



# NOMOS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UFC

Solicita-se permuta  
Pídese canje  
On demande l'exchange  
Si richiede la scambio  
We ask for exchange  
Wir bitten um Austausch.



# NOMOS

Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC

Fortaleza

2022

# NOMOS

**Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**  
Volume 42.1 — Jan./Jun. 2022

**Editora Chefe**

Denise Lucena Cavalcante

**Editora Sub-chefe**

Tarin Cristino Frota Mont'Alverne

**Conselho Editorial**

Ana Maria D'Ávila Lopes

Antônio José Avelãs Nunes

Carmen Lopez-Rendo Rodriguez

Denise Lucena Cavalcante

Elizabeth Salmón

Eros Grau

Eric Canal-Forgues

Federico Di Bernardi

Fernando Araújo

Fernando Facury Scaff

Francisco Queiroz Cavalcanti

Frédérique Coulée

Giovanni Luchetti

Giovanni Moschetti

Hugo de Brito Machado

Jefrey Owens

João Luís Nogueira Matias

Jorge Miranda

José Luís Caballero

Juarez Freitas

Júlia Motte-Baumvol

Luís M. Alonso Gonzáles

Paulo Bonavides

Tarin Cristino Frota Mont'Alverne

Willis Santiago Guerra Filho

Wolf Paul

Nomos. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC.

V. 1-1978-Fortaleza, Edições Universidade Federal do Ceará, n. semestral. Órgão oficial do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará.

ISSN — 1807-3840

1 — Direito-periódico.

1 — Universidade Federal do Ceará. Faculdade de Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC.



## SOBRE OS AUTORES

### **Alice Rocha da Silva**

Doutora em Direito Internacional pela Université de Aix-Marseille III. Mestrado em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (2006). Atualmente é professora no Centro Universitário de Brasília - UniCEUB e de cursos preparatórios para concurso e assessora no Instituto de Gestão da Saúde do Distrito Federal (IGESDF).

### **Ana Luiza Liz dos Santos**

Mestre em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul (FMP-RS). Especialista em Proteção de Dados: LGPD e GDPR - Curso Binacional com dupla titulação (FMP-RS e Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa). Especialista em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS). Especialista em Direito Civil e Processo Civil pelo Instituto de Desenvolvimento Cultural (IDC).

### **Anizio Pires Gavião Filho**

Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal de Santa Maria (1985), Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (2004) e Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (2010). Professor Titular Coordenador PPGD -Mestrado Acadêmico - da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público. Professor Coordenador do Projeto de Pesquisa Colisão de direitos fundamentais e argumentação jurídica do PPGD/FMP.

### **Denise Lucena Cavalcante**

Professora Titular de Direito Tributário e Financeiro da Faculdade de Direito/UFC. Pós-Doutorado em Direito pela Faculdade de Direito de Lisboa/Portugal . Doutorado em Direito pela PUC/SP . Mestrado em Direito pela UFC. Especialista em Direito Tributário Internacional - Universidade de Salamanca/Espanha.

### **Fernando Barbosa Bastos Costa**

Graduação em Direito pelo Centro Universitário de Brasília. Especialização em Direito Público e Pós-graduação em Defesa da Concorrência pela Fundação Getúlio Vargas. Mestre em Direito pelo Centro Universitário de Brasília. Exerceu a advocacia privada no escritório Veirano e Advogados Associados. Ocupou o cargo efetivo de Analista Administrativo do Governo do Distrito Federal, especializado em Direito e Legislação.

### **Henrique Smidt Simon**

Doutorado em Direito pela Universidade de Brasília. Mestrado em Direito pela Universidade de Brasília. Atualmente é professor do Centro Universitário de

Brasília. Revisor de periódico da Revista Jurídica da Presidência. Advogado da Martins Costa e Simon Advogados. Professor Substituto da Universidade de Brasília.

#### **Heron José de Santana Gordilho**

Professor Titular da Faculdade de Direito da UFBA. Doutor em Direito na Universidade Federal de Pernambuco. Professor visitante na École des Hautes Études en Science Sociales (EHESS/Paris/FR) como bolsista da CAPES. Estudos de pós-doutorado na Pace University Law School, Nova York, onde é coordenador regional do Instituto Brasileiro Americano de Direito e Meio Ambiente (BAILE). Professor do corpo permanente do PPGD/UFBA.

#### **Isa Guimarães Duarte**

Advogada, Especialista em direito Tributário (2021), Mestre em Território Ambiente e Sociedade (UCSAL). Pesquisa no ramo da tributação ambiental, em específico tributos municipais.

#### **Lucas Nogueira Holanda**

Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Especialista em Direito Tributário e Processual Civil pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Graduado em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Advogado Tributarista

#### **Paulo Antônio Caliendo Velloso da Silveira**

Doutorado em Direito, na área de Concentração de Direito Tributário, pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Doutorado Sandwich na Ludwig-Maximilians Universität em Munique (Alemanha), bem como Doutorado em Filosofia, pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Participou do Program of Instruction for Lawyers da Harvard Law School. Árbitro da Lista brasileira do Sistema de Controvérsias do Mercosul.



## SOBRE OS AUTORES – DOCTRINA ESTRANGEIRA

### **Alberto Comelli**

Professor Catedrático de Direito Fiscal na Universidade de Parma. Advogado.

### **João Ricardo Catarino**

Professor Catedrático na Universidade de Lisboa. Doutor em Administração Pública – ISCSP-UTL.

### **Ricardo Moraes Soares**

Doutor em Administração Pública, na especialidade de Administração e Políticas Públicas, pela Universidade de Lisboa e Mestre em Ciência Política, especialidade em Ciência Política e Administração Pública, pela Universidade Técnica de Lisboa. Licenciado em Contabilidade e Administração, ramo Fiscalidade, pelo Instituto Superior de Contabilidade e Administração de Lisboa e em Ciência Política, na especialidade de Gestão da Decisão, pelo Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas. Investigador nas áreas de Políticas Públicas, Finanças Públicas e Fiscalidade.





## SUMÁRIO

### DOCTRINA NACIONAL

ISS ECOLÓGICO SOBRE SERVIÇOS DE CONSTRUÇÃO CIVIL

*Heron José de Santana Gordilho, Isa Duarte* ..... 13

REFLEXOS DO DESCUMPRIMENTO DA CONVENÇÃO DA CIDADE DO CABO NO MERCADO DE LEASING BRASILEIRO: ESTUDO DO CASO AVIANCA

*Alice Rocha, Fernando Barbosa Bastos Costa* ..... 31

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS A PRESTAÇÕES POSITIVAS E O TESTE DA PROPORCIONALIDADE

*Anizio Pires Gavião Filho, Ana Luiza Liz dos Santos* ..... 45

DEMOCRACIA DE CONSENSO E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: ALGUNS EFEITOS DE DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA O PRESIDENCIALISMO DE COALIZÃO

*Henrique Smidt Simon* ..... 65

DESVENDANDO ASPECTOS DA TRIBUTAÇÃO DOS REFRIGERANTES NO BRASIL: A ZONA FRANCA DE MANAUS E OS CRÉDITOS DE IPI

*Paulo Caliendo Denise Lucena Cavalcante Lucas Holanda* ..... 93

### DOCTRINA ESTRANGEIRA

LA TASSAZIONE AMBIENTALE, NELLA PROSPETTIVA EUROPEA

*Alberto Comelli*..... 113

POLÍTICA TRIBUTÁRIA LOCAL COMO INSTRUMENTO DE COMPETITIVIDADE INTERMUNICIPAL: UM ESTUDO OBJETIVADO NOS MUNICÍPIOS PORTUGUESES

*João Ricardo Catarino, Ricardo Moraes Soares* ..... 125





---

## DOUTRINA NACIONAL

---





## ISS ECOLÓGICO SOBRE SERVIÇOS DE CONSTRUÇÃO CIVIL

*Heron José de Santana Gordilho<sup>1</sup>,  
Isa Guimarães Duarte<sup>2</sup>*

### RESUMO

A presente pesquisa analisa em que base tributária é possível a aplicação do ISS ecológico visando a indução do comportamento sustentável por meio de incentivos fiscais pautados no princípio do protetor-recebedor. Em razão dos impactos do setor de construção civil nos recursos naturais, em especial nos setores hídrico, energético e de materiais, uma mudança de comportamento em prol do desenvolvimento sustentável é medida que se impõe. O artigo utiliza o método de abordagem lógico-sistemático e o método de procedimento bibliográfico e documental através da análise legislativa para identificar os municípios brasileiros que adotam o ISS ecológico com a redução da alíquota ao mínimo estabelecido pela Lei Complementar nº166/2003 c/c a Lei Complementar nº157/2006.

**PALAVRAS-CHAVE:** Tributação ecológica, ISS ecológico, construção civil sustentável, desenvolvimento sustentável, meio ambiente.

### ECOLOGICAL TAXES ON CONSTRUCTION COMPANIES

### ABSTRACT

The present study analyzes the possible application of the ecological ISS tax base in order to induce sustainable behavior through tax incentives based on the protector-recipient principle. Due to the impacts of the construction sector on natural resources, especially in the water, energy and materials sectors, a change in behavior in favor of sustainable development is a necessary measure. The article uses the logical-systematic approach and the bibliographical and documental procedure method through legislative analysis to identify the Brazilian municipalities that adopt the ecological ISS with the reduction of the tax rate to the minimum established by Complementary Law nº166/2003 c/c Complementary Law nº157/2006.

---

<sup>1</sup>Professor Titular da Faculdade de Direito da UFBA. Doutor em Direito na Universidade Federal de Pernambuco. Professor visitante na École des Hautes Études en Science Sociales (EHESS/Paris/FR) como bolsista da CAPES. Estudos de pós-doutorado na Pace University Law School, Nova York, onde é coordenador regional do Instituto Brasileiro Americano de Direito e Meio Ambiente (BAILE). Professor do corpo permanente do PPGD/UFBA.

<sup>2</sup>Advogada, Especialista em direito Tributário (2021), Mestre em Território Ambiente e Sociedade (UCSAL). Pesquisa no ramo da tributação ambiental, em específico tributos municipais.

**KEYWORDS:** ecological Taxation, Ecological ISS, Sustainable Civil Construction, Sustainable Development, environment

## 1. INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem objetivo analisar o ISS Ecológico instrumento econômico que visa incentivar o desenvolvimento sustentável nos municípios brasileiros, identificando a base tributária de sua aplicação os serviços de construção civil sustentáveis.

No Brasil, a Constituição Federal (CF) criou um capítulo específico de normas fundamentais ambientais e outro capítulo sobre a ordem econômica, onde aborda a possibilidade de interferência no mercado econômico para induzir comportamentos sustentáveis, dentre elas a utilização da extrafiscalidade tributária.

O setor de construção civil, por exemplo, é um ramo da economia que impacta de modo direto o solo, a água, bem como o setor elétrico e os recursos naturais, uma vez que o desenvolvimento urbano das cidades é fortemente impactado pelos serviços de construção de casa e prédios, mas também de barragens, viadutos, pontes, estradas, etc.

Embora seja pouco aplicado pelos municípios brasileiros, a extrafiscalidade ambiental aplicada ao Imposto Sobre Serviços de qualquer natureza (ISS) para serviços de construção civil pode se tornar um eficiente instrumento de implementação do Objetivo de Desenvolvimento Sustentável 11 (ODS11) da Organização das Nações Unidas (ONU).

Este artigo irá utilizar o método de abordagem lógico-sistemático e o método de procedimento bibliográfico e documental para fazer uma análise sobre os fundamentos do ISS ecológico como instrumento econômico de implementação de cidades sustentáveis.

Inicialmente a pesquisa irá analisar o princípio do desenvolvimento sustentável a partir das teorias das externalidades ambientais e os impactos ambientais das atividades de construção civil na sustentabilidade ambiental, demonstrando que a implementação de tecnologias ambientais podem tornar as edificações mais baratas e sustentáveis.

Em seguida, o artigo analisará o princípio do protetor recebedor e a contribuição dos tributos ambientais enquanto instrumentos econômicos de indução de comportamentos ambientalmente sustentáveis, e por fim, analisará como o ISS ecológico para serviços de construção civil pode contribuir para a implementação de cidades sustentáveis no Brasil.

## 2. O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL COMO PRINCÍPIO GERAL DO DIREITO INTERNACIONAL AMBIENTAL

O debate sobre a limitação dos recursos naturais ganhou força após a segunda guerra mundial, quando os cientistas se deram conta de que recursos naturais eram finitos e precisavam ser protegidos sob pena de exaurimento<sup>3</sup>.

Hoje sabemos que o desenvolvimento econômico depende da ecologia da mesma forma que sociedade depende do desenvolvimento econômico para criar riquezas, sendo muito preocupante constatar que o setor econômico da sociedade brasileira não tenha ainda internalizado de forma efetiva o conceito de desenvolvimento sustentável<sup>4</sup>.

Em 1972, a partir das ideias do Clube de Roma, as Organização das Nações Unidas (ONU) convocou uma Conferência para discutir a questão ambiental na cidade de Estocolmo, capital da Suécia, evento que se tornou um marco histórico da política ambiental internacional, por discutir e propor soluções para problemas ambientais como o uso de pesticidas, metais pesados, perda da biodiversidade e destruição das florestas<sup>5</sup>.

Esta conferência, marcada pela discussão sobre o desenvolvimento econômico e os limites dos recursos naturais, acabou por estabelecer o princípio do ecodesenvolvimento ou desenvolvimento sustentável, princípio que se tornou o elemento norteador das atividades econômicas<sup>6</sup>.

A Declaração de Estocolmo, dentre outros princípios, afirma que o desenvolvimento sustentável exige a erradicação da pobreza, a redução das desigualdades e a equalização dos padrões de consumo, para que possamos deixar como herança para as gerações futuras um meio ambiente equilibrado<sup>7</sup>.

Essa conciliação entre o desenvolvimento econômico e a conservação ambiental visa, antes de tudo, instituir uma nova ordem internacional baseada em três pilares fundamentais: sociedade, meio ambiente e desenvolvimento econômico<sup>8</sup>.

A partir da década de 80, por exemplo, vamos assistir ao avanço das pesquisas sobre a biosfera, com a descoberta do buraco na camada de ozônio, do efeito estufa, do aquecimento global, do crescimento populacional, da urbanização e a ocupação desordenada do solo, do uso indiscriminado de matérias primas, da pobreza e da precariedade sanitária, o que fez com que a ONU convocasse uma nova conferência sobre o meio ambiente, a qual se realizou no Brasil, na cidade do Rio de Janeiro, no ano de 1992.

<sup>3</sup> ENDO, Eliane Akiko. **IPTU e ISS Ecológico: Proposta de Política Pública para o Município de Curitiba - Paraná**. 2020. 93 f. Dissertação. Mestrado em Planejamento e Governança Pública – Universidade Tecnológica Federal do Paraná, Curitiba. 2020, p.18

<sup>4</sup> NUNES, Cleucio Santos. **Direito Tributário e meio ambiente**. São Paulo: Dialética, 2005, p.15

<sup>5</sup> GORDILHO, Heron. **Direito ambiental pós-moderno**. 1º ed. (ano 2009), 2º reimp./Curitiba: Juruá, 2011, p.151

<sup>6</sup> AZEVEDO, Tânia Cristina. **Tributação municipal como incentivo ao desenvolvimento sustentável nas cidades: o caso do “IPTU VERDE” de Salvador**. 299 f. Tese (Doutorado) em Planejamento Territorial e Desenvolvimento Social. Universidade Católica do Salvador – UCSAL, p.39.

<sup>7</sup> SACHS, Ignacy. **Estratégias de transição para o século XXI: desenvolvimento e meio ambiente**. Studio Nobel, Fundação do Desenvolvimento Administrativo, 1993, p.19

<sup>8</sup> BELTRAND, Ghisleine Edelways Schlick. **Perspectivas sobre práticas sustentáveis na construção civil em Maceió – AL: atuação profissional**. 2019. 88 f. Dissertação (Mestrado em Arquitetura: Dinâmica do Espaço Habitado) – Faculdade de Arquitetura, Programa de Pós Graduação em Arquitetura e Urbanismo, Universidade Federal de Alagoas, Maceió, 2019. Acesso em 15 de nov. 2020, p.19

Nesta conferência foram aprovados alguns documentos de *hard law* e *soft law* sobre mudanças climáticas, diversidade biológica e florestas, dentre eles a Declaração do Rio de Janeiro sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, que prevê a adoção de um sistema de tributos ecológicos como um importante instrumento para a indução de comportamentos ambientalmente sustentáveis<sup>9</sup>.

Como mecanismo de avaliação continuada da implementação dessas normas de direito internacional e uma vez que os principais atores globais não estavam cumprindo os acordos pactuados, a ONU realizou, em 2012, na mesma cidade do Rio de Janeiro, a Rio+20.

Neste evento, mais uma vez os países se comprometeram a perseguir um conjunto de metas denominadas Objetivos do Desenvolvimento do Milênio (ODM), que visam incentivar os países a adotarem medidas para tornar o mundo menos desigual.

Em 2015, inspirada nos ODM, a Cúpula das Nações Unidas criou a Agenda 2030 - um plano de ação que indica 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), um pacto global assinado por 193 países, com 17 objetivos interconectados, dentre os quais a promoção de um crescimento econômico socialmente inclusivo e ambientalmente sustentável<sup>10</sup>.

Neste documento, a ONU propõe uma convergência entre os ODS e a gestão pública, de modo que os gestores e líderes mundiais possam implementar medidas de planejamento capazes de cumprir as 169 metas estabelecidas<sup>11</sup>.

Além disso, os ODS estabeleceu metas para a proteção ambiental, dentre as quais a meta 11.c, que destaca a necessidade de se implementar cidades e comunidades sustentáveis através de práticas eficientes para a melhoria da qualidade de vida da população, o desenvolvimento econômico e a preservação do meio ambiente, através de planejamento urbano ambientalmente sustentável<sup>12</sup>.

Para países em desenvolvimento que não possuem um planejamento pautado em construções civis sustentáveis como o Brasil, estas medidas de indução comportamental se tornam ainda mais importantes para o alcance do desenvolvimento sustentável.

Como os bens econômicos são produzidos por demanda social e têm por finalidade satisfazer o bem estar humano, e considerando que a matéria prima para a produção desses bens são de suprimento escasso, eles acabam por adquirir um elevado valor econômico.

Além disso existem os denominados bens livres que, embora não possuam valor econômico, são escassos em razão da finitude do nosso planeta, a exemplo do ar, das águas, dos mares, rios, lagoas e lagos, dos animais silvestres e das florestas<sup>13</sup>

---

<sup>9</sup> MIGUEL, Luciano Costa. Direito Tributário Ambiental: o papel dos tributos no desenvolvimento científico e sustentável. Editora Dialética, 2020, p.23

<sup>10</sup> SACHS, Jeffrey D.; VERNIS, Ramón Vilà. **La era del desarrollo sostenible**. Barcelona: Deusto, 2015, p.439

<sup>11</sup> AZEVEDO, Tânia Cristina. **Tributação municipal como incentivo ao desenvolvimento sustentável nas cidades: o caso do “IPTU VERDE” de Salvador**. 299 f. Tese (Doutorado) em Planejamento Territorial e Desenvolvimento Social. Universidade Católica do Salvador – UCSAL, p.38.

<sup>12</sup> ONU, ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Agenda 2030**, 2015.

<sup>13</sup> GORDILHO, Heron José de Santana; PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. Fins do princípio do poluidor-pagador. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 14, n. 1, p. 361-379, abr. 2018, p.363

Diferentemente dos bens econômicos, os bens livres não podem ser controlados pelas leis da oferta e procura,<sup>14</sup> de modo que as externalidades negativas decorrentes da degradação desses bens precisam ser incluídas nos custos da produção privada através da incorporação ao processo produtivo de novas tecnologias ambientalmente sustentáveis<sup>15</sup>.

