pelas baixas exações sobre seus ganhos, o trabalhador brasileiro tem seu custo de vida aumentado consideravelmente em razão de tributos que muitas vezes incidem mais de uma vez sobre o mesmo produto ou serviço, tornando assim o seu poder de compra cada vez menor. Tal realidade, vale guisar, inelutavelmente se choca com o ideal de cidadania fiscal precedentemente aludido.

2.3 A QUESTÃO TRIBUTÁRIA NO BRASIL: os desafios do contribuinte no problemático sistema de arrecadação de tributos, no Paradigma do Transnacionalismo

É inegável que os fenômenos decorrentes do processo de globalização, com seu poder transformador, são responsáveis por desestabilizar as matrizes político-jurídica forjadas na modernidade. Surge, então, o desafio de se pensar a respeito de como redimensionar a vida em comunidade. Tais transformações demandam a reinvenção do projeto que leve em conta uma séria reflexão acerca da (re)significação das instituições de governo, que invariavelmente se envolvem nesse processo de mundialização.

As transformações em curso constroem a marcha lenta do direito, fazendo com que o monopólio jurídico do poder estatal passe a ser compartilhado com outras instituições que, especialmente, a partir da década de 1980, com a abertura econômica dos Estados, transformaram o mundo.

Novas formas de produção de capital foram disseminadas, transformando radicalmente a estrutura social e, por via de consequência, alterando as relações políticas e o modo de se encarar o Direito. Com efeito, o Estado, a Constituição e todas as áreas do Direito, especialmente o direito tributário, estão

sendo afetados diretamente. Nesse ínterim, se impõe ao jurista a responsabilidade de repensar o direito, de modo que encontre respostas rápidas para problemas emergentes.

Diante desse cenário, no que concerne a investigação que se propõe, nesta etapa da presente pesquisa, serão analisados alguns dos problemas e desafios que o contribuinte brasileiro encontra, não somente em relação às implicações da globalização e as injustiças que gera no sistema tributário doméstico, mas também em relação à problemática da falta de transparência fiscal, que afetam diretamente os interesses de participação democrática do contribuinte. Tal opção se justifica diante da necessidade de se refletir sobre os problemas emergentes e sobre a necessidade de reforma tributária.

2.3.1 Transnacionalismo, (in)justiça tributária e mazelas sociais

Os processos de globalização de maneira crescente criaram um mercado mundial, uma nova ordem supra e transnacional que permite a livre circulação de capitais, mercadorias e bens e serviços. Esse novo espaço que configurou-se ao longo dos últimos anos, especialmente após a década de 1960, deixou espaço para o exercício de um poder hegemônico de natureza técnica, econômica e financeira, espalhando-se planetariamente, que demonstra a redução dos espaços de atuação do Estado, instituindo novos instrumentos de governança global³¹⁵.

Eis aí o Paradigma do Transnacionalismo³¹⁶, que alterou

³¹⁵ STAFFEN, Márcio Ricardo. **Interfaces do direito global**. Lumen iuris: Rio de Janeiro, 2015, p. 20.

³¹⁶ “A linha de demarcação entre o Direito Nacional e o Direito Internacional está cada vez mais permeada por caracterizações híbridas, pois existem atualmente normas e relações jurídicas que não são puramente tipificadas como nacionais e, que tampouco, dependem da aplicação pura do Direito Internacional. Há, por exemplo, normas adotadas por entes particulares que circulam além do mero território nacional e que podem, potencialmente, influenciar a ordem jurídica de um outro Estado e/ou organizações.” (STAFFEN, Márcio Ricardo. **Direito global: humanismo e direitos humanos**. RVMD, Brasília, V. 10, n. 1, Jan-jun., 2016, p. 181). Como asseveram BODNAR e CRUZ, parte do Direito se apresenta então “desvinculado da delimitação precisa do

profundamente as relações estabelecidas entre os Estados e os cidadãos, através da interferência direta ou indireta da participação de entidades transnacionais. Ocorre que o direito não foge desta cepa, muito embora tradicionalmente seja conhecido pela demora em atualização do sistema normativo em relação aos novos comportamentos, em função dos influxos globalizatórios, a tradição jurídica vê-se esgotada, diante da urgência de regulamentação.

Esses novos fenômenos socioeconômicos acabam por impactar diretamente na esfera econômica e, por via de consequência, no sistema de tributação, na medida em que os ciclos e atividades econômicas nacionais são cada vez mais determinadas pelo equilíbrio externo e pelos vínculos de interdependência que se estabelecem em dimensão global³¹⁷. Assim, o Estado, a Sociedade e as organizações transnacionais tornaram-se interdependentes, pois o primeiro e o segundo precisam do capital do outro para fazer com que se movimente o ciclo econômico (minimamente a produção, venda e consumo de produtos), a fim de fomentar a economia local.

A expansão econômica global ocorreu de tal modo que suas forças de mercado são incontroláveis e tem como principais atores econômicos e agentes de troca, as organizações transnacionais que, via de regra, não devem lealdade aos Estados. Sem esse vínculo obrigacional, tais organizações se estabelecem em qualquer parte do mundo conforme seus próprios interesses mercantis, barganhando política e juridicamente com os governos, sob a promessa de movimentação econômica, acabando por subjugar a soberania estatal.

âmbito territorial em que o Estado Constitucional Moderno tenta exercer soberania e tenta impor coercitivamente as suas leis.” (CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. A transnacionalidade e a emergência do Estado e do direito transnacionais. In: CRUZ, Paulo Márcio (Org.). **Direito e transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 69). Desta maneira “o poderio dos ordenamentos jurídicos estatais de produzir o próprio Direito em forma absoluta está gradualmente se redimensionando, reformulando a própria categoria histórica e política da soberania nacional na direção de uma caracterização ainda de híbrida matriz. O Direito Global está dividido em dois níveis: o primeiro e mais raso que se preocupa com os assuntos nacionais (internos) de cada Estado; e o segundo, mais amplo, diluído no cenário transnacional, constituído por uma área global¹⁹, de modo que predomine a cooperação (partnership) entre seus agentes em seu duplo nível.” (STAFFEN, Márcio Ricardo. **Direito global: humanismo e direitos humanos**. RVMD, Brasília, V. 10, n. 1, Jan-jun., 2016, p. 187).

³¹⁷ ALMEIDA, Paulo Roberto de. **O Brasil e o multilateralismo econômico**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 35.

Neste cenário, o Paradigma do Transnacionalismo avançou diretamente sobre a esfera tributária. A integração internacional, ao lado da adoção de critérios como a simplicidade, a eficiência, a responsabilidade política e a flexibilidade, passaram a figurar como alguns dos parâmetros para o estabelecimento de um sistema tributário adaptado ao mundo globalizado. Se a soberania Estatal tornou-se porosa, a redução da soberania tributária também figura nesse panorama. Isso ocorre em razão de que as empresas transnacionais pressionam direta e indiretamente o comportamento dos Estados, requerendo adoção de cenários tributários mais favoráveis aos seus negócios³¹⁸.

Esse movimento de migração em busca de condições favoráveis por parte das empresas criou o fenômeno chamado “nomadismo fiscal”, o qual se dá, pelo fato de que hoje a maioria das empresas transnacionais detêm uma ampla capacidade de mudar o local de suas atividades empresariais, ou seja, no mundo globalizado, o capital (e plantas fabris inteiras) podem migrar de um Estado para outro, muito rapidamente; tal cenário se mostra, então, propício a uma espécie de “leilão”, onde grandes empresas em busca de vantagens econômicas, oriundas de um sistema tributário mais leniente, se dispõem a mudar suas atividades para a região que melhor atender os seus interesses³¹⁹.

Como resultado desse ambiente tributário global, onde o capital migra de um Estado para outro sem o menor pudor, sem qualquer preocupação social quanto aos efeitos da retirada de postos de trabalho em um local, etc., os Estados passaram a colmatar suas matrizes tributárias com diversas formas de tratamento fiscal “privilegiado” a tais empresas, visando assim, mantê-las em solo nacional. Tal cenário, que acaba sendo visto em diversos Estados, gera uma perniciosa concorrência internacional na busca e na manutenção de investimentos, que se de um lado maximiza o lucro das grandes corporações, por outro, reduz a arrecadação tributária, o que desagua na indisfarçável carência de recursos para se

³¹⁸ MOURA, Casemira dos Santos. **A tributação como sustentação do aparato estatal e o exercício da cidadania**. Monografia (Especialização em Gestão Pública) - UNIVERSIDADE CÂNDIDO MENDES, AVM FACULDADE INTEGRADA, 2012, p. 65.

³¹⁹ CASTRO, Aldemario Araújo. Repercussões da globalização na tributação brasileira. In MARTINS, Ives Gandra da Silva; ELALI, André. (org). **Elementos atuais de direito tributário**: estudos e conferências. Curitiba: Juruá, 2005, p. 17.

investir em questões básicas para o cidadão, como saúde, educação, segurança, etc³²⁰.

Com efeito, o desenho do arcabouço tributário em um mundo globalizado se descortina como um sistema cruel e injusto, sobretudo para os mais pobres. Isso se pode afirmar na medida em que, de um lado identifica-se um processo de redução da carga fiscal das corporações transnacionais, isto é, grandes empresas que possuem concentração de capital; e, por outro, as esferas sociais não globalizadas, acabam arcando com uma carga tributária com viés de permanente crescimento, pois tais setores não conseguem fazer pressão junto aos Estados nacionais³²¹.

Outro fator impactante na forma de tributar na era da globalização é que grandes empresas, especialmente as transnacionais, fazem parte de uma categoria chamada “carga tributária macroeconômica” que oferece um olhar uniforme sobre a questão da tributação, ocultando *como* e *quem*, no complexo corpo social brasileiro que acaba por realmente arcar com a carga tributária³²².

Nesse ponto, cumpre registrar que após as transformações no campo tributário com a Constituição de 1988, apesar do avanço da redemocratização, a mudança perversa nessa área do direito foi a ampliação de tributos cumulativos, que surgiram no contexto de abertura econômica. Essa nova proposição trouxe danos à competitividade dos produtos brasileiros, prejudicando os esforços de aumento das exportações e oferecendo vantagens aos importados no mercado doméstico. Além disso, a tributação cumulativa aumentou a

³²⁰ “Um dos principais e mais perversos traços da globalização tributária consiste na crescente injustiça e regressividade dos sistemas tributários. Com efeito, a diferenciação da carga tributária por segmentos econômicos considera, agora, o âmbito geográfico de atuação do agente econômico. Os atores globalizados, pelo uso dos mais variados expedientes, notadamente com viés internacional, suportam uma tributação relativamente menor que os atores não globalizados, sujeitos, ademais, ao controle mais estrito dos Estados nacionais.” (CASTRO, Aldemario Araújo. Repercussões da globalização na tributação brasileira. In MARTINS, Ives Gandra da Silva; ELALI, André. (org). **Elementos atuais de direito tributário**: estudos e conferências. Curitiba: Juruá, 2005, p. 18).

³²¹ CASTRO, Aldemario Araújo. Repercussões da globalização na tributação brasileira. In MARTINS, Ives Gandra da Silva; ELALI, André. (org). **Elementos atuais de direito tributário**: estudos e conferências. Curitiba: Juruá, 2005, p. 19.

³²² CASTRO, Aldemario Araújo. Repercussões da globalização na tributação brasileira. In MARTINS, Ives Gandra da Silva; ELALI, André. (org). **Elementos atuais de direito tributário**: estudos e conferências. Curitiba: Juruá, 2005, p. 23.

regressividade³²³ da tributação ao onerar ainda mais a cesta básica do trabalhador³²⁴.

Essa injustiça no sistema tributário interno pode ser visualizada no Brasil. Eis aí um dos problemas que envolve a questão tributária. Se as grandes empresas, detentoras do poder de giro do capital, movimentam-se pelos territórios internacionais a fim de escapar da tributação, é evidente que o Estado vai encontrar quem “pague a conta” da tributação para arcar com os custos da manutenção de sua própria estrutura. Então, ao invés de a tributação incidir sobre a renda e sobre o patrimônio, em terras brasileiras a maior carga tributária incide sobre o consumo, fazendo exsurgir um sistema tributário extremamente injusto.

O que se quer dizer é que a cobrança tributária incide de maneira genérica sobre a Sociedade, sem necessariamente ajustar-se às condições financeiras do contribuinte. Essa estrutura fiscal faz com que a cobrança seja incidente sobre as camadas mais pobres da Sociedade, ao mesmo tempo em que privilegia os donos de grandes fortunas. Cria-se um descompasso que pode ser vislumbrado através de um estudo realizado pelo Instituto Brasileiro de Planejamento de Tributação. De acordo com a pesquisa, o resultado da incidência tributária sobre o consumo, de acordo com o prof. do Ibmecc/MG, Paulo Machado é que “proporcionalmente, quem tem uma renda menor paga mais impostos. É uma tributação injusta, porque penaliza quem ganha menos”³²⁵.

Diferentemente do que acontece nos países desenvolvidos, em que normalmente a maior carga tributária recai sobre a renda e o patrimônio. De acordo com Machado, a taxação no consumo é “mais fácil” de ser feita, de modo que não se percebe claramente os tributos que estão sendo pagos. O consumidor não emite, por exemplo, uma guia para pagar o produto que consome, ele simplesmente

³²³ REZENDE, Fernando. Modernização tributária e federalismo fiscal. In: REZENDE, Fernando; OLIVEIRA, Fabrício Augusto de. **Descentralização e federalismo fiscal no Brasil**. Desafios da Reforma Tributária. Rio de Janeiro: Konrad Adenauer Stiftung, 2003, p. 28.

³²⁴ REZENDE, Fernando. Modernização tributária e federalismo fiscal. In: REZENDE, Fernando; OLIVEIRA, Fabrício Augusto de. **Descentralização e federalismo fiscal no Brasil**. Desafios da Reforma Tributária. Rio de Janeiro: Konrad Adenauer Stiftung, 2003, p. 28.

³²⁵ Os dados sobre o estudo estão disponíveis no seguinte endereço eletrônico: <<http://www.ibpt.com.br/noticia/2489/Na-contramao-do-mundo-Brasil-tributa-mais-o-consumo>>. Acesso em 26/01/17.

paga. Trata-se de uma forma de tributação chamada de “tributação velada”³²⁶. Ou seja, torna o sistema de tributação estruturalmente sem transparência.

O sistema arrecadação tributária no Brasil possui uma nítida predileção, em termos de política fiscal, pela tributação pelo consumo. Isso é possível dizer justamente em função do número de tributos que incidem sobre o consumo, a título de exemplo, pode-se citar o IPI, ICMS, ISS e PIS/Cofins. O problema dessa base tributável são os seus efeitos na Sociedade. Marcado pela regressividade, a carga tributária acaba por se concentrar na tributação sobre o consumo, de modo que desconsidera um elemento fundamental, qual seja, a capacidade contributiva de quem consome.

Diante deste cenário, há nítida escolha do governo brasileiro de se tributar o consumo porque a incidência acaba sendo maior do que sobre a renda e a propriedade. Privilegia-se a arrecadação em detrimento da isonomia tributária. A tributação sobre o consumo agrava a desigualdade social e nos distancia da justiça

³²⁶ “De acordo com o presidente executivo do IBPT (Instituto Brasileiro de Planejamento de Tributação), João Eloi Olenike, trata-se de um sistema de “tributação cruel” que “penaliza quem ganha menos”. Ele conta que nos Estados Unidos existe apenas um imposto no consumo: *Tax*, que o consumidor norte-americano sabe quanto está pagando, e que resulta em benefícios para a população, tal como acontece em grande parte dos países europeus. Ocorre que o Brasil não tem uma política tributária com uma demanda adequada às condições do cidadão, isto é, que considere sua capacidade de contributiva. Em verdade, o Brasil possui uma política de arrecadação para fazer caixa (e para piorar a concentração desse caixa fica em poder do governo federal que não distribui adequadamente os recursos para os entes federativos). Para se ter uma visão em paralelo com outros países, de acordo com a OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico), os impostos sobre o consumo no Chile equivalem a cerca de 52% da arrecadação; no Japão, o imposto sobre o consumo é de 18%; no México, 54%, e nos Estados Unidos, cerca de 17%. Por outro lado, na Dinamarca, por exemplo, a taxa sobre a renda é a maior entre os países pesquisados e chega a aproximadamente 63%. Ou seja, paga mais imposto quem tem condições financeiras de contribuir para o fomento e manutenção do aparato estatal. Para os especialistas, o fato de os impostos estarem especialmente sobre o consumo, embutidos nos preços de cada produto, como a água, pão, café, entre outros é a pior forma de se cobrar do contribuinte, na medida em que obriga a pagá-los tanto quem ganha um salário mínimo, como quem ganha R\$ 100 mil ou um salário mínimo. O professor do curso de ciências contábeis do Ibmec/MG Paulo Machado esclareceu que, em 1986, os Estados Unidos fizeram uma grande reforma tributária, de modo que atualmente possui uma baixíssima tributação sobre o consumo – menos de 20% – enquanto a renda é tributada em mais de 40% do PIB. Diferentemente do que ocorre no Brasil, quando carga tributária está em 35,42% do Produto Interno Bruto (PIB), segundo o Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação (IBPT). Para se ter uma ideia, isso significa que, a cada R\$ 10 produzidos pelo país, cerca de R\$ 3,50 vão para os cofres da União e dos governos estaduais e municipais.” (Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação. **Na contramão do mundo, Brasil tributa mais o consumo**. Disponível em: <<http://www.ibpt.com.br/noticia/2489/Na-contramão-do-mundo-Brasil-tributa-mais-o-consumo>>, Acesso em 26/01/17).

distributiva. Quando todas as pessoas da Sociedade pagam nominalmente o mesmo imposto, isto é, sobre o consumo, as famílias menos favorecidas acabam entregando uma porção maior da sua renda ao Estado, em relação às famílias mais ricas, que por via de consequência, acabam acumulando maior poder aquisitivo³²⁷.

Um estudo realizado por Sérgio Wul Gobetti e Rodrigo Octávio Orair sobre a tributação e distribuição da renda no Brasil endossa essa problemática. A pesquisa apontou que brasileiros milionários pagam menos tributos, na proporção da sua renda, que um cidadão típico de classe média alta, especialmente um assalariado, de modo que viola o princípio da progressividade tributária, de acordo com o qual o nível de tributação deve crescer com a renda³²⁸.

De acordo com o estudo, que analisou dados de Imposto de Renda (2007 a 2013), os brasileiros milionários, que ficam do topo da pirâmide social somam cerca de 71 mil pessoas que ganharam, em média, 4,1 milhões de reais apenas no ano de 2013. Esses brasileiros pagaram menos imposto, de acordo com sua renda, que um cidadão de classe média alta. Isso ocorre em função de que há isenção de incidência tributária sobre cerca de dois terços dos rendimentos dos milionários. Essa isenção é decorrente de uma peculiaridade da legislação brasileira: a isenção de lucros e dividendos distribuídos pelas empresas a seus sócios e acionistas³²⁹.

³²⁷ CAMPEDELLI, Laura Romano; BOSSA, Gisele Barra. O efeito perverso da regressividade no sistema tributário brasileiro. In **Revista Consultor Jurídico**, 06 de novembro 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jun-29/penitenciaria-federal-catanduvas-completa-seis-anos-funcionamento>>, Acesso em 24/02/2017.

³²⁸ GOBETTI, Sérgio Wul; ORAIR, Rodrigo Octávio. Tributação e distribuição da renda no Brasil: novas evidências a partir das declarações tributárias das pessoas físicas. **Centro Internacional de Políticas para o Crescimento Inclusivo** (IPC-IG). Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. working paper nº 136, fevereiro, 2016 ISSN 1812-108x. Disponível em: <http://www.ipc-undp.org/pub/port/WP136PT_Tributacao_e_distribuicao_da_renda_no_Brasil_novas_evidencias_a_partir_das_declaracoes_tributarias_das_pessoas.pdf>, Acesso em 26/01/2017.

³²⁹ Essas informações podem ser conferidas em um artigo publicado no site das Nações Unidas, intitulado “Brasil é paraíso tributário para super-ricos, diz estudo de centro da ONU”. (GOBETTI, Sérgio Wul; ORAIR, Rodrigo Octávio. Tributação e distribuição da renda no Brasil: novas evidências a partir das declarações tributárias das pessoas físicas. **Centro Internacional de Políticas para o Crescimento Inclusivo** (IPC-IG). Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. working paper nº 136, fevereiro, 2016 ISSN 1812-108x. A notícia pode ser acessada através do endereço eletrônico: <<https://nacoesunidas.org/brasil-e-paraiso-tributario-para-super-ricos-diz-estudo-de-centro-da-onu/>>, Acesso em 10/01/2017).

A falta de apreço para com a oneração do patrimônio indica uma notável aversão às políticas de repartição de riquezas. O fator responsável por esse desequilíbrio é a baixa tributação sobre ganhos financeiros que incidem sobre uma pequena parte da Sociedade, ou seja, a parte que é milionária. Por outro lado, o salário dos trabalhadores que compõe a grande massa da Sociedade, menos privilegiada financeiramente, está sujeito a um imposto progressivo.

Os benefícios tributários e os rendimentos do capital, entre outras assimetrias, contribuem para que o Brasil esteja entre os países que possuem um dos índices de maior concentração de renda entre os países do mundo. Essa circunstância torna o Brasil um paraíso tributário para os ricos, que se sustenta sob o argumento de que a isenção de imposto sobre grandes aplicações tem por objetivo evitar que o lucro seja duplamente tributado, na medida em que já fora tributado na empresa, antes de se converter em renda pessoal³³⁰.

O problema é que essa sistematização se afasta radicalmente daquilo que se objetivou com a instauração do Estado-Fiscal pós 1988. Antes percebido apenas como um mecanismo arrecadatório, tornou-se um instrumento imprescindível para a execução dos princípios e dos objetivos do Brasil, especialmente no que diz respeito à erradicação da pobreza e da redução das desigualdades sociais e econômicas.

Como resultado, uma grande parcela da comunidade brasileira

³³⁰ “Essa é uma prática extremamente injusta e inadequada, especialmente para um país em desenvolvimento. Todavia, não é comum isso acontecer em outros países do mundo que, de acordo com a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), em média, a tributação total sobre o lucro (somando pessoa jurídica e pessoa física), chega a 64% na França, 48% na Alemanha e 57% nos Estados Unidos, por exemplo. Enquanto isso, no Brasil, com as isenções de dividendos e outros benefícios tributários para os detentores de grandes fortunas essa taxa cai abaixo de 30% (!!). Some-se a isso o fato de que o Brasil possui uma elevada carga tributária para os padrões das economias em desenvolvimento, consubstanciando cerca de 34% do Produto Interno Bruto (PIB), equivalente à média dos países da OCDE. Mas, diferentemente desses países (nos quais a parcela da tributação que recai com maior peso da tributação sobre renda e patrimônio), cerca de 50% da carga brasileira provém de tributos sobre serviços e bens, o que, proporcionalmente, sobrecarregam mais os ganhos dos mais pobres.” (GOBETTI, Sérgio Wul; ORAIR, Rodrigo Octávio. Tributação e distribuição da renda no Brasil: novas evidências a partir das declarações tributárias das pessoas físicas. **Centro Internacional de Políticas para o Crescimento Inclusivo** (IPC-IG). Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. working paper nº 136, fevereiro, 2016 ISSN 1812-108x. <http://www.ipc-undp.org/pub/port/WP136PT_Tributacao_e_distribuicao_da_renda_no_Brasil_novas_evidencias_a_partir_das_declaracoes_tributarias_das_pessoas.pdf>, Acesso em 26/01/2017).

não tem acesso ao Estado-Social que traz consigo a exclusão e a desigualdade social. Acrescente-se, ainda, a pesada herança escravagista e o fosso social, cujas fragilidades tornam os brasileiros como vítimas, prontas a surgir como “bola da vez” nas perversidades da dinâmica Transnacional³³¹.

É evidente o imenso déficit social no Brasil, de modo que as promessas da modernidade são aproveitadas por uma pequena parcela de brasileiros. Enquanto uma minoria se farta com a dilapidação do patrimônio público, a plebe atinge a linha da pobreza³³². Para se ter uma noção, uma pesquisa sobre desigualdade social, realizada pela Oxfam (uma organização não governamental inglesa, com sede no Brasil), aponta resultados alarmante, segundo os quais, as seis pessoas mais ricas do Brasil concentram, juntos, a mesma riqueza que os 100 milhões mais pobres no país, ou seja, metade da população brasileira³³³.

O levantamento revelou que os 5% mais ricos no Brasil detêm a mesma fatia de renda que os demais 95% da população. Mostra também que os super-ricos (0,1% da população Brasileira) ganham em um mês o mesmo que uma pessoa que recebe salário mínimo — cerca de 23% da população brasileira — ganharia trabalhando por 19 anos seguidos. De acordo com a pesquisa, o Brasil chegou a avançar rumo à correção da desigualdade nos últimos anos, por meio de programas sociais como o Bolsa Família, mas ainda está muito distante de ser um país que enfrenta a desigualdade como prioridade³³⁴. A coordenadora de pesquisa,

³³¹ REIS, Fabio Wanderlei. As reformas e o mandato. In: **Folha de São Paulo**, 28 de março de 1998, p. 01-03.

³³² Aqui faz-se menção aos grandes esquemas de corrupção que têm sido descobertos pela Polícia federal e pelo Ministério Público, nos últimos anos. Dentre eles, a título ilustrativo, destaque-se o caso do Ex-governador do Rio de Janeiro que, conforme apuração do Ministério Público, teria desviado dinheiro de todas as áreas do Estado (O GLOBO (Brasil). **Cabral roubou em todas as áreas do estado, diz procurador**. 2017. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/cabral-roubou-em-todas-as-areas-do-estado-diz-procurador-21191832>>. Acesso em 11/04/2017). Por outro lado, o Estado do Rio de Janeiro vive um período de “situação falimentar”, onde faltam recursos para serviços básicos e salários de servidores. (O ESTADÃO (Brasil). **Em decadência política, Rio viverá uma década de crise**. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,em-decadencia-politica-rio-vivera-uma-decada-de-crise,70001748272>>. Acesso em 23/04/17).

³³³ ROSSI, Marina. El País (Brasil). **Seis brasileiros concentram a mesma riqueza que a metade da população mais pobre**. 2017. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2017/09/22/politica/1506096531_079176.html>. Acesso em 25/11/2017.

³³⁴ ROSSI, Marina. El País (Brasil). **Seis brasileiros concentram a mesma riqueza que a metade da população mais pobre**. 2017. Disponível em:

Katia Maria, propõe como alternativa para contribuir com a solução do problema da desigualdade uma reforma tributária, na medida em que a tributação brasileira está focada nos mais pobres e na classe média³³⁵.

Ainda sobre desigualdade social, conforme o Índice de Desenvolvimento Humano, verificado pela ONU no relatório de 2016, que aponta que em relação à concentração de renda, o Brasil é apontado como o 10º mais desigual do mundo e o quarto da América Latina, à frente apenas do Haiti³³⁶.

Aproveitando o ensejo sobre a temática, abre-se espaço para mirar além do direito e encontrar uma compreensão interdisciplinar sobre algumas das mazelas socioeconômicas provocadas pelo Transnacionalismo e pela globalização. Para tanto, chama-se à baila Milton Santos, um importante geógrafo baiano – também com formação jurídica-, cuja obra elaborada entre as décadas de 1970 e 2000, apresenta atualidade relevante. Em sua vasta obra, Santos investigou diversos temas, dentre eles, os reflexos socioeconômicos da globalização e algumas mazelas sociais (ainda) a serem enfrentadas pelo Brasil³³⁷.

Uma das obras que merece destaque, para fins deste estudo, é a intitulada “Por uma outra globalização”. Nela, Santos faz uma abordagem diversificada sobre os processos globalizatórios, investigando suas implicações e perspectivas, os avanços sociais adquiridos, sem deixar de denunciar seus reflexos perversos, especialmente no tocante à polarização da riqueza e da pobreza³³⁸.

Nesse sentido, Santos destaca a forte influência das grandes empresas sobre as decisões políticas de um país, indicando que, com os processos

<https://brasil.elpais.com/brasil/2017/09/22/politica/1506096531_079176.html>. Acesso em 25/11/2017.

³³⁵ ROSSI, Marina. El País (Brasil). **Seis brasileiros concentram a mesma riqueza que a metade da população mais pobre.** 2017. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2017/09/22/politica/1506096531_079176.html>. Acesso em 25/11/2017.

³³⁶ PIRES, Breiler. El País (Brasil). **Brasil despenca 19 posições em ranking de desigualdade social da ONU.** 2017. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2017/03/21/politica/1490112229_963711.html>. Acesso em 21/03/2017.

³³⁷ SAQUET, Marcos Aurelio; DA SILVA, Sueli Santos. MILTON SANTOS. **concepções de geografia, espaço e território.** Geo UERJ - Ano 10, v.2, n.18, 2º semestre de 2008, p. 24-42.

³³⁸ SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização.** 4.ed.Record, Rio de Janeiro, 2000. p. 33.

globalizatórios (e, acrescente-se diante do paradigma do Transnacionalismo), a política passa a ser feita no mercado. Os atores são empresas globais, que não tem preocupações éticas, nem finalísticas. O Estado deixa de ser necessariamente solidário e a empresa não pode ser altruísta, como fim, a Sociedade como um todo não tem a quem valha. E, no tocante às políticas de eliminação da pobreza, demanda-se um grande esforço, pois é um problema estrutural³³⁹.

Entanto, o que se assiste é uma estrutura política de governo voltada para atender as necessidades de grandes empresas. Quando uma grande empresa se instala, chega com suas normas, geralmente rígidas, associadas às suas técnicas, que propõem uma maneira particular de comportamento. Essa sistemática enseja novas formas de relacionamento onde tais empresas se instalaram³⁴⁰.

É desse modo que as relações sociais acabam se alterando dentro das comunidades. Transformam-se as relações sociais, econômicas, culturais e morais. Afeta-se, com isso, igualmente o orçamento público, tanto na rubrica da receita como no capítulo das despesas. Assim, um pequeno número de grandes empresas acarreta para Sociedade como um todo, um pesado processo de desequilíbrio — inclusive fiscal³⁴¹.

Sem a pretensão de explorar com exaustão a temática (dada a infinidade do assunto e as limitações epistemológicas da pesquisa), e em tom de arremate, cumpre apontar que, em função dos impactos sociais, políticos,

³³⁹ SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização**. 4.ed.Record, Rio de Janeiro, 2000, p. 33.

³⁴⁰ SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização**. 4.ed.Record, Rio de Janeiro, 2000, p. 33.

³⁴¹ Santos ainda vai adiante, fazendo uma contundente crítica ao aduzir que “Todavia, mediante o discurso oficial, tais empresas são apresentadas como salvadoras dos lugares e são apontadas como credoras de reconhecimento pelos seus aportes de emprego e modernidade. Daí a crença de sua indispensabilidade, fator da presente guerra entre lugares e, em muitos casos, de sua atitude de chantagem frente ao poder público, ameaçando ir embora quando não atendidas em seus reclamos. Assim, o poder público passa a ser subordinado, compelido, arrastado. À medida que se impõe esse nexos das grandes empresas, instala-se a semente da ingovernabilidade, já fortemente implantada no Brasil, ainda que sua dimensão não tenha sido adequadamente avaliada. À medida que os institutos encarregados de cuidar do interesse geral são enfraquecidos, com o abandono da noção e da prática da solidariedade, estamos, pelo menos a médio prazo, produzindo as precondições da fragmentação da desordem, claramente visíveis no país, por meio do comportamento dos territórios, isto é, da crise praticamente geral dos estados e dos municípios.” (SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização**. 4.ed.Record, Rio de Janeiro, 2000, p. 33).

econômicos e culturais, a pobreza tornou-se estrutural e globalizada³⁴².

Tal conclusão advém do raciocínio que examina o processo pelo qual o desemprego é gerado e a remuneração do emprego se torna cada vez pior, ao mesmo tempo em que o poder público se retira das tarefas de proteção social³⁴³. É lícito considerar que a atual divisão “administrativa” do trabalho e a ausência deliberada do Estado de sua missão social de regulação estejam contribuindo para uma produção científica, globalizada e voluntária da pobreza³⁴⁴.

Trata-se de uma pobreza perversiva, generalizada, permanente, global. Uma pobreza que advém da convergência de causas que se dão em diversos níveis, como um fenômeno inevitável, que alcança uma espécie de naturalização, politicamente produzida pelos atores globais com a colaboração consciente dos governos nacionais³⁴⁵.

2.3.2 A questão da falta de transparência fiscal

A (falta de) transparência é outro elemento que compõe a questão tributária. Trata-se de um princípio constitucional implícito, que sinaliza que toda atividade financeira deve se desenvolver com clareza, abertura e simplicidade. Dirigida às instituições da Administração Pública, como um dever de prestar contas à Sociedade, dirigido também à própria Sociedade e aos organismos não-governamentais, seja de caráter nacional ou supranacional³⁴⁶. Assim, é possível

³⁴² SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização**. 4.ed.Record, Rio de Janeiro, 2000, p. 36.

³⁴³ Nesse ponto, cumpre ressaltar a contemporaneidade de Milton Santos. Apesar de ter escrito seu livro há mais de 15 anos, e os governos brasileiros terem inventado novos programas sociais (Bolsa Família e Prouni em 2004 e ampliação do FIES, a partir de 1999), nos últimos tempos tais programas tem sofrido cortes para diminuir gastos. Como se pode ver em: MADEIRO, Carlos. Uol (Brasil). **Com redução de 543 mil benefícios em 1 mês, Bolsa Família tem maior corte da história**. 2017. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2017/08/11/bolsa-familia-reduz-543-mil-beneficios-em-1-mes-programa-tem-maior-corte-da-historia.htm>>. Acesso em 11/08/2017.)

³⁴⁴ SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização**. 4.ed.Record, Rio de Janeiro, 2000, p. 36.

³⁴⁵ SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização**. 4.ed.Record, Rio de Janeiro, 2000, p. 36.

³⁴⁶ Cf. TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário**. Vol II Valores e Princípios Constitucionais Tributários. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 243.

dizer que, de certo modo, o princípio da transparência fiscal vincula-se ao princípio constitucional da publicidade, assegurado no artigo 37 da CRFB — sobre o qual se discorrerá em momento oportuno (capítulo 3, tópico 3.2.1)³⁴⁷.

Trata-se de uma exigência constitucional, um direito do contribuinte e, até mesmo, o elemento legitimador das ações praticadas pela Administração Pública e fundamento do próprio Estado Democrático de Direito. A transparência fiscal é fundamental para que se compreenda quais tributos os contribuintes estão sendo obrigados a pagar, por qual razão e como eles estão sendo investidos para pagar as contas públicas.

A transparência não deve ser compreendida tão somente como a necessidade de informar a população sobre as ações das instituições da Administração Pública, por meio de relatórios, pareceres ou mesmo através boletins de prestação de contas sobre a gestão fiscal. Tais mecanismos, muito embora sejam fundamentais para o contribuinte, em verdade, são insuficientes para possibilitar ampla compreensão do complexo sistema tributário, sobretudo em razão de que a linguagem técnica, que se torna um óbice à população acerca do *modus operandi* da Administração Pública³⁴⁸.

³⁴⁷ “A transparência fiscal é um princípio constitucional implícito. Sinaliza no sentido de que a atividade financeira deve se desenvolver segundo os ditames da clareza, abertura e simplicidade. Dirige-se assim ao Estado como à Sociedade, tanto aos organismos financeiros supranacionais quanto às entidades não-governamentais. Baliza e modula a problemática da elaboração do orçamento e da sua gestão responsável, da criação de normas antielisivivas, da abertura do sigilo bancário e do combate à corrupção.” (TORRES, Ricardo Lobo. O Princípio da Transparência no Direito Financeiro. **Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro**. V.VIII. Rio de Janeiro, 2001, p. 133-156).

³⁴⁸ Conforme Wallace Paiva Martins Júnior, o “princípio da transparência compreender a publicidade inteligível das informações, a motivação dos atos, que deve ter harmonia com o interesse público e, ainda, deve levar em conta a participação popular nas decisões políticas. É a partir da conjugação destes três elementos que se possibilita efetivamente a concretização de uma ideia ampla e visível dos atos. Essa compreensão rompe com o Paradigma tradicional, secreto e hermético de administração de modo que contribui para a consolidação de um Estado Democrático de Direito. Além disto, deve-se levar em conta que quanto maior o grau de transparência administrativa, maior também será o respeito devotado pelos agentes públicos aos princípios jurídicos e administrativos (moralidade, legalidade, imparcialidade, por exemplo). Com efeito, é necessário registrar que pode ocorrer situações em que se exige sigilo, sendo, portanto, um elemento condicionante da publicidade. No entanto, via de regra, a transparência e a própria publicidade são imprescindíveis para validação dos atos da Administração Pública, o qual, em estando em falta, a consequência é sua invalidação e o desprovento de efeitos do ato em relação aos destinatários. A transparência é o meio através do qual se confere certeza à conduta estatal e, ao mesmo tempo, segurança aos administrados.” (MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. **Transparência administrativa**: publicidade, motivação e participação popular. São Paulo:

No tocante ao sistema de tributação, é possível dizer que a transparência se concretiza com a participação popular na elaboração das normas tributárias e se estende até o acompanhamento do uso dos recursos públicos em função da Sociedade. Trata-se da viabilização do conhecimento sobre os atos da Administração, por parte do contribuinte, elemento fundamental em um Estado que pretende ser democrático.

Ocorre que, em terras brasileiras, ainda há forte resistência por parte da Administração Pública em assumir uma postura mais transparente; diferentemente do que acontece em países cujo regime democrático já foi solidificado. Em contrapartida, no Brasil, a matriz democrática ainda traz o ranço reminiscente de uma monarquia medieval, que serve de impeditivo para o surgimento de uma nova tradição que incentive o envolvimento popular, especialmente no que diz respeito à tributação. Tal circunstância deve-se ao fato de que a participação popular é reduzida, ocorrendo especialmente no momento de elaboração do orçamento público e no acompanhamento do aproveitamento dos recursos fiscais arrecadados.

Registre-se, por oportuno, que a configuração desse cenário viabiliza que as decisões políticas, ainda que tomadas por um Parlamento aspirante a democrático, favorece que as questões tributárias sejam resolvidas de acordo com o interesse de particulares, em detrimento do interesse público³⁴⁹. Eis aí a razão de (como visto anteriormente) o Brasil ser um país em que milionários, em função dos benefícios fiscais, regimes e tratamentos especiais, sem a observância dos princípios constitucionais (que deveriam nortear as decisões políticas), acabam sendo privilegiados. É a falta de clareza e a falta de transparência sobre a gestão dos recursos públicos, somado ao desinteresse da coletividade, que se forma um ambiente propício para privilegiar uma pequena camada da Sociedade, isto é, os milionários, os “*donos do poder*”³⁵⁰.

Saraiva, 2004, p. 48).

³⁴⁹ “É de se destacar ainda que a reduzida participação popular com que comumente são tratadas e decididas as questões tributárias, faz aumentar o risco de favorecimento de particulares em detrimento do interesse público.” (SEVEGNANI, Joacir. **A resistência aos tributos no Brasil: Estado e Sociedade**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 167).

³⁵⁰ O termo “O dono do poder” é proveniente do livro que o leva como título de autoria do jurista

Os exemplos citados ao longo desta etapa da pesquisa demonstram que, mesmo que ao longo dos anos os processos de (re)democratização e a busca pela conscientização e esclarecimento sobre a participação popular, bem como a necessidade de se ter princípios (como o da equidade e o da capacidade contributiva, a título de exemplo), para nortear o sistema tributário, verifica-se que a atual estrutura tributária ainda traz reminiscências de uma matriz extremamente injusta. É possível notar que há uma tentativa de manutenção de privilégios de determinadas classes para proteger grandes riquezas e manter exígua participação popular, especialmente, ratifique-se, quando se trata de clareza acerca dos tributos que o contribuinte está pagando.

O somatório de diversos impostos, taxas e contribuições que, não raras vezes vêm em serviços e consumo, ao lado de extensas e confusas legislações, acabam por produzir um labirinto burocrático, cheio de formalidades. Não raras vezes formam um quadro legislativo incoerente e carente de racionalização pragmática³⁵¹.

Um dos elementos que inviabilizam a clareza sobre o funcionamento do sistema tributário é a tributação regressiva ou indireta. De acordo com Hugo de Brito Machado Segundo, os tributos indiretos são aqueles que seriam devidos pelo contribuinte de direito, mas, na verdade, acaba sendo suportado pelo contribuinte “de fato”. Com isso, que se quer dizer é que o encargo tributário acaba embutido no próprio preço do objeto ser consumido pelo contribuinte, isto é, o contribuinte de fato. Assim, o tributo indireto, se caracteriza por ser legalmente

Raymundo Faoro, que faz uma reconstrução da história político-jurídica brasileira, denunciando que desde seus primórdios, ainda que tenha passado por processos de democratização, o sistema político brasileiro, mantém privilégios aos que comandam o país e não raras vezes, estes legizam em seu próprio interesse. E essa problemática reflete diretamente no sistema de tributação, não essa concentração de privilégios trata-se da perpetuação dos ranços de uma matriz patrimonialista que remonta o Brasil colonial. Para se ter uma ideia, de acordo com Raymundo Faoro, naquele período eram muitos os tributos e as formas de arrecadação de rendas, cujos fatores geradores eram esdrúxulos. Veja-se por exemplo a tributação destinada à reparação dos danos causados pelo terremoto de Lisboa de 1755, que foi exigido dos brasileiros após ter sido proclamada a Independência e ainda, no curso do Primeiro Reinado. Faoro continua apontando que, entre o Estado e o particular, na exploração dos tributos e dos monopólios, se fixava de forma densa e ávida, impiedosa e insaciável, uma camada de exploradores, alimentada pela Coroa (FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: formação do patronato político brasileiro. 3. ed. rev. São Paulo: Globo, 2001, p. 284).

³⁵¹ SEVEGNANI, Joacir. **A resistência aos tributos no Brasil: Estado e Sociedade**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 167

devido por um sujeito – o contribuinte de direito –, mas economicamente suportado por outro –, isto é, o contribuinte de fato³⁵². Trata-se de uma verdadeira ocultação da tributação, embutida em bens ou serviços.

O caráter velado da tributação indireta gera uma espécie de resignação por parte dos contribuintes, que, no fim, não percebem que os impostos estão “embutidos” no preço pago. Nesse sentido, Aliomar Baleeiro denomina essa circunstância de “anestesia fiscal”, esse termo justifica-se em razão do fato de que a tributação indireta impede uma consciência clara sobre o montante que se paga (*tax consciousness*)³⁵³.

Essa anestesia fiscal é reflexo da falta de consciência dos cidadãos sobre o pagamento de impostos e contribuições que incidem sobre operações de consumo e serviço. Se estivessem efetivamente conscientes desse pagamento, os contribuintes de fato buscariam saber minimamente a razão dessa oneração. Tal consciência é essencial para que o padrão cívico de uma nação seja elevado e, conseqüentemente consolidada a democracia em sua faceta jurídico-tributária³⁵⁴. Nesse contexto, recobrar o valor do princípio da transparência é essencial para dinamizar os sistemas de controle, além de baixar os custos de serviços e, conseqüentemente de aumentar a eficiência da (problemática) política tributária.

³⁵² MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Repetição do tributo indireto**: Incoerências e contradições. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 13.

³⁵³ BALEEIRO, Aliomar. **Uma introdução à ciência das finanças**. 17. ed. Atualizada por Hugo de Brito Machado Segundo. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 239.

³⁵⁴ Todavia, “somente pequena parte da população é atingida por impostos diretos e pessoais e compreende bem quanto lhe é cobrado receitas para custear o rateio da máquina estatal. Notadamente, os impostos que mais provocam revolta nos contribuintes são os mais justos, isto é, os diretos e pessoais. Por outro lado, grande parte da população não tem consciência da incidência dos tributos sobre a venda de produtos, nem sobre prestação de serviços, que não se sente o peso desses tributos, supondo até mesmo que estes recaem sobre os contribuintes de direito. Entretanto, no que diz respeito aos impostos regressivos, raras pessoas reparam que esses impostos tiram dos pobres maior percentagem de recursos do que dos ricos.” (BALEEIRO, Aliomar. **Uma introdução à ciência das finanças**. 17. ed. Atualizada por Hugo de Brito Machado Segundo. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 239-240).

2.4 A REFORMA DO SISTEMA TRIBUTÁRIO: notas sobre alguns elementos de transformação

O sistema tributário nacional pode ser compreendido como um sistema normativo que atua de forma concorrente e interventiva na produção de regras relacionadas à questões sobre a requisição de tributos. A complexidade do campo jurídico-político tributário possui implicações no plano material, formal, processual, penal e até mesmo outras áreas do conhecimento, para além do campo do Direito, como o campo político e econômico.

A Constituição Federal regulamenta o sistema normativo tributário especialmente nos artigos 145 a 169, nos quais o constituinte dedicou um capítulo inteiro ao Sistema Tributário brasileiro no seu Título VI (Da tributação e do Orçamento), em que se estabeleceu normas relativas ao Sistema Tributário e às Finanças Públicas.

Com efeito, as regras e critérios constitucionais de arrecadação e de rateio de recursos tributários, em favor dos Estados-membros e de seus respectivos municípios, propostos em aparente descentralização tributária, constituem um complexo sistema de transferências fiscais gravemente desequilibrado. Como visto nos tópicos precedentes da pesquisa, a estrutura do sistema tributário brasileiro é absurdamente injusta e incapaz de dar conta dos problemas complexos que surgem na Sociedade globalizada, sendo indispensável uma reforma.

Nesse sentido, o ex-presidente Michel Temer afirmou no final de dezembro de 2016, em pronunciamento no Palácio do Planalto, em uma coletiva de imprensa que seu governo "há de ser um governo reformista". Na ocasião, o peemedebista disse que, até o final de 2017, pretendia ter capitaneado a aprovação no Congresso Nacional de cinco reformas de "natureza constitucional". Além da previdenciária e trabalhista, o ex-presidente da República destacou que usaria seu capital político no Legislativo, empenhando esforços para aprovar a reforma

tributária, a fim de promover uma simplificação do sistema tributário nacional³⁵⁵.

A questão da reforma tributária atravessa a história político-jurídica brasileira. Na verdade, como se pode ver pelo pronunciamento do Presidente da República, vive-se sob expectativa de reformas, especialmente em função da consequência da integração econômica, da globalização e dos problemas estruturais, alguns deles já apontados.

Nesse sentido, a título de exemplo, os defensores da reforma geralmente apontam como imprescindível se levar em conta questões como *i*) a eliminação da guerra fiscal; *ii*) a simplificação da tributação sobre o consumo; *iii*) a desoneração da produção mediante a eliminação da incidência em cascata; *iv*) a facilitação do cumprimento da obrigação tributária; e *v*) a questão das isenções fiscais, dentre outros³⁵⁶.

É importante consignar, também, que tais problemas do sistema tributário brasileiro conduzem a um outro perverso efeito, que é a resistência da população ao pagamento de tributos, pois na medida em que os contribuintes veem o sistema tributário como injusto e a aplicação dos recursos daí advindos como corrupta e ineficiente, muitas pessoas se sentem no direito de sonegarem tributos, quase que como em uma espécie de “legítima defesa” contra um tirano que lhe espolia. Tal prática, vale ressaltar, dado o coletivo sentimento de injustiça que envolve a tributação, conta com a conivência e tolerância de parte significativa do grupo social, dificultando, assim, que o Estado alcance seus objetivos constitucionais³⁵⁷.

Diante desse contexto, considerando que a instituição de (um novo) sistema de arrecadação de tributos é fundamental para promover políticas que visem o enfrentamento e a redução das desigualdades econômicas e sociais, é

³⁵⁵ A notícia sobre o pronunciamento dos planos do ex-presidente da República, Michel Temer pode ser conferidas no seguinte endereço eletrônico: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/temer-diz-que-reforma-trabalhista-tera-facil-tramitacao-no-congresso.ghtml>>, acesso em 29/01/2017.

³⁵⁶ BOFF, Salete Oro. **Reforma tributária e federalismo**: entre o ideal e o possível. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed, 2005, p. 192-193.

³⁵⁷ Para uma análise mais completa e profunda deste assunto, sugere-se a leitura da seguinte obra: SEVEGNANI, Joacir. **A resistência aos tributos no Brasil**: Estado e Sociedade. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

imprescindível que o plano reformista observe elementos que possam auxiliar na redistribuição da Renda Nacional, para atingir a finalidade última da justiça social, a que se propõe um Estado Democrático de Direito.

Uma reforma deve, necessariamente, buscar a institucionalização de mecanismo que favoreçam a distribuição de riquezas, que em uma Sociedade é produto da sua ordem jurídica, não só em relação às leis que regem a propriedade e as relações para a sua aquisição e transferência, mas também em relação às normas fiscais, previdenciárias e políticas³⁵⁸.

Se a tributação é o meio através do qual se proporciona acesso aos direitos sociais, logo, é a ferramenta que possibilita o combate à desigualdade social, na medida em que pode compatibilizar a liberdade individual e a livre iniciativa, de modo se direcione à justiça social para que, por meio do sistema de tributação, proporcionar a redistribuição de riquezas³⁵⁹.

É justamente essa a defesa de Thomas Piketty, na obra *A Economia da Igualdade*, publicada em 1997, na qual identifica a tributação como mecanismo eficaz de redistribuição de riquezas para combater as desigualdades sociais. Conforme Piketty, o instrumento privilegiado da redistribuição pura é a redistribuição fiscal que, por meio das tributações e transferências, permite corrigir a desigualdade das rendas produzida pelas desigualdades das dotações iniciais e pelas forças do mercado, ao mesmo tempo que preserva o máximo a função alocativa do sistema de preços³⁶⁰.

O combate às desigualdades sociais pela via da tributação pode ocorrer através da introdução de prestações positivas aos mais pobres, como por exemplos, as políticas públicas que promovem acesso à saúde e educação. Tais

³⁵⁸ DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana – a teoria e a prática da igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. X.

³⁵⁹ “Há de se buscar, portanto, um equilíbrio que permita o desenvolvimento sustentável para o país, em que o dever fundamental de pagar tributos esteja estruturado de modo a atender as justas reivindicações dos contribuintes e, ao mesmo tempo, proporcione recursos suficientes para financiar as políticas públicas.” (SEVEGNANI, Joacir. **A solidariedade social no estado constitucional de direito no Brasil**: Estado e Sociedade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 238).

³⁶⁰ PIKETTY, Thomas. **A economia da desigualdade**. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2015, p. 85.

políticas devem ser financiadas com recursos orçamentários, obtidos especialmente por meio da tributação dos mais ricos, através de impostos sobre o patrimônio.

Cumpra ratificar que a tributação sobre o patrimônio constitui um meio de fazer com que milionários contribuam mais para que seja possível, de um lado, investir com maior força em políticas públicas para promover maior igualdade social. Por outro lado, a institucionalização da progressividade da tributação sobre a renda e a herança, pode ser uma via alternativa ao problemático e injusto sistema de tributação regressiva que, como visto anteriormente, fomenta o acúmulo de capital nas mãos de uma pequena parcela da Sociedade.

Registre-se, por oportuno, que Piketty não pretende fazer uma revolucionária transposição de recursos fiscais. Com efeito, seu objetivo é endossar a tese de que o principal papel do imposto sobre o capital não é financiar o Estado Social, mas regular o capitalismo. Com isso, o objetivo da inversão de incidência de tributação sobre as fortunas é evitar uma espiral desigualadora sem fim e uma divergência ilimitada das desigualdades patrimoniais, além de possibilitar um controle eficaz das crises financeiras e bancárias³⁶¹.

A adoção de um sistema tributário progressivo é indispensável para fazer com que cada pessoa se beneficie da globalização, configurando-se como um elemento essencial para o Estado Social, na medida em que desempenha um papel fundamental em seu desenvolvimento e na transformação da estrutura da desigualdade no século XX, constituindo uma instituição central para garantir a sua viabilidade no século XXI³⁶².

Com efeito, uma reforma no espaço fiscal deve projetar um sistema tributário que se oriente pelas dimensões mestras da equidade e de eficiência, o que tende a favorecer o desempenho da economia brasileira. É justamente esse o ponto que os reformadores devem observar. Os ganhos, em termos de progressividade, são nítidos tanto pela ampliação do impacto redistributivo dos tributos, quanto pela redução da tributação sobre bens e serviços que,

³⁶¹ PIKETTY, Thomas. **A economia da desigualdade**. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2015, p. 504.

³⁶² PIKETTY, Thomas. **A economia da desigualdade**. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2015, p. 483.

atualmente, possuem perfil regressivo. Sob a ótica da eficiência econômica, os ganhos adviriam da uniformização e implicação tributária.³⁶³

Por tais razões, os reformadores têm de se deixar guiar por juízos ponderados acerca dos objetivos mais adequados para o governo numa Sociedade que se pretende justa. Para tornar efetivos tais objetivos no curso da elaboração política e normativa, o governo precisa de informações sobre as implicações de bem-estar geradas nas mais variadas camadas sociais³⁶⁴. Assim, é imprescindível observar os indicadores de desigualdade social e o descontentamento da Sociedade como um todo para buscar soluções estruturais.

Em específico, uma das questões a ser levada em conta pelo reformador brasileiro é a “guerra fiscal”, na medida em que com essa disputa quem sai perdendo são os Estados e o próprio governo federal. Os Estados perdem porque deixam de arrecadar tributos e reduzem a geração de empregos. Perde o estado que recebe os investimentos, uma vez que não arrecada e, ao mesmo tempo, concede outras vantagens, como empréstimos a baixo custo³⁶⁵.

Essa questão poderia ser solucionada pela estrita observância do artigo 151, I da Constituição que prevê a proibição de tratamento não uniforme em todo o território nacional, admitindo incentivos fiscais somente para promover o equilíbrio do desenvolvimento socioeconômico das regiões. Cumpre ainda registrar a existência do Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ), que é o órgão apto a coibir a guerra fiscal, constituindo-se um fórum adequado para a resolução de conflitos entre os Estados. Todavia, as decisões tomadas acabam por não ser observadas rigorosamente pelos próprios Estados em relação aos incentivos

³⁶³ GOBETTI, Sérgio Wul; ORAIR, Rodrigo Octávio. Tributação e distribuição da renda no Brasil: novas evidências a partir das declarações tributárias das pessoas físicas. **Centro Internacional de Políticas para o Crescimento Inclusivo (IPC-IG)**. Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. working paper nº 136, fevereiro, 2016 ISSN 1812-108x, p. 20. <http://www.ipc-undp.org/pub/port/WP136PT_Tributacao_e_distribuiacao_da_renda_no_Brasil_novas_evidencias_a_partir_das_declaracoes_tributarias_das_pessoas.pdf>, Acesso em 26/01/2017.

³⁶⁴ MURPHY, Liam; NAGEL, Thomas. **O mito da propriedade**. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. Martins Fontes: São Paulo, 2005, p. 189.

³⁶⁵ BOFF, Salete Oro. **Reforma tributária e federalismo**: entre o ideal e o possível. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed, 2005, p. 194.

fiscais³⁶⁶.

Enfim, a tão desejada reforma tributária não se consubstancia especificamente no aumento de receita de tributos, mas deve servir para o aperfeiçoamento estrutural dos mecanismos que compõem o sistema de arrecadação e distribuição de receitas. Para tanto, é imprescindível a sensibilização dos agentes públicos para que elaborem um sistema que, de um modo geral, observe o respeito aos contribuintes, através da elaboração de um sistema menos complexo, mais transparente e justo.

Com vistas a isso, tem-se que a construção de um sistema tributário mais simples, justo e eficiente, passa indissociavelmente pela edificação de tribunais administrativos tributários que possam, de maneira efetiva, expurgar normas e atos que atentem contra os direitos e garantias fundamentais, evitando, assim, que o já tão fragilizado contribuinte gaste ainda mais tempo e dinheiro para ver seus reclamos analisados pelo poder judiciário.

Além disto, os reformadores devem articular uma proposta que desestimule as práticas tributárias fraudulentas. A trilha em direção à simplificação e desburocratização, além do fomento à participação democrática, deve visar a transparência para a criação de um sistema eficiente que desestimule a prática de ilícitos tributários, como a sonegação fiscal.

Ratifique-se que a simplificação e a transparência deve gerar um sistema eficiente, tanto para os contribuintes, como para o Estado, criando uma consciência social de que a obediência às leis tributárias os motiva a participar do processo de construção de uma Sociedade política mais justa. Em síntese, o que se quer dizer é que quando o Estado atua com respeito em relação aos contribuintes e em relação à Sociedade, observando princípios constitucionais, a consequência é que o cidadão, com uma visão mais clara sobre seu lugar na participação política, passa a colaborar nos debates para a confecção de normas tributárias e estratégias de políticas públicas, a fim de viabilizar melhora da comunidade como um todo.

³⁶⁶ BOFF, Salete Oro. **Reforma tributária e federalismo**: entre o ideal e o possível. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed, 2005, p. 194-195.

Neste viés, tendo-se em mira o objetivo proposto na presente pesquisa, faz-se necessário, agora, discutir os matizes que envolvem a constitucionalização do processo administrativo tributário, posto que a umbilical relação deste com a Constituição, que se materializa pela imposição de limites ao agir estatal, acaba por promover uma sinergia, apta a não só materializar o princípio do acesso à justiça, mas também a promover uma democracia verdadeiramente substancial.

CAPÍTULO 3. O PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL

Há um déficit doutrinário no trato de questões de processo administrativo tributário. Os trabalhos elaborados nesta área lutam pela definição de um horizonte de sentido compartilhado, objetivando buscar uma conformação entre os pressupostos processuais, no plano do processo administrativo tributário, em relação à Constituição.

Neste sentido, para compreender essa problemática, é imprescindível analisar o Processo Administrativo Tributário no Sistema jurídico brasileiro em sua historicidade, principalmente diante da complexidade que a temática assume no Estado Democrático e Constitucional de Direito. Por esta razão, neste ponto da pesquisa, optou-se por sistematizar os elementos centrais que configuram o advento do processo administrativo na área tributária, apontando-se a necessária modulação em relação à Constituição.

Para tanto, inicialmente será efetuado uma breve explanação histórica sobre o surgimento dos tribunais administrativos tributários em terras brasileiras. Demonstrando-se que, muito embora suas raízes remontem o Brasil colonial, o processo em questão toma corpo somente no início do século XX, quando órgãos do governo assumiram novas estruturas para dar conta de conflitos entre a administração e o contribuinte.

Estudar as matrizes históricas é a chave para compreender os motivos que impediram, ao longo dos anos, a irradiação dos preceitos constitucionais ao processo administrativo de natureza tributária, impedindo a construção de uma teoria constitucional neste campo.

Com efeito, merece ainda ser explanado a forma de funcionamento dos tribunais administrativos tributários, bem como seus respectivos

princípios norteadores. Toda essa explanação serve para, ao final, oferecer subsídios para uma crítica reflexiva sobre a impossibilidade de controle de constitucionalidade, por parte dos tribunais administrativos tributários.

3.1 NOTAS HISTÓRICAS: as origens dos tribunais e do processo administrativo tributário no sistema jurídico brasileiro

O direito administrativo, enquanto área do direito na qual são determinadas as diretrizes para limitar e orientar a atuação do poder da Administração Pública, em função da Sociedade, deita suas raízes no Estado francês. Logo após os influxos revolucionários, baseados em ideais liberais, formou-se um terreno propício para a elaboração e difusão de teorias em defesa da regulamentação e limitação da atuação dos poderes políticos, propondo uma nova forma de se pensar o Estado e seus respectivos poderes.

Um bom exemplo disso é a teoria da tripartição de poderes de Montesquieu, na medida em que propugnava uma nova estrutura que ofereceria condições para definir e especializar a atuação do poder estatal, sujeitando-a ao império da lei.³⁶⁷ A distribuição das funções executiva, legislativa e judiciária, respectivamente as distintas instituições que deveriam atuar de forma independente, separada e harmônica, mas simultaneamente manteriam características de um único poder, favoreceu a redefinição dos papéis de governo e sua relação com a Sociedade.

É nesse contexto que surgem novas ideias sobre os desenhos institucionais e seus respectivos poderes de governo, favorecendo o surgimento de diretrizes normativas para o exercício do poder político. Assim, considera-se como marco inicial a Lei francesa, datada de 1800, que ficou conhecida como a *Loi du 28 pluviôse*, do ano VIII, tratando-se se do advento da Constituição administrativa

³⁶⁷ MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das leis**. 2.e.d.. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

napoleônica; uma lei que coligia normas sobre a organização administrativa e resolução de lides que envolviam a Administração Pública³⁶⁸.

Um dos instrumentos para oferecer condições de possibilidade de resolução de embates em matéria de direito tributário é o processo administrativo tributário. Neste sentido, ao considerar o estabelecimento dessa relação, suas origens remontam a França revolucionária do século XVIII e, especificamente, em terras brasileiras remonta o período em que o país ainda era uma das colônias portuguesas.

Isso pode ser afirmado, a partir de um estudo realizado pela pesquisadora Ana Luísa Martins, a pedido do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) que, no ano de 2010, efetuou um levantamento histórico sobre a formação do processo administrativo tributário em terras brasileiras. Os estudos forjaram um mapeamento sobre os primeiros órgãos de fiscalização tributária, apontando que seu surgimento remonta o período das capitânicas hereditárias, no século XVI³⁶⁹.

No entanto, é evidente que os primeiros órgãos fazendários da coroa portuguesa no Brasil são bastante distintos da estrutura que se tem hoje, na medida em que com o passar dos anos as formas de resolver litígios foram sendo aprimoradas e moldadas conforme as novas concepções de Estado.

Com efeito, não existia uma estrutura autônoma, direcionada para regulamentar a matéria especificamente. No entanto, é inegável o fato de que havia instrumentos político-jurídicos, aptos a estabelecer linhas gerais para definir a atuação da Administração Pública³⁷⁰ e resolução de seus respectivos conflitos. Isto

³⁶⁸ MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 2. ed. São Paulo: RT, 2003., p. 14

³⁶⁹ MARTINS, Ana Luísa. **Conselho Administrativo de Recursos Fiscais: 85 anos de imparcialidade na solução dos litígios fiscais**. Rio de Janeiro: Capivara, 2010, p. 99.

³⁷⁰ "Os donatários das Capitânicas hereditárias eram inicialmente detentores de poderes absolutos outorgados pelo rei de Portugal, nas suas circunscrições territoriais. Mesmo na época dos Governos Gerais, embora houvesse certa repartição de atribuições entre o Governador Geral, o Provedor Mór e o Ouvidor Geral, o primeiro, que até teve, e m certa ocasião, o título de vice-rei" concentrava, na prática, os poderes, desempenhando, como o Capitão Mor das Capitânicas, as funções de legislação, administração e justiça. Era a época de vigência das Ordenações do Reino da implantação, inclusive em Portugal, do estamento burocrático, superando a noção feudal de suserania, e da centralização da soberania, com a codificação das leis gerais, fazendo

é, regras gerais que regiam as relações do monarca, que concentrava todos os poderes, com seus delegados, com a Igreja e com os colonos³⁷¹.

Durante o período do Brasil colonial, a forma de resolução de conflitos ocorria por meio de repartições e, posteriormente, por tribunais que agiam por delegação da Corte portuguesa na colônia. Tais tribunais serviam a vontade soberana da coroa, em um sistema arbitrário, ditatorial e centralizador. Naquilo que diz respeito aos tributos, sua arrecadação era de incumbência dos juizes territoriais³⁷².

Essa sistemática de organização centralizadora de poderes, fazia com que vigorasse um sistema de jurisdição una, onde juizes e tribunais tinham competência para conhecer os litígios consubstanciados entre a fazenda real e o contribuinte, desde que ressalvadas algumas restrições avocadas pela coroa portuguesa³⁷³.

As funções dos órgãos de governo começaram a se especializar a partir do ano de 1761, quando da publicação da lei de 22 de dezembro de 1761, da autoria de Sebastião José de Carvalho e Melo, o Marquês de Pombal, com a qual criou o Tesouro Real (conhecido também por Real Erário) e o Conselho da Fazenda, como instituições de topo da administração fiscal portuguesa. Esses novos órgãos foram destinados a centralizar a gestão das contas públicas,

dos reinos ibéricos os primeiros a apresentar governo central estruturado, distribuindo os agentes por carreira e hierarquia". (FAORO, Raymundo Faoro. Os donos do poder - Formação do patronato político brasileiro. Ed. Globo, 1958, pp. 30-33; Hélio de Alcântara Avellar. **História administrativa do Brasil**, v. 1- Preliminares Européias, FUNCEP, Brasília, 1984, pp. 74-75).

³⁷¹ MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 2. ed. São Paulo: RT, 2003., p. 07.

³⁷² "Durante o período colonial, a administração da justiça era encabeçada pelo Ouvidor-geral (autoridade que era responsável por representar e aplicar a lei da metrópole) ao qual era possível recorrer das decisões dos ouvidores das comarcas de cada capitania. Neste sentido é imprescindível mencionar que as funções jurisdicionais eram cumulativas (na medida em que a separação de poderes surgiria somente após a Revolução francesa), e confundiam-se com as funções administrativas, policiais e fiscais (...). Foi a partir do século XVII que começam a funcionar tribunais e juizados especializados, concedendo-se privilégio de foro para determinadas matérias e pessoas. Assim, surgiram as Juntas Militares e Conselhos de Guerra, com competência para julgar os crimes militares; as Juntas da Fazenda, com competência para julgar questões alfandegárias, tributárias e fiscais; e, ainda, as Juntas do Comércio, para apreciar as questões econômicas, envolvendo também a agricultura, navegação, indústria e comércio". (MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *Evolução histórica da estrutura judiciária brasileira*. **Revista TST**, Brasília, vol. 65, nº 1, out/dez 1999, p. 88;90).

³⁷³ CASTRO, Alexandre Barros. **Procedimento administrativo tributário: teoria e prática**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 83.

com incumbência de efetuar a administração fiscal, adjudicando todos as funções relativas à arrecadação de impostos, constituindo-se, possivelmente, uma tentativa de derrogação à jurisdição una³⁷⁴.

A primeira Constituição brasileira, outorgada no Brasil imperial em 1824, cuja confecção foi inspirada nos princípios revolucionários da Francesa, de cunho liberal, previu a divisão dos poderes em Executivo, Judiciário e Legislativo, além do Poder Moderador. Na ocasião criou-se, também, o Conselho de Estado, que possuía a função de consultoria em questões que envolviam a Administração Pública.

Ocorre que o Conselho de Estado, muito embora tenha sido uma cópia do modelo francês, suas funções não incluíam o exercício jurisdicional, como acontecia (e ainda acontece) na França. No entanto, é necessário observar que em seu país de origem, nos primeiros anos de sua formação, o Conselho de Estado não tinha o poder de proferir decisões definitivas, porque dependiam do aval do imperador. Foi somente a partir de 1872 que o órgão em questão adquiriu independência, passando a exercer atividade jurisdicional propriamente dita, adquirindo o poder de resolver por definitivo os conflitos³⁷⁵.

Com efeito, o Conselho de Estado no Brasil com suas atividades restritas à consultoria, acabou por ser extinto no ano de 1834 e, posteriormente, recriado pela Lei nº 234, de 23 de novembro de 1841. Em sua nova formação foi composto por conselheiros vitalícios, continuando a exercer funções consultivas, que emitiam opiniões sobre o exercício das atribuições do poder

³⁷⁴ Neste sentido, Castro defende que no final do período colonial, muito embora o Brasil tivesse um sistema de jurisdição una, a criação dos supramencionados órgãos consubstanciou-se uma investida contra essa forma de jurisdição. Isso se deu em razão de que com o surgimento do Erário Real e suas respectivas juntas, cuja função era administrar as cobranças de tributos e resolver conflitos entre a coroa e o contribuinte, podem ter formado um “arremedo” de contencioso administrativo tributário. No entanto, note-se que, muito embora o Erário Real pudesse resolver conflitos, sempre defendia interesses da coroa portuguesa. (CASTRO, Alexandre Barros. **Procedimento administrativo tributário: teoria e prática**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 83. Ver também MARTINS, Ana Luísa. **Conselho Administrativo de Recursos Fiscais: 85 anos de imparcialidade na solução dos litígios fiscais**. Rio de Janeiro: Capivara, 2010, p. 36).

³⁷⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. 500 Anos de direito administrativo brasileiro. **Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica**, nº. 10, janeiro, 2002, p. 10.

moderador e dos demais poderes³⁷⁶.

Ratifique-se que no Brasil o Conselho de Estado nunca exerceu função jurisdicional como acontece na França. Isso justifica-se em razão de que naquele país adotou-se um sistema de dualidade de jurisdição. Dito de outro modo, quer dizer que enquanto no Brasil falava-se em jurisdição administrativa, mas sem nenhuma independência em relação ao Poder Executivo; na França, o Conselho de Estado era considerado como um órgão auxiliar da Administração Pública e funcionava como tribunal administrativo de última instância³⁷⁷.

Considerando-se que a resolução de conflitos em matéria fiscal esteve durante o período colonial subjugada à vontade da monarquia, como contrapartida, no período imperial os influxos liberais exerceram grande influência sobre os limites das funções dos órgãos estatais. Provavelmente essa seja uma das razões que fizeram com que as insurgências relativas à formação do contencioso administrativo (por meio do Conselho da Fazenda), no final de 1830, já tivesse sido suprimida³⁷⁸. Isso se torna possível dizer a partir do artigo 91 da lei de 04 de outubro de 1831: “a jurisdição contenciosa que exercitava o Conselho da Fazenda extinto fica pertencendo aos juizes territoriais com recurso para a relação do districto, guardados os termos de direito”³⁷⁹.

³⁷⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. 500 Anos de direito administrativo brasileiro. **Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica**, nº. 10, janeiro, 2002, p. 14.

³⁷⁷ De acordo com Medauar, uma das implicações da Revolução francesa foi a separação dos poderes que gerou uma peculiar forma de compreender a resolução de conflitos que envolviam a Administração Pública, através da distinção e separação das funções administrativas. Em agosto de 1790 editou-se uma lei que declarava a distinção das funções jurisdicionais das funções administrativas, proibindo os juizes de operar no “corpo administrativo. Mais tarde, no ano de 1800, Napoleão Bonaparte estabeleceu que a solução de conflitos que envolviam a Administração Pública estaria sob tutela do Primeiro Cônsul, isto é, à época, ele mesmo, com a manifestação prévia do Conselho de Estado. Essa sistemática serviu de modelo para diversos países, inclusive para o Brasil que criou o Conselho de Estado com a Constituição de 1824. Na França, somente em 1872 que o Conselho de Estado e órgãos semelhantes adquiriram independência para decidir litígios entre a sociedade civil e a Administração Pública, formando-se uma verdadeira jurisdição administrativa. Por outra forma, o que se dizer é que é uma jurisdição específica para resolução de litígios que envolvam a administração pública, enquanto parte, com as mesmas garantias de independência da jurisdição comum. (MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: RT, 2008, p. 48-49).

³⁷⁸ CASTRO, Alexandre Barros. **Procedimento administrativo tributário: teoria e prática**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 86.

³⁷⁹ O conteúdo da Lei de 04 de outubro de 1831 pode ser verificado através do link: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei_sn/1824-1899/lei-37582-4-outubro-1831-564543-publicacaooriginal-88471-pl.html>. Acesso em 03/09/2017.

Em outras palavras, a extinção do Conselho da Fazenda também extinguiu a jurisdição contenciosa, por ele exercida, de modo que suas funções passam a ser desenvolvidas pela justiça ordinária. A partir de então, o sistema de jurisdição conformou-se efetivamente em unitário³⁸⁰.

É nesse contexto que, como visto anteriormente, ressurgiu o Conselho de Estado por meio da Lei de 23 de novembro de 1841, atribuindo-lhe funções de caráter jurisdicional. Alguns anos mais tarde, o decreto 736 de 20 de novembro de 1850 atribuiu ao Conselho da Fazenda função de discutir questões relativas à dívida ativa, retirando-a das mãos do Poder Judiciário, atribuindo-se exclusivamente à Administração.

As funções do Conselho da Fazenda foram alargadas ainda mais no ano de 1859 com o Decreto de 29 de janeiro nº 2.343. A partir de então conferiu-se ao ministro da fazenda as funções de juiz, fazendo com que os chefes das repartições da fazenda e, ainda, especialmente o ministro da fazenda em matérias de sua competência, cuja competência era de resolver conflitos entre Administração Pública e contribuinte, em matéria tributária, tivessem suas decisões com força de sentença dos tribunais³⁸¹. Isso fez com que fosse configurado uma espécie de “contencioso administrativo”³⁸² que vigorou até o fim do regime

³⁸⁰ CASTRO, Alexandre Barros. **Procedimento administrativo tributário: teoria e prática**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 86.

³⁸¹ O decreto em questão atribuiu ao ministro da fazenda funções de juiz, como é possível verificar a seguir: “art. 1.º O Ministro e Secretario de Estado dos Negocios da Fazenda he o chefe Superior da Administração da Fazenda em todo o Imperio, e alem das attribuições conferidas pelas Leis, regulamentos e instrucções, e das definidas no art. 5º do decreto nº 736 de 20 de Novembro de 1850, competem-lhe tambem exclusivamente as seguintes: § 1.º Conhecer, quer em primeira instancia, quer em grao de recurso, das reclamações sobre o contencioso administrativo da Fazenda Nacional, salvo nos casos em que o Tribunal do Thesouro tem voto deliberativo. § 2.º Conhecer das questões que versarem sobre o cumprimento, interpretação, validade, rescisão e efeitos das fianças e dos contractos celebrados com a Administração da Fazenda que tenham por objecto quaesquer rendas, obras ou serviços publicos a cargo da mesma Administração. § 3.º Aplicar as leis e disposições concernentes á prescripção quinquenal ou annual, ás reclamações contra o Estado por dividas passivas, seja qual for a natureza do titulo em que se fundarem, e tambem a prescripção dos 40 annos quanto ás dividas activas do Estado. (...) Art. 25. As decisões dos chefes das Repartições de Fazenda, do Tribunal do Thesouro, e do Ministro da Fazenda, nas materias de sua competencia de natureza contenciosa, terão a autoridade e a força de sentença dos Tribunaes de Justiça (sic)”. (BRASIL. **Decreto nº 2.343, de 29 de janeiro de 1859**. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-2343-29-janeiro-1859-557253-publicacaooriginal-77596-pe.html>>. Acesso em 03/09/2017).

³⁸² Para a presente pesquisa “utiliza-se o termo “contencioso administrativo” entre aspas, porque compreende-se que esse termo refere-se ao sistema de resolução de conflitos originário da

Imperial³⁸³.

Em 24 de fevereiro de 1891 foi promulgada a Constituição da República, que colocou um ponto final no período do Brasil imperial. Nestes termos, tratou-se de uma Constituição que fora iminentemente formada a partir de um viés liberal, com forte influência norte-americana. Foi a menor Constituição, composta por 90 artigos no corpo permanente e 9 artigos nas disposições transitórias³⁸⁴.

Foi neste momento em que as funções exercidas pelo Conselho da Fazenda, com pretensões de “contencioso administrativo” foram definitivamente suplantadas, principalmente quando da redação do art. 60 que definiu como competência dos juízes e tribunais federais processar e julgar as causas propostas contra o governo e a fazenda nacional, em causas relativas à compensações, indenizações ou quaisquer prejuízos relativos ao Governo da União e particulares³⁸⁵.

França, cujo objetivo era (e ainda é) o de vedar ao Poder Judiciário o julgamento de controvérsias que envolvessem a Administração, em virtude de uma radical interpretação de separação de poderes. Trata-se de uma expressão utilizada para designar um sistema em que se atribui à própria Administração Pública a função de julgar em definitivo os litígios que lhe dizem respeito, inclusive com seus administrados. Em suma, é dizer que cabe ao Poder Executivo resolver seus próprios conflitos. Essa forma de resolução de controvérsias que se originou e ainda funciona na França, a qual opera com uma estrutura de dupla jurisdição. Ou seja, os conflitos entre a Administração Pública e os administrados resolvem-se em última instância no Conselho de Estado (no caso Francês), sendo que não é possível recorrer ao Poder Judiciário como via de solução alternativa, como acontece no Brasil, que possui jurisdição una. Neste sentido, optou-se por utilizar o termo “contencioso administrativo” entre aspas em função de que, no Brasil, esse sistema duplo de jurisdição não foi absorvido pela comunidade jurídica, formando-se apenas uma espécie de arremedo, que durou por poucos anos, principalmente durante o período em que o ministro do Conselho da Fazenda possuía poderes de jurisdição, cuja decisão tinha caráter de sentença final.” (MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: RT, 2008, p. 47-49).

³⁸³ CASTRO, Alexandre Barros. **Procedimento administrativo tributário: teoria e prática**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 86.

³⁸⁴ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 256.

³⁸⁵ A partir da leitura do artigo 60 da Constituição de 1891 é possível compreender que a tentativa de jurisdição contenciosa em terras brasileiras fora suplantada, veja-se o texto: “Art. 60. Compete aos juizes ou Tribunaes Federaes processar e julgar: (...) b) todas as causas propostas contra o governo da União ou Fazenda Nacional, fundadas em disposições da Constituição, leis e regulamentos do poder executivo, ou em contractos celebrados com o mesmo governo; c) as causas provenientes de compensações, reivindicações, indemnisação de prejuizos ou quaesquer outras, propostas pelo governo da União contra particulares ou vice-versa (sic)”. (BRASIL. **Constituição Federal de 24 de fevereiro de 1891**. Disponível através do link: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/137570/Constituicoes_Brasileiras_v2_1891.pdf?sequence=5>. Acesso em 04/09/2017).

Com efeito, é possível apontar que a década de 1920 foi o marco histórico que possibilitou o surgimento dos tribunais administrativos tributários com contornos mais expressivos e funções especializadas. Isso se deu em função das ideias de liberalismo político e econômico que ainda ressoavam sobre as terras brasileiras, causando profundas alterações nas relações entre Estado e contribuinte³⁸⁶.

Deste modo, a partir do ano de 1924, o governo de Artur Bernardes criou um Conselho de Contribuintes para julgar os recursos relacionados ao Imposto de Renda, através do Decreto nº 16.580, de 04 de setembro daquele ano. A criação de um Conselho de Contribuintes em cada Estado e no Distrito Federal consistia em um corpo misto de julgamento fiscal de recursos referentes à cobrança do Imposto de Renda. Os membros para composição deveriam ser contribuintes escolhidos e nomeados pelo Ministro da Fazenda, que fizessem parte do comércio, indústria, profissões liberais e funcionários públicos, desde que reconhecida sua idoneidade³⁸⁷.

Esses Conselhos foram planejados para existir em cada Estado, devendo ser compostos por cinco membros, sendo eles contribuintes do comércio, indústria, profissões liberais e, ainda, funcionários públicos. Mais tarde, no ano de 1925 o Conselho dos Contribuintes começou a operar no Rio de Janeiro, período em que a cidade ainda era a então capital brasileira³⁸⁸.

A experiência bem-sucedida fez com que no ano de 1931, no próprio Rio de Janeiro, fosse constituído um outro conselho administrativo para cuidar de recursos em relação à tributos sobre consumo e sobre valores de mercadoria pelas alfândegas. Todavia, ocorre que, no ano de 1934, dois conselhos fiscais foram extintos e em seguida reinstalados com novas atribuições. Assim, de um modo geral, os contribuintes passaram a contar com três conselhos para avaliar recursos que questionavam a taxaçoão de imposto, a saber: i) O primeiro Conselho

³⁸⁶ MARTINS, Ana Luísa. **Conselho Administrativo de Recursos Fiscais: 85 anos de imparcialidade na solução dos litígios fiscais**. Rio de Janeiro: Capivara, 2010, p. 100.

³⁸⁷ MARTINS, Ana Luísa. **Conselho Administrativo de Recursos Fiscais: 85 anos de imparcialidade na solução dos litígios fiscais**. Rio de Janeiro: Capivara, 2010, p. 100.

³⁸⁸ MARTINS, Ana Luísa. **Conselho Administrativo de Recursos Fiscais: 85 anos de imparcialidade na solução dos litígios fiscais**. Rio de Janeiro: Capivara, 2010, p. 100.

de Contribuintes; ii) o Segundo Conselho dos Contribuintes; e, iii) O Conselho Superior de Tarifa, mais tarde denominado Quarto Conselho dos Contribuintes³⁸⁹.

Nos anos que se seguiram, é inegável que o direito administrativo, assim como o processo administrativo na área tributária foram adquirindo forma, passando por um processo de positivação, trazendo para o território brasileiro diversos institutos oriundos do direito francês. Deve-se levar em conta, ainda, que o alargamento das funções estatais, face ao surgimento do Estado Social fez com que as matérias referentes ao direito e ao processo administrativo tributário assumissem maior relevância, na medida em que essa forma de Estado é caracterizada justamente pelo agigantamento de suas funções³⁹⁰.

As transformações pelas quais o Estado e a Sociedade passaram fizeram exsurgir uma nova fase para os conselhos de contribuintes, evidenciada pela necessidade de enfrentar os desafios da modernidade. Ora, se principalmente a partir da segunda metade do século XX as Constituições passaram a proteger Direitos Fundamentais, sendo imprescindível de um lado a limitação do poder do Estado e, de outro, a participação social nos processos decisórios, o processo administrativo tributário, levado a efeito nos conselhos dos contribuintes, passou também a demandar um processo de adaptação a esses novos fenômenos.

O imprescindível alinhamento constitucional, além da necessária racionalização das atividades administrativas, a otimização dos trâmites processuais e, ainda, acelerar minimamente as soluções dos conflitos levou à unificação dos conselhos em apenas um único conselho, isto é, Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, também conhecido como CARF.

Essa unificação ocorreu por meio da Lei 11.941, de maio de 2009, com a qual as atribuições dos antigos Conselhos foram transferidas para três Seções de julgamento do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), compostas respectivamente por quatro Câmaras, oito Turmas e Divisões

³⁸⁹ MARTINS, Ana Luísa. **Conselho Administrativo de Recursos Fiscais: 85 anos de imparcialidade na solução dos litígios fiscais**. Rio de Janeiro: Capivara, 2010, p. 101.

³⁹⁰ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. 500 Anos de direito administrativo brasileiro. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 10, janeiro, 2002, p. 16.

Administrativas³⁹¹.

Paralelamente a isso, naquilo que toca ao processo tributário, o governo nunca produziu uma reforma sistemática, que colacionasse todas as regras de processo administrativo na área tributária, tal como acontece, por exemplo, com o código de processo civil. Ao longo dos anos, algumas mudanças e inovações processuais foram aos poucos sendo incorporadas no sistema jurídico por meio de leis esparsas.

Um bom exemplo disto é o fato de que a Lei 8.397/1992 tratou sobre a medida cautelar fiscal. Mais tarde, houve alterações no procedimento de consulta fiscal e a regulamentação do lançamento tributário diante da existência de liminar suspensiva de exigibilidade do crédito tributário, com a lei 9.430/1996. No ano de 1997, a Lei 9.532 regulou a intimação por qualquer via, desde que com prova de recebimento, criando também o arrolamento administrativo de bens e modificando o regime da ação cautelar fiscal³⁹².

O processo administrativo, muito embora não especificamente em matéria tributária, foi regulamentado na esfera da Administração Pública Federal, por meio da Lei 9.784 promulgada em 1999. A referida lei instituiu procedimentos modernos e ágeis, a fim de facilitar a comunicação dos atos do processo, além de proporcionar mecanismos que viabilizaram maior comunicação entre a Administração e o contribuinte. Isso é possível afirmar na medida em que inovações como a consulta e audiência pública, bem como a fixação de prazos para as decisões tornaram-se garantias para o administrado, na condição de contribuinte³⁹³.

Resumidamente, essa é a história da institucionalização do processo administrativo tributário. Observe-se que esse campo de estudos,

³⁹¹ MARTINS, Ana Luísa. **Conselho Administrativo de Recursos Fiscais: 85 anos de imparcialidade na solução dos litígios fiscais**. Rio de Janeiro: Capivara, 2010, p. 117.

³⁹² RIBAS, Lídia Maria Lopes Rodrigues. **Processo Administrativo Tributário**. 3.ed.São Paulo: Malheiros, 2008, p. 132.

³⁹³ “Observe-se que as leis aqui foram citadas apenas alguns dos diplomas legislativos que tratam da matéria em questão, apenas para ilustrar que elas foram criadas ao longo do tempo, conforme as necessidades e problemas que surgiam no âmbito do processo administrativo tributário, verificando-se assim que as regras que regulamentam esse processo não estão concatenadas em um único documento.” (RIBAS, Lídia Maria Lopes Rodrigues. **Processo administrativo tributário**. 3.ed.São Paulo: Malheiros, 2008, p. 133).

inicialmente visto como uma ferramenta nas mãos do monarca para solapar os direitos, transformou-se em um ramo que serve justamente para fazer o contrário. Dito de outro modo, quer dizer que surge exatamente para regular os limites de atuação do Estado e mantê-la afivelada às disposições legais, dentro desse espírito protetor do cidadão contra descomedimentos dos detentores do exercício do poder estatal³⁹⁴.

No que diz respeito à preocupação doutrinária com a formação e com a própria função do Processo para resolver conflitos de natureza tributária, tradicionalmente aponta-se o italiano Francesco Carnelutti como primeiro jurista a preocupar-se com essas questões, denominando-o de Processo tributário, na década de 1930³⁹⁵.

No Brasil, em meados da década de 1940, Rubens Gomes de Souza, que figura no rol de importantes juristas da história do direito brasileiro, na medida em que foi um dos coautores do Código Tributário Nacional, também preocupou-se com o desenvolvimento do Processo tributário e sua correspondência com a distribuição da justiça em matéria fiscal, bem como com a organização da justiça administrativa³⁹⁶.

Importa mencionar, ainda, o jurista Ramón Valdés Costa, professor paraguaio que participou da elaboração do *Modelo de Código Tributário para a América Latina*. Em sua obra publicada em 1992, intitulada *Instituciones de derecho tributario*, defende a importância da compreensão e aplicação dos princípios da legalidade, igualdade e da tutela jurisdicional para a solução de conflitos em matéria tributária³⁹⁷.

Muito embora tais juristas tenham lutado, cada um a seu tempo, pela legitimidade e devido cuidado doutrinário para com a função e os limites

³⁹⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 46

³⁹⁵ RIBAS, Lídia Maria Lopes Rodrigues. **Processo administrativo tributário**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 125.

³⁹⁶ RIBAS, Lídia Maria Lopes Rodrigues. **Processo administrativo tributário**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 125.

³⁹⁷ COSTA, Ramón Valdés. **Instituciones de derecho tributario**. Depalma, Buenos Aires: 1992, p. 39.

de atuação dentro do Processo administrativo tributário, tal tarefa é contínua e, sem dúvidas, inacabada. Atualmente, inúmeros juristas têm se debruçado sobre as matérias de direito e de Processo administrativo tributário com o objetivo de delinear os contornos institucionais de modo adequado à Constituição Federal.

Com efeito, o advento da Constituição de 1988 deu início a um Processo de redemocratização das instituições político-jurídicas da Administração Pública. Para o bem comum da Sociedade, assumiu-se o dever ter uma postura que objetive a consolidação e efetivação de Direitos Fundamentais. Assim, o direito administrativo, o direito tributário e o Processo administrativo tributário não passam ao largo disso, ao contrário, tornam-se condição de possibilidade para que isso seja possível em seus respectivos planos de atuação.

Trata-se de necessária adequação a esse novo Paradigma, ou seja, um Processo na via administrativa, guiado pela Constituição que traz em seu bojo um conjunto harmônico de princípios que regem os órgãos, os agentes e as atividades públicas tendentes a realizar concreta, direta e imediatamente os fins desejados pela nova ordem constitucional³⁹⁸.

Deste modo, antes de compreender a atual sistemática de funcionamento do Processo administrativo tributário e seus limites de atuação, é necessário fazer uma reflexão sobre os principais princípios que regem o direito e, portanto, o Processo administrativo tributário. Tarefa esta que será efetuada no tópico a seguir.

³⁹⁸ “Este fenômeno, identificado por alguns autores como filtragem constitucional, consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados.” (BARROSO, Luiz Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil). **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, no. 9, março/abril/maio, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em 02/05/2019, p. 20).

3.2 OS PRINCÍPIOS CONFORMADORES DO PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO

Ao longo dos anos, inúmeros juristas se ocuparam em discutir e elaborar teorias que oferecessem uma explicação razoável sobre aquilo que poderia ser Direito. Tradicionais escolas como, a título de exemplo, a escola da exegese, a escola da jurisprudência dos conceitos e de valores, juristas como Hans Kelsen³⁹⁹, Norberto Bobbio⁴⁰⁰, Castanheira Neves⁴⁰¹, Ronald Dworkin⁴⁰², Luigi Ferrajoli⁴⁰³ e, em terras brasileiras, Lenio Streck⁴⁰⁴, foram imprescindíveis para a reflexão sobre a tentativa de compreender o que é e como deve funcionar o sistema jurídico de uma comunidade política⁴⁰⁵.

Nos limites deste trabalho, como evidenciado no primeiro capítulo, o aporte teórico escolhido para oferecer condições de possibilidade de compreensão acerca do sentido do direito e sua intrínseca relação com a Constituição foi a teoria garantista de Luigi Ferrajoli. Teoria que, nos últimos anos, tem adquirido especial relevância no sistema jurídico pátrio, na medida em que tem servido de arrimo para juristas brasileiros elaborarem teorias a respeito da necessária vinculação constitucional e dos Direitos Fundamentais de todo o sistema jurídico.

³⁹⁹ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Coimbra: Armenio Amado, 1979.

⁴⁰⁰ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. São Paulo: Ícone, 1995; BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**. Barueri: Manole, 2007.

⁴⁰¹ CASTANHEIRA NEVES, António. **Digesta**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

⁴⁰² DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002; DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

⁴⁰³ FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris. I. Teoria del diritto**. Roma-Bari: Laterza, 2007; FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

⁴⁰⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014; STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

⁴⁰⁵ Além destes doutrinadores, cumpre lembrar ainda a posição cética de Paulo de Tarso Brandão a respeito do conceito e do sentido dos princípios no âmbito jurídico. Para tanto, verificar BRANDÃO, Paulo de Taro. Considerações sobre as normas constitucionais que estabelecem e asseguram Direitos Fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro e os perigos de sua incompreensão. In: CRUZ, Paulo Márcio; Brandão, Paulo de Tarso; Maurizio Oliviero (Org.). **O direito Contemporâneo e diálogos científicos Univali e Perugia**. 2016. Eboo-k disponível no endereço eletrônico: <http://www.giurisprudenza.unipg.it/files/generale/Dottorati/EBOOK_-_10_anos_Univali_e_Perugia_.pdf>. Acesso em 10/11/2017.

Resumidamente, vale lembrar que Ferrajoli defende uma tese que se consubstancia como um reforço ao positivismo jurídico, na medida em que defende uma radical separação entre Direito e Moral. Além disto, ele concebe que toda a produção do direito, toda a forma de pensar e de positivizar direitos deve ser pensada a partir dos Direitos Fundamentais, tanto a partir de um viés formal, como também substancial. O jurista italiano defende que é a partir da Constituição que deve ser pensado o sistema jurídico, o qual é formado prevalentemente por regras.

No entanto, naquilo que diz respeito à existência de princípios, Ferrajoli admite, com bastante cautela, a existência de princípios, desde que estritamente vinculados à Constituição e aos Direitos Fundamentais. Sua preocupação é que o conteúdo dos princípios deve, necessariamente, ser originários da Constituição, sob pena de pôr em xeque a normatividade forte das regras constitucionais⁴⁰⁶.

Como Ferrajoli, neste trabalho também se defende a importância dos princípios constitucionais. Neste sentido, além do Constitucionalismo Garantista defendido por Ferrajoli, cumpre mencionar que, guardadas as devidas proporções teóricas, a teoria interpretativa do direito, elaborada por Ronald Dworkin, para quem, em um plano diferente e bem mais abrangente que Ferrajoli, os princípios são de fundamental importância para o sistema jurídico.

⁴⁰⁶ O receio de Ferrajoli em aceitar a existência de princípios no sistema jurídico está justamente no fato de que ao longo dos anos diversas teorias que, ao se autodenominarem neoconstitucionalistas, passaram defender a tese de que existem diversos princípios, no entanto, tal processo deu azo à criatividade de juristas que se utilizaram dos argumentos de princípio para afastar a lei e até mesmo a Constituição, enfraquecendo sua normatividade. Tais doutrinadores acabam por criar “princípios” bizarros sem o mínimo de cuidado (como é o caso do princípio da boa fé no juiz da causa e princípio da felicidade, para dizer o mínimo), com os limites propostos pela Constituição. Como resultado disso, ocorre uma banalização do direito que abre vias para que se diga “qualquer coisa sobre qualquer coisa”. Esse é o ponto de crítica de Ferrajoli em relação ao cuidado que se deve ter com o uso dos princípios, por isso sua teoria defende o uso limitado dos princípios. Esse ponto de crítica também é compartilhado com Lenio Streck, ao criticar o fenômeno do “panprincipiologismo”. Para tanto, ver necessariamente FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo Garantista e Constitucionalismo principialista. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Org). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. 2012 e ainda, STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

Enquanto que para Ferrajoli os princípios possuem um estreito grau de complementariedade, para Dworkin eles fundamentam os próprios sistemas jurídicos. Para Dworkin, os princípios subjazem às regras. Um princípio, para Dworkin, é um padrão que deve ser observado, porque se trata de uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade⁴⁰⁷.

Um princípio enuncia uma razão que conduz um argumento em uma certa direção, mas ainda, assim, necessita de uma decisão em particular. Quando afirma-se que um princípio particular é um princípio do direito, se ele for relevante, deve ser levado em conta pelas autoridades públicas.

Dworkin aponta que os princípios se distinguem das regras por uma questão lógica. Enquanto que as regras funcionam na sistemática do tudo ou nada, apresentando o máximo possível de especificações de exceções, quanto maior for mais completa ela será; de outra parte, os princípios operam em outra dimensão. Isto é, eles são razões que suportam um argumento e direcionam estes para uma determinada direção⁴⁰⁸. A direção que conduz um princípio é conduzida de acordo com sua força relativa em cada caso.

Por esta razão, Dworkin defende em sua teoria integrativa do direito que os princípios conformam as regras de um sistema jurídico, na medida em que possuem o conteúdo moral, que lhes é cooriginário ao direito. Dito de outro modo, quer dizer que as regras do sistema jurídico existem em decorrência de um princípio que, por sua vez, partem da tradição de uma comunidade política.

Deste modo, se em um caso jurídico, eventualmente, tais regras não forem claras o suficiente para solucioná-lo, os juristas e os juízes devem interpretar o direito a partir dos princípios que norteiam um determinado sistema jurídico⁴⁰⁹. Evidentemente que tais princípios decorrem da Constituição e, portanto, possuem a função de complementar a vagueza de regras jurídicas, dada à indeterminabilidade do Direito.

⁴⁰⁷ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 41.

⁴⁰⁸ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 42.

⁴⁰⁹ Para tanto, ver necessariamente: DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002; DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

A partir destas distintas teorias (isto é, o constitucionalismo garantista e a teoria interpretativa do Direito), é possível notar que a existência de princípios em um sistema jurídico assume especial relevância diante do Estado Constitucional de Direito.

Isso ocorre em função de que eles são elementos provenientes das próprias constituições, que servem para orientar a elaboração e aplicação do direito. Neste sentido, as atividades de todo um sistema político-jurídico, incluindo necessariamente todas as suas instituições e funcionários públicos vinculados, devem pautar-se por princípios constitucionais. E isso inclui, necessariamente, todos conselhos administrativos fiscais do país.

Sem dúvidas, os princípios surgem para complementar a vagueza de algumas regras e tentar suprir a indeterminabilidade do direito⁴¹⁰, justamente por esse motivo é que as instituições públicas devem valer-se deles para orientar sua própria conduta. É de praxe que a origem de tais princípios é a Constituição.

Ratifique-se mais uma vez, que com o advento da Constituição, as regras constitucionais, os Direitos Fundamentais e, também, os princípios jurídicos daí decorrentes servem como balizas para nortear o comportamento dos agentes públicos, na condição de representação estatal. Por decorrência, os órgãos de julgamento e o próprio Processo administrativo tributário não fogem desta cepa.

Por tudo isso, é de fundamental importância estudar os princípios elementares que servem como padrões normativos para a Administração Pública. É o que será feito na sequência desta pesquisa: a demonstração de alguns princípios que figuram, tradicionalmente, como os pilares do direito e do Processo administrativo, a fim de possibilitar a compreensão do tema e do problema central de abordagem da pesquisa, isto é, os órgãos de julgamento administrativo.⁴¹¹

⁴¹⁰ Vide: HART, Hebert L. A. Formalismo e cepticismo sobre as regras. In: _____ **O Conceito de Direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3 ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, São Paulo 2012. p. 137-168.

⁴¹¹ Tomando por bases tais afirmações Luigi Ferrajoli conclui que: "A diferença entre princípios e regras é, portanto, a meu ver, uma diferença que não é estrutural, mas de estilo. A formulação das

3.2.1 O devido processo legal no âmbito do processo administrativo

Muitos juristas e historiadores do direito, a partir de uma perspectiva bastante otimista, apontam que o surgimento do princípio do devido Processo legal remonta o ano de 1215, quando da edição da Magna Carta, na Inglaterra. Tal princípio teria surgido a partir da expressão “*law of the land*”, como o objetivo de constranger o rei a obedecer às leis da terra e respeitar os limites de atuação da monarquia em relação à liberdade de seus súditos⁴¹².

Outro ponto histórico de referência para o devido Processo legal está demarcado na V emenda da Constituição norte-americana, editada em 1791, quando assegurou explicitamente que *nenhuma pessoa seria privada de sua vida, liberdade ou propriedade, sem o devido Processo legal*⁴¹³.

Atualmente, este princípio está previsto na Constituição brasileira, sendo um dos pilares do Estado Democrático e Constitucional de Direito,

normas constitucionais na forma dos princípios e precisamente dos direitos fundamentais não é apenas um fato de ênfase retórica, mas também tem uma relevância política, uma vez que serve para explicitar, com a titularidade dos direitos das pessoas, a própria titularidade das normas constitucionais nas quais os direitos consistem e, por isso, a sua colocação em posição supraordenada ao artifício jurídico, como titulares de outros tantos fragmentos da soberania popular. Mas deixando de lado o estilo, qualquer princípio, ou ao menos qualquer direito fundamental, pela recíproca implicação que liga as expectativas nas quais os direitos consistem e as obrigações e proibições correspondentes, equivale à regra consistente na obrigação ou na proibição correspondente. Precisamente porque os direitos fundamentais são universais (*omnium*), eles consistem em normas, isto é, em regras, às quais correspondem deveres absolutos (*erga omnes*) igualmente consistentes em regras. [...] Compreende-se, assim, que não existe uma diferença real de estatuto entre princípios e regras: sempre a violação de um princípio faz deste uma regra, que enuncia as proibições ou as obrigações correspondentes. Por isto, a Constituição é definida, na sua parte substancial, mais do que como um conjunto de direitos fundamentais, isto é, de princípios, também como um sistema de limites e de vínculos, isto é, de regras destinadas aos titulares dos poderes. [...] Direitos e deveres, expectativas e garantias, princípios em matéria de direitos e regras em matéria de deveres são, em suma, uns a face dos outros, equivalendo a violação dos primeiros, seja ela por comissão ou por omissão, a violação das segundas.” (FERRAJOLI, Luigi. *Constitucionalismo garantista e neoconstitucionalismo. Anais do IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional*. Curitiba: ABDConst. p. 106-107).

⁴¹² Veja-se: NERY JÚNIOR., Nelson. **Princípios do Processo civil na constituição federal**. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: RT, 2008, p 83.

⁴¹³ MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: RT, 2008, p 83.

e está expresso no artigo 5, LIV, determinando que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”⁴¹⁴. Com efeito, trata-se de um princípio cujo sentido é bastante complexo, pois ao materializar-se abarca uma série de outros princípios que se evidenciam de acordo com o caso concreto.

Pois bem, o devido processo legal caracteriza-se, basicamente, pelo trinômio vida-liberdade-igualdade⁴¹⁵, vinculando tais direitos à tutela processual com vistas a oferecer um caminho juridicamente viável, no qual o indivíduo tenha condições de possibilidades de defender-se frente a qualquer ameaça de restrição de seu direito.

O devido processo legal, contudo, não indica somente a tutela processual de um direito, como pode parecer a um intérprete desavisado. Ao contrário, o que se quer dizer é que seu sentido genérico dá forma à uma bipartição de sentidos, sendo de um lado, o denominado *substantive due process* e o de outro, o *procedural due process*. Essa bipartição refere-se ao respeito quanto ao direito material, bem como o respeito ao processo adequado, vinculado ao seu caráter instrumental, seja ele judicial ou administrativo.⁴¹⁶

Note-se que o conceito do devido processo foi alargado e modificado ao longo dos anos, justamente para ampliar o máximo possível a abrangência de proteção dos Direitos Fundamentais. Assim, o princípio em questão manifesta-se em todos os campos do direito em seu aspecto substancial. No que toca ao direito administrativo, por exemplo, nada mais substancial e indispensável do que a observância (do princípio) da legalidade, como garantia contra o abuso de poder por parte da Administração Pública. Vale, ainda, dizer que os limites do poder de polícia da Administração são controlados pelo *substantive due process*⁴¹⁷.

No que diz respeito ao *procedural due process*, o sentido do

⁴¹⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 12/09/2017.

⁴¹⁵ NERY JR., Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 35.

⁴¹⁶ NERY JR., Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição federal**. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 37.

⁴¹⁷ NERY JR., Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição federal**. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 37-39.

princípio alcança uma dimensão instrumental. Remete diretamente à ideia de existir instrumentos adequados que permitam discutir as funções e a atuação do governo, remete ao direito de ter um juiz imparcial, ao direito de defesa das acusações, de apresentar novas provas, ao contraditório, direito de ter um defensor, direito de proteção às medidas ilegais de busca e apreensão, etc.⁴¹⁸.

Se os sentidos substanciais e processuais estão inscritos no devido processo legal que, em decorrência disto, abarca uma série de outros princípios, e se espraiam para todos os planos do sistema jurídico, evidentemente que ele assume a condição de pilar fundamental no processo administrativo tributário. E, ainda, é por meio deste princípio que se viabiliza a discussão de uma pretensão resistida em matéria tributária. É por meio deste princípio que se oferece condições de acesso à justiça, devendo ser protegido os direitos e garantias do cidadão, contra o arbítrio estatal.

Assim, as garantias constitucionais do devido processo legal convertem-se de garantias exclusivas das partes em garantias da jurisdição, e transformam o procedimento em um processo jurisdicional com estrutura cooperatória, na qual a garantia da imparcialidade da jurisdição surge da colaboração entre as partes e o juiz. Observe-se que a participação dos sujeitos no processo possibilita às partes a obtenção de uma decisão favorável, aproximada de um critério de justiça, traduzindo-se na cooperação no exercício da jurisdição⁴¹⁹.

Destarte, no campo do processo administrativo tributário, situação em que o Estado intervém na economia, este deverá estar atento, portanto, não só às regras que definem sua atividade no campo do direito material, mas também aos preceitos que permitem a igualdade de armas entre o Estado-exator e o

⁴¹⁸ O *procedural due process* também possui raízes no direito norte-americano cujas cláusulas propiciam ao litigante: a) comunicação adequada sobre a recomendação ou base da ação governamental; b) um juiz imparcial; c) a oportunidade de deduzir defesa oral perante o juiz; d) apresentar provas ao juiz; e) a chance de reperguntar às testemunhas e de ter um defensor no Processo perante o juiz ou tribunal; g) uma decisão fundamentada, com base no que consta nos autos. Evidentemente que tais premissas foram assumidas pelo direito constitucional e processual brasileiro, sendo disseminadas a partir da Constituição para as mais variadas legislações do sistema jurídico. Para tanto, conferir: NERY JR., Nelson. **Princípios do Processo civil na Constituição federal**. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

⁴¹⁹ CAIS, Cleide Previtali. **O Processo Tributário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 102.

cidadão-contribuinte. É com o estabelecimento dessa relação que surgem os princípios constitucionais cuja aplicação se torna imprescindível em matéria tributária e administrativa⁴²⁰.

É necessário enfatizar que em se tratando de um princípio constitucional, quer dizer que em matéria de processo tributário administrativo, são igualmente aplicáveis todas as garantias possíveis para evitar abusos e injustiças. Assim, sempre que houver pretensão tributária resistida por um cidadão, perante um órgão judicial ou administrativo, com competência para conhecer do pedido formulado, estar-se-á diante de um fenômeno processual tributário em que são garantidas todas as normas de aplicação, desde que iluminadas e organizadas pelos princípios fundamentais que presidem a disciplina⁴²¹.

A observância ao devido processo legal propicia a preservação do direito de defesa do contribuinte, sendo inafastável condição de validade para processo tributário administrativo. Por derradeiro, resta consignar que existem vários princípios que estão atrelados ao devido processo legal, estes que também servem de norte para o desenvolvimento das relações político-jurídicas e imprescindíveis para a sua própria convalidação. Alguns dos quais serão apresentados na sequência deste trabalho.

3.2.2 Princípio da legalidade

Luigi Ferrajoli aponta que o princípio da legalidade é o nexo estrutural que conecta o positivismo jurídico com o Estado de Direito. De acordo com o Paradigma constitucional, todos os poderes públicos estão submetidos ao direito, tanto a jurisdição, quanto a administração submetem-se à legalidade. Neste sentido, o princípio da legalidade assume uma complexidade estrutural e um valor garantista

⁴²⁰ BARROS, José Fernando Cedeño de. **Aplicação dos princípios constitucionais ao processo no direito tributário**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 19-20.

⁴²¹ MARINS, James. **Princípios fundamentais do direito processual tributário**. São Paulo: Dialética, 1998, p. 163-164.

desconhecidos do sistema legislativo e um valor garantista desconhecido do sistema legislativo, podendo ser articulado em dois princípios, a saber: o princípio da *mera legalidade* e o princípio da *legalidade estrita*⁴²².

Ambos os princípios possuem distintos significados, mesmo que o primeiro constitua o pressuposto do segundo. O princípio da mera legalidade, como norma de reconhecimento do direito existente, ele equivale ao princípio da positividade. Dito de outro modo, quer dizer que é direito tudo aquilo que é posto ou produzido por intermédio do exercício dos poderes conferidos pela lei e pelas formas de produção jurídicas previamente estabelecidas⁴²³.

Assim, o princípio da mera legalidade assume um sentido lato ou fraco ou, ainda, formal e que está na base de todo ordenamento jurídico moderno, no qual os poderes públicos possuem uma fonte formal que condiciona a validade do seu exercício⁴²⁴.

Por outro lado, o princípio da legalidade estrita supõe a positividade exigida pelo princípio da mera legalidade (sentido fraco de legalidade), exprime a primeira garantia contra o arbítrio, na medida em que se considera como direito válido apenas o que foi produzido por poderes igualmente submetidos à lei, não apenas às formas, mas também ao conteúdo de seu exercício⁴²⁵.

Trata-se de um sentido estrito, forte ou ainda, substancial, que está na base dos ordenamentos nos quais inclusive o poder legislativo está sujeito aos limites e aos vínculos substanciais impostos na Constituição⁴²⁶.

Com efeito, a Constituição Federal brasileira positivou o princípio em questão em seu artigo 5º, II ao prever que “ninguém será obrigado a

⁴²² FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 32.

⁴²³ FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 32

⁴²⁴ FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 32

⁴²⁵ FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 32

⁴²⁶ FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 32.

fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. No plano do direito administrativo, Bandeira de Mello defende que esse é o princípio capital para a configuração do regime jurídico-administrativo⁴²⁷, posto que ao garantir a obrigatoriedade de uma ação somente mediante à lei acaba por vetar discricionariedade administrativa, tão perniciosa, historicamente, em matéria tributária.

Diante do Paradigma do Estado Democrático de Direito, tal princípio serve como óbice a atuação estatal, impondo-lhe limites⁴²⁸, representa, portanto, um bastião da democracia, pois se opõe a todas as formas de autoritarismo estatal⁴²⁹, buscando sempre a realização da soberania popular na maior medida possível.

Assim, o primado da legalidade delimita o espectro de atuação da Administração Pública, eis que não se permite que a administração vá além do permitido, nem que fique aquém do esperado de sua atuação⁴³⁰. Portanto, a legalidade delimita as fronteiras do agir administrativo, diminuindo as possibilidades de vulnerações dos Direitos Fundamentais, constitucionalmente assegurados.

Desta forma, o administrador público deve afastar suas vontades pessoais e manter sua atuação subordinada à lei, devendo sempre em seu agir privilegiar o interesse público. Caso contrário, qualquer atitude não prevista em

⁴²⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 100.

⁴²⁸ “O princípio da legalidade estabelece-se como fundamento de direitos individuais e, por natural desdobramento, de direitos políticos da representação popular na Constituição dos poderes, reprime o absolutismo do Poder estatal e condiciona a atividade da Administração Pública.” (TÁCITO, Caio. O Princípio de Legalidade: ponto e contraponto. **Revista de Direito Administrativo**, São Paulo: FGV, n. 206, out./dez. 1996, p. 02)

⁴²⁹ “O princípio da legalidade contrapõe-se, portanto, e visceralmente, a quaisquer tendências de exacerbação personalista dos governantes. Opõe-se a todas as formas de poder autoritário, desde o absolutista, contra o qual irrompeu, até as manifestações caudilhescas ou messiânicas típicas dos países subdesenvolvidos. O princípio da legalidade é o antídoto natural do poder monocrático ou oligárquico, pois tem como raiz a ideia de soberania popular, de exaltação da cidadania. (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 100).

⁴³⁰ “A legalidade outorga à Administração a forma de atuar, definindo criteriosamente seus limites e outorgando-lhe poderes jurídicos que possibilitam sua ação. Sem a atribuição prévia a Administração não pode atuar. Toda ação é um poder atribuído previamente pela lei, que o desenha com limites definidos”. (RIBAS, Lídia Maria Lopes Rodrigues. **Processo administrativo tributário**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 41).

lei será manifestamente inválida, ou seja, qualquer ação estatal sem o correspondente calço legal, ou que exceda o âmbito demarcado pela lei, é injurídica e se expõe à anulação⁴³¹.

Além disto, qualquer ato de um agente que investido de função pública estiver para além dos limites da legalidade, conforme o caso, poderá ensejar responsabilidades disciplinares, civis ou penais para o administrador. Portanto, considerando que a Administração Pública, seja por meio de uma instituição ou de seus representantes, é necessariamente subordinada à lei, ela está sujeita também a controles de legalidade de seus atos. Deste modo, o processo administrativo e até mesmo o processo administrativo tributário são ferramentas hábeis para efetuar o controle da legalidade.

Nesta senda, além do evidente dever de obediência às leis e à própria Constituição Federal, o princípio da legalidade reclama, ainda, o estrito respeito aos outros princípios administrativos⁴³². Isso ocorre em razão de que há uma interligação entre os princípios. Mesmo que uma decisão esteja pautada em lei e, portanto, seja aparentemente legal, se tal lei que deu amparo ao *decisum* administrativo contrariar a Constituição ou mesmo não se amoldar ao ordenamento jurídico, desrespeitando os valores eleitos no mesmo. Ainda, assim, tal decisão deve ser tida como ineficaz.

Vale ainda ratificar que o princípio da legalidade em matéria tributária reveste-se da estrita legalidade, não admitindo dilações, à luz das condições da ação adquire contorno evidente, uma vez que se tratam de matérias relevantes no âmbito do processo, na medida que são dotadas da qualidade da ordem pública⁴³³. Deste modo, a legalidade confere legitimidade aos atos processuais.

Afinal, qualquer decisão administrativa deve cumprir estrita observância não só à lei, mas também ao direito como um todo, levando sempre em

431 GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 08.

432 “A legalidade devidamente adjetivada razoável requer a observância cumulativa dos princípios em sintonia com a teleologia constitucional.” (FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores. 1999, p. 61).

433 CAIS, Cleide Previtalli. **O processo tributário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 70.

consideração a Constituição como a matriz integradora e orientadora do sistema jurídico.

Desta forma, qualquer ação administrativa que não esteja amparada pelo princípio da legalidade, conforme foi delineado acima, carece de legitimidade e de validade, na medida em que não há uma regra predecessora que lhe forneça amparo. Enfim, o agir administrativo reclama comprometimento com a legalidade e vincula-se, por sua vez, necessariamente à Constituição.

3.2.3 Princípio da impessoalidade

O princípio da impessoalidade pode ter sua gênese encontrada no período de início dos estados modernos, após o rompimento com estados despóticos de outrora. Isso se pode afirmar na medida em que o primeiro modelo de Estado, na sua versão absolutista, as relações políticas se davam em função de relações iminentemente pessoais, isto é, a própria confusão da figura do rei e Estado aglutinadas apenas em uma só pessoa. Deste modo, como bem se sabe, governava da forma como melhor lhe aprouvesse, dando então, no mais das vezes, vazão aos seus interesses pessoais em detrimento da coletividade.

Dessarte, sob o Paradigma do Estado Constitucional de Direito, não há mais lugar para privilégios pessoais para governantes. Pois bem, se um dos pilares das Sociedades democráticas é justamente a soberania popular, a qual proclama que o poder emana do povo e deve ser exercido em seu benefício,⁴³⁴ não resta mais espaço para que laços pessoais se transfiram para as instituições públicas a fim de haver proveito para a esfera privada. Isto é, a ideia de democracia e de soberania popular trazem em si o interesse público para as instituições, fazendo

⁴³⁴ “Em sociedades complexas, a formação da vontade e da opinião deliberativa dos cidadãos – fundada no princípio da soberania do povo e dos direitos do homem – constitui em última instância o meio para uma forma de solidariedade abstrata, criada de modo legal reproduzida graças à participação política.” (HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**. São Paulo: Loyola, 2002, p. 97-98).

com que os mesmos tenham suas funções voltadas para o interesse da Sociedade em geral, abstraindo-se, portanto, de que qualquer ato praticado por autoridades tenha intenções ou destinatários certos em função de laços pessoais.

A densificação da concepção de que o poder estatal deve ser exercido em proveito do povo e não o contrário⁴³⁵, consolida a ideia de que a organização político-jurídica do Estado gravita em torno da vontade da população. A defesa de tal princípio encontra arrimo no art. 37 da Constituição Federal, a saber: “A Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência”⁴³⁶.

Nesta trilha, exige-se que os agentes e instituições estatais ofereçam tratamento igualitário a todos, sem qualquer espécie de discriminação. Assim, pode-se dizer que o princípio da impessoalidade deriva do princípio da igualdade, traduzido como vedação constitucional de qualquer discriminação ilícita e atentatória à dignidade da pessoa humana. Ainda segundo este princípio, a Administração Pública precisa dispensar um objetivo tratamento isonômico a todos os administrados⁴³⁷.

Diante de tudo isso, quer dizer que é vetado à Administração Pública beneficiar ou prejudicar alguém em função de algum tipo de laço pessoal, na medida em que o aludido princípio forma uma barreira para impedir o patrocínio de interesses contrários aos interesses da população. O que se quer, através da implementação do princípio em questão, é a instauração, acima de sinuosos personalismos, do soberano governo dos princípios, em lugar de idiossincráticos projetos de cunho personalista e antagônicos à consecução do bem de todos⁴³⁸.

Desse modo, simpatias ou animosidades pessoais, políticas ou

⁴³⁵ CARPIZO, Jorge. La Soberanía del Pueblo en el Derecho Interno y el Internacional. **Revista de Estudios Políticos**, Madri, n. 28, jul./ago. 1982, p. 26.

⁴³⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 06/09/2017.

⁴³⁷ FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores. 1999, p. 64.

⁴³⁸ FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores. 1999, p. 65.

ideológicas não podem interferir na atuação administrativa e muito menos em interesses sectários, de facções ou grupos de qualquer espécie⁴³⁹, dada sua estrita vinculação com o direito de igualdade⁴⁴⁰, eis que torna proibitivo à administração promover desigualdades não fundadas no dito bem comum⁴⁴¹, assim como exige um dever de imparcialidade quando da prática de atos e decisões que afetem interesses privados perante à Administração e, inclusive, na decisão sobre o conteúdo dos interesses públicos em concreto⁴⁴².

Di Pietro estabelece dois sentidos para o princípio da impessoalidade. O primeiro sentido estaria ligado à finalidade pública que deve guiar a administração, realizando-se assim, a aristotélica noção de igualdade. O segundo sentido, por sua vez, proclama a impessoalidade nos atos da Administração Pública, ou seja, que os atos da administração não podem ser imputados aos funcionários desta, mas sim, somente ao próprio Estado⁴⁴³.

Assim, tendo em vista todas as considerações feitas até aqui, o princípio da impessoalidade reclama a exigência de ponderação equilibrada de todos os interesses envolvidos, para que não se editem decisões movidas por preconceitos ou radicalismos de qualquer tipo⁴⁴⁴. Desta maneira, por exemplo, em um processo administrativo tributário, especificamente, o administrador público deve pautar-se pela objetividade de sua conduta, a fim de que o Estado não favoreça ou prejudique injustamente algum de seus administrados⁴⁴⁵.

Nesse sentido, insta consignar que nos julgamentos dos tribunais administrativos tributários, não se pode falar em imparcialidade formal, no sentido de “não-parte”, tal qual ocorre com os magistrados nos julgamentos do

⁴³⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 68.

⁴⁴⁰ “O princípio em causa é senão o próprio princípio da igualdade ou isonomia”. (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 68).

⁴⁴¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 68.

⁴⁴² ÁVILA, Ana Paula Oliveira. **O Princípio da impessoalidade da administração**: para uma administração imparcial. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 210.

⁴⁴³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014, p. 71.

⁴⁴⁴ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo moderno**. 6ª ed. São Paulo: RT, 2002, p. 252.

⁴⁴⁵ “Nem favoritismos nem perseguições são toleráveis. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 68.

Poder Judiciário, aqui se pode falar sim, em uma imparcialidade em sentido material, onde ao julgador administrativo é vedado pautar o seu agir por interesses secundários da Administração Pública.⁴⁴⁶

Afinal conforme denota Geraldo Ataliba, o primado da impessoalidade exige que os agentes da Administração Pública tratem os assuntos postos ao seu julgamento “com a máxima objetividade, sem nenhuma consideração subjetiva que possa permitir que seus sentimentos, inclinações, simpatias ou paixões nas decisões que adotam ou sugestões que fazem.”⁴⁴⁷

3.2.4 Princípio da moralidade

O princípio da moralidade encontra-se positivado no inciso LXXIII do artigo 5º, e também artigo 37 da Constituição Federal. O conteúdo deste princípio carrega a exigência de que o agir administrativo deve ser pautado pela moralidade sob pena de ser invalidado.