Segundo Sachs<sup>16</sup> não podemos analisar o crescimento econômico de um modo isolado, mas levar em conta as externalidades negativas e sua relação direta com a pobreza e o declínio ambiental, de modo que desenvolvimento sustentável perpassa por cinco âmbitos:

a) a sustentabilidade social deve estar preocupada com um novo modelo de civilização pautado no ser, e não apenas no ter, visando um maior equilíbrio das rendas;

b) a sustentabilidade econômica deve possibilitar o desenvolvimento humano a partir de suas necessidades materiais e imateriais;

c) a sustentabilidade ecológica deve decorrer da redução do uso de produtos não renováveis e poluentes;

d) a sustentabilidade espacial deve assegurar um equilíbrio das distribuições territoriais e econômicas entre o meio urbano e o meio rural;

e) a sustentabilidade cultural deve promover a disseminação de conceitos como os de desenvolvimento sustentável e do pluralismo, visando encontrar soluções particulares que respeitem as especificidades dos ecossistemas e culturas locais.

### 3. AS EXTERNALIDADES AMBIENTAIS E OS IMPACTOS DA CONSTRUÇÃO CIVIL NA SUSTENTABILIDADE AMBIENTAL

Existem pelo menos três grandes teorias econômicas para o controle das externalidades negativas decorrentes das atividades econômicas: a teoria pigouviana, o teorema de Coase e a teoria do duplo dividendo<sup>17</sup>.

A teoria de Pigou antecede a criação do princípio do poluidor-pagador, e até mesmo orienta a sua criação, afirmando que as falhas do sistema influem no preço dos produtos, e uma vez que os custos privados da produção se transformam em custos sociais, de modo que o seu valor de mercado não reflete o real valor do produto<sup>18</sup>.

Arthur Cecil Pigou, professor de Economia da Universidade de Cambridge, se preocupava mais com a poluição ambiental e a degradação do ecossistema, razão pela qual reivindicava a utilização de tributos ambientais para incentivar as atividades

<sup>14</sup> DE ANDRADE, Danielle Moreira; LIMA, Letícia Maria Rêgo Teixeira; MOREIRA, Izabel Freire. O princípio do poluidor-pagador na jurisprudência do STF e do STJ: uma análise crítica. **Veredas do Direito: Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável**, v. 16, n. 34, p. 367-432, 2019, p.372

<sup>15</sup> AZEVEDO, Tânia Cristina. **Tributação municipal como incentivo ao desenvolvimento sustentável nas cidades: o caso do “IPTU VERDE” de Salvador**. 299 f. Tese (Doutorado) em Planejamento Territorial e Desenvolvimento Social. Universidade Católica do Salvador – UCSAL, p.128.

<sup>16</sup> SACHS, Ignacy. **Estratégias de transição para o século XXI: desenvolvimento e meio ambiente**. Studio Nobel, Fundação do Desenvolvimento Administrativo, 1993, p.12

<sup>17</sup> AZEVEDO, Tânia Cristina. **Tributação municipal como incentivo ao desenvolvimento sustentável nas cidades: o caso do “IPTU VERDE” de Salvador**. 299 f. Tese (Doutorado) em Planejamento Territorial e Desenvolvimento Social. Universidade Católica do Salvador – UCSAL, p.124.

<sup>18</sup> VIVIEN, Frank-Dominique. **Economia e Ecologia**. Tradução Virgília Guariglia. São Paulo: Senac São Paulo, v. 2, 2011. p.82

econômicas a internalizarem os custos das externalidades negativas decorrentes do processo de produção de bens econômicos. Para ele, os agentes que causam externalidades positivas devem receber incentivos em razão dos benefícios que trazem à sociedade, uma teoria que vai servir de base para a criação do princípio do protetor-beneficiário<sup>19</sup>.

Na teoria de Robert Harry Coase, professor da Universidade de Virgínia, as externalidades devem ser consideradas um problema coletivo capaz de interferir direta e negativamente na vida social das pessoas e, ao mesmo tempo, indireta e negativamente, na atividade econômica das empresas, na medida em que provocam falhas de mercado que precisam ser corrigidas a partir dos interesses de todos os envolvidos<sup>20</sup>.

Coase propõe uma teoria que visa uma alocação mais eficiente dos recursos naturais com base em um sistema de preços ligado aos direitos de propriedade,<sup>21</sup> propondo que as externalidades negativas possam ser negociadas entre os próprios atores econômicos e os diversos agentes impactados por essas externalidades<sup>22</sup>.

Por fim, a teoria do duplo dividendo, formulada na metade da década de 1990 pelo economista Lawrence H. Goulder, professor da Universidade de Stanford, propõe uma série de reformas fiscais verdes com a redução de determinados tributos ao lado da cobrança de novos tributos voltados para a proteção ambiental<sup>23</sup>.

A teoria do duplo dividendo possui duas características fundamentais: (1) a tutela do meio ambiente e (2) o ônus fiscal daqueles que provocam danos ambientais,<sup>24</sup> com o primeiro dividendo focado na extrafiscalidade dos tributos para almejar o fim social de proteção ambiental e o segundo dividendo na melhora do sistema tributário para neutralizar a carga tributária da empresas<sup>25</sup>.

A teoria do duplo dividendo entende que o esverdeamento do sistema tributário pode ser efetivado na medida em que houver um imposto direto sobre a energia, uma vez que isso permitiria verificar a dupla finalidade da tributação ambiental.

---

<sup>19</sup> AZEVEDO, Tânia Cristina. **Tributação municipal como incentivo ao desenvolvimento sustentável nas cidades: o caso do “IPTU VERDE” de Salvador**. 299 f. Tese (Doutorado) em Planejamento Territorial e Desenvolvimento Social. Universidade Católica do Salvador – UCSAL, p.110

<sup>20</sup> VIVIEN, Frank-Dominique. **Economia e Ecologia**. Tradução Virgínia Guariglia. São Paulo: Senac São Paulo, v. 2, 2011. p.84

<sup>21</sup> AYDOS, E. D. L. P. **Tributação Ambiental no Brasil: Fundamentos e Perspectivas**. Florianópolis, 2010 Dissertação (Faculdade de Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, 2010, p. 36

<sup>22</sup> AZEVEDO, Tânia Cristina. **Tributação municipal como incentivo ao desenvolvimento sustentável nas cidades: o caso do “IPTU VERDE” de Salvador**. 299 f. Tese (Doutorado) em Planejamento Territorial e Desenvolvimento Social. Universidade Católica do Salvador – UCSAL, p.125

<sup>23</sup> BEZERRA, Bruo Boldrin ; Papini, Juliana de Arruda Camargo; Noda, Renato Kindi. **Tributação Ecológica e Políticas Públicas : Uma avaliação diagnóstica do programa IPTU verde de Salvador**. São Paulo, 2021. 155 p Dissertação (Escola de Administração de Empresas de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas), 2021, p.32

<sup>24</sup> MONTEIRO, Carlos Eduardo Peralta. **Extrafiscalidade e meio ambiente: O tributo como instrumento de proteção ambiental: Reflexões sobre a tributação ambiental no Brasil e na Costa Rica..** Rio de Janeiro, f. 350, 2011 Tese (Doutorado em Direito Civil Constitucional; Direito da Cidade; Direito Internacional e Integração Econômica; Direi) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2011, p.203

<sup>25</sup> BEZERRA, Bruo Boldrin ; Papini, Juliana de Arruda Camargo; Noda, Renato Kindi. **Tributação Ecológica e Políticas Públicas : Uma avaliação diagnóstica do programa IPTU verde de Salvador**. São Paulo, 2021. 155 p Dissertação (Escola de Administração de Empresas de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas), 2021, p.34

Trata-se de um tributo que tem uma capacidade significativa de arrecadação em razão da sua utilização por todos, principalmente pelos agentes econômicos, além de incentivar o uso moderado dos recursos ambientais<sup>26</sup>.

A teoria do duplo dividendo incentiva uma reforma fiscal verde, ao passo que a teoria de Coase exerce uma influência direta na introdução progressiva da justiça consensual em países como Brasil, priorizando acordos extrajudiciais entre os poluidores e as vítimas da degradação ambiental.

A teoria do duplo dividendo visa induzir comportamentos desejáveis através de políticas públicas tributárias que estimulem a ponderação dos agentes econômicos sobre os custos e os lucros decorrentes da sua atividade poluidora<sup>27</sup>.

É que muitas vezes os poluidores se preocupam apenas com os custos privados da sua produção, sem levar em conta os custos sociais, provocando uma degradação ambiental acima do ótimo social, de modo que o Estado deve utilizar de instrumentos multipartes através do casamento entre a majoração de tributos e subsídios fiscais visando equilibrar o mercado e induzi-lo a realizar atividades sustentáveis<sup>28</sup>.

#### 4. O PRINCÍPIO DO PROTETOR-RECEBEDOR E OS TRIBUTOS AMBIENTAIS

No Brasil, o princípio do poluidor-pagador está previsto na Lei de Política Nacional do Meio Ambiente, que em seu art. 4º, VII obriga o Estado a impor ao usuário pagador uma contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos e, ao poluidor, a reparação da degradação ambiental provocada pelo desenvolvimento de suas atividades<sup>29</sup>.

O princípio do poluidor-pagador se dirige ao Estado para que eles promova políticas públicas de indução das empresas a internalizarem as externalidades ambientais negativas decorrentes de suas atividades<sup>30</sup>.

Muitos países vêm buscando novas ferramentas para a tutela ambiental por meio do princípio do protetor-recebido, com o objetivo de encorajar a sociedade a adotar comportamentos ambientalmente sustentáveis por meio de incentivos fiscais.

O princípio do protetor-recebido é outra face do princípio do poluidor-pagador (PPP), que tem por finalidade a internalização das externalidades negativas orneando o produto final, ao passo que o princípio do protetor-recebido tem por escopo a

<sup>26</sup> MONTEIRO, Carlos Eduardo Peralta. **Extrafiscalidade e meio ambiente: O tributo como instrumento de proteção ambiental**: Reflexões sobre a tributação ambiental no Brasil e na Costa Rica.. Rio de Janeiro, f. 350, 2011 Tese (Doutorado em Direito Civil Constitucional; Direito da Cidade; Direito Internacional e Integração Econômica; Direi) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2011, p.191

<sup>27</sup> MIRRLEES, James et al. Environmental taxation. In: **Tax by design: The Mirrlees Review**. Oxford: Institute for Fiscal Studies e Oxford University Press, 2011, ps. 231-232.

<sup>28</sup> Ibid, p.236.

<sup>29</sup> PINTO, Ana Paulla Alexandre Machado de Oliveira. **A tributação ambiental á luz do sistema Constitucional brasileiro** . Itajaí, f. 187, 2017 Dissertação (Pós graduação stricto sensu em ciência jurídica) - Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 2017, p.122

<sup>30</sup> AZEVEDO, Tânia Cristina. **Tributação municipal como incentivo ao desenvolvimento sustentável nas cidades: o caso do “IPTU VERDE” de Salvador**. 299 f. Tese (Doutorado) em Planejamento Territorial e Desenvolvimento Social. Universidade Católica do Salvador – UCSAL, p.124.

<sup>31</sup> ALTMANN, Alexandre. **Princípio do preservador-recebido: contribuições para a consolidação de um novo princípio de direito ambiental a partir do sistema de pagamento por serviços ambientais**. Princípios do direito ambiental: atualidades. Caxias do Sul: Educs, p. 125-161, 2012, p.136

internalização das externalidades positivas a partir de incentivos fiscais e por consequência barateando o produto<sup>32</sup>.

O princípio do usuário pagador, por sua vez, obriga ao usuário dos recursos naturais a assumir o ônus da precaução através do incentivo a pesquisas e estudos que possam identificar os impactos ambientais negativos decorrentes de sua obra ou atividade<sup>33</sup>.

A ideia central é o desestímulo ao consumo de determinados produtos em função do aumento do preço decorrente da majoração tributária,<sup>34</sup> uma vez que o princípio do usuário pagador visa que os consumidores indiretamente procurem por produtos similares mais baratos, consequentemente induzindo os produtores a investirem em tecnologias ecológicas para a redução dos tributos e do preço final do produto<sup>35</sup>.

Os princípios do poluidor pagador, do protetor-beneficiário e do usuário-pagador, todavia, ainda que visem induzir comportamentos ambientalmente sustentáveis, não deve interferir de modo negativo na economia, tendo em conta o princípio da livre iniciativa previsto no artigo 170 da Constituição Federal<sup>36</sup>.

É que esses princípios podem provocar o colapso do mercado, caso não existam produtos mais baratos a ser comprados em substituição ao produto encarecido, e esta oneração pode ser transferida para o consumidor final, fazendo com que a oneração tributária não produza os efeitos desejados<sup>37</sup>.

A Emenda Constitucional nº42 de 2003 acrescentou ao art.170 da CF o inciso VI, estabelecendo que a ordem econômica tem dentre as suas finalidades a defesa do meio ambiente mediante o tratamento diferenciado dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação de acordo com o seu impacto ambiental<sup>38</sup>.

Este tratamento diferenciado aos produtos e serviços conforme impacto ambiental pode ocorrer através da extrafiscalidade tributária, que é uma intervenção na economia visando influenciar a escolha do agente econômico através do aumento ou da redução da alíquota dos produtos e serviços conforme o seu impacto ambiental<sup>39</sup>.

A instituição do princípio do protetor-pagador encontra fundamento no Código Florestal, instituído pela Lei 12.651/2012, que estabelece bonificações e sanções premiais para aqueles que promovem o desenvolvimento econômico sustentável.

---

<sup>32</sup> SOBRAL NETO, Rivaldo Ribeiro. **Icms Ecológico para além do tributo: estudo das potenciais transformações dos municípios baianos a partir de sua implementação**. Salvador, f. 74, 2020 Dissertação (Pós Graduação em Desenvolvimento Regional e Urbano) - Universidade Salvador, 2020, p.28

<sup>33</sup> PINTO, Ana Paulla Alexandre Machado de Oliveira. **A tributação ambiental á luz do sistema Constitucional brasileiro**. Itajaí, f. 187, 2017 Dissertação (Pós graduação stricto sensu em ciência jurídica) - Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 2017, p.122

<sup>34</sup> AZEVEDO, Tânia Cristina. **Tributação municipal como incentivo ao desenvolvimento sustentável nas cidades: o caso do “IPTU VERDE” de Salvador**. 299 f. Tese (Doutorado) em Planejamento Territorial e Desenvolvimento Social. Universidade Católica do Salvador – UCSAL, p. 126.

<sup>35</sup> FERREIRA, Adriano Fernandes *et al.* Os princípios do poluidor pagador e da internacionalização das externalidades do dano ambiental. **Brazilian Journal of Development Brazilian Journal of Development**, Curitiba, v. 7, n. 9, p. 90476-90491, 2021, p.14

<sup>36</sup> MIGUEL, Luciano Costa. **Direito Tributário Ambiental: o papel dos tributos no desenvolvimento científico e sustentável**. Editora Dialética, 2020, p.70

<sup>37</sup> FERREIRA, Adriano Fernandes *et al.* Os princípios do poluidor pagador e da internacionalização das externalidades do dano ambiental. **Brazilian Journal of Development Brazilian Journal of Development**, Curitiba, v. 7, n. 9, p. 90476-90491, 2021, p.14.

<sup>38</sup> GORDILHO, Heron. **Direito Ambiental Pós-moderno**. Curitiba: Juruá. 2011, ps.109-110.

<sup>39</sup> MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 31ª ed., rev. e atual., São Paulo: Editora Malheiros, 2010. p. 74.

Em seu art. 1º-A inciso VI, o Código Florestal permite a criação de incentivos econômicos para o fomento e recuperação da vegetação nativa, além de incentivos à produção de atividades sustentáveis<sup>40</sup>.

Este instituto alinha-se perfeitamente com a preservação ambiental estabelecida pelos artigos 170, VI e 225 § 1 da Constituição Federal,<sup>41</sup> na medida que assevera que o poder público e a coletividade devem juntos assegurar um meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações.

Desta forma, é necessária a criação de benefícios fiscais voltados para a preservação ambiental a partir do impacto ambiental decorrente da produção de externalidades positivas das atividades econômicas.

Quanto à classificação dos tributos para aplicação de incentivos fiscais eles se dividem em tributos *lato sensu* ou impróprios, quando a sua característica fiscal é latente, embora tenha conotação ambiental, e os tributos *stricto sensu* ou próprios, quando o fato gerador é o próprio bem ambiental<sup>42</sup>.

Um exemplo de tributação *lato sensu* é o IPTU Verde, quando o Estado promove a redução do tributo para os empreendimentos que utilizam uma tecnologia ambientalmente sustentável, tais como o uso de painéis solares e reuso de água da chuva.

No Brasil, as espécies tributária ambientais *stricto sensu* são: i) contribuição de intervenção do domínio econômico (CIDE), cobrada em razão das atividades de importação e comercialização de petróleo com percentual destinados a projetos relacionados a proteção ambiental; ii) as taxas municipais de esgoto vinculadas ao financiamento de estações de tratamento de água, iii) taxas municipais de lixo cobradas em razão da coleta domiciliar; vi) taxas municipais de utilização sonora em contrapartida ao poder de polícia no controle dos ruídos provocados por particulares e estabelecimentos comerciais; v) taxas florestais destinadas a reposição das florestas de acordo com o volume de uso dos usuários dos recursos florestais<sup>43</sup>.

Como as pessoas moram nos municípios e não nos Estados ou na União, a sociedade local está mais inclinada a adotar condutas preservacionistas e a desenvolver atividades que reduzam os impactos ao meio ambiente, assegurando assim que os recursos atuais estejam disponíveis para as futuras gerações<sup>44</sup>.

A construção civil, por exemplo, é um setor econômico que exerce uma forte influência sobre a economia do país, e os tributos ambientais sobre esse serviço pode se constituir em um instrumento indutor das empresas para a utilização de produtos ambientalmente sustentáveis<sup>45</sup>.

<sup>40</sup> BRASIL. Lei n. 7.638 de 2012. ICMS Verde. Pará, PA, Câmara Legislativa Estadual, 2012.

<sup>41</sup> BRASIL. Constituição. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF. Senado Federal, 1988.

<sup>42</sup> AZEVEDO, Tânia Cristina. **Tributação municipal como incentivo ao desenvolvimento sustentável nas cidades: o caso do “IPTU VERDE” de Salvador**. 299 f. Tese (Doutorado) em Planejamento Territorial e Desenvolvimento Social. Universidade Católica do Salvador – UCSAL, p.106.

<sup>43</sup> GORDILHO, Heron. **Direito ambiental pós-moderno**. 1º ed. (ano 2009), 2º reimp./Curitiba: Juruá, 2011, p.113

<sup>44</sup> GONÇALVES, Amanda de Souza; REYMÃO, Ana Elizabeth Neirão. Tributação ambiental como indutora de políticas públicas no Brasil. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, v. 138, p. 1-25, 2019. Disponível em: <https://rtrib.abdt.org.br/index.php/rftp/article/view/72>. Acesso em: 9 fev. 2022, p.18

<sup>45</sup> PINHEIRO, Raul Gomes; DA SILVA, Eduardo Francisco. Forma de arbitramento do ISS na construção civil – região metropolitana de São Paulo. **Revista Linceu On-Line**, v. 6, n. 1, p. 87-108, 2016, ps.95-96

Para que um tributo ambiental seja eficiente, ele deve cumprir quatro critérios: 1) eficiência ambiental, ou seja, novos tributos ou tributos já existentes devem induzir a comportamentos eficientes de proteção ambiental; 2) eficiência econômica, ou seja, o tributo deve ter baixo impacto econômico e natureza tanto fiscal quanto extrafiscal; 3) administração barata e simples, não podendo onerar a máquina administrativa, além da ausência de efeitos nocivos ao comércio e à competitividade internacional, ou seja, o tributo não pode provocar um ciclo de danos de consumo <sup>46</sup>.

## 5. A IMPLANTAÇÃO DO ISS ECOLÓGICO PELOS MUNICÍPIOS BRASILEIROS

Segundo pesquisa realizada pela ONU em 2021, o século XX foi caracterizado pela alta densidade demográfica, já que nos últimos dois séculos a população mundial aumentou de aproximadamente 2 bilhões para mais de 7 bilhões de pessoas, obrigando um aumento considerável do consumo de alimentos e de novas construções e edificações visando acomodar essa população<sup>47</sup>.