Com efeito, o princípio da moralidade deve corresponder ao conjunto de regras de conduta da Administração Pública que, em determinado ordenamento jurídico, são considerados como *standards* comportamentais que a Sociedade deseja e espera⁴⁴⁸. Trata-se de um princípio que, para além de retórica, materializa-se, na medida em que seu conteúdo direciona as ações dos agentes públicos a tomarem uma postura concretas, apta a garantir a realização do bem comum, garantindo e protegendo os Direitos Fundamentais.

O princípio em questão identifica-se com princípios de justiça. Sob essa perspectiva, a Administração Pública e seus agentes devem respeitar

⁴⁴⁶ MILAN, camila monteiro pullin. **A Prova no Processo Administrativo Tributário**. Dissertação de Mestrado. Curso de Pós-graduação em Direito, Área de Concentração em Direito do Estado, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2008. p. 43.

⁴⁴⁷ ATALIBA, Geraldo. Princípios constitucionais do processo e procedimento em matéria tributária. **Revista de Direito Tributário**. São Paulo, Malheiros, n. 46, p.118-132, out.-dez. 1988.

⁴⁴⁸ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores, 1995, p. 49.

critérios, como por exemplo, de lealdade e boa-fé, para com a Sociedade. Além disto, o princípio da moralidade administrativa se complementa com padrões éticos de uma comunidade, para impedir práticas atentatórias aos laços sociais que mantém interligada uma comunidade⁴⁴⁹.

Neste sentido, é possível dizer que a moralidade de um ato do administrador é condição de possibilidade para validade do ato. Assim, é possível dizer que o exame sobre validade das ações administrativas é sempre duplo, isso porque se de um lado faz análise da legalidade, conforme visto no primeiro tópico; e, por outro lado, também faz-se mister analisar a moralidade do ato⁴⁵⁰. É dizer, a validade de um ato do administrador está condicionada à validade e também à moralidade.

Veja-se que um ato da Administração Pública pode ser aparentemente legal, posto que amparado em lei. Todavia, se o conteúdo da norma contrariar valores éticos e morais, vinculados ao ordenamento jurídico e aos próprios padrões da comunidade, tal ato pode ser inválido. Eis que o respeito aos primados da legalidade, pressupõe um conteúdo moral, sendo assim reciprocamente estabelecidos⁴⁵¹.

Deste modo, considerando que a Constituição Federal, adjudicou o princípio da moralidade como um daqueles imprescindíveis para a Administração Pública, é possível correlacioná-lo ao o artigo 5º, inciso LXXII, também da CRFB. Assim, o último artigo admite que a lesão à moralidade administrativa é um dos fundamentos da ação popular. Com isto, é possível chegar a duas conclusões.

A primeira é que o ato administrativo imoral é tão inválido quanto o ato administrativo ilegal. A segunda conclusão possível é que, mesmo que

⁴⁴⁹ FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 69-70.

⁴⁵⁰ FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores. 1999, p. 67/68.

⁴⁵¹ CARDOZO, José Eduardo Martins. Princípios constitucionais da Administração Pública (de acordo com a Emenda Constitucional n.º 19/98), *in*: MORAES, Alexandre. **Os 10 anos da Constituição Federal**. São Paulo: Atlas, 1999, p. 166.

definida em lei, em sentido formal, o conteúdo dessa regra pode, eventualmente, violar padrões morais⁴⁵² passíveis de proteção, por serem subjacentes à determinada coletividade⁴⁵³. Assim, uma determinada conduta pode ser considerada uma regra, por estar positivada, no entanto, não é necessariamente vinculada a um sentido moral.

Importa salientar que a moralidade no campo jurídico não é mera moral relacionada a costumes subjetivos ou sociais. Na verdade, o sentido de moralidade vai além de conjecturas particulares ou de preceitos pessoais, pois visa regras comuns, iguais, cumulativas, interesses idênticos, direitos assemelhados e até mesmo o respeito a uma ordem natural de coisas humanas⁴⁵⁴.

Nesse viés, pode-se dizer, então, que a moral comum é orientada pela distinção entre o bem e o mal, ao passo que a moral administrativa é orientada pela diferença entre boa e má administração⁴⁵⁵. Logo, o agir moral do agente público deve se pautar pelo condicionamento de uma boa administração.

Enfim, espera-se que Administração Pública, tanto na condição de instituição como na condição de agente, deve ter uma postura condizente com a importância dos interesses relativos à comunidade na qual está inserida, refletindo

⁴⁵² Aqui vale ressaltar que a “moral” deve ser entendida enquanto moralidade jurídica, ou seja, atendimento às regras de boa administração (observância do bem comum, dever de probidade, boa-fé, lealdade, honestidade, etc.), não se confundindo, portanto, com a moral comum. Sobre o tema, é importante consignar também, que o constitucionalismo garantista não admite a conexão entre direito e a moral comum, posto que segundo Ferrajoli, nos modelos principialistas ou argumentativos (que admitem a conexão entre o Direito e a moral comum), os direitos fundamentais são tidos não como regras, mas sim como princípios morais ou valores, os quais tem uma aplicabilidade diversa das regras, pois os mesmos são ponderados e não subsumidos; assim, Ferrajoli repudia tais modelos, visto que nos mesmos os direitos fundamentais apresentam uma “normatividade fraca” (vide: FERRAJOLI, Luigi. in **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. 2012. p. 18, 25, 49 e 102). Tal distinção entre moral (comum) e direito, permite ainda, que se possa evidenciar o dissenso que muitas vezes existe entre justiça e validade, evitando assim, que as ditas categorias sejam confundidas (falácia jusnaturalista e falácia ético-legalista). (vide: FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia**. 1. Teoría del derecho, 2011, p. 16 e FERRAJOLI, Luigi. in **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. 2012. p. 33).

⁴⁵³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discrecionalidade administrativa na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 116-117.

⁴⁵⁴ FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **O princípio constitucional da moralidade administrativa**. Curitiba: Gênese, 1993, p. 21.

⁴⁵⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 10ª ed., 1992, p. 69.

seus valores morais e éticos que, se possuem importância na vida privada, na vida pública, adquirem uma relevância ainda maior, em função de sua abrangência.

3.2.5 Princípio da publicidade

O princípio da publicidade consubstancia o dever de levar a conhecimento público qualquer ato ou atividade da Administração Pública a terceiros, para que, assim, seja possível que a comunidade tome o seu conhecimento. Tal princípio é imprescindível, na medida em que possibilita a fiscalização e controle dos atos públicos da Administração Pública.

O princípio da publicidade traz em si o mandamento de transparência para os poderes públicos, exigindo-se a publicação, ainda que interna, de toda forma de manifestação administrativa, constituindo-se como um requisito de eficácia dos atos administrativos. Deste modo, a publicidade favorece o controle dos atos, logo, se um ato ilegal ou imoral for praticado, sua publicidade oferece condições de possibilidades de impugnação por parte do particular⁴⁵⁶.

O princípio da publicidade está previsto no artigo 37 da Constituição federal, sendo reforçado pelo inciso XXXIII do artigo 5º que assegura o direito de receber informações de órgãos públicos. Há ainda de se mencionar que o artigo 5º, inciso LXXII, prevê o habeas corpus como garantia do direito de conhecer e retificar informações pessoais constantes de registros existentes em entidades governamentais ou de caráter público.

Tais artigos conformam a positivação do princípio da publicidade dos atos. Em função de sua garantia constitucional, tal como todos os princípios anteriormente analisados, resguardam Direitos Fundamentais. Ele assume especial importância, aqui neste trabalho, no plano do processo administrativo tributário para impedir que a administração pública pratique atos às escondidas do

⁴⁵⁶ ROSA, Márcio Fernando Elias. **Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 16.

indivíduo, prejudicando seus direitos.

A publicidade de atos viabiliza a participação democrática de todo administrado, inclusive do contribuinte, no caso do processo administrativo tributário, impedindo que um envolvido em conflito de interesses com a Administração seja pego de surpresa.

Por esta razão é uma das garantias constitucionais aptas a impedir que a Administração Pública seja envolta em uma bruma densa, capaz de enredar os administrados na perigosa armadilha da ignorância quanto à coisa pública, como acontecia em regimes totalitários e antidemocráticos. Não por acaso, a crescente ampliação do acatamento deste princípio denota irretorquível conquista cultural na evolução da ideia de democracia como antítese da opacidade decisória⁴⁵⁷.

Ratifique-se que todos os atos do poder público devem não só ser colocados à disposição de todos os eventuais interessados, mas, também, devem ser divulgados, para que coletividade tome amplo conhecimento do que se passa na Administração Pública. Entretanto, a própria Constituição faz a ressalva de que podem existir casos em que o sigilo é mais benéfico ao bem comum do que a publicidade, conforme o artigo 5º, inciso XXXIII.

De todo modo, a partir da publicidade, o contribuinte toma consciência dos atos da administração e pode, portanto, fazer algo em sua própria defesa, caso seja necessário. Assim, a publicidade é inerente ao processo administrativo tributário. Com efeito, torna-se impossível que ocorram atuações ocultas durante o decorrer do processo, afinal, no atual Estado Democrático de Direito, a população, bem como o contribuinte, tem o direito de ser informada sobre de que forma a coisa pública é gerida, além de ter o direito de questionar os atos que repute contrários à ordem pública.

Neste sentido, é inegável que o princípio da publicidade se complementa com os outros princípios vistos anteriormente, na medida em que

⁴⁵⁷ FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores. 1999, p. 70.

somente com a publicidade é que poderá ser aquilatada a legalidade ou não dos atos, bem como verificar o grau de eficiência de que se revestem⁴⁵⁸. Desse modo, viabiliza-se à comunidade política, a partir de uma teoria constitucional, uma forma se construir uma legítima democracia participativa que segue uma trilha renovadora.

Assim, nas palavras de Bonavides, uma democracia que fará o povo senhor de seu futuro e de sua soberania, coisa que ele nunca foi nem será enquanto governarem em seu nome, privando-o de governar-se por si mesmo. Uma democracia participativa se efetiva somente quando um governo é do governo do povo, feito para o povo e pelo próprio povo⁴⁵⁹.

Neste viés, o princípio da publicidade, mais do que simples divulgação dos atos da administração, reclama o amplo acesso por parte dos administrados a toda informação e documentos que digam respeito à coisa pública. O princípio da publicidade abrange toda a atuação estatal, ultrapassando os limites da divulgação oficial de seus atos, mas também envolve a propiciação de conhecimento da conduta interna de seus agentes. Inocêncio Mártires Coelho explicita que:

Em trabalho sobre a publicidade administrativa, ensina Carlos Ari Sundfeld que "a razão de ser da Administração é toda externa, que tudo que nela se passa, tudo que faz, tudo que possui, tem uma direção exterior" (RDA, 199/97).

Em perspectiva mais profunda, Norberto Bobbio proclama que, idealmente, a democracia é o governo do poder visível ou o governo cujos atos se desenvolvem em público, sob o controle da opinião pública. De um ponto de vista ainda mais exigente, Aulis Aarnio afirma que também o raciocínio que está por trás das decisões que afetam terceiros deve sujeitar-se a inspeção pública.⁴⁶⁰

⁴⁵⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999, p. 15.

⁴⁵⁹ BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**. Por um Direito Constitucional de luta e resistência. Por uma Nova Hermenêutica. Por uma repolitização da legitimidade. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 14.

⁴⁶⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 884.

Com isso, é possível quer dizer que o agir administrativo somente se legitima quando este é posto a conhecimento e serviço do povo e não o contrário. Trata-se de um pressuposto do Estado para com a Sociedade que os mantém e legitima no exercício das suas funções. Assim, os agentes públicos devem estar permanentemente abertos à inspeção social, o que só se materializa com a publicação e, portanto, publicidade dos seus atos⁴⁶¹.

Superado o Paradigma absolutista e todos os subsequentes totalitários, onde o povo servia o administrador, ou ainda, estava aquém da forma como ocorria a gestão da Sociedade, atualmente fica patente que se inverteram os papéis. Dito de outro modo quer dizer que se há muitos anos os governantes, de algum modo, subjugavam as Sociedades, agora, no Paradigma constitucional de democrático de direito, os governos, feitos pelo povo e para o povo, é que devem servir aos seus administrados.

Não é sem razão que o princípio da publicidade acabe por se constituir fundamento do controle da legitimidade da conduta dos agentes administrativos⁴⁶². Por fim, não se pode esquecer que a publicidade é requisito de eficácia e de moralidade⁴⁶³, a publicação é exigência da executoriedade do ato que tenha que produzir efeitos externos⁴⁶⁴. Desta maneira, atos ilegais não se travestem de legalidade sua respectiva publicação, nem tão pouco, atos regulares admitem a dispensa da aludida publicidade.

Enfim, a tônica do princípio da publicidade é manter a total transparência na prática dos atos da Administração Pública, a fim de viabilizar participação democrática dos envolvidos em quaisquer tipos de relação com a Administração⁴⁶⁵. Trata-se de um compromisso, pressuposto para construir um legítimo Estado Democrático de Direito.

⁴⁶¹ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. COELHO, Inocêncio Mártires, MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 884.

⁴⁶² CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999, p. 15.

⁴⁶³ GORDILLO, Agustín A. **El acto administrativo**. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1969, p. 323.

⁴⁶⁴ FERREIRA, Wolgran Junqueira. **Princípios da administração pública**: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade. São Paulo: Edipro, 1995, p. 92.

⁴⁶⁵ BULOS, Uadi Lamêgo. **Constituição Federal anotada**. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 563.

3.2.6 Princípio da eficiência

O princípio da eficiência também está explicitado tanto no artigo 37 da Constituição Federal, bem como no artigo 2º da Lei 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Trata-se de um princípio relacionado com uma boa forma de gestão da Administração Pública. É um dever que se impõe a todo agente público de realizar suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento funcional. Para além dos tradicionais princípios consagrados ao longo da história e da evolução do Estado, como aqueles analisados anteriormente, este princípio objetiva um passo além, na medida em que exige resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros⁴⁶⁶.

Demanda-se que a Administração inicie suas atividades objetivando extrair o maior número possível de efeitos positivos para com o administrado, sopesando a relação custo-benefício, buscando a excelência de recursos, enfim, dotando de maior eficácia possível as ações do Estado⁴⁶⁷.

O que se busca, então, são os melhores resultados, com o menor custo possível, ou seja, pretende-se que o administrador público satisfaça as necessidades públicas com os menores custos possíveis. Deste modo, deve-se buscar o máximo de resultado com um mínimo de investimento, barateando a sua prestação e, por conseguinte, o custo⁴⁶⁸ para o contribuinte, sem se esquecer de prestar serviços de alta qualidade em favor da coletividade.

Com efeito, o princípio da eficácia é uma exigência de qualidade no trato da coisa pública, tratando-se da positivação de um compromisso com a rapidez, a qualidade e a gestão racional dos recursos públicos disponíveis,

⁴⁶⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 83.

⁴⁶⁷ CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional**. 12. ed. Belo Horizonte: Del Rey. 2006, p. 318.

⁴⁶⁸ GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 297.

sendo indeclinável de se encontrar a solução mais adequada economicamente na gestão da coisa pública⁴⁶⁹.

Desta forma, o princípio da eficiência pode ser dividido em dois vetores. No primeiro, reclama-se a qualidade dos serviços administrativos, enquanto que o segundo exige a racionalidade de gastos, bem como, um processo célere, simples, econômico e efetivo. Isto é dizer, que torne em realidade os compromissos assumidos pela Administração. A eficiência exige, então, que o responsável pelo serviço público se preocupe sobremaneira com o bom resultado prático da prestação que cabe oferecer ao administrado. Ademais, os serviços, por força dessa exigência, devem ser prestados sem desperdícios de qualquer natureza, evitando-se, assim, onerar a Sociedade por falta de racionalização no seu desempenho⁴⁷⁰.

O exercício regular da função administrativa, sob o Paradigma democrático, repele não apenas o capricho e o arbítrio, mas também a negligência e a ineficiência, pois ambos violam os interesses tutelados pela lei e pela própria Constituição. Desta maneira, a gestão ineficiente ou o agir administrativo que não seja voltado a resolver problemas ou promover o bem-estar da coletividade está fadado a ser inquinado com a pecha da ilegitimidade.⁴⁷¹

Assim, exige então que a administração pública seja operacionalizada com presteza, perfeição e rendimento funcional⁴⁷². Se esse é um princípio que se aplica à toda Administração Pública, evidentemente que se estende ao processo administrativo tributário.

Entretanto, ocorre que tal princípio, muitas vezes, encontra sérias dificuldades de ser aplicado, tendo em vista que cotidianamente são noticiados casos em que os serviços prestados pela Administração Pública são, muitas vezes, ineficientes. Porém, é imprescindível que órgãos da Administração Pública observem seus atos a partir de uma razão social das suas respectivas

⁴⁶⁹ FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores. 1999, p. 85.

⁴⁷⁰ GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 297.

⁴⁷¹ MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio da eficiência. **Revista Interesse Público**, São Paulo, v. 7, p. 69, jul./set. 2000, p. 69.

⁴⁷² GRANJEIRO, José Wilson. **Direito Administrativo Moderno**. Brasília: Vestcon. 2005, p. 57..

instituições.

Neste sentido, vale lembrar a lição de Ferrajoli, para quem, essa razão social consiste na satisfação das garantias primárias, isto é, a obrigação de prestação ou proibição de lesão que são dispostas como garantia a um direito subjetivo⁴⁷³. Enfim, a administração pública tem a obrigação de satisfazer os direitos, bem como é proibida de violá-los, na medida em que sua garantia está instituída⁴⁷⁴.

Os princípios abordados até aqui são aqueles previamente determinados na Constituição e diretamente vinculados à atuação da Administração Pública. Entretanto, como bem se sabe, os princípios constitucionais não são taxativos, eles formam um conjunto extenso que não se pode arrolar exaustivamente, sob pena de limitar a compreensão dos preceitos constitucionais.

De tudo isso, o que se quer dizer é que estes princípios, principalmente no plano do processo administrativo, são imprescindíveis, na medida em que servem, simultaneamente, como norteadores e parâmetros para atuação da Administração Pública. São como uma blindagem de proteção do administrado em relação à administração.

3.3 POR UM PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL PARA UMA DEMOCRACIA SUBSTANCIAL

Em defesa da constitucionalização de todos os planos do complexo e amplo ordenamento jurídico, é indispensável que os instrumentos que viabilizem a garantia dos Direitos Fundamentais sejam ajustados aos princípios constitucionais. Partindo de uma perspectiva, baseando-se nos aportes teóricos do constitucionalismo garantista de Luigi Ferrajoli, defende-se aqui, veementemente,

⁴⁷³ FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**. Teoría del derecho y de la democracia. 1. Teoría del derecho, 2011, p. 631.

⁴⁷⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**. Teoría del derecho y de la democracia. 1. Teoría del derecho, 2011, p. 771.

que os instrumentos da administração devem ser pensados para funcionar como verdadeiros garantidores e prestadores de direitos. Neste viés, o processo administrativo tributário surge como uma garantia constitucional para viabilizar uma discussão que, em tese, deve ser justa e adequada, em matéria tributária no âmbito da Administração Pública.

Deste modo, a própria existência do processo administrativo é, sem dúvidas, a materialização do princípio do acesso à justiça e do devido processo legal. Trata-se de um direito constitucional que está inscrito no rol de cláusulas pétreas, ainda que não explicitamente, mas que advém da articulação de uma série de direitos assegurados pela Constituição.

Então, é possível dizer que o processo administrativo tributário é a materialização de um direito, aliás, um instrumento que viabiliza a efetivação do direito de petição aos Poderes Públicos, bem como o direito de defesa contra ilegalidade ou abuso de poder⁴⁷⁵.

Partindo do pressuposto de que a exigência de um tributo possui caráter patrimonial, é importante assinalar que, como uma imposição administrativa em relação ao contribuinte, essa obrigação traz consigo, em função do direito de petição e do princípio do devido processo legal (para dizer o mínimo), a possibilidade de tomar conhecimento, bem como discutir as razões da imposição tributária. Assim sendo, se tal imposição fere um direito patrimonial, suas razões devem ser discutidas afim de fazer valer minimamente o direito à propriedade, à igualdade, à segurança e à liberdade.

Nesse contexto, o processo administrativo tributário faz parte de uma estrutura que oferece condições de possibilidade de discussão acerca de

⁴⁷⁵ Todos estes direitos mencionados estão assegurados na Constituição federal, sendo que, invariavelmente, é impossível arrolar todos os direitos e garantias que formam a base jurídica para proporcionar legitimidade da existência (e até mesmo da imprescindibilidade) do Processo administrativo tributário, bem como para a consolidação de uma efetiva participação democrática no sistema jurídico brasileiro. Isso ocorre em razão de que os direitos como os princípios constitucionais formam um bloco inter-relacionado e que se apresentam conforme as exigências de um caso concreto. No entanto, cumpre dizer que relativo ao Processo, figuram como pilares, o artigo 5º, XXXIV, LV e LXXII da Constituição Federal. (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 12/09/2017).

um eventual crédito tributário, cujo aparato que o compõe deve ser vinculado à Constituição.

Para defender a constitucionalização do processo administrativo tributário, o garantismo constitucionalista de Ferrajoli, mais uma vez, oferece subsídios para que isso se torne possível, na medida em que envolve elementos como democracia, Constituição e Direitos Fundamentais, todos esses diretamente vinculados ao processo administrativo tributário.

Com efeito, se houver uma devida adequação constitucional do processo administrativo tributário, através da efetiva aplicação dos princípios constitucionais⁴⁷⁶, reiterados ao longo do presente trabalho, ele torna-se um instrumento que viabiliza uma verdadeira democracia substancial, tal como proposta por Ferrajoli. Isso em função de que, uma Sociedade democrática, a participação política dos indivíduos da Sociedade está além dos limites de um voto eleitoral.

Em verdade, em uma democracia, a preocupação maior está em estabelecer direitos e viabilizar o seu exercício, incluindo a sua ampla participação nos processos decisórios, o que para além do plano político, envolve o plano jurídico, a jurisdição e o modo como ocorre a implementação e discussões de tais direitos. Eis aí o ponto de encontro entre a democracia, os Direitos Fundamentais e o processo administrativo tributário.

Assim, a presente pesquisa defende uma reflexão sobre o processo administrativo tributário pensada à luz do garantismo constitucionalista. Para tanto, parte do pressuposto de que ele (o processo administrativo tributário) pode ser (mais) um dos instrumentos que, no âmbito administrativo, torne possível o alcance e a efetivação de Direitos Fundamentais e a realização de uma democracia substancial.

Neste ponto é importante recordar que a ideia de democracia formal diz respeito precisamente à forma de governo, enquanto que, por outro lado,

⁴⁷⁶ Como explicita Rawls, agir com esteio em “princípios de justiça é agir com base em imperativos categóricos, no sentido de que eles se aplicam a nós quaisquer que sejam os nossos objetivos específicos” (RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 314-315).

a democracia substancial diz respeito ao conteúdo desta forma⁴⁷⁷. Nesta seara, cumpre recordar a lição de Cademartori, para quem o princípio da maioria declara quem decide, enquanto que o princípio da democracia substancial diz respeito ao conteúdo daquilo que se deve e daquilo que não se deve decidir⁴⁷⁸.

Com isso, o que se quer dizer é que existem espaços normativos que sobre os quais nenhum poder estatal pode ferir, sob pena de subverter a própria ordem democrática, eis aí a esfera indecidível, cujo conteúdo são os Direitos Fundamentais⁴⁷⁹.

Desta maneira, quando princípios como o contraditório e a ampla defesa, bem como o respeito à legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, por exemplo, ingressam e se tornam ativos no processo administrativo tributário, eles simultaneamente são e servem como uma blindagem protetora de Direitos Fundamentais.

Com isso, forma-se a esfera do indecidível, deslegitimando qualquer ação estatal que intentar invadir os espaços normativos compreendidos nessa esfera⁴⁸⁰. Assim sendo, a esfera do indecidível é o fator de proteção do indivíduo em face da supremacia do poder que possui a Administração Pública. E isso se torna ainda mais relevante justamente para evitar (e efetivamente romper com uma tradição de) ilegalidades, arbitrariedades e abusos de poder,

⁴⁷⁷ BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade**: por uma teoria geral da política. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987, p. 150.

⁴⁷⁸ CADEMARTORI, Sergio. **Estado de direito e legitimidade**. Uma abordagem garantista. 2. ed. Campinas: Millennium Editora, 2006, p. 232.

⁴⁷⁹ Vale recordar a lição de Bobbio, para quem “o discurso sobre o significado de democracia não pode ser considerado concluído se não se dá conta do fato de que, além da democracia como forma de governo de que se falou até agora, quer dizer, democracia como conjunto de instituições caracterizadas pelo tipo de resposta que é dada às perguntas “Quem governa?” e “Como governa?”, a linguagem política moderna conhece também o significado de democracia como regime caracterizado pelos fins ou valores em direção aos quais um determinado grupo político tende e opera. O princípio destes fins ou valores, adotado para distinguir não mais apenas formalmente, mas também conteudisticamente um regime democrático de um regime não democrático, é a igualdade, não a igualdade jurídica introduzida nas Constituições liberais mesmo quando estas não eram formalmente democráticas, mas a igualdade social e econômica (ao menos em parte)”. (BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade**: por uma teoria geral da política. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987, p. 157).

⁴⁸⁰ STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Perspectivas e Possibilidades de Concretização dos Direitos Fundamentais Sociais no Brasil. **Novos Estudos Jurídicos**. Volume 8 – n. 2 - p. 257-301, maio/ago. 2003, p. 279.

principalmente quando se fala do desenrolar de um processo que se dá no plano do Poder Executivo.

Neste sentido, quando há um desrespeito aos princípios e regras defendidos aqui reiteradamente, o Paradigma do Estado Democrático de Direito, resta sensivelmente fragilizado, na medida em que as fronteiras da esfera do indecível fora invadida. Tal ocorrência, representa uma perigosa chaga no âmago do Estado Constitucional, pois representa a invasão de uma esfera de defesa que foi construída ao longo dos séculos.

Diante de tudo isso, o que se quer dizer é que toda a estrutura do processo administrativo tributário, a partir de uma perspectiva garantista, deve oferecer condições de possibilidade de proteção dos Direitos Fundamentais a partir de pelo menos três perspectivas, a saber: *i)* no momento de elaboração normativa, as regras que tratem sobre processo administrativo devem necessariamente ser elaboradas tendo a Constituição Federal como ponto de partida e de chegada; *ii)* durante a realização do processo administrativo tributário é imprescindível o respeito aos Direitos Fundamentais (direito de petição, etc.), bem como aos princípios constitucionais (devido processo legal, legalidade, publicidade, etc.); *iii)* Por fim, resta defender que no momento de decisão esta deve ser ajustada e fundamentada de acordo com os princípios e padrões constitucionais.

É somente a partir da efetivação dos Direitos Fundamentais democraticamente constituídos e democraticamente implementados (no caso do processo) que se torna possível uma democracia substancial. Todavia, para que isso seja possível, juristas travam batalhas diárias. Trata-se de uma luta que, sem dúvidas, é árdua e exige o empenho de parte de todos os atores que fazem parte do cenário político-jurídico, não somente para realizar os direitos, mas também no sentido de se empenhar para não dificultar a realização dos mesmos⁴⁸¹.

⁴⁸¹ “O Estado constitucional de Direito se caracteriza por afirmar um direito sobre o direito. É dizer, implica a positivação progressiva dos limites e dos vínculos jurídicos de poder, seja pública ou privada, nacional ou internacional, seja executivo ou legislativo. Estamos, então, diante de uma expansão tendencialmente ilimitado de área de domínio do direito. Isso é possível na medida em que o Direito (moderno) projeta a si mesmo e se vincula ao seu próprio “dever ser”. Portanto, o princípio que funda o Estado constitucional de direito já não é mais apenas a máxima positivista

Um bom exemplo disto são as controvérsias que gravitam em torno da possibilidade de os órgãos de julgamento administrativo tributário efetuarem controle de constitucionalidade. Questão sobre a qual será discutido no último tópico deste capítulo da pesquisa.

3.3.1 Processo ou procedimento: um breve esclarecimento sobre a adequada terminologia

Uma das questões que desde há muito tempo tem levantado discussões no âmbito do processo administrativo é sobre a adequada terminologia quando se fala em resolução de conflito fora dos limites do Poder Judiciário. É uma pergunta que suscita debates, principalmente em função do sistema de jurisdição una, adotado em terras brasileiras.

Assim, levando em consideração as controvérsias que gravitam em torno do debate sobre processo e procedimento, neste ponto da pesquisa será demonstrado a diferenciação terminológica, buscando responder a seguinte questão: a relação litigiosa que se estabelece entre contribuinte e Administração Pública, para resolver questões tributárias é denominada processo ou procedimento? A pertinência da pergunta assume importância, na medida em que alguns doutrinadores por vezes o denominam de “procedimento administrativo tributário” e, não raras vezes, há quem chame de “contencioso administrativo tributário”, fazendo certa confusão terminológica, incorrendo, portanto, em erro.

Nos limites desta pesquisa, como se pode perceber, elegeu-se o termo “processo administrativo tributário” como o mais adequado para designar a lide em questão. Entretanto, cumpre explicar as razões que levaram a eleger esse

de origem hobbesiana “Auctoritas, non Veritas facit legem”, mas também a “coerência”, ou uma veritas “lógico-deontica” que tende a garantir a compatibilidade de conteúdo ético”. (PRETEROSSO, Geminello. Principia iuris entre normatividad y poder: sobre el estado constitucional de Derecho em la teoría de Luigi Ferrajoli. **Revista Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n. 31, 2008, p. 317).

termo para designar a resolução de conflitos tributário no campo do processo administrativo.

Pois bem, a definição do termo está intrinsecamente vinculada à compreensão que encerra o termo, identificando a estruturação do sistema do qual faz parte, demandando conhecimento acerca da matéria para identificação de seu núcleo de influência. Além disto, a definição do termo também influencia o âmbito de competência legislativa, na medida em que, no que se refere ao processo, tal competência foi atribuída constitucionalmente à União, em concorrência com os Estados e o Distrito Federal⁴⁸².

Etimologicamente, o termo processo significa marcha avante ou caminhada (proveniente do latim, *procedere*, isto é, seguir adiante). Por esse motivo, durante muito tempo tal termo foi confundido com a simples sucessão de atos processuais (o procedimento), sendo comum algumas definições que deslocavam o processo para o plano do procedimento⁴⁸³.

Porém, deve-se alertar que este último trata-se apenas de um meio extrínseco, pelo qual se instaura, se desenvolve e termina o processo, cuja proveniência é de uma noção puramente formal não passando de uma sucessão de atos coordenados que se sucedem de maneira encadeada. Portanto, é o meio pelo qual a lei estampa atos e formas da ordem legal do Processo⁴⁸⁴.

O Processo, para Cintra, Grinover e Dinamarco, é indispensável à função da jurisdição, exercida para viabilizar a supressão de litígios e fazer justiça através da atuação da volição concreta da norma. É, por definição, o mecanismo através do qual a jurisdição realiza de maneira legítima o exercício do poder estatal, podendo ser desempenhado identicamente na órbita do poder executivo, por meio do Processo administrativo, bem como no plano do poder

⁴⁸² RIBAS, Lídia Maria Lopes Rodrigues. **Processo administrativo tributário**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 54.

⁴⁸³ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 301

⁴⁸⁴ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 301.

legislativo, mediante o Processo legislativo⁴⁸⁵.

Assim, pode-se dizer que o termo Processo que, passou a ser utilizado na esfera jurídica, vinculado à ideia de jurisdição, surgiu como parte da estrutura do Estado moderno, idealizado com o objetivo de estabelecer limites para dirimir conflitos entre as pessoas e entre as pessoas e a Administração Pública (no caso do Processo administrativo tributário), procurando preservar suas respectivas liberdades, simultaneamente promovendo a paz entre os indivíduos de uma comunidade.

Deste modo, o termo Processo deve ser entendido como uma sequência de atos praticados de forma coordenada para a consecução de uma finalidade previamente determinada. Já o termo procedimento é especificamente a forma como acontece a realização dos atos que compreendem o Processo, são os ritos processuais⁴⁸⁶.

No plano do direito administrativo tributário, Koch entende que o uso do termo procedimento administrativo é o termo adequado para designar os atos que compreendem as ações de fiscalização, por parte da Administração Pública, desde o seu início até o momento em que se dá o lançamento do crédito tributário. Todos esses atos são procedimentos administrativos que não envolvem nenhum tipo de litígio. Não há nenhuma resistência, na medida em que o contribuinte, em tese, somente ficará ciente do dever de pagamento após a notificação do lançamento do crédito tributário⁴⁸⁷.

Na sequência da distinção dos termos, Koch afirma que o Processo administrativo tributário instaura-se no momento que ocorre a impugnação do lançamento de ofício do crédito tributário, por parte do contribuinte, isto é, o sujeito passivo da relação tributária. É somente a partir deste momento em que se instala uma resistência por parte do contribuinte, contra à pretensão do Estado na

⁴⁸⁵ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 301-302.

⁴⁸⁶ KOCH, Deonísio. **Processo administrativo tributário**. Florianópolis: editora momento atual, 2003, p. 15.

⁴⁸⁷ KOCH, Deonísio. **Processo administrativo tributário**. Florianópolis: editora momento atual, 2003, p. 15.

cobrança de crédito que julga lhe ser devido⁴⁸⁸.

No plano administrativo, como dito anteriormente, diversos termos têm sido utilizados para designar o fenômeno que se se inicia para discutir a legalidade de um crédito tributário. Dentre elas, podem ser citadas o “Processo administrativo fiscal”, o “Processo contencioso administrativo”, o “Processo administrativo tributário” (termo escolhido nesta pesquisa) e, ainda, existe a adoção do termo “contencioso administrativo”. Este último é o que foi adotado pelo Estado de Santa Catarina, utilizado em todas as legislações que se referem sobre essa matéria⁴⁸⁹.

Com efeito, é possível notar certa resistência por parte de alguns juristas em aderir ao uso do termo “Processo” para além dos limites do Poder Judiciário. Tal resistência justifica-se pelo receio de confusão de competências e os limites dos processos no âmbito do Poder Judiciário e do Poder Executivo. Ocorre que, tal justificativa esvazia-se diante da adoção da processualidade ampla. Isto é, processualidade associada ao exercício do poder estatal, podendo existir Processo jurisdicional, administrativo ou legislativo⁴⁹⁰.

Neste sentido, vale lembrar a lição de Dallari ao defender que é inequívoco que grande parte da doutrina vem aderindo à tese de que a expressão “Processo administrativo”, para resolver questões que dizem respeito às competências da Administração Pública, serve para indicar o conjunto maior que abarca todos atos e procedimentos possíveis para viabilizar a solução da lide. Assim, tais juristas reservam a palavra “procedimento” justamente para identificar o complexo dos atos que compõem o Processo, ou seja, o caminho (instrumental), que compreende o momento da instauração do Processo até a decisão final⁴⁹¹.

⁴⁸⁸ KOCH, Deonísio. **Processo administrativo tributário**. Florianópolis: editora momento atual, 2003, p. 15.

⁴⁸⁹ A título ilustrativo, o artigo Art. 221-A, II Lei nº 15.856, de 02 de agosto de 2012, utiliza o termo “contencioso administrativo” para referir-se ao processo que envolve as controvérsias em matérias tributária, para serem resolvidos na esfera administrativa. KOCH, Deonísio. **Processo administrativo tributário**. Florianópolis: editora momento atual, 2003, p. 15.

⁴⁹⁰ MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: RT, 2008.

⁴⁹¹ FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 33.

Com efeito, ao longo dos anos, diversos juristas ocuparam-se em idealizar e estudar propostas para elaborar uma leitura adequada da relação jurídica que se estabelece entre duas partes, para a disputa de um conflito, diante de um órgão Estatal. Dentre eles, é possível citar Oskar von Bülow, Giuseppe Chiovenda, Calamandrei, Carnelutti, entre outros.

Entretanto, para a adoção do termo “Processo” ou “procedimento”, é necessário ficar atento ao seu núcleo de formação, considerando como ocorre a participação das partes envolvidas nas relações jurídicas. Neste sentido, assume especial importância a lição de Elio Fazzalari que se preocupou, para além das distinções terminológicas ao defender que é preciso algo mais do que os arquétipos do Processo permitem observar, é necessária uma estrutura dialética do procedimento, ou seja, justamente o contraditório⁴⁹².

É com isso que Fazzalari propõe o Processo para além da conceituação do conflito de interesses, assumindo a tese de que para que seja denominado como tal, é imprescindível a existência do contraditório. Então, a essencial distinção entre Processo e procedimento reside na presença do contraditório, realizado em paridade de armas e simetria de oportunidades. Como adverte Rosa, é imprescindível a presença e efetiva participação daqueles que sofrerão algum tipo de efeito vinculado ao provimento judicial ou extrajudicial⁴⁹³.

Deste modo, aceitar a concepção do Processo como procedimento em contraditório assume especial importância quando se vive sob a égide do Estado Democrático de Direito. Trata-se da assunção da devida participação democrática de todos os interessados no Processo. Essa questão assume especial relevância quando se trata de Processo Administrativo, em função de uma tradição bastante autoritária por parte da Administração Pública.

No que se refere às questões tributárias, então, chamar de “Processo” Administrativo Tributário impõe imediatamente a obrigação de aceitação

⁴⁹² FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Trad. Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006, p. 119.

⁴⁹³ ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão penal: bricolagem de significantes**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 262, 263.

de participação do contribuinte na resolução de um conflito acerca de uma obrigação tributária. Logo, induz-se que o Processo Administrativo Tributário seja institucionalizado a partir de um viés participativo. Agrega-se a isso, o já mencionado devido Processo legal, que se torna condição de possibilidade para que exista uma ventilação democrática na discussão e, por via de consequência, nas decisões de Processo de matéria tributária.

Por fim, é importante ratificar que o Processo Administrativo Tributário, quando adequado aos preceitos e princípios constitucionais (reiterados a todo momento nesta pesquisa), torna-se efetivamente garantista, com arrimo em Ferrajoli. Isto é dizer, garante meios democráticos para discutir um direito e simultaneamente assegura a proteção de um direito, sempre à luz da Constituição.

Diante de tudo isso, respondendo à pergunta proposta no início deste tópico, o termo mais adequado é, portanto, Processo administrativo tributário, pois tal adjetivo invoca a natureza do instrumento: uma natureza participativa e, por via de consequência, substancialmente democrática.

3.3.2 Notas sobre o funcionamento do processo administrativo tributário

Diante de todo o exposto até aqui, neste ponto da pesquisa, faz-se necessário, ainda, sistematizar brevemente, para fins ilustrativos, a forma de funcionamento do Processo administrativo tributário. Isso ocorre em razão de que, tradicionalmente, a doutrina brasileira é omissa naquilo que diz respeito a uma pesquisa séria em relação ao Processo Administrativo em Matéria Tributária.

Não raramente essas questões são relegadas ao plano tributário como se tratasse apenas de uma sucessão de trâmites ou formalidades. Assim, a fim de compreender o sentido do tema e do problema enfrentado pelos órgãos de julgamento administrativo, principalmente naquilo que toca aos seus limites de atuação, bem como quanto à questão do controle de constitucionalidade,

antes, é imprescindível entender o mínimo de seu funcionamento.

Pois bem, a Administração Pública é responsabilidade do Estado, com todo seu aparato e estrutura, todas as atividades são levadas a efeito através de processos e de procedimentos que visam uma determinada finalidade. Neste sentido, a Constituição federal, através do artigo 5º, XXXIV, “a”, LIV e LV⁴⁹⁴, consolidou o direito de petição mediante à Administração Pública, formando, assim, as bases para a consolidação constitucional do Processo administrativo tributário.

Este último, mote da presente pesquisa, consubstancia-se como um instrumento que oferece condições de possibilidade de controle dos atos da Administração que, por meio de mecanismos adequados, torna-se possível efetuar as devidas correções no que diz respeito ao lançamento de tributos. Assim, o Processo administrativo tributário é um dos mecanismos que viabiliza o controle e a investigação acerca da legalidade dos atos praticados pela Administração Pública. Trata-se de uma garantia inerente a todo administrado.

Se por um lado, diversas legislações concedem à Administração Pública poderes e garantias para que ocorra o cumprimento dos deveres tributários do indivíduo. Por outro lado, a própria Administração Pública, através dos direitos constitucionais anteriormente mencionados, admite que um sujeito que é passivo em uma obrigação tributária tenha condições para questionar tais deveres, isto é, eventuais débitos, a fim de que não ocorra nenhum tipo de abuso de poder ou qualquer ato arbitrário.

Conforme James Marins, o processo administrativo fiscal/tributário “contempla o complexo de normas que regulam o regime jurídico processual-administrativo aplicável às demandas tributárias suscitadas perante à

⁴⁹⁴ O artigo 5º, XXXIV alínea a, determina que “são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder”; do mesmo artigo, é possível mencionar o inciso LIV “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido Processo legal”; por fim, é possível atrelar ao Processo Administrativo Tributário, inciso LV, ainda do artigo 5º que assegura “V - aos litigantes, em Processo Judicial ou Administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Todos esses incisos do artigo 5º da Constituição formam as bases para a existência do Processo Administrativo Tributário. (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 12/09/2017).

Administração Pública (pretensões tributárias e punitivas do Estado impugnadas administrativamente pelo contribuinte)”⁴⁹⁵. Trata-se, portanto, de uma fase contenciosa da via de constituição da obrigação tributária no âmbito da Administração tributária. Porém, não se confunde com o procedimento de lançamento e também não é processo de caráter jurisdicional, uma vez que não tem curso perante o Poder Judiciário.

Para Lídia Maria Lopes Rodrigues Ribas, o processo administrativo tributário é um meio de defesa do contribuinte, formado pelo conjunto de termos e atos que objetivam uma solução, em tese, constitucionalmente adequada para cada caso. Assim, é possível classificar as atividades relacionadas ao processo administrativo tributário em duas etapas⁴⁹⁶.

Na primeira etapa, chamada de fase oficiosa, a autoridade administrativa pratica atos de ofício na medida em que aplica a legislação tributária. Isto é dizer, a autoridade administrativa efetua o lançamento de uma cobrança tributária ou até mesmo uma autuação fiscal sem interpelar o contribuinte. Essa possibilidade decorre do fato de que o Estado possui uma pretensão fiscal, em que o contribuinte poderá assenti-la ao efetuar o pagamento de um tributo. Por outro lado, pode haver recusa de pagamento, evitando-se de extinguir a obrigação tributária. Trata-se de um procedimento unilateral, momento em que a ação do contribuinte tem o caráter de mero cumprimento de obrigação informativa⁴⁹⁷.

É a partir da notificação do contribuinte que nasce a possibilidade de se iniciar a *fase contenciosa*, é somente a partir de então que se torna possível o surgimento do conflito de interesses. Isso porque o contribuinte pode querer rever os créditos ou recusar-se a efetuar o pagamento. É neste momento que o contribuinte pode pleitear, diante da Administração Pública, através

⁴⁹⁵ MARINS, James. **Direito processual tributário brasileiro** (administrativo e judicial). São Paulo: Dialética, 2003, p. 94.

⁴⁹⁶ RIBAS, Lídia Maria Lopes Rodrigues. **Processo administrativo tributário**. 3.ed.São Paulo: Malheiros, 2008, p. 116.

RIBAS, Lídia Maria Lopes Rodrigues. **Processo Administrativo tributário**. 3.ed.São Paulo: Malheiros, 2008, p. 117.

do processo administrativo tributário⁴⁹⁸.

Quando se fala em *fase contenciosa*, refere-se ao momento em que se dá início ao contraditório, por parte do contribuinte. No entanto, observe-se que classificar o momento que precede ao processo administrativo, e o momento em que se dá o seu início, não se confunde com o *contencioso administrativo* que existe na Europa, especialmente na França, na medida em que (como reiterado ao longo deste trabalho) a estrutura jurídica processual daquele país é bastante diferente do que acontece em terras brasileiras⁴⁹⁹.

Deste modo, o processo administrativo tributário é a iniciativa do contribuinte de apresentar impugnação contra um lançamento tributário ou contra ato de infração, de forma contraditória, por parte da Administração Pública. Consubstancia-se, portanto, como um instrumento de defesa à disposição da Sociedade, para discutir questões de interesse relativos ao dever de pagar impostos, que se desenvolvem no âmbito do Poder Executivo.

Neste sentido, os órgãos de julgamento administrativo possuem competência para discutir a legalidade da aplicação da legislação tributária, sendo dividido em instâncias administrativas, para fins processuais, com alçadas em diversos níveis. Isso quer dizer, que as decisões destes órgãos em primeira instância podem ser revertidas em grau de recurso⁵⁰⁰.

Composto em etapas, o Processo se inicia pela chamada impugnação ou defesa, que ocorre na instância de origem do crédito, podendo ser em esfera municipal, estadual ou federal. Posteriormente, segue-se aos recursos que são expressamente previstos pelos regimentos internos dos órgãos de julgamento administrativos, que funcionam como auxiliares da Administração e que, portanto, atuam em nome dela. Observe-se que suas fases e ritos seguem a mesma sistemática que o Processo judicial, em função do princípio do devido Processo

⁴⁹⁸ RIBAS, Lídia Maria Lopes Rodrigues. **Processo administrativo tributário**. 3.ed.São Paulo: Malheiros, 2008, p. 117.

⁴⁹⁹ Neste sentido, o uso do termo “contencioso” é para designar o sentido substancial do termo, isto é, contencioso no sentido de conflito de interesses.

⁵⁰⁰ RIBAS, Lídia Maria Lopes Rodrigues. **Processo administrativo tributário**. 3.ed.São Paulo: Malheiros, 2008, p. 121.

legal, assegurado constitucionalmente⁵⁰¹.

Pois bem, no momento em que a Administração Pública faz o lançamento do débito de algum tributo em relação a um determinado contribuinte, sujeito passivo da relação tributária, a partir de sua notificação, surge o direito de impugnação de tal lançamento. Como dito anteriormente, isso torna-se possível diante da Constituição federal, que no artigo 5º, inciso XXXIV, alínea a, assegurou o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder.

O Processo administrativo se origina sempre após o lançamento de ofício, cuja competência é privativa da autoridade administrativa responsável pelo lançamento de seu respectivo tributo. O Processo deve, conforme o artigo 142 do Código Tributário Nacional (CTN), verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível⁵⁰².

Assim, se o contribuinte estiver insatisfeito com a cobrança tributária, poderá iniciar uma discussão mediante o Processo administrativo tributário. Para tanto, o artigo 151, inciso III, do Código Tributário Nacional (CTN), determina a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, mediante à reclamação ou impugnação e os recursos, nos termos das leis reguladoras do Processo Tributário Administrativo.

Neste sentido, é importante mencionar que existem inúmeras diferenças nos processos fiscais entre cada ente federativo. Todavia, nenhum deles pode opor barreiras processuais a fim de obstar o direito de recorrer das decisões administrativas. É por esta razão que o Supremo Tribunal Federal declarou a

⁵⁰¹ “Ora, se a Constituição federal positivou o princípio do devido Processo Legal, analisado anteriormente (3.2.1), ele é invariavelmente aplicável no plano do Processo Administrativo. Com efeito, é assegurado o direito de contraditório e ampla defesa, conferindo, assim, a possibilidade de revisão das decisões judiciais”. (BITTAR, Djalma. Processo e segurança jurídica. In: BARRETO, Aires Fernandino et al. **Segurança jurídica na tributação e Estado de Direito**. São Paulo: Noeses, 2005, p. 132-133).

⁵⁰²BRASIL. **Código tributário nacional**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172.htm>. Acesso em 10/09/2017.

inconstitucionalidade da exigência de depósito ou arrolamento prévios de dinheiro ou bens para admissibilidade de recurso administrativo, através da súmula vinculante nº 21⁵⁰³; justamente para impedir que, antes do questionamento da matéria, seja obrigado do contribuinte efetuar algum tipo de depósito como garantia.

De um modo geral, o processo administrativo tributário é regulamentado na esfera federal, pela Constituição, pelo código tributário nacional, pelo Decreto 70.235/1972, a Lei 9.784/1999 e, ainda, o Código de Processo Civil. Obviamente a aplicação legislativa não se resume à estas, as quais são citadas aqui, para fins ilustrativos.

Tradicionalmente, o processo administrativo tributário é dividido em quatro fases, a saber: *i*) a introdutória ou de instauração, que é momento em que ocorre a resistência do contribuinte que dá início à ação administrativa mediante a impugnação da cobrança; *ii*) a instrutória, que trata-se do momento de produção de provas a fim de convencer o destinatário da injustiça da cobrança ou da inexistência do débito; *iii*) a decisória ou de julgamento, momento em que o julgador emite decisão final sobre as provas levantadas na fase precedente; *iv*) e, por fim, a recursal, quando após a decisão, a parte vencida apresenta inconformidade em relação à decisão proferida, mediante órgão julgador diverso⁵⁰⁴.

Após efetuada a notificação do contribuinte sobre o crédito tributário, âmbito federal⁵⁰⁵, ele deverá apresentar no prazo de 30 dias a impugnação, a qual deve conter os motivos de fato de direito que fundamentam as discordâncias, inclusive anexando documentos que comprovem suas alegações⁵⁰⁶.

⁵⁰³ A súmula nº 21, do Supremo Tribunal Federal reza que: É inconstitucional a exigência de depósito ou arrolamento prévios de dinheiro ou bens para admissibilidade de recurso administrativo. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1255>>. Acesso em 10/09/2017.

⁵⁰⁴ TOMÉ, Fabiana Del Padre. Defesa e provas no processo administrativo tributário federal: momento para sua produção, espécies probatórias possíveis e exame de sua admissibilidade. In: SALOMÃO, Marcelo Viana; PAULA JUNIOR, Aldo de (Org). **Processo administrativo tributário**. São Paulo: MP Editora, 2005, p. 149-150.

⁵⁰⁵ Importa ratificar que nos limites desta pesquisa, levando em consideração as variações que existem no sistema normativo relativo às formas de processo administrativo tributário entre os Estados brasileiros, optou-se por fazer um recorte no trato dos órgãos de julgamento no plano federal. Salvo algum eventual exemplo específico que será devidamente mencionado.

⁵⁰⁶ TOMÉ, Fabiana Del Padre. Defesa e provas no processo administrativo tributário federal: momento para sua produção, espécies probatórias possíveis e exame de sua admissibilidade. In:

Com isso, a impugnação é encaminhada à unidade administrativa competente a fim de que seja analisado o processo e, caso necessário, sejam efetuadas as diligências para dirimir o conflito.

Na sequência, a Administração Pública tem o dever de pronunciar-se sobre as questões controvertidas, reconhecendo ou não a existência do direito pleiteado, através do julgamento da causa. Deste modo, a decisão do julgamento é proferida através da sentença administrativa.

Se eventualmente a autoridade julgadora entender necessário, pode converter o julgamento em diligência, para que sejam produzidas novas provas, na medida em que a Administração deve proceder à revisão dos atos administrativos que estiverem em desconformidade com a lei. Assim, para proferir a decisão, a autoridade administrativa deve apreciar todas as questões preliminares e de mérito, cujas motivações estão inscritas na impugnação⁵⁰⁷.

Da decisão proferida em primeiro grau, é possível interpor recurso, sendo assim, um meio imprescindível para promover reexame da decisão e, possivelmente obter a anulação ou revogação do ato, tratando-se de uma das formas de defesa, também atinentes ao devido processo legal. O recurso pode ser de ofício, quando interposto pelo julgador singular quando a decisão é favorável ou parcial ao impugnante, o que provoca pronunciamento de segunda instância administrativa.

Trata-se de um recurso que é interposto no próprio ato da decisão e tem caráter devolutivo, isto é, devolve a competência da matéria, uma vez

SALOMÃO, Marcelo Viana; PAULA JUNIOR, Aldo de (Org). **Processo administrativo tributário**. São Paulo: MP Editora, 2005, p. 150.

⁵⁰⁷ É oportuno denotar ainda que “no plano administrativo tributário, admite-se a possibilidade de reforma de uma decisão em prejuízo do contribuinte, isto é, a *reformatio in pejus* desde que observados o contraditório e a ampla defesa”. (RIBAS, Lídia Maria Lopes Rodrigues. **Processo administrativo tributário**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 137). Todavia, não se pode concordar com tal entendimento, o qual é perfilhado por vários doutrinadores, na medida em que, salvo melhor juízo, a reapreciação de mérito *in pejus*, nos casos em que o recorrente é o próprio contribuinte, ultrapassa flagrantemente um mero ato de controle de legalidade (que visa a correção da inadequação de um ato à lei), pois viola garantias fundamentais do contribuinte e também depõe contra a segurança jurídica das decisões administrativas, impondo-se assim, uma “interpretação conforme aos direitos fundamentais” (SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 261).

que não é definitivo, enquanto não confirmado pela instância superior. Observe-se que a decisão não pode ser executada em caso de recurso obrigatório, deve, necessariamente, ser apreciada por instância superior⁵⁰⁸.

Por outro lado, o recurso voluntário, que se assemelha ao recurso de apelação na via judicial, é a faculdade do contribuinte, diante de uma decisão singular que for favorável ou parcialmente favorável à fazenda pública, rever a decisão. Por fim, caso não existir recurso, a decisão assume a condição de trânsito em julgado⁵⁰⁹.

O recurso interposto é remetido à um o órgão de segunda instância. Geralmente é formado por um colegiado, composto por representantes da Fazenda Pública e dos contribuintes. A divisão interna destes órgãos é por câmaras, conforme as respectivas competências, que são sistematizadas de acordo com os regimentos internos. Neste caso, os recursos possuem efeito suspensivo e devolutivo⁵¹⁰. Assim, não cabendo mais recurso, encerram-se as discussões na esfera administrativa.

No entanto, compreendido, de um modo geral, a sistemática de funcionamento dos tribunais administrativos, é preciso ainda delinear os limites das decisões destes tribunais, tendo em vista que o Brasil adotou o sistema de jurisdição una. Matéria esta que será discutida na seguinte sessão.

⁵⁰⁸ RIBAS, Lídia Maria Lopes Rodrigues. **Processo administrativo tributário**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 139.

⁵⁰⁹ PIRES, Adilson Rodrigues. Algumas reflexões sobre o processo administrativo fiscal. Prazo para conclusão do processo em primeira e segunda instâncias. In: ROCHA, Sérgio André. **Processo administrativo tributário** (estudos em homenagem ao prof. Aurélio Pitanga Seixas Filho). São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 35-36.

⁵¹⁰ Denote-se outrossim, que “algumas legislações admitem um pedido de reconsideração da decisão de segunda instância. Trata-se de uma espécie de pedido de reconsideração, destinado ao órgão que proferiu a decisão em grau de recurso, admissíveis quando as decisões não são unânimes pela câmara. Com efeito, parcela da doutrina se posiciona contra esse tipo de recurso, no entanto, diversas leis preveem recurso especial para decisões desfavoráveis à Fazenda. A oposição a que se faz é que justamente pelo fato de que os órgãos de julgamento de segundo grau são compostos por um colegiado, as decisões, em tese são mais acertadas, face às discussões levadas a efeito sobre a matéria”. (RIBAS, Lídia Maria Lopes Rodrigues. **Processo administrativo tributário**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 142).

3.3.3 A jurisdição e a administração: os limites das decisões proferidas no âmbito do processo administrativo tributário

A Constituição Federal no artigo 5º, inciso XXXV, garante que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. A partir dessa determinação constitucional é possível dizer que o sistema jurídico brasileiro adotou o sistema de jurisdição *una*. Isto é, a legitimidade de proferir decisões em resoluções de conflitos em última instância pertence ao Poder Judiciário.

Trata-se, pois, do princípio da universalidade da jurisdição, cujo conteúdo normativo estabelece que, mesmo diante do eventual esgotamento das vias administrativas, ainda é possível reaver o debate sobre conflito de direitos na esfera judicial. Com isso, ainda que os órgãos vinculados ao Poder Executivo contenham poderes para resolução de conflitos, exercendo a conhecida função administrativa *judicante*, como é o caso dos Conselhos dos Contribuintes, por exemplo, a matéria pode ser rediscutida no plano do Poder Judiciário.

Desse modo, as decisões do Conselho dos Contribuintes, como órgão da administração fazendária, responsáveis pelo processo administrativo tributário, não fazem coisa julgada. No entanto, deve-se observar que seus efeitos são definitivos no âmbito da administração. Note-se que é pacífico o entendimento no sentido de que as decisões dos conselhos podem ser revistas pelo Poder Judiciário. Todavia, deve-se ressaltar que essa possibilidade é restrita para os contribuintes afetados com uma decisão desfavorável.

Observe-se que a apreciação da impugnação de crédito tributário, na esfera administrativa, não é pré-requisito para apreciação judicial, bem como não é exauriente, por força constitucional. Essa força, justamente, faz com que a atividade desenvolvida no plano administrativo seja tão somente de natureza administrativa, deixando a função efetivamente *jurisdicional* para exercício privativo do Poder Judiciário⁵¹¹.

⁵¹¹ Esse é o entender de Geraldo Ataliba ao comentar sobre a limitação da função administrativa dos

Vale ressaltar a lição de Alberto Xavier, ao dizer que diante do princípio da universalidade da jurisdição, as decisões definitivas proferidas em processo administrativo não têm força de coisa julgada, em função de sua suscetibilidade de revisão pelo Poder Judiciário. É a partir deste ponto de distinção que as decisões em processo administrativo tributário possuem natureza de atos administrativos e não de atos jurisdicionais⁵¹².

No que diz respeito ao sentido de coisa julgada, Ovídio Baptista leciona que se trata de um fenômeno peculiar e exclusivo de um tipo especial de atividade jurisdicional. Somente a sentença poderá oferecer esse tipo de estabilidade protetora daquilo que o juiz tenha declarado como “lei do caso concreto”. Assim, uma decisão torna-se imodificável para futuras relações jurídicas que se estabelecem entre as partes perante as quais uma sentença fora proferida⁵¹³.

Entretanto, no que diz respeito ao plano dos julgamentos de processo administrativo tributário, ainda que as decisões não tenham força de coisa julgada em sentido material, elas possuem força similar à de “coisa julgada formal”, na medida em que vinculantes e imutáveis somente para à Administração Pública requerente do tributo, que fica privada de mecanismos jurídicos para reabrir o debate no âmbito do Poder Judiciário, se por ventura for destinatária de uma decisão desfavorável⁵¹⁴.

Não existe coisa julgada em sede administrativa. No entanto, admite-se o uso da expressão, especificamente para expressar que a matéria que fora objeto de julgamento da decisão administrativa não pode mais ser submetida à apreciação no âmbito da Administração, para que seja realizado um novo

órgãos de julgamento administrativo, ao dizer que a administração não possui função jurisdicional em função de que as decisões proferidas neste plano, ainda são recorríveis no Poder Judiciário. Assim, se não é definitivo, não possui caráter jurisdicional. (ATALIBA, Geraldo. Procedimento tributário. Assembleia realizada no III curso de especialização em direito tributário promovido pela PUC-SP. **Revista de Direito Tributário**. n 02. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 134-157).

⁵¹² XAVIER, Alberto. **Do lançamento**: teoria geral do ato, do procedimento e do processo tributário, 2 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 330-332.

⁵¹³ DA SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil**. Vol I. Tomo I. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, 379.

⁵¹⁴ Xavier, Alberto. **Do lançamento**: teoria geral do ato, do procedimento e do processo tributário, 2 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 330-321

juízo, a não ser nos casos em que houver recurso. Assim, a partir do momento em que se esgotam os recursos na via administrativa, diz-se que faz coisa julgada administrativa⁵¹⁵.

Desse modo, o direito de pleitear permanece à disposição somente em relação ao indivíduo contribuinte, que poderá socorrer-se do Poder Judiciário, através de uma nova ação, na medida em que na esfera administrativa, o direito do interessado, já estará na situação de precluso, prescrito ou, ainda, decadente, quando não couber mais recurso por exaustão da instância ou por decurso de prazo⁵¹⁶.