No Brasil, o Êxodo rural provocado pela política de industrialização das décadas de 1950 a 1980, fez com que em aproximadamente 30 anos 70% da população brasileira passasse a residir nas zonas urbanas, criando um imenso mercado de trabalho nesses grandes centros urbanos<sup>48</sup>.

Como consequência, a ocupação do solo urbano ocorreu sem qualquer preocupação com os impactos na produtividade da terra, nos recursos hídricos ou na produção de resíduos sólidos, especialmente os resíduos provenientes das atividades de construção civil<sup>49</sup>.

Como a construção civil está atrelada ao setor econômico, já que é composta pela indústria de materiais, serviços e alugueis de máquinas, ela contribui significativamente para o Produto Interno Bruto (PIB), algo em torno de 7,11%, dos quais 52,2% são provenientes diretamente desses serviços,<sup>50</sup> além de criar milhares de empregos formais e informais e desenvolver uma indústria de serviços de vital importância para economia brasileira<sup>51</sup>.

No entanto, este setor provoca um grande impacto no ecossistema, como aponta pesquisa realizada em 2016 pela Empresa de Pesquisa Energética (EPE), que concluiu que 14% da energia total produzida no Brasil é utilizada em edificações, e que 49% dela

---

<sup>46</sup> COSTA, Regina Helena. **Apontamentos sobre a tributação ambiental no Brasil**. Lusíada. Direito e Ambiente, n. 2-3.2015, p.336

<sup>47</sup> AZEVEDO, Tânia Cristina. **Tributação municipal como incentivo ao desenvolvimento sustentável nas cidades: o caso do “IPTU VERDE” de Salvador**. 299 f. Tese (Doutorado) em Planejamento Territorial e Desenvolvimento Social. Universidade Católica do Salvador – UCSAL, p. 38

<sup>48</sup> ALVES, E. et. al. **Êxodo e sua contribuição à urbanização de 1950 a 2010**. *Revista de Política Agrícola (Embrapa)*. Ano XX – nº 2 – Abr./Maio/Jun. 2011, p.84

<sup>49</sup> BELTRAND, Ghisleine Edelways Schlick. **Perspectivas sobre práticas sustentáveis na construção civil em Maceió – AL: atuação profissional**. 2019. 88 f. Dissertação (Mestrado em Arquitetura: Dinâmica do Espaço Habitado) – Faculdade de Arquitetura, Programa de Pós Graduação em Arquitetura e Urbanismo, Universidade Federal de Alagoas, Maceió, 2019. Acesso em 15 de nov. 2020, p. 16

<sup>50</sup> ABRAMAT. **Perfil da Cadeia Produtiva da Construção e da Indústria de Materiais e equipamentos Ed. 2019**. Perfil da Cadeia 2019. São Paulo: Comunicação Técnica, 2019, p.59

<sup>51</sup> PINHEIRO, Raul Gomes; DA SILVA, Eduardo Francisco. Forma de arbitramento do ISS na construção civil – região metropolitana de São Paulo. **Revista Linceu On-Line**, v. 6, n. 1, p. 87-108, 2016, p.94

é consumida pelas obras de construção civil residenciais, comerciais e de repartições públicas<sup>52</sup>.

Segundo o Ministério do Meio Ambiente<sup>53</sup>, o setor da construção civil produz 50% dos resíduos sólidos do Brasil, o que torna ainda mais urgente a adoção de incentivos fiscais para que este setor esteja comprometido com o desenvolvimento sustentável, mesmo porque, as práticas sustentáveis neste setor são claramente viáveis por serem mais baratas e eficientes, a exemplo da utilização de painéis solares para a produção de energia<sup>54</sup>.

Além de cumprir com os requisitos de uma construção civil sustentável, as reformas em edificações antigas para a redução do consumo de energia e água individual com a implantação de tetos verdes e a captação de água de chuva para reutilização em tanques de lavagens e descargas, podem se constituir em excelentes oportunidades de negócios<sup>55</sup>.

A construção civil sustentável pode ainda reduzir o consumo de água e de energia elétrica, tornando esses produtos mais baratos para a população, além de criar novos postos de trabalho, como aqueles que promovam a correta destinação dos seus resíduos sólidos. Nesses casos<sup>56</sup>.

O Imposto sobre serviços de qualquer Natureza (ISS) é um tributo *lato sensu* que incide diretamente sobre os serviços atrelados as atividades do setor de construção civil, que pode ser utilizado para fins extrafiscais na tentativa de corrigir as falhas de mercado e induzir comportamentos ambientalmente positivos<sup>57</sup>.

O ISS é um imposto que se alinha perfeitamente com a aplicação premial do direito, podendo ser utilizado para incentivar o desenvolvimento sustentável através da redução de sua alíquota em função da utilização de produtos ambientalmente na realização dos serviços municipais de construção civil<sup>58</sup>.

O ISS é um imposto de competência Municipal e do Distrito Federal, nos termos do art. 153,III da CF, e pode ser usado pelo poder público municipal para induzir comportamentos ambientalmente sustentáveis, tendo em vista as necessidades locais de proteção ambiental.

---

<sup>52</sup> EMPRESA, DE PESQUISA ENERGÉTICA-EPE. Estudos da Demanda de Energia–Nota técnica DEA 13/14 Demanda de Energia 2050. **Energy demand studies series. Rio de Janeiro, Brazil**, 2016, p.61

<sup>53</sup> SUSTENTÁVEL, CONSELHO BRASILEIRO DE CONSTRUÇÃO. Aspectos da Construção Sustentável no Brasil e Promoção de Políticas Públicas: subsídios para a promoção da construção civil sustentável. **Ministério do Meio Ambiente. Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA)**, 2014, p.03

<sup>54</sup> BELTRAND, Ghisleine Edelways Schlick. **Perspectivas sobre práticas sustentáveis na construção civil em Maceió – AL: atuação profissional**. 2019. 88 f. Dissertação (Mestrado em Arquitetura: Dinâmica do Espaço Habitado) – Faculdade de Arquitetura, Programa de Pós Graduação em Arquitetura e Urbanismo, Universidade Federal de Alagoas, Maceió, 2019. Acesso em 15 de nov. 2020, p.18

<sup>55</sup> *Ib Idem*

<sup>56</sup> PINHEIRO, Raul Gomes; DA SILVA, Eduardo Francisco. Forma de arbitramento do ISS na construção civil– região metropolitana de São Paulo. **Revista Linceu On-Line**, v. 6, n. 1, p. 87-108, 2016, ps.95-96

<sup>57</sup> ENDO, Eliane Akiko. **IPTU e ISS Ecológico: Proposta de Política Pública para o Município de Curitiba - Paraná**. 2020. 93 f. Dissertação. Mestrado em Planejamento e Governança Pública – Universidade Tecnológica Federal do Paraná, Curitiba. 2020, p.19

<sup>58</sup> BRITO, Edvaldo.ISS verde: práticas sustentáveis. **A Tarde**. Salvador, 10 junho 2022.

Em razão dos impactos do setor de construção civil ao meio ambiente, a extrafiscalidade ambiental do ISS pode reduzir substancialmente os impactos hídricos, energético e material dos serviços de construção civil<sup>59</sup>.

Para a aplicação da extrafiscalidade ambiental é necessário que o ente tributante observe as normas contidas na Lei Complementar nº166/2003, que determina quais os serviços que o imposto incide, bem como as suas alíquotas mínima e máxima<sup>60</sup>.

Como o ISS tem como hipótese de incidência a prestação de serviços dispostos em uma lista, conforme art. 1º da Lei Complementar nº166/2003, os serviços de construção civil se encontram dispostos no item 7.02 e seguintes.

As alíquotas máximas e mínimas do ISS foram estabelecidas pela Lei Complementar 166/2003, que em seu art. 8º e art. 8º-A prevê uma alíquota máxima de 5% e uma alíquota mínima de 2%, sendo facultado aos municípios a aplicação de alíquota dentro desses limites.

Alguns municípios, em razão da possibilidade de arrecadação significativa no setor de construção civil, implementam alíquotas máximas, como por exemplo a cidade de Salvador/BA, e esquecem que a redução de alíquota de 5% para 2%, para os contribuintes utilizarem tecnologias ambientalmente sustentáveis, por exemplo, traria muitos benefícios para os cidadãos.

Em 2006, a Lei Complementar nº157 alterou a Lei Complementar nº166/2003, para acrescentar artigo 8-A, possibilitando a redução das alíquotas abaixo do mínimo estabelecido na Lei Complementar nº166/03, quando se tratar de serviço de construção civil atrelado ao desenvolvimento sustentável:

Art. 2º A Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 8º-A: (Produção de efeito)

“Art. 8º-A. A alíquota mínima do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza é de 2% (dois por cento).

§ 1º O imposto não será objeto de concessão de isenções, incentivos ou benefícios tributários ou financeiros, inclusive de redução de base de cálculo ou de crédito presumido ou outorgado, ou sob qualquer outra forma que resulte, direta ou indiretamente, em carga tributária menor que a decorrente da aplicação da alíquota mínima estabelecida no **caput**, exceto para os serviços a que se referem os subitens 7.02, 7.05 e 16.01 da lista anexa a esta Lei Complementar. (BRASIL, 2006)

O ISS é um imposto de notável incidência nos serviços de construção civil e os seus impactos financeiros são significativos, mas não podemos esquecer que a extrafiscalidade pode induzir os empresários do setor a utilizarem cada vez mais tecnologias ambientalmente sustentáveis<sup>61</sup>.

<sup>59</sup> GONÇALVES, Amanda de Souza; REYMÃO, Ana Elizabeth Neirão. Tributação ambiental como indutora de políticas públicas no Brasil. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, v. 138, p. 1-25, 2019. Disponível em: <https://rtrib.abdt.org.br/index.php/rftp/article/view/72>. Acesso em: 9 fev. 2022, p.23

<sup>60</sup> BRASIL. Lei Complementar n. 166, de 30 de julho de 2003. *Diário Oficial da União*, Brasília, 31 de julho de 2003, ano 2003.

<sup>61</sup> PINHEIRO, Raul Gomes; DA SILVA, Eduardo Francisco. Forma de arbitramento do ISS na construção civil— região metropolitana de São Paulo. *Revista Linceu On-Line*, v. 6, n. 1, p. 87-108, 2016, p.98

A redução de alíquotas do ISS pode ensejar construções e reformas preocupadas com a proteção ambiental, contribuindo com a implementação do objetivo 11 da Agenda 2030, de criar cidades e comunidades sustentáveis.

Poucos são os municípios que implementaram o ISS ecológico, sendo o município de Belo Horizonte um dos poucos que aplica o selo verde para incentivar investimentos sustentáveis, por meio da Portaria SMMA nº 06 de 02 de maio de 2012<sup>62</sup>.

Outras duas cidades implementam o ISS ecológico: o município de Palmas, no Tocantins (Lei Complementar nº327 de 24/11/2015) e o município de Itatiba, em São Paulo (Lei Complementar nº4.417 de 2011).

Palmas implementou ISS ecológico apenas para projetos e obras destinadas a fabricação, comercialização e distribuição de componentes para os sistemas de energia solar, o que já significa um grande avanço para o desenvolvimento de construções civis sustentáveis.

O município de Itatiba, através da Lei nº4.417/2011, faz o ISS ecológico incidir sobre novas construções civis e reformas que contemplem sistema de captação da água da chuva, sistema de reuso de água, sistema de aquecimento elétrico solar e utilização de material sustentável.

## 6. CONCLUSÃO

Este artigo analisou o ISS ecológico para os serviços de construções civis a partir dos princípios do desenvolvimento sustentável e do protetor recebedor, demonstrando que a extrafiscalidade deste tributo pode contribuir de forma efetiva para o desenvolvimento sustentável.

A Agenda 2030 estabeleceu como uma das metas dos ODS 11.c a necessidade de incorporação de construções civis sustentáveis, e o ISS ecológico, por ser um imposto que incide diretamente sobre a cadeia de construção civil, pode se tornar em um precioso instrumento econômico de indução de comportamento sustentáveis dos atores econômicos do setor.

Alguns municípios brasileiros já adotam o ISS ecológico, reduzindo a alíquota ao mínimo estabelecido pela Lei Complementar nº166/2003 c/c a Lei Complementar nº157/2006 para os serviços ambientalmente sustentáveis atrelados ao setor de construção civil, e esperamos que estes exemplos positivos possam ser copiados pela classe política nos mais de 5.500 municípios brasileiros.

## REFERÊNCIAS

ABRAMAT,. **Perfil da Cadeia Produtiva da Construção e da Industria de Materiais e equipamentos Ed. 2019.** Perfil da Cadeia 2019. São Paulo: Comunicação Tecnica, 2019. Disponível em: <http://www.abramat.org.br/datafiles/perfil-de-cadeia/laminaindicaadores-para-divulgaa-a-o-2020.pdf>

<sup>62</sup> GONÇALVES, Amanda de Souza; REYMÃO, Ana Elizabeth Neirão. Tributação ambiental como indutora de políticas públicas no Brasil. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, v. 138, p. 1-25, 2019. Disponível em: <https://rtrib.abdt.org.br/index.php/rftp/article/view/72>. Acesso em: 9 fev. 2022, p.13

ALTMANN, Alexandre. Princípio do preservador-recebedor: contribuições para a consolidação de um novo princípio de direito ambiental a partir do sistema de pagamento por serviços ambientais. Princípios do direito ambiental: atualidades. Caxias do Sul: Educs, p. 125-161, 2012. Disponível em: [http://www.planetaverde.org/arquivos/biblioteca/arquivo\\_20131207160003\\_4833.pdf](http://www.planetaverde.org/arquivos/biblioteca/arquivo_20131207160003_4833.pdf). Acesso em: 18 de out. 2021.

ALVES, E. et. al. **Êxodo e sua contribuição à urbanização de 1950 a 2010**. *Revista de Política Agrícola (Embrapa)*. Ano XX – nº 2 – Abr./Maio/Jun. 2011. pp.80-88.

ANDRADE, Danielle Moreira de; LIMA, Letícia Maria Rêgo Teixeira; MOREIRA, Izabel Freire. O princípio do poluidor-pagador na jurisprudência do STF e do STJ: uma análise crítica. **Veredas do Direito: Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável**, v. 16, n. 34, p. 367-432, 2019.

AZEVEDO, Tânia Cristina. **Tributação municipal como incentivo ao desenvolvimento sustentável nas cidades: o caso do “IPTU VERDE” de Salvador**. 299 f. Tese (Doutorado) em Planejamento Territorial e Desenvolvimento Social. Universidade Católica do Salvador – UCSAL.

AYDOS, E. D. L. P. **Tributação Ambiental no Brasil: Fundamentos e Perspectivas**. Florianópolis, 2010 Dissertação (Faculdade de Direito,) - Universidade Federal de Santa Catarina, 2010. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/33953-4473PB.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2022.

BRASIL. **Constituição** (1988). **Constituição** da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 15 de mai de 2021.

BELTRAND, Ghisleine Edelways Schlick. **Perspectivas sobre práticas sustentáveis na construção civil em Maceió – AL: atuação profissional**. 2019. 88 f. Dissertação (Mestrado em Arquitetura: Dinâmica do Espaço Habitado) – Faculdade de Arquitetura, Programa de Pós Graduação em Arquitetura e Urbanismo, Universidade Federal de Alagoas, Maceió, 2019. Acesso em 15 de nov. 2020

BEZERRA, Bruo Boldrin ; PAPINI, Juliana de Arruda Camargo; NODA, Renato Kindi. **Tributação Ecológica e Políticas Públicas : Uma avaliação diagnóstica do programa IPTU verde de Salvador**. São Paulo, 2021. 155 p Dissertação (Escola de Administração de Empresas de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas), 2021. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/31538>. Acesso em: 15 mar. 2022.

BRITO, Edvaldo. ISS Verde: prática sustentáveis. **A Tarde**. Salvador, 10.06.2022.

COSTA, Regina Helena. **Apontamentos sobre a tributação ambiental no Brasil**. Lusíada. Direito e Ambiente, n. 2-3, p. 329-348, 2015.

EMPRESA, DE PESQUISA ENERGÉTICA-EPE. Estudos da Demanda de Energia–Nota técnica DEA 13/14 Demanda de Energia 2050. **Energy demand studies series**. Rio de Janeiro, Brazil, 2016.

ENDO, Eliane Akiko. **IPTU e ISS Ecológico: Proposta de Política Pública para o Município de Curitiba - Paraná**. 2020. 93 f. Dissertação. Mestrado em Planejamento e Governança Pública – Universidade Tecnológica Federal do Paraná, Curitiba. 2020. Disponível em: <http://repositorio.utfpr.edu.br/jspui/handle/1/5108>, acesso em: 20 de fev. de 2021.

FERREIRA, Adriano Fernandes *et al.* OS PRINCÍPIOS DO POLUIDOR PAGADOR E DA INTERNALIZAÇÃO DAS EXTERNALIDADES NA PREVENÇÃO DO DANO AMBIENTAL. **Brazilian Journal of Development Brazilian Journal of Development**, Curitiba , v. 7, n. 9, p. 90476-90491, sep 2021. Disponível em: <https://www.brazilianjournals.com/index.php/BRJD/article/view/36062/pdf>. Acesso em: 31 mai. 2022

Gonçalves, Amanda de Souza; Reymão, Ana Elizabeth Neirão. Tributação ambiental como indutora de políticas públicas no Brasil. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, v. 138, p. 1-25, 2019. Disponível em: <https://rtrib.abdt.org.br/index.php/rftp/article/view/72>. Acesso em: 9 fev. 2022.

GORDILHO, Heron José de Santana; PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. Fins do princípio do poluidor-pagador. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 14, n. 1, p. 361-379, abr. 2018. ISSN 2238-0604. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/2080>. Acesso em: 05 out. 2021. doi:<https://doi.org/10.18256/2238-0604.2018.v14i1.2080>

GORDILHO, heron Jose de Santana. **Direito ambiental pós-moderno**. 1º ed. (ano 2009), 2º reimp./Curitiba: Juruá,2011.

ITATIBA. Lei n. 4.417, de 09 de novembro de 2011. **Diário Oficial da União**, Itatiba/SP, 10 de novembro de 2012, ano 2011. Disponível em: <http://www.itatiba.sp.gov.br/Ano-de-2011/lei-no-4417-autoriza-o-poder-executivo-a-criar-o-programa-imposto-ecologico.html>. Acesso em: 20 abr. 2022.

MACHADO, Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário. 31ª ed., rev. e atual., São Paulo: Editora Malheiros, 2010.

MIGUEL, Luciano Costa. **Direito Tributário Ambiental: o papel dos tributos no desenvolvimento científico e sustentável**. Editora Dialética, 2020.

MIRRLEES, James et al. Environmental taxation. In: **Tax by design: The Mirrlees Review**. Oxford: Institute for Fiscal Studies e Oxford University Press, 2011. Disponível em: <https://ifs.org.uk/docs/taxbydesign.pdf> . Acesso em 18 de out. 2021.

MONTEIRO, Carlos Eduardo Peralta. **Extrafiscalidade e meio ambiente: O tributo como instrumento de proteção ambiental**: Reflexões sobre a tributação ambiental no Brasil e na Costa Rica.. Rio de Janeiro, f. 350, 2011 Tese (Doutorado em Direito Civil Constitucional; Direito da Cidade; Direito Internacional e Integração Econômica; Direi) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2011. Disponível em: <https://www.bdttd.uerj.br:8443/handle/1/9233>. Acesso em: 20 abr. 2022.

NUNES, Cleucio Santos. **Direito Tributário e meio ambiente**. São Paulo: Dialética, 2005.

ONU, ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Agenda 2030**, 2015. Disponível em <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs> acesso em: 03 de set. de 2021.

PALMAS. Lei Complementar n. 327, de 24 de novembro de 2015. **Diário Oficial da União**, Palmas/TO, 24 de novembro de 2015, ano 2011. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=338209> . Acesso em: 20 abr. 2022.

PINHEIRO, Raul Gomes; DA SILVA, Eduardo Francisco. Forma de arbitramento do ISS na construção civil–região metropolitana de São Paulo. **Revista Linceu On-Line**, v. 6, n. 1, p. 87-108, 2016.