3.4 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO: as controvérsias sobre um problema conhecido

No primeiro capítulo da presente pesquisa discorreu-se sobre o surgimento das constituições, ressaltando-se que os princípios e as regras nela inscritos são resultado de uma longa luta histórica. Advertiu-se, também, sobre a necessidade de todo o sistema jurídico ser atrelado às regras constitucionais. Neste viés, o Constitucionalismo Garantista, de Ferrajoli, serviu de arrimo para enfatizar a intrínseca relação estabelecida entre a democracia, a Constituição e os Direitos Fundamentais, bem como a imprescindibilidade de sua irradiação pelo sistema jurídico através da Constituição. Note-se que toda reflexão levada a efeito anteriormente, justifica-se mediante a necessidade de se formar uma base sólida para, então, nesta etapa, tornar possível uma reflexão crítica em favor de um processo administrativo tributário (abordado anteriormente), sob um viés garantista. A escolha do debate assume especial importância para contribuir na busca pela resposta da pergunta-guia de investigação e dos objetivos propostos pela pesquisa, que se conjugam na luta pela implementação do Controle de Constitucionalidade

⁵¹⁵ FARIA, Edmur Ferreira. **Curso de direito administrativo positivo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 672.

⁵¹⁶ FARIA, Edmur Ferreira. **Curso de direito administrativo positivo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 672.

nos órgãos de julgamento administrativo.

Muito embora tenha se defendido exaustivamente a irradiação da Constituição por todos os campos do sistema jurídico, ainda restam entraves práticos à dogmática jurídica. De acordo com o Constitucionalismo Garantista, todas as regras do sistema jurídico devem ser compatíveis formal e substancialmente à Constituição e, em caso de incompatibilidade, o controle de constitucionalidade pode resolver impasses (ver capítulo 1).

Todavia, no âmbito da Administração Pública existe um conhecido debate sobre o qual gravitam controvérsias sobre a ser ou não competência dos conselhos dos contribuintes efetuar o Controle de Constitucionalidade, enquanto órgãos de julgamento administrativo tributário. Por esta razão, neste último tópico do capítulo, objetiva-se debater as eventuais razões que impedem ou contribuem para que os órgãos de julgamento administrativo tributário efetuem Controle de Constitucionalidade.

O Conselho dos Contribuintes foi criado no plano federal no ano de 1931, com a incumbência de julgar recursos contenciosos do Ministério da Fazenda. No ano de 1955 julgou um recurso relativo ao imposto de renda, proferindo a histórica decisão de nº 465, que foi a responsável por restringir a competência dos tribunais administrativos, no que tange à competência de controle de constitucionalidade ao proferir que: “Falece ao 1º Conselho dos Contribuintes, tribunal administrativo que é, competência legal para conhecer de recurso em que é alegada unicamente a inconstitucionalidade de lei ou regulamento”⁵¹⁷.

Decorridos mais de sessenta anos da decisão, essa questão ainda divide doutrinadores e volta e meia retorna aos palcos jurídicos. De um lado, uma parcela, registre-se: majoritária, de doutrinadores, defende a ampliação de poderes dos julgadores que fazem parte dos órgãos de julgamento administrativo, requerendo competência para o exercício do Controle de Constitucionalidade dos

⁵¹⁷ KOCH, Deonísio. **Processo administrativo tributário**. Florianópolis: editora momento atual, 2003, p. 151.

atos e decisões administrativas⁵¹⁸.

Por outro lado, existem juristas que discordam desse posicionamento, na medida em que defendem a restrição das competências dos julgadores vinculados ao órgão em questão. Para tais juristas, o questionamento de constitucionalidade de determinada lei, decreto ou qualquer outro ato normativo, é atividade exclusiva do Poder Judiciário, sendo vetado aos tribunais administrativos questionarem a matéria. Para tais juristas, mesmo que inconstitucional, algumas regras devem ser cumpridas, até que sejam revogadas pelo Poder Judiciário. Eis aí uma das maiores limitações dos órgãos judicantes administrativos.⁵¹⁹

Dentre os argumentos utilizados pelos defensores desse posicionamento, está o princípio da estrita legalidade, ao qual toda a administração está vinculada e, por força de tal princípio o Conselho dos Contribuintes não poderia julgar eventuais inconstitucionalidades. Porém, não se atentam que, ao se fazer esse tipo de defesa, não se questiona os parâmetros que determinam a legalidade, restringindo-se acentuadamente sua interpretação. Ou seja, verifica-se a legalidade de uma norma por sua simples existência, dispensando-se sua legalidade em relação à Constituição. Trata-se, pois, de um argumento que já deveria ter sido superado, na medida em que se uma lei é inconstitucional, ela não deve produzir efeitos e, assim, a legalidade a que se adstringiria os Conselhos Fiscais seria a legalidade da Constituição, já que a lei inferior deveria ser tida por ineficaz⁵²⁰.

A fim de ilustrar a problemática, observe-se o regimento interno da câmara superior de recursos fiscais do conselho dos contribuintes do Ministério da Fazenda que, em seu artigo 26-A, determina “No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de constitucionalidade”. Limitando, assim, o controle de constitucionalidade na esfera federal.

⁵¹⁸ KOCH, Deonísio. **Processo administrativo tributário**. Florianópolis: editora momento atual, 2003, p. 151.

⁵¹⁹ CAMPOS, Dejalma de. **Direito processual tributário**. 7ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 103.

⁵²⁰ CAMPOS, Dejalma de. **Direito processual tributário**. 7ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 104.

Veja-se que tal limitação, para além do plano federal, é recorrente, nas esferas estaduais e municipais. A título de exemplo, veja-se o caso da Lei Complementar 465 de 2009, do Estado de Santa Catarina que, no artigo 4º que determina:

As autoridades julgadoras são incompetentes para declarar a inconstitucionalidade ou ilegalidade de lei, decreto ou ato normativo de Secretário de Estado. Parágrafo único. O Tribunal Administrativo Tributário, em qualquer se duas câmaras, poderá apreciar a alegação de ilegalidade ou reconhecida por entendimento manso pacífico do Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça⁵²¹.

Ou seja, não se pode discutir inconstitucionalidade de lei por tribunais administrativos⁵²². Tal evento somente ocorrerá após o Supremo Tribunal Federal ter resolvido a questão. Segue-se o mesmo raciocínio na dimensão municipal, como se pode ver pelo caso do município de Rio do Sul, em Santa Catarina, que também acompanha a vedação do controle de constitucionalidade, pela Lei Complementar Municipal nº 110/2003 que veta a questão com o art. 157: “As autoridades julgadoras são incompetentes para declarar a inconstitucionalidade ou ilegalidade de lei, decreto ou portaria do Secretário Municipal da Fazenda”⁵²³.

⁵²¹ SANTA CATARINA (Estado). **Lei complementar 465 de 03 de dezembro de 2009**. Disponível em <http://legislacao.sef.sc.gov.br/html/leis/2009/lc_09_465.htm>. Acesso em 10/09/2017.

⁵²² Outro Estado que possui vedação ao controle de constitucionalidade é São Paulo, com a Lei Ordinária Estadual 13.457/2009: Artigo 28 - No julgamento é vedado afastar a aplicação de lei sob alegação de inconstitucionalidade, ressalvadas as hipóteses em que a inconstitucionalidade tenha sido proclamada: I - em ação direta de inconstitucionalidade; II - por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, em via incidental, desde que o Senado Federal tenha suspenso a execução do ato normativo. Artigo 50 - Cabe reforma da decisão contrária à Fazenda Pública do Estado, da qual não caiba a interposição de recurso, quando a decisão reformada: I - afastar a aplicação da lei por inconstitucionalidade, observado o disposto no artigo 28 desta lei; II - adotar interpretação da legislação tributária divergente da adotada pela jurisprudência firmada nos tribunais judiciais. (SÃO PAULO (Estado). **Lei n. 13.457 de 18 de março de 2009**. Disponível em: <<http://info.fazenda.sp.gov.br>>, acesso em 22/04/2017). Importa ainda mencionar o Estado de Minas Gerais que a Lei Estadual nº 6.763/1975 dispõe: Art. 182 – Não se incluem na competência do órgão julgador: I – a declaração de inconstitucionalidade ou a negativa de aplicação de ato normativo, inclusive em relação à consulta a que for atribuído este efeito pelo Secretário de Estado de Fazenda, nos termos do § 2º do art. 146; II – a aplicação da equidade.” (MINAS GERAIS (Estado). **Lei nº 6.763 de 26 de dezembro de 1975**. Disponível em: <<http://www.fazenda.mg.gov.br>>, acesso em 21/04/2018).

⁵²³ A Lei Complementar Municipal nº 110/2003 do Município de Rio do Sul/SC, por exemplo, veta a questão com o Art. 157 - As autoridades julgadoras são incompetentes para declarar a inconstitucionalidade ou ilegalidade de lei, decreto ou portaria do Secretário Municipal da Fazenda.

Importa mencionar que o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), mediante edição de súmulas, consolida seu entendimento por meio de uma série de julgados semelhantes, com a súmula nº 2, ao aduzir que o CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária⁵²⁴.

Corroborando, nesse sentido, o Decreto nº 70.235, de 6 março de 1972, com nova redação dada pela Lei nº 11.941, de 27/5/2009, que dispõe sobre o processo administrativo fiscal e dá outras providências. Em seu art. 26-A aduz que “no âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade”⁵²⁵. Bem como o Regimento Interno do Carf, que no art. 62 veta “aos membros e turmas de julgamento do CARF de afastar aplicação ou de deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto sob fundamento de inconstitucionalidade”⁵²⁶.

O problema é que na prática diária, enfrentada por juristas, essa impossibilidade reduz sensivelmente o espectro das defesas administrativas perante à Administração Pública, prejudicando assim o contribuinte. Além do prejuízo temporal, com a apreciação de inconstitucionalidade, levada a efeito no Poder Judiciário, no caminho até sua chegada, são realizados inúmeros atos dentro do processo administrativo que, muito provavelmente, podem causar prejuízos ao contribuinte. E o pior é que tais atos podem se tornar nulos com a eventual declaração de inconstitucionalidade tardia.

Porém, existem doutrinadores que rejeitam a possibilidade de

(RIO DO SUL (Município). **Lei Complementar n. 110 de 17 de dezembro de 2003**. Disponível em: <<http://www.leismunicipais.com.br>>, acesso em 20/11/2018).

⁵²⁴ As súmulas editadas pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais estão disponíveis em <<http://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/Sumulas/listarSumulas.jsf>>. Acesso, 12/08/2016.

⁵²⁵ BRASIL. Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1970-1979/decreto-70235-6-marco-1972-418562-norma-actualizada-pe.html>. Acesso 29/11/2017.

⁵²⁶ BRASIL. Ministério da Fazenda. **Portaria MF nº 343, de 09 de julho de 2015**. Aprova o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) e dá outras providências. Disponível em: <http://idg.carf.fazenda.gov.br/acesso-a-informacao/institucional/regimento-interno/regimento-interno-do-carf>. Acesso em 29/11/2017.

qualquer órgão pertencente ao Poder Executivo deixar de aplicar uma lei por considerá-la inconstitucional. Um exemplo que pode ser citado é o de Zeno Veloso, para quem permitir que o Poder Executivo cancele a eficácia de norma jurídica, porque reputa contrária à Constituição, é consagrar tese perigosíssima, que pode pôr em risco a democracia, especialmente em um país em desenvolvimento, como o Brasil. Que com tantas limitações e carências, também possui uma vocação histórica para o autoritarismo, com um executivo verdadeiramente formidável e imperial, se assim se permitir, o princípio da divisão de poderes corre o risco de se tornar letra morta no texto Magno⁵²⁷.

Note-se que o jurista menciona o princípio da divisão de poderes e, portanto, vincula as respectivas funções dos órgãos públicos. Todavia, como contra-argumento, é necessário lembrar que a Administração Pública possui funções classificadas como típicas e atípicas, para garantir a harmonia do sistema de governo. Os diversos órgãos públicos devem cooperar⁵²⁸ na medida necessária para a realização dos objetivos constitucionais estabelecidos pelo constituinte.⁵²⁹

As funções dos órgãos públicos com características predominantes, concernentes à sua esfera de atuação, são denominadas de típicas.

⁵²⁷ VELOSO, Zeno. **Controle jurisdicional de constitucionalidade**. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 322.

⁵²⁸ “Não está, portanto, superada a necessidade de se preservar a supremacia da Constituição, como padrão jurídico fundamental e que não pode ser contrariado por qualquer norma integrante do mesmo sistema jurídico. As normas constitucionais, em qualquer sistema regular, são as que têm o máximo de eficácia, não sendo admissível a existência, no mesmo Estado, de normas que com elas concorram em eficácia ou que lhes sejam superiores. Atuando como padrão jurídico fundamental, que se impõe ao Estado, aos governantes e aos governados, as normas constitucionais condicionam todo o sistema jurídico, daí resultando a exigência absoluta de que lhes sejam conformes todos os atos que pretendam produzir efeitos jurídicos dentro do sistema.” (DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 18. ed., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 172).

⁵²⁹ “Desse modo, advogar que o Poder Executivo deveria apenas cuidar da legalidade, deixando aos outros poderes a preocupação com a constitucionalidade, representa perigoso conformismo com a inconstitucionalidade, numa espécie de capitulação diante da má política e do omissivismo inconstitucional. Consolidando: o controle de constitucionalidade não é, nem seria plausível cogitar que fosse, uma exclusividade das cortes judiciais, assim como seria erro grave (de sinal trocado) considerar insindicáveis judicialmente as políticas públicas, tomando-as como tarefas exclusivas do Poder Executivo ou do Parlamento.” (FREITAS, Juarez. Administração pública deve aplicar a lei fundamental de ofício e deixar de aplicar regras inconstitucionais, quando cumpri-las significar improbidade por quebra de princípios. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 258, p. 141-167, set./dez. 2011. ISSN 0034.8007, p. 154).

Porém, em função da inexistência de exclusividade absoluta⁵³⁰, no exercício de determinadas funções, em situações específicas, os órgãos públicos podem realizar atos que não lhe são tipicamente atribuídos, consubstanciando-se como funções atípicas. Como é justamente o caso dos tribunais administrativos, cuja natureza de julgamento e resolução de lides é própria do Poder Judiciário, porém, permite-se que isso aconteça no âmbito do Poder Executivo.

Aproveitando o ensejo da não exclusividade, o artigo 23, I, da própria Constituição, que atribui competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios o dever de zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas⁵³¹. Ou seja, com essa norma, verifica-se que não é exclusivo do Judiciário o controle da juridicidade constitucional⁵³².

Outro argumento favorável a ser considerado é o de que se o interesse visado pela Administração é o interesse público, deve-se buscar a preservação e resguardo da ordem jurídica globalmente considerada⁵³³, e não somente os interesses patrimoniais estatais.⁵³⁴ Assim, não estaria impedida e Administração Tributária de reconhecer a invalidade de um lançamento em

⁵³⁰ BARACHO, Luis Fernando. A declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos no processo administrativo tributário. **Revista Eletrônica do Curso de Direito - PUC Minas Serro** – n. 8 – jun./dez. 2013 – ISSN 2176-977X.

⁵³¹ “Eis o ponto fulcral: mister evoluir, no âmbito das relações de administração, para o constitucionalismo, o que supõe admitir que o administrador não pode agir como servo da lei inconstitucional. Quer dizer, todos os progressos hermenêuticos realizados, na tarefa inconclusa, para tornar o juiz mais ativista da Constituição devem agora ser empregados para converter o administrador público em ativista da Carta, sob pena de nunca se ver instaurada, entre nós, a cultura robusta de apreço aos direitos fundamentais.” (FREITAS, Juarez. Administração pública deve aplicar a lei fundamental de ofício e deixar de aplicar regras inconstitucionais, quando cumpri-las significar improbidade por quebra de princípios. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 258, p. 141-167, set./dez. 2011. ISSN 0034.8007, p. 151).

⁵³² CÉSAR, Marcelo Vieira de Sousa. Controle de constitucionalidade pela administração tributária. **Revista da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional**. Ano II, nº4, 2012, p. 107

⁵³³ Nesta senda, destaque-se que: “As melhores leituras sistemáticas da Constituição visualizam os direitos fundamentais como totalidade indissociável e, nessa medida, procuram restringir ao máximo as suas eventuais limitações, emprestando-lhes, quanto ao núcleo essencial, tutela reconhecedora da eficácia direta e imediata” (FREITAS, Juarez. **Interpretação sistemática do direito**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2002, p. 206).

⁵³⁴ “Com efeito, muitos desses direitos, quais sejam, os fundamentais, devem prevalecer sobre quaisquer interpretações de cunho utilitarista, hoje apresentados sob a roupagem de interesse geral ou interesse público, utilizadas inúmeras vezes pela Administração na sua atuação discricionária. Assim sendo, tais direitos passam a ser limitações intransponíveis pelo Poder Público na sua interação com os administrados.” (CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **A discricionariedade administrativa no estado constitucional de direito**. Curitiba: Juruá, 2001, p. 175).

decorrência da inconstitucionalidade da norma em que se embasou, ainda que isso implique na abstenção de uma cobrança tributária⁵³⁵.

Considere-se, ainda, o princípio da autotutela, previsto na súmula 473 do Supremo Tribunal Federal, que diz que a Administração Pública “pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos”⁵³⁶. Além da aplicação do princípio da autotutela, também se referencia o princípio da economicidade, pois determina que, verificando um ato que ofenda a legislação infraconstitucional ou a própria Constituição, não poderá o poder público insistir no erro e convalidar o ato viciado ou postergar para o Judiciário o encargo de invalidá-lo, sob pena de causar prejuízos desnecessários aos cofres públicos. Deve, pois, a Administração invalidar seus atos inquinados de inconstitucionalidade⁵³⁷.

Ademais, com a declaração de inconstitucionalidade, os atos praticados até então serão invalidados pelos efeitos *ex tunc*, na medida em que, via de regra se retroage à data da edição da lei invalidada. Com o impedimento dos órgãos de julgamento administrativo, fazer o Controle de Constitucionalidade permite-se a prática de uma série de atos que estariam fadados à invalidade⁵³⁸.

A controvérsia sobre a viabilidade do controle de constitucionalidade retorna ao ponto dos limites da jurisdição ou sobre a existência ou não de jurisdição em esfera administrativa. Nesse sentido, um dos juristas que se debruçou sobre a temática foi Gilberto de Ulhôa Canto, que defende a possibilidade de controle de constitucionalidade no âmbito do processo administrativo, em função de dois argumentos.

⁵³⁵ ⁵³⁵ CÉSAR, Marcelo Vieira de Sousa. Controle de Constitucionalidade pela Administração Tributária. **Revista da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional**. Ano II, nº4, 2012, p. 107.

⁵³⁶ “A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.” (BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Súmula nº 473. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_401_500. Acesso em 29/11/2017).

⁵³⁷ CÉSAR, Marcelo Vieira de Sousa. Controle de Constitucionalidade pela Administração Tributária. **Revista da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional**. Ano II, nº4, 2012, p. 107.

⁵³⁸ CÉSAR, Marcelo Vieira de Sousa. Controle de Constitucionalidade pela Administração Tributária. **Revista da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional**. Ano II, nº4, 2012, p. 109.

No primeiro argumento Ulhôa Canto defende que trata-se de um engano, na medida em que de uma decisão administrativa decorrem efeitos determinados pela Constituição, para o posterior pronunciamento dos tribunais judiciais. O segundo argumento, diz respeito a uma discussão que já estaria superada, em função de que em última análise o funcionário público na esfera administrativa estaria subordinado ao Presidente da República. Este último teria o dever de vetar norma inconstitucional⁵³⁹.

O jurista Eduardo Domingo Bottalo endossa os argumentos de Ulhôa Canto, ao afirmar que vetar o controle de constitucionalidade, no âmbito do processo administrativo tributário, seria o equivalente a dizer que a própria Constituição não produz efeitos no plano da Administração Pública⁵⁴⁰.

No mesmo sentido, Ives Gandra Martins defende que a impossibilidade de controle de constitucionalidade, no âmbito do processo administrativo, acaba por ser em si mesma inconstitucional. Tal assertiva se torna verdadeira, na medida em que a vedação em questão acaba invariavelmente limitando os propalados princípios constitucionais do devido processo legal e, principalmente, da ampla defesa⁵⁴¹. Deste modo, o contribuinte acaba sendo lesado em seus direitos processuais assegurados na Constituição.

Em uma linha lógica e direta de raciocínio Ataliba reflete que, se por um lado a obediência hierárquica do servidor para com seu superior é de indispensável observância, entretanto, paradoxalmente este indivíduo está impossibilitado de dar continuidade ao dever imposto ao seu último superior, isto é, o Presidente da República⁵⁴².

Na mesma seara, Ricardo Lobo Torres, confrontado com a pergunta-guia do presente tópico, posiciona-se positivamente à questão. Para o

⁵³⁹ CANTO, Gilberto Ulhôa. **Do processo tributário administrativo**. In: Teoria do Direito tributário. São Paulo: Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo, 1975, p. 103.

⁵⁴⁰ BOTTALO, Eduardo Domingo Bottalo. **Curso de direito administrativo tributário**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 79-106.

⁵⁴¹ MARTINS, Ives Gandra. **Processo administrativo tributário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 74-76.

⁵⁴² ATALIBA, Geraldo. Tripartição de Poder e liberdade. Atualidade da teoria constitucionalista. **Revista da Universidade Católica de São Paulo**. São Paulo: Jul-dez., 1971.

referido jurista, é necessário que o processo administrativo seja organizado de forma semelhante que o processo jurisdicional, formado com instâncias julgadoras e com recursos previstos em lei (razoavelmente já previstos)⁵⁴³.

O argumento central em favor da competência dos órgãos da Administração é o mesmo que justifica a competência genérica para o Executivo recusar-se a aplicar a lei: inexistência genérica do monopólio do controle de constitucionalidade, por parte do Poder Judiciário.⁵⁴⁴

Todavia, para Torres, no que concerne à declaração administrativa de inconstitucionalidade *in casu*, é necessário limitar com balizas a conduta do Poder Executivo, que poderá agir por meio de órgãos categorizados e com a exata noção acerca dos possíveis riscos do controle de constitucionalidade. Os argumentos se desenvolvem em torno de dois principais vetores: a posição hierárquica do agente e a natureza do ato administrativo⁵⁴⁵.

O que se pode verificar é que se de um lado existe uma efetiva força normativa por parte da Constituição que impele que todos os planos jurídicos

⁵⁴³ TORRES, Ricardo Lobo. *in* MARTINS, Ives Granda (Coord.). **Processo administrativo tributário**. 2.ed.São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 56.

⁵⁴⁴ “Não é nenhuma temeridade reconhecer que todos os poderes de Estado, em parceria com a sociedade, têm de realizar, às abertas, uma tutela sistêmica e integrada da constitucionalidade, de molde a fazer que aconteça a eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais de várias dimensões. Dessa maneira, o Estado-administração também precisa, de maneira fundamentada, realizar, de ofício, o controle de constitucionalidade, em nome do direito fundamental à boa administração pública.” (FREITAS, Juarez. Administração pública deve aplicar a lei fundamental de ofício e deixar de aplicar regras inconstitucionais, quando cumpri-las significar improbidade por quebra de princípios. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 258, p. 141-167, set./dez. 2011. ISSN 0034.8007, p. 165).

⁵⁴⁵ Para Torres, o “erro fica bem minimizado quando se trata de processo formal administrativo. Sendo a declaração administrativa de inconstitucionalidade uma verdadeira anulação ou invalidação do ato, e não mera suspensão, o perigo maior que a ronda é o do informalismo, que não propiciaria aos órgãos superiores um controle hierárquico posterior. Quando se tratar, porém, de processo submetido aos órgãos julgadores, em que a declaração de inconstitucionalidade será formal, o risco fica sensivelmente reduzido. Esse formalismo da decisão, que minimiza risco, permite os recursos por parte dos próprios representantes da fazenda e a ida do interessado em busca de uma revisão judicial. A declaração genérica de inconstitucionalidade da lei tributária pelo poder Executivo, da qual possa resultar um pleito de repetição de indébito, deve ser rejeitada porque o dano por ventura causado pelo fisco será irreparável, pois a administração não poderá anular seu ato se outro for o entendimento da Justiça. De outro modo, quando, porém, a inconstitucionalidade se afirmar em processo submetido a órgãos administrativos com competência para julgar, que se desenrole perante o rito previsto em lei, inexistindo o risco, pois posteriormente poderá haver controle via recurso”. (TORRES, Ricardo Lobo. **Processo Administrativo Tributário**. In: MARTINS, Ives Gandra (Coord.). **Processo administrativo tributário**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 167-168).

sejam à ela vinculados, por outro, os próprios tribunais administrativos, utilizando-se de leis infraconstitucionais e anteriores à Constituição, utilizam rançosos argumentos para obstaculizar a efetiva constitucionalização do processo administrativo tributário.

Evidentemente a partir de uma teoria garantista, de Ferrajoli, para o processo administrativo tributário a decisão mais acertada é defender a viabilidade de controle de constitucionalidade no plano dos órgãos administrativos tributários. Advogar em posição contrária caracteriza uma cristalina afronta aos direitos e garantias fundamentais do devido processo legal, tanto formal, quanto substancial.⁵⁴⁶ Além disto, também implica em limitação do direito de petição⁵⁴⁷.

Apesar de todas as discussões e os argumentos aqui arrazoados, a pergunta proposta para esse tópico, muito provavelmente, poderia ter sido respondida positivamente, de forma intuitiva. Afinal, como visto a miúdo no primeiro capítulo, o Controle de Constitucionalidade é imprescindível para manutenção da coerência normativa, além de ser fruto de conquistas históricas, cuja maior razão de existência se baseia no controle jurídico do poder político. Ademais, lembre-se da defesa de Peter Häberle, bem conhecida em terras brasileiras, com quem a interpretação constitucional ultrapassou as fronteiras das instituições estatais e se atribuiu legitimidade interpretativa a todo destinatário da norma⁵⁴⁸.

Como se sabe, o jurista alemão propõe que o processo de interpretação constitucional está potencialmente vinculado a todos os órgãos estatais, a todas as potências públicas, a todos os cidadãos e grupos, de modo que não é possível estabelecer-se um elemento cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição⁵⁴⁹.

⁵⁴⁶ “Não resta dúvida, portanto, de que todos os comandos normativos precisam guardar a maior conformação possível com tais princípios (mais do que com as regras), uma vez que minimizá-los ou contrariá-los representa atitude francamente hostil à consistência e à legitimidade do ordenamento.” (FREITAS, Juarez. **Interpretação sistemática do direito**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2002, p. 183).

⁵⁴⁷ JORGE, André Guilherme Lemos. **Tribunal administrativo e supremacia da Constituição federal**. Curitiba: Juruá, 2013, p. 208.

⁵⁴⁸ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002, p. 15.

⁵⁴⁹ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Porto

Apesar de ter endereçado sua obra à Alemanha (de mais de 20 anos atrás), sua defesa também é valiosa para o contexto jurídico brasileiro. Häberle nota que houve um tempo que a interpretação da Constituição estava atrelada à “sociedade fechada”, isto é, com participação exclusiva de intérpretes jurídicos formalmente ligada ao processo constitucional.

No entanto, o constitucionalista alemão percebeu que a interpretação constitucional é, em realidade, mais um elemento da Sociedade aberta, na qual todas as potências públicas, participantes materiais do processo social, estão nela envolvidas. Assim, a um só tempo, o elemento resultante da Sociedade aberta é o seu próprio elemento formador (ou constituinte) dessa Sociedade. Isso porque, quem vive a norma acaba por interpretá-la ou pelo menos co-interpretá-la⁵⁵⁰.

Com efeito, a própria noção de Sociedade aberta dos intérpretes, de Häberle, pode servir de mola propulsora para a noção de constitucionalização do direito, ou seja, a irradiação dos efeitos dos Direitos Fundamentais a todos os ramos do Direito. Dito de outro modo, quer dizer que a abertura interpretativa da Constituição pode favorecer o processo de vinculação das normas de todo o ordenamento jurídico à Constituição, além de dar ensejo ao próprio comando constitucional de que incumbe à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas⁵⁵¹.

Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002, p. 13.

⁵⁵⁰ De acordo com Häberle, “a interpretação é a atividade que, de forma consciente e intencional, dirige-se à compreensão e à explicitação de sentido de uma norma. Nesse contexto, como participantes da sociedade, cidadãos e grupos, órgãos estatais, o sistema público e a opinião pública representam forças produtivas de interpretação. Tudo que vive no contexto regulado por uma norma e que vive este contexto é, indireta ou, até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma. São (pré)intérpretes da Constituição mesmo que, ao final, seja de responsabilidade da jurisdição constitucional dar a última palavra em interpretação”. (HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002, p. 13-14).

⁵⁵¹ “Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: I - zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público”. (BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 16/06/2017).

Defender essa ultrapassada posição é o mesmo que vilipendiar direitos e garantias fundamentais, rompendo com a ordem constitucional⁵⁵², pela qual tanto se luta para estabelecer. Por essa razão, na próxima etapa do trabalho, se pretende buscar novos e fortes argumentos, provenientes de uma matriz jurídico-econômica para endossar a necessidade de se permitir o tão aclamado Controle de Constitucionalidade no campo dos Tribunais Administrativos.

⁵⁵² JORGE, André Guilherme Lemos. **Tribunal administrativo e supremacia da Constituição federal**. Curitiba: Juruá, 2013.

CAPÍTULO 4. NOVAS PERSPECTIVAS PARA AS DECISÕES NO ÂMBITO DOS ÓRGÃOS DE JULGAMENTO ADMINISTRATIVO: a proposta da Análise Econômica do Direito e o seu entrecruzamento com o Garantismo Jurídico.

Nessa etapa da pesquisa objetiva-se efetivamente testar a hipótese sugerida ao problema de pesquisa. Para tanto, busca-se articular um encontro entre a Teoria do Constitucionalismo Garantista com a Análise Econômica do Direito – AED.

Desse modo, em um primeiro momento, se faz uma análise da realidade enfrentada pelo Poder Judiciário brasileiro, no que toca ao tempo dispendido por este para a entrega da prestação jurisdicional e no que atine ao nível de litigiosidade do Estado brasileiro, a fim de evidenciar o atual quadro de morosidade que tem que ser enfrentado por todos os que buscam o Judiciário para a solução de suas demandas, com foco especial nas lides afetas à seara tributária.

Após, em um segundo momento, busca-se identificar os fundamentos da teoria do direito, proposta pela Análise Econômica do Direito, recorrendo-se sobre seu principal objetivo, seus fundamentos, funções e importância, para, ao final, se perquirir se a Análise Econômica do Direito é compatível com o Garantismo Constitucionalista e se existe a possibilidade de se utilizar o Garantismo Jurídico como blindagem de conteúdo mínimo nas decisões dos processos administrativos tributários.

4.1 DA REALIDADE DO PODER JUDICIÁRIO NA ENTREGA DA PRESTAÇÃO JURISIDICIONAL: um diagnóstico da morosidade judicial e da litigiosidade do Estado brasileiro.

Segundo aponta o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), as despesas totais do Poder Judiciário no ano de 2015 foram de R\$ 79,2 bilhões, o que equivalente a 1,3% do Produto Interno Bruto (PIB) nacional. Para se ter uma ideia do vulto de tal gasto, basta dizer, então, que em 2015 o custo do Judiciário pátrio foi de R\$ 387,56 por habitante⁵⁵³, o que, salvo melhor juízo, representa um gasto expressivo tendo em vista o PIB da nação⁵⁵⁴.

Tais gastos aumentaram ainda mais no ano de 2016, pois segundo o CNJ, nesse ano o custo total do Sistema Judiciário alcançou o importe de R\$ 84,8 bilhões (R\$ 84.846.934.555)⁵⁵⁵, o que corresponde a 1,4% do Produto Interno Bruto (PIB) nacional⁵⁵⁶, denotando-se, assim, que o custo de se manter o Poder Judiciário atuante é considerável.

Aqui vale repisar o que já foi dito no Capítulo 02 da presente pesquisa, quando se discutiu o fato de que os direitos têm um “custo”, ou seja, para se fazer cumpri-los, há de se investir no aparato estatal (Poder Judiciário, Ministério Público, Sistema Prisional, forças de segurança, etc.) para que este possa impor, se necessário, o respeito aos ditos direitos.⁵⁵⁷

⁵⁵³ IBGE. Centro de Documentação e Disseminação de Informações. **Brasil em números**. *Brazil in figures*. Volume 25, 2017. Rio de Janeiro: IBGE, 2017. p. 447. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/2bn_2017_v25.pdf> Acesso em 07/02/2018.

⁵⁵⁴ O Produto Interno Bruto (PIB) do Brasil em 2015 atingiu a cifra de R\$ 5,996 trilhões, perfazendo então um PIB per capita de R\$ 29.324 por habitante. (Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/17902-pib-cai-3-5-em-2015-e-registra-r-6-trilhoes>>, Acesso em 10/02/2018.

⁵⁵⁵ Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2017**: ano-base 2016. Brasília: CNJ, 2017. p. 37. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/12/b60a659e5d5cb79337945c1dd137496c.pdf>> Acesso em 06/02/2018.

⁵⁵⁶ Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2017**: ano-base 2016. Brasília: CNJ, 2017. p. 182. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/12/b60a659e5d5cb79337945c1dd137496c.pdf>> Acesso em 06 fev. 2018.

⁵⁵⁷ HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass. **El costo de los derechos**: por qué la libertad depende de

Afinal, mesmo que a orientação política de uma Sociedade seja liberal, é necessário dizer que o próprio mercado depende dos governos para que se mantenha minimamente o respeito à lei, especialmente no que diz respeito ao cumprimento de contratos⁵⁵⁸.

Nesse viés, qualquer esforço para a otimização e ou redução de tais gastos com o Poder Judiciário⁵⁵⁹ é mais do que bem-vinda, pois é sabido que em um ambiente de recursos escassos, como é o caso da gestão da coisa pública no Brasil, a demanda por eficiência nunca foi tão grande.

Ainda sobre a aludida eficiência, cumpre trazer a lume a questão da eficácia do Poder Judiciário, ou seja, cumpre se perguntar se com a alocação de expressivos 1,4% do PIB nacional em 2016 o Judiciário conseguiu cumprir sua missão constitucional com a tão perseguida eficiência.

Pois bem, como parece ser intuitivo para a maioria dos operadores do direito, um dos principais problemas do Judiciário brasileiro parece ser a demora na entrega da prestação jurisdicional, pois esta é uma reclamação recorrente da Sociedade em geral.

Conforme pesquisa realizada pela Universidade de São Paulo – USP, por encomenda do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), “as estatísticas descritivas sobre o funcionamento do Judiciário brasileiro variam bastante, mas há ampla concordância a respeito da demora na solução judicial dos processos, que é apontada como principal problema.”⁵⁶⁰

los impuestos. 1.ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011, p. 97.

⁵⁵⁸ HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass. **El costo de los derechos**: por qué la libertad depende de los impuestos. 1.ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011, p. 97.

⁵⁵⁹ “Os diagnósticos divulgados nos últimos anos vêm revelando que os principais desafios a serem enfrentados dizem respeito aos seguintes aspectos: morosidade; alto número de processos em estoque; alto custo da tramitação processual; e baixo índice de processos sentenciados a tempo de resolver efetivamente o conflito (SANTOS, 2005; HAMMERGREN, 2007; CAMPOS, 2008; CNJ, 2010). Sinteticamente, estas questões se inscrevem no quadro geral de baixa efetividade do Poder Judiciário.” (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Conselho Nacional de Justiça. **Custo Unitário do Processo de Execução Fiscal na Justiça Federal**. Relatório de Pesquisa. IPEA, 2011. p. 08. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/887/1/livro_custounitario.pdf> Acesso em 09/02/2018.)

⁵⁶⁰ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque. AZEVEDO,

A pergunta que fica, então, é: quais seriam os motivos para que a prestação jurisdicional seja tão demorada, como apontam muitos dos usuários do sistema judiciário pátrio?

A primeira hipótese que se poderia levantar é que o Brasil investiu pouco no seu sistema judicial, ou seja, que 1,4 do PIB nacional em 2016 seria uma verba ainda muito modesta para fazer frente às demandas postas sob o crivo do Judiciário.

Todavia, a falta de recursos para o Poder Judiciário não parece ser o principal problema, pois segundo o CNJ, ao se comparar o investimento pátrio no Judiciário, com o investimento de outros países das américas em seus respectivos sistemas judiciais [países utilizados no comparativo: Costa Rica, Brasil, Panamá, Equador, Argentina e México] se tem que o Brasil “é o país que mais destina recursos ao Poder Judiciário [1,46%] entre os países considerados. A média calculada entre os países da Europa é 0,18% e o Brasil está mais de oito vezes acima desse valor.”⁵⁶¹.

Portanto, o montante de recursos aplicados na máquina judiciária brasileira está longe de ser considerado módico, pois a maioria dos países americanos e europeus investe bem menos que o Brasil em seus judiciários.

Outro fato que também poderia ser conjecturado, é o de que os magistrados brasileiros teriam uma baixa produtividade, o que contribuiria para a demora processual. Contudo, tal suspeita não procede, pois analisando os números do Poder Judiciário, se pode concluir que a magistratura brasileira tem elevados números de produtividade, pois como afirma o CNJ, o Judiciário Brasileiro tem a

Paulo Furquim de. **As inter-relações entre o processo administrativo e o judicial, sob a perspectiva da segurança jurídica do plano da concorrência econômica e da eficácia da regulação pública** (relatório final da pesquisa). Universidade de São Paulo – USP. 2009. p. 10. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relat_pesquisa_usp_edital1_2009.pdf> Acesso em 07/02/2018.

⁵⁶¹ Conselho Nacional de Justiça. **Estudo comparado sobre recursos, litigiosidade e produtividade**: a prestação jurisdicional no contexto internacional. Brasília. Nov. de 2011. p. 17. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/relat_estudo_comp_inter.pdf> Acesso em 08/02/2018.

“terceira maior produtividade quando comparado aos países da Europa.”⁵⁶²

Outra suposição que frequentemente é levantada, quando se debate a morosidade judicial, é de que o número de processos confiados a cada magistrado é muito elevado, o que acaba por desaguar na aludida morosidade.

Tal suspeita, ao contrário das anteriores, parece ter algum fundamento, já que, segundo o CNJ, a carga de trabalho dos magistrados brasileiros (número de processos por juiz), se comparada com países europeus, é a segunda maior⁵⁶³, conforme a seguinte tabela:

⁵⁶² Conselho Nacional de Justiça. **Estudo comparado sobre recursos, litigiosidade e produtividade**: a prestação jurisdicional no contexto internacional. Brasília. Nov. de 2011. p. 27. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/relat_estudo_comp_inter.pdf> Acesso em 08/02/2018.

⁵⁶³ Comparativo efetuado com dados de 2008. A carga de trabalho foi calculada pela seguinte fórmula: $CN+CP/TJ$ onde: CN= casos novos; CP= casos pendentes; TJ= número total de juízes.

Figura 8 - Processos por juiz no Brasil e em países da Europa – 2008

País	Carga de Trabalho
Dinamarca	8.483
Brasil	4.616
Áustria	2.151
Itália	1.989
Estônia	1.639
Macedônia	1.509
Espanha	1.333
Croácia	1.205
Malta	1.196
Portugal	1.186
Eslovênia	1.095
Polônia	941
França	825
Finlândia	787
Turquia	774
Montenegro	674
Andorra	643
Sérvia	638
Hungria	579
Romênia	561
Federação Russa	518
Bósnia e Herzegovina	501
Latvia	474
Eslováquia	438
República Tcheca	384
Holanda	347
Armênia	230
San Marino	219
Geórgia	209
Mônaco	161
Suíça	150
Albânia	104
Média	1.926

Fonte: Conselho Nacional de Justiça.⁵⁶⁴

Cabe destacar, por oportuno, que afora a Dinamarca que tem uma quantidade muito grande de processos por magistrado (e tal fato, em parte, se

⁵⁶⁴ Conselho Nacional de Justiça. **Estudo comparado sobre recursos, litigiosidade e produtividade:** a prestação jurisdicional no contexto internacional. Brasília. Nov. de 2011. p. 20. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/relat_estudo_comp_inter.pdf> Acesso em 08/02/2018.

explica pelas peculiaridades do sistema judiciário Dinamarquês⁵⁶⁵ e pelo tamanho do seu contingente populacional), o Brasil é o país do comparativo que tem mais processos por juiz (e olhe que tal número é mais do que o dobro do próximo colocado no comparativo), o que ajuda a explicar porque uma demanda acaba por demorar tanto para ser julgada no Brasil.

Segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, a procura pelo socorro judiciário é muito grande no Brasil, sobretudo após a promulgação da Constituição de 1988. O Instituto coloca que da referida constituinte, até 1990, entraram aproximadamente 5,5 milhões de novos processos, número este que quase quintuplicou em 2015, quando se chegou ao patamar de 27,3 milhões de novas demandas.⁵⁶⁶

Ainda segundo o IBGE, a demanda pelo Judiciário é grande, sobretudo se comparada com o contingente populacional brasileiro, pois em 2015, alcançou-se o número de 13.345 (treze mil trezentos e quarenta e cinco) novos processos por cem mil habitantes, “o equivalente a dizer que um a cada sete brasileiros ingressou com ação judicial em 2015”.⁵⁶⁷

Tal cenário, aparentemente, acena para um ambiente de amplo e fácil acesso à jurisdição institucionalizada pelo Poder Judiciário, mas tal dedução se mostra enganosa, eis que como apontam diversos estudos e pesquisas, o acesso à justiça no Brasil está centrado em poucos atores, os quais são tidos como os maiores litigantes do país.⁵⁶⁸

E dentre tais grandes litigantes, o maior de todos é o próprio

⁵⁶⁵ Para uma pesquisa sobre a estrutura e o funcionamento do judiciário na Dinamarca recomenda-se o site do Portal Europeu da Justiça: <https://e-justice.europa.eu/content_access_to_justice_in_environmental_matters-300-dk-pt.do?clang=en>

⁵⁶⁶ IBGE. Centro de Documentação e Disseminação de Informações. **Brasil em números. Brazil in figures**. Volume 25, 2017. Rio de Janeiro: IBGE, 2017. p. 445. Disponível em <httpsbiblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/2bn_2017_v25.pdf> Acesso em 07/02/2018.

⁵⁶⁷ IBGE. Centro de Documentação e Disseminação de Informações. **Brasil em números. Brazil in figures**. Volume 25, 2017. Rio de Janeiro: IBGE, 2017. p. 445. Disponível em <httpsbiblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/2bn_2017_v25.pdf> Acesso em 07/02/2018.

⁵⁶⁸ “No estudo do CNJ, o setor público, os bancos e as empresas de telefonia figuravam como parte em 35,5% dos processos novos.” (IBGE. Centro de Documentação e Disseminação de Informações. **Brasil em números. Brazil in figures**. Volume 25, 2017. Rio de Janeiro: IBGE, 2017. p. 445. Disponível em <httpsbiblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/2bn_2017_v25.pdf> Acesso em 07/02/2018).

Estado⁵⁶⁹, pois ele, nos seus mais variados níveis e esferas da administração, acaba por ser um litigante “nato”, uma vez que a judicialização de demandas se tornou algo corriqueiro por parte do Estado.

Além das ações aforadas pelo Estado, tem-se ainda, aquelas demandas em que o Estado é a parte passiva no litígio, fato este também recorrente Brasil afora, como se pode citar, à guisa de exemplo, a enxurrada de processos judiciais pugnando medicamentos contra o Estado, o elevado número de demandas contra o INSS pleiteando toda a sorte de benesses previdenciárias e, é claro, a grande quantidade de demandas impugnando a cobrança de tributos por parte do fisco.

Além do Estado ser um grande litigante, ele nem sempre utiliza o Judiciário com eficiência, pois “o Estado é o agente que mais comumente emprega a estratégia de entrar com ações e apelações, mesmo quando sabe que tem poucas chances de vitória”⁵⁷⁰, tal realidade, como é intuitivo, também contribui para o quadro de sobrecarga do Poder Judiciário, dado que segundo o Banco Mundial, o governo brasileiro “gera uma sobrecarga ao sistema e seu mau uso dos serviços judiciais é um dos principais causadores da crise do Judiciário.”⁵⁷¹

Sobre o tema, o CNJ elaborou uma relação com os dez maiores litigantes do ano de 2011, tanto na Justiça Federal, quanto no Judiciário estadual brasileiro:

⁵⁶⁹ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque. AZEVEDO, Paulo Furquim de. **As inter-relações entre o processo administrativo e o judicial, sob a perspectiva da segurança jurídica do plano da concorrência econômica e da eficácia da regulação pública** (relatório final da pesquisa). Universidade de São Paulo – USP. 2009. p. 21. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relat_pesquisa_usp_edital1_2009.pdf> Acesso em 07/02/2018.

⁵⁷⁰ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque. AZEVEDO, Paulo Furquim de. **As inter-relações entre o processo administrativo e o judicial, sob a perspectiva da segurança jurídica do plano da concorrência econômica e da eficácia da regulação pública** (relatório final da pesquisa). Universidade de São Paulo – USP. 2009. p. 21. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relat_pesquisa_usp_edital1_2009.pdf> Acesso em 07/02/2018.

⁵⁷¹ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque. AZEVEDO, Paulo Furquim de. **As inter-relações entre o processo administrativo e o judicial, sob a perspectiva da segurança jurídica do plano da concorrência econômica e da eficácia da regulação pública** (relatório final da pesquisa). Universidade de São Paulo – USP. 2009. p. 22. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relat_pesquisa_usp_edital1_2009.pdf> Acesso em 07/02/2018.

Figura 9 - Listagem dos dez maiores setores contendo o percentual de processos em relação ao total ingressado entre 1º de janeiro e 31 de outubro de 2011 por Justiça

Ordem	Setores dos Cem Maiores Litigantes					
	Total		Justiça Estadual		Justiça Federal	
1	SETOR PÚBLICO FEDERAL	12,14%	BANCOS	12,95%	SETOR PÚBLICO FEDERAL	83,19%
2	BANCOS	10,88%	SETOR PÚBLICO MUNICIPAL	9,25%	BANCOS	9,60%
3	SETOR PÚBLICO MUNICIPAL	6,88%	SETOR PÚBLICO ESTADUAL	4,85%	CONSELHOS PROFISSIONAIS	2,76%
4	SETOR PÚBLICO ESTADUAL	3,75%	SETOR PÚBLICO FEDERAL	3,11%	SETOR PÚBLICO ESTADUAL	0,56%
5	TELEFONIA	1,84%	TELEFONIA	2,38%	OAB	0,41%
6	COMÉRCIO	0,81%	SEGUROS / PREVIDÊNCIA	0,93%	SETOR PÚBLICO MUNICIPAL	0,14%
7	SEGUROS / PREVIDÊNCIA	0,74%	COMÉRCIO	0,92%	SEGUROS / PREVIDÊNCIA	0,06%
8	INDÚSTRIA	0,63%	INDÚSTRIA	0,44%	OUTROS	0,06%
9	SERVIÇOS	0,53%	SERVIÇOS	0,42%	EDUCAÇÃO	0,04%
10	CONSELHOS PROFISSIONAIS	0,32%	TRANSPORTE	0,18%	SERVIÇOS	0,02%

Elaboração: Departamento de Pesquisas Judiciárias/ CNJ.

Fonte: Conselho Nacional de Justiça.⁵⁷²

Tal *ranking* apenas reafirma o que foi dito precedentemente, pois o Estado (setor público federal, estadual e municipal) é o maior “cliente” do Poder Judiciário, eis que em 2011 ele concentrou 22,77% (vinte e dois vírgula setenta e sete por cento) de todas as demandas judiciais interpostas no país. A fazenda nacional, na órbita da Justiça Federal em 2011, foi responsável por 12,89% (doze vírgula oitenta e nove por cento) de todas as demandas aforadas naquele ano.⁵⁷³

Segundo aponta o CNJ, as matérias mais demandadas no ano de 2016 no Judiciário brasileiro (1º e 2º graus de jurisdição), na Justiça Federal e estadual, são as seguintes:

⁵⁷² Conselho Nacional de Justiça. **100 maiores litigantes**. Brasília: CNJ, 2012. p. 08. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/100_maiores_litigantes.pdf> Acesso em 05/02/2018.

⁵⁷³ Conselho Nacional de Justiça. **100 maiores litigantes**. Brasília: CNJ, 2012. p. 15. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/100_maiores_litigantes.pdf> Acesso em 05/02/2018.

Figura 10 - Assuntos mais demandados

Federal	1. DIREITO PREVIDENCIÁRIO–Benefícios em Espécie/Auxílio–Doença Previdenciário	612.613 (1,21%)
	2. DIREITO TRIBUTÁRIO–Dívida Ativa	489.280 (0,96%)
	3. DIREITO PREVIDENCIÁRIO–Benefícios em Espécie/Aposentadoria por Invalidez	395.635 (0,78%)
	4. DIREITO ADMIN. E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO–/FGTS/Fundo de Garantia por Tempo de Serviço	261.726 (0,51%)
	5. DIREITO TRIBUTÁRIO–Contribuições/Contribuições Sociais	251.402 (0,49%)
Estadual	1. DIREITO CIVIL–Obrigações/Espécies de Contratos	1.944.996 (3,83%)
	2. DIREITO DO CONSUMIDOR–Responsabilidade do Fornecedor/Indenização por Dano Moral	1.760.905 (3,46%)
	3. DIREITO TRIBUTÁRIO–Dívida Ativa	1.151.179 (2,27%)
	4. DIREITO CIVIL–Responsabilidade Civil/Indenização por Dano Moral	1.001.889 (1,97%)
	5. DIREITO CIVIL–Família/Alimentos	853.049 (1,68%)

Fonte: Conselho Nacional de Justiça.⁵⁷⁴

Os temas mais recorrentes, quando se considera apenas o primeiro grau de jurisdição da Justiça Federal e estadual, por sua vez, são estes:

Figura 11 - Assuntos mais demandados no 1º grau (varas)

Federal	1. DIREITO TRIBUTÁRIO–Dívida Ativa	446.695 (1,42%)
	2. DIREITO TRIBUTÁRIO–Contribuições/Contribuições Sociais	214.272 (0,68%)
	3. DIREITO TRIBUTÁRIO–Contribuições/Contribuições Corporativas	124.961 (0,40%)
	4. DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DO TRABALHO–Objetos de cartas precatórias/de ordem	88.554 (0,28%)
	5. DIREITO TRIBUTÁRIO–Impostos/IRPJ/Imposto de Renda de Pessoa Jurídica	87.398 (0,28%)
Estadual	1. DIREITO TRIBUTÁRIO–Dívida Ativa	1.103.625 (3,50%)
	2. DIREITO CIVIL–Obrigações/Espécies de Contratos	1.000.549 (3,18%)
	3. DIREITO CIVIL–Família/Alimentos	768.224 (2,44%)
	4. DIREITO TRIBUTÁRIO–Impostos/IPTU/Imposto Predial e Territorial Urbano	451.617 (1,43%)
	5. DIREITO CIVIL–Família/Casamento	419.068 (1,33%)

Fonte: Conselho Nacional de Justiça.⁵⁷⁵

De ambas as tabelas, se pode denotar que o volume de demandas ligadas à área tributária que são frequentemente judicializadas é bem

⁵⁷⁴ Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números 2017**: ano-base 2016. Brasília: CNJ, 2017. p. 168. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/12/b60a659e5d5cb79337945c1dd137496c.pdf>> Acesso em 06/02/2018.

⁵⁷⁵ Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números 2017**: ano-base 2016. Brasília: CNJ, 2017. p. 169. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/12/b60a659e5d5cb79337945c1dd137496c.pdf>> Acesso em 06/02/2018.

significativo, tanto na Justiça Federal quanto na Justiça Estadual, de maneira que iniciativas ou reflexões para mitigar o número de demandas na esfera tributária são necessárias.

Ainda nessa linha, se considerados todos os órgãos do Poder Judiciário, as demandas na área tributária continuam a ocupar um lugar de destaque no *ranking* das matérias mais rotineiras no Judiciário brasileiro:

Figura 12 - Assuntos mais recorrentes no Poder Judiciário



Fonte: Conselho Nacional de Justiça.⁵⁷⁶

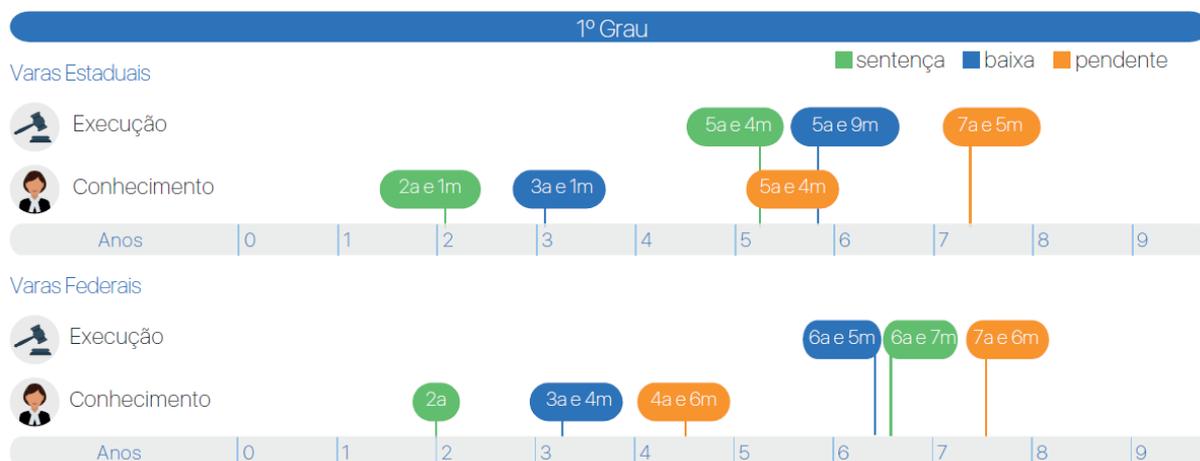
Dessa forma, no que toca então ao objeto da presente pesquisa, há de se indagar se tais demandas tributárias tem uma duração razoável no Judiciário pátrio e, sobretudo, se tais demandas são, ou não, eficazes.

⁵⁷⁶ Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números 2016 - Infográficos**: ano-base 2015. Brasília: CNJ, 2017. p. 21. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/05/4c12ea9e44c05e1f766230c0115d3e14.pdf>> Acesso em 06/02/2018.

No que toca a duração dos processos na área tributária, se denota que eles, a exemplo de outros tipos de processos, também apresentam demora excessiva, tanto na Justiça Federal, quanto na Estadual. Segundo o CNJ, em 2011 a média de tempo de tramitação, para que uma execução fiscal fosse julgada na Justiça Federal, era de oito anos, dois meses e nove dias.⁵⁷⁷

Ainda de acordo com o CNJ, em 2016 um processo de conhecimento levava em média cinco anos e quatro meses na Justiça Federal e quatro anos e seis meses na Justiça Estadual, enquanto os feitos de execução levavam sete anos e cinco meses na esfera federal e sete anos e seis meses no Judiciário estadual⁵⁷⁸:

Figura 13 - Diagrama do tempo de tramitação do processo



Fonte: Conselho Nacional de Justiça.⁵⁷⁹

Especificamente quanto ao tempo médio de tramitação de uma execução

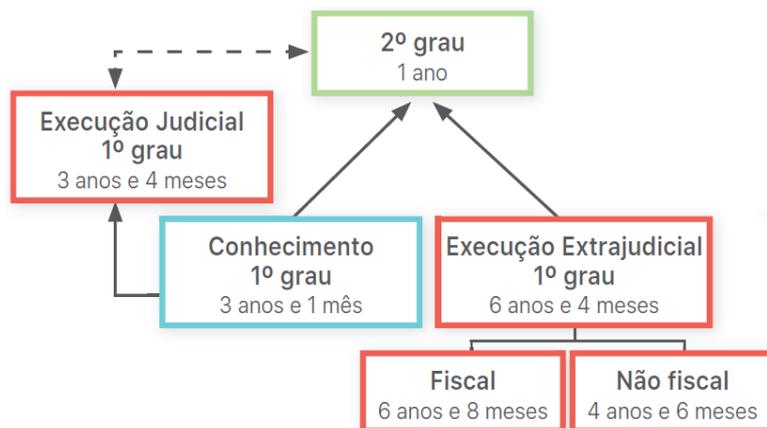
⁵⁷⁷ Conselho Nacional de Justiça. **A execução fiscal no Brasil e o impacto no Judiciário**. Brasília: CNJ, 2011. p. 13. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/2d53f36cdc1e27513af9868de9d072dd.pdf>> Acesso em 05/02/2017.

⁵⁷⁸ As execuções penais foram excluídas do cálculo.

⁵⁷⁹ Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números 2017**: ano-base 2016. Brasília: CNJ, 2017. p. 132. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/12/b60a659e5d5cb79337945c1dd137496c.pdf>> Acesso em 06/02/2018.

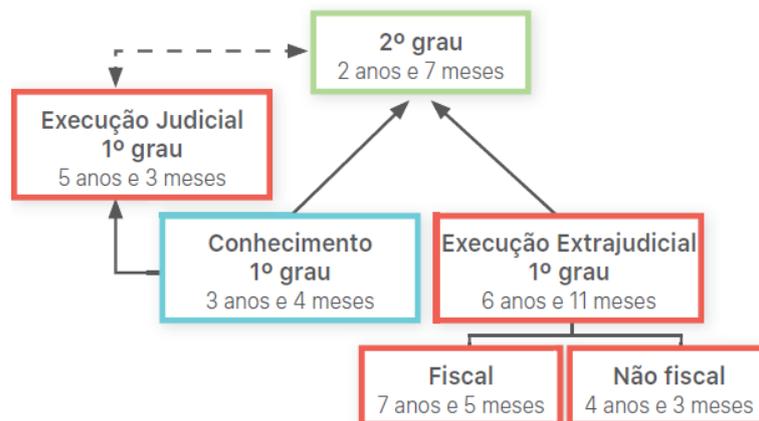
fiscal, estimou o CNJ quem em 2016 ela foi de seis anos e oito meses na Justiça Estadual e de sete anos e cinco meses na Justiça Federal:

Figura 14 - Tempo médio do processo baixado na Justiça Estadual



Fonte: Conselho Nacional de Justiça.⁵⁸⁰

Figura 15 - Tempo médio do processo baixado na Justiça Federal



Fonte: Conselho Nacional de Justiça.⁵⁸¹

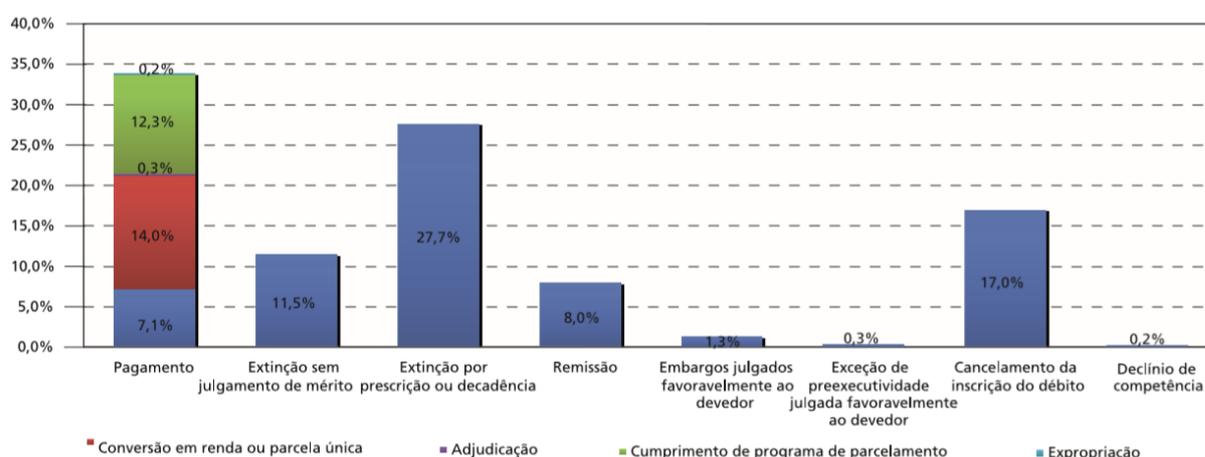
⁵⁸⁰ Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números 2017**: ano-base 2016. Brasília: CNJ, 2017. p. 41. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/12/b60a659e5d5cb79337945c1dd137496c.pdf>> Acesso em 06/02/2018.

⁵⁸¹ Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números 2017**: ano-base 2016. Brasília: CNJ, 2017. p. 45. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/12/b60a659e5d5cb79337945c1dd137496c.pdf>> Acesso em 06/02/2018.

Portanto, as demandas tributárias, em especial o executivo fiscal, se apresentam como uma via excessivamente demorada, o que consequentemente frustra não só as pretensões de muitos contribuintes que veem suas pretensões eternizadas, mas, sobretudo, malogra a arrecadação estatal, que em razão da assinalada demora, acaba por receber o que lhe é devido muitos anos depois, ou o que é pior, as vezes o Estado acaba por nada receber, pois em razão dos longos anos de tramitação processual, muitas vezes os devedores não são mais encontrados, ou o patrimônio dos devedores acaba por se dilapidar nesse ínterim, dentre outros percalços que o fluir do tempo acarreta às pretensões dos litigantes.

Tal fato se corrobora quando se analisa a eficácia do executivo fiscal no Judiciário pátrio. Veja-se que segundo o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), em 2011 foram extintos por prescrição ou decadência 27,7% (vinte e sete vírgula sete por cento) das execuções fiscais, o que denota um claro sinal de que a via judicial para a execução do crédito tributário não se mostra benfazeja, nem para o Estado, nem para o contribuinte:

Figura 16 – Distribuição dos processos de execução fiscal segundo o motivo de baixa



Fonte: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada.⁵⁸²

⁵⁸² Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Conselho Nacional de Justiça. **Custo unitário do processo de execução fiscal na justiça federal**. Relatório de pesquisa. IPEA, 2011. p. 20. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/887/1/livro_custounitario.pdf> Acesso em 05/02/2018.

Tal fato se mostra preocupante, não só pelos inúmeros prejuízos que a simples demora na resolução dos feitos causa, mas também pelo fato de que o processo de execução (como qualquer outro) tem um custo financeiro, o qual em grande medida acaba sendo desperdiçado, pois como visto, uma parcela expressiva das pretensões fiscais do Estado acaba por se tornar inútil, face ao excessivo lapso temporal do procedimento judicial.

Para se ter uma ideia do desperdício, basta dizer que em 2011 o CNJ calculou o custo médio do processo de execução fiscal na Justiça Federal de primeiro grau⁵⁸³, como sendo R\$ 4.368,00 (quatro mil, trezentos e sessenta e oito reais). E isso sem se computar as despesas com processamento de recursos e de embargos, o que aumentaria tal cifra para o valor de R\$ 4.685,39 (quatro mil, seiscentos e oitenta e cinco reais e trinta e nove centavos).⁵⁸⁴

Desta maneira, tem-se então um odioso círculo vicioso, pois como o contencioso judicial é caro, demorado e pouco efetivo, o Estado precisa aumentar cada vez mais a já alta carga tributária⁵⁸⁵. Tal aumento, por sua vez, gera ainda mais contestações judiciais por parte do contribuinte e ainda mais inadimplência, o que por via de consequência contribui para aumentar o inchaço da

⁵⁸³ Conselho Nacional de Justiça. **A execução fiscal no Brasil e o impacto no Judiciário**. Brasília: CNJ, 2011. p. 13. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/2d53f36cdc1e27513af9868de9d072dd.pdf>> Acesso em 05/02/2017.

⁵⁸⁴ “Quanto a este número, é importante lembrar que o custo médio total provável dos embargos e recursos é de apenas R\$ 317,39 em virtude da baixa frequência com a qual estes ocorrem no PEFM. Pela técnica da carga de trabalho ponderada, o custo médio total provável de um embargo é de R\$ 2.474,28. Entretanto, como cada processo de execução fiscal médio conta com apenas 0,07 embargo, seu peso relativo no PEFM é de apenas R\$ 173,20.” (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Conselho Nacional de Justiça. **Custo unitário do processo de execução fiscal na justiça federal**. Relatório de pesquisa. IPEA, 2011p. 26. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/887/1/livro_custounitario.pdf> Acesso em 05/02/2018).

⁵⁸⁵ Além disso tudo, é também conveniente chamar a atenção para uma outra realidade que a demora judicial acaba gerando, que é o afastamento de litigantes com direitos legítimos do judiciário e a atração para o contencioso judicial de litigantes frívolos, como denuncia Ivo Teixeira Gico Junior: “Assim, a sobreutilização do Judiciário pode ter um aspecto ainda mais pernicioso do que simplesmente uma distância muito grande entre pedir e receber, a morosidade pode constituir um mecanismo de seleção adversa em que detentores legítimos de direitos são afastados do Judiciário, enquanto agentes não detentores de direitos são atraídos justamente por causa da morosidade judicial para postergar o adimplemento.” (GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. **A tragédia do Judiciário**: Subinvestimento em capital jurídico e sobreutilização do Judiciário. p. 123. Tese (Doutorado em Economia Política) – Programa de Pós-Graduação em Economia, Departamento de Economia, Universidade de Brasília – UnB, Brasília, 2012).

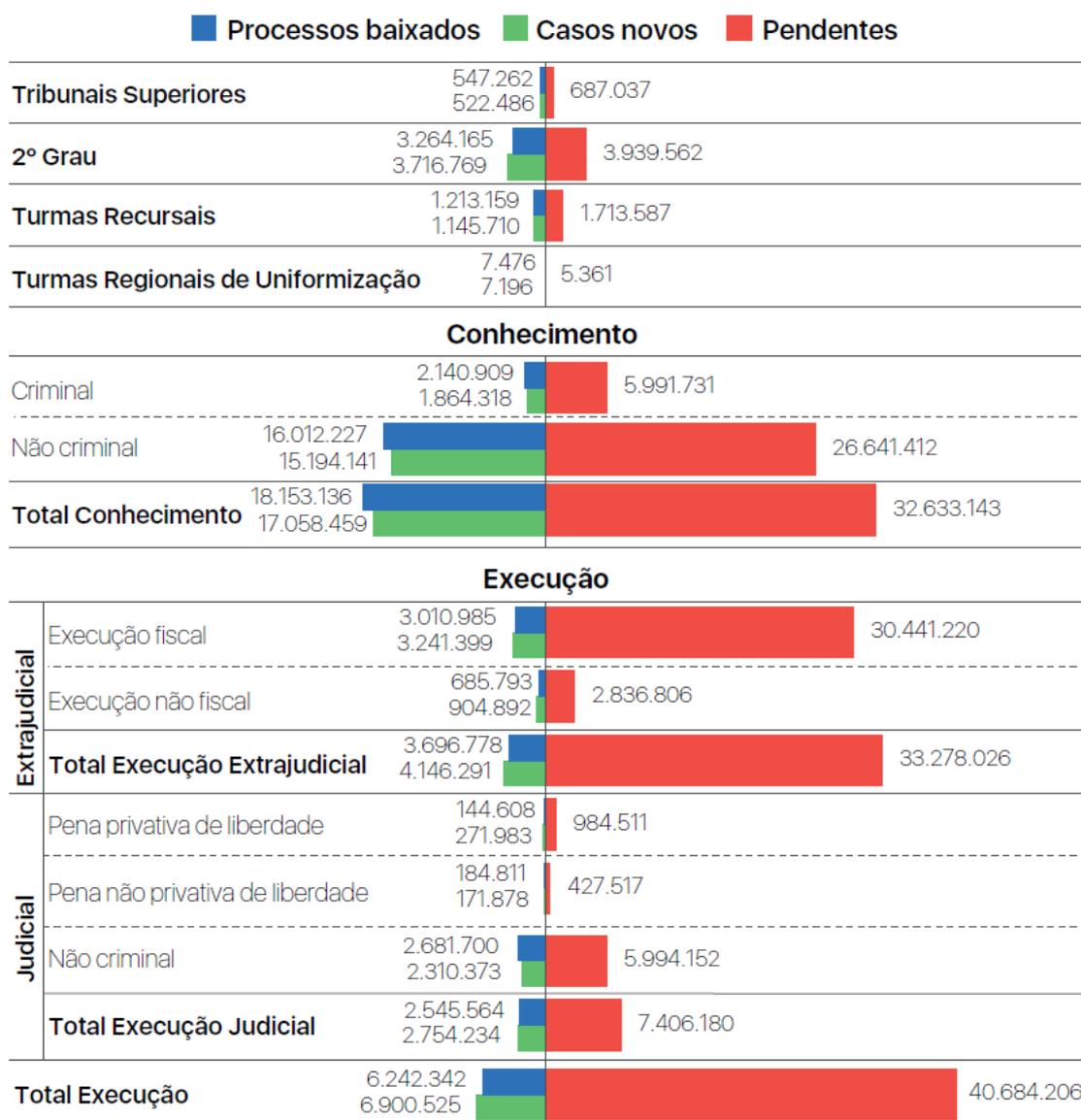
máquina judiciária, gerando mais e mais ineficiência.⁵⁸⁶

Este fato pode ser vislumbrado pela elevada taxa de congestionamento⁵⁸⁷ dos processos de execução fiscal, ou seja, pelo alto percentual de processos fiscais pendentes de julgamento no Judiciário pátrio, conforme denotou o CNJ no ano de 2017:

⁵⁸⁶ GIORGI JÚNIOR, Romulo Ponticelli. A duplicidade de instâncias (administrativa e judiciária) no Brasil. In SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. et al. **Inter-relações entre o processo administrativo e o judicial (em matéria fiscal) a partir da identificação de contenciosos cuja solução deveria ser tentada previamente na esfera administrativa.** (relatório final) Volume II. Porto Alegre. Dez. 2010/Jan. 2011. p. 31. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relat_pesquisa_ufrgs_edital1_2009.pdf> Acesso em 07/02/2018.

⁵⁸⁷ “A taxa de congestionamento é a medida utilizada para aferir, em determinado ano, o percentual dos processos em tramitação que ainda não foram definitivamente julgados. Trata-se de um indicador de efetividade, uma vez que mensura a capacidade de dar vazão aos processos em determinado período e em que medida isso se reflete no congestionamento e, por conseguinte, na morosidade dos Judiciários em questão.” (Conselho Nacional de Justiça. **Estudo comparado sobre recursos, litigiosidade e produtividade:** a prestação jurisdicional no contexto internacional. Brasília. Nov. de 2011. p. 23. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/relat_estudo_comp_inter.pdf> Acesso em 08/02/2018).

Figura 17 - Dados processuais do Poder Judiciário



Fonte: Conselho Nacional de Justiça.⁵⁸⁸

Vale citar, também, que em pesquisa de opinião organizada por professores da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, sob o patrocínio do CNJ, onde vários operadores do direito (magistrados, serventuários, advogados, etc.) foram entrevistados, apurou-se que a percepção

⁵⁸⁸ Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números 2017**: ano-base 2016. Brasília: CNJ, 2017. p. 110. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/12/b60a659e5d5cb79337945c1dd137496c.pdf>> Acesso em 06/02/2018.

quanto à duração do processo judicial federal (tempo médio) é consideravelmente preocupante, pois “55,9% dos respondentes discordam que o tempo dos processos judiciais federais seja razoável, sendo que 37,5% (trinta e sete vírgula cinco por cento) discordam fortemente; e somente 4,4% (quatro vírgula quatro por cento) concordam totalmente que o tempo seja razoável.”⁵⁸⁹

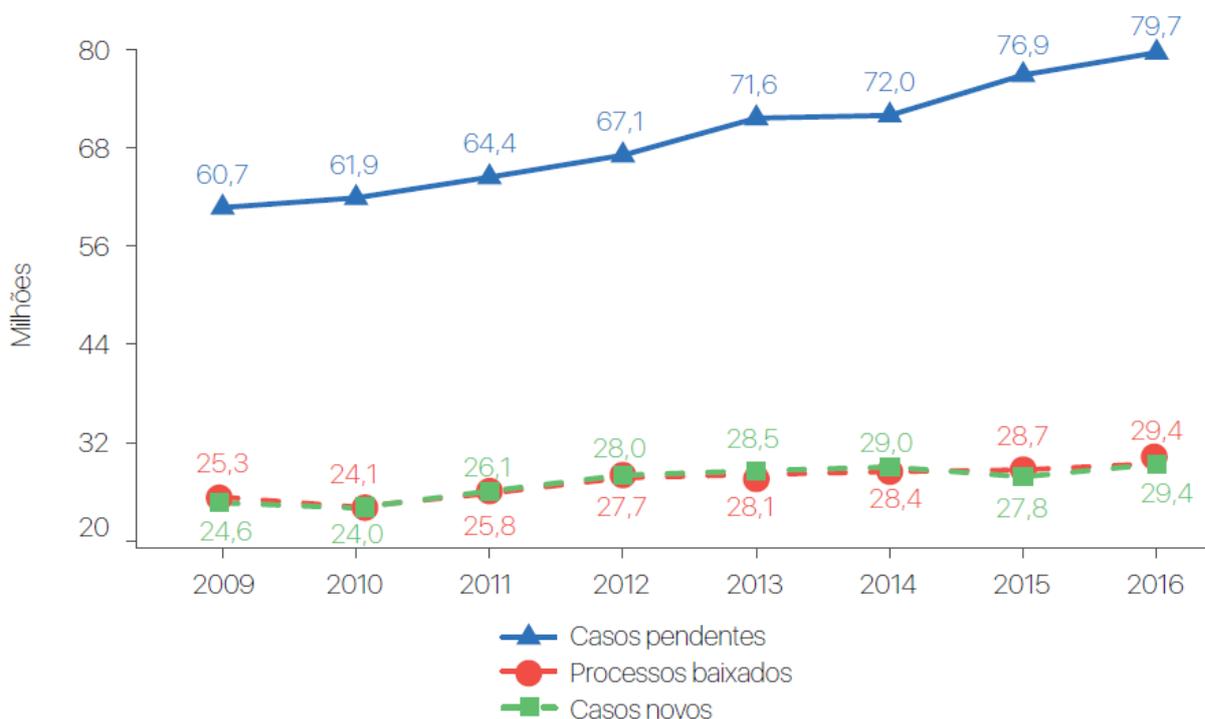
Segundo o CNJ, os executivos fiscais totalizam cerca de 75% (setenta e cinco por cento) das execuções que tramitam no Judiciário brasileiro, sendo que as execuções fiscais representam em torno de 38% (trinta e oito por cento) de todos os processos pendentes de julgamento no Judiciário pátrio. “Os processos dessa classe apresentam alta taxa de congestionamento, 91% (noventa e um por cento), ou seja, de cada cem processos de execução fiscal que tramitaram no ano de 2016, apenas 9 foram baixados.”⁵⁹⁰

Esse é um fenômeno que infelizmente não é novo, pois a série histórica evidencia um aumento gradativo na quantidade de procedimentos de execução fiscal, ano a ano, desde 2009:

⁵⁸⁹ SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. et al. **Inter-relações entre o processo administrativo e o judicial (em matéria fiscal) a partir da identificação de contenciosos cuja solução deveria ser tentada previamente na esfera administrativa.** (relatório final). Volume I. Porto Alegre. Dez. 2010/Jan. 2011. p. 73. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relat_pesquisa_ufrgs_edital1_2009.pdf> Acesso em 07/02/2018.

⁵⁹⁰ Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números 2017:** ano-base 2016. Brasília: CNJ, 2017. p. 113. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/12/b60a659e5d5cb79337945c1dd137496c.pdf>> Acesso em 06/02/2018.

Figura 18 – Série histórica da movimentação processual



Fonte: Conselho Nacional de Justiça.⁵⁹¹

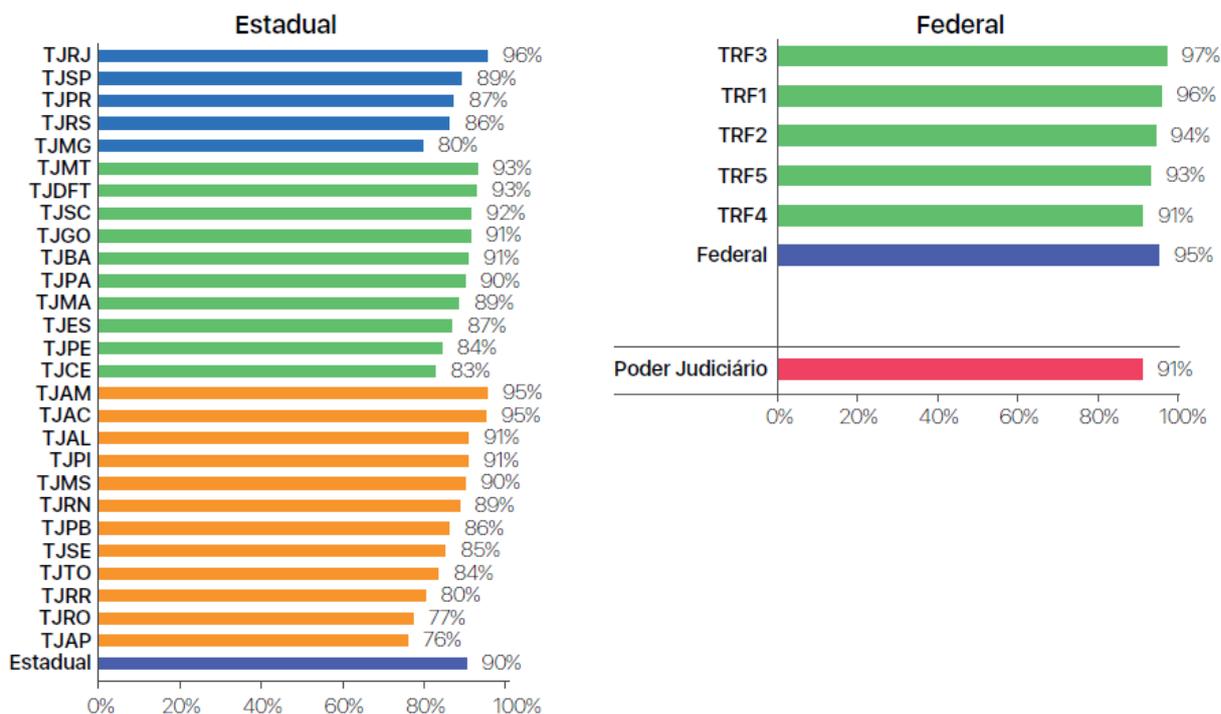
Da aludida série histórica, se vislumbra que o número de processos novos praticamente se equivale ao número de processos baixados, todavia, não se pode dizer com isso que o Poder Judiciário consegue atender a sua demanda, pois muito embora o Judiciário pátrio esteja conseguindo julgar um número de processos igual ao número de processos novos no ano (2016), tal score não é suficiente para dar conta da demanda de julgamentos represados (taxa de congestionamento), a qual, como se viu, tem aumentado ano a ano.⁵⁹²

⁵⁹¹ Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números 2017**: ano-base 2016. Brasília: CNJ, 2017. p. 68. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/12/b60a659e5d5cb79337945c1dd137496c.pdf>> Acesso em 06/02/2018.

⁵⁹² “Durante o ano de 2016, ingressaram 29,4 milhões de processos e foram baixados 29,4 milhões. Um crescimento em relação ao ano anterior na ordem de 5,6% e 2,7%, respectivamente. Mesmo tendo baixado praticamente o mesmo quantitativo ingressado, com Índice de Atendimento à Demanda na ordem de 100,3%, o estoque de processos cresceu em 2,7 milhões, ou seja, em 3,6%, e chegou ao final do ano de 2016 com 79,7 milhões de processos em tramitação aguardando alguma solução definitiva.” (Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números 2017**: ano-base 2016. Brasília: CNJ, 2017. p. 67. Disponível em:

Vale sublinhar, também, que a mencionada alta taxa de congestionamento nos feitos de execução fiscal é um padrão que se repete em todos os tribunais, seja na esfera federal, seja na órbita do executivo fiscal federal, como se pode vislumbrar da tabela infra, que evidencia tal taxa de congestionamento (de execuções fiscais) nos diferentes tribunais do país no ano de 2016:

Figura 19 – Taxa de congestionamento na execução fiscal



Fonte: Conselho Nacional de Justiça.⁵⁹³

Tal quadro de permanente demanda represada, onde a cada ano o número de processos pendentes de julgamento cresce, gera também um outro efeito deletério, que é o *stress* impingido sobre todos os envolvidos no

<<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/12/b60a659e5d5cb79337945c1dd137496c.pdf>> Acesso em 06/02/2018).

⁵⁹³ Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números 2017**: ano-base 2016. Brasília: CNJ, 2017. p. 116. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/12/b60a659e5d5cb79337945c1dd137496c.pdf>> Acesso em 06/02/2018.

processamento das demandas judiciais, vez que para tentar mitigar os efeitos da crescente demanda processual, e para dar conta das igualmente crescentes metas de produtividade, muitas vezes estes profissionais acabam por laborar por mais tempo que a jornada regular de trabalho, o que causa efeitos nocivos sobre os servidores da justiça.

Quanto à sobrecarga de trabalho que acaba por assoberbar todos os trabalhadores do Poder Judiciário, vale sublinhar que segundo o CNJ, somente 20,5% (vinte vírgula cinco por cento) dos magistrados que compõe a Justiça Federal da Quarta Região (TRF4) acreditam que o volume de trabalho permite que as tarefas sejam concluídas na jornada de trabalho regular.⁵⁹⁴

Enquanto isso, no âmbito do judiciário estadual, tal panorama é ainda mais desanimador, pois, por exemplo, na opinião dos juízes que compõe o Judiciário estadual catarinense (TJSC), apenas 12% (doze por cento) crê que a jornada regular de trabalho é suficiente para dar cabo do volume de trabalho.⁵⁹⁵

Desta forma, resta demonstrado, então, que o Judiciário não consegue dar conta de solucionar as demandas judiciais na área tributária (em especial o executivo fiscal) de uma forma efetiva e rápida.⁵⁹⁶

E dentre as possíveis soluções para se tentar minimizar esse quadro desanimador, a presente pesquisa aposta que o contencioso administrativo tributário pode ser uma ferramenta importante para aumentar a eficiência nas contendas envolvendo o fisco e o contribuinte, a partir dos ensinamentos da Análise

⁵⁹⁴ Conselho Nacional de Justiça. **Censo do Poder Judiciário 2013**: Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Brasília: CNJ, 2014. p. 02. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/07/7dc0160a26c531966bd02cc578363b8b.pdf>> Acesso em 07/02/2018.

⁵⁹⁵ Conselho Nacional de Justiça. **Censo do Poder Judiciário 2013**: Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Brasília: CNJ, 2014. p. 02. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/07/035e50e5be2530eb4d83584189f661bb.pdf>> Acesso em 07/02/2018.

⁵⁹⁶ “A cada ano, a publicação do Relatório Justiça em Números destaca o impacto negativo gerado pela fase de execução nos dados de litigiosidade do Poder Judiciário brasileiro, que acumula alto volume processual e alta taxa de congestionamento. Esse volume dificulta a efetivação da tutela jurisdicional.” (Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números 2017**: ano-base 2016. Brasília: CNJ, 2017. p. 109. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/12/b60a659e5d5cb79337945c1dd137496c.pdf>> Acesso em 06/02/2018).

Econômica do Direito (AED), na medida em que os tribunais administrativos tributários – se otimizados – poderiam resolver algumas dessas lides, evitando assim, que elas deságuem no Judiciário.

4.2 FUNDAMENTOS DE UMA TEORIA DO DIREITO: A PROPOSTA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

A Análise Econômica do Direito (AED), também conhecida como *Law and Economics*, é a interdisciplinaridade das ciências jurídica e econômica⁵⁹⁷, cuja proposta reside na análise do direito sob a ótica econômica e de outros ramos do conhecimento⁵⁹⁸, com intuito de solucionar os problemas existentes na Sociedade ao possibilitar uma maior compreensão dos fatos envoltos⁵⁹⁹. Esta teoria, em curto período histórico, tornou-se um movimento reconhecido internacionalmente, tendo como seu principal difusor o jurista Richard Posner.

Afinal, com a hegemonia das doutrinas capitalistas em detrimento de modelos socialistas, a ciência econômica ganhou um grande relevo, na medida em que num ambiente de recursos escassos nunca foi tão importante

⁵⁹⁷ “*El análisis económico del derecho pretende relacionar a la economía y al Derecho como un modo de abordar interdisciplinariamente fenómenos sociales determinados.*” (CASTILLO, Víctor Malpartida. **Introducción al derecho económico**. Análisis económico del derecho y derecho al desarrollo. Lima, Editorial San Marcos EIRL. 1996, p. 51). Tradução livre do autor: "A análise econômica do direito visa relacionar-se com a economia e o direito como uma maneira de abordar certos fenômenos sociais interdisciplinarmente".

⁵⁹⁸ “*El AED abrió un espacio interdisciplinario para el debate entre economía y derecho, donde un abogado podía empezar a considerar las leyes como incentivos para modificar el comportamiento (precios implícitos) y como instrumentos de políticas públicas (eficiencia y distribución), y los economistas podían empezar a absorber teorías jurídicas, como la de la volición en materia contractual*” (LAMPREIA, Everaldo. Derechos fundamentales y consecuencias económicas. **Revista de Economía Institucional**, vol. 8, n. 14, Bogotá, p. 77-103. 2006, p. 89). Tradução livre do autor: "A AED abriu um espaço interdisciplinar para o debate entre economia e direito, onde um advogado poderia começar a considerar as leis como incentivos para modificar o comportamento (preços implícitos) e como instrumentos de política pública (eficiência e distribuição) e economistas começar a absorver teorias legais, como a volição em questões contratuais "

⁵⁹⁹ HEINEN, Luana Renostro. A Análise Econômica do Direito de Richard Posner e os pressupostos irrealistas da economia neoclássica. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 38, out. 2010, p. 03.

alocá-los corretamente a fim de obter-se o maior retorno possível⁶⁰⁰.

Tal lógica, inicialmente afeta somente a seara econômica propriamente dita, paulatinamente quebrou fronteiras e passou a permear outras áreas, a fim de que o paradigma da eficiência passasse a ser a bússola indutora dos esforços humanos não só na economia, mas também na política, na filosofia e também no direito⁶⁰¹.

No Direito, tal vertente restou denominada de Análise Econômica do Direito (AED), ou “*law and economics*” para usar o termo cunhado pelos norte-americanos.

Embora alguns autores especulem que a AED tenha origem no séc. XVIII, com a doutrina econômica de Adam Smith e posteriormente com a sua combinação com as teses utilitaristas de Jeremy Bentham, é fato que ela somente se robusteceu a partir da segunda metade do século passado, “através de três obras clássicas: *The Economics of Discrimination* de G. Becker em 1957; *The Problem of Social Cost* de Ronald Coase em 1960⁶⁰²; e, por fim, *Some Thoughts on Risk*

⁶⁰⁰ “En los últimos años, el análisis económico se ha convertido en algo habitual en la teoría y práctica del derecho. Es fácil ver la afinidad natural que existe entre estas dos disciplinas: ambas comparten el objetivo de comprender las instituciones sociales. Ambas tienen, además, un importante componente normativo: tanto el derecho como la economía se ocupan no sólo de indagar cómo funcionan las instituciones sociales, sino también de cómo mejorar su funcionamiento” (VARIAN, Hal R. **Microeconomía intermedia**. Antoni Bosch. Barcelona, 1998, p. 21). Tradução livre do Autor: “Nos últimos anos, a análise econômica tornou-se comum na teoria e na prática do direito. É fácil ver a afinidade natural que existe entre essas duas disciplinas: ambas compartilham o objetivo de compreender as instituições sociais. Ambas têm, além disso, um importante componente normativo: tanto a lei quanto a economia se preocupam não apenas em investigar como as instituições sociais funcionam, mas também em como melhorar seu funcionamento”

⁶⁰¹ “*law and economics*” seria: “o mais influente movimento de pensamento jurídico no período do pós-Segunda Guerra mundial; nos Estados Unidos praticamente toda faculdade de Direito já leciona a disciplina de Direito e Economia e na Suprema Corte Americana pelo menos três ilustres membros se declararam adeptos do movimento. Ele também é percebido pelas nossas terras quando percebemos o crescimento exponencial dos trabalhos jurídicos na linha e do número cada vez maior de pesquisadores tratando sobre o tema. (SALAMA, Bruno. (Janeiro de 2008) O que é Direito e Economia? In: **Direito e Economia**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 55.)

⁶⁰² “Por supuesto, la base de la perspectiva del análisis económico del derecho y de la incorporación de las formas legales y las instituciones jurídicas a la ciencia económica está el revolucionario artículo de Coase publicado en 1960. Éste dio paso, como se señaló atrás, a un nuevo enfoque en el tratamiento tanto económico como jurídico del problema de las externalidades.” (BEJARANO, Jesús Antonio. El análisis económico del derecho: Comentarios sobre textos básicos. **Revista de economía institucional**, n. 1, novembro/1999, p. 161. Disponível em <<http://www.redalyc.org/html/419/41900110/>> Acesso em 14/02/2018). Tradução livre do autor: “É

Distribution and the Law of Torts de Guido Calabresi em 1961⁶⁰³, posto que tais obras estudavam comportamentos que não eram exclusivos de mercado.

A estes autores, deve-se acrescentar também a contribuição de Richard Posner, professor na Universidade de Chicago da Faculdade de Direito, um dos grandes estudiosos da AED atualmente.

Neste compasso, sem a pretensão de estudar a AED com total profundidade, e também sem a ambição de destacar os pontos convergentes e divergentes entre os autores anteriormente citados e outros tantos que se dedicam ao tema em análise, pode-se conceituar a economia como sendo a ciência que ao estudar o homem e a sua estrutura social, procura indicar como “empregar recursos produtivos de bens e serviços, de modo a distribuí-los entre várias pessoas e grupos da Sociedade, a fim de satisfazer as necessidades humanas.”⁶⁰⁴

Desta forma, se o Direito se ocupa de regular o comportamento do homem em Sociedade e a economia de estudar como o homem toma suas decisões em um ambiente de recursos escassos⁶⁰⁵, o imbrincamento de ambas as ciências, formando o que se convencionou chamar de Análise Econômica no Direito, tem por desiderato promover a avaliação do ordenamento jurídico e seus resultados, com a finalidade de nortear a elaboração de normas jurídicas mais eficientes:

A Análise Econômica do Direito (AED), portanto, é o campo do conhecimento humano que tem por objetivo empregar os

claro que a base da perspectiva da análise econômica do direito e da incorporação de formas jurídicas e instituições jurídicas na ciência econômica é o artigo revolucionário de Coase publicado em 1960. Este deu lugar, como observado acima, a uma nova abordagem no tratamento econômico e jurídico do problema das externalidades.”

⁶⁰³ AGUIAR, Bernardo Augusto Teixeira de. **A análise econômica do direito**: aspectos gerais. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVI, n. 110, mar 2013. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13019&revista_caderno=27>. Acesso em 02/01/2015.

⁶⁰⁴ VASCONCELLOS, Marco Antônio Sandoval de; GARCIA, Manuel E. **Fundamentos de economia**. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 02.

⁶⁰⁵ “O ponto de vista econômico pode ser o ponto de vista do custo e do benefício. O preço, ou o custo, e os benefícios esperados são legitimamente levados em conta para justificar e dar razão de ser (racionalidade) do juízo econômico. A economia pode dizer, portanto, o que custa e quanto custa, no curto, no médio, no longo prazo, para um agente, ou vários e assim por diante” (LOPES, José Reinaldo de Lima. Raciocínio Jurídico e Economia. **Revista de Direito Público da Economia**. Belo Horizonte, ano 2, n. 8, p. 1-256, out./dez. 2004, p. 140).

variados ferramentais teóricos e empíricos econômicos e das ciências afins para expandir a compreensão e o alcance do direito e aperfeiçoar o desenvolvimento, a aplicação e a avaliação de normas jurídicas, principalmente com relação às suas consequências.⁶⁰⁶

A AED propugna, então, a aplicação do ferramental da ciência econômica para entender e resolver questões jurídicas, de maneira a se antever a racionalidade (ou a falta dela) no ordenamento.

Sobre a obra de Posner, convém observar que ele escreve com base (e fundado) na *Common Law* norte-americana, de forma que é preciso se ter cuidado ao transportar suas ideias para o *Civil Law*. Há de se destacar, também, que sua obra contém descontinuidades em nível filosófico e metodológico, sendo talvez a mais célebre a que alude a utilização do seu critério de eficiência para a teoria jurídica⁶⁰⁷.

Posner, em seus escritos iniciais, tem por desiderato defender que os institutos da *Common Law* (norte-americana) foram responsáveis por promover incentivos à economia, promovendo assim um aumento da eficiência (econômica), ou seja, maximizando a riqueza social gerada. Defende ele, então, que a *Common Law* (norte-americana) organizou-se de maneira a possibilitar que o sistema econômico (americano) fosse cada vez mais eficiente, gerando, assim, mais e mais riqueza.

Desta maneira, Posner procura demonstrar por meio da análise, muitas vezes de vários tipos de decisões judiciais diferentes, como o direito e a economia podem se ajudar, a fim de que juntos, maximizem os ganhos sociais em termos de eficiência econômica⁶⁰⁸.

⁶⁰⁶ GICO JÚNIOR, Ivo. Introdução ao Direito e Economia. In: TIMM, Luciano Benetti (Organizador). **Direito e economia no Brasil**. São Paulo: Editora Atlas S.A., p. 1-31. 2014, p. 01.

⁶⁰⁷ SALAMA, Bruno Meyerhof. **A história do declínio e queda do eficientismo na obra de Richard Posner**. Latin American and Caribbean Law and Economics Association. Disponível em: <http://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/35>. Acesso em 06/11/2018.

⁶⁰⁸ SALAMA, Bruno Meyerhof. **A história do declínio e queda do eficientismo na obra de Richard Posner**. Latin American and Caribbean Law and Economics Association. Disponível em: <http://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/35>. Acesso em 06/11/2018.

Desta maneira, sem a pretensão de esgotar as discussões quanto aos fundamentos teóricos da AED, pretende-se, com a presente pesquisa, chamar a atenção para uma outra faceta da AED, que é o seu caráter descritivo e explicativo da realidade, para, porque não, tentar também explorar seus poderes de predição, a fim de responder à pergunta guia da presente investigação.

Neste viés, Richard Posner, defensor do pragmatismo jurídico, defende que é necessário analisar os problemas concretamente e experimentalmente, observando-se as limitações do indivíduo, a não alcançabilidade da verdade, bem como todos os aspectos que cercam determinada situação⁶⁰⁹.

Assim, cumpre frisar que uma das características marcantes da AED, a de que predomina no seu cerne, é a noção de ser imprescindível que exista um equilíbrio entre o direito e a economia e que haja uma equidade nas decisões que seus adeptos julgadores estão incumbidos de realizar. Noutras palavras, é preciso que eles analisem no caso concreto os benefícios e malefícios dispostos na situação⁶¹⁰.

É inegável a relevância da doutrina de Posner, entretanto, sua teoria acerca da Análise Econômica do Direito sempre foi alvo de severas críticas, especialmente as feitas por Ronald Dworkin, o qual atacava duramente a visão de Posner sobre a maximização da riqueza:

Pelo menos para Posner, portanto, não podemos encontrar nenhuma concepção de justiça independente na literatura de filosofia política. Ela faz uma defesa ampla da maximização da riqueza, mas rejeita todas as concepções que impedem essa defesa ampla de tornar-se falsa ou trivial. [...] O perigo é bem evidente. A afirmação instrumental concluída desta maneira corre o risco de tornar-se novamente uma tautologia, a menos que a concepção pluralista seja formulada com clareza suficiente para permitir que seja testada empiricamente. É quase impossível⁶¹¹.

⁶⁰⁹ ARRUDA, Tais Nunes de. **Como os juízes decidem nos casos difíceis?** A guinada pragmática de Richard Posner e as críticas de Ronald Dworkin. São Paulo. 2011, p. 16.

⁶¹⁰ MAYER, Giovanna. As decisões do STF e do STJ entre a integridade e a análise econômica do Direito. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 38, out. 2010, p. 3.

⁶¹¹ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução Luis Carlos Borges. São Paulo. Livraria

É célebre a divergência havida entre Posner e Dworkin acerca da Análise Econômica do Direito⁶¹². Apesar da relevância da teoria adotada por Dworkin, é nas ideias de Posner que muitos tribunais mundo afora ancoram suas decisões, inclusive, esta é a teoria que tem ganhado espaço nas decisões de alguns tribunais brasileiros nos últimos tempos.

É oportuno destacar, ainda, que após receber várias críticas refutando ser a maximização da riqueza um valor em si mesmo⁶¹³, sobretudo as aludidas censuras de Ronald Dworkin, pois Posner defendia que o critério para se aferir se uma dada medida (decisão judicial ou norma jurídica, por exemplo) é justa/boa, é a maximização da riqueza da Sociedade. Posner, em seu livro *Problemas de Filosofia do Direito (The Problems of Jurisprudence)*, reviu sua visão, atenuando-a, de modo a não mais colocar a maximização da riqueza como ponto central de sua teoria de justiça (Posner usa a expressão *moral theory*), voltando, assim, ao pragmatismo jurídico como eixo central.

“O pragmatismo mantém-se como antídoto para o formalismo. A ideia de que as questões jurídicas podem ser respondidas mediante a investigação da relação entre conceitos e, portanto, sem necessidade de mais que um exame superficial da relação destes com o mundo dos fatos, é tão antipragmática quanto antiempírica”⁶¹⁴

Ultrapassada esta fase conceitual sobre a Análise Econômica do Direito, serão dedicados os próximos tópicos para explicar algumas características das escolas da AED⁶¹⁵, seus pressupostos básicos, bem como seus

Martins Fontes. 2005, p. 384.

⁶¹² DERZI, Misabel de Abreu Machado e BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **A Análise Econômica de Posner e a ideia de Estado de Direito em Luhmann**: breves considerações críticas. Rev. Fac. Direito UFMG, Número Esp. em Memória do Prof. Washington Peluso., pp. 327 - 352, 2013, p. 331.

⁶¹³ SALAMA, Bruno Meyerhof. **A História do declínio e queda do eficientismo na obra de Richard Posner**. Latin American and Caribbean Law and Economics Association. Disponível em: <http://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/35>. Acesso em 04/11/2018.

⁶¹⁴ POSNER, Richard A. Para além do direito. Tradução Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 421.

⁶¹⁵ Cumpre externar, que dentro da AED também existe vertente chamada de “Teoria dos Jogos”, a

aspectos mais importantes: positivos e normativos.

4.2.1 Escolas de pensamento da Análise Econômica do Direito

A Análise Econômica do Direito é um movimento formado por várias escolas de pensamento que variam conforme situações pré-existentes, muito embora todas busquem a eficiência dos recursos. Em outras palavras, estas correntes interpretativas estão alinhadas ao mesmo movimento, diferenciando-se apenas quanto à aplicação dos princípios nas relações jurídicas existentes⁶¹⁶.

A primeira escola da Análise Econômica do Direito teve sua origem em Chicago⁶¹⁷, nos Estados Unidos, tendo Posner como seu principal representante e difusor da teoria. Segundo Luana Renostro Heinen, a escola de Chicago analisava as relações jurídicas sob a ótica da economia neoclássica:

A Escola de Chicago se propõe a descrever o fenômeno jurídico (normas, decisões judiciais, relações jurídicas, etc.) a

qual estuda as tomadas de decisões em ambientes de incertezas, ou seja, ela procura prever os comportamentos dos indivíduos em uma dada situação, a partir do entendimento das motivações estratégicas dos mesmos. No Direito, a Teoria dos Jogos pode ser utilizada para aquilatar a conveniência ou não de uma dada norma jurídica, ou se avaliar que medidas legislativas ou judiciais seriam mais eficazes em uma dada situação para fomentar ou desestimular uma dada conduta. Todavia, não se aprofundará tal teoria no presente trabalho, na medida em que ela não guarda pertinência com a problematização aqui proposta. Sobre a Teoria dos Jogos, vide: GEORGAKOPOULOS, Nicholas L. **Principles and methods of Law and Economics**. Basic Tools for Normative Reasoning. Cambridge: Cambridge University Press. 2005. p. 335; OLIVEIRA JUNIOR, Raimundo Frutuoso de. **Aplicações da Análise Econômica do Direito**. Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI realizado em Fortaleza - CE nos dias 09, 10, 11 e 12 de Junho de 2010. p. 371; BERNSTEIN, Peter L. **Desafio aos deuses: a fascinante história do risco**. Tradução Ivo Korylowski. 20 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 1997, p. 232.

⁶¹⁶ VENTURIN, Eduardo Luiz. **Análise econômica do direito regulatório: A (des)regulação como defesa dos interesses do consumidor**. Dissertação (UFSC). 2017, p. 27.

⁶¹⁷ “*Escuela de economía de Chicago. Grupo de economistas (entre los más prominentes están Henry Simons, F. A. von Hayek y Milton Friedman) que consideran que los mercados competitivos sin intervención del Estado garantizan la operación más eficiente de la economía.*” (SAMUELSON, Paul A. NORDHAUS, William D. **Economía**. 19. Ed. Traducción Maria Guadalupe Cevallos Almada et al. México: Macgrawhill, 2012, p. 711). Tradução livre do autor: “Escola de economia de Chicago. Grupo de economistas (entre os mais proeminentes são Henry Simons, F. A. von Hayek e Milton Friedman) que consideram que mercados competitivos sem intervenção estatal garantem a operação mais eficiente da economia.”

partir de mecanismos fornecidos pela economia neoclássica. Porém, a AED congrega diferentes tendências – além da Escola de Chicago – que se vinculam a diferentes concepções de economia e metodologias de trabalho⁶¹⁸.

Houve um riquíssimo reforço à escola com o ingresso de Ronald Coase na universidade de Chicago em 1964, integrando o corpo docente da instituição e trazendo revolucionárias contribuições para a AED. Exemplo deste apoio é a famosa pesquisa *The Problem of Social Cost* (1961) cuja autoria lhe pertence⁶¹⁹.

Muito embora a escola de Chicago seja a pioneira quanto à adoção da teoria da Análise Econômica do Direito, outras escolas também tiveram um papel fundamental na difusão da AED, a exemplo das escolas de New Haven e Virgínia.

No tocante à escola de New Haven, esta se encontra sediada na Universidade de Yale e é conhecida por sua excelência no ensino de economia. A escola de New Haven foi o local escolhido por Guido Calabresi para lecionar, sendo este um dos principais difusores do movimento. Difusão inclusive internacional com seu artigo intitulado *Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts* de 1973⁶²⁰.

A escola de New Haven (também chamada de Escola de Yale) tem uma abordagem muito específica, defendendo uma aproximação entre o direito e a economia⁶²¹, posto que “um dos objetivos dessa escola é compreender como o sistema jurídico pode contribuir na diminuição dos custos de acidentes”⁶²². A

⁶¹⁸ HEINEN, Luana Renostro. A Análise Econômica do Direito de Richard Posner e os pressupostos irrealistas da economia neoclássica. **Revista de doutrina da 4ª Região**. Porto Alegre, n. 38, out. 2010, p. 13.

⁶¹⁹ VENTURIN, Eduardo Luiz. **Análise econômica do direito regulatório**: A (des)regulação como defesa dos interesses do consumidor. 2017, p. 27.

⁶²⁰ VENTURIN, Eduardo Luiz. **Análise econômica do direito regulatório**: A (des)regulação como defesa dos interesses do consumidor. 2017, p. 28

⁶²¹ VENTURIN, Eduardo Luiz. **Análise econômica do direito regulatório**: A (des)regulação como defesa dos interesses do consumidor. 2017, p. 29.

⁶²² BORBA, Rodrigo Rabelo Tavares. SINAY, Rafael. TEIXEIRA, Pedro Freitas. A análise econômica do direito na axiologia constitucional. **Revista do BNDES**. n. 42, dezembro 2014 p. 194. Disponível em: <

corrente teórica pregada é mais flexível que as demais, mormente acerca da distribuição/maximização da riqueza e da noção de propriedade⁶²³.

Para finalizar, é imprescindível destacar a divergência existente entre as escolas de Chicago e New Haven, principalmente quanto as teorias e pensamento, contudo, ambas trouxeram para a AED importantes contribuições, as quais são utilizadas até hoje.

4.2.2 Economias neoinstitucionais

Imperioso registrar que, para qualquer discussão a respeito da Análise Econômica do Direito, o direito e a economia devem ser considerados em patamares de igualdade, isto porque a economia desempenha um papel primordial no quesito análise e administração de recursos nesta teoria.

A ciência econômica costuma ser classificada como microeconomia e macroeconomia⁶²⁴. A primeira, caracteriza-se por ter como função analisar as relações e atuações econômicas, considerando as premissas da

https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/bitstream/1408/3685/2/A%20an%C3%A1lise%20econ%C3%B4mica%20do%20direito_P_BD.pdf > Acesso em 05/01/2019.

⁶²³ VENTURIN, Eduardo Luiz. **Análise econômica do direito regulatório**: A (des)regulação como defesa dos interesses do consumidor. 2017, p. 30

⁶²⁴ "Microeconomics is the study of the choices that individuals and businesses make, the way these choices interact in markets, and the influence of governments. Some examples of microeconomic questions are: Why are people buying more mobile phones? How would a tax on downloading music affect the sales of CDs? Macroeconomics is the study of the performance of the national economy and the global economy. Some examples of macroeconomic questions are: Why did unemployment fall last year? Why has Japan's economy stagnated? Can the Reserve Bank bring prosperity by keeping interest rates low?" (MCTAGGART, Douglas. FINDLAY Christopher. **Economics**. 4.th. Addison Wesley Longman Publishing Co. 1993, p. 04). Tradução livre do autor: "A microeconomia é o estudo das escolhas que os indivíduos e as empresas fazem, a maneira como essas escolhas interagem nos mercados e a influência dos governos. Alguns exemplos de questões microeconômicas são: Por que as pessoas estão comprando mais celulares? Como um imposto sobre o download de música afetaria as vendas de CDs? A macroeconomia é o estudo do desempenho da economia nacional e da economia global. Alguns exemplos de questões macroeconômicas são: por que o desemprego caiu no ano passado? Por que a economia do Japão estagnou? O Banco de Reserva pode trazer prosperidade ao manter as taxas de juros baixas?"

utilidade⁶²⁵. A segunda, notabiliza-se por ter como objetivo a análise da economia como um todo⁶²⁶. Nesse sentido, segue o magistério de Pimenta e Lana sobre esta categorização:

A Economia também pode ser classificada em Microeconomia e Macroeconomia. Entende-se a Microeconomia como sendo aquela que se preocupa em analisar as reações e atuações das unidades econômicas em si, tais como, a maneira pela qual os consumidores e sócios da sociedade empresária se interagem. Por outro lado, a Macroeconomia preocupa-se em relação ao conjunto de atividades, consideradas dentro de um todo econômico. São os grandes agregados. Assim, estuda-se, por exemplo, a renda, o nível de emprego, o grau de consumo, o montante de investimentos, índices de inflação, etc⁶²⁷.

Do colacionado acima, resta evidenciado, então, que a microeconomia e a macroeconomia têm um papel de suma importância não apenas na Análise Econômica do Direito, mas em todas as relações havidas entre os indivíduos.

4.2.3 Escassez de recursos, *trad-offs*, custo oportunidade e custo de transação

É notório que a escassez de recursos na economia⁶²⁸ é um dos

⁶²⁵ “Toda vez que tiver de escolher entre duas opções, o indivíduo escolherá aquela que mais lhe traz utilidade, isto é, os agentes são racionais maximizadores de utilidade.” (TIMM, Luciano Benetti. (org.) **Direito e economia no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 25).

⁶²⁶ “*La Macroeconomía estudia el funcionamiento de la economía en su conjunto. Su propósito es obtener una visión simplificada de la economía, pero que al mismo tiempo permita conocer y actuar sobre el nivel de la actividad económica de un país determinado o de un conjunto de países.*” (MORCILLO, Francisco Monción. BEKER, Víctor Alberto. **Economía principios y aplicaciones**. 4. Ed. México: McGraw-Hill. 1999, p. 252). Tradução livre do autor: “Macroeconomia estuda o funcionamento da economia como um todo. Sua finalidade é obter uma visão simplificada da economia, mas ao mesmo tempo conhecer e atuar sobre o nível de atividade econômica de um país específico ou de um grupo de países”.

⁶²⁷ PIMENTA, Eduardo Goulart LANA, Henrique Avelino Rodrigues de Paula. **Análise econômica do direito e sua relação com o direito civil**. 2010, p. 09

⁶²⁸ “*las dos hipótesis legales más importantes de la teoría económica y de más aplicación práctica en la predicción científico-económica son la aceptación de la escasez de bienes y del individualismo metodológico.*” (SCHÄFER, Hans-Bernd y OTT, Claus. **Manual de análisis económico del derecho civil**. Tecnos. Madrid 1991, p. 38). Tradução livre do autor: “As duas hipóteses legais

maiores problemas enfrentados nos dias modernos e isto faz com que, muitas vezes, os indivíduos tenham que escolher uma coisa em detrimento de outra⁶²⁹. Este recurso é conhecido como *trad-offs*.

“Em economia, *trad-off* é uma expressão que define uma situação de escolha conflitante, isto é, quando uma ação econômica que visa à resolução de determinado problema acarreta, inevitavelmente, outros. Por exemplo, em determinadas circunstâncias, a redução da taxa de desemprego apenas poderá ser obtida com o aumento da taxa de inflação, existindo, portanto, um *trad-off* entre inflação e desemprego.”⁶³⁰

Ademais, quando um indivíduo resolve desistir de uma de suas opções em virtude da escassez de recursos, ele, em verdade, está optando em razão do chamado “custo de oportunidade”⁶³¹.

Em outras palavras, custo de oportunidade⁶³² na Análise Econômica do Direito significa abrir mão de algo/alguma coisa para conquistar outra. No direito especificamente, um exemplo deste custeio é a alocação de recursos para áreas específicas.

Neste contexto, cumpre explicar o que vem a ser o custo de

mais importantes da teoria econômica e de aplicação mais prática na predição científico-econômica são a aceitação da escassez de bens e o individualismo metodológico”.

⁶²⁹ A AED “analisa os sujeitos econômicos, que são consumidores de bens escassos, e que se comportam como seres racionais que prosseguem os respectivos interesses.” (MENDES, Armindo Ribeiro. **O processo executivo e a economia**. Sub Judice – Justiça e Sociedade. Ideias. n.º 2, Portugal, p. 51-62, jan/abr 1992, p. 53).

⁶³⁰ Mankiw, N. Gregory. **Introdução a economia**. (Tradução Allan Vidigal Hastings). São Paulo: Cengage Learning, 2009, p. 41.

⁶³¹ PIMENTA, Eduardo Goulart LANA, Henrique Avelino Rodrigues de Paula. **Análise econômica do direito e sua relação com o direito civil**. 2010, p.10-11.

⁶³² “*La Economía nos enseña que “no hay nada gratis”, lo cual equivale al principio de que todo tiene un costo, que denominamos costo de oportunidad. El costo de oportunidad de una cosa es aquello a lo que se renuncia para conseguirla. El verdadero costo de algo es aquello a lo que tenemos que renunciar para obtenerlo. Esto es así, tanto para los individuos, los hogares o familias, como para las empresas o el Estado.*” (MORCILLO, Francisco Monción. BEKER, Víctor Alberto. **Economía principios y aplicaciones**. 4. Ed. México: McGraw-Hill. 1999, p. 05). Tradução livre do autor: “A economia nos ensina que “não há nada de graça”, o que equivale ao princípio de que tudo tem um custo, que chamamos de custo de oportunidade. O custo de oportunidade de uma coisa é aquele que é dispensado para obtê-lo. O verdadeiro custo de algo é o que temos que desistir para obtê-lo. Isso é verdade tanto para indivíduos, famílias ou famílias quanto para empresas ou o Estado.”

transação no AED. Um dos seus principais objetivos é a busca pela possibilidade de cumprimento dos acordos, observando todas as variáveis referentes aos seus custos⁶³³. Também estão presentes em todas as relações do indivíduo:

Os Custos de Transação significam: o custo para se encontrar um interessado; custo para negociação, elaboração e discussão de contratos, contratação de advogado, obtenção de informações; custo para se fazer cumprir o contrato; etc. Evidentemente, os Custos de Transação estão presentes no cotidiano das relações de Direito Civil, pois a todo mundo se pensa acerca do quê contratar, com quem contratar, quando contratar e como contratar, levando-se a decidir sempre da forma que nos ocasione um menor Custo de Transação possível⁶³⁴.

Destarte, a importância do custo de transação não é perceptível meramente no diálogo entre o direito e a economia. Ela reside também no cotidiano da Sociedade civil, uma vez que os cidadãos precisam fazer diuturnamente escolhas que lhes causem o menor custo possível.

4.2.4 Maximização, escolha racional e falhas de mercado

Para Posner, a maximização da riqueza é uma ética de produtividade, bem como de cooperação social. De acordo ainda com o autor, para que um indivíduo tenha direito aos benefícios de uma Sociedade, ele deve contribuir/oferecer alguma coisa de valor para Sociedade⁶³⁵. Ou seja, o indivíduo deve contribuir com a Sociedade para se beneficiar do que ela produz⁶³⁶.

⁶³³ PIMENTA, Eduardo Goulart LANA, Henrique Avelino Rodrigues de Paula. **Análise econômica do direito e sua relação com o direito civil**. 2010, p. 20.

⁶³⁴ PIMENTA, Eduardo Goulart LANA, Henrique Avelino Rodrigues de Paula. **Análise econômica do direito e sua relação com o direito civil**. 2010, p. 20.

⁶³⁵ POSNER, Richard A. **Problemas da filosofia do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fonte, 2007, p.526.

⁶³⁶ “[...] os agentes econômicos são maximizadores racionais de utilidade – ou seja, suas escolhas sempre se basearão na adequação dos meios disponíveis para gerar os fins que mais interessam. Esta premissa leva à inevitável conclusão de que os indivíduos só se engajarão

Dessarte, o primado da análise econômica procura então explicar que o homem é norteado pelos custos (malefícios, estímulos negativos) e pelos benefícios (estímulos positivos, ganhos) que uma determinada conduta (ou abstenção desta) presumivelmente lhe trará⁶³⁷. A AED trata o homem enquanto *homo economicus*⁶³⁸, ou seja⁶³⁹, enquanto sujeito racional⁶⁴⁰ que antes de agir calcula, pondera, equaciona suas opções⁶⁴¹, a fim de tomar uma decisão coerente

conscientemente em unidades adicionais de atividade (seja de consumo, de produção, de oferta de trabalho ou de qualquer outra natureza) se o benefício auferido for maior que o custo despendido para obtê-lo. Aplicada ao universo do direito, ela implica que a decisão de rescindir um contrato, de engajar-se em atividades originalmente não previstas no contrato ou de comportar-se ilicitamente dependerá de um balanço racional dos benefícios e custos marginais de cada ação. [...] A segunda premissa é resultante da primeira. Se os indivíduos maximizam suas utilidades racionalmente, há sempre e em qualquer lugar uma resposta aos incentivos, em especial ao sistema de preços, ou seja, os preços, em sentido lato, influenciam o comportamento humano. Na área legal, a norma estabelece preços (recompensas e sanções pecuniárias), tais como benefícios trabalhistas, multas, serviços comunitários ou mesmo reclusão/detenção penal para os vários tipos de comportamento ilegal. A escolha de cada opção é analisada em face dos benefícios auferidos por meio de uma comparação qualitativa ou quantitativa – vale dizer, monetária” (PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 88/89).

⁶³⁷ “A ideia de que indivíduos tomam decisões dentro de seu contexto social levando em consideração a potencial reação dos demais agentes, muitas vezes explicitada em modelos que utilizam a Teoria dos Jogos.” (TIMM, Luciano Benetti. (org.) **Direito e economia no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 23).

⁶³⁸ “O pressuposto diz respeito ao comportamento e não especificamente aos processos mentais que o originam.” (RODRIGUES, Vasco. **Análise Econômica do Direito** – uma introdução. Coimbra: Almedina, 2007, p. 17).

⁶³⁹ “[...] é *patón de conducta asumido por la teoría económica y que recoge el AED es el homo economicus, el individuo que actúa siempre racionalmente tratando de maximizar su propio bien estar, um ser interessado y egoísta cuya única norma de conducta es la realización de su interes privado*” (PACHECO, Pedro Mercado. **El Analisis Económico del Derecho** – Una Reconstrucción Teórica. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994, p. 40). Tradução livre do autor: “[...] é padrão de conduta assumida pelos critérios econômicos e que pega a AED é o homo economicus, o indivíduo que sempre age racionalmente tentando maximizar seu próprio bem estar, um ser interessado e egoísta, cujo único padrão de conduta é o realização de seu interesse privado”

⁶⁴⁰ “Um homem racional é aquele que se comporta como se segue: (1) ele consegue sempre tomar uma decisão quando confrontado com uma gama de alternativas; (2) ele classifica todas as alternativas diante de si em ordem de preferência de tal modo que cada uma é ou preferida, indiferente, ou inferior a cada uma das outras; (3) seu ranking de preferência é transitivo; (4) ele sempre escolhe, dentre todas as alternativas possíveis, aquela que fica em primeiro lugar em seu ranking de preferência; e (5) ele sempre toma a mesma decisão cada vez que é confrontado com as mesmas alternativas.” (DOWNS, Anthony. **Uma teoria econômica da democracia**. São Paulo: EDUSP, Editora da Universidade de São Paulo. 1999. Tradução Sandra Guardini Teixeira Vasconcelos, p. 28).

⁶⁴¹ Aqui vale lembrar que o homem não é puramente racional, posto que fatores sociais, psicológicos, cognitivos e ou emocionais, irradiam efeitos nas decisões de instituições e indivíduos, influenciando assim a economia; tais influências e efeitos são estudados por um campo do saber chamado de “Economia Comportamental”, a qual pode ser definida como “o estudo das influências cognitivas, sociais e emocionais observadas sobre o comportamento econômico das pessoas.” (ÁVILA, Flávia. BIANCHI, Ana Maria. (Orgs.). **Guia de economia comportamental e**

com os fins por ele almejados⁶⁴².

a) Os indivíduos são autointeressados, o que significa que agem no sentido de maximizar o seu bem-estar (ou utilidade, conforme o jargão empregado pela teoria), em face dos recursos limitados de que dispõe; b) Os indivíduos realizam escolhas consistentes, mediante a informação de que dispõem, em relação às alternativas possíveis para alcançar os objetivos pretendidos; c) Os indivíduos reagem a estímulos.⁶⁴³

Ainda, quanto às escolhas racionais, é pertinente o ensinamento de Richard Posner: “as pessoas são maximizadoras racionais de suas próprias satisfações – todas as pessoas, em todas as suas atividades que implicam uma escolha”⁶⁴⁴. Em outras palavras, os indivíduos (em geral) são economicamente racionais, buscam pela satisfação de seus próprios interesses.