PINTO, Ana Paulla Alexandre Machado de Oliveira. **A tributação ambiental á luz do sistema Constitucional brasileiro** . Itajaí, f. 187, 2017 Dissertação (Pós graduação stricto sensu em ciência jurídica) - Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 2017.

SACHS, Jeffrey D.; VERNIS, Ramón Vilà. **La era del desarrollo sostenible**. Barcelona: Deusto, 2015.

SACHS, Ignacy. **Estratégias de transição para o século XXI: desenvolvimento e meio ambiente**. Studio Nobel, Fundação do Desenvolvimento Administrativo, 1993.

SALVADOR. **Código Tributário e de Rendas do Município de Salvador** – Lei nº 7.186, de 27 de dezembro de 2006. Disponível em: <https://www.sefaz.salvador.ba.gov.br/Documento/ObterArquivo/131>. Acesso em: 27 de out. de 2021.

SILVA, Solange Teles da. **Direito Fundamental ao Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado Avanços e Desafios**. Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito-PPGDir./UFRGS, n. 6, 2006.

SOBRAL NETO, Rivaldo Ribeiro. **Icms Ecológico para além do tributo: estudo das potenciais transformações dos municípios baianos a partir de sua implementação**. Salvador, f. 74, 2020 Dissertação (Pós Graduação em Desenvolvimento Regional e Urbano) - Universidade Salvador, 2020.

SUSTENTÁVEL, CONSELHO BRASILEIRO DE CONSTRUÇÃO. Aspectos da Construção Sustentável no Brasil e Promoção de Políticas Públicas: subsídios para a promoção da construção civil sustentável. **Ministério do Meio Ambiente. Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA)**, 2014. Disponível em: [http://www.cbcs.org.br/\\_5dotSystem/userFiles/MMA-Pnuma/Aspectos%20da%20Construcao%20Sustentavel%20no%20Brasil%20e%20Promocao%20de%20Politic%20Publicas.pdf](http://www.cbcs.org.br/_5dotSystem/userFiles/MMA-Pnuma/Aspectos%20da%20Construcao%20Sustentavel%20no%20Brasil%20e%20Promocao%20de%20Politic%20Publicas.pdf) acesso em: 03 de set. de 2021

Vivien, Frank-Dominique. **Economia e Ecologia**. Tradução Virgilia Guariglia. São Paulo: Senac São Paulo, v. 2, 2011. 147 p.





## REFLEXOS DO DESCUMPRIMENTO DA CONVENÇÃO DA CIDADE DO CABO NO MERCADO DE LEASING BRASILEIRO: ESTUDO DO CASO AVIANCA

*Alice Rocha da Silva*<sup>1</sup>,  
*Fernando Barbosa Bastos Costa*<sup>2</sup>

### RESUMO

O mercado de leasing aeronáutico é um mercado em franco crescimento no Brasil e no mundo, tendo o leasing operacional como uma importante ferramenta para a manutenção do fluxo de caixa das empresas e constante modernização da frota de aeronaves das companhias aéreas. A importância do mercado de leasing aeronáutico foi, inclusive, reconhecida pelo governo brasileiro, quando da assinatura da Convenção da Cidade do Cabo, que conferiu instrumentos específicos para a garantia do credor nesse mercado. A partir da análise das garantias conferidas ao mercado de leasing aeronáutico pela Convenção da Cidade do Cabo e da judicialização ocasionada pela inobservância da mesma, serão avaliadas as consequências de tal violação internacional para o mercado de aviação, tendo em vista a flexibilização conferidas as normas de créditos aeronáuticos. O caso Avianca, no entanto, expôs uma fragilidade na aplicação da Convenção no Brasil, com consequências ainda de extensão desconhecida para o mercado de crédito brasileiro, mas que certamente merece um olhar cuidadoso dos aplicadores do Direito.

**PALAVRAS-CHAVE:** Leasing, Convenção da Cidade do Cabo, Avianca, flexibilização de normas, violação de tratado internacional.

### REFLECTIONS OF NON-COMPLIANCE WITH THE CAPE TOWN CONVENTION ON THE BRAZILIAN LEASING MARKET: AVIANCA CASE STUDY

### ABSTRACT

The aircraft leasing market is a rapidly growing market in Brazil and in the world, with operational leasing as an important tool for maintaining companies' cash flow and constant modernization of the airlines' aircraft fleet. The importance of the aircraft leasing market was even recognized by the Brazilian government when the Cape Town Convention was signed, which provided specific instruments for guaranteeing creditors in this market. The Avianca case, however, exposed a weakness in the application of the Convention in Brazil, with consequences of an unknown extent for the Brazilian credit market, but which certainly deserves a careful look from law enforcers.

<sup>1</sup>Doutora em Direito Internacional pela Université de Aix-Marseille III. Mestrado em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (2006). Atualmente é professora no Centro Universitário de Brasília - UniCEUB e de cursos preparatórios para concurso e assessora no Instituto de Gestão da Saúde do Distrito Federal (IGESDF).

<sup>2</sup>Graduação em Direito pelo Centro Universitário de Brasília. Especialização em Direito Público e Pós-graduação em Defesa da Concorrência pela Fundação Getúlio Vargas. Mestre em Direito pelo Centro Universitário de Brasília. Exerceu a advocacia privada no escritório Veirano e Advogados Associados. Ocupou o cargo efetivo de Analista Administrativo do Governo do Distrito Federal, especializado em Direito e Legislação.

**KEYWORDS:** Aircraft leasing. Credit market. Cape Town Convention. Avianca case.

## 1. INTRODUÇÃO

No que toca os custos envolvidos no mercado de aviação, é inegável que os principais fatores que pesam para as companhias aéreas são o combustível e os custos com as aeronaves, onde se inclui o arrendamento mercantil dos aviões e os respectivos seguros.

Dados da Associação Brasileira de Empresas Aéreas indicam que cerca de 25% do custo total de uma empresa aérea é justamente o gasto com aeronaves, rivalizando apenas com o custo com o combustível, responsável por cerca de 30%, em média, do custo total das operações das companhias. O restante se distribui entre custos indiretos, tarifas de navegação, custos com tripulação e etc<sup>3</sup>.

Hoje 35% da frota mundial de aviões é de propriedade de companhias de *leasing*<sup>4</sup>. A crise que assolou o mundo, causada pela pandemia de COVID-19, tem potencial de elevar ainda mais esses números, como destacou Jeremy Bowen, Executivo Chefe do Cirium, empresa especializada em dados de aviação, que, em recente entrevista, afirmou que este número pode superar os 50%, tendo em vista os impactos econômicos da pandemia<sup>5</sup>.

Os motivos que levaram ao crescimento exponencial do mercado de *leasing* de aeronaves nos últimos anos, e também aqueles que seguem impulsionando um possível aumento no volume de participação deste tipo de contrato neste mercado, coincidem com os benefícios que tais contratos geram às companhias aéreas quando se observa que a opção a esta espécie de contrato seria a compra de aeronaves.

Fran Martins ensina que entende-se por arrendamento mercantil ou Leasing o contrato segundo o qual uma pessoa jurídica arrenda a uma pessoa física ou jurídica, por tempo determinado, um bem comprado pela primeira de acordo com as indicações da segunda, cabendo ao arrendatário a opção de adquirir o bem arrendado findo o contrato, mediante um preço residual previamente fixado<sup>6</sup>.

O Professor Orlando Gomes, por sua vez, sustenta que o elemento essencial de caracterização do *leasing* é a faculdade reservada ao arrendatário de adquirir, no fim do contrato, os bens que alugou. Se não existe, o contrato não é de *leasing*. Essa faculdade é, ao se exercer, um direito potestativo, bastando, portanto, a declaração do optativa do concessionário do *leasing* para que a relação pessoal de uso dos bens se transforme em relação real de propriedade<sup>7</sup>.

O Professor Arnaldo Rizzardo complementa a ideia acima ao conceituar *leasing* como um contrato de natureza econômica e financeira, pelo qual uma empresa cede

<sup>3</sup> ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS EMPRESAS AÉREAS. *Setor Aéreo no Brasil – Dados Estatísticos*. Disponível em: < <http://panorama.abear.com.br/dados-e-estatisticas/custos-das-empresas/>>. Acesso em: 10 fev. 2021.

<sup>4</sup> BANCO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO. *O financiamento a arrendadores de aeronaves – modelo do negócio e introdução à análise de risco do leasing aeronáutico*. Disponível em: <[https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/bitstream/1408/1515/1/A%20mar37\\_04\\_O%20financiamento%20a%20arrendadores%20de%20aeronaves...\\_P.pdf](https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/bitstream/1408/1515/1/A%20mar37_04_O%20financiamento%20a%20arrendadores%20de%20aeronaves..._P.pdf)>. Acesso em: 08 fev. 2021

<sup>5</sup> CIRIUM. *Cirium Airlines Insights Review 20202*. Disponível em: < <https://cirium.lookbookhq.com/2020-airline-insights-review/from-cirium-chief-executive-officer>>. Acesso em: 10 fev. 2021.

<sup>6</sup> MARTINS, Fran. *Contrato e obrigação comercial*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p.449.

<sup>7</sup> GOMES, Orlando. *Contratos e Obrigações comerciais*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p 462.

em locação a outrem um bem móvel ou imóvel, mediante o pagamento de determinado preço<sup>8</sup>.

Por fim, segundo Maria Helena Diniz:

“É um contrato pelo qual uma pessoa jurídica ou física, pretendendo utilizar determinado equipamento, comercial ou industrial, ou certo imóvel, consegue que uma instituição financeira o adquira, arrendando-o ao interessado por tempo determinado, possibilitando-se ao arrendatário, findo tal prazo, optar entre a devolução do bem arrendado mediante um preço residual, previamente fixado no contrato, isto é, o que fica após a dedução das prestações até então pagas. Trata-se do financial leasing, norte americano e do creditbail dos franceses”<sup>9</sup>.

Dos conceitos doutrinários acima alguns elementos seriam, então, indissociáveis do conceito de *leasing*, quais sejam (i) a natureza contratual, (ii) o contrato por prazo determinado, (iii) a necessidade de contraprestações previstas em contrato para a utilização do bem e (iv) a opção de compra do bem pelo arrendatário ao final do contrato, quando se abaterá o que já pago.

A Resolução nº 2.309, de 28 de agosto de 1996<sup>10</sup>, do Banco Central do Brasil, ao regular o contrato de *leasing* incorpora ao ordenamento jurídico a espécie de *leasing* mais utilizada no mercado aéreo, o *leasing* operacional. Nos termos da Resolução, e este é um diferencial desta espécie para o *leasing* financeiro, a manutenção do bem objeto do contrato, neste tipo específico de *leasing*, poderá ficar a cargo tanto do arrendador quanto do arrendatário, conforme pactuado entre as partes, o que se enquadra perfeitamente no anseio do setor aéreo.

Considerando ser o mercado de aviação sabidamente um mercado de lucros relativamente pequenos, a crescente e já significativa utilização dessa espécie de *leasing* se justifica frente aos elevadíssimos custos de aquisição de aeronaves, entre outros fatores, por permitir a manutenção de capital de giro para que a empresa possa se manter, o que é de essencial importância em um negócio onde os custos operacionais também são altíssimos.

Outro fator que certamente contribuiu para o crescimento da modalidade é a necessidade de modernização constante da frota de aeronaves das companhias aéreas, o que torna o contrato de *leasing* operacional uma opção mais economicamente viável para companhias que precisam sempre substituir peças e aeronaves para se adequar a padrões cada vez mais elevados de segurança. Também nesta seara, e em especial em um país que constantemente se vê mergulhado em crises financeiras que impactam diretamente o mercado da aviação, a opção pelo *leasing* permite às companhias aéreas a rápida adequação da frota à oscilação da demanda, permitindo que o arrendatário devolva as aeronaves que se tornaram excedentes por força do evento imprevisto.

<sup>8</sup> RIZZARDO, Arnaldo. *Leasing: arrendamento mercantil no direito brasileiro*. 4ª ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2009, p.16.

<sup>9</sup> DINIZ, Maria Helena. *Dicionário Jurídico*, Vol. II. 3ª ed. São Paulo. Saraiva, 2012. Pág. 69.

<sup>10</sup> BANCO CENTRAL DO BRASIL. RESOLUÇÃO Nº 2309. Disciplina e consolida as normas relativas às operações de arrendamento mercantil. Disponível em: <[https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/res/1996/pdf/res\\_2309\\_v2\\_L.pdf](https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/res/1996/pdf/res_2309_v2_L.pdf)>. Acesso em 11 fev. 2020.

Todas essas características, que permitem maior flexibilidade no trato entre arrendador e arrendatário, fazem com que o *leasing* desempenhe um papel de destaque na aviação nacional e mundial.

## 2. GARANTIAS CONFERIDAS AO MERCADO DE *LEASING* AERONÁUTICO PELA CONVENÇÃO DA CIDADE DO CABO

Tendo como foco a necessidade de conferir garantias a este mercado de *leasing* em franco crescimento, em 16 de novembro de 2001 foi firmada a Convenção sobre Garantias Internacionais Incidentes sobre Equipamentos Móveis e o Protocolo à Convenção sobre Garantias Internacionais Incidentes sobre Equipamentos Móveis Relativo a Questões Específicas ao Equipamento Aeronáutico, na Cidade do Cabo, internalizados no ordenamento jurídico brasileiro por intermédio do Decreto de promulgação nº 8.008, de 2013. O Preâmbulo da Convenção reforça a ideia de segurança a ser conferida ao mercado:

Conscientes da necessidade de adquirir e utilizar equipamentos móveis de alto valor ou de particular importância econômica e de facilitar o financiamento de sua aquisição e sua utilização de maneira eficaz,

Reconhecendo as vantagens do financiamento e do arrendamento garantidos por ativos para esse propósito e desejando facilitar essas modalidades de operação mediante o estabelecimento de regras claras que as governem,

Conscientes da necessidade de assegurar que os direitos e as garantias sobre esses equipamentos sejam reconhecidos e protegidos universalmente,

Desejando propiciar amplas vantagens econômicas recíprocas a todas as partes interessadas,

Convencidos de que essas regras devem refletir os princípios sobre os quais repousam o financiamento e o arrendamento garantidos por ativos e promover a necessária autonomia das partes no âmbito dessas modalidades de operações,

Conscientes da necessidade de estabelecer um regime jurídico para as garantias internacionais sobre esses equipamentos e, com esse objetivo, de criar um sistema internacional de registro para a sua proteção<sup>11</sup>.

O Tratado conferiu um ambiente de segurança jurídica negocial para transações sobre equipamentos móveis com garantias internacionais, notadamente os arrendamentos aeronáuticos, objeto específico do Protocolo à Convenção.

Um instrumento específico do Protocolo merece especial atenção quando se discute a segurança perseguida pela Convenção. O Protocolo, ao qual o Brasil aderiu, prevê o instrumento do IDERA (*irrevocable de-registration and export request authorization*), autorização irrevogável, conferida pelo arrendatário ao arrendador, permitindo

<sup>11</sup> BRASIL. Decreto n. 8008, de 15 de maio de 2013. *Promulga a Convenção sobre Garantias Internacionais Incidentes sobre Equipamentos Móveis e o Protocolo à Convenção sobre Garantias Internacionais Incidentes sobre Equipamentos Móveis Relativo a Questões Específicas ao Equipamento Aeronáutico, firmados na Cidade do Cabo, em 16 de novembro de 2001, e o ato final da Conferência Diplomática para a Adoção da Convenção e do Protocolo e as declarações que a República Federativa do Brasil fez ao aderir à Convenção e ao Protocolo.*

Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/decreto/D8008.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/D8008.htm)>. Acesso em: 10 fev de 2021.

que este solicite o cancelamento da matrícula e a exportação de equipamento aeronáutico, cujas providências devem ser adotadas pela autoridade de registro do bem. Referida autorização é registrada junto à autoridade de registro, no caso do Brasil a ANAC. Com fundamento no referido documento é possível ao credor solicitar, unilateralmente, o cancelamento da matrícula da aeronave e a exportação, quando houver inadimplemento contratual.

No entendimento de GOODE, comentarista oficial da Convenção da Cidade do Cabo:

A disponibilidade de medidas contra o inadimplemento adequadas e prontamente executáveis é de crucial importância para o credor, o qual deve ser capaz de prever com confiabilidade sua habilidade de pôr em prática suas medidas contra o inadimplemento eficientemente. (tradução livre)<sup>1213</sup>

Outra importante disposição do Protocolo determina que, no caso de insolvência, a relação entre o arrendador e arrendatário não estará sujeita à jurisdição nacional e tampouco à legislação de insolvência de um dado país. Incidirá, no caso, o regramento previsto na própria Convenção.

Para além da expressa dicção da norma, o Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado, também conhecido como UNIDROIT, organização internacional independente, cujo propósito é estudar formas de harmonizar e de coordenar o direito privado entre Estados e preparar gradualmente a adoção, pelos diversos Estados, de uma legislação de direito privado uniforme, corrobora esta conclusão<sup>14</sup>:

Alternative A is the so-called hard version which requires the insolvency administrator, within whatever is specified by a Contracting State as the waiting period, to cure all defaults and agree to perform all future obligations, failing which the administrator must give the creditor the opportunity to take possession of the aircraft object. **Under this alternative the court has no powers of intervention, so that Article 30(3)(b) of the Convention, which preserves the power of the court to stay enforcement (e.g. to facilitate a reorganization of an insolvent debtor), is disapplied<sup>15</sup>.**

(grifos nossos)

A aplicação do referido dispositivo é de observância obrigatória tendo em vista a declaração apresentada pelo Brasil, por ocasião da Conferência Diplomática para adoção da Convenção, nos seguintes termos:

(VIII) Declaração ao Artigo XXX, parágrafo 3º, relativo ao Artigo XI

<sup>12</sup> The availability of adequate and readily enforceable default remedies is of crucial importance to the creditor, who must be able to predict with confidence its ability to exercise a default remedy expeditiously

<sup>13</sup> GOODE, Roy. *Convention on International Interests In Mobile Equipment and Protocol Thereto On Matters Specific to Aircraft Objects*. 4. ed. Rome, Italy: UNIDROIT, 2019. p. 69.

<sup>14</sup> GOODE, Roy. *The Cape Town Convention on International Interests in Mobile Equipment: a Driving Force for International Asset-Based Financing*. UNIDROIT. Disponível em: <<https://www.unidroit.org/overview-2001capetown>>. Acesso em: 10 fev 2019.

<sup>15</sup> A alternativa A é a chamada versão dura, que requer do administrador da insolvência, nos termos especificados pelo Estado Contratante como o período de espera, de solucionar todas as pendências e de se comprometer a cumprir todas as obrigações futuras, sem o que o administrador deve conferir ao credor a oportunidade de retomar a posse dos equipamentos aeronáuticos. Sob essa alternativa, o Poder Judiciário carece de qualquer poder de intervenção, pelo que o art. 30, parágrafo 3º, alínea `b` da Convenção, o qual preserva o poder do Judiciário para aplicação de medidas de *enforcement* (a exemplo da facilitação da recuperação de um devedor insolvente), é afastado. (tradução livre)

A República Federativa do Brasil declara que aplicará o Artigo XI, Alternativa A, integralmente a todos os casos de procedimentos de insolvência, e que o período de espera para fins do Artigo XI, parágrafo 3º, dessa Alternativa será de 30 dias corridos<sup>16</sup>.

O período de espera de que trata o Protocolo, transcrito acima, afasta durante o seu transcurso, a incidência das demais medidas previstas no Protocolo e na Convenção. Com isso, pretende-se conferir àquele que se encontra em insolvência a possibilidade de operar em um prazo mínimo, considerado suficiente para entabular negociações para sanar as dívidas e cumprir as obrigações futuras e, com isso, possibilitar o soerguimento da atividade econômica.

Mais que a concessão de um prazo ajustado para sanar as pendências do arrendatário, o prazo de espera figura como um marco temporal máximo e limitado, de prévio conhecimento dos arrendatários, no curso do qual não se poderá exercer o direito assegurado pela Convenção e Protocolo de cancelamento de matrícula de aeronave e de solicitação de exportação com fundamento no IDERA.