Contudo, convém advertir, que para Dworkin, há uma necessidade de que as riquezas sejam distribuídas de forma mais justa, para que cada indivíduo tenha os princípios constitucionais e a dignidade da pessoa humana garantidos⁶⁴⁵.

experimental. São Paulo. EconomiaComportamental.org. 2015, p. 26).

⁶⁴² “Enfim, a abordagem juseconômica não requer que se suponha que os indivíduos sejam egoístas, gananciosos ou motivados apenas por ganhos materiais, tão somente assume-se que os agentes são racionais maximizadores de sua utilidade, seja lá o que isso significar para eles.” (TIMM, Luciano Benetti. (org.) **Direito e economia no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 23).

⁶⁴³ CARVALHO, Cristiano. **Teoria da decisão tributária**. São Paulo: Saraiva. 2013. p. 55.

⁶⁴⁴ POSNER, Richard. **Problemas de filosofia do direito**. Trad. de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 474.

⁶⁴⁵ Vale sublinhar, que Ronald Dworkin defende um “igualitarismo liberal”, que para ele, quer dizer que a distribuição das riquezas em sociedade deve refletir, em alguma medida, as escolhas de cada ser humano. Assim, para o referido autor, uma repartição de riquezas igual para todos, não seria justa, pois indiferente as escolhas de cada membro do corpo social. Ele adverte, todavia, que como na prática as pessoas não vivem em sociedade em igualdade de condições, a distribuição de renda daí resultante, não pode ser tida como equânime, por isso as “desigualdades materiais”, ou seja, aquelas que não decorrem de escolhas dos indivíduos (que estão fora do controle dos mesmos), não podem justificar desigualdade na distribuição de riquezas sociais. Desta forma, Dworkin acredita que o mercado é uma ferramenta importante na distribuição justa dos “custos de oportunidade”, mas que precisa ser corrigido por meio de medidas redistributivas, tendentes a equalizar a desigualdade (DWORKIN, R. **A virtude soberana: A teoria prática da igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2005).

Uma sociedade maximiza sua riqueza quando todos os recursos dessa sociedade são distribuídos de tal maneira que a soma de todas as valorizações individuais é tão elevada quanto o possível. [...] Um indivíduo maximiza sua riqueza quando aumenta o valor dos recursos que possui.⁶⁴⁶

Desta forma, para que haja maximização da riqueza é necessário que o indivíduo⁶⁴⁷ realize escolhas racionais, contemplando o binômio necessidade/possibilidade ao fazê-la, com o desiderato de não desperdiçar seus recursos com questões irrelevantes⁶⁴⁸.

Contudo, o conceito de maximização da riqueza não é tão simples como parece, uma vez que abrange a riqueza individual e a social. Grosso modo, a riqueza social poderia ser representada pela transferência de uma propriedade de um indivíduo para o outro e assim sucessivamente⁶⁴⁹. Outrossim, é preciso ser dito que a “Maximização da Riqueza” é muito diferente do conceito da

⁶⁴⁶ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes. 2005, p. 352.

⁶⁴⁷ “O ser econômico, em suma, é considerado como um indivíduo que age racionalmente, buscando maximizar sua utilidade, tomando decisões alocativas de recursos dentro desta perspectiva.” (FARACO, Alexandre Ditzel; SANTOS, Fernando Muniz. *Análise Econômica do Direito e possibilidades aplicativas no Brasil*. **Revista de Direito Público da Economia**. Belo Horizonte, Ano 3, n.º 9, p. 27-61, jan/mar 2005, p. 32).

⁶⁴⁸ “La elección de la mejor alternativa permitida por las restricciones puede describirse matemáticamente como una maximización. Para ver por qué ocurre así, consideremos que los números reales pueden ordenarse desde los pequeños hasta los grandes, así como el consumidor racional ordena sus alternativas de acuerdo con la medida en que le dan lo que desea. En consecuencia, las mejores alternativas pueden asociar a números más grandes. Los economistas llaman ‘función de utilidad’ a esta asociación. Además, la restricción de la elección puede expresarse de ordinario matemáticamente como una ‘restricción de la viabilidad’. Elegir la mejor alternativa que permitan las restricciones corresponde a maximizar la función de utilidad sujeta a la restricción de la viabilidad. Por ejemplo, decimos que el consumidor que acude a una tienda maximiza su utilidad sujeto a su restricción presupuestaria.” (COOTER, Robert e ULEN, Thomas. **Derecho y Economía**. México D. F.: Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 24). Tradução do autor: “A eleição da melhor alternativa permitida pelas restrições pode ser descrito matematicamente como uma maximização. Para entender por que isso ocorre assim, considere os números reais podem ser classificados de pequenos a grandes, assim como o consumidor racional ordena suas alternativas de acordo com a medida em que eles dão-lhe o que ele deseja. Em consequência, as melhores alternativas podem associar a números maiores. Os economistas chamam de “função de utilidade” esta associação. Além disso, a restrição de escolha pode ser expressa matematicamente como uma “restrição de viabilidade”. Elegir a melhor alternativa que permitam que as restrições aplicáveis para maximizar a função de utilidade sujeita à restrição de viabilidade. Por exemplo, podemos dizer que o cliente visitar uma loja maximiza utilidade sujeita à sua restrição orçamentária ” (FARACO, Alexandre Ditzel; SANTOS, Fernando Muniz. *Análise Econômica do Direito e possibilidades aplicativas no Brasil*. **Revista de Direito Público da Economia**. Belo Horizonte, Ano 3, n.º 9, p. 27-61, jan/mar 2005, p. 32).

⁶⁴⁹ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes. 2005, p. 352.

“Eficiência de Pareto” (o que será explicado doravante).

Ainda sobre a maximização da riqueza, convém enfatizar que segundo Posner, uma crítica recorrente à análise econômica é a de que a mesma não encontra um fundamento sólido em nenhuma das “grandes tradições éticas”, todavia o próprio Posner responde a tais censuras, aduzindo que a falta de fundamentação não é algo de grande importância, na medida em que o que realmente importa, é saber se a AED é melhor abordagem para o sistema jurídico:

“"maximização da riqueza" — possui afinidades tanto com a ética kantiana quanto com a utilitarista: com a primeira, porque a abordagem protege a autonomia dos indivíduos produtivos ou ao menos potencialmente produtivos (a maioria de nós); com a segunda, devido a relação empírica entre mercado livre e riqueza humana. Embora a abordagem econômica não possa ser deduzida de nenhum desses sistemas éticos e nem seja completamente coerente com eles, esta não é uma objeção decisiva desde um ponto de vista pragmático. A falta de fundamentação não perturba a nós pragmatistas. Não questionamos se a abordagem econômica do direito funda-se adequadamente na ética de Kant, Rawls, Bentham, Mill, Hayek ou Nozick e nem se cada uma dessas éticas possui fundamentos satisfatórios, mas sim se e a melhor abordagem a ser seguida pelo atual sistema jurídico dos Estados Unidos.”⁶⁵⁰

Desta feita, embora AED não se encaixe perfeitamente em um dos assinalados sistemas éticos, a sua mirada pragmática, mais focada na sua real utilidade para as pessoas e para o Estado, de certa forma coloca essa discussão em segundo plano, focando os esforços dos estudiosos do tema, mais nas reais utilidades da teoria do que na discussão ética da mesma.

A Análise Econômica do Direito também vislumbra as “falhas de mercado”⁶⁵¹, falhas estas que podem ser entendidas como situações nas quais o indivíduo pensa em seu próprio proveito, exclusivamente, chegando a um resultado

⁶⁵⁰ POSNER, Richard A. **Para além do direito**. Tradução Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 426.

⁶⁵¹ “*Una falla de mercado tiene lugar cuando un mercado no asigna eficientemente los recursos por sí mismo.*” MORCILLO, Francisco Monción. BEKER, Víctor Alberto. **Economía principios y aplicaciones**. 4. Ed. México: McGraw-Hill. 1999, p. 17. Tradução livre do autor: “Uma falha de mercado ocorre quando um mercado não aloca recursos de maneira eficiente por si só.”

ineficiente. Estas falhas são costumeiramente utilizadas pelo Estado para justificar intervenções no mercado⁶⁵².

Ora, existem situações em que a “concorrência é imperfeita”, ou seja, situações em que dados atores econômicos se prevalecem de sua superioridade econômica para influenciar preços e mercado; existem situações em que a “informação é imperfeita”, em que alguns atores econômicos detêm informações que seus concorrentes não têm, dando-lhes, assim, uma vantagem sobre os demais; bem como, também, existem casos em que “externalidades” ocorrem no mercado, como a poluição ambiental (imagine por exemplo que em um determinado processo produtivo uma indústria polua o meio ambiente, desta forma os preços de produção do produto produzido não refletem os danos ambientais), oligopólios, monopólios, carteis etc., todos esses fatores podem fazer o mercado funcionar mal, ou seja, de forma menos eficiente que deveria⁶⁵³.

Desta maneira, quando estas e outras “falhas” ocorrem, é justificável a intervenção do Estado (de forma pontual), a fim de que se possa eliminar ou minimizar a mesmas, a fim de se recompor o mercado de forma a torná-lo o mais eficiente e livre possível.

Assim, algumas intervenções governamentais executadas se mostram imprescindíveis, a exemplo das que envolvem impostos e subsídios, tendentes a equalizar o mercado; todavia, tais intervenções devem ser manejadas com bastante cautela, de forma pontual, porquanto seu excesso pode ocasionar alocações não eficientes de recursos⁶⁵⁴, ou seja, podem piorar – e muito – as assimetrias do mercado.

⁶⁵² “O mercado é o espaço de operatividade da firma e de ação de seus agentes. É o lugar para o qual convergem os mais diversos interesses econômicos. O ambiente artificial onde se celebram os contratos entre firmas e outras firmas ou entre firmas e consumidores”. (COASE, Ronald Harry. **A firma, o mercado e o direito**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016, p. 43).

⁶⁵³ MORCILLO, Francisco Monción. BEKER, Víctor Alberto. **Economía principios y aplicaciones**. 4. Ed. México: McGraw-Hill. 1999, p. 17.

⁶⁵⁴ PORTO, Antônio José Maristrello. **Análise Econômica do Direito** (AED). 2013. Fundação Getúlio Vargas. p. 25. Disponível em: <https://diretorio.fgv.br/sites/diretorio.fgv.br/files/u100/analise_economica_do_direito_20132.pdf>. Acesso em 08/11/2018.

4.2.5 Eficiência de Pareto e Kaldor-Hicks

A noção de eficiência, como dito anteriormente, é um dos pilares da AED, aliado a isso, não se pode olvidar que o primado da eficiência foi erigido a princípio constitucional (art. 37 da CRFB, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 04/06/1998), sendo, portanto, importante analisar os dois critérios de eficiência que são mais importantes para os objetivos da presente pesquisa: a eficiência de Pareto e a eficiência Kaldor-Hicks.

Vilfredo Pareto foi um economista e cientista político italiano que escreveu na virada do século XX (1848-1923), pelo critério por ele proposto⁶⁵⁵, “uma distribuição de recursos é eficiente se for impossível aumentar a utilidade de uma pessoa sem reduzir a utilidade de alguma outra pessoa. No sentido de Pareto, o objetivo da alocação de recursos na Sociedade é gerar o máximo de bem-estar individual”⁶⁵⁶. Desta forma, uma dada situação será tida como Pareto-eficiente (ou ótimo de Pareto) se não for possível mudá-la de modo a melhorar a situação de pelo menos uma pessoa, sem piorar a situação de outra pessoa⁶⁵⁷.

⁶⁵⁵ “Vilfredo Pareto propuso un criterio que pretendía resolver algunos de los inconvenientes del utilitarismo y que permite clasificar las decisiones sociales evitando cálculos de felicidad y comparaciones interpersonales. Es un criterio individualista porque exige unanimidad para la elección de procedimientos de decisión social. La ética paretiana es una procesual en el sentido que diseña procedimientos decididos por unanimidad. La ética paretiana es negativa en el sentido de que es una condición necesaria, aunque no suficiente, de la justicia. [...] Según Pareto, una decisión social es óptima si no existe otra situación diferente que se prefiera unánimemente. La idea de que deben rechazarse todas las situaciones que todos los miembros declaran unánimemente como peor que otra puede reunir un amplio consenso. En ello reside la fuerza del criterio de Pareto.” (CALSAMIGLIA, Albert. **Racionalidad, eficiencia del derecho**. México: Distribuciones Fontamara, 2003, p. 317-318). Tradução livre do autor: “Vilfredo Pareto propôs um critério que buscou resolver algumas das desvantagens do utilitarismo e que permite classificar as decisões sociais evitando cálculos de felicidade e comparações interpessoais. É um critério individualista porque exige unanimidade para a escolha de procedimentos de decisão social. A ética de Pareto é processual no sentido de que delinea procedimentos decididos por unanimidade. A ética de Pareto é negativa no sentido de que é uma condição de justiça necessária, embora não suficiente. [...] Segundo Pareto, uma decisão social é ótima se não houver outra situação que seja unânime preferida. A ideia de que todas as situações que todos os membros declaram unânime como piores do que outras podem reunir um amplo consenso devem ser rejeitadas. Nisto reside a força do critério de Pareto.”

⁶⁵⁶ (GALINDO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos**: Direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 242-243).

⁶⁵⁷ “Pareto efficiency, where the joint gains from trade are exploited so that the parties cannot be made better off” (VELJANOVSKI, Cento. **The economics of law**. London: The Institute of

Neste sentido, basta imaginar que em uma dada situação hipotética existem somente dois consumidores “Smith e Jones, e dois bens, guarda-chuvas e pão. Inicialmente, os bens são distribuídos entre eles. A alocação é Pareto eficiente? Sim, se é impossível realocar o pão e os guarda-chuvas, de modo a tornar Smith ou Jones melhor sem piorar a outra pessoa.”⁶⁵⁸

Em relação à Eficiência de Pareto, Ronald Dworkin defende que a distribuição de recursos eficiente é aquela que não modifica para pior a condição de vida do indivíduo, mas que, pelo contrário, melhora a condição de vida de pelo menos um indivíduo:

Uma distribuição de recursos é eficiente se não puder fazer nenhuma mudança nessa distribuição que não deixe ninguém em pior situação e, pelo menos, uma pessoa em melhor situação. Assimilou-se muitas vezes que quase qualquer distribuição ampla de recursos satisfaz essa exigência⁶⁵⁹.

Como assevera Bruno Meyerhof Salama, uma transação será Pareto-eficiente se ela puder “melhorar a situação de pelo menos um indivíduo, sem piorar a situação de nenhum outro indivíduo”⁶⁶⁰ (melhora de Pareto), ou seja, para Pareto “o mercado estará em estado de equilíbrio quando não for possível realizar mais nenhuma transação ótima. Isso quer dizer que o resultado produzido em razão de todas as transações conseguiu eliminar todos os desperdícios”.⁶⁶¹

Portanto, o princípio da eficiência de Pareto não está associado

Economic Affairs. 2. Ed. 1999. 2000, p. 65). Tradução livre do autor: “Eficiência de Pareto, onde os ganhos conjuntos do comércio são explorados para que as partes não possam ser melhoradas”

⁶⁵⁸ “*Smith and Jones, and two goods, umbrellas and bread. Initially, the goods are distributed between them. Is the allocation Pareto efficient? Yes, if it is impossible to reallocate the bread and umbrellas so as to make either Smith or Jones better off without making the other person worse off.*” (COOTER, Robert. ULEN, Thomas. **Law and economics**. 3. ed. Massachusetts: Addison Wesley Longman, Inc. p. 12).

⁶⁵⁹ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes. 2005, p. 354-355.

⁶⁶⁰ SALAMA, Bruno Meyerhof. **A história do declínio e queda do eficientismo na obra de Richard Posner**. Latin American and Caribbean Law and Economics Association. Disponível em: <http://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/35>. Acesso em 04/11/2018.

⁶⁶¹ BATISTA, Raphaela Sant’ana. **A possibilidade de realização de Análise Econômica do Direito sob o viés pragmático como parâmetro de efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais: um estudo sobre a experiência jurisprudencial do STF**. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito de Alagoas, Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGD. 2014, p. 75

apenas ao aumento dos recursos de alguns indivíduos, mas principalmente à não diminuição dos recursos de nenhum indivíduo, ou seja, o não benefício de um em detrimento de outro⁶⁶².

Para Dworkin, o problema não está na quantidade (ou no número) de pessoas que foram desfavorecidas ou que sofreram efetivo prejuízo, o problema está na justificativa dada para isso, isto é, na justificativa de que um indivíduo possa sofrer um prejuízo para o bem de todos; seria mais uma questão de igualdade⁶⁶³.

Contudo, muito embora o critério de Pareto seja útil para aquilatar uma transação específica, o método de Pareto se revela incapaz de avaliar classes de operações, ou seja, ele não consegue aferir eficiência quando existe uma pluralidade de interesses e questões envolvidas em um dado fenômeno:

“Otra objeción contra la superioridad del criterio de Pareto es que tiene pocas aplicaciones en el mundo real porque la mayoría de las transacciones (y si no una sola transacción, entonces una serie de transacciones semejantes) tiene efectos sobre terceros, aunque sólo sea porque cambian los precios de otros bienes (¿cómo?).”⁶⁶⁴

Para ilustrar, Posner traz um exemplo acerca da discussão sobre se deve vigorar o livre-mercado para a negociação de tomates, ou se o governo deveria estabelecer um “teto” (preço máximo) para os mesmos⁶⁶⁵.

⁶⁶² Advirta-se, contudo, que a Eficiência de Pareto foca na alocação ótima dos recursos existentes, não se preocupando com a forma de distribuição dos mesmos, de maneira que, como assevera Amartya Kumar Sen: "Um Estado pode estar no ótimo de Pareto havendo algumas pessoas na miséria extrema e outras nadando em luxo, desde que os miseráveis não possam melhorar suas condições sem reduzir o luxo dos ricos." (SEN, Amartya Kumar. **Sobre ética e economia**. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 1999, p. 48).

⁶⁶³ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes. 2005, p. 424.

⁶⁶⁴ (POSNER, Richard A. **El análisis económico del derecho**. trad. de Eduardo L. Suárez. 2. Ed. México: FCE, 2007, p. 39). Tradução livre do autor: “Outra objeção contra a superioridade do critério de Pareto é que ele tem poucas aplicações no mundo real porque a maioria das transações (e se não uma única transação, uma série de transações similares) tem efeitos sobre terceiros, mesmo porque elas mudam os preços de outros bens (como?).”

⁶⁶⁵ SALAMA, Bruno Meyerhof. A história do declínio e queda do efficientismo na obra de Richard Posner. In: LIMA, Maria Lúcia L. M. Pádua (org.). Trinta Anos de Brasil: Diálogos entre Direito e Economia. São Paulo: Saraiva, 2012. Republicado: **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**

Segundo Posner, se houvesse um “teto”, sua supressão possivelmente geraria um aumento no preço da fruta que é negociada no mercado oficial, em uma minoração do preço praticado no “mercado negro” e em um acréscimo na quantidade de tomates produzidos; ainda nesse cenário, argumenta o autor que poder-se-ia ter um aumento no valor das propriedades e aluguéis dos imóveis destinados à cultura dessa fruta, sem contar, é claro, na consequente desvalorização do preço (e redução das vendas) de outros alimentos que são utilizados como substitutos do tomate pelo público consumidor (cenouras, alface berinjela, abóbora, etc.), dentre outros efeitos que a remoção do preço máximo causaria⁶⁶⁶.

É intuitivo, então, que no exemplo supra, na prática, ter-se-ia uma grande multiplicidade de perdedores e ganhadores, o que torna então o critério Paretiano inservível à maioria dos problemas que gravitam em torno da ciência jurídica ou que dizem respeito à políticas públicas, visto a dificuldade de se obter um consenso entre os atores envolvidos.

Assim, dadas a estas dificuldades, o ferramental utilizado para aquilatar eficiência em Richard Posner, parece estar mais alinhado a um outro método, que recebeu o nome de seus idealizadores, os economistas Nicholas Kaldor e John Hicks, chamando-se, então, critério de “Kaldor-Hicks”⁶⁶⁷.

da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (RIDB), n. 1, 2012. Disponível em: <https://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/35>. Acesso em 04/01/2019.

⁶⁶⁶ SALAMA, Bruno Meyerhof. A história do declínio e queda do eficientismo na obra de Richard Posner. In: LIMA, Maria Lúcia L. M. Pádua (org.). Trinta Anos de Brasil: Diálogos entre Direito e Economia. São Paulo: Saraiva, 2012. Republicado: **Revista do Instituto do Direito Brasileiro da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (RIDB)**, n. 1, 2012. Disponível em: <https://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/35>. Acesso em 04/01/2019.

⁶⁶⁷ “Outro critério proposto para avaliação da eficiência é desenvolvido por Kaldor e Hicks que, partindo de modelos de utilidade, tais como preconizados por Bentham, sugerem que as normas devem ser desenhadas de maneira a gerarem o máximo de bem-estar para o maior número de pessoas. O problema está na necessidade de maximizar duas variáveis e na dificuldade de estabelecer alguma forma de compensação entre elas. Todavia, refinando o modelo, Kaldor-Hicks chegam à proposta de compensações teóricas entre os que se beneficiam e os que são prejudicados. Comparando agregados entre as várias opções, escolhe-se aquele que resulte na possibilidade de compensação. Ainda uma vez que se refina o esquema reconhecendo haver redes de inter-relações nas sociedades e que a utilidade marginal de cada pessoa é decrescente. Este, parece, ser o melhor critério para as escolhas no que diz respeito à distribuição dos benefícios: o de dar mais a quem tem maior utilidade marginal. A racionalidade dos agentes, um dos postulados econômicos, que leva à procura da maximização de utilidades, e a eficiência alocativa, segundo essa visão, vão ao encontro da idéia de solidariedade e

Referente à “Eficiência de Kaldor-Hicks”, este critério da ciência econômica aplica a noção eficientista das decisões socioeconômicas, objetivando explicar as decisões tomadas pelos agentes socioeconômicos⁶⁶⁸.

Por este critério, que tem como gênese “modelos de utilidade, tais como preconizados por Bentham”, é eficiente a norma que gerar “o máximo de bem-estar para o maior número de pessoas.”⁶⁶⁹

Em Kaldor-Hicks, não importa que existam perdedores em uma dada transação, pois ainda assim ela será considerada eficiente se a quantidade de ganho for maior que o *quantum* de perdas, de modo que os “ganhadores possam potencialmente compensar os perdedores, mesmo que efetivamente não o façam”⁶⁷⁰.

Assim, pelo critério Kaldor-Hicks, é possível que exista eficiência em operações onde existam “perdedores”, fato que não ocorre em Pareto, bastando apenas que os ganhos superem as perdas.

Para melhor ilustrar, cumpre destacar que em uma recente decisão judicial (dez./2018), um magistrado da comarca de Balneário Camboriú/SC proibiu, a pedido da Empresa Municipal de Água e Saneamento (Emasa), que os produtores de arroz locais desviem as águas do Rio Camboriú para suas plantações, sob pena de multa, visto a possibilidade de faltar água nos municípios de

geração de bem-estar coletivo.” (SZTAJN, Rachel. Law & Economics. In: STAJN, Raquel; ZYLBERSTAJN, Décio (org.). **Direito & Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 76).

⁶⁶⁸ “No que diz respeito à eficiente circulação da riqueza, o critério usual é o proposto por Pareto, segundo o qual os bens são transferidos de quem os valoriza menos a quem lhes dá mais valor. O economista considera que a mudança é eficiente, numa sociedade, quando alguém fica melhor do que anteriormente com a mudança de alguma atribuição de bens anterior, sem que ninguém fique pior. Critica-se esse critério, chamado de Pareto, porque depende da alocação inicial da riqueza e porque não induz as pessoas a revelarem suas preferências qualitativas.” (SZTAJN, Rachel. Law & Economics. In: STAJN, Raquel; ZYLBERSTAJN, Décio (org.). **Direito & Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 76).

⁶⁶⁹ SZTAJN, Rachel. Law & Economics. In: STAJN, Raquel; ZYLBERSTAJN, Décio (org.). **Direito & Economia: Análise Econômica do Direito e das organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 81.

⁶⁷⁰ SALAMA, Bruno Meyerhof. **A história do declínio e queda do eficientismo na obra de Richard Posner**. Latin American and Caribbean Law and Economics Association. Disponível em: <http://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/35>. Acesso em 04/11/2018.

Camboriú/SC e Balneário Camboriú/SC⁶⁷¹.

Da aludida decisão se percebe claramente grupos de perdedores, pois os rizicultores tiveram a produção prejudicada, possivelmente empregos se perderam, renda deixou de ser gerada, o preço do arroz pode ter tido um aumento face à redução na oferta, etc. Todavia, os ganhos dos habitantes dos municípios da região e do grande volume de turistas que por lá passam podem indicar que os ganhos dessas pessoas (habitantes e turistas) superaram os prejuízos dos rizicultores, sendo, portanto, uma decisão eficiente pelo critério de Kaldor-Hicks.

Desta forma, por Pareto, os rizicultores (perdedores) teriam que ser efetivamente compensados pelo que deixaram de ganhar, de modo a não terem um decréscimo em sua situação o que não ocorre em Kaldor-Hicks.

O critério Kaldor-Hicks também tem como premissa a afirmação de que resultados mais eficientes são possíveis de serem obtidos quando um indivíduo toma uma decisão baseado no histórico de pessoas que já estiveram em situações piores que a seu próprio estado atual⁶⁷².

Desta maneira, em que pese ambas as teorias da Eficiência (Pareto e Kaldor-Hicks) serem úteis à Análise Econômica do Direito, o critério de Kaldor-Hicks se mostra fundamental para a doutrina de Richard Posner, uma vez que é a responsável pela criteriologia utilizada por este para atribuir valor às relações jurídicas atuais e futuras.

⁶⁷¹ SPAUTZ, Dagmara. **Risco de faltar água em Balneário Camboriú leva Justiça a proibir desvio em arrozais**. Disponível em: <<https://www.nsctotal.com.br/colunistas/dagmara-spautz/risco-de-faltar-agua-em-balneario-camboriu-leva-justica-a-proibir-desvio>> Acesso em 12/12/2018.

⁶⁷² BOTELHO, Martinho Martins. **A eficiência e o efeito Kaldor-Hicks: a questão da compensação social**. 2016, p. 231.

4.3 ASPECTOS RELEVANTES – ABORDAGEM JURÍDICO-ECONÔMICAS

A contribuição da ciência econômica na teoria da Análise Econômica do Direito consolidou a manifestação de vertentes distintas, a positiva (o que é) e a normativa (o que deve ser)⁶⁷³. A positiva objetiva a análise do estado atual das coisas, de como elas se apresentam para a Sociedade; na vertente normativa o objetivo é definir/estabelecer como elas deveriam ser ou se apresentar à Sociedade⁶⁷⁴.

Conforme denota Rosa⁶⁷⁵, fazendo um breve resumo da AED, ela procura a um só tempo avaliar o impacto das normas jurídicas em Sociedade, extraindo daí quais os benefícios das mesmas, ou seja, equacionando custos e benefícios, procura indicar quais normas são/serão eficientes (maximização da riqueza), e dentre as que elevariam o bem estar (riqueza), quais as que o aumentariam em maior medida.

⁶⁷³ “As dimensões positiva e normativa são importadas da economia, respectivamente, da economia positiva e da economia normativa. A economia positiva é voltada para descrição de fatos passados e, através de projeções, procurar antever como o ser humano se comportará quando estiver diante de fenômenos semelhantes ou não. Trata-se, portanto, de uma função prospectiva. Por sua vez, a economia normativa analisa os fatos sociais, regras morais e princípios éticos diante das instituições constantes na sociedade e das normas existentes, procurando formas de proporcionar modificações destinadas a permitir que as regras postas possam trazer um maior benefício para sociedade.” (OLIVEIRA JUNIOR. Raimundo Frutuoso de. **Aplicações da Análise Econômica do Direito**. Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI realizado em Fortaleza - CE nos dias 09, 10, 11 e 12 de Junho de 2010, p. 367).

⁶⁷⁴ “*La Economía positiva se ocupa de ofrecer explicaciones objetivas sobre el funcionamiento de la economía. La Economía normativa se refiere a los preceptos éticos y normas de justicia.*” (MORCILLO, Francisco Monción. BEKER, Víctor Alberto. **Economía principios y aplicaciones**. 4. Ed. México: McGraw-Hill. 1999, p. 04). Tradução livre do autor: “A economia positiva trata de oferecer explicações objetivas sobre o funcionamento da economia. Economia normativa refere-se a preceitos éticos e normas de justiça.”

⁶⁷⁵ “A Análise Econômica do Direito procura analisar estes campos desde duas miradas: a) positiva: impacto das normas jurídicas no comportamento dos agentes econômicos, aferidos em face de suas decisões e bem-estar, cujo critério é econômico de maximização de riqueza; e, b) normativa: quais as vantagens (ganhos) das normas jurídicas em face do bem-estar social, cotejando-se as consequências. Dito de outra maneira, partindo da racionalidade individual e do bem-estar social – maximização de riqueza –, busca responder a dois questionamentos: a) quais os impactos das normas legais no comportamento dos sujeitos e Instituições; e b) quais as melhores normas.” (ROSA, Alexandre Morais da. MARCELLINO Jr., Julio Cesar. Os Direitos Fundamentais na perspectiva de custos e o seu rebaixamento à categoria de direitos patrimoniais: uma leitura crítica. Constituição, Economia e Desenvolvimento: **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Curitiba, 2009, n. 1, Ago-Dez. p. 7-23, p. 17).

Neste sentido, é necessário destacar a importância de ambas as vertentes na AED, tendo em vista a possibilidade de se chegar aos meios menos custosos para alcançar um objetivo, contudo, este objetivo deve ter sido previamente estabelecido⁶⁷⁶.

“A análise econômica se divide em duas grandes abordagens: uma positiva e outra normativa. Aplicada ao direito, a primeira prediz os efeitos das várias regras legais: por exemplo, sobre como os agentes econômicos vão reagir a mudança nas leis e na sua aplicação. Uma análise econômica positiva das regras de indenização, em matéria de responsabilidade civil, deve poder prever os efeitos das normas de responsabilidade objetiva e subjetiva sobre as condutas (ou comportamentos) de negligência. Já a corrente normativa vai adiante e procura estabelecer recomendações de políticas e de regras legais baseadas nas suas consequências econômicas, caso sejam adotadas. Não por outra razão, esta corrente estabelece como princípio o uso da expressão ‘eficiência’ – extensivamente usada neste livro -, possuidora de duas conotações importantes, também discutidas adiante: a eficiência de Pareto, aquela na qual a posição de A melhora sem prejuízo da de B, e a chamada eficiência de Kaldor-Hicks, na qual o produto da vitória de A excede os prejuízos da derrota de B, aumentando, portanto, o excedente total”⁶⁷⁷

Segundo John Neville Keynes, a economia positiva preconiza um sistema geral que possibilite previsões de mudanças na ordem econômica que gerem repercussão⁶⁷⁸. Neste sentido, a economia positiva tem o desiderato de “descrever a realidade a fim de construir um campo conceitual preditivo. Não se propõe o que deve ser, mas o que é e o que acontecerá”.⁶⁷⁹

Dessarte, a economia positiva se mostra então, como uma ciência empírica que se dirige para a criação de modelos que gerem previsões

⁶⁷⁶ JUNIOR, Ivo Teixeira Gico. **Notas sobre a Análise Econômica do Direito e epistemologia do Direito**. Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI. São Paulo. 2009, p. 929.

⁶⁷⁷ PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 88.

⁶⁷⁸ FRIEDMAN, Milton. **Essays in positive economics**. Chicago: University of Chicago Press, 1953, p. 3.

⁶⁷⁹ LORENZETTI, Ricardo Luis. Teoria da decisão judicial: Fundamentos de direito. 2ª edição ver. Trad. Bruno Miragem. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008, p. 192

válidas sobre fenômenos sociais.

No Direito, a economia positiva tem a função de efetuar prognósticos, a fim de apontar os futuros impactos que diferentes medidas legais trariam ao mundo real, de maneira que se possa avaliar se tais medidas seriam de fato eficientes ou não⁶⁸⁰.

Esta vertente positiva⁶⁸¹, para que não restem dúvidas, está estritamente vinculada ao pensamento da Escola de Chicago e sua aplicabilidade, no sistema jurídico e nas ciências sociais costuma sofrer limitações. Posner é um dos seus renomados críticos, notadamente no que diz respeito à ausência satisfatória de testes estatísticos aplicados à teoria⁶⁸².

A vertente normativa da AED, em contrapartida, revela uma maior associação com os valores e não com os fatos em si, admitindo, em determinados casos, a possibilidade de afastamento das regras jurídicas existentes. Também está bastante preocupada com as noções de justiça e eficiência dos resultados pretendidos⁶⁸³.

⁶⁸⁰ “a vertente de Análise Econômica positiva, de modo geral, trata de um exercício de aferição da eficiência das decisões judiciais, através de uma atividade preditiva, prognóstica. [...] busca observar o impacto de diferentes posturas legais adotadas, e através das consequências, o traçado de uma norma jurídica como sendo eficiente. A vertente positiva da Análise Econômica é, sobretudo, preditiva, analisa o comportamento judicial como forma de antever comportamentos futuros.” (BATISTA, Raphaela Sant'ana. **A possibilidade de realização de Análise Econômica do Direito sob o viés pragmático como parâmetro de efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais**: um estudo sobre a experiência jurisprudencial do STF. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito de Alagoas, Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGD. 2014, p. 67).

⁶⁸¹ “Entendemos que a dimensão positiva se preocupa basicamente com os efeitos e as consequências da vigência e eficácia das normas jurídicas no mundo fático, enquanto a normativa busca propor normas que atinjam um alto grau de eficiência fundamentadas nas consequências econômicas, caso tais regras sejam adotadas, além de possibilitar meios para se alcançar decisões judiciais que, apoiadas em aspectos econômicos e dentro de uma visão pragmática dotada de neutralidade, busquem o bem comum através da maximização da riqueza, considerando-a uma identificação com a fundação ética do Direito.” (OLIVEIRA JUNIOR. Raimundo Frutuoso de. **Aplicações da análise econômica do direito**. Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI realizado em Fortaleza - CE nos dias 09, 10, 11 e 12 de Junho de 2010, p. 368).

⁶⁸² POSNER, Richard. **Problemas de filosofia do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 498.

⁶⁸³ TEIXEIRA, Pedro Freitas. SINAY, Rafael. BORBA, Rodrigo Tavares. A análise econômica do direito na axiologia constitucional. **Revista BNDS**. 2014, p. 196.

BOTELHO, Martin. **A eficiência e o efeito Kaldor-Hicks**: a questão da compensação social. 2016, p. 231.

Por conseguinte, o viés normativo da AED procura sugerir as normas que sejam aptas a alcançarem a maior eficiência possível, dado os resultados econômicos destas. A AED normativa pode, ainda, sugerir os meios para que decisões judiciais maximizem seus resultados, tendo em vista uma mirada pragmática dos aspectos econômicos envolvidos.

Em resumo, a AED, por objetivo a aplicação do instrumental analítico e empírico da Economia, no intuito de explicar e antever as consequências das instituições jurídicas sobre o comportamento humano; neste ponto a AED positiva se propõe avaliá-las sob o critério da eficiência e AED normativa, se propõe a propor arranjos institucionais alternativos para o adimplemento dos objetivos almejados⁶⁸⁴.

4.4 A RECEPÇÃO DO IDEAL ECONOMISTA NO DIREITO BRASILEIRO E SUAS CRÍTICAS

Agora que apresentados alguns fundamentos da Análise Econômica do Direito, a exemplo das noções conceituais, das escolas de pensamento estrangeiras, dos pressupostos básicos e vertentes doutrinárias desta Teoria do Direito, faz-se imperioso contextualizar a recepção e rejeição deste ideal economista no ordenamento jurídico nacional.

Serão explorados, na sequência, os reflexos positivos e negativos da importação deste modelo teórico jurídico para terras brasileiras, trazendo à superfície a discussão conflituosa entre eficiência e justiça, resultante das divergências entre seu aspecto positivista e normativista. Uma proposta conciliatória deste cruzamento econômico-jurídico também será abordada.

⁶⁸⁴ ARIDA, Persio. A pesquisa em direito e em economia. **Revista GV**. São Paulo, v. 1, n. 1, 2005, p. 11-22.

4.4.1 Dos reflexos e críticas da AED no Brasil

Não são poucos os operadores do direito que denunciam a irrefletida importação de doutrinas estrangeiras para o Brasil⁶⁸⁵; tal importação, que nem sempre vem acompanhada das conjunturas políticas e históricas, que determinaram o nascimento da teoria na sua origem, pode causar efeitos deletérios, visto que uma miscigenação jurídica desta ordem, introduzida no ordenamento jurídico pátrio sem um necessário juízo crítico e sem a aferição da sua compatibilidade com a ordem constitucional vigente, pode prejudicar (para dizer o mínimo) direitos e garantias fundamentais, desta maneira, tal sincretismo jurídico, anestesiado de senso crítico, não pode ser festejado irrefletidamente, devendo, sim, ser denunciado e discutido criticamente, a fim de se resgatar a coerência da hierarquia das fontes⁶⁸⁶, preservando-se desta maneira a ordem constitucional.

Neste cenário, se pode dizer que com a Análise Econômica do Direito não foi muito diferente, vez que como se verá adiante, a mesma no Brasil carece da imposição de limites claros para o seu uso, a fim de impedir que ela avance sobre direitos e garantias fundamentais (blindagem constitucional).

Sobre a AED, cumpre então externar que enquanto o movimento “*Law and Economics*” avançava nos EUA desde meados de 1961 com a Escola de Chicago, os estudos no Brasil a respeito começaram a ganhar força entre o final de 1990 e início de 2000⁶⁸⁷.

⁶⁸⁵ “Contudo, no cenário jurídico, ainda permanecemos caudatários das ideias oriundas dos chamados Estados centrais. A produção científica local costuma ser ignorada ou, pior, desprezada, em benefício de teses que pouco ou nada têm a ver com nosso cenário político, jurídico e social. Infelizmente, ainda soa *cult* ressoar autores estrangeiros, que refletiram a partir de constructos sociais diversos do nosso e cujas conclusões e resultados seriam diferentes, antagônicos ou até mesmo contraditórios, se devidamente adaptados à nossa conjuntura. [...] A tendência importadora acrítica de matrizes teóricas dos Estados centrais é um fenômeno histórico típico de países colonizados.” (SANTOS JÚNIOR, Rosivaldo Toscano dos. Juristas colonizados? Crítica à importação de teorias jurídicas. **Revista da AJURIS**. v. 40. n. 132. Dezembro de 2013, p. 352-353 e 356).

⁶⁸⁶ VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 175

⁶⁸⁷ ZANATTA, Rafael A. F. Desmistificando a Law and Economics: a receptividade da disciplina Direito e Economia no Brasil. *In*: **Revista dos Estudantes da Universidade de Brasília**. 10. ed. 2011,

Se internacionalmente nomes como Ronald Harry Coase, Guido Calabresi e Richard Posner foram precursores, nacionalmente se teve como expoentes Armando Castelar Pinheiro - economista famoso pelo artigo “O Judiciário e a Economia no Brasil” (2000) - e Décio Zylbersztajn e Rachel Sztajn - organizadores do compêndio colaborativo “Direito e Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações” (2005)⁶⁸⁸ e no Sul do país, destaca-se Alexandre Morais da Rosa por seus livros “Diálogos com a law e economics”⁶⁸⁹, “O processo eficiente na lógica econômica: desenvolvimento, aceleração e direitos fundamentais”⁶⁹⁰ e “Teoria dos Jogos e Processo Penal: A Short Introduction”⁶⁹¹.

É mais comum encontrar maior aplicabilidade para a AED nas áreas do direito de propriedade, das relações contratuais e da responsabilidade civil e, por seguir esta tendência, provavelmente não houve, no Brasil, um foco bibliográfico maior em questões que envolvessem lógica, racionalidade e decisões judiciais eficientes, quanto houve no direito civil, no comercial e no societário, quanto aos riscos econômicos e danos eficientes⁶⁹².

Muito embora tenha conquistado espaço nas universidades brasileiras, a referida teoria não foi “aculturada”, isto é, adaptada à realidade destinatária (cumpre rememorar, como se disse anteriormente, que Posner escreve com base (e fundado) na *Common Law* norte-americana). Se manteve, predominantemente, o método e aplicação advindo da vertente de Chicago; não obstante esta apropriação, a produção acadêmica nacional sobre a AED acabou se debruçando sobre nichos jurídicos específicos e se caracterizando por uma “miríade

p. 14-15.

⁶⁸⁸ SANTANA, Paulo Victor Pinheiro. Análise Econômica no Direito Brasileiro: limites e possibilidade. In: **Lex Humana**, Petrópolis, v. 6, n. 1, p. 156-179, 2014, ISSN 2175-0947, p. 16.

⁶⁸⁹ MORAIS DA ROSA, A.; AROSO LINHARES, J. M. **Diálogos com a law & economics**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. v. 1. 280p.

⁶⁹⁰ MORAIS DA ROSA, A.; JR, Julio Cesar Marcelino. **O processo eficiente na lógica econômica: desenvolvimento, aceleração e direitos fundamentais**. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. v. 1.130p.

⁶⁹¹ MORAIS DA ROSA, A. **Teoria dos Jogos e Processo Penal - A short Introduction**. 1. ed. Florianópolis/SC: Empório do Direito, 2017. v. 1.148p .

⁶⁹² PIMENTA, Eduardo Goulart. Lana, Henrique Avelino Rodrigues de Paula. Análise Econômica do Direito e sua relação com o direito civil. In: **Revista da Faculdade de Direito - UFMG**, Belo Horizonte, n. 57, p. 85-138, jul./dez. 2010, p. 22-25.

de textos aparentemente desconexos”⁶⁹³.

O descaso com as diversas escolas estrangeiras, a ausência de distinção entre os aspectos normativo e positivista, a carência de pesquisa acerca dos fundamentos e o não desapego da radicalidade efficientista Posniana foram algumas das razões que contribuíram para que houvesse um repúdio ideológico⁶⁹⁴ à *Análise Econômica do Direito* em território brasileiro⁶⁹⁵, prejudicando sobremaneira o avanço dos estudos nesta área.

Neste contexto crítico brasileiro, o que fora resumido acima, se destaca a indistinção do aspecto normativo e positivo da AED. As escolas internacionais trabalham com diferentes perspectivas, com diferentes metodologias, enquanto alguns autores pátrios costumam as tratar de forma homogênea, e outros de maneira contraposta. Não são tratados complementarmente. Não há uma utilização otimizada. Se perde, com isso, interdisciplinaridade e aplicabilidade⁶⁹⁶.

De um lado, a vertente positiva preza pela descrição e análise da eficácia econômica da norma, valorizando paralelamente fatos sociais e aportes transdisciplinares – como a história, a sociologia, a antropologia, a filosofia e a psicologia⁶⁹⁷ – cuja apreciação exclusiva pelo direito as dispensaria; e, deliberadamente as afastando, problemas complexos e soluções aparentes restariam encortinadas, sob pretexto de ultrapassada visão purista jurídica.

Do outro lado, a vertente normativa preceitua alterações

⁶⁹³ PIETROPAULO, João Carlos. **Limites de critérios econômicos na aplicação do direito:** hermenêutica e análise econômica do Direito. 2010. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 152.

⁶⁹⁴ Sobre tal questão, vide o seguinte comentário de Daniel Goldberg: “É de se notar, contudo, que, para se tornar instrumental, o conceito de ‘eficiência econômica’ perdeu substrato moral. Soluções eficientes podem ser tremendamente ‘injustas’, já que agora não mais se exige que a situação de todos seja incrementada, mas apenas que o saldo seja positivo. Aplicada dessa forma, a eficiência torna-se apenas uma indispensável análise de custo-benefício: quaisquer que sejam a política adotada e os objetivos perseguidos, há sempre uma forma eficiente, e que desperdiça menos recursos, de fazê-lo.” (GOLDBERG, Daniel. **Poder de compra e política antitruste**. São Paulo: Editora Singular: 2006, p. 42).

⁶⁹⁵ ZANATTA, Rafael A. F. Desmistificando a Law and Economics: a receptividade da disciplina Direito e Economia no Brasil. *In: Revista dos Estudantes da Universidade de Brasília*. 10. ed. 2011, p. 18.

⁶⁹⁶ SANTANA, Paulo Victor Pinheiro. *Análise Econômica no Direito Brasileiro: limites e possibilidade*. *In: Lex Humana*, Petrópolis, v. 6, n. 1, p. 156-179, 2014, ISSN 2175-0947, p. 17.

⁶⁹⁷ TIMM, Luciano Benetti (org). **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 53.

jurídicas pautadas na eficiência e economicidade que, se insertos na realidade jurídica e legislativa brasileira – mesmo não sendo objetivos fundamentais constitucionais⁶⁹⁸ – poderiam contribuir com a solidariedade (art. 3º, inciso I, da CRFB) e com a erradicação da pobreza (art. 3º, inciso III, da CRFB), fatores estes que de fato são objetivos fundamentais da Constituição Brasileira⁶⁹⁹.

A Análise Econômica do Direito normativa é significativamente criticada, por ela potencialmente hierarquizar os critérios de eficiência econômica sobre os ditames constitucionais e postulados jurídicos⁷⁰⁰, o que seria deveras prejudicial⁷⁰¹. No entanto, rechaçar quaisquer contribuições que esta vertente teoria possa oferecer parece contraproducente. Questiona-se se eventual relativização não garantiria “o melhor dos dois mundos”.

Outrossim, repreendem alguns juristas e legalistas brasileiros a teoria e a aplicação da Análise Econômica do Direito presumindo que seu método economicista reduzirá os aspectos sociais-jurídicos em fórmulas matemáticas, monetárias e estatísticas. Acontece que esta interpretação é tradicionalista, equivocada e restritiva⁷⁰². Em verdade, a parceria direito-economia insere novos critérios racionais e eficientes à “equação”, aprimorando-a, otimizando-a.

⁶⁹⁸ FORGIONI, Paula A. Análise econômica do direito (AED): Paranóia ou mistificação? In: **Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro**. São Paulo: Malheiros, Ano XLIV, julho-setembro/2005, p. 252-255.

⁶⁹⁹ SANTANA, Paulo Victor Pinheiro. Análise Econômica no Direito Brasileiro: limites e possibilidade. In: **Lex Humana**, Petrópolis, v. 6, n. 1, p. 156-179, 2014, ISSN 2175-0947, p. 18.

⁷⁰⁰ “O problema, e parece que poucos no âmbito jurídico se deram conta disso, é que o modelo de Estado eficiente é manifestamente incompatível com o plus normativo da Constituição de 1988 (STRECK, 2008), que traz consigo o projeto de um Estado voltado a recompor o histórico déficit social existente. E com o compromisso dirigente dos Direitos Fundamentais sociais, isso fica bem claro.” (ROSA, Alexandre Morais da. MARCELLINO Jr., Julio Cesar. Os direitos fundamentais na perspectiva de custos e o seu rebaixamento à categoria de direitos patrimoniais: uma leitura crítica. Constituição, Economia e Desenvolvimento: **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Curitiba, 2009, n. 1, Ago-Dez. p. 7-23, p. 15).

⁷⁰¹ SANTANA, Paulo Victor Pinheiro. Análise Econômica no Direito Brasileiro: limites e possibilidade. In: **Lex Humana**, Petrópolis, v. 6, n. 1, p. 156-179, 2014, ISSN 2175-0947, p. 18.

⁷⁰² SANTANA, Paulo Victor Pinheiro. Análise Econômica no Direito brasileiro: limites e possibilidade. In: **Lex Humana**, Petrópolis, v. 6, n. 1, p. 156-179, 2014, ISSN 2175-0947, p. 19.

4.4.2 Da proposta conciliatória econômico-jurídica

Em retrospecto a todos os pressupostos, fundamentos, variantes e críticas da Análise Econômica do Direito apresentados até o momento, perceptível é o fato de que as diversas potenciais vantagens ao sistema jurídico, mormente no tocante à eficiência e aplicabilidade, fazem com que a temática seja merecedora de estudos. E se também existe desvantagens, uma proposta conciliadora econômica-jurídica parece alternativa razoável.

Resta clarividente que a comunidade jurídica brasileira precisa atualizar suas perspectivas e reavaliar os fundamentos da Análise Econômica do Direito para somente assim chegarem a um consenso, a um veredito, a um posicionamento. Os juristas e legalistas precisam fazer “uma reflexão epistemológica da escola, delimitando suas vertentes, seu método e seus limites de aplicabilidade”⁷⁰³. É preciso desbravar profundamente a AED.

Em relação à crítica “economicista” ou “eficientista” responsável em grande parte pelo estigma de repulsa ideológica que recaí sobre a AED, para que uma proposta harmônica seja possível, indispensável é que o discurso passe por uma “filtragem constitucional” para que definitivamente sejam respeitados e preservados os “imperativos jurídicos nacionais”, a exemplo dos direitos, garantias e objetivos fundamentais⁷⁰⁴.

Não bastasse esta revisão literária dos aspectos basilares e das derivações da teoria jurídico-econômica em apreço, bem como a necessidade deste controle constitucionalista, uma proposta que concilie as benesses de um método legal e econômico precisa ser compatível com a realidade jurídica brasileira. É pretensioso em demasia esperar que a importação de uma teoria americana – e suas metodologias – seja perfeitamente pareada de forma automática.

⁷⁰³ SANTANA, Paulo Victor Pinheiro. Análise Econômica no Direito brasileiro: limites e possibilidade. In: **Lex Humana**, Petrópolis, v. 6, n. 1, p. 156-179, 2014, ISSN 2175-0947, p. 20.

⁷⁰⁴ SANTANA, Paulo Victor Pinheiro. Análise Econômica no Direito brasileiro: limites e possibilidade. In: **Lex Humana**, Petrópolis, v. 6, n. 1, p. 156-179, 2014, ISSN 2175-0947, p. 21.

As premissas e fatores que levaram a sua consolidação no exterior dificilmente serão as mesmas variáveis e condições que justificarão sua implantação no Brasil. O progresso histórico, social, econômico, político de ambos são distintos. Os costumes, a linguagem, o território e as legislações são diferentes. Um cruzamento teórico/metodológico automático, sem a devida “aculturação”, não parece resolver o conflito entre justiça e eficiência.

A interdisciplinariedade seria um potencial reforço neste processo de adaptação. A união de contribuições de múltiplas áreas ao direito, que não apenas a da economia – mas especialmente ela – revelaria problemáticas, soluções e abordagens variadas, as quais tornariam a análise, a interpretação, a decisão e a normatização jurídica mais completa, ambivalente e eficiente e, por conseguinte, poderia tornar mais célere este abasileiramento da AED⁷⁰⁵.

A conciliação deste “diálogo de conhecimentos” ao invés de uma visão kelseniana, somado com a mencionada aplicabilidade limitada da Análise Econômica do Direito no Brasil, mitigada em favor da observância dos ditames constitucionais maiores, pode resultar em um direito atualizado (menos tradicionalista), contextualizado (mais adequado) e otimizado (mais eficiente), aproximando-se do nível de justiça idealizados à Sociedade⁷⁰⁶.

4.5 A ANÁLISE ECONÔMICA DO JUÍZO DE CONSTITUCIONALIDADE DOS ÓRGÃOS DE JULGAMENTO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO

As contribuições da Análise Econômica do Direito também podem ser valiosas à esfera extrajudicial brasileira. Se entendido que o juízo de constitucionalidade não é uma exclusividade do Poder Judiciário, mas também dos julgadores administrativos, sobretudo os dos órgãos julgadores administrativos

⁷⁰⁵ SANTANA, Paulo Víctor Pinheiro. Análise Econômica no Direito brasileiro: limites e possibilidade. *In: Lex Humana*, Petrópolis, v. 6, n. 1, p. 156-179, 2014, ISSN 2175-0947, p. 21.

⁷⁰⁶ SANTANA, Paulo Víctor Pinheiro. Análise Econômica no Direito brasileiro: limites e possibilidade. *In: Lex Humana*, Petrópolis, v. 6, n. 1, p. 156-179, 2014, ISSN 2175-0947, p. 21.

tributários, interpretações economicistas pautadas na eficiência (com o devido filtro constitucional) e na gestão de recursos podem sim trazer significativas vantagens ao Estado brasileiro.

Uma abordagem diferenciada, balanceada pelos critérios de custo-benefício, eficiência e pelos filtros constitucionais, poderia fazer a diferença na hora de solucionar os conflitos entre contribuintes e Administração Pública. Mesmo porque é inegável a ineficiência do contencioso tributário brasileiro, a exemplo da grande litigiosidade e morosidade decisória judicial.

Apostando neste tratamento jurídico diferenciado, debruça-se sobre a questão nos tópicos seguintes, tecendo, *a priori*, algumas considerações acerca do juízo de constitucionalidade e processo fiscal administrativos e, *a posteriori*, traçando um diagnóstico da morosidade dos julgamentos do Judiciário e os reflexos decorrentes nos negócios jurídicos empresariais.

4.5.1 Do juízo de constitucionalidade dos órgãos de julgamento administrativo tributário

O controle de constitucionalidade é o mecanismo reparatório do sistema jurídico brasileiro responsável pela investigação da conformidade ou desconformidade dos atos legais ou normativos com a Constituição Federal. Portanto, segundo Moraes, “controlar a constitucionalidade significa verificar a adequação (compatibilidade) de uma lei ou ato normativo com a constituição, verificando seus requisitos formais e materiais”⁷⁰⁷.

Para tanto, não exaustivamente, se considera como ato normativo passível de controle de constitucionalidade: (i) resoluções administrativas dos Tribunais de Justiça; (ii) deliberações administrativas dos órgãos do Poder Judiciário; (iii) atos normativos federais, distritais, estaduais e municipais derogatórios

⁷⁰⁷ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 32. ed. São Paulo: Editora Altas. 2007, p. 627.

(mas não os de efeitos concretos)⁷⁰⁸. Não taxativamente, as leis federais, estaduais e municipais também estão sujeitas ao controle difuso ou concentrado⁷⁰⁹.

No entanto, aqui se defende que o controle de constitucionalidade não é um instrumento unicamente à disposição do Poder Judiciário. A Constituição Federal igualmente garante esta jurisdicionalização aos órgãos administrativos julgadores: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (art. 5º, inciso LV, da CRFB)⁷¹⁰.

O direito ao contraditório e à ampla defesa supramencionados, acrescido da garantia ao devido processo legal (art. 5º, inciso LIV, da CRFB)⁷¹¹ são três máximas do Estado Democrático de Direito e, por conseguinte, não podem ser excluídas da apreciação administrativa caso seja esta a opção do administrado. Esta postura constitucional comprova a tendência moderna de declínio de funções legislativas e jurisdicionais em favor do Poder Executivo⁷¹².

Eis aqui o ponto nevrálgico onde se inter cruzam a Análise Econômica do Direito, o processo administrativo tributário e o juízo de constitucionalidade, pois os órgãos de julgamento administrativo tributário constituem uma garantia extra, promovida pelo Estado aos contribuintes, de que o conflito fiscal será justamente solucionado. Não bastasse este reforço, vale destacar

⁷⁰⁸ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Editora Altas, 2003, p. 492-494.

⁷⁰⁹ São espécies de controle constitucional concentrado: (i) Ação Direta de Inconstitucionalidade Genérica – ADIn (art. 102, I, “a”, da CRFB); (ii) Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva – ADIn Interventiva (art. 36, III, da CRFB); (iii) Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão – ADIn por Omissão (art. 103, §2º, CRFB); (iv) Ação Declaratória de Constitucionalidade – ADECO ou ADC (art. 102, I, “a”, *in fine*, CRFB); (v) Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF (art. 102, §1º, CFRB) (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 10/12/2018).

⁷¹⁰ art. 5º, inciso LV. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 10/12/2018.

⁷¹¹ art. 5º, inciso LIV. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 10/12/2018.

⁷¹² VALADÃO Marcos Aurélio Pereira. (org.). **Estudo sobre o contencioso administrativo fiscal da federação brasileira**: problemas e soluções. Escola de Administração Fazendária (Esaf). Programa de Pesquisa Fórum Fiscal dos Estados. Disponível em: <<http://www.esaf.fazenda.gov.br/assuntos/biblioteca/estudo-sobre-o-contencioso-administrativo-fiscal-da-federacao-brasileira-problemas-e-solucoes.pdf>>. Acesso em 10/12/2018.

que o contencioso administrativo funciona como sistema de autocontrole decisório e reduz a litigiosidade tributária do Judiciário.

O deslocamento desta discussão tributária ao âmbito administrativo pode surtir efeitos positivos aos respectivos órgãos, conferindo-lhes maior credibilidade, sustenta Aquino. Obviamente, uma criteriologia deve ser adotada e respeitada, para tanto, o referido autor levanta duas destas condições: (i) ciência dos princípios relativos à atividade judicante e livre convencimento adstrito à observância legal; e (ii) praxe decisória pautada na isenção e imparcialidade:

Destaca as vantagens da discussão tributária no âmbito administrativo e conclui que a credibilidade dos seus órgãos judicantes decorre da prática imparcial e isenta. Para tanto, ao menos duas condições se impõe: Primeiro: para desenvolver suas atribuições, o julgador deve ser consciente dos princípios que pautam a atividade judicante e esteja preparado para decidir pautado na livre formação do convencimento mediante estrita obediência à ordem legal. Segundo: a prática imparcial e isenta dos órgãos judicantes deve ser promovida pela Administração sob a égide dos princípios constitucionais, sem se permitir atuar com inapropriadas interferências no funcionamento objetivo desses órgãos⁷¹³.

Ao se ponderar a este respeito, resta inferida a preocupação existente com a observância dos princípios constitucionais e praxes judiciais pelos órgãos administrativos julgadores, inclusive os tributários. Isto traz à tona a questão da eficácia limitada das decisões administrativas, que jamais serão definitivas, cabendo ao Judiciário eventual “veredito” sobre o litígio. Portanto, esgotadas as instâncias administrativas, o recurso via judicial está autorizado.

Neste mesmo sentido, é proibição constitucional a expropriação patrimonial do contribuinte vencido no processo administrativo tributário: “ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido

⁷¹³ VALADÃO Marcos Aurélio Pereira. (org.) **Estudo sobre o contencioso administrativo fiscal da federação brasileira**: problemas e soluções. Escola de Administração Fazendária (Esaf). Programa de Pesquisa Fórum Fiscal dos Estados. Disponível em: <<http://www.esaf.fazenda.gov.br/assuntos/biblioteca/estudo-sobre-o-contencioso-administrativo-fiscal-da-federacao-brasileira-problemas-e-solucoes.pdf>>. Acesso em 10/12/2018.

processo legal” (art. 5º, inciso LIV, da CRFB)⁷¹⁴. Havendo improcedência ou revelia em desfavor do contribuinte, este poderá recorrer ao Judiciário ou adimplir a obrigação, sob pena de responder a processo de execução fiscal⁷¹⁵.

Aproveitando a abordagem propedêutica, imperioso esclarecer quais sejam estes citados órgãos administrativos tributários julgadores. Antes de tudo é preciso deixar claro que é a própria Administração Pública a responsável pela criação destes órgãos e que eles são organizados hierarquicamente, ou seja, são estruturados em “graus de jurisdição administrativa”. Podem ser ainda encontrados na esfera federal, estadual, distrital e municipal.

Na esfera federal, o órgão de primeira instância é a Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento (DRFBJ)⁷¹⁶, que é um órgão colegiado deliberativo interno. Em caso de recurso das decisões das DRFBJ, o órgão incumbido do julgamento é o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) e ainda, como instância especial, as decisões são apreciadas pela Câmara Superior de Recursos Fiscais (CSRF).