Se não alcançados os referidos objetivos de regularização da situação de inadimplimento e de comprometimento com as obrigações futuras, ao final do período de espera, a posse das aeronaves deve ser transferida ao credor, com o reavivamento das medidas previstas no Protocolo e na Convenção. Nessa linha, a Convenção e o Protocolo garantem que as medidas serão executadas, pela autoridade de registro, no caso do Brasil a Agência Nacional de Aviação Civil, no prazo máximo de 5 (cinco) dias úteis.

Reforçando o compromisso assumido pelo Brasil no cenário internacional de conferir efetividade às garantias internacionais sobre equipamentos aeronáuticos, o Brasil, portanto, declarou a prescindibilidade de autorização judicial para os remédios previstos no art. XIII do Protocolo, qual seja, o cancelamento de matrícula e solicitação de exportação, que permite imediata retirada da aeronave do território nacional.

Essa sistemática encontra ressonância, inclusive, na legislação nacional, tendo em vista a alteração ocorrida no artigo 199 da Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005<sup>17</sup>, pela Lei n. 11.196, de 21 de novembro de 2005<sup>18</sup>, no sentido de, não obstante permitir a recuperação judicial de empresas aéreas, ressalvar, do regramento de insolvência, os contratos de arrendamento e os direitos deles. Tal disposição foi mantida, apesar das profundas alterações introduzidas na lei falimentar pela Lei nº 14.112, de 24 de dezembro de 2020<sup>19</sup>.

---

<sup>16</sup> BRASIL. *Anexo ao Instrumento de Adesão à Convenção da Cidade do Cabo sobre Garantias Internacionais Incidentes sobre Equipamentos Móveis contendo declarações feitas pela República Federativa do Brasil no que respeita à Convenção*. Disponível em: < <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/2013/decreto-8008-15-maio-2013-775984-anexo-pe.pdf> >. Acesso em: 10 fev de 2021.

<sup>17</sup> BRASIL. Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. *Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária*. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm) >. Acesso em 11 fev. 2021.

<sup>18</sup> BRASIL. Lei n. 11.196, de 21 de novembro de 2005. *Altera dispositivos da lei de recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária*. Disponível em < [<sup>19</sup> BRASIL. Lei nº 14.112, de 24 de dezembro de 2020. \*Altera as Leis nos 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, 10.522, de 19 de julho de 2002, e 8.929, de 22 de agosto de 1994, para atualizar a legislação referente à\*](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-006/2005/lei/111196.htm#:~:text=Par%C3%A1grafo%20%C3%BA-nico.,para%20a%20habilita%C3%A7%C3%A3o%20ao%20Re- pes.&text=%C2%A7%201%C2%BA%20A%20receita%20bruta,contribui%C3%A7%C3%B5es%20incidentes%20sobre%20a%20venda.> . Acesso em 11 fev. 2021.</p></div><div data-bbox=)

A opção legislativa é evidente e se coaduna com a postura que o Brasil assumiu no cenário internacional ao firmar a Convenção da Cidade do Cabo, e ao declarar sua adesão ao Protocolo correspondente com a expressa exclusão da jurisdição e legislação nacionais nos casos de insolvência do arrendatário.

O parecer n. 534/2004<sup>20</sup>, elaborado pela Comissão de Assuntos Econômicos do Senado Federal quando da discussão da Lei de Falência e Recuperação Judicial naquela casa legislativa, externou o entendimento de que a lei buscou, em verdade, conciliar dois objetivos muitas vezes conflitantes: *reduzir os custos financeiros no País, por tornar mais rápidas e efetivas as execuções de garantia, e criar um ambiente favorável para que empresas sólidas, conjuntamente em dificuldades, possam reestruturar-se economicamente e, com isso, conservar ativos intangíveis e manter empregos.*

Neste mesmo parecer a Comissão externou o entendimento de que não se pode negar aos credores proprietários o direito de reaver seus bens, sob pena de se comprometer a segurança que caracteriza esses contratos e, assim, reduzir a efetividade de instrumentos que, reconheça-se, têm proporcionado, nas modalidades de crédito com garantia mais segura, como a alienação fiduciária, taxas de juros bastante inferiores à média praticada no País.

Analisada a proposição pelas Casas competentes, a opção do Poder Legislativo foi no sentido de que, na ponderação entre a continuidade de uma empresa específica e a higidez de todo o mercado crédito, excepcionalmente neste mercado sensível à instabilidade econômica, deve-se privilegiar a confiança de investidores internacionais e nacionais no Brasil.

### 3. A JUDICIALIZAÇÃO DAS GARANTIAS CONFERIDAS AOS CREDORES PELA CONVENÇÃO DA CIDADE DO CABO NO CASO AVIANCA

Recente discussão travada na recuperação judicial ajuizada pela Oceanair Linhas Aéreas S.A e a AVB Holding S.A, que utilizavam o nome fantasia “Avianca”, fomentou o debate sobre o respeito pelo Poder Judiciário brasileiro a disposições previstas na Convenção da Cidade do Cabo. Referida recuperação judicial foi proposta em dezembro de 2018, e tramitou junto à 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais do Foro Central da Comarca de São Paulo/SP, onde se travou a discussão sobre o direito dos credores de retomarem as aeronaves imediatamente, o que poderia, por um outro lado, colocar em xeque o funcionamento da companhia e a possibilidade de êxito da recuperação judicial. A Avianca levou para a recuperação judicial a intenção de manter a posse das aeronaves e afastar o regramento internacional com base no Princípio da Preservação da Empresa.

Do histórico processual da ação judicial percebe-se que o Juízo tentou, em um primeiro momento, compatibilizar o regramento da recuperação judicial como

---

*recuperação judicial, à recuperação extrajudicial e à falência do empresário e da sociedade empresária.* Disponível em < [<sup>20</sup> SENADO FEDERAL. Comissão de Assuntos Econômicos. Exposição de Motivos da Lei 11.101/2005. Parecer n. 534. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=580933>. Acesso em 13 jul. de 2020. p 30.](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2020/lei/L14112.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%2014.112%2C%20DE%2024%20DE%20DEZEMBRO%20DE%202020&text=Altera%20as%20Leis%20nos,empres%C3%A1rio%20e%20da%20sociedade%20empres%C3%A1ria.> . Acesso em 11 fev. 2021.</p></div><div data-bbox=)

regramento específico da Convenção da Cidade do Cabo. A intenção inicial de compatibilização fica evidente quando observado que ao deferir o processamento da recuperação judicial<sup>21</sup>, o Juízo recuperacional expressamente consignou que, na esteira da Convenção da Cidade do Cabo, valeria por 30 (trinta) dias a suspensão das ações e reintegrações de posse, bem como de futuras ações que visassem à apreensão ou à prática de demais atos de construção de aeronaves e/ou motores de aeronaves. Em outra decisão, mas ainda com observância dos termos da Convenção, o Juízo proferiu nova determinação em que ordenou à ANAC que, pelo prazo de trinta dias, não autorizasse alterações, de registros e novos registros por eventuais credores de aeronaves arrendadas às requerentes.

No termo final do prazo de suspensão definido pelo juízo sobreveio nova decisão judicial, que privilegiou o Princípio da Preservação da Empresa, quando determinou a prorrogação, até a Assembleia-Geral de Credores, da ordem de suspensão das ações judiciais e medidas administrativas – incluindo-se os pedidos de alteração de registro em tramitação na ANAC -, que visassem à apreensão ou à prática de demais atos de construção de aeronaves e/ou motores que estivessem na posse da companhia aérea. Essa foi de fato a primeira decisão judicial que alcançou a competência conferida à ANAC pela Convenção da Cidade do Cabo de deferir em 5 (cinco) dias a transferência das aeronaves.

Da leitura da decisão proferida pelo Juízo da recuperação judicial evidencia-se a preocupação inicial do Poder Judiciário com possíveis reflexos da decisão. No entanto, quando da ponderação entre o Princípio da Preservação da Empresa e o caráter cogente da Convenção, o Juízo acabou optando por privilegiar o primeiro<sup>22</sup>.

<sup>21</sup> BRASIL. 1ª Vara de Falência de São Paulo. Recuperação Judicial nº 1125658-81.2018.8.26.0100. Disponível em: <[<sup>22</sup> Opta-se, a partir da premissa decisória acima colocada, por uma solução de meio, que propicie às recuperandas a possibilidade de preservação temporária de suas atividades, fazendo-o, contudo, de maneira que o ônus da decisão não recaia inteiramente sobre as proprietárias das aeronaves e motores objeto de arrendamento, eis que a prorrogação está condicionada não apenas ao pagamento das parcelas de leasing que se vencerem a partir de hoje, mas igualmente na ideia de que o processo de reestruturação da companhia deve atender aos legítimos interesses das arrendadoras quanto ao recebimento dos valores vencidos de há muito.](https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=2S000YK350000&processo.foro=100&conversationId=&cbPesquisa=NUMPROC&numeroDigitoAnoUnificado=1125658-81.2018&foroNumeroUnificado=0100&dadosConsulta.valorConsultaNuUnificado=1125658-81.2018.8.26.0100&dadosConsulta.valorConsultaNuUnificado=UNIFICADO&dadosConsulta.valorConsulta=&dadosConsulta.tipoNuProcesso=UNIFICADO&uuiidCaptcha=sajcaptcha_42a627e6103a40578dfe275c617c24bf&g-recaptcha-response=03AGdBq24DPqDhS0Z87f0mR0P90WbbKaj9RRT18ach5d5iA7jzNYWdKbuDn_LgvlADdk_4fXd10kMeXWsPjUmnSBSUlejI8gr47RFpUMYkZqIDOsKXAct7iLciZy5NuAUrRT2ISfNO-NlrpDuU2asgh7BBizi0S27sdBCnGLDmip6Gl0_Gmu9HN2HtgOxkG5zFAj6oSdL6wnS0QrNVL0otxsKOO-tGiLNMiEm1v3w5pbgJtvd5PxZZd-DIj147Q2Gt1rCp_nQFIIO_umlyZbHRiJ8btEnwpdf6BZavVfNfdqkzv6oWmXbBNouoe-KETfQjclFMcfaGdSjNTY2jDNTQiNHxsIovL_KcaiKSm-HAmP9mGEPShmAgXCwaKT0cT5SkPrPD-J_Y8qpHceycRX-kaE-0tSMqBncpCYdg3aWL8eDZ83ssg3dJds-GiESed_DP26ewFiKnS2P2flVHShHr0-kzXtQPp9CgpZT2b8NkeztzbVhpxPsS3_9mjGA3v_aZ282oweXE-cXpgh4fguPmXPZD3ANpF0m8xtKLGa&paginaConsulta=1>. Acesso em: 11 fev. 2021.</p></div><div data-bbox=)

(...)

O juízo, embora convicto do amparo jurídico de sua decisão, não ignora as consequências previstas na Convenção da Cidade do Cabo para o caso de inobservância do citado regramento. A decisão pode, de fato, redundar em implicações para o País no que tange aos custos do arrendamento de aeronaves para outras companhias aéreas, embora não se saiba ao certo se tais reflexos sejam imediatos e inevitáveis como se afirma.

(...)

Inclina-se neste momento, num juízo ancorado na prevalência do interesse público/social sobre o interesse privado de uma classe muito especial de credores, o que, aliás, permeia o processo de recuperação judicial, pela tentativa de preservação da empresa e de sua função social, vale dizer, dos interesses de terceiros, empregados, consumidores e, igualmente, do mercado de transporte aérea nacional, cuja reconhecida concentração indica ser medida razoável evitar o imediato expurgo de companhia com relevante participação, dando-lhe ao menos chance de submeter a seus credores o plano de recuperação e reestruturação de sua atividade empresarial.

A 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, no julgamento de mérito do recurso interposto pela ANAC, no entanto, ratificou o entendimento do relator, em julgamento do qual pode-se ressaltar trecho do voto relator que frisou que *não se trata de vedar às empresas aéreas a possibilidade de recuperação. Trata-se de determinar que sua proposta de reorganização observe o regramento vigente*<sup>23</sup>.

Como alternativa para sustar imediatamente os efeitos da Convenção da Cidade do Cabo a companhia aérea em recuperação Judicial ingressou, então, com o excepcionalíssimo remédio da Suspensão de Liminar, assumindo para si o papel de Poder Público, e requerendo, novamente, a prevalência do Princípio da Preservação da Empresa em detrimento das normas legais aplicáveis. A pretensão da Avianca encontrou acolhida no Corte Superior do País, competente para conferir vigência à legislação nacional, neste caso afastando os termos da Convenção a que o Brasil é signatário e que foi regularmente internalizada às normas nacionais<sup>24</sup>.

Esta decisão vigorou de fato até a realização da Assembleia Geral de Credores realizada no âmbito da recuperação judicial, nos termos da decisão proferida pelo Juízo da Recuperação Judicial.

#### 4. CONSEQUÊNCIAS PARA O MERCADO DE AVIAÇÃO DA FLEXIBILIZAÇÃO DAS NORMAS DE CRÉDITOS AERONÁUTICOS

O olhar recalitrante do Poder Judiciário para o mercado de crédito aeronáutico de fato tem potencial lesivo para a economia. Ainda que não seja possível mensurar a extensão desse estrago, manifestações do mercado financeiro já apontam para uma diminuição da credibilidade do Brasil neste mercado específico.

A incerteza jurídica criada pela negativa de vigência da Convenção da Cidade do Cabo pelo Poder Judiciário Brasileiro foi de observada por todo o mercado internacional, com potencial impacto desastroso na colocação do Brasil no ranking do Aviation Working Group (AWG), principal grupo de fabricantes, empresas de leasing e instituições financeiras que lidam com desenvolvimento de política, leis, e regulação internacional de financiamento e leasing na aviação. Na esteira dessa preocupação, o AWG – *Aviation Working Group* realizou no Brasil, nos dias 25 e 26 de junho de 2019, um grande

<sup>23</sup> BRASIL. 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 2031168-25.2019.8.26.0000. Relator Desembargador Ricardo Negrão. Disponível em: <[<sup>24</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Suspensão de Liminar SLS nº 2485 / SP. Relator Ministro João Otávio de Noronha, Presidente. Disponível em: <\[https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=92797211&tipo\\\_documento=documento&num\\\_registro=201900504228&data=20190228&formato=PDF\]\(https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=92797211&tipo\_documento=documento&num\_registro=201900504228&data=20190228&formato=PDF\)>. Acesso em: 11 fev. 2021.](https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/search.do?conversationId=&paginaConsulta=0&cbPesquisa=NUMPROC&numeroDigitoAnoUnificado=2031168-25.2019&foroNumeroUnificado=0000&dePesquisaNuUnificado=2031168-25.2019.8.26.0000&dePesquisaNuUnificado=UNIFICADO&dePesquisa=&tipoNuProcesso=UNIFICADO&uuiidCaptcha=sajcaptcha_3e97069450934d90bdb8657cde114e92&g-recaptcha-response=03AGdBq258dARi7VikQ8iWvFBV0ADLjt-9VuLlkJrf8amvbViiFpBdAJmIU-flv6Ad-GfnifY3Wempk5AWDgC-YvYdrVZiTJYX8V-t_fHzeI4h6EIBSczaEbfZftE-qXUTu7JLeQ4UUh5HNk7qw23nfN69nOKqFg6OHovkekg0okO5KtzDpBh-JMPfFScaN_Uw7ue2-qEB3JHzd3NHjhbNbnjILpBIodlUSZJlqnsqSiMQmXML0RmuT1XRJZzSV7rN542C2tFRD-dlIdu55x8w3n8dXCkaZq6z_saQ-mXZXnV_jtZaFX6HxniaTIOkKZ0fN97BJOJm5d6dBpYkD6wgi-Txlg_nttjNyhqlqx-guxeFCO7r86UhOluYh-0hcyjuOjytwU-as5bNE9UTHhIUUpf6s9JSX-IFKJkahn_0yIueWVzF8xh4OEImsXLTW4c7hvs6vJIE2Ly8E9yL86kqUfCHJoZ-RedBMDHejhzPNWCSCaNmzDBtHUs-ip9vjd9ryTiSFg5KOhkEBK-A1DUo-WEmpc_psb4NupJx7A#?cdDocumento=69 >. Acesso em: 11 fev. 2021.</p></div><div data-bbox=)

encontro para discutir o cumprimento dos termos da Convenção da Cidade do Cabo pelos países da América Latina<sup>25</sup>.

O evento detalhou e avaliou os benefícios econômicos e legais da Convenção da Cidade do Cabo e seu Protocolo de Aeronaves, com ênfase na interpretação, implementação, e cumprimento de suas disposições. Os participantes deste evento incluíram importantes autoridades da aviação civil latino-americana, funcionários de companhias aéreas da América Latina, fabricantes, locadores, agências de crédito e principais profissionais de direito da região. Neste encontro foi aventada a possibilidade de retirada do Brasil da lista de países aprovados pela OCDE para descontos no financiamento de aeronaves. Caso isso ocorresse seria a primeira remoção de um país desta lista, lembrando que o Brasil, que tem a quinta maior aviação comercial do mundo, tem no financiamento uma das suas mais importantes ferramentas para seu funcionamento.

Outra consequência igualmente nociva da ausência de segurança jurídica gerada pela negativa de vigência da convenção é o potencial aumento nas taxas de leasing para empresas brasileiras, devido à necessidade de aumento das contrapartidas ante a ausência de previsibilidade no cumprimento das obrigações, o que também tem potencial de provocar aumento de exigências de depósitos em garantia para novos contratos de arrendamento, o que aumentaria o custo para empresas nacionais.

Um efeito acessório, mas igualmente nocivo, conseqüente da maior dificuldade que pode ocorrer no mercado de créditos, é uma desatualização da frota de aeronaves, que tem no contrato de arrendamento um dos principais instrumentos para sua modernização.

Ainda que não determináveis de plano, estas conseqüências estavam entre as preocupações de alguns dos maiores *players* do mercado. Em entrevista concedida ao Jornal Valor Econômico, o CEO da Aircastle, Mike Inglese, ao comentar o caso Avianca afirmou que de fato o mercado de aviação temia que a crise financeira da Avianca Brasil e seus desdobramentos judiciais jogassem nas alturas os custos de arrendamento de aeronaves por companhias brasileiras, afirmando que *“Um sistema judicial previsível e uma estrutura [regulatória] confiável para a recuperação de aeronaves é fator primordial para o custo e para a disponibilidade de capital às empresas aéreas”*. Segundo a reportagem, a Aircastle tem 246 aviões arrendados em todo o mundo, além de compromissos de quase US\$ 1 bilhão para a aquisição da nova família de jatos regionais E2 da Embraer, o que aponta para o cuidado com que o setor está acompanhando todos os andamentos desse processo assim como a apreensão que surge do tratamento dado à Convenção pelo Poder Judiciário<sup>26</sup>.

Ainda que não seja possível afirmar que tais conseqüências de fato foram operadas no Brasil, seja pelo curto decurso de tempo, seja pela excepcionalíssima realidade vivenciada pela aviação causada pela pandemia COVID-19, é certo que o caso da

---

<sup>25</sup> AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL. Evento regional latino-americano sobre a Convenção da Cidade do Cabo e seu Protocolo de Aeronaves e transferência transfronteiriça de aeronaves. Disponível em: <<https://www.anac.gov.br/noticias/2019/evento-regional-latino-americano-sobre-a-convencao-da-cidade-do-cabo-e-seu-protocolo-de-aeronaves-e-transferencia-transfronteirica-de-aeronaves>>. Acesso em: 11 fev. 2021.

<sup>26</sup> VALOR ECONÔMICO. 'Caso Avianca' pode encarecer. Disponível em: <<https://valor.globo.com/empresas/noticia/2019/02/07/caso-avianca-pode-encarecer-leasing.ghtml>>. Acesso em: 10 fev. 2019.

Avianca lançou mais uma vez os holofotes dos investidores estrangeiros para a nossa atenção às normas internacionais, deixando evidente a necessidade de respeitá-las.

## CONCLUSÃO

Por força dos parágrafos do art. 199 da Lei de Recuperação Judicial e também por todas as normas previstas na Convenção da Cidade do Cabo, em sede de recuperação judicial, o exercício de direito derivado de contratos de arrendamento (mercantil, leasing financeiro, leasing operacional ou outra modalidade), de aeronaves ou de suas partes, não podem ficar suspensos. Os créditos decorrentes destes contratos não podem estar adstritos aos efeitos da recuperação, prevalecendo os direitos de proprietário em relação ao bem, podendo ser exercitado o direito de ação mesmo após o juiz determinar o processamento da recuperação judicial e a suspensão de ações por 180 (cento e oitenta) dias.

Este entendimento, por certo, privilegia a segurança das transações comerciais e a manutenção do sistema de garantias no Brasil, corroborando com tudo o que ensina a Teoria Institucionalista.

A vontade do legislador, no caso do art. 199 da Lei de Falência e Recuperação Judicial, e da internalização das disposições da Convenção da Cidade do Cabo, de fato, foi buscar reduzir, via lei, o custo financeiro nos contratos bancários, tornando mais efetivas as execuções das garantias (alienação fiduciária e arrendamento mercantil, dentre outras), fortalecendo o sistema de garantias reais bancárias no Brasil e facilitando o acesso ao crédito bancário por parte (também) das empresas mergulhadas em crise.

É neste sentido que a segurança jurídica deve sempre ser privilegiada, em especial quando se discute o mercado de créditos somados à atratividade de investimentos. Por óbvio não apenas as normas precisam conferir segurança. Mais importante inclusive do que as normas, escritas ou não, é o *enforcement* de tais normas, ganhando relevância nesta equação, então, a segurança jurídica que o Poder Judiciário conferirá a tais normas. A lei substantiva é importante, mas seu cumprimento é mais, sendo o Judiciário o melhor veículo para a garantia do cumprimento das normas<sup>27</sup>. Nesta frase, que tem berço na Teoria Institucionalista, aponta-se para dois dos principais pilares que são primários para um país que busca melhores índices de desenvolvimento: um mercado de créditos bem regulado e um Poder Judiciário ciente da missão de conferir a maior estabilidade possível a este mercado.

## REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS EMPRESAS AÉREAS. *Setor Aéreo no Brasil – Dados Estatísticos*. Disponível em: < <http://panorama.abear.com.br/dados-e-estatisticas/custos-das-empresas/>>. Acesso em: 10 fev. 2021.

BRASIL. AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL. Evento regional latino-americano sobre a Convenção da Cidade do Cabo e seu Protocolo de Aeronaves e transferência transfronteiriça de aeronaves. Disponível em: < <https://www.anac.gov.br/noticias/2019/evento-regional-latino->

<sup>27</sup> DAM, Kenneth W. *The Law-Growth Nexus: The Rule of Law and Economic Development*. Washington: Brookings Institutions, 2006, Capt. 10.

[americano-sobre-a-convencao-da-cidade-do-cabo-e-seu-protocolo-de-aeronaves-e-transferencia-transfronteira-de-aeronaves](#) >. Acesso em: 11 fev. 2021.

BRASIL. BANCO CENTRAL DO BRASIL. RESOLUÇÃO Nº 2309. Disciplina e consolida as normas relativas às operações de arrendamento mercantil. Disponível em: <[https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/res/1996/pdf/res\\_2309\\_v2\\_L.pdf](https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/res/1996/pdf/res_2309_v2_L.pdf)>. Acesso em 11 fev. 2020.

BRASIL. BANCO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO. *O financiamento a arrendadores de aeronaves – modelo do negócio e introdução à análise de risco do leasing aeronáutico*. Disponível em: <[https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/bitstream/1408/1515/1/A%20mar37\\_04\\_O%20financiamento%20a%20arrendadores%20de%20aeronaves...\\_P.pdf](https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/bitstream/1408/1515/1/A%20mar37_04_O%20financiamento%20a%20arrendadores%20de%20aeronaves..._P.pdf)>. Acesso em: 08 fev. 2021.

BRASIL. Decreto n. 8008, de 15 de maio de 2013. *Promulga a Convenção sobre Garantias Internacionais Incidentes sobre Equipamentos Móveis e o Protocolo à Convenção sobre Garantias Internacionais Incidentes sobre Equipamentos Móveis Relativo a Questões Específicas ao Equipamento Aeronáutico, firmados na Cidade do Cabo, em 16 de novembro de 2001, e o ato final da Conferência Diplomática para a Adoção da Convenção e do Protocolo e as declarações que a República Federativa do Brasil fez ao aderir à Convenção e ao Protocolo*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/decreto/D8008.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/D8008.htm)>. Acesso em: 10 fev de 2021.

BRASIL. *Anexo ao Instrumento de Adesão à Convenção da Cidade do Cabo sobre Garantias Internacionais Incidentes sobre Equipamentos Móveis contendo declarações feitas pela República Federativa do Brasil no que respeita à Convenção*. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/2013/decreto-8008-15-maio-2013-775984-anexo-pe.pdf>>. Acesso em: 10 fev de 2021.

BRASIL. Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. *Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária*. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm)>. Acesso em 11 fev. 2021.

BRASIL. Lei n. 11.196, de 21 de novembro de 2005. *Altera dispositivos da lei de recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária*. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/111196.htm#:~:text=Par%C3%A1grafo%20%C3%BAnico,para%20a%20habilita%C3%A7%C3%A3o%20ao%20Repes.&text=%C2%A7%201%C2%BA%20A%20receita%20bruta,contribui%C3%A7%C3%B5es%20incidentes%20sobre%20a%20venda.](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111196.htm#:~:text=Par%C3%A1grafo%20%C3%BAnico,para%20a%20habilita%C3%A7%C3%A3o%20ao%20Repes.&text=%C2%A7%201%C2%BA%20A%20receita%20bruta,contribui%C3%A7%C3%B5es%20incidentes%20sobre%20a%20venda.)>. Acesso em 11 fev. 2021.

BRASIL. Lei nº 14.112, de 24 de dezembro de 2020. *Altera as Leis nos 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, 10.522, de 19 de julho de 2002, e 8.929, de 22 de agosto de 1994, para atualizar a legislação referente à recuperação judicial, à recuperação extrajudicial e à falência do empresário e da sociedade empresária*. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/lei/L14112.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%2014.112%20DE%2024%20DE%20DEZEMBRO%20DE%202020&text=Altera%20as%20Leis%20nos,empres%C3%A1rio%20e%20da%20sociedade%20empres%C3%A1ria.](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14112.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%2014.112%20DE%2024%20DE%20DEZEMBRO%20DE%202020&text=Altera%20as%20Leis%20nos,empres%C3%A1rio%20e%20da%20sociedade%20empres%C3%A1ria.)>. Acesso em 11 fev. 2021.

BRASIL. SENADO FEDERAL. Comissão de Assuntos Econômicos. Exposição de Motivos da Lei 11.101/2005. Parecer n. 534. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=580933>. Acesso em 13 jul. de 2020. p 30.

BRASIL. 1ª Vara de Falência de São Paulo. Recuperação Judicial nº 1125658-81.2018.8.26.0100. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br>>. Acesso em: 11 fev. 2021.

BRASIL. 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 2031168-25.2019.8.26.0000. Relator Desembargador Ricardo Negrão. Disponível em: < <https://esaj.tjsp.jus.br> >. Acesso em: 11 fev. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Suspensão de Liminar SLS nº 2485 / SP. Relator Ministro João Otávio de Noronha, Presidente. Disponível em: < <https://processo.stj.jus.br> >. Acesso em: 11 fev. 2021.

CIRIUM. *Cirium Airlines Insights Review 2020*. Disponível em: <<https://cirium.lookbookhq.com/2020-airline-insights-review/from-cirium-chief-executive-officer>>. Acesso em: 10 fev. 2021.

DAM, Kenneth W. *The Law-Growth Nexus: The Rule of Law and Economic Development*. Washington: Brookings Institutions, 2006.

DINIZ, Maria Helena. Dicionário Jurídico, Vol. II. 3ª ed. São Paulo. Saraiva, 2012.

GOMES, Orlando. *Contratos e Obrigações comerciais*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

GOODE, Roy. *Convention on International Interests In Mobile Equipment and Protocol Thereto On Matters Specific to Aircraft Objects*. 4. ed. Rome, Italy: UNIDROIT, 2019.

GOODE, Roy. *The Cape Town Convention on International Interests in Mobile Equipment: a Driving Force for International Asset-Based Financing*. UNIDROIT. Disponível em: <<https://www.unidroit.org/overview-2001capetown>>. Acesso em: 10 fev 2019.

MARTINS, Fran. *Contrato e obrigação comercial*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

RIZZARDO, Arnaldo. *Leasing: arrendamento mercantil no direito brasileiro*. 4ª ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2009.

VALOR ECONÔMICO. 'Caso Avianca' pode encarecer. Disponível em: <<https://valor.globo.com/empresas/noticia/2019/02/07/caso-avianca-pode-encarecer-leasing.ghtml>>. Acesso em: 10 fev. 2019.





# OS DIREITOS FUNDAMENTAIS A PRESTAÇÕES POSITIVAS E O TESTE DA PROPORCIONALIDADE

*Anizio Pires Gaviao Filho<sup>1</sup>,  
Ana Luiza Liz dos Santos<sup>2</sup>*

## RESUMO

O presente estudo trata dos direitos fundamentais a prestações positivas e o teste da proporcionalidade, realizado com o método de abordagem dedutivo e técnica de pesquisa jurisprudencial e bibliográfica. O objetivo geral é analisar as especificidades dos direitos fundamentais a prestações positivas e as medidas de sua exigibilidade. Como objetivos específicos, tem-se: o estudo da origem, do conceito, da natureza jurídica e das espécies de direitos fundamentais a prestações positivas; a análise dos direitos sociais, que são os direitos a prestações positivas em sentido estrito; o estudo dos problemas que decorrem dos direitos a prestações positivas, com ênfase no problema da competência; e a análise da aplicação do teste da proporcionalidade na colisão dos direitos fundamentais a prestações positivas com outros direitos fundamentais. A conclusão é que, no Brasil, os direitos a prestações positivas são considerados direitos fundamentais subjetivos, passíveis de exigibilidade, bem como que, sendo princípios materiais, são mandamentos de otimização e devem ser realizados na maior medida possível.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direitos fundamentais sociais. Justiciabilidade. Teste da Proporcionalidade. Ponderação de princípios.

## THE FUNDAMENTAL RIGHTS TO POSITIVE PROVISIONS AND THE PROPORTIONALITY TEST

### ABSTRACT

This study deals with the fundamental rights to positive actions and the proportionality test, carried out using the deductive and technical method of jurisprudential and bibliographic research. The general objective is to analyse the specificities of fundamental rights to positive actions and the measure of their enforceability. As specific objectives, it have: the study of the origin, the concept, the legal nature and the types of fundamental rights to positive actions; the analysis of fundamental social rights, which are rights to positive actions in the strict sense; the study of the problems arising from the rights to positive actions, with emphasis on the problem of competence; and the analysis of the application of the test of proportionality in the collision

<sup>1</sup>Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal de Santa Maria (1985), Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (2004) e Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (2010). Professor Titular Coordenador PPGD -Mestrado Acadêmico - da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público. Professor Coordenador do Projeto de Pesquisa Colisão de direitos fundamentais e argumentação jurídica do PPGD/FMP.

<sup>2</sup>Mestre em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul (FMP-RS). Especialista em Proteção de Dados: LGPD e GDPR - Curso Binacional com dupla titulação (FMP-RS e Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa). Especialista em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS). Especialista em Direito Civil e Processo Civil pelo Instituto de Desenvolvimento Cultural (IDC).

of fundamental rights. The conclusion is that, in Brazil, the rights to positive actions are considered subjective fundamental rights, subject to enforceability, as well as that, being material principles; they are commandments of optimization and must be realized to the greatest extent as possible.

**KEYWORDS:** Fundamental social rights; Proportionality Test; Balancing of principles.

## INTRODUÇÃO

A presente investigação tem por objeto a judicialização dos direitos fundamentais sociais, que demandam prestações estatais positivas fáticas e normativas. Judicialização dos direitos fundamentais não poucas vezes é identificada com politização da jurisdição na medida em que a determinação judicial de prestações positivas estatais pode ser identificada com o estabelecimento e implementação de políticas públicas, tarefas da legislação e da administração executiva.

Essa investigação se justifica pelo seu interesse tanto teórico como prático. Muitos são os estudos que buscam alcançar cientificidade às discussões sobre a judicialização dos direitos fundamentais sociais e igualmente muitas são as decisões dos juízes e tribunais que podem ser tomadas como casos de jurisdicização que assuntos políticos. As divergências são intensas. No âmbito da prática judicial dos tribunais, um número expressivo de decisões diz que a implementação de políticas públicas é uma atividade de competência do Poder Executivo. Por outro lado, igualmente, muitas decisões reconhecem à atividade jurisdicional a competência e legitimidade para a concretização de políticas públicas.

Os direitos fundamentais sociais como direitos a prestações estatais positivos estão positivados na Constituição Federal de 1988 e, por isso, vinculantes para a legislação, administração e jurisdição. Cuida-se de vinculação jurídica e, por isso, obrigação jurídica que significa o reconhecimento de direitos e deveres jurídicos. A formulação amplamente aceita é a de que as normas de direitos fundamentais, e assim também as normas de direitos fundamentais sociais, configuram um amplo escopo de proteção, cujo resultado é a configuração de um conjunto de posições jurídicas definitivas e *prima facie*, cuja exigibilidade judicial definitiva depende de otimização em comparação com outros bens jurídicos constitucionalmente protegidos.

Mas, por outro lado, igualmente acha-se formulado que as normas de direitos fundamentais sociais não configuram posições jurídicas passíveis de exigibilidade judicial definitiva, mas tão somente determinações de objetivos estatais dirigidos à legislação e à administração. A partir dessa formulação, por exemplo, afirma-se que as ações materiais de concretização dos direitos fundamentais a prestações em sentido estrito se acham integralmente inseridas na margem de apreciação discricionária da legislação e administração.

O problema se coloca quando os casos de omissões do Poder Executivo nas áreas da saúde, trabalho, educação, habitação, segurança e meio ambiente, configuram violação de direitos fundamentais sociais. A questão central é determinar o papel da jurisdição nos casos em que a inércia da legislação e da administração representa violações de posições jurídicas fundamentais dos direitos fundamentais sociais, inclusive atingindo os casos de violação do mínimo existencial. Os juízes e tribunais estão

constitucionalmente autorizados, no marco da ordenação constitucional da Constituição Federal de 1988, a determinarem à administração a concretização de prestações materiais estatais, independentemente do decidido pela legislação, de sua capacidade e expertise para conhecer sobre o assunto e do custo da prestação material?

A fim de responder e contribuir com algumas reflexões sobre essa temática, esta investigação, com base método de pesquisa bibliográfica comparativa, será assim desenvolvida. Inicialmente, serão apresentadas formulações gerais sobre os direitos fundamentais sociais, notadamente, origem, natureza e tipos. Em seguida, serão apresentadas anotações sobre as especificidades dos direitos fundamentais sociais. Na sequência, a discussão será encaminhada à discussão dos problemas que decorrem dos direitos fundamentais sócias a prestações positivas, especificamente os problemas da justificação, do conteúdo, da estrutura e da competência, com ênfase especial a este último. Finalmente, será dado fechamento como a apresentação do teste da proporcionalidade como critério racional para justificar a superação das objeções levantadas contra a justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais.

O que se pretende deixar provado é que o reconhecimento de direitos definitivos passíveis de exigibilidade judicial depende da satisfação das exigências das regras do teste da proporcionalidade.

## 1. FUNDAMENTOS, NATUREZA E TIPOLOGIA

Os direitos fundamentais das primeiras constituições escritas, decorrentes do pensamento liberal-burguês do século XVIII, foram caracterizados por um perfil extremamente individualista, “concebidos como direitos do indivíduo perante o Estado, mais especificamente, como direitos de defesa, demarcando uma zona de não intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual em face de seu poder” (SARLET, 2018, p. 318). Nesse cenário, assumem papel de destaque os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade, que são os chamados direitos de primeira geração.

No decorrer do século XIX, diante do impacto da industrialização e dos graves problemas sociais e econômicos dela decorrentes, restou constatado que a consagração formal de liberdade e igualdade não gerava uma garantia de seu efetivo gozo, o que gerou um abrangente movimento de reivindicação de reconhecimento progressivo de direitos, a partir da atribuição de um comportamento ativo do Estado na realização da justiça social (SARLET, 2017, p. 319). Nesse contexto, surgiu a necessidade de reconhecer o papel duplo do Estado em relação aos direitos fundamentais: de um lado, evitar qualquer limitação a esses direitos; de outro lado, proteger esses direitos (BARAK, 2012, p. 422).

A partir da origem dos primeiros direitos fundamentais e, na sequência, com o advento do Estado Social e o surgimento dos direitos sociais e econômicos, ganhou importância a teoria do *status* de Georg Jellinek (1912) segundo a qual, conforme Robert Alexy (2017, p. 255), a concepção de *status* pressupõe uma forma de relação entre o cidadão e o Estado. Nesse sentido, é no *status* negativo, na esfera individual de liberdade, que os fins estritamente individuais encontram a sua satisfação por meio da livre ação do indivíduo, e é por isso que se diz que o *status* negativo é formado por uma

esfera individual de liberdade (ALEXY, 2017, p. 258). O *status* positivo, por sua vez, para Jellinek, surge em exata oposição ao *status* negativo e, portanto, ocorre quando o Estado reconhece capacidade jurídica para o indivíduo recorrer à estrutura do próprio Estado (ALEXY, 2017, p. 263-264).

Um dos principais problemas da teoria do *status* de Jellinek relaciona-se com os direitos de defesa (ou, em suas palavras, direito ao não-embaraço), pois eles não conseguem ser adequadamente inseridos em nenhum dos dois *status*. Para Alexy (2017, p. 266-267), tal dilema é consequência da natureza relativamente embrionária da teoria de Jellinek, mas pode ser resolvido a partir da teoria das posições jurídicas fundamentais, “por meio da divisão dos *status* negativo e positivo em *status* negativo e positivo em sentido estrito e amplo”.

O *status* negativo em sentido estrito representa a ideia original de Jellinek, ou seja, relaciona-se exclusivamente com as liberdades jurídicas não-protégidas; os *status* negativo em sentido amplo, por sua vez, representa justamente os direitos de defesa, que são os direitos a ações negativas do Estado que, por consequência, protegem o *status* negativo em sentido estrito. Com relação ao *status* positivo, o sentido amplo abrange tanto os direitos a ações positivas, quanto a ações negativas, ao passo que ao sentido estrito pertencem apenas os direitos a ações positivas (ALEXY, 2017, p. 267).

Em que pese seu caráter rudimentar, não se pode desconsiderar que a teoria de Jellinek foi elaborada no século XX, em um momento de descrédito da ciência jurídica alemã na teoria dos direitos naturais e, diante do contexto histórico, representou um marco teórico fundamental para a problemática da época. Ademais, a atualidade da teoria do *status* e Jellinek justifica-se uma vez que serve de fundamento para a classificação dos direitos fundamentais (GAVIÃO FILHO, 2007, p. 41).

Superada breve exposição da teoria do *status* de Georg Jellinek, bem como a apresentação dos necessários acréscimos atribuídos à teoria por Robert Alexy, é possível adentrar especificamente no estudo dos direitos a prestações positivas.

Direitos a prestações em sentido amplo são todos aqueles direitos que correspondem a uma ação positiva, ou seja, a uma ação do Estado. Por suas características, é possível que, em um primeiro momento, a expressão “direito a prestações” seja associada exclusivamente com a ideia de prestações fáticas, ou seja, um direito a algo que o titular poderia obter de outras pessoas privadas se houvesse no mercado uma oferta suficiente e se houvesse meios financeiros suficientes. No entanto, existem substanciais motivos para que o conceito de direitos a prestações seja estendido para além das prestações fáticas, alcançando também as prestações normativas, como, por exemplo, a proteção por normas de direito penal ou a criação de normas organizacionais e de procedimento (ALEXY, 2017, p. 442).