No âmbito estadual e municipal os órgãos administrativos tributários correspondentes são as Secretarias da Receita dos Estados e Secretarias da Receita dos Municípios. Ademais, referidos órgãos também possuem um duplo grau de jurisdição, havendo até mesmo a possibilidade de ser instituída uma instância especial mediante legislação local. Outrossim, todos igualmente são reconhecidos como órgãos colegiados e paritários.

⁷¹⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, art. 5º, inciso LIV. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 10/12/2018).

⁷¹⁵ BRASIL. **Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980**. Dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6830.htm>. Acesso em 10/12/2018.

⁷¹⁶ BRASIL. **Lei nº 11.457, de 16 de março de 2007**. Dispõe sobre a Administração Tributária Federal, e outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11457.htm>. Acesso em 10/12/2018.

4.5.2 O processo administrativo tributário e a ineficiência do contencioso tributário brasileiro

Nos ensinamentos de James Marins, “o processo administrativo tributário refere-se ao conjunto de normas que disciplina o regime jurídico processual administrativo aplicável às lides tributárias deduzidas perante a Administração Pública”⁷¹⁷. Hugo Machado, seguindo semelhante raciocínio, preleciona que este é uma sequência organizada de atos administrativos que fazem parte da resposta da Administração Pública a um conflito com o contribuinte⁷¹⁸.

É perceptível das definições dos sobreditos autores e das legislações aplicáveis que o processo administrativo tributário ou processo administrativo fiscal consiste em um conjunto de atos legalmente previstos e que objetivam resolver os conflitos de natureza fiscal/tributárias existentes entre o contribuinte (ou responsável tributário, ou terceiro) e o Fisco (conjunto de órgãos que arrecadam os tributos).

A legislação aplicável do processo administrativo tributário é diferente para cada uma das esferas. No âmbito federal, a questão é regulamentada pelo Decreto nº 70.235/1972⁷¹⁹, norma em vigor, recepcionada pela CRFB, e que atualmente é disciplinada pela Lei nº 11.457/2007, envolvendo matérias referentes às cobranças e recolhimentos previdenciário e aos assuntos relacionados à tributação, fiscalização, etc.

No que diz respeito às respectivas legislações do Distrito Federal, dos estados e dos municípios brasileiros quanto à matéria processual administrativa tributária, todos estão autorizados a elaborar legislações tributárias acerca dos tributos que lhes competem. Os municípios, para criação das suas leis

⁷¹⁷ MARINS, James. **Direito processual tributário brasileiro (administrativo e judicial)**. São Paulo: Dialética, 2003, p. 200.

⁷¹⁸ MACHADO, Hugo de Brito. **Mandado de segurança em matéria tributária**. 8ª ed. São Paulo: Dialética, 2013, p. 264.

⁷¹⁹ BRASIL. **Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972**. Dispõe sobre o processo administrativo fiscal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D70235cons.htm>. Acesso em 10/12/2018.

tributárias, devem observar ainda um regramento geral, conhecida como “Lei Orgânica dos Municípios” (art. 29 da CRFB).

Fato intrigante é que esta jurisdição administrativa tributária exercida pelo Poder Executivo, nas múltiplas esferas que se encontra disponível, aparenta ser cada vez mais um bom substituto à jurisdição tributária realizada pelo Poder Judiciário. São vários os fatores que comprovam esta afirmativa, sendo o maior deles a ineficiência do contencioso tributário evidenciado pela morosidade decisória.

É consabido que as razões ocasionadoras de litigiosidade tributária em solo brasileiro são várias, mas entre elas, merecem destaque especial a evasão fiscal, o descalabro econômico e a crescente complexidade e mutabilidade do sistema tributário pátrio.

Conforme Aquino, a lentidão decisória do judiciário, o excesso de formalidade e o maior dispêndio ocorrido na judicialização das lides, são fatores que tornam o contencioso administrativo atrativo ao contribuinte. Tal atratividade é ainda aumentada pelo fato de que os julgadores administrativos geralmente possuem maior conhecimento sobre a legislação tributária específica posta a sua apreciação e também pelo fato de que o eventual êxito do contribuinte na esfera administrativa, faz coisa julgada formal a seu favor, não podendo a Administração recorrer ao Poder Judiciário contra a decisão administrativa⁷²⁰:

Dentre as vantagens, se destacam as seguintes: a) O processo administrativo é, em regra, mais célere, menos formal, menos dispendioso, não exige a contratação de advogado nem impede que este nele funcione, e, em seu transcurso, os gravames causados pelo ato impugnado mantêm-se suspensos; b) Também como regra geral, as autoridades julgadoras possuem maior conhecimento da legislação específica, e das peculiaridades dos fatos em questão; c) O

⁷²⁰ VALADÃO Marcos Aurélio Pereira. (org.) **Estudo sobre o contencioso administrativo fiscal da federação brasileira**: problemas e soluções. Escola de Administração Fazendária (Esaf). Programa de Pesquisa Fórum Fiscal dos Estados. Disponível em: <<http://www.esaf.fazenda.gov.br/assuntos/biblioteca/estudo-sobre-o-contencioso-administrativo-fiscal-da-federacao-brasileira-problemas-e-solucoes.pdf>>. Acesso em 10/12/2018.

eventual êxito do contribuinte nesta esfera faz coisa julgada formal a seu favor, não podendo a Administração recorrer ao Poder Judiciário contra a decisão administrativa [...] ⁷²¹.

Como visto alhures, não é mistério que o Judiciário está severamente congestionado de processos e não está conseguindo entregar uma prestação jurisdicional eficiente. A crise econômica que nos últimos anos vem castigando os cidadãos e dificultando a governança financeira e a baixa perspectiva futura de melhora, com grande certeza refletirão nas arrecadações e repasses orçamentários, a exemplo dos que seriam destinados à manutenção dos tribunais nacionais.

A previsão é de que esta redução do suporte financeiro provoque um acréscimo de ineficiência na prestação jurisdicional, baque este dobrado em virtude do prejuízo econômico (*background*) que os contribuintes lidam diariamente. Apesar de estarem, o Judiciário e o Legislativo, atualmente investindo em soluções tecnológicas e incentivando as formas extrajudiciais de resolução de conflitos, a realidade jurídica morosa e litigante subsiste. Gico Junior adverte:

Subsidiar a litigância é justamente o que o Brasil vem fazendo nos últimos anos, quando (a) criou os juizados especiais de pequenas causas nos quais não é necessário um advogado e não há custas processuais; (b) criou a defensoria pública (advogados públicos pagos pelo contribuinte); (c) criou a assistência judiciária gratuita – AJG (possibilidade de alguém não ter de pagar custas processuais, mesmo na justiça comum, nem honorários de sucumbência); (d) manteve o sistema de custas processuais abaixo do custo social de cada processo; etc. Tudo isso significa que é o contribuinte quem arca com parte dos custos de cada processo e não a parte litigante, o que claramente é um subsídio ao litígio e à parte da sociedade que litiga. ⁷²²

⁷²¹ AQUINO, Jorge Inácio de. O contencioso administrativo tributário no Brasil – órgãos de julgamento. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo: Dialética. n. 184. p. 57-69. Jan. 2011.

, Teresina, ano 15, n. 2613, 27 ago. 2010, p. 2. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/17265>>. Acesso em 10/12/2018.

⁷²² GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. **A tragédia do Judiciário**: subinvestimento em capital jurídico e sobreutilização do Judiciário. p. 35. Tese (Doutorado em Economia Política) – Programa de Pós-

O que resta clarividente do excerto transcrito é que predomina um subinvestimento de capital jurídico⁷²³ e uma sobreutilização do Judiciário, resultando em uma dúplici condição desencadeadora de ineficiência na concretude da prestação jurisdicional judicial. Eis várias das razões pelas quais a escolha do processo administrativo tributário reúne diversas vantagens que, respeitado o juízo de constitucionalidade, apenas beneficiariam o contribuinte e o Estado.

4.5.3 Reflexos da morosidade judiciária sobre os negócios jurídicos empresariais

A ineficiência do contencioso administrativo tributário, mormente em decorrência da morosidade judiciária, acaba surtindo efeitos sobre as relações jurídicas empresariais. Esta relação de causa e consequência se justifica no fato de que a empresa, em tempos modernos, desempenha um papel de motriz econômica, porquanto ao exercer sua função socializante, oportuniza empregos, circula riquezas, paga tributos, estimula concorrência, etc.⁷²⁴

Neste diapasão, a atividade empresarial ultrapassa a exclusiva noção de lucro, dilata seus horizontes, incorpora uma função social e retorna benefícios à Sociedade. Percebendo este potencial reforço ao desenvolvimento socioeconômico nacional, restou garantido constitucionalmente o livre exercício da atividade econômica e se buscou constituir um ambiente que favorecesse à realização de negócios jurídicos empresariais⁷²⁵.

Graduação em Economia, Departamento de Economia, Universidade de Brasília – UnB, Brasília, 2012.

⁷²³ Acredita que os magistrados podem contribuir de maneira mais significativa para a assinalada crise do Judiciário se tiverem seu tempo otimizado para demandas que não sejam frívolas e que não possam ser solucionadas extrajudicialmente.

⁷²⁴ MOREIRA, Samantha Caroline Ferreira. **Ineficiência da prestação jurisdicional nos litígios empresariais à luz da análise econômica do direito**. Belo Horizonte, 2016, p. 75. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade FUMEC.

⁷²⁵ MOREIRA, Samantha Caroline Ferreira. **Ineficiência da prestação jurisdicional nos litígios**

Portanto, é necessário garantir a existência de um Poder Judiciário funcional para que este ambiente propício ao desenvolvimento socioeconômico seja possível. Esta funcionalidade implica celeridade e efetividade na entrega da prestação jurisdicional. No entanto, é de notório saber que estas não costumam ser características dos Judiciários de países em desenvolvimento e o Brasil, como já explorado em linhas anteriores, não escapa deste estereótipo⁷²⁶.

Outro pernicioso aspecto desse quadro é denunciado por Ivo Teixeira Gico Junior⁷²⁷, o qual chama a atenção para o fato de que tal lentidão do judiciário é utilizada como ferramenta de “burla ao direito” por pessoas que se servem da morosidade judicial com fins escusos, ou seja, que usam a demora judicial para não cumprirem suas obrigações, o que gera, segundo o autor, uma “seleção adversa” posto que a um só tempo, afasta legítimos possuidores de direitos e atrai sujeitos que não detém direitos para as lides do judiciário.

Desta forma, se o Judiciário opera morosamente estará ele descumprindo sua função de pacificador social e, conseqüente e paralelamente, estará ele prejudicando a dinâmica empresarial e obstando-a de trazer os positivos resultados à Sociedade⁷²⁸. Reside neste entendimento, consoante defendem Zylbersztajn e Sztajn, uma influência recíproca entre direito e economia e entre

empresariais à luz da análise econômica do direito. Belo Horizonte, 2016, p. 75. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade FUMEC.

⁷²⁶ GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. **A tragédia do Judiciário: subinvestimento em capital jurídico e sobreutilização do Judiciário.** 146 f. Tese (Doutorado em Economia Política) – Programa de Pós-Graduação em Economia, Departamento de Economia, Universidade de Brasília – UnB, Brasília, 2012, p. 88-89.

⁷²⁷ “A demora em ter acesso ao serviço público adjudicatório é apenas um aspecto mais óbvio da Crise do Judiciário. Há outro aspecto que, do ponto de vista da justiça social, bem como da função econômica do Judiciário como garantidor das barganhas políticas e privadas, pode ser ainda mais grave e pernicioso: a seleção adversa decorrente da Tragédia do Judiciário e a transformação do Judiciário em um mecanismo de burla ao direito.” (GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. **A tragédia do Judiciário: subinvestimento em capital jurídico e sobreutilização do Judiciário.** p. 119. Tese (Doutorado em Economia Política) – Programa de Pós-Graduação em Economia, Departamento de Economia, Universidade de Brasília – UnB, Brasília, 2012).

⁷²⁸ “A incorporação do elemento tempo na condição de litigância ilustra de forma simples como a morosidade judicial reduz a utilidade social do Judiciário. Todo e qualquer grupo que tenha como interesse a expansão de direitos e sua efetividade deve ter na morosidade judicial um de seus piores inimigos.” (GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. **A tragédia do Judiciário: subinvestimento em capital jurídico e sobreutilização do Judiciário.** p. 120. Tese (Doutorado em Economia Política) – Programa de Pós-Graduação em Economia, Departamento de Economia, Universidade de Brasília – UnB, Brasília, 2012).

organizações e ambiente institucional⁷²⁹.

4.6 A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO É COMPATÍVEL COM O GARANTISMO CONSTITUCIONALISTA? Uma nova proposta para as decisões dos Tribunais Administrativos no âmbito do Direito Tributário dentro de uma Ordem Constitucional.

Após todas as premissas anteriormente traçadas sobre a Análise Econômica do Direito, seus reflexos no direito pátrio e a ineficiência do contencioso judicial para os negócios jurídicos empresariais, passa-se a verificar a possibilidade de limitação da teoria da Análise Econômica do Direito.

O objetivo é encontrar uma harmonização entre a Análise Econômica do Direito e os direitos fundamentais no âmbito das decisões dos Tribunais Administrativos, em especial no que toca ao julgamento envolvendo direito tributário.

Assim, diante de um sistema judicial moroso, essa harmonização se torna fundamental para que se alcance, já na esfera administrativa, decisões mais justas, coerentes e de acordo com a ordem constitucional.

Aliás, no mundo contemporâneo, a busca por soluções mais rápidas e por formas alternativas de resolução de conflitos tem ganhado cada vez mais força, principalmente com a doutrina da Justiça Multiportas⁷³⁰, o que torna a

⁷²⁹ ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel (Orgs.). **Direito & economia: Análise econômica do direito e das organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 3.

⁷³⁰ “A expressão Tribunal Multiportas (*muti-door Courthouse*) foi cunhada em 1976 por Frank Sander, da Harvard Law School, a partir de seus estudos sobre métodos para-judiciários de resolução de conflitos e sua disponibilização para a população [...] Dessa forma, o sistema multiportas funciona como um filtro, fazendo chegar à ação judicial tradicional apenas aqueles casos em que a intervenção do Poder Judiciário seja realmente indispensável, uma vez que a solução técnico-jurídica oferecida por um juiz togado nem sempre será a mais adequada para todos os tipos de conflito.” (VELAME, Glauber Rocha. SANTANA, Samene Batista Pereira. Justiça multiportas: da alternatividade ao princípio da adequação. Integrart - **Revista Eletrônica da Fainor**, Vitória da Conquista, v.2, n.1, p. 62-85, jul./dez. 2017, p. 69).

discussão do presente trabalho ainda mais relevante.

Voltando os olhares, com essa bagagem, para os julgamentos envolvendo questões tributárias, é necessário, inicialmente, ressaltar a importância do respeito aos direitos fundamentais tanto para os contribuintes na qualidade de pessoas naturais, quanto de pessoas jurídicas.

Nesse norte, no desenvolver deste capítulo, primeiramente, serão traçadas algumas linhas sobre os direitos fundamentais dos contribuintes, em especial das pessoas jurídicas. Em seguida, se pretende trazer uma proposta de blindagem constitucional para a Análise Econômica do Direito, com fundamento principal na doutrina de Alexandre Morais da Rosa.

4.6.1 Dos direitos fundamentais dos contribuintes, pessoas naturais e jurídicas

Inicialmente, vale lembrar que a Constituição Federal de 1988 trouxe um extenso conjunto de direitos fundamentais, relacionados, principalmente no seu art. 5º. Porém, tais direitos e garantias vão além da previsão do art. 5º da Constituição, eles se espalham por todo o texto constitucional, principalmente no que toca ao direito tributário, para o qual os principais direitos fundamentais dos contribuintes se encontram previstos nos arts. 150 a 152 da CRFB.

Tema, inclusive, pacificado pelo Supremo Tribunal Federal, o qual firmou o entendimento de que o princípio da anterioridade tributária (art. 150, III, *b*, da CF) é cláusula pétrea, não obstante estar situada fora do catálogo dos direitos e garantias fundamentais previstos no artigo 5º.

Ampliando os olhares, cumpre denotar que a Constituição Federal não os elencou em rol não taxativo, uma vez que o seu artigo 5º, §2º, trouxe uma cláusula elástica⁷³¹ para os direitos e garantias fundamentais. Assim, os direitos

⁷³¹ Segundo Raul Machado Horta, a chamada cláusula elástica é uma característica do modelo brasileiro, pois se fez presente nas constituições de 1891, 1934, 1946, 1967, Emenda

e garantias individuais não se esgotam na enumeração constante do texto constitucional, haja vista a possibilidade de inclusão de outros “decorrentes dos regimes e princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República do Brasil seja parte.”⁷³²

Além disso, a Emenda Constitucional 45 acrescentou ao artigo 5º a regra de que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos serão equivalentes às emendas constitucionais, desde que aprovadas com quórum de 3/5 dos votos, em cada casa do Congresso, e, em dois turnos.

Desse modo, tais regramentos constitucionais deram azo a uma construção doutrinária que classifica os direitos fundamentais em expressos, implícitos e decorrentes do regime e dos tratados internacionais, tendo a teoria de o ordenamento jurídico nacional adotado um sistema aberto de direitos fundamentais.

Contudo, esse amplo regramento está voltado para as pessoas naturais, afinal o próprio *caput* do artigo 5º faz expressa menção aos brasileiros e estrangeiros, além do seu conteúdo direcionar as regras mais especificamente aos seres humanos. Já com relação às pessoas jurídicas, o assunto ainda requer maiores debates e delineamentos.

Nessa toada, quando se realiza a análise dos direitos fundamentais dos contribuintes, a preocupação deve se voltar tanto para os contribuintes, pessoas naturais, quanto para os contribuintes, pessoas jurídicas, os quais, inclusive, possuem maior percentual no total da arrecadação tributária, gerando importantes riquezas para o país.

Embora os direitos fundamentais tenham um início voltado para as pessoas naturais, sua extensão às pessoas coletivas foi aos poucos se revelando. Nesse sentido⁷³³, vale acostar a doutrina de Gilmar Ferreira Mendes,

Constitucional de 1969, 1988. Explica que: “Norma constitucional elástica autoriza a ampliação eventual do conteúdo constitucional, para admitir outras garantias e direitos não enumerados, localizados em outras fontes normativas do ordenamento jurídico, desde que resultantes da forma do governo estabelecida na Constituição e dos princípios que ele consigna”. (In: HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional**. 4. Ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey. 2003, p. 222).

⁷³² Art. 5º, § 2º, da CRFB.

⁷³³ “[...] as pessoas jurídicas são equiparadas às físicas, desde que o exercício de um direito seja

Inocência Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, *in verbis*:

Não há, em princípio, impedimento insuperável a que pessoas jurídicas venham, também, a ser consideradas titulares de direitos fundamentais, não obstante estes, originalmente, terem por referência a pessoa física. Acha-se superada a doutrina de que os direitos fundamentais se dirigem apenas às pessoas humanas. Os direitos fundamentais suscetíveis, por sua natureza, de serem exercidos por pessoas jurídicas podem tê-las por titular. [...] Garantias, porém, que dizem respeito à prisão (e.g., art. 5.º, LXI) têm as pessoas físicas como destinatárias exclusivas.⁷³⁴

A respeito, Fernando Castelo Branco sustenta que as garantias fundamentais tiveram seu campo de aplicação expandido para alcançar também as pessoas jurídicas, desde que haja a adequação dos princípios fundamentais à realidade desses entes. Esse autor, lembrando das lições de Alexandre de Moraes, observa que “Os direitos enumerados e garantidos pela Constituição são de pessoas naturais e jurídicas, pois têm direito à existência, à segurança, à propriedade, à proteção tributária e aos remédios constitucionais.”⁷³⁵

Na seara jurisprudencial, a conclusão não é diferente. O Supremo Tribunal Federal não só assentou o entendimento de que as pessoas jurídicas são titulares da proteção fundamental, como afirmou que tal proteção se estende, inclusive, às pessoas jurídicas de direito público.⁷³⁶

Neste sentido, cumpre trazer ainda como exemplos, o direito fundamental de acesso à justiça e o direito fundamental à razoável duração do

compatível com as peculiaridades estruturais da pessoa jurídica e, principalmente, com a sua inexistência biológica” (DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 97).

⁷³⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocência Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. 1. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2009, p.271.

⁷³⁵ BRANCO, Fernando Castelo. **A pessoa jurídica no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2001, p.186.

⁷³⁶ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. AC 2.032-QO/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento: 15.05.2008, Publicação: 20.3.2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo558.htm#transcricao1>>. Acesso em 08/12/2018.

processo⁷³⁷, os quais são igualmente invocáveis por pessoas jurídicas; na mesma linha segue a garantia constitucional ao mandado de segurança, o qual também pode ser utilizado por pessoas jurídicas.⁷³⁸

Por conseguinte, se afirma, então, que as pessoas jurídicas, apesar de não serem destinatárias de todos os direitos fundamentais, possuem aqueles que se conectam com a execução da sua atividade.

4.6.2 O Garantismo Jurídico como possível blindagem de conteúdo mínimo

Verificada a inegável aplicabilidade dos direitos fundamentais também aos contribuintes pessoas jurídicas e remontando aos problemas sofridos, em especial pelos empresários, com a morosidade do judiciário, enfrentados no terceiro capítulo deste trabalho, agora se analisará a possibilidade do uso da Análise Econômica do Direito de forma limitada, ou em harmonia, com os direitos fundamentais, para em seguida verificar a possibilidade dessa aplicação nos julgamentos administrativos dos processos tributários.

O garantismo jurídico como proposta de blindagem constitucional para a Análise Econômica do Direito tem em Alexandre Morais da Rosa, o seu principal defensor, em razão do forte rebaixamento dos direitos fundamentais à lógica do custo-benefício trazida pela Análise Econômica do Direito, reduzindo-os à condição de direitos patrimoniais.⁷³⁹

Antes, porém, de adentrar na proposta de Alexandre, é mister

⁷³⁷ SLAIBI FILHO, Nagib. **Reforma da justiça**. Rio de Janeiro, Impetus, 2005. p. 21.

⁷³⁸ “A essência dos direitos e deveres fundamentais às pessoas coletivas (pessoas jurídicas) significa que alguns direitos não são “direitos dos homens, podendo haver titularidade de direitos fundamentais e capacidade de exercício por parte de pessoas não identificadas com cidadãos de carne e osso.” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 6.ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 421).

⁷³⁹ ROSA, Alexandre Morais da Rosa; MARCELLINO JR, Julio Cesar. Constituição, Economia e Desenvolvimento: **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Curitiba, 2009, vol. 1, n. 1, Ago-Dez. p. 7-23. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/revista/direitosAlexandreJulio.pdf>> Acesso em 08/12/2018.

relembrar os principais enfoques da teoria do garantismo jurídico expostas no capítulo inicial, a qual foi desenvolvida na Itália, por Luigi Ferrajoli. Ela foi desenvolvida inicialmente com um enfoque penalista, entretanto, com o passar do tempo ela foi evoluindo a ponto de se caracterizar como uma Teoria Geral do Direito.

Ferrajoli introduz o garantismo, apresentando seus três sentidos: a) como modelo normativo⁷⁴⁰; b) como teoria do Direito⁷⁴¹ e c) como filosofia política⁷⁴², e, em seus livros subsequentes, afirma, categoricamente, que seu trabalho não se limita à esfera do Direito (Processual) Penal⁷⁴³, mas se aplica às demais áreas do conhecimento jurídico igualmente marcadas por uma crise estrutural das garantias⁷⁴⁴ que caracterizam o Estado de Direito.⁷⁴⁵

No primeiro sentido, deve prevalecer a legalidade estrita em favor do cidadão, buscando a liberdade como regra e a repressão/opressão estatal como exceção; o segundo, referindo-se à dicotomia vigência/validade e à efetivação dos mencionados direitos; e o terceiro implica a incidência na criação das leis e na

⁷⁴⁰ “Como modelo de direito, o constitucionalismo garantista se caracteriza, em relação ao modelo paleo-juspositivista, pela positivação também dos princípios que devem subjazer toda a produção normativa. Por isso, configura-se como um sistema de limites e de vínculos impostos pelas Constituições rígidas a todos os poderes e que devem ser garantidos pelo controle jurisdicional de constitucionalidade sobre o seu exercício: de limites impostos para a garantia do princípio da Igualdade e dos direitos de liberdade, cujas violações por comissão dão lugar a antinomias, isto é, a leis inválidas que devem ser anuladas através da jurisdição constitucional;” (FERRAJOLI, Luigi. in **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2012, p. 24).

⁷⁴¹ “Como teoria do direito, o constitucionalismo positivista ou garantista é uma teoria que tematiza a divergência entre o dever ser (constitucional) e o ser (legislativo) do direito. Em relação à teoria paleo-positivista, o constitucionalismo garantista caracteriza-se pela distinção e virtual divergência entre validade e vigência, uma vez que admite a existência de normas vigentes porque em conformidade com as normas procedimentais sobre a sua formação e, todavia, inválidas porque incompatíveis com as normas substanciais sobre a sua produção.” (FERRAJOLI, Luigi. in **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2012, p. 24).

⁷⁴² “Por fim, como filosofia e como teoria política, o constitucionalismo positivista ou garantista consiste em uma teoria da democracia, elaborada não apenas como uma genérica e abstrata teoria do bom governo democrático, mas sim como uma teoria da democracia substancial, além de formal, ancorada empiricamente no paradigma de direito ora ilustrado.” (FERRAJOLI, Luigi. in **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2012, p. 25).

⁷⁴³ FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**. Teoría del derecho y de la democracia. 1. Teoría del derecho, 2011, p. 187-188.

⁷⁴⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**. Teoría del derecho y de la democracia. 2. Teoría de la democracia., 2011, p. 412.

⁷⁴⁵ TRINDADE, André Karam. Raízes do garantismo e o pensamento de Luigi Ferrajoli. **Revista Eletrônica Consultor Jurídico**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-jun-08/diario-classe-raizes-garantismo-pensamento-luigi-ferrajoli>>. Acesso em 08/12/2018.

ciência legislativa, tendo o pensamento garantista, neste último aspecto, sido desenvolvido e aperfeiçoado com vistas a garantir a liberdade do indivíduo, o uso e gozo de seus bens e a livre manifestação do pensamento.⁷⁴⁶

A teoria do garantismo, portanto, vai além da dogmática jurídica, para analisar também os valores e os componentes que constantemente criam, modificam e renovam o direito. Noutras palavras, poderia se dizer que a teoria de Ferrajoli se baseia na vertente liberal da centralidade da pessoa, com a ideia de que o poder deve se constituir a partir do indivíduo e deve servi-lo.⁷⁴⁷

Ferrajoli entende que o Estado de Direito tem uma concepção formal que faz alusão a um Estado regulado por leis. Além da concepção formal, o Estado de Direito também teria uma concepção substancial ou material, para a qual, além de se regular por estas, o Estado encontra-se sob seu domínio, pois às mesmas é submetido, tendo em vista a implementação do modelo constitucionalista, que ganhou força com a ascensão do pensamento liberal, onde o pacto social impõe a limitação da ação estatal no que diz respeito ao cidadão em vários aspectos, visando preservar-lhe os direitos civis, principalmente os de liberdade e propriedade.⁷⁴⁸

Assim, o Estado passa a ter um papel mais ativo na realização e efetiva tutela dos direitos sociais. Deixa de ser apenas Estado de direito liberal para passar a ser também Estado de direito social. Em síntese: “Enquanto o Estado de direito liberal deve somente *não piorar* as condições de vida dos cidadãos, o Estado de direito social deve ainda *melhorá-las*; deve não somente não ser para elas uma desvantagem, mas, outrossim, ser uma vantagem”⁷⁴⁹.

E nesse norte também segue uma das principais características do garantismo, a distinção entre a vigência das leis e sua validade,

⁷⁴⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 2ª. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 788-789.

⁷⁴⁷ CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de Direito e legitimidade**: uma abordagem garantista. Porto Alegre, Editora Livraria do Advogado, 2006, p.72.

⁷⁴⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 2ª. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 790.

⁷⁴⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 2ª. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 795

pois Ferrajoli passa a tratar esse ponto de forma diversa da tradicional concepção positivista de Kelsen, de modo que direito válido não significa exatamente direito positivado. Nessa senda, a validade deixa de ter um viés formal, positivista, para ter um viés material, ou seja, a validade traz em si também elementos de conteúdo, materiais, como fundamento da norma, e esses elementos seriam os direitos fundamentais⁷⁵⁰.

Essa nova concepção sobre validade da norma leva à premissa de que quando leis, apesar de vigentes, forem inválidas, o juiz não está vinculado juridicamente à sua aplicação. Isso porque aplicar uma lei que viola os direitos fundamentais significa negá-los e não os garantir, o que seria inconcebível, em sua opinião.

Trata-se daquele núcleo mínimo que não pode ser vilipendiado por maiorias eventuais e nem por unanimidade, e no qual se encontram os Direitos Fundamentais que, nessa perspectiva, seriam invioláveis. Tais direitos não somente devem ser respeitados e atendidos, como também garantidos em sua máxima extensão⁷⁵¹.

Todavia, a Análise Econômica do Direito, que vem ganhando força desde 1980, se consolidou no sistema jurídico pátrio, com a reforma gerencial trazida pela emenda constitucional 19/1998, a qual incluiu dentre os princípios da administração pública o princípio da eficiência. Assim, com ressalta Alexandre Morais da Rosa, “A eficiência administrativa, maquiada pelo cativante discurso de

⁷⁵⁰ "Hoje, a nosso ver, a circunstância histórica clama por uma teoria dos direitos fundamentais engajada, que sirva de instrumento de transformação e luta das minorias ainda discriminadas, mormente nos países capitalistas periféricos. Uma teoria dos direitos fundamentais que seja capaz de extrair das normas constitucionais todo o seu conteúdo social, dando-lhes o alcance que deveriam ter e possibilitando a eficácia que se almeja delas. Uma teoria dos direitos fundamentais que expurgue a Constituição-símbolo e faça emergir a Constituição-instrumento-de-cidadania" (MOREIRA GONÇALVES, Flávio José. Notas para a caracterização epistemológica da teoria dos direitos fundamentais, in GUERRA FILHO, Willis Santiago (coord) et al. **Dos Direitos Humanos aos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 40).

⁷⁵¹ “São invioláveis, nem mesmo a lei, expressão do princípio da maioria, pode proibir ou prejudicá-los, vez que expressam as opções fundamentais da democracia. Isso manifesta de forma mais absoluta o princípio de que as necessidades do indivíduo prevalecem quando cotejadas com as do poder público. Quem governa fá-lo-á de acordo com as necessidades dos cidadãos.” (MIGLINO, Arnaldo. **A cor da democracia**. São José/SC: Editora Conceito Editorial. 2010, p. 121/122).

salvaguarda da ‘probidade do erário nacional’, passou a ser o principal e vinculador princípio constitucional, paradigma para todos os demais princípios da Administração Pública”⁷⁵². E continua o autor, chamando a atenção para o fato de que na lógica da eficiência se inadmitte projetos finalísticos como políticas públicas.⁷⁵³

Diante desse quadro que rebaixa os direitos fundamentais à mera condição de direitos patrimoniais⁷⁵⁴, Alexandre Morais da Rosa aponta a teoria do *garantismo jurídico* como uma possível possibilidade de blindagem e proteção, no sentido de efetivá-los na perspectiva compromissória.⁷⁵⁵

Vai ainda mais longe o autor, preocupado com a vulnerabilidade de qualquer enunciado formal, Alexandre Morais da Rosa propõe que o conteúdo dos Direitos Fundamentais, visto como núcleo irreduzível e inviolável, deva ser ainda preenchido pelo critério ético-material de Enrique Dussel⁷⁵⁶, que se preocupa prioritariamente com a realização da *vida, sua produção, reprodução e desenvolvimento*. E, conclui que:

Uma possibilidade, como visto, de resistir a uma reclassificação dos Direitos Fundamentais, que os redimensiona a eixo gravitacional da propriedade e da garantia de contratos, seria

⁷⁵² ROSA, Alexandre Morais da Rosa; MARCELLINO JR, Julio Cesar. Constituição, Economia e Desenvolvimento: **Revista da academia brasileira de direito constitucional**. Curitiba, 2009, vol. 1, n. 1, Ago-Dez. p. 14. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/revista/direitosAlexandreJulio.pdf>>. Acesso em 08/12/2018.

⁷⁵³ ROSA, Alexandre Morais da Rosa; MARCELLINO JR, Julio Cesar. Constituição, Economia e Desenvolvimento: **Revista da academia brasileira de direito constitucional**. Curitiba, 2009, vol. 1, n. 1, Ago-Dez. p. 14. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/revista/direitosAlexandreJulio.pdf>>. Acesso em 08/12/2018.

⁷⁵⁴ Vide também: STRECK, Lenio Luiz. **A baixa constitucionalidade como obstáculo ao acesso à justiça em terrae brasilis**. Seqüência (Florianópolis), n. 69, p. 83-108, dez. 2014. p. 106. Disponível em <<https://doi.org/10.5007/2177-7055.2014v35n69p83>>, Acesso em 16/01/2018

⁷⁵⁵ ROSA, Alexandre Morais da Rosa; MARCELLINO JR, Julio Cesar. Constituição, Economia e Desenvolvimento: **Revista da academia brasileira de direito constitucional**. Curitiba, 2009, vol. 1, n. 1, Ago-Dez. p. 7-23. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/revista/direitosAlexandreJulio.pdf>>. Acesso em 08/12/2018.

⁷⁵⁶ Conforme Enrique Dussel, “aquele que atua eticamente deve (como obrigação) produzir, reproduzir e desenvolver auto-responsavelmente a vida concreta de cada sujeito humano, numa comunidade de vida, a partir de uma ‘vida boa’ cultural e histórica [...] que se compartilha pulsional e solidariamente, tendo como referência última toda a humanidade, isto é, é um enunciado normativo com pretensão de verdade prática e, além disso, com pretensão de universalidade.” *In*: DUSSEL, Enrique. **Ética da libertação**: na idade da globalização e da exclusão. Trad. Ephraim Ferreira Alves, Jaime A Clasen e Lúcia M. E. Orth. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

uma teoria jurídica tal qual o *Garantismo* de Ferrajoli. As limitações próprias de uma teoria propositiva, à mercê da liquidez linguística que manipula por conveniência os significantes, pode ser compensada com o balizamento hermenêutico que lança mão de um critério ético-material voltado à vida e sua proteção como o de Dussel. Talvez assim se possa oferecer uma mínima blindagem à democracia nos moldes compromissários.⁷⁵⁷

Dessarte, conforme denunciado por Alexandre Morais da Rosa, por traz do discurso aparentemente neutro da eficiência, e aparentemente calcado na Constituição, muitas vezes se esconde um velado propósito de reduzir direitos fundamentais, de maneira que o Garantismo poderia servir de freio a tais ímpetos de relativização de garantias fundamentais.

Dito de outra forma, a Análise Econômica do Direito não precisa ser, necessariamente, um ferramental que solape interesses não econômicos e direitos fundamentais⁷⁵⁸, pois se articulada com o devido cuidado, pode sim ser um instrumento capaz de ajudar a corrigir distorções e propor normas mais eficientes e justas.

Desta maneira, há de se destacar que a Análise Econômica do Direito não pode ser encarada como uma espécie de ferramenta do tipo “total-flex”, que pode ser acionada para toda e qualquer questão⁷⁵⁹, afinal, como parece

⁷⁵⁷ ROSA, Alexandre Morais da Rosa; MARCELLINO JR, Julio Cesar. Constituição, Economia e Desenvolvimento: **Revista da academia brasileira de direito constitucional**. Curitiba, 2009, vol. 1, n. 1, Ago-Dez. p. 7-23. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/revista/direitosAlexandreJulio.pdf>>. Acesso em 08/12/2018.

⁷⁵⁸ “A busca da eficiência não pode ter uma força ontológica assegurada, sobretudo quando não está assegurada a ideia mesma de autonomia/liberdade individual, na sua mais ampla compreensão”. (NETO, Alfredo Copetti. BOLZAN DE MORAIS, José Luis. o segundo movimento law and economics, a eficiência e o consenso do modelo neoclássico ordenalista subjetivista a partir de Richard Posner: ruptura ou (re)aproximação ao (estado de) direito contemporâneo. Constituição, Economia e Desenvolvimento. **Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Programa de Pós-graduação em Direito n.4 (jan./jun. 2011). Curitiba: 2012, p. 72-73).

⁷⁵⁹ “perversidade do giro linguístico provocado pela adoção constitucional da ação eficiente reside também no discurso midiático de que uma ‘máquina pública eficiente’ será a panaceia para os males da nação. Poucos são os dirigentes políticos que não defendam um Estado eficiente.” (ROSA, Alexandre Morais da. MARCELLINO Jr., Julio Cesar. os direitos fundamentais na perspectiva de custos e o seu rebaixamento à categoria de direitos patrimoniais: uma leitura crítica. Constituição, Economia e Desenvolvimento: **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Curitiba, 2009, n. 1, Ago-Dez. p. 7-23, p. 15).

intuitivo, “há searas mais claramente afeitas a esse tipo de método e outras menos”⁷⁶⁰, de forma que quando a eficiência se chocar com outros valores constitucionais, como direitos fundamentais, por exemplo, a aplicação da AED não pode conduzir o legislador para transformar a carta constitucional de 1988 em uma mera folha de papel como diria Lassale⁷⁶¹.

Nesta toada, é imperioso que se denuncie que o discurso racionalista, que busca trazer a eficiência como solução para todos os males, é um discurso enganador, pois atrás do véu do descompromisso⁷⁶² (pretensão de neutralidade⁷⁶³) de uma teoria que visa “apenas” maximizar resultados, se esconde uma sanha implacável das forças do mercado capitalista para subjugar o Direito, a fim de que este, devidamente domado pela coleira da eficiência, sirva apenas a um senhor: que é o próprio mercado.

A (maior) racionalidade do sistema económico é, porém, uma racionalidade limitada ou parcelada, uma vez que ela renuncia à consideração de outros objectivos – isto é, de objectivos não traduzíveis em dinheiro – no apuramento do sucesso ou insucesso do sistema social global. O que leva a consideração dos interesses não económicos, dos interesses públicos, caiba ao estado, que assim fica com as tarefas, por um lado, de controlar e corrigir o próprio processo da actividade económica, de modo a que o mesmo não ponha em perigo outras

⁷⁶⁰ GICO Jr. Ivo T. **Metodologia e epistemologia da Análise Econômica do Direito**. ECONOMIC ANALYSIS OF LAW REVIEW - EALR, V. 1, nº 1, p. 7-33, Jan-Jun, 2010, Universidade Católica de Brasília – UCB, ISSN 1022-4057, p. 30.

⁷⁶¹ LASSALLE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. 6ªed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2001, p. 17/18.

⁷⁶² “O movimento neoliberal, com sua estratégia de atacar o Estado e suas estruturas administrativas e judiciárias por dentro através da rebatizada Constituição Eficiente -, e contando sempre com a alienação social e com a estrutura dominante do establishment jurídico vigente, procedeu de modo velado e sorrateiro, uma viragem inimaginável por muitos das juristas pátrios; Tornou o Direito a seu propósito, transformando-o, subliminarmente em mecanismo e instrumental a serviço de seu projeto ideológico e econômico. Jogando com os significantes eficiência e efetividade como se sinônimos fossem, e amparando-se na "legitimação" dada pelo texto constitucional que desde 1998 autoriza o discurso eficientista em âmbito público, os neoliberais ludibriaram (e ainda ludibriam) grande parte do corpo judiciário e dos cidadãos, aproveitando-se do endêmico desconhecimento e pouca percepção da lei em sociedade, o que Cárcova denomina de opacidade do Direito.” (MARCELINO JÚNIOR, Júlio Cesar. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**: (des)encontros entre economia e direito. Florianópolis: Habitus Editora, 2009. (Coleção JNMC, número 2), p. 202/203).

⁷⁶³ ROSA, Alexandre Morais da. LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a law & economics**. 2.ed. rev. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. ISBN 978-85-375-0921-0, p. 203.

actividades (daí a acção do estado traduzida na inspecção empresarial, na protecção do ambiente, etc.) ou fomento desenvolvimentos culturalmente indesejáveis (daí a acção estadual de planeamento e ordenamento do território, de protecção do património cultural, etc.) e, por outro, de corrigir os resultados da repartição dos rendimentos e patrimónios decorrentes do processo económico quando os mesmos sejam indefensáveis do ponto de vista da justiça. [...] É nessa separação fundamental e irreduzível sociedade/estado e dos critérios que presidem a um e a outro domínio, que reside, a nosso ver, o obstáculo principal ao entendimento do direito através do critério da economia como defendem as teorias ‘análise económica do direito’, e a economia através do critério do direito (identificado este com a vontade política) como foi (e ainda é) prática nos estados socialistas.⁷⁶⁴

Desta feita, somente vale a pena valer-se da AED, se ela puder ser utilizada sem solapar outros direitos e garantias fundamentais.

Como se disse anteriormente, a AED não é uma ferramenta para todas as situações, mas mesmo para aquelas áreas onde a AED se mostra menos afeta, há de se ressaltar que se acredita que ela pode ser um instrumento importante para guiar o legislador para encontrar a melhor norma, contudo, tal instrumento “não pode se fundamentar apenas em considerações de eficiência”⁷⁶⁵, havendo a necessidade, como assevera Silva Sánchez, de se construir modelos dialéticos ou ecléticos:

Definitivamente, pois, conclui-se a existência de um conflito, cuja dimensão ainda está por determinar, entre eficiência econômica e direitos individuais." A questão central consiste em como resolvê-lo: em outras palavras, saber onde se encontra o limite normativo-valorativo das considerações de eficiência e como (a partir de quais premissas) ele pode ser determinado."⁷⁶⁶

⁷⁶⁴ NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos** – Contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo. Coimbra: Almedina, 1998, p. 197.

⁷⁶⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Eficiência e direito penal**. Tradução de Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Barueri/SP: Manole, 2004 (Estudos de direito penal; v. 11), p. 66.

⁷⁶⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Eficiência e direito penal**. Tradução de Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Barueri/SP: Manole, 2004 (Estudos de direito penal; v. 11), p. 66.

Assim, ainda na esteira do pensamento do professor Silva Sánchez e amparado nas ideias de Alexandre Morais da Rosa, se faz mister ter muitíssimo claro que a eficiência não é um fim em si mesma, mas sim um caminho, um meio, que visa o ser humano como fim supremo, de maneira que tendo isso vívido sempre na memória, jamais o meio preponderará sobre o fim.⁷⁶⁷

4.6.3 O Garantismo Jurídico como possibilidade de blindagem nas decisões dos processos administrativos tributários

Quando o mote é o direito tributário, o elemento econômico é preponderante para a geração da obrigação tributária. Tanto que a denominada hipótese de incidência é o elemento econômico previsto abstratamente na norma jurídica tributária, capaz de ensejar o surgimento da relação jurídico-tributária. Por outro lado, o fato gerador é a ocorrência, no mundo fenomênico, do fato econômico abstratamente previsto pela hipótese de incidência na norma tributária.⁷⁶⁸

Consoante lição de Hugo de Brito Machado, no Brasil vigora a regra da liberdade de iniciativa na ordem econômica, que é entregue à iniciativa privada. De modo que, salvo nos casos especialmente previstos na Constituição, o exercício direto da atividade econômica só é permitido ao Estado quando necessário

⁷⁶⁷ “Pois bem, convêm não esquecer que essa eficiência - assim como qualquer outro princípio jurídico-normativo, inclusive como eventual princípio integrador de todos os demais - não constitui obviamente um fim em si mesmo, mas limita-se a ser um meio, com a pessoa como horizonte. Por isso há de vigorar aqui, adicionalmente, os limites ontológicos derivados da idéia de pessoa e que, a meu juízo, operam diante de qualquer construção normativa. A questão é, então, estabelecer tais limites, que descrevem o âmbito do indisponível para o consenso e, concretamente, para o jogo das preferências individuais.” (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Eficiência e direito penal**. Tradução de Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Barueri/SP: Manole, 2004 (Estudos de direito penal; v. 11), p. 68).

⁷⁶⁸ Sobre hipótese de incidência e fato gerador, colhe-se do magistério de Eduardo de Moraes Sabbag: “Como se notou, “hipótese de incidência” é a situação descrita em lei, recortada pelo legislador entre inúmeros fatos do mundo fenomênico, a qual, uma vez concretizada no fato gerador, enseja o surgimento da obrigação principal. A substancial diferença reside em que, enquanto aquela é a “descrição legal de um fato (...) a descrição da hipótese em que o tributo é devido”, esta se materializa com a efetiva ocorrência do fato legalmente previsto. *In: Manual de direito tributário*. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 676.

aos imperativos da segurança nacional, ou em face de relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. Não é próprio do Estado, portanto, o exercício da atividade econômica, que é reservada ao setor privado, de onde o Estado obtém os recursos financeiros de que necessita. Diz-se que o Estado exercita apenas “atividade financeira, como tal entendido o conjunto de atos que o Estado pratica na obtenção, na gestão e na aplicação dos recursos financeiros de que necessita para atingir os seus fins.”⁷⁶⁹

Portanto, o direito tributário tem estreita ligação com o desenvolvimento do país, em especial com o desenvolvimento econômico. Nesse sentido, vale acostar a lição de Tulio Rosembuj: “Há impostos cujos fatos geradores se fundam na força econômica de conteúdo patrimonial por preço de mercado (renda, patrimônio ou consumo) e, por outro, existem os que têm como referência indicadores não econômicos, estranhos ao mercado”⁷⁷⁰.

Diante dessa estreita ligação do direito tributário com a economia, a proposta da Análise Econômica do Direito caiu como uma luva para as questões tributárias, principalmente no tocante aos julgamentos das ações fiscais na seara administrativa. Isso porque, a Análise Econômica do Direito se dá de forma interpretativa e, segundo ensinamento de Ricardo J. Ferreira, o “Processo administrativo-tributário é o conjunto de atos necessários à solução, na instância administrativa, de questões relativas à aplicação ou interpretação da legislação tributária”⁷⁷¹.

Além disso, vale ressaltar, com especial relevo, que de acordo com o art. 156, IX do CTN, o crédito tributário será extinto com a decisão administrativa irreformável, quando desfavorável ao Fisco.

Na lição de Dejalma de Campos, mesmo vencido na fase

⁷⁶⁹ Machado, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. 5ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1992, p.3-5.

⁷⁷⁰ ROSEMBUJ, Tulio. **El impuesto ambiental**. Barcelona: El Fisco, 2009, p.159. Traduziu-se do seguinte texto original: “*Hay impuestos cuyos hechos generadores se fundan en la fuerza económica de contenido patrimonial por precio de mercado (renta, patrimonio o consumo) y, por otro, existen los que tienen como referencia indicadores no económicos, extraños al mercado*”.

⁷⁷¹ FERREIRA, Ricardo J. **Manual do ICMS do estado de São Paulo**. São Paulo: Editora Ferreira, 2006. Disponível em: <http://www.editoraferreira.com.br/publica/media/ICMSSP_PROCESSO_ADM_TRIB.pdf>. Acesso em 08/12/2018.

administrativa o contencioso fiscal, o sujeito passivo da obrigação tributária (contribuinte ou responsável) pode impetrar judicialmente ações para garantia de seus direitos. Já o sujeito ativo dessa mesma obrigação (o Estado), tendo sido vencido na fase administrativa, não mais pode pleitear o crédito fruto da contenda.⁷⁷²

Essa causa extintiva pode ser entendida como um elemento que autorizaria a Análise Econômica do Direito de forma integral, pois ao contribuinte ainda estaria garantido o direito de recorrer judicialmente, em caso de julgamento desfavorável.

Ocorre que o devido processo legal deve ser aplicado tanto aos processos administrativos, quanto aos judiciais, consoante regra expressa na Constituição Federal. Logo, tendo por base a teoria garantista de Ferrajoli, o respeito aos direitos fundamentais não pode ser adiado, devendo ser devidamente apreciado já por ocasião da instância administrativa.⁷⁷³ Caso contrário, estar-se-ia induzindo o contribuinte a instar o Poder Judiciário, gerando novos custos e descrédito à própria atividade administrativa da cobrança.

Desse modo, a blindagem constitucional decorrente do garantismo jurídico, deve ser observada também no âmbito dos julgamentos administrativos, pois ao aplicar a Análise Econômica do Direito de forma pura, o juiz da instância administrativa pode estar negando vigência a um ou mais direitos fundamentais.

Portanto, mesmo diante do princípio da eficiência administrativa, havendo direitos fundamentais em jogo, deve o julgador (magistrado ou julgador administrativo) aplicar a interpretação que melhor se coaduna a tais direitos⁷⁷⁴, observando o garantismo jurídico, sob pena de negar vigência a esses

⁷⁷² CAMPOS, Dejalma de. **Direito processual tributário**. 8.ed. São Paulo: Atlas, 2004, p.72.

⁷⁷³ “Em outras palavras, sustentado no paradigma do Estado Democrático Constitucional, o Direito, para não ser solapado pela economia, pela política e pela moral (para ficar apenas nessas três dimensões), adquire uma autonomia que, antes de tudo, funciona como uma blindagem contra as próprias dimensões que o engendra(ra)m.” (STRECK, Lenio Luiz. **a baixa constitucionalidade como obstáculo ao acesso à justiça em *terrae brasiliis***. Seqüência (Florianópolis), n. 69, p. 83-108, dez. 2014. p. 106. Disponível em <<https://doi.org/10.5007/2177-7055.2014v35n69p83>>, Acesso em 16/01/2018).

⁷⁷⁴ “Dessa forma, num Estado de Direito, os direitos fundamentais operam como limite da ação

direitos que se encontram na chamada questão indecível, mencionada por Ferrajoli.

Desta feita, na esfera dos julgamentos administrativos, caso tais julgadores se deparem com normas inconstitucionais, devem os mesmos afastarem a aplicabilidade das aludidas normas que contrariam a Constituição, posto que raciocínio diverso, não só vulnera a doutrina do Garantismo Jurídico, pois solapa direitos fundamentais, mas também, não se mostra eficiente, pois gera a inefetividade dos julgados administrativos e sobrecarrega o judiciário que terá que analisar as mesmas questões discutidas na esfera administrativa, contrariando desta forma, uma análise econômica do papel dos órgãos de julgamento administrativos tributários brasileiros.

Neste compasso, além de não comprometer os direitos fundamentais, a possibilidade de órgãos administrativos de julgamento afastarem a aplicabilidade de normas inconstitucionais, também trará maior credibilidade à justiça e uma redução de ações judiciais, vez que ao se solucionar os conflitos na esfera administrativa, que geralmente é mais ágil e rápida, se evitará em muitos casos que o contribuinte necessite recorrer ao poder Judiciário, que como já se viu, padece de graves problemas no tocante à morosidade de seus processos.

Assim, uma solução equânime, com observação dos direitos fundamentais na seara administrativa, evitando a morosa via judicial, oportunizaria ao contribuinte a continuidade de sua atividade produtiva, a qual, vale repetir, contribui para o desenvolvimento econômico do país e gera condições para uma existência digna para diversas pessoas que dependem direta ou indiretamente de tal atividade.

Nesse ponto, vale lembrar que o direito ao desenvolvimento, inclusive no viés econômico, também é um direito fundamental, pois está previsto em documentos internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil é signatário, assim como está previsto em várias normas da Constituição Federal consoante lição

estatal, como garantia dos fundamentos do ordenamento jurídico.” (HESSE, Konrad. **Conceito e peculiaridade da Constituição**. Tradução: Inocêncio Mártires Coelho. In: HESSE, Konrad. *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 37).

de Manoel Messias Peixinho⁷⁷⁵.

O Brasil subscreveu a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento da ONU, o qual prevê no seu artigo 1º:

§1. O direito ao desenvolvimento é um direito humano inalienável, em virtude do qual toda pessoa e todos os povos estão habilitados a participar do desenvolvimento econômico, social, cultural e político, para ele contribuir e dele desfrutar, no qual todos os direitos humanos e liberdades fundamentais possam ser plenamente realizados.

§2. O direito humano ao desenvolvimento também implica a plena realização do direito dos povos à autodeterminação que inclui, sujeito às disposições relevantes de ambos os Pactos Internacionais sobre Direitos Humanos, o exercício de seu direito inalienável à soberania plena sobre todas as suas riquezas e recursos naturais⁷⁷⁶.

Nessa senda, mister acostar as lições de Amartya Kumar Sen, o qual concebe “O desenvolvimento como um processo de liberdades reais que as pessoas desfrutam [...], sendo que a expansão das liberdades é tanto a finalidade primordial do desenvolvimento como o principal meio para alcançá-lo”⁷⁷⁷.

De modo que, Guilherme Marques sintetiza com a seguinte conclusão: “Logo, o êxito de uma sociedade deve ser avaliado, não por meio de seu crescimento econômico, mas através das liberdades que os indivíduos dessa determinada sociedade desfrutam”⁷⁷⁸.

Amartya Kumar Sen divide essas liberdades em cinco tipos: (i) Liberdades políticas – tratam-se dos direitos civis relacionados a escolha de

⁷⁷⁵ PEIXINHO, Manoel Messias; FERRARO, Suzani Andrade. Direito ao desenvolvimento como direito fundamental. **Publica Direito**. 2003. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=4f868165832607a9>>. Acesso em 08/12/2018.

⁷⁷⁶ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Adotada pela Resolução nº 41/128 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 4 de dezembro de 1986. **Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento 1986**. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direito-ao-Desenvolvimento/declaracao-sobre-o-direito-ao-desenvolvimento.html>>. Acesso em 10/12/2018.

⁷⁷⁷ SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Cia das Letras, 2010, p.17-52.

⁷⁷⁸ MARQUES, Guilherme Ramon Garcia. Analisando o desenvolvimento: a perspectiva de Amartya Sen. **Revista Urutaguá**. n. 22, UEM: 2010.

quem vai governar, de como vai governar, na fiscalização do governo, no direito a expressão, participar da elaboração de políticas públicas, etc.; (ii) Facilidades econômicas – “[...] são as oportunidades que indivíduos têm para utilizar recursos econômicos com propósito de consumo, produção e troca”; (iii) Oportunidades sociais – acessibilidade a educação, saúde, trabalho, etc.; (iv) Garantias de transparência – garantias relacionadas a publicidade dos atos públicos, que possibilita o cidadão fiscalizar o governo e evitar a corrupção; (v) Segurança protetora – trata-se de uma rede de segurança social que evita que parte da população atinja a miséria, ela envolve benefícios aqueles que são carentes. Tais liberdades complementam-se umas às outras, e neste mutualismo contribuem diretamente para o aumento das capacidades das pessoas.⁷⁷⁹

Por conseguinte, o respeito aos direitos fundamentais, inclusive às liberdades e ao desenvolvimento, deve ser observado nas decisões sobre questões tributárias, desde o âmbito administrativo até o judicial, bem como deve permear as relações jurídicas envolvidas, posto que como se viu, tanto um olhar sob o viés da eficiência, quanto uma mirada sob os auspícios do constitucionalismo garantista, reclamam que os órgãos de julgamento administrativo tributários tenham uma atuação substancialmente comprometida⁷⁸⁰ com a efetividade da ordem constitucional.⁷⁸¹

Dessarte, ao teorizar esta tensão entre o dever ser constitucional e o ser legislativo, trazendo à tona a questão do direito constitucionalmente ilegítimo, o garantismo deixa claro que qualquer outra interpretação que aplaque a pronta e efetiva aplicação dos direitos fundamentais em nome de outros valores (inclusive a eficiência), deve ser de pronto repelida, pois Estado Democrático de Direito não admite discricionariedade em relação aos direitos

⁷⁷⁹ SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Cia das Letras, 2010, p.54-57.

⁷⁸⁰ Conforme Hans Küng, esse modelo “não há de visar unilateralmente a maior liberdade possível dos cidadãos individuais (onde os que têm menores chances sairão prejudicados), mas visará também e ao mesmo tempo – mesmo que isto seja difícil – a justiça das relações sociais” (KÜNG, Hans. **Uma ética global para a política e a economia mundiais**. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 361).

⁷⁸¹ “Normas constitucionais devem ser aplicadas imediata e diretamente, independentemente da normatividade intermediária, ou contra ela e no lugar dela, quando se tratar de comandos exequíveis por si mesmos” (SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem constitucional**: construindo uma nova dogmática jurídica. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999, p. 103).

fundamentais, nem mesmo para o legislador, o qual está umbilicalmente vinculado à Constituição.

Afinal como externam Alfredo Copetti Neto e José Luis Bolzan de Moraes, a eficiência “não pode ter uma força ontológica assegurada, sobretudo quando não está assegurada a ideia mesma de autonomia/liberdade individual, na sua mais ampla compreensão”⁷⁸², ou seja, a eficiência como razão moral abstrata do direito, não pode ser aceita sem que antes se garantam direitos e garantias básicas, constitucionalmente asseguradas.

⁷⁸² Neto, Alfredo Copetti. Bolzan de Moraes, José Luis. O segundo movimento law and economics, a eficiência e o consenso do modelo neoclássico ordenalista subjetivista a partir de Richard Posner: ruptura ou (re)aproximação ao (estado de) direito contemporâneo. constituição, economia e desenvolvimento. **Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Programa de Pós-graduação em Direito n.4 (jan./jun. 2011). Curitiba: 2012, p.

CONCLUSÕES

O presente trabalho teve como escopo questionar se há a possibilidade de entrelaçar a teoria do direito do Constitucionalismo Garantista à Análise Econômica do Direito - AED, no plano dos tribunais administrativos tributários, a fim de se abordar os limites do julgamento administrativo frente a uma eventual norma inconstitucional que vulnere os direitos fundamentais.

O problema guia da presente pesquisa repousou, então, em saber se diante do paradigma do Estado Democrático de Direito, é possível que o juízo de constitucionalidade seja efetuado no plano dos tribunais administrativos e se é possível repensar o controle de constitucionalidade no âmbito do processo administrativo tributário, efetuando-se o cruzamento da teoria do Garantismo Jurídico com a teoria da Análise Econômica do Direito.

Desta forma, para empreender a pesquisa, optou-se por iniciá-la fazendo um histórico sobre alguns dos principais movimentos constitucionalistas que impulsionaram o protagonismo da Constituição e proporcionaram a criação do que hoje se conhece por controle de constitucionalidade, o qual presentemente se mostra de fundamental importância, não só para manter o ordenamento jurídico alinhado à Constituição, mas também para proteger o campo do Direito, preservando-o de predadores, especialmente de origem política e econômica.

Neste viés, apresentou-se alguns elementos em busca de um conceito satisfatório daquilo que se compreende por constitucionalismo, o qual se denotou que não é uno, pois, ao longo da história, várias foram as tentativas para impor um limite mínimo de proteção contra os regimes arbitrários, o que resultou em diversos processos e mecanismos, os quais não estão isentos de rupturas e discontinuidades, tendo em vista as condições que os contextos culturais propiciavam, sendo mais correto, então, falar-se em constitucionalismos no plural.

Em razão disso, efetuou-se um estudo mais aprofundado sobre alguns dos movimentos constitucionais que lançaram as bases para a atual

compreensão do sentido e importância da Constituição, cujo eco ressoa na pós-modernidade. Dentre eles destacam-se o constitucionalismo inglês, o americano e o francês.

Ainda sobre os movimentos constitucionalistas, importa também chamar a atenção para as Constituições do segundo pós-guerra, pois após as traumáticas experiências da Primeira e a Segunda Guerra Mundial e dos regimes totalitários, teve-se o grande desafio de se reconstruir o Direito, o Estado e a Constituição, os quais foram então remodelados, de forma a organizar os poderes do Estado, dentro das Constituições, incluindo nas mesmas os Direitos Fundamentais, os quais foram reforçados na Europa com a adoção do instituto do *judicial review*, tipicamente americano, a fim de garantir a tutela dos direitos da pessoa.