Um dos principais motivos para o reconhecimento dos direitos a prestações como abrangendo também prestações normativas está no fato de que os direitos sociais – que serão abordados na sequência e são tidos como os direitos a prestações por excelência – possuem um feixe de posições que compreendem tanto prestações fáticas quanto prestações normativas.

Uma situação bastante exemplificativa é a relacionada ao direito ao meio ambiente: abstenção do Estado em determinadas intervenções (direito de defesa); direito

que o titular do direito fundamental tem de ser incluído, pelo Estado, nos procedimentos relevantes para o meio ambiente (direito a procedimentos); direito a que o Estado proteja o titular do direito fundamental contra intervenções que possam ser lesivas ao meio ambiente (direito e proteção); e direito a que o próprio Estado adote medidas que sejam benéficas ao meio ambiente (direito a prestação fática).

Esse cenário demonstra que o direito fundamental ao ambiente é configurado a partir de um conjunto de posições jurídicas que, por um lado, aponta para a direção das prestações fáticas e, por outro lado, para a direção das prestações normativas (GAVIÃO FILHO, 2005, p. 143).

Outro motivo está relacionado com o fato de que os direitos a prestações positivas possuem problemas que outros direitos não enfrentam. Esta situação decorre principalmente do fato de que, em certa medida, os direitos a ações positivas impõem ao Estado a busca de alguns objetivos e, por isso, “todos os direitos a ações positivas suscitam o problema de saber se e em que medida a persecução de objetivos estatais pode e deve estar vinculada a direitos constitucionais subjetivos dos cidadãos” (ALEXY, 2017, p. 444). Nesse contexto, para as constituições que submetem os direitos fundamentais a um amplo sistema de controle de constitucionalidade, esse dilema corresponde, essencialmente, ao problema da competência e da separação dos poderes.

Uma vez considerando os direitos a prestações como decorrentes de prestações fáticas e normativas, na concepção de Robert Alexy (2017, p. 445), tem-se que os direitos dessa natureza podem ser considerados direitos a prestações somente se forem direitos subjetivos e de nível constitucional. A partir de então, enquanto direitos subjetivos, todos os direitos a prestações consistem em relações triádicas entre um titular do direito fundamental, o Estado e uma ação estatal positiva. Ademais, sempre que houver uma relação constitucional nesses moldes, o titular do direito fundamental terá competência para exigir judicialmente esse direito. Por decorrência da sua exigibilidade, os direitos a prestações adquirem caráter *prima facie*, ou seja, são mandamentos de otimização e, por isso, possuem natureza de princípio.

Os direitos a prestações em sentido amplo, ou seja, que envolvem tanto prestações fáticas, quanto prestações normativas, podem ser divididos em três grupos: direitos a proteção, direitos a organização e procedimento, e direitos a prestação em sentido estrito.

Um direito a proteção consiste no direito que o titular de direitos fundamentais possui em face do Estado, para que ele o proteja contra intervenções de terceiros, ou seja, são os direitos constitucionais a que o Estado configure e aplique a ordem jurídica de uma determinada maneira, relativamente aos sujeitos de direito que têm igual hierarquia entre si (ALEXY, 2017, p. 451). O objeto a ser protegido por esta modalidade de direito pode variar, uma vez que engloba tudo que seja digno de proteção a partir do ponto de vista dos direitos fundamentais. No mesmo sentido, as formas de proteção destes direitos também são variadas, podendo ocorrer, por exemplo, por meio de normas de direito penal, normas de responsabilidade civil, normas de direito processual, dentre outras.

É possível que surja o questionamento acerca da relação existente entre os direitos a proteção e os direitos de defesa do tipo clássico. Apesar de ser correto afirmar que um

direito a proteção diz respeito a uma defesa, não é possível extrair outros pontos comuns entre ambos (ALEXY, 2017, p. 456). Isso porque, enquanto os direitos a proteção consistem em um direito a que o Estado zele para que terceiros deixem de intervir, os direitos de defesa consistem nos direitos que os titulares possuem em face do Estado, para que ele (Estado) se abstenha de intervir.

No que tange aos direitos a organização e procedimento, antes de sua especificação, necessário se faz a definição e a delimitação do termo “organização e procedimento”. Primeiramente, deve-se definir se o termo envolve apenas um complexo integrado de direitos, ou se combina dois complexos distintos e independentes – “direitos a organização” e “direitos a procedimento”. Na concepção de Robert Alexy (2017, p. 472), as distinções que têm sido feitas não alcançam propriamente os dois conceitos, mas sim outros pontos de vista diversificados, o que faz com que a utilização das expressões não siga um critério técnico.

Um dos fatores responsáveis pela ausência de técnica é a extensão do alcance do conceito, ou seja, questões significativamente diferentes são aglutinadas por compartilharem a similaridade de uma ideia de procedimento. Procedimentos são sistemas de regras e/ou princípios para que seja alcançado um resultado e, portanto, “as normas de organização e procedimento devem ser criadas de forma a que o resultado seja, com suficiente probabilidade e em suficiente medida, conforme aos direitos fundamentais” (ALEXY, 2017, p. 473).

Outro debate que surge por decorrência dos direitos a organização e procedimento está em saber se são efetivamente direitos a ações positivas do Estado, ou se, porventura, devem ser considerados como pertencentes a um *status* negativo. Isso porque, a ideia de que as posições jurídicas procedimentais existem e não devem ser eliminadas sem compensação ou, ainda, não devem ser pura e simplesmente eliminadas, é verdadeira. No mesmo sentido, é também verdadeira a ideia de que essa proibição é decorrente de um *status* negativo e não atuação do Estado. No entanto, o direito a procedimento é, em sua essência, o “direito a que exista algo para cuja criação sejam necessárias ações positivas, ou seja, o direito hipotético à realização tem primazia em face do direito à não-eliminação” (ALEXY, 2017, p. 478).

Os direitos a prestação em sentido estrito, por sua vez, são os direitos que os indivíduos possuem em face do Estado a algo que, se houvesse uma oferta suficiente no mercado e se ele (indivíduo) dispusesse de meios financeiros suficientes, poderia obter de forma particular. A partir desta ideia, quando se fala em direitos fundamentais sociais, quer-se, em primeiro lugar, fazer referência aos direitos a prestação em sentido estrito.

Por decorrência da sua importância, complexidade, e extensão de seu estudo, o próximo capítulo será dedicado exclusivamente ao estudo dos direitos a prestação em sentido estrito.

## 2. DIREITOS A PRESTAÇÃO EM SENTIDO ESTRITO: OS DIREITOS SOCIAIS COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS A PRESTAÇÕES MATERIAIS

A Constituição Federal de 1988 foi generosa no que tange à positivação de direitos e garantias fundamentais e, seguindo essa linha, dedicou o Capítulo II, do Título II aos

direitos sociais. Os direitos sociais básicos, previstos no art. 6º do texto constitucional, são inseridos num contexto amplo no plano constitucional, inclusive porque o Preâmbulo “já evidencia o forte compromisso com a justiça social, comprometimento este reforçado pelos princípios fundamentais elencados no Título I da CF, dentre os quais se destaca a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), positivada como fundamento do próprio Estado Democrático de Direito” (SARLET, 2018, p. 610).

Necessário referenciar que os direitos sociais não se resumem ao rol do art. 6º da Constituição Federal. Isso porque, em sendo considerados como direitos fundamentais, sofrem a incidência do § 2º do art. 5º da CF, que dispõe que os direitos expressamente positivados não excluem outros decorrentes do regime constitucional e dos princípios por ele adotados, bem como dos tratados internacionais que o Brasil seja signatário. Ressalta-se, portanto, que, sob o conceito genérico de “direitos sociais”, a Constituição Federal abrange uma gama extensa e variada de direitos fundamentais que, a partir de uma perspectiva ampla que integra o Título II com as demais partes do texto constitucional, correspondem aos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais (SARLET, 2018, p. 617-618).

A positivação de um direito fundamental – no sentido de direito positivo a nível constitucional – é considerada apenas um lado dos direitos fundamentais, isto é, seu lado real ou fático. Para além deste aspecto, também possuem uma dimensão ideal, a qual desempenha um papel decisivo na interpretação dos direitos fundamentais (ALEXY, 2015, p. 168). A ideia de dignidade humana está intimamente ligada com o conceito de direitos humanos, uma vez que a dignidade humana implica direitos humanos.

A partir do olhar da previsão expressa no texto constitucional, os direitos sociais foram efetivamente positivados como direitos fundamentais. No entanto, não se pode deixar de mencionar que a doutrina e a jurisprudência registram certa divergência acerca da fundamentalidade dos direitos sociais. Em verdade, tal discordância pode ser detectada em diversos sistemas constitucionais ao redor do mundo.

Robert Alexy (2017, p. 499-500) destaca que a diferenciação entre os direitos a prestações expressamente garantidos pelo texto constitucional e os direitos a prestações atribuídos por meio de interpretação é de extrema relevância. Nesse sentido, do ponto de vista teórico-estrutural, os direitos sociais podem ser diferenciados com base em três critérios, o que resulta em oito normas de estrutura significativamente diversa, quais sejam: (1) normas vinculantes que outorgam direitos subjetivos definitivos; (2) normas vinculantes que outorgam direitos subjetivos *prima facie*; (3) normas vinculantes que outorgam direitos objetivos definitivos; (4) normas vinculantes que outorgam direitos objetivos *prima facie*; (5) normas não-vinculantes que outorgam direitos subjetivos definitivos; (6) normas não-vinculantes que outorgam direitos subjetivos *prima facie*; (7) normas não-vinculantes que outorgam direitos objetivos definitivos; e (8) normas não-vinculantes que outorgam direitos objetivos *prima facie*.

A partir deste cenário, quando os direitos sociais operam como direitos subjetivos, tornam-se exigíveis, ou seja, o titular pode exigir seu direito em face do seu destinatário. Diante da dificuldade e das objeções que este entendimento desencadeia, no Brasil é possível constatar uma forte tendência, tanto jurisprudencial, quanto doutrinária, no sentido do reconhecimento de “um direito subjetivo definitivo (portanto, gerador de

uma obrigação de prestação por parte do destinatário) pelo menos no plano do mínimo existencial, concebido como garantia (fundamental) das condições materiais mínimas para uma vida com dignidade” (SARLET, 2018, p. 618).

Em sua perspectiva objetiva, as normas de direitos sociais refletem a estreita ligação desses direitos com o sistema de fins e valores constitucionais que devem ser respeitados e concretizados por toda a sociedade. Nessa esfera, portanto, em sendo consideradas normas de direitos fundamentais, as normas de direitos sociais possuem eficácia dirigente ou irradiante, decorrente da perspectiva objetiva, impondo ao Estado um dever de realização, permanente e constante, dos direitos sociais, bem como permitindo que as normas de direitos sociais operem “como parâmetro, tanto para a aplicação e interpretação do direito infraconstitucional, quanto para a criação e o desenvolvimento de instituições, organizações e procedimentos voltados à proteção e promoção dos direitos sociais” (SARLET, 2018, p. 619).

No que tange à eficácia e à efetividade dos direitos sociais, tem-se que, em princípio, na condição de direitos fundamentais, estão sujeitos ao que dispõe o § 1º do art. 5º da Constituição Federal e, por isso, possuem aplicabilidade imediata. No entanto, tal disposição não é capaz, por si só, de afastar diversas controvérsias que surgem no âmbito da doutrina e da jurisprudência.

Ingo Sarlet (2018, p. 626) defende que as normas definidoras de direitos sociais não podem ser reduzidas a normas programáticas, de eficácia diferida, sempre dependente da atuação complementar do legislador infraconstitucional. Para Daniel Sarmento (2012, p. 16), conceber os direitos sociais como meras normas programáticas faz com que eles sejam deixados “praticamente desprotegidos diante das omissões estatais, o que não se compatibiliza nem com o texto constitucional, que consagrou a aplicabilidade imediata de todos os direitos fundamentais (art. 5º, § 1º), nem com a importância destes direitos para a vida das pessoas”.

A questão da exigibilidade, entretanto, é especialmente sensível quando se trata destes direitos sociais e, mais especificamente, quando se trata de avaliar a medida possível e necessária de o Poder Judiciário impor ao Poder Público uma prestação diretamente fundada na Constituição, e, portanto, quando se trata de verificar a exigibilidade dos direitos sociais na condição de direitos originários a prestação, ou seja, “de uma prestação não previamente assegurada por lei infraconstitucional e/ou já disponibilizada no sistema de bens e serviços por força de políticas públicas já existentes” (SARLET, 2018, p. 626).

O ponto que certamente é considerado o mais polêmico no que tange à exigibilidade dos direitos sociais relaciona-se com a ideia de reserva do possível que, originária da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão (*Bundesverfassungsgericht*), foi pela primeira vez invocada na chamada decisão *Numerus Clausus* (BVerfGE 33, 303), em 1972, em que se discutiu o direito de acesso ao ensino superior e a limitação do número de vagas nas universidades públicas alemãs. Naquela decisão, o TCFA sustentou que, não obstante o reconhecimento da existência do direito de acesso ao ensino superior, a pretensão dos estudantes não se mostrava razoável perante a sociedade, ou seja, o cidadão só poderia exigir do Estado e, por consequência, da sociedade, aquilo que razoavelmente se pudesse esperar.

Conforme Ingo Sarlet (2018, p. 629), a chamada limitação/objeção da reserva do possível engloba tanto aspectos fáticos, quanto aspectos jurídicos. A escassez de recursos, em um primeiro momento, assume relevo em sua dimensão fática, uma vez que é efetivamente vinculada ao problema da falta de recursos econômicos e, ainda, de outros recursos, como técnico e humano. Por outro lado, a dimensão jurídica da reserva do possível envolve aspectos jurídico-constitucionais, pois exige que o destinatário das normas de direitos sociais tenha a capacidade jurídica e a competência, sem os quais de nada adiantam os recursos financeiros existentes.

Diante de suas características fáticas e jurídicas, a reserva do possível assume papel de destaque no contexto dos direitos sociais, uma vez que seu caráter essencialmente e majoritariamente prestacional pressupõe a existência de recursos estatais para a sua efetivação (KELBERT, 2009, p. 8). No entanto, necessário ressaltar que, apesar de sua conhecida face relacionada à ausência de recursos, a reserva do possível no âmbito dos direitos sociais possui três dimensões distintas: (a) disponibilidade fática de recursos para a efetivação dos direitos sociais; (b) disponibilidade jurídica de recursos humanos e materiais; e (c) problema da proporcionalidade da prestação, especialmente quanto à exigibilidade e razoabilidade (SARLET, 2018, p. 629).

No cenário brasileiro, os primeiros anos após a promulgação da Constituição Federal de 1988 foram de incerteza acerca da justiciabilidade das normas constitucionais – se estabeleciam direitos a prestações positivas ou se eram meras normas programáticas. Após aproximadamente uma década, o Supremo Tribunal Federal encerrou a dúvida ao proferir uma série de decisões, especialmente envolvendo os direitos sociais e econômicos (KLATT, 2015, p. 218).

Atualmente, no Brasil é majoritário o entendimento – tanto a nível doutrinário, quanto a nível jurisprudencial – de que a interpretação da Constituição deve ser realizada no sentido da exigibilidade dos direitos fundamentais a prestações positivas. Isso equivale ao fato de que a tutela constitucionalmente garantida dos direitos sociais como direitos fundamentais tem sido importante para a manutenção da atenção para com as políticas públicas, bem como para atuar como relevante instrumento para, diante da insuficiência ou mesmo ausência das políticas públicas, “propiciar o assim designado empoderamento do cidadão individual e coletivamente considerado para uma ação concreta, ainda que nem sempre idealmente efetiva e muitas vezes mais simbólica” (SARLET, 2008, p. 36).

Robert Alexy (2017, p. 511) propõe que, diante das divergências relacionadas aos direitos a prestações positivas, deve ser adotado um modelo que leve em consideração tanto os argumentos favoráveis, quanto os argumentos contrários. Uma resposta detalhada deve ser proferida diante de cada um dos direitos sociais, mas ainda assim é possível propor um modelo geral. Essa resposta geral dispõe que uma posição no âmbito dos direitos a prestações deve ser vista como definitivamente garantida “se o princípio da liberdade fática a exigir de forma premente”, e se os princípios democrático e da separação de poderes, assim como os princípios materiais colidentes, “forem afetados em uma medida relativamente pequena pela garantia constitucional da posição prestacional e pelas decisões do tribunal constitucional que a levarem em consideração” (ALEXY, 2017, p. 512).

Trata-se de um modelo baseado em ponderação, sendo que é característico deste modelo que “aquilo que é devido *prima facie* seja mais amplo que aquilo que é devido definitivamente” (ALEXY, 2017, p. 514). Em sendo assim, a natureza de um direito *prima facie* vinculante significa que a cláusula de restrição desse direito não pode levar ao esvaziamento do direito, ou seja, “essa cláusula expressa simplesmente a necessidade de sopesamento desse direito” (ALEXY, 2017, p. 515). De acordo com o modelo proposto, portanto, o indivíduo passa a ter um direito definitivo à prestação quando o princípio da liberdade fática tem um peso maior do que os princípios colidentes (tanto formais, quanto materiais) considerados de maneira conjunta.

### 3. OS PROBLEMAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS A PRESTAÇÕES MATERIAIS

Um dos principais fatores que atrai a atenção, tanto dos constitucionalistas, quanto do âmbito político, para a direção dos direitos a prestações positivas, está nos problemas que decorrem desses direitos. Esses variados e sérios problemas podem ser divididos em quatro categorias: problema da justificação, problema do conteúdo, problema da estrutura e problema da competência.

O problema da justificação relaciona-se com questões políticas, ou seja, “se” e “em que medida” os direitos a prestações positivas podem ser incluídos em um catálogo de direitos. Nesse sentido, o problema da justificação engloba questões de interpretação do texto constitucional – se ela contempla, ou não, direitos a prestações positivas – e, por isso, o problema pode ser resolvido “tanto a partir de uma referência expressa às palavras de uma norma constitucional, quanto por uma interpretação judicial criativa e extensiva” (KLATT, 2015, p. 218).

Ainda quando a problemática da justificação é solucionada de maneira afirmativa, é possível que surjam divergências acerca do conteúdo, ou seja, da exata extensão das obrigações positivas do Estado, além dos meios que devem ser empregados para efetivar estas obrigações.

O problema da estrutura é especificamente relevante nos direitos de *status* positivo, se comparados com os direitos de *status* negativo, uma vez que os dois grupos de direitos possuem estruturas internas distintas. Os direitos negativos possuem estrutura conjuntiva e, por isso, a judicialização destes direitos é menos problemática, pois “presupõe uma dada situação em que uma medida estatal (entendida em sentido amplo) já existe, ou seja, a conduta estatal devida é condicionada pela existência de uma ação estatal prévia” (OLIVEIRA, 2013, p. 107). Quando a estrutura estatal for considerada constitucional, deve ser mantida; em sendo considerada inconstitucional – por exemplo, na hipótese de violar um direito constitucional – deve ser cessada, a partir da existência de um oposto definido.

A estrutura dos direitos de *status* positivo, por sua vez, pode ser resumida pela ideia de alternatividade, pois são representados por uma estrutura disjuntiva ou alternativa. A judicialização deste grupo de direitos é mais problemática, uma vez que, diante da omissão estatal, não existe uma ação específica definida para realizar o direito, mas sim várias alternativas possíveis. Esta ideia de alternatividade significa que podem existir diversas medidas igualmente eficazes, sem que haja uma prévia definição de qual deve ser adotada no caso concreto.

Finalmente, o problema da competência é considerado o aspecto mais sensível da justiciabilidade dos direitos a prestações positivas. Necessário ressaltar que, acompanhado do problema da competência, surge também o problema da justiciabilidade dos destes direitos, uma vez que ambos os problemas se relacionam com o papel adequado do Poder Judiciário na tarefa de efetivar os direitos a prestações positivas.

Além de fatores que originariamente são externos ao âmbito do Poder Judiciário, tem-se que todo magistrado, no exercício da jurisdição, assume o dever de guarda do texto constitucional. Ademais, é o poder discricionário do juiz que torna possível a execução das funções de adjudicação, uma vez que a legislação é dotada de indeterminações e outras incertezas (SWEET; MATHEWS, 2008, p. 84-85). Nesse contexto, entretanto, autorizar que o Judiciário profira decisões definitivas a respeito da interpretação dos direitos humanos como um todo, inevitavelmente importa na permissão para que sejam elaborados “polêmicos juízos de valor” (KLATT, 2015, p. 222).

Jeremy Waldron (2006, p. 1346), ferrenho combatente da *judicial review*, sustenta que esses moldes de atuação do Poder Judiciário são contrários ao princípio e ao ideal democrático de que as decisões importantes não devem ser tomadas por juízes que não foram eleitos e que não se submetem ao controle externo de suas decisões, mas sim devem ser tomadas pelo povo, através de seus representantes eleitos.

Essa problemática tem se desenvolvido especificamente porque, ao longo dos últimos 50 anos, cada vez mais os juízes têm recebido a incumbência – e, conseqüentemente, o poder – de controlar o modo pelo qual os Poderes Legislativo e Executivo exercem a sua autoridade coercitiva. O Poder Judiciário passou a “determinar se os políticos e demais autoridades ultrapassaram o limite”, ou seja, espera-se dos juízes as respostas e as soluções para os mais variados, polêmicos e controversos dilemas morais e políticos (BEATTY, 2014, p. 2-3).

Diante desse contexto, o problema da competência, no âmbito dos direitos a prestações positivas, ocupa papel de destaque nos mais variados sistemas constitucionais do mundo, inclusive porque decorre de razões práticas e razões teóricas. A razão prática pode ser resumida pelo significativo aumento da justiciabilidade dos direitos a prestações positivas, ou seja, os titulares dos direitos ajuízam ações, e os Tribunais são chamados a decidir. Em um contexto internacional, o Brasil é tido como um exemplo impactante deste cenário, a saber: pesquisas empíricas têm demonstrado taxas que surpreendentemente variam entre 500% e 1400% – entre os anos de 2006 a 2009 em comparação com o ano de 2002 – relativamente aos processos sobre direito à saúde, mais especificamente sobre o fornecimento gratuito de medicamentos e a tratamentos médicos de forma geral (KLATT, 2015, p. 223).

As razões teóricas, por sua vez, decorrem da contrariedade ao reconhecimento da exigibilidade dos direitos a prestações positivas, a partir de duas variáveis: limites da *expertise* e legitimidade do Poder Judiciário. A variável da *expertise* dispõe que, de uma forma geral, o Poder Judiciário não possui aptidão para tratar de questões de alto impacto político que são, conseqüentemente, complexas. A variável da legitimidade, em contrapartida, sustenta que os Tribunais não têm competência e legitimidade para a adjudicação de direitos sociais e econômicos (YOUNG, 2010, p. 3), inclusive porque a atribuição de competência ao Poder Judiciário para controlar os atos do Poder

Legislativo, com fundamento em uma interferência em direitos a prestações positivas, viola o princípio da separação dos poderes (KLATT, 2015, p. 224).

Diante de todas as vertentes e da extensão da problemática da competência com relação aos direitos a prestações positivas, variadas respostas são oferecidas nos variados sistemas constitucionais ao redor do mundo. Algumas respostas mais extremas podem ser percebidas, de um lado, na Irlanda, que proíbe expressamente a justiciabilidade dos direitos a prestações positivas e, de outro lado, no Brasil, que permite uma intensa atividade de controle especificamente nesse grupo de direitos – com destaque para os direitos relacionados à assistência à saúde. Existem, também, as respostas mais moderadas, como, por exemplo, na África do Sul – que adota o controle de razoabilidade – e no Canadá – que propõe uma interação dialógica entre Tribunais e Legislativo (KLATT, 2015, p. 227).

Matthias Klatt (2015, p. 229-230) defende o desenvolvimento de um modelo flexível de atuação do Poder Judiciário no controle da eficácia e da efetividade dos direitos a prestações positivas, a partir de uma ideia de ponderação de competências. Para tal, dispõe acerca dos problemas de muito e pouco controle, seguido da análise da distinção entre diferentes graus de deferência ao Poder Legislativo, chegando a um estudo de conflito de competências.

O problema da usurpação judicial decorre exatamente do excesso de controle do Poder Judiciário em face do Poder Legislativo, pois ocorre quando o Tribunal interpreta e aplica os direitos de uma forma que acaba por assumir o controle do sistema político. Nesse cenário, os direitos a prestações positivas “são protegidos com altos custos para o princípio da democracia” (KLATT, 2015, p. 231). Em oposição à usurpação, está o problema da abdicação judicial, que corresponde à insuficiência de controle, quando o Poder Judiciário se abstém de proteger os direitos.

No que tange aos graus de deferência do Poder Judiciário em face do Poder Legislativo, tem-se que, quanto maior for o grau desta deferência, menor será a intensidade de controle, ao passo que, quanto menor for o grau de deferência, maior será a intensidade de controle. Tem-se, portanto, que o controle do Poder Judiciário poderá ser de intensidade leve, moderada e séria com relação à atuação do Poder Legislativo. Matthias Klatt (2015, p. 234) ressalta que, em qualquer que seja a ordem constitucional, a escolha dos graus de deferência não deve ser realizada em abstrato e de maneira definitiva, isto é, a definição dos graus deve ser uma escolha de cada caso particular, a partir das circunstâncias de fato e de direito.

A ideia de um conflito de competências – entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo – surge a partir da reconstrução do problema institucional do controle judicial (KLATT, 2015, p. 235). Na concepção de Robert Alexy (2017, p. 105), os princípios formais servem de base para a aplicação das normas, sem, em um primeiro momento, considerar o conteúdo destas normas; e é por isso que também são chamados de princípios procedimentais. Para exemplificar, Alexy (2017, p. 138) dispõe que um princípio formal é “o princípio que sustenta que as decisões relevantes para a sociedade devem ser tomadas pelo legislador democrático”.

Os princípios – não importando seu caráter material/substancial ou formal/procedimental – são mandamentos de otimização que podem ser satisfeitos em graus

variados, uma vez que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível diante das possibilidades fáticas e jurídicas existentes (ALEXY, 2017, p. 90). Tomando por base a teoria dos princípios consagrada por Robert Alexy, Matthias Klatt (2015, p. 236) expõe que esta abordagem muito bem se harmoniza com o problema do controle judicial, na medida em que “as Constituições modernas visam proteger a competência de Parlamentos democraticamente eleitos, mas também se empenham na proteção de direitos por meio de um controle de competências exercido pelos Tribunais”.

Uma vez que ambas as competências são princípios constitucionais (formais), ambas devem ser realizadas na maior medida possível, pois trata-se de uma questão de grau. Nesse sentido, no momento em que se tem um conflito entre princípios, a solução deixa de ser uma questão de simples interpretação das normas de competências, e passa a figurar no âmbito do procedimento de ponderação. Assim, “levar as competências colidentes à arena da ponderação permite conciliar a obrigação de transformar direitos positivos em realidade concreta, sem desprezar a autoridade do Legislativo e do Executivo” (KLATT, 2015, p. 237).

Conforme Robert Alexy (2017, p. 116-117), existe uma estreita conexão entre a teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade, pois a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade, e a máxima da proporcionalidade implica a natureza dos princípios. Enquanto os princípios são mandamentos de otimização em face das possibilidades fáticas e jurídicas, o teste da proporcionalidade, que se subdivide nos testes da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (ponderação), tem os dois primeiros subtestes (adequação e necessidade) decorrentes das possibilidades fáticas, e o subteste da ponderação decorrente das possibilidades jurídicas.

A lei da ponderação de Robert Alexy dispõe que “quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro” (2017, p. 167). Na construção de seu raciocínio, Matthias Klatt (2015, p. 240) sustenta que, em que pese a lei da ponderação tenha sido idealizada por Alexy para atender à ponderação dos princípios materiais, também é aplicável à ponderação de princípios formais, ou seja, às competências. Diante desta constatação, a ponderação das competências divide-se em três etapas: a) estabelecer o grau de não satisfação da primeira competência; b) estabelecer a importância de satisfazer a competência concorrente; e c) estabelecer se a importância de satisfazer a última competência justifica a não satisfação da primeira.

Para que seja possível cumprir as etapas propostas, necessário se faz que sejam atribuídos pesos às competências. Para Matthias Klatt (2015, p. 242), existem quatro fatores que, apesar de não serem excludentes, podem ser considerados suficientes para demonstrar o funcionamento do processo de justificação externa. Os quatro fatores resumem-se ao seguinte: qualidade da decisão, segurança epistêmica das premissas argumentativas usadas para decidir, legitimidade democrática e princípios materiais. Ademais, além do fato de que estes fatores não são excludentes e, por isso, podem ser complementados por outros fatores, é de extrema importância a compreensão de que nenhum desses fatores é suficiente *per se*, ou seja, “todos têm de ser considerados para que o peso das competências colidentes seja apropriadamente determinado” (KLATT, 2015, p. 252).

Os problemas que decorrem dos direitos a prestações positivas podem ser considerados o principal fator a embasar as objeções que são elaboradas contra o reconhecimento dos direitos a prestações positivas como direitos constitucionais subjetivos. A problemática do controle judicial, uma vez reconstruída como colisão entre competências – que são princípios formais – afasta a ideia de “uma ou outra”, e torna-se passível de resolução do conflito a partir da ponderação. Para tal, os graus de deferência ao Poder Legislativo, bem como os graus de intensidade de controle do Poder Judiciário devem ser definidos diante do caso concreto, a partir das circunstâncias de fato e de direito.

#### 4. A APLICAÇÃO DO TESTE DA PROPORCIONALIDADE

A definição de princípios como mandamentos de otimização leva, de imediato, a uma conexão necessária entre princípios e proporcionalidade (ALEXY, 2014, p. 52). O teste da proporcionalidade, acompanhado de seus três testes parciais da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito (ponderação), resulta, a partir de um raciocínio lógico, da definição de princípios.

Os princípios, uma vez que são mandamentos de otimização, exigem uma realização tão ampla quanto possível com relação às possibilidades fáticas e jurídicas. Nesse sentido, do contexto do teste da proporcionalidade, tem-se que os princípios parciais da adequação e da necessidade expressam mandamentos de otimização com relação às possibilidades fáticas, enquanto o princípio parcial da proporcionalidade em sentido estrito expressa uma otimização relativamente às possibilidades jurídicas (ALEXY, 2007, p. 132).

Os direitos fundamentais a prestações positivas, como mandamentos de otimização, carecem do procedimento do teste da proporcionalidade, tanto no que diz com o princípio material – direito a prestação propriamente dito – quanto no que diz com o princípio formal – competências. Robert Alexy (2015, p. 174-175) sustenta que é possível um modelo de relação entre os princípios materiais e os princípios formais, o que pode ser designado como um “modelo de combinação”. De acordo com este modelo, é possível haver uma combinação entre os pesos dos princípios materiais e os pesos dos princípios formais, através de um acréscimo do peso do princípio formal ao do princípio material.

Neste ponto do estudo, entretanto, a análise será dedicada ao âmbito dos direitos a prestações positivas, ou seja, dos princípios materiais.

O teste da adequação é responsável por verificar se a medida adotada tem um objetivo constitucionalmente legítimo e um pressuposto constitucional que a justifique, ou seja, “indaga se a medida, que configura uma interação em um direito fundamental, promove o fim de realizar o outro direito fundamental ou bem jurídico coletivo protegido constitucionalmente” (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 241). Portanto, se a medida de intervenção em um direito fundamental promover a realização de outro direito fundamental, ela estará justificada; em contrapartida, se a medida de intervenção não promover a realização de outro direito fundamental, ela não estará justificada.

O teste da necessidade, por sua vez, é responsável por verificar se foram avaliadas todas as medidas possíveis, e a medida escolhida foi a mais benéfica possível. Isso

significa que, diante de duas ou mais medidas adequadas a promover a realização de um direito fundamental, deve haver uma opção pela medida que com menor intensidade intervém no outro direito fundamental. Nesse sentido, ao passo que no exame da adequação “a questão é de verificação da relação de causalidade empírica entre a medida e o fim a ser promovido, o exame da necessidade é uma questão de comparação entre a medida escolhida ou a ser escolhida e outras medidas alternativas” (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 245).

O teste da proporcionalidade em sentido estrito é formulado através da lei da ponderação que dispõe que “quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro” (ALEXY, 2017, p. 167).

No âmbito dos direitos fundamentais sociais, o ponto central do modelo é “a discussão sobre quais os direitos fundamentais sociais a que o indivíduo faz jus definitivamente” (ALEXY, 2015, p. 173). Nesse sentido, “quando uma norma de direito fundamental com caráter de princípio colide com um princípio antagônico, a possibilidade jurídica para a realização dessa norma depende do princípio antagônico” (ALEXY, 2017, p. 117), ou seja, de maneira mais clara e resumida, “as possibilidades jurídicas são determinadas essencialmente por princípios em sentido contrário” (ALEXY, 2007, p. 156). Por isso, diante de um conflito entre dois princípios, torna-se necessário ponderar.

No contexto da ponderação, deve-se atentar para o fato de que “os princípios da divisão dos poderes e o da disponibilidade orçamentária não detêm primazia ou precedência absoluta sobre todos os outros princípios constitucionais, notadamente sobre as normas de direitos fundamentais” (GAVIÃO FILHO, 2019, p. 8). O resultado da ponderação faz com que fique estabelecida uma relação de precedência condicionada entre os direitos fundamentais. Esta precedência, no entanto, deve ser verificada à luz das circunstâncias do caso concreto, inclusive porque não existem direitos absolutos e, em abstrato, todos os princípios constitucionais estão no mesmo nível.

Quando se pensa em direitos fundamentais sociais, na grande maioria das vezes o olhar é, rapidamente, remetido aos direitos fundamentais relacionados à assistência à saúde – por exemplo, fornecimento de medicamentos e realização de procedimentos médicos. No Brasil, esse pensamento é justificado diante do cada vez mais crescente número de processos ajuizados por indivíduos – titulares do direito fundamental – em face da União, dos Estados e dos Municípios, cenário este que, inclusive, ficou conhecido como “judicialização da saúde”. A judicialização dos direitos fundamentais sociais, por sua vez, “identifica-se com a implementação de políticas públicas e, com isso, à judicialização da política” (GAVIÃO FILHO, 2019, p. 3).

O Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 745.745/MG, julgado pelo Supremo Tribunal Federal em 2014, é apenas um, dentre os milhares de processos relativos ao direito à saúde, que bem é capaz de representar a judicialização da saúde. No caso em apreço, a Suprema Corte identificou a necessidade de um controle judicial diante de uma omissão inconstitucional, representada por um desrespeito à Constituição provocado por inércia estatal.

No julgamento do caso, o Ministro Celso de Mello destacou a necessidade de que fosse observado se seria possível que o Poder Judiciário determinasse medidas ou

providências destinadas a assegurar concretamente o acesso e o gozo de direitos, sem que incorresse em ofensa ao postulado da separação de poderes. Nesse sentido, ressaltou que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário, a atribuição de formular e de implementar políticas públicas.

Apesar de tais considerações, ressaltou que, “se” e/ou “quando” os órgãos estatais descumprirem seus encargos político-jurídicos, comprometendo, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos de estrutura constitucional, é possível que, excepcionalmente, o Poder Judiciário assumira a incumbência de implementar políticas fundadas na Constituição. Esse foi o que ocorreu no julgamento do caso concreto em questão.

Ao longo de seu voto, o Ministro Celso de Mello referiu que, uma vez justificada pela ocorrência de arbitrária recusa governamental, a intervenção jurisdicional torna-se plenamente legítima “sempre que se impuser, nesse processo de ponderação de interesses e de valores em conflito, a necessidade de fazer prevalecer a decisão política fundamental que o legislador constituinte adotou em tema de respeito e de proteção ao direito à saúde” (BRASIL, STF, 2014, p. 5-6).

Do que foi sucintamente extraído da decisão, é possível perceber que o caso em apreço segue um certo padrão de entendimento do Supremo Tribunal Federal quando se trata do direito fundamental à saúde, tanto com relação às decisões anteriores, quanto no que tange às decisões que a sucederam. Este cenário é confirmado em um estudo que foi apresentado no *Health and Human Rights Journal* (2012, p. 36), elaborado a partir do contexto da judicialização da saúde no Brasil. Na análise elaborada pelos estudiosos, em 95% dos casos avaliados os Tribunais estaduais decidiram de forma favorável ao demandante, ou seja, no sentido de conceder o tratamento médico solicitado, sendo que esta situação tem a tendência de ser confirmada pela Suprema Corte.

Os direitos fundamentais sociais, em grande medida, são financeiramente significativos. Por isso, todos os direitos sociais, e especificamente o direito fundamental à saúde, possuem uma determinada dimensão formal, mas as “possibilidades financeiras fáticas não desempenhariam qualquer papel, se fossem consideradas tão somente como princípios formais” (ALEXY, 2015, p. 175-176). É por isso que, em que pese sua certa dimensão formal, a dimensão predominante é a substantiva.

Ademais, deve-se levar em consideração que, em qualquer caso de “empate”, “deve prevalecer o decidido pela administração estatal, o que significa a inexigibilidade judicial”, isto é, em havendo “empate”, trata-se de um caso em que “não se tem configurada uma precedência de um princípio sobre outro e, portanto, não pode ser justificada a exigibilidade judicial da prestação material deduzida” (GAVIÃO FILHO, 2019, p. 9).

O constitucionalismo brasileiro, com a Constituição Federal de 1988, alcançou uma significativa vitória ao, após os primeiros anos de incertezas, consolidar a justiciabilidade dos direitos a prestações positivas. Daniel Sarmiento (2012, p. 38) sustenta, entretanto, que é chegada a hora de racionalizar este processo, o que deve ocorrer a partir de dois pontos principais: superação da *euforia judicialista* que tomou conta dos meios jurídicos nacionais, a partir do reconhecimento de que, apesar da função relevante que exerce, o Poder Judiciário “não é, nem tem como ser, por suas limitações institucionais,

o grande protagonista no cenário de afirmação dos direitos sociais, que dependem muito mais das políticas públicas formuladas e implementadas pelo Legislativo e Executivo e da mobilização da sociedade civil"; e necessidade de que sejam traçados parâmetros ético-jurídicos para a intervenção judicial no âmbito dos direitos sociais.

## CONCLUSÃO

Os direitos fundamentais a prestações positivas ocupam papel de destaque no ordenamento jurídico brasileiro. Apesar de algumas posições divergentes, tanto as vertentes doutrinárias, quanto as vertentes jurisprudenciais, em sua maioria, têm consolidado a ideia de que os direitos a prestações positivas são judicialmente exigíveis para que sejam protegidos nos casos de intervenções ou omissões ilegítimas.

De uma maneira geral, o desafio está na realização de um direito fundamental social em face das limitações decorrentes da reserva do possível, bem como na atuação do Poder Judiciário como instância de controle em face do Poder Legislativo e do Poder Executivo como instâncias democráticas. O Supremo Tribunal Federal, na condição de instância máxima de proteção e guarda da Constituição, diante da insuficiente e, inclusive, muitas vezes ausente promoção de políticas públicas pelos órgãos competentes, tem assumido a função excepcional de assegurar a realização destas políticas.

Diante desse cenário, um dos principais desafios encontra-se na efetiva promoção das políticas públicas para a realização dos direitos fundamentais por parte das instâncias democráticas, bem como no combate da atuação do Poder Judiciário em uma medida que extrapole sua competência, com conseqüente usurpação das competências democráticas.

Sabe-se que os princípios são mandamentos de otimização, exigíveis *prima facie*, devendo ser realizados de forma tão ampla quanto possível, diante das possibilidades fáticas e jurídicas. Nesse sentido, os direitos propriamente ditos representam princípios materiais, enquanto as competências representam princípios formais. Em se tratando de princípios, tanto a colisão entre direitos, quanto a colisão entre competências, devem ser resolvidos a partir da análise da proporcionalidade, diante das circunstâncias de fato e de direito