Essa profunda transformação, a partir da segunda metade do século XX, ficou conhecida como *Constitucionalismo Contemporâneo* ou consolidação do *Estado Constitucional de Direito*, o qual proclamou a normatividade dos princípios em novas formulações conceituais e nas decisões das Cortes Superiores, de modo que promoveu a valoração e a eficácia dos princípios como normas-chave de todo o sistema jurídico.

Esta espécie de *revolução copernicana*, operada pelo *Constitucionalismo Contemporâneo*, possibilitou que o Estado Legislativo se transformasse em Estado Constitucional de Direito, onde a Constituição foi então posta no ápice dos sistemas políticos-jurídicos, com destaque não só para conteúdo compromissório e dirigente das Constituições, mas também com a premente preocupação com o caráter não somente procedimental, contudo primordialmente substancial nas normas jurídicas.

No que toca especificamente ao surgimento do assinalado *judicial review* ou controle de constitucionalidade, chamou-se a atenção para as contribuições do inglês Edward Coke, que lança as premissas iniciais sobre a supremacia de uma lei fundamental, que demanda adequação de atos normativos de um sistema jurídico e o caso *Marbury vs Madison*, que é a pedra angular do

judicial review na tradição norte-americana; ainda nessa linha, perpassou-se também pelo embate ocorrido entre Hans Kelsen e Carl Schmitt, acerca da responsabilidade pela guarda da Constituição, que culminou com o triunfo da proposta de Kelsen, a qual se tornou a pedra de toque para o desenvolvimento da teoria do direito e do constitucionalismo do século XX.

Estabelecidas as premissas da evolução histórica do controle de constitucionalidade, tornou-se necessário perpassar a estruturação da teoria do Constitucionalismo Garantista, de Luigi Ferrajoli, a fim de se destacar o giro paradigmático do Estado Constitucional de Direito, na medida em que Ferrajoli apresenta novos pressupostos teóricos e epistemológicos que, simultaneamente, fazem uma crítica e uma releitura do positivismo normativista, consubstanciando-se em um modelo que se apresenta como um reforço do positivismo jurídico, situando, então, a Constituição como centro gravitacional da elaboração normativa, bem como *locus* de proteção dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana. Em síntese, sua proposta reivindica adequação formal e substancial de todas as normas jurídicas em relação à Constituição.

Com efeito, a reflexão levada a cabo sobre alguns dos principais acontecimentos da história do Constitucionalismo, o do *judicial review*, sublima a importância da jurisdição constitucional e sua fundamentalidade para dar concretude às pretensões do Estado Democrático de Direito, e é justamente nesse ponto que se fundamenta a justificativa da presente pesquisa, isto é, no engajamento doutrinário na luta pela radicalização constitucional em todos os campos do direito, em especial no âmbito dos Processos Administrativos Tributários.

Para tanto, fez-se, então, uma incursão no campo tributário, onde se denotou a sua fundamentalidade para financiar políticas públicas, posto que pagar tributos representa uma condição para se possibilitar a efetivação de todos os direitos, inclusive os ditos direitos negativos (como propriedade e da liberdade, etc.). Já no que toca ao sistema arrecadatório desses tributos, restou evidenciado que, não obstante as tentativas de reformas, a maior parte das receitas fiscais ainda está nas mãos do governo federal, o que configura uma evidente desigualdade na arrecadação e distribuição de receitas, que não consegue ser compensada nem

mesmo com a redistribuição de receitas efetuada pelos “fundos de participação”.

Tal realidade gera uma autofágica "guerra fiscal" entre os estados, bem como também é permeada por uma alta carga tributária e uma baixa qualidade dos tributos, posto que o Brasil arrecada mal, pois taxa em níveis baixos a renda e o lucro e tributa bens e serviços com muita voracidade, onerando, assim, justamente os trabalhadores mais pobres, o que gera mais um outro problema, que é a resistência da população ao pagamento de tributos.

O descompasso do sistema tributário é visto também na falta de transparência do mesmo, pois o somatório de diversos tributos e um quadro legislativo incoerente e carente de racionalização pragmática (legislações extensas e confusas) inviabilizam a clareza sobre o funcionamento do sistema de tributação, de maneira que uma ampla reforma tributária se faz necessária.

Com vistas a isso, tem-se que a construção de um sistema tributário mais simples, justo e eficiente, passa indissociavelmente pela edificação de tribunais administrativos tributários que possam, de maneira efetiva, expurgar normas e atos que atentem contra os direitos e garantias fundamentais, evitando, assim, que a causa tenha que ser reanalisada no Judiciário.

Neste viés, discutiu-se, então, os matizes que envolvem a constitucionalização do processo administrativo tributário, onde se evidenciou que para levar a cabo a sua tarefa no atual Estado Constitucional de Direito é necessário que ele seja permeado por princípios constitucionais, de forma a se promover uma democracia verdadeiramente substancial.

Mas é nesse ponto que repousa o objeto da presente pesquisa, que é o fato de que, em que pese toda a longa luta histórica empreendida para a consolidação do Estado Constitucional de Direito, com a criação de um sistema jurídico rigidamente atrelado às regras constitucionais e com princípios que se espraiam por todo o ordenamento jurídico, ainda existem sérias controvérsias sobre ser ou não competência dos órgãos administrativos de julgamento efetuar o juízo de Constitucionalidade, posto inclusive as várias leis que proíbem tal juízo.

Diante de tal realidade, respeitando sempre as opiniões em sentido oposto, não se pode concordar com tal proibição de se fazer juízo de constitucionalidade na esfera administrativa tributária, posto que além de ser fruto de conquistas históricas, o Controle de Constitucionalidade é imprescindível para manutenção da coerência normativa.

Neste ponto é necessário invocar a doutrina de Peter Häberle, para quem a interpretação constitucional ultrapassou as fronteiras das instituições estatais e atribuiu legitimidade interpretativa a todo destinatário da norma, de forma que o processo de interpretação constitucional está vinculado a todos os órgãos estatais, a todos os cidadãos e grupos (sociedade aberta dos intérpretes).

Assim, a pesquisa visou buscar novos e fortes argumentos, provenientes de uma matriz jurídico-econômica para endossar a necessidade de se permitir o tão aclamado juízo de constitucionalidade nos Tribunais Administrativos.

Neste caminho, inicialmente se investigou a realidade do Poder Judiciário brasileiro, no que toca ao tempo dispendido por este para a entrega da prestação jurisdicional, encontrando-se, então, um quadro de significativa ineficiência e morosidade. Das demandas ligadas à área tributária, se viu que o seu volume é bem significativo e o tempo de duração das mesmas também é excessivo.

Tal quadro demonstra, então, que o Judiciário não consegue dar conta de solucionar as demandas judiciais na área tributária de uma forma efetiva e rápida, sendo cada vez mais oportuno discutir-se formas para se tentar minimizar esse quadro desanimador, razão pela qual a presente pesquisa aposta que o contencioso administrativo tributário pode ser uma ferramenta importante para aumentar a eficiência nas contendas envolvendo o fisco e o contribuinte.

Para tanto, a fim de reforçar a justificação da possibilidade de que os tribunais administrativos tributários possam efetuar juízo de constitucionalidade, a pesquisa apostou no imbricamento da Análise Econômica do Direito com a doutrina do Garantismo Jurídico.

Sobre a Análise Econômica do Direito, urge destacar que ela

tem por proposta promover a análise do direito sob a ótica econômica, promovendo assim uma interdisciplinaridade entre as ciências jurídica e econômica, posto que enquanto o Direito se ocupa de regular o comportamento do homem em Sociedade, a economia procura estudar como o homem toma suas decisões em um ambiente de recursos escassos, de forma que a AED se propõe, então, a promover a avaliação do ordenamento jurídico e seus resultados, a fim de nortear a elaboração de normas jurídicas e decisões judiciais mais eficientes.

Dessarte, a pesquisa também denotou que a AED não está isenta de críticas, posto que vários são os autores que chamam a atenção para aspectos negativos da mesma, como Alexandre Morais da Rosa, que denuncia o perigo do discurso sedutor da “eficiência”, o qual cobra um “preço democrático” muito caro, na medida em que o mercado deseja que o Estado (em especial o Judiciário) o sirva como órgão de conserto para a supressão de “externalidades”.

Desta sorte, frente à ausência de amarras que possam garantir a efetividade de direitos e garantias fundamentais dentro a AED, entende-se que o Garantismo pode servir como blindagem de conteúdo mínimo (filtro constitucional), apto a promover um imprescindível alinhamento constitucional, com vistas a se evitar um horizonte de “baixa constitucionalidade” quando da utilização da AED.

Especificamente no que toca aos tribunais administrativos tributários, a proposta é então utilizar essas duas teorias, que, embora com distintas dimensões de atuação, podem ser articuladas de forma coordenada e servir de fundamento e de validade para que se proceda o juízo de constitucionalidade nos processos administrativos tributários.

Diante de tudo isso, se deve agora voltar as duas perguntas guia de pesquisa, a fim de respondê-las:

- Diante do paradigma do Estado Democrático de Direito, tendo como esteio na Análise Econômica do Direito e no Garantismo Constitucionalista, a vedação de que tribunais administrativos tributários façam juízo de constitucionalidade em seus

julgados é a opção mais eficiente para a realização dos objetivos fundamentais da república brasileira?

- É possível repensar o controle de constitucionalidade no âmbito do processo administrativo tributário, efetuando-se o cruzamento da teoria do garantismo jurídico com a teoria da Análise Econômica do Direito?

Pois bem, a resposta, adiante-se, é positiva para ambas as indagações, na medida em que tendo por base a AED, devidamente filtrada pelo Garantismo, pode-se repensar o controle de constitucionalidade no âmbito do processo administrativo tributário, pois não só é possível (para não dizer necessário) que os tribunais administrativos tributários efetuem juízos de constitucionalidade quando de seus julgamentos, posto que tal possibilidade não só se revela na alternativa mais eficiente segundo a AED, mas também se descortina, segundo o Garantismo, como a opção que garante uma efetiva democracia substancial.

Neste sentido, efetuando-se uma análise positiva da realidade apresentada, aos moldes da AED, pode-se ver que proibição de se fazer juízo de constitucionalidade nos tribunais administrativos contribui para aumentar o número de processos do já assoberbado Poder Judiciário, pois demandas não resolvidas no âmbito administrativo inelutavelmente desaguam no Judiciário, colaborando, assim, para o aumento do tempo de julgamento dos feitos, bem como, tal proibição também coopera para o desprestígio da via administrativa, visto a sua letargia em resolver problemas tributários que envolvam qualquer análise constitucional.

De outro viés, analisando-se a hipótese de supressão das diferentes normas que proíbem o juízo de constitucionalidade, tem-se que se pode prever uma diminuição das demandas tributárias que chegam ao Poder Judiciário, posto que parte delas seria resolvida já na esfera administrativa, bem como, pode-se antever que as demandas seriam solucionadas mais rapidamente e com um custo menor tanto para o Estado como para o particular, revelando-se, assim, a opção mais eficiente segundo o critério de Kaldor-Hicks, na medida em que os ganhos superam consideravelmente eventuais perdas.

De outra mirada, efetuando-se uma análise econômica normativa, pode-se estabelecer como recomendação de política pública de tratamento dos conflitos tributários, a supressão das normas que proíbem o juízo de constitucionalidade e o estímulo ao uso dos tribunais administrativos tributários em todos os seus níveis (federal, estadual e municipal), como opção ao uso do Judiciário, de maneira a diminuir o tempo e o custo para resolver tais controvérsias.

De toda a análise ora empreendida, não se pode deixar de mencionar que a única pessoa a ganhar com a proibição de se fazer juízo de constitucionalidade nos tribunais administrativos tributários, em certa medida, é o próprio Estado, o qual por vezes impõe exações tributárias sabidamente inconstitucionais, arrecada muito dinheiro com isso e se furta a cessar a referida arrecadação e a devolver o que foi arrecadado, escondendo-se (consciente ou inconscientemente) na morosidade das lides do Poder Judiciário. Todavia, tal ganho/eficiência, padece de uma dupla imoralidade, pois além de apostar na vulneração dos ditames constitucionais, também se locupleta com a própria insuficiência máquina pública (quem sabe intencionalmente criada) para resolver, de forma rápida e justa, lides tributárias que envolvam questões constitucionais.

Dessarte, analisando-se a proibição em testilha sob o prisma do Garantismo Jurídico, tem-se que a discussão ora encetada envolve uma questão de “baixa constitucionalidade”, que revela um problema mais profundo, que segundo Ferrajoli é a crise da democracia constitucional, e parcela considerável dessa crise pode ser atribuída ao enfraquecimento das instituições de garantia, as quais, segundo ele, vêm sofrendo de tal pusilanidade em razão de uma crescente absolutização dos poderes instituídos.

Tal situação também é perceptível no tocante aos processos administrativos, onde se denota um amplo espraiamento de normas jurídicas e práticas institucionais, que objetivam servir a outros interesses (quijá econômicos) que não aqueles eleitos pelo poder constituinte, esboçados na ordem constitucional.

Desta maneira, em meio à tal crise democrática, onde a constituição muitas vezes deixa de constituir, diria Lenio Streck, a atual conjuntura

reclama que não só os teóricos da ciência jurídica, instituições e autoridades públicas, mas a Sociedade como um todo, empenhem-se na cotidiana tarefa de denunciar os vícios de ilegitimidade do ordenamento jurídico, pois os guardiões desse sistema não podem se quedar apáticos frente a tais ameaças.

Afinal, o que se almeja, é a ideia de “Constituição símbolo”, fique no passado, e que, presentemente, se edifique e fortifique o conceito de “Constituição-instrumento-de-cidadania”, articulada através de uma teoria dos direitos fundamentais que se empenhe em assegurar que as instituições de garantia possam – substancialmente – manter os direitos fundamentais.

Neste diapasão, sendo certo que o sistema garantista, mais do que apregoar a sujeição formal das práticas jurídicas a lei (democracia formal), reverbera a premente necessidade de sujeição também material (democracia substancial) das práticas jurídicas aos conteúdos constitucionais, reclamando, assim, coerência do ordenamento jurídico à hierarquia das fontes, ou seja, reclamando um modelo estatal calcado na visão de que o Estado é um instrumento, um meio (heteropoiese), para a consecução de certos fins idealizados pela ordem constitucional, e não um fim em si mesmo (autopoiese) idealizado para manter o *status quo* (quicá o mercado) a qualquer custo, tem-se que qualquer legislação que tolha do indivíduo, ou mesmo dificulte a este, a efetivação dos direitos constitucionais deve sim ser taxada de ilegítima e substancialmente inválida.

Dessarte, é necessário não se perder de vista que o processo (judicial ou administrativo) não é uma simples ferramenta técnica, a serviço da manutenção do *status quo*, pois antes de mais nada, ele é um potente instrumento ético talhado para servir à Sociedade, de maneira que o processo administrativo, enquanto garantia constitucional que é, não pode ser moldado ao bel talante de qualquer contingente maioria, nem tão pouco, pode mitigar garantias constitucionais, posto que, vale repetir, o legislativo tem limites (constitucionais) na configuração da disciplina legal do processo administrativo, pois as garantias constitucionais, ou são indelévels em – todo – o ordenamento jurídico, ou se estará a colocar em cheque toda a legitimidade do Estado Democrático de Direito.

O garantismo de Ferrajoli busca, dentre outras coisas, evidenciar que nem tudo que é permitido no universo da política, pode ser admitido no âmbito das instituições de garantia, posto que o fundamento axiológico da separação entre funções de governo e de garantia, são as suas respectivas fontes de legitimação, pois enquanto as funções de governo extraem sua legitimidade na representação política (*auctoritas non veritas facit legem*), a qual lhe dá um leque de opções decisórias para o agir estatal (legítimo espaço político), as funções de garantia, ao revés, devem obediência à estrita legalidade ou legalidade substancial (*veritas non auctoritas facit iudicium*), de maneira que o agir de tais instituições e os conteúdos de suas decisões, mais do que estarem limitados pela Constituição, estão predispostos por ela e nela subsumidos.

Denote-se, ainda, conforme já articulado neste ensaio, que o garantismo defende a impossibilidade de qualquer espécie de relativização, ponderação, ou pesagem dos direitos fundamentais (cognitivismo ético), pois um dogmatismo moral desta espécie enfraquece a normatividade constitucional, abrindo, então, caminho para toda uma sorte de justificações para a mitigação dos direitos fundamentais, o que não se pode tolerar.

Em suma, o garantismo preocupa-se em manter a supraordenação dos princípios constitucionais, a todos os poderes, a fim de que se possa construir uma democracia substancial, apta a não só frear a natural tendência do poder de se absolutizar, mas, também, capaz de ser um eficaz bastião na defesa dos direitos fundamentais, face às forças neoliberalizantes do mercado que insistem em tentar impor uma lógica de eficiência, em detrimento das garantias fundamentais.

Assim, à guisa de fecho e sem pretensão de esgotar a temática ora abordada, quer em sua extensão, quer em sua profundidade, encerra-se a presente pesquisa comprovando as hipóteses levantadas, posto que não só é possível que o controle de constitucionalidade seja efetuado no plano dos tribunais administrativos, como, também, a AED e o Garantismo podem sim convergir suas sinergias, a fim de que se possa utilizar o ferramental juseconômico preditivo e descritivo da realidade, que é próprio da AED, sem, contudo, desviar-se do

necessário alinhamento constitucional em tais análises, protegendo-se, assim, a força normativa da Constituição.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. Prólogo de Luigi Ferrajoli. 2ª ed. Madrid: Trotta, 2004.

ABREU, Pedro Manoel. **Processo e democracia**: o processo jurisdicional como um locus da democracia participativa e da cidadania inclusiva no Estado democrático de direito. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

ACCATINO, Daniela. La distincion entre vigencia (o existencia) y validez (o el aporte del garantismo a la teoría de la norma jurídica). **Rev. derecho** (Valdivia), dic. 2000, vol.11.

ALEXANDRINO, Marcelo; VICENTE, Paulo. **Direito Tributário na Constituição e no STF**: teoria e jurisprudência. 12ªed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007.

ALMEIDA, Paulo Roberto de. **O Brasil e o multilateralismo econômico**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

AMAYA, Jorge Alejandro. **Marbury vs Madson**. Sobre el origen del control judicial de constitucionalidade.1.ed. Rosário: Fundacion para el desarrollo de las Ciencias Jurídicas, 2013.

AMARO, Luciano. **Direito Tributário brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

ANDERSON, George. **Uma visão general del federalismo fiscal**. Trad. Mario Kölling. Madrid: Marcial Pons, 2010.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Dogmática Jurídica**: esboço de sua configuração e identidade. Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 1996.

ARRUDA, Tais Nunes de. **Como os juízes decidem nos casos difíceis?** A guinada pragmática de Richard Posner e as críticas de Ronald Dworkin. São Paulo. 2011.

AQUINO, Jorge Inácio de. O contencioso administrativo tributário no Brasil – órgãos de julgamento. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo: Dialética. n. 184. p. 57-69. Jan. 2011.

ATALIBA, Geraldo. Princípios constitucionais do processo e procedimento em matéria tributária. **Revista de Direito Tributário**. São Paulo, Malheiros, n. 46, p.118-132, out.-dez. 1988.

_____. Procedimento tributário. Assembleia realizada no III curso de especialização em direito tributário promovido pela PUC-SP. **Revista de Direito Tributário**. n 02. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

_____. Tripartição de Poder e liberdade. Atualidade da teoria constitucionalista. **Revista da Universidade Católica de São Paulo**. São Paulo: Jul-dez., 1971.

AVELLAR, Hélio de Alcântara. História Administrativa do Brasil, v. 1. **Preliminares Europeias**. FUNCEP, Brasília, 1984.

ÁVILA, Flávia. BIANCHI, Ana Maria. (Orgs.). **Guia de Economia Comportamental e Experimental**. São Paulo: EconomiaComportamental.org. 2015.

BALEEIRO, Aliomar. **Uma introdução à ciência das finanças**. 17. ed. Atualizada por Hugo de Brito Machado Segundo. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BALTHAZAR, Ezequiel Antônio Ribeiro. **Fundos constitucionais como instrumento de redução das desigualdades regionais da federação**. (Org) CONTI, José Maurício (org.). Federalismo fiscal. Barueri: Manole, 2004.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

BARACHO JÚNIOR. José Alfredo de Oliveira. A jurisdição constitucional nos Estados Unidos, na Alemanha e no Brasil. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord). **Constituição e Crise Política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

BARROS, José Fernando Cedeño de. **Aplicação dos princípios constitucionais do processo no direito tributário**. 2.ed. São Paulo: Manole, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Dez anos da constituição de 1988 (Foi bom pra você também?), **Revista de Direito Administrativo**, nº 214, 1998, p. 1-25.

_____. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil). **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, no. 9, março/abril/maio, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em 02/05/2019.

BATISTA, Raphaela Sant'ana. **A possibilidade de realização de Análise Econômica do Direito sob o viés pragmático como parâmetro de efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais**: um estudo sobre a experiência jurisprudencial do STF. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito de Alagoas, Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGD. 2014.

BEJARANO, Jesús Antonio. El análisis económico del derecho: comentarios sobre textos básicos. **Revista de Economía Institucional**, n. 1, novembro/1999. p. 161. Disponível em <<http://www.redalyc.org/html/419/41900110/>> Acesso em 14/02/2018.

BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição**: para uma crítica do constitucionalismo. 2ed. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

BERNSTEIN, Peter L. **Desafio aos deuses**: a fascinante história do risco. Tradução Ivo Korylowski. 20. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 1997.

BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional** — legitimidade democrática e instrumentos para sua realização. 4ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BITTAR, Djalma. Processo e segurança jurídica. In: BARRETO, Aires Fernandino. et al. **Segurança jurídica na tributação e Estado de Direito**. São Paulo: Noeses, 2005, p. 132-133.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade**: por uma teoria geral da política. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

_____. **O positivismo jurídico**. São Paulo: Ícone, 1995; BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**. Barueri: Manole, 2007.

_____. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 1995.

_____. et al. **Dicionário de ciência política**. 11. Ed. Tradução Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Mônaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cacais e Renzo Dini Brasília: Editora UNB. 2011.

BOFF, Salete Oro. **Reforma tributária e federalismo**: entre o ideal e o possível. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed, 2005.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**. Por um Direito Constitucional de luta e resistência. Por uma Nova Hermenêutica. Por uma repolitização da legitimidade. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. **Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil)**. *Estud. av.* [online]. 2004, vol.18, n.51, pp. 127-150. ISSN 1806-9592.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1996.

BORBA, Rodrigo Rabelo Tavares. SINAY, Rafael. TEIXEIRA, Pedro Freitas. A análise econômica do direito na axiologia constitucional. **Revista do BNDES**. 42, dezembro 2014. Disponível em: <
https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/bitstream/1408/3685/2/A%20an%C3%A1lise%20econ%C3%B4mica%20do%20direito_P_BD.pdf > Acesso em 05/01/2019.

BOTELHO, Paula de Abreu Machado Derzi. **Sonegação fiscal e identidade constitucional**. Belo Horizonte, Del Rey, 2005.

BOTELHO, Martinho Martins. **A eficiência e o efeito Kaldor-Hicks**: a questão da compensação social. 2016.

BOTTALO, Eduardo Domingo Bottalo. **Curso de direito administrativo tributário**. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRANCO, Fernando Castelo. **A pessoa jurídica no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2001.

BRANDÃO, Paulo de Tarso. Considerações sobre as normas constitucionais que estabelecem e asseguram Direitos Fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro e os perigos de sua incompreensão. In: CRUZ, Paulo Márcio; Brandão, Paulo de Tarso; Maurizio Oliviero (Org.). **O direito Contemporâneo e diálogos científicos Univali e Perugia**. 2016. Eboo-k disponível no endereço eletrônico: http://www.giurisprudenza.unipg.it/files/generale/Dottorati/EBOOK_-_10_anos_Univali_e_Perugia_.pdf.

_____. **Ações Constitucionais – “novos” direitos e acesso à justiça**. 2.ed. Florianópolis: OAB/SC editora, 2006.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **A execução fiscal no Brasil e o impacto no Judiciário**. Brasília: CNJ, 2011. p. 13. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/2d53f36cdc1e27513af9868de9d072dd.pdf>> Acesso em 05/02/2017.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10/12/2018.

_____. **Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972**. Dispõe sobre o processo administrativo fiscal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D70235cons.htm>. Acesso em: 10/12/2018.

_____. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Conselho Nacional de Justiça. **Custo unitário do processo de execução fiscal na Justiça Federal**. Relatório de Pesquisa. IPEA, 2011p. 26. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/887/1/livro_custounitario.pdf> Acesso em 05/02/2018.

_____. **Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980**. Dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6830.htm>. Acesso em: 10/12/2018.

_____. **Lei nº 11.457, de 16 de março de 2007**. Dispõe sobre a Administração Tributária Federal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11457.htm>. Acesso em: 10/12/2018.

_____. Ministério da Fazenda. **Portaria MF nº 343, de 09 de julho de 2015**. Aprova o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) e dá outras providências. Disponível em: <http://idg.carf.fazenda.gov.br/acesso-a-informacao/institucional/regimento->

interno/regimento-interno-do-carf. Acesso em 29/11/2017

_____. RECEITA FEDERAL DO BRASIL. **19/09/2016 - carga tributária 2015.** análise pro tributos e bases de incidência. Disponível em: <<http://idg.receita.fazenda.gov.br/dados/receitadata/estudos-e-tributarios-e-aduaneiros/estudos-e-estatisticas/carga-tributaria-no-brasil/ctb-2015.pdf/view>> Acesso em 19/09/2017.

_____. **Supremo Tribunal Federal.** AC 2.032-QO/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento: 15.05.2008, Publicação: 20.3.2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo558.htm#transcricao1>. Acesso em: 08/12/2018.

BULOS, Uadi Lamêgo. **Constituição Federal anotada.** São Paulo: Saraiva, 2000.

BURKE, Edmund. **Reflexões sobre a revolução em França.** 2.ed. Brasília: Editora UnB, 1997.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **A discricionariedade administrativa no estado constitucional de direito.** Curitiba: Juruá, 2001.

CADEMARTORI, Sergio. **Estado de direito e legitimidade.** Uma abordagem garantista. 2. ed. Campinas: Millennium Editora, 2006.

CAIS, Cleide Previtalli. **O processo tributário.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

CALSAMIGLIA, Albert. **Racionalidad, eficiencia del derecho.** México: Distribuciones Fontamara, 2003.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo.** Panóptica, Vitória, ano 1, n. 6, fev. 2007, p. 1-44. Disponível em: <http://www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/view/Op_2.2_2007_1-44/64>. Acesso em: 25/01/2018.

CAMPEDELLI, Laura Romano; BOSSA, Gisele Barra. O efeito perverso da regressividade no sistema tributário brasileiro. In **Revista Consultor Jurídico**, 06 de novembro 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-jun-29/penitenciaria-federal-catanduvras-completa-seis-anos-funcionamento>. Acesso em 24/02/2017.

CAMPOS, Dejalma de. **Direito Processual Tributário.** 7ed. São Paulo: Atlas, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 6.ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CANTO, Gilberto Ulhôa. **Do processo tributário administrativo.** In: Teoria do Direito tributário. São Paulo: Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo, 1975.

CARBONELL Miguel e SALAZAR, Pedro. et al. **Garantismo.** Estudios sobre el

pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli. Madrid: Trotta. Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, 2005.

CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**, 16ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001.

CARVALHO, Cristiano. **Teoria da decisão tributária**. São Paulo: Saraiva, 2013.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999.

CASTANHEIRA NEVES, António. **Digesta**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

CASTILLO, Víctor Malpartida. **Introducción al Derecho Económico**. Análisis Económico del Derecho y Derecho al Desarrollo. Lima, Editorial San Marcos EIRL. 1996.

CASTRO, José Roberto. **A carga tributária brasileira em 4 gráficos**. Disponível em: <<https://www.nexojornal.com.br/expresso/2016/09/20/A-carga-tribut%C3%A1ria-brasileira-em-4-gr%C3%A1ficos>>, Acesso em 18/03/2017.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito, política e filosofia**. Contribuições para uma teoria discursiva da constituição democrática no marco do patriotismo constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CAVALCANTI, Carlos Eduardo G.; PRADO, Sérgio. **Aspectos da guerra fiscal no Brasil**. Brasília/São Paulo: IPEA/FUNDAP, 1998.

CÉSAR, Marcelo Vieira de Sousa. Controle de Constitucionalidade pela Administração Tributária. **Revista da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional**. Ano II, nº4, 2012.

CÉZARI, Marcos. **Governo prefere impostos ruins a bons**. Folha de São Paulo de 06/08/2000, Caderno Mercado. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/dinheiro/fi0608200008.htm>>, Acesso em 17/03/2017.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros, 2014.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário brasileiro**. 6. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001.

COKE, Eduard. **The selected writings of Sr. Edward Coke**. Vol I. Edited by Steve Sheppard. Liberty Found: Indianápolis, 2003.

CONTI, José Maurício (org.). **Federalismo fiscal**. Barueri: Manole, 2004.

COOTER, Robert. ULEN, Thomas. **Law and econornics**. 3. ed. Massachusetts: Addison Wesley Longman, Inc. 2000.

COSTA, Ramón Valdés. **Instituciones de derecho tributario**. Depalma, Buenos Aires: 1992.

CRUZ, Paulo Márcio (Org.). **Direito e transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2009.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 18. ed., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1994.

DA SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil**. Vol I. Tomo I. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

DEFLEUR, M.L. BALL-ROCKEACH, S.J. **Teorías de la comunicación de masas**. 2. ed. Barcelona: Ediciones Paidós, 1993.

DERZI, Misabel de Abreu Machado e BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **A Análise Econômica de Posner e a ideia de Estado de Direito em Luhmann: breves considerações críticas**. Rev. Fac. Direito UFMG, Número Esp. em Memória do Prof. Washington Peluso., pp. 327-352, 2013.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. Vol. I e II. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. 500 Anos de direito administrativo brasileiro. **Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica**, nº. 10, janeiro, 2002,

DOWNS, Anthony. **Uma teoria econômica da democracia**. São Paulo: EDUSP, Editora da Universidade de São Paulo. Tradução Sandra Guardini Teixeira Vasconcelos. 1999.

DUSSEL, Enrique. **Ética da libertação: na idade da globalização e da exclusão**. Trad. Ephraim Ferreira Alves, Jaime A Clasen e Lúcia M. E. Orth. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: A teoria prática da igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **O império do direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. **questão de princípio**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FAORO, Raymundo Faoro. **Os donos do poder - Formação do patronato político brasileiro**. Ed. Globo, 1958.

FARACO, Alexandre Ditzel; SANTOS, Fernando Muniz. Análise Econômica do Direito e Possibilidades Aplicativas no Brasil. **Revista de Direito Público da Economia**. Belo Horizonte, Ano 3, n.º 9, p. 27-61, jan/mar 2005.

FARIA, Edmur Ferreira. **Curso de Direito Administrativo Positivo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Trad. Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Juspodivm, 2015.

FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. Constitucionalismo garantista e neoconstitucionalismo. **Anais do IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional**. Curitiba: ABDCConst.

_____. **Diritto e ragione**. teoria del garantismo penale. Roma-Bari: Laterza, 2004.

_____. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 2ª. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. et al. **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. **Principia iuris. I. Teoria del diritto**. Roma-Bari: Laterza, 2007.

_____. **Principia iuris**. Teoría del derecho y de la democracia. 1. Teoría del derecho, 2011.

_____. **Principia iuris**. Teoría del derecho y de la democracia. 2. Teoría de la democracia., 2011.

_____. Iuspositivismo crítica y democracia constitucional. **Isonomia: Revista de teoría del derecho**, nº16, México: Instituto Tecnológico Autónomo de Mexico, 2002.

_____. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. 4.ed. Madrid: Trotta, 2009.

_____. STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Org). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. 2012.

FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2003.

FERREIRA, Wolgran Junqueira. **Princípios da administração pública**: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade. São Paulo: Edipro, 1995.

FERREIRA, Ricardo J. **Manual do ICMS do Estado de São Paulo**. São Paulo: Editora Ferreira, 2006. Disponível em: < http://www.editoraferreira.com.br/publicue/media/ICMSSP_PROCESSO_ADM_TRIB.pdf>. Acesso em 08/12/2018.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.

FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución**. de la antigüidade a nuestros dias. Trad. Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2001.

_____. **Los derechos fundamentales**: apuntes de historia de las constituciones. Madrid: Trotta, 2009.

FORGIONI, Paula A. Análise econômica do direito (AED): Paranóia ou mistificação? In: **Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro**. São Paulo: Malheiros, Ano XLIV, julho-setembro/2005, p. 242-256.

FREITAS, Juarez. Administração pública deve aplicar a lei fundamental de ofício e deixar de aplicar regras inconstitucionais, quando cumpri-las significar improbidade por quebra de princípios. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 258, p. 141-167, set./dez. 2011.

_____. **Interpretação Sistemática do Direito**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2002.

_____. **O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores. 1999.

GALINDO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos**: Direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

GEORGAKOPOULOS, Nicholas L. **Principles and methods of Law and Economics**. Basic Tools for Normative Reasoning. Cambridge: Cambridge University Press. 2005.

GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. **Metodologia e epistemologia da Análise Econômica do Direito**. In Economic Analysis of Law Review. EALR, V. 1, nº 1. 2010.

_____. **A tragédia do Judiciário**: subinvestimento em capital jurídico e sobreutilização do Judiciário. 146 f. Tese (Doutorado em Economia Política) – Programa de Pós-Graduação em Economia, Departamento de Economia, Universidade de Brasília – UnB, Brasília, 2012.

_____. **Notas sobre a Análise Econômica do Direito e epistemologia do Direito**. Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI. São Paulo. 2009.

GOBETTI, Sérgio Wul; ORAIR, Rodrigo Octávio. Tributação e distribuição da renda no Brasil: novas evidências a partir das declarações tributárias das pessoas físicas.

Centro Internacional de Políticas para o Crescimento Inclusivo (IPC-IG). Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. working paper nº 136, fevereiro, 2016 ISSN 1812-108x. Disponível em: <http://www.ipc-undp.org/pub/port/WP136PT_Tributacao_e_distribuicao_da_renda_no_Brasil_novas_evidencias_a_partir_das_declaracoes_tributarias_das_pessoas.pdf>.

GOÉS, Guilherme Sandoval. Neoconstitucionalismo e dogmática pós-positivista. In: BARROSO, Luís Roberto. (Org.) **A reconstrução democrática do direito público no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 113-150.

GOLDBERG, Daniel. **Poder de compra e política antitruste**. São Paulo: Editora Singular: 2006.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e Teoria do Processo**. 2. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

GORDILLO, Agustín A. **El acto administrativo**. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1969, p. 323.

GRANJEIRO, José Wilson. **Direito Administrativo Moderno**. Brasília: Vestcon. 2005, p. 57.

GRASSO, Marlene Savóia. **O sistema federativo**. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política – Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, ano 1, nº3, p. 59-79. São Paulo: RT, abr/jun, 1993.

GUERRA FILHO, Willis Santiago (coord) et al. **Dos Direitos Humanos aos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002.

HAMILTON, Alexander. **Federalista número LXXXIII**. In: Os artigos federalistas. Rio de Janeiro: Nova fronteira, 1987.

HARO, Richardo. **Marbury vs Madson**: el sentido constituyente y fundacional de su sentencia. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2003, p 1-10.

HART, Hebert L. A. **O Conceito de Direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3 ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, São Paulo 2012.

HEINEN, Luana Renostro. A Análise Econômica do Direito de Richard Posner e os pressupostos irrealistas da economia neoclássica. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 38, out. 2010.

HELLMAN, R. F.; MARGRAF, A. F. (Org.). **Os efeitos do constitucionalismo contemporâneo no Direito**. 1ed.Telêmaco Borba/PR: Editora Fateb, 2014, v., p. 49-66.

HERRERA, Miguel. La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardian de la Constitución. **Revista Estudios Políticos**, nº 86, 1994, p. 195-227.

HESSE, Konrad. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

HOBBS, Thomas. **Diálogos entre um filósofo e um jurista**. São Paulo: Martin Claret, 2011.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou Matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 3 ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass. **El costo de los derechos: por qué la libertad depende de los impuestos**. 1.ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011.

HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional**. 4. Ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2003.

IPPOLITO, Dario. El Garantismo Penal de un Ilustrado Italiano: Mario Pagano y la Lección de Beccaria. **Revista Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho**. n. 30, 2007.

_____. O garantismo de Luigi Ferrajoli. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, Unisinos. Vol. 3 - Número 1, janeiro-junho 2011, ISSN 2175-2168.

JORGE, André Guilherme Lemos. **Tribunal Administrativo e supremacia da Constituição Federal**. Curitiba: Juruá, 2013.

KEINERT, Tania Margarete Mezzomo. **Administração pública no Brasil: crises e mudanças de paradigmas**. 2. Ed. São Paulo: Annablume: Fapesp. 2007.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. Traduzido por Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Religione secolare**. Uma polemica contro l'errata interpretazione della filosofia sociale, della scienza e della politica moderne como "nuove religioni". Milano: Raffaello Cortina Editore, 2014.

_____. **Teoria pura do direito**. Coimbra: Armenio Amado, 1979.

KOCH, Deonísio. **Processo administrativo tributário**. Florianópolis: editora momento atual, 2003.

KUHN, Thomas Samuel. **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Perspectiva, 2009.

KÜNG, Hans. **Uma ética global para a política e a economia mundiais**. Petrópolis: Vozes, 1999.

LAMPREIA, Everaldo. Derechos fundamentales y consecuencias económicas. **Revista de Economía Institucional**, vol. 8, n. 14, Bogotá, 2006.

LASSALLE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. 6. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

LAZARIN, Antonio. **Introdução ao Direito Tributário**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 1992.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **Raciocínio jurídico e economia. Revista de Direito Público da Economia**. Belo Horizonte, ano 2, n. 8, p. 1-256, out./dez. 2004.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial: Fundamentos de direito**. 2ª edição ver. Trad. Bruno Miragem. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008.

LOSANO, Mario G. **Os grandes sistemas jurídicos**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **Sistema e estrutura no direito**. Volume 2: o século XX. Tradução de Luca Lamberti. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

LUCIA, Paolo Di. **Assiomatica del normativo**. Filosofia Critica del Diritto in Luigi Ferrajoli. LED Edizioni Universitarie di Lettere Economia Diritto, 2011. ISBN 978-88-7916-464-1.

MACEDO JR, Ronaldo Porto. **Carl Schmitt e a fundamentação do direito**. São Paulo: Max Limonad, 2001.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 5ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1992.

_____. **Mandado de segurança em matéria tributária**. 8ª ed. São Paulo: Dialética, 2013.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Processo tributário**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. **Repetição do tributo indireto: Incoerências e contradições**. São Paulo: Malheiros, 2011.

MANKIOW, N. Gregory. **Introdução a economia**. (Tradução Allan Vidigal Hastings). São Paulo: Cengage Learning, 2009.

MARCELINO JÚNIOR, Júlio Cesar. **Princípio constitucional da eficiência administrativa: (des)encontros entre economia e direito**. Florianópolis: Habitus Editora, 2009.

MADEIRO, Carlos. Uol (Brasil). **Com redução de 543 mil benefícios em 1 mês, Bolsa Família tem maior corte da história**. 2017. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2017/08/11/bolsa-familia-reduz-543-mil-beneficios-em-1-mes-programa-tem-maior-corte-da-historia.htm>>. Acesso

em: 11/08/2017.

MARINS, James. **Justiça tributária e processo tributário**. Curitiba: Paraná, 1998.

_____. **Princípios fundamentais do direito processual tributário**. São Paulo: Dialética, 1998.

_____. **Direito processual tributário brasileiro (administrativo e judicial)**. São Paulo: Dialética, 2003.

MARQUES, Guilherme Ramon Garcia. Analisando o desenvolvimento: a perspectiva de Amartya Sen. **Revista Urutaguá**. n. 22, UEM: 2010.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. Evolução histórica da estrutura judiciária brasileira. **Revista TST**, Brasília, vol. 65, nº 1, out/dez 1999.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; ELALI, André. (org). **Elementos atuais de direito tributário**: estudos e conferências. Curitiba: Juruá, 2005.

_____. (Coord.). **Processo Administrativo Tributário**. 2.ed.São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. **Transparência administrativa**: publicidade, motivação e participação popular. São Paulo: Saraiva, 2004.

MARTINS, Ana Luísa. **Conselho Administrativo de Recursos Fiscais**: 85 anos de imparcialidade na solução dos litígios fiscais. Rio de Janeiro: Capivara, 2010.

MATEUCCI, Nicola. **Breve storia del costituzionalismo**. Brescia: Morcelliana, 2010.

MAYER, Giovanna. As decisões do STF e do STJ entre a integridade e a análise econômica do Direito. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 38, out. 2010.

MENDES, Armindo Ribeiro. **O processo executivo e a economia**. Sub Judice – Justiça e Sociedade. Ideias. n.º 2, Portugal, p. 51-62, jan/abr 1992.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. 1. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2009.

MCTAGGART, Douglas. FINDLAY Christopher. **Economics**. 4.th. Addison Wesley Longman Publishing Co. 1993.

MILAN, camila monteiro pullin. **A Prova no Processo Administrativo Tributário**. Dissertação de Mestrado. Curso de Pós-graduação em Direito, Área de Concentração em Direito do Estado, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2008.

MINAS GERAIS (Estado). **Lei nº 6.763 de 26 de dezembro de 1975**. Disponível em: <<http://www.fazenda.mg.gov.br>>, acesso em 21/04/2018.

MINDA, Gary. **Postmodern legal movements: Law and Jurisprudence At Century's End**. New York: NYU Press, 1996.

MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: RT, 2008.

_____. **O direito administrativo em evolução**. 2. ed. São Paulo: RT, 2003.

_____. **O direito administrativo moderno**. 12. ed. São Paulo: RT, 2008.

MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos de política jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994.

MELLO, Cláudio Ari. **Improbidade administrativa: considerações sobre a Lei 8.429/92**. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, v. 3, n. 11, p. 49-62, abr./jun. 1995.

MIGLINO, Arnaldo. **A cor da democracia**. São José/SC: Editora Conceito Editorial. 2010.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Editora Altas, 2003.

_____. **Direito constitucional**. 32. ed. São Paulo: Editora Altas, 2007.

MORAIS DA ROSA, Alexandre; AROSO LINHARES, J. M. **Diálogos com a law & economics**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. v. 1. 280p.

_____. **Decisão penal: bricolagem de significantes**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. et al. **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. (organizadores) Luigi Ferrajoli, Lenio Luiz Streck, André Karam Trindade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. MARCELLINO JR, Julio Cesar. Constituição, economia e desenvolvimento. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Curitiba, 2009, vol. 1, n. 1, Ago-Dez. p. 7-23. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/revista/direitosAlexandreJulio.pdf>>. Acesso em: 08/12/2018.

_____. MARCELLINO Jr., Julio Cesar. **O processo eficiente na lógica econômica: desenvolvimento, aceleração e direitos fundamentais**. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. v. 1.130p.

_____. MARCELLINO Jr., Julio Cesar. Os direitos fundamentais na perspectiva de custos e o seu rebaixamento à categoria de direitos patrimoniais: uma leitura crítica.

Constituição, Economia e Desenvolvimento: **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Curitiba, 2009, n. 1, Ago-Dez. p. 7-23.

_____. **O que é garantismo jurídico?** Florianópolis: Habitus, 2003.

_____. **Teoria dos Jogos e Processo Penal** - A short Introduction. 1. ed. Florianópolis/SC: Empório do Direito, 2017. v. 1.148p.

MORCILLO, Francisco Monción. BEKER, Víctor Alberto. **Economia principios y aplicaciones**. 4. Ed. México: McGraw-Hill. 1999.

MOREIRA, Samantha Caroline Ferreira. **Ineficiência da prestação jurisdicional nos litígios empresariais à luz da análise econômica do direito**. Belo Horizonte, 2016. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade FUMEC.

MOURA, Casemira dos Santos. **A tributação como sustentação do aparato estatal e o exercício da cidadania**. Monografia (Especialização em Gestão Pública) - Universidade Cândido Mendes, AVM Faculdade Integrada, 2012.

MURPHY, Liam; NAGEL, Thomas. **O mito da propriedade**. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. Martins Fontes: São Paulo, 2005.

MUSSOLINI JÚNIOR, Luiz Fernando. **Processo administrativo tributário**. Das decisões terminativas contrárias à Fazenda Pública. Barueri: Manole, 2004.

NABAIS, José Casalta. **Por uma liberdade com responsabilidade** – Estudos sobre Direitos e Deveres Fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

NASCIMENTO, Sidnei Pereira do. Guerra fiscal: uma avaliação comparativa entre alguns estados participantes. **Economia Aplicada**, Ribeirão Preto, v. 12, n. 4, p. 677-706, Dec. 2008.

_____. **Guerra fiscal**: uma avaliação comparativa entre alguns estados participantes. *Econ. Apl.* [online]. 2008, vol.12, n.4, pp.677-706. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-80502008000400007&lng=en&nrm=iso. ISSN 1413-8050. Acesso em 27/01/2017.

NEVES, A. Castanheira. **Digesta**. Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros.v.2.Coimbra: Wolters Kluwer/Coimbra. Editora, 2010.

NETO, Alfredo Copetti. BOLZAN DE MORAIS, José Luis. O segundo movimento Law and Economics, a eficiência e o consenso do modelo neoclássico ordenalista subjetivista a partir de richard posner: ruptura ou (re)aproximação ao (Estado de) Direito contemporâneo. Constituição, Economia e Desenvolvimento. **Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Programa de Pós-graduação em Direito n.4 (jan./jun. 2011). Curitiba. 2012.

NINO, Carlos S. La filosofía del control judicial de constitucional. In: **Revista del Centro de Estudios Constitucionales** -JQ Núm. 4. Septiembre-diciembre, 1989.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais – teoria jurídica dos direitos sociais enquanto Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Processo e hermenêutica na tutela dos direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

OLIVEIRA JUNIOR. Raimundo Frutuoso de. **Aplicações da análise econômica do direito**. Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI realizado em Fortaleza - CE nos dias 09, 10, 11 e 12 de Junho de 2010.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Catoni de. **Devido processo legislativo: uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo**. 3. ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

OLIVIERO, Maurizio; CRUZ, Paulo Márcio. Reflexões sobre o direito transnacional. **Revista Novos estudos Jurídicos**. Itajaí, v. 17, n. 1, p. 23, 2012.

OST, François. **O tempo do direito**. Tradução Élcio Fernandes. Bauru: Edusc: 2005

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Adotada pela Resolução nº 41/128 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 4 de dezembro de 1986. **Declaração Sobre O Direito Ao Desenvolvimento - 1986**. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direito-ao-Desenvolvimento/declaracao-sobre-o-direito-ao-desenvolvimento.html>>. Acesso em: 10/12/2018.

O GLOBO (Brasil). **Cabral roubou em todas as áreas do estado, diz procurador**. 2017. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/cabral-roubou-em-todas-as-areas-do-estado-diz-procurador-21191832>>. Acesso em: 11/04/2017.

O ESTADÃO (Brasil). **Em decadência política, Rio viverá uma década de crise**. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,em-decadencia-politica-rio-vivera-uma-decada-de-crise,70001748272>>. Acesso em: 23/04/2017.

PACHECO, Pedro Mercado. **El Analisis Económico del Derecho – Una Reconstrucción Teórica**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

PAIXÃO, Cristiano; BIGLIAZZI, Renato. **História constitucional inglesa e norte-americana: do surgimento à estabilização da forma constitucional**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2011.

PASOLD, Cesar Luiz. **Função social do Estado contemporâneo**. 3. ed. rev. atual. e ampl. Florianópolis: OAB/SC Editora co-edição Editora Diploma Legal, 2013.

_____. **Prática da Pesquisa Jurídica**. idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito. 7 ed. rev. atual. amp. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2002.

_____. Teoria da Constituição e do Estado: uma pauta para o tempo XXI. In SANTO, Davi do Espírito e PASOLD, Cesar Luiz (orgs.) **Reflexões sobre Teoria da Constituição e do Estado**. Florianópolis: Insular, 2013.

_____. **Concepção para o Estado contemporâneo**: síntese de uma proposta. Disponível em: <<http://conversandocomoprofessor.com.br/artigos/arquivos/concepcaoparaoestadocointemporaneo.pdf>>, Acesso em 24/01/2018.

PEIXINHO, Manoel Messias; FERRARO, Suzani Andrade. **Direito ao desenvolvimento como direito fundamental**. Publica Direito. 2003.

PIETROPOLLO, João Carlos. **Limites de critérios econômicos na aplicação do direito**: hermenêutica e análise econômica do Direito. 2010. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

PIKETTY, Thomas. **A Economia da desigualdade**. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2015.

PIMENTA, Eduardo Goulart. Lana, Henrique Avelino Rodrigues de Paula. Análise Econômica do Direito e sua relação com o direito civil. In: **Revista da Faculdade de Direito - UFMG**, Belo Horizonte, n. 57, p. 85-138, jul./dez. 2010.

PINDYCK, Robert S. RUBINFELD, Daniel L. **Microeconomia**. 6.ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2006.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

PIRES, Adilson Rodrigues. Algumas reflexões sobre o processo administrativo fiscal. Prazo para conclusão do processo em primeira e segunda instâncias. In: ROCHA, Sérgio André. **Processo administrativo tributário** (estudos em homenagem ao prof. Aurélio Pitanga Seixas Filho). São Paulo: Quartier Latin, 2007.

PIRES, Breiler. El País (Brasil). **Brasil despenca 19 posições em ranking de desigualdade social da ONU**. 2017. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2017/03/21/politica/1490112229_963711.html>. Acesso em: 21/03/2017.

PISARELLO, Gerardo. **Procesos constituyentes**: Caminos para la ruptura democrática. Madrid: Trotta, 2014.

PORTO, Antônio José Maristrello. **Análise Econômica do Direito (AED)**. 2013. Fundação Getúlio Vargas. Disponível em: <https://diretorio.fgv.br/sites/diretorio.fgv.br/files/u100/analise_economica_do_direito_20132.pdf>. Acesso em: 08/11/2018.

POSNER, Richard A. **El análisis económico del derecho**. 2 ed. México: Fondo de Cultura Económica, 2007.

_____. **Para além do direito**. Tradução Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

_____. **Problemas de filosofia do direito**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

PRETEROSSO, Geminello. Principia iuris entre normatividad y poder: sobre el estado constitucional de Derecho em la teoria de Luigi Ferrajoli. Revista **Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n. 31, 2008.

PUCEIRO, Enrique Zuleta. **Paradigma dogmático y ciencia del derecho**. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas. 1981.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

REIS, Fabio Wanderlei. As reformas e o mandato. In: **Folha de São Paulo**, 28 de março de 1998, p. 1-3.

REZENDE, Fernando; OLIVEIRA, Fabrício Augusto de. **Descentralização e federalismo fiscal no Brasil**. Desafios da Reforma Tributária. Rio de Janeiro: Konrad Adenauer Stiftung, 2003.

RIBAS, Lídia Maria Lopes Rodrigues. **Processo administrativo tributário**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

RIO DO SUL (Município). **Lei Complementar n. 110 de 17 de dezembro de 2003**. Disponível em: <<http://www.leismunicipais.com.br>>, acesso em 20/11/2018.

ROCHA, José Albuquerque. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 1999.

RODRIGUES, Daniel Costa. **Segurança constitucional tributária**. O sistema positivo brasileiro. Editora de Direito: Leme, 1997.

ROSA, Márcio Fernando Elias. **Direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2007.

ROSEMBUJ, Tulio. **El Impuesto Ambiental**. Barcelona: El Fisco, 2009.

ROSSI, Marina. El País (Brasil). **Seis brasileiros concentram a mesma riqueza que a metade da população mais pobre**. 2017. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2017/09/22/politica/1506096531_079176.html>. Acesso em: 25/11/2017.

SABBAG, Eduardo. **Manual de direito tributário**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SALAMA, Bruno Meyerhof. **A história do declínio e queda do eficientismo na obra de Richard Posner**. Latin American and Caribbean Law and Economics Association. Disponível em: <http://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/35>. Acesso em: 04/11/2018.

SALOMÃO, Marcelo Viana; PAULA JUNIOR, Aldo de (Org). **Processo administrativo tributário**. São Paulo: MP Editora, 2005.

SAMUELSON, Paul A. NORDHAUS, William D. **Economía**. 19. Ed. Traducción Maria Guadalupe Cevallos Almada. et. al. México: Macgrawhill, 2012.

SANTA CATARINA (Estado). **Lei complementar 465 de 03 de dezembro de 2009**.

Disponível em <http://legislacao.sef.sc.gov.br/html/leis/2009/lc_09_465.htm>. Acesso em 10/09/2017.

SANTANA, Paulo Victor Pinheiro. **Análise Econômica no Direito Brasileiro**: limites e possibilidade. *In: Lex Humana*, Petrópolis, v. 6, n. 1, p. 156-179, 2014.

SANTOS JÚNIOR, Rosivaldo Toscano dos. Juristas colonizados? crítica à importação de teorias jurídicas. **Revista da AJURIS** – v. 40 – n. 132 – Dezembro de 2013.

SANTOS, Paulo Junior Trindade. Jurisdição constitucional e o embate que o antecede em Kelsen e Schmitt. **REVISTA DA ESMESC**, v. 20, n. 26, 2013.

SÃO PAULO (Estado). **Lei n. 13.457 de 18 de março de 2009**. Disponível em: <<http://info.fazenda.sp.gov.br>>, acesso em 22/04/2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos Fundamentais**: orçamento e reserva do possível. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SARTINI, Brígida Alexandre e outros. **Uma introdução à Teoria dos Jogos**. II Bienal da SBM. Universidade Federal da Bahia, out. 2004. Disponível em: <<https://www.ime.usp.br/~rvicente/IntroTeoriaDosJogos.pdf>>. Acesso em: 22/12/2018.

SCHÄFER, Hans-Bernd y OTT, Claus. **Manual de Análisis Económico del Derecho Civil**. Tecnos. Madrid 1991.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem constitucional**: construindo uma nova dogmática jurídica. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição**. Trad. Geraldo De Carvalho. Belho Horizonte: Del Rey 2007.

_____. **Teoría de la Constitución**. Trad. Francisco Ayala. Madrid: Revista de Direito Privado, 1927,

SEGADO, Francisco Fernández. **La evolucion de la justicia constitucional**. Madrid: Editorial Dykinson, 2013.

SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Cia das Letras, 2010.

_____. **Sobre Ética e Economia**. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

SEVEGNANI, Joacir. **A solidariedade social no Estado Constitucional de Direito no Brasil: Estado e Sociedade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

_____. **A Resistência aos tributos no Brasil: Estado e Sociedade.** Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia.** São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVEIRA MARTINS, Ana Sabrina. Moralidade administrativa no Estado Democrático de Direito. Porto Alegre: **Revista do Tribunal de Contas do Rio Grande do Sul**, v. 19, n. 34, 1º sem. 2001.

SLAIBI FILHO, Nagib. **Reforma da justiça.** Rio de Janeiro, Impetus, 2005.

SLOAN, Cliff; MCKEAN, David. **The great decision: Jefferson, Adams, Marshall, and the Battle for the Supreme Court.** New York: PublicAffairs, 2009.

SMITH, George P., Dr. Bonham's Case and the Modern Significance of Lord Coke's Influence (1966). **Washington Law Review**, Vol. 41, No. 2, 1966, p. 297-314.

STAFFEN, Márcio Ricardo. **Direito global: humanismo e direitos humanos.** RVMD, Brasília, V. 10, n. 1, Jan-jun., 2016.

_____. **Estado, Constituição e juizados especiais federais.** Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2015.

_____. **Interfaces do direito global.** Lumen Iuris: Rio de Janeiro, 2015.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica.** 4.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

_____. **A baixa constitucionalidade como obstáculo ao acesso à justiça em terrae brasilis.** Sequência (Florianópolis), n. 69, p. 83-108, dez. 2014. p. 106. Disponível em <<https://doi.org/10.5007/2177-7055.2014v35n69p83>>, Acesso em 16/01/2018.

_____. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Perspectivas e Possibilidades de Concretização dos Direitos Fundamentais Sociais no Brasil.** **Novos Estudos Jurídicos.** Volume 8 – n. 2 - p. 257-301, maio/ago. 2003.

_____. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

_____. **Verdade e consenso.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. BOLZAN, José Luis Bolzan de Moraes. **Ciência Política e teoria do Estado.** 8.ed.rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

STAJN, Raquel; ZYLBERSTAJN, Décio (org.). **Direito & economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

STRAPAZZON, Carlos Luiz. QUADROS, Francielly Glovacki de. **A EXIGIBILIDADE**

DOS DIREITOS SOCIAIS: uma primeira análise da teoria de christian courtis. Disponível em: <<http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=1fcd4d0ad75c6f5c>>, acesso em 19/04/2019.

TIMM, Luciano Benetti. (org.) **Direito e economia no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

TORRES, Ricardo Lobo. O princípio da transparência no Direito Financeiro. **Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro**. V.VIII. Rio de Janeiro, 2001, p. 133-156.

_____. **Tratado de Direito constitucional financeiro e tributário**. Vol. II Valores e Princípios Constitucionais Tributários. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

TRIBE, Laurence. **American constitucional law**. 2.ed. New York: The Foundation Press, 1988.

TRINDADE, André Karam; GUBERT, Roberta Magalhães; COPETTI NETO, Alfredo (Org.). **Direito & literatura: discurso, imaginário e normatividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

_____. Raízes do garantismo e o pensamento de Luigi Ferrajoli. **Revista Eletrônica Consultor Jurídico**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-jun-08/diario-classe-raizes-garantismo-pensamento-luigi-ferrajoli>>. Acesso em: 08/12/2018.

VALADÃO Marcos Aurélio Pereira. (org.) **Estudo sobre o contencioso administrativo fiscal da federação brasileira:** problemas e soluções. Escola de Administração Fazendária (Esaf). Programa de Pesquisa Fórum Fiscal dos Estados. Disponível em: <<http://www.esaf.fazenda.gov.br/assuntos/biblioteca/estudo-sobre-o-contencioso-administrativo-fiscal-da-federacao-brasileira-problemas-e-solucoes.pdf>>. Acesso em: 10/12/2018.

VARIAN, Hal R. **Microeconomía intermedia**. Antoni Bosch. Barcelona, 1998.

VARSANO, Ricardo. et. al. **Uma análise da carga tributária do brasil**. diretoria de pesquisa do IPEA e Secretaria de Assuntos Fiscais do BNDES. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/bf_bancos/e0000572.pdf>, acesso em 18/03/2017, as 18:03h.

VELAME, Glauber Rocha. SANTANA, Samene Batista Pereira. Justiça multiportas: da alternatividade ao princípio da adequação. Integrart - **Revista Eletrônica da FAINOR**, Vitória da Conquista, v.2, n.1, p. 62-85, jul./dez. 2017.

VELJANOVSKI, Cento. **The economics of Law**. London: The Institute of Economic Affairs. 2. Ed. 1990.

VELOSO, Zeno. **Controle jurisdicional de constitucionalidade**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

VENTURIN, Eduardo Luiz. **Análise econômica do direito regulatório: A (des)regulação como defesa dos interesses do consumidor.** 2017.

VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

ZANATTA, Rafael A. F. Desmistificando a Law and Economics: a receptividade da disciplina Direito e Economia no Brasil. *In: Revista dos Estudantes da Universidade de Brasília.* 10. ed. 2011.

ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel (Orgs.). **Direito & economia: Análise econômica do direito e das organizações.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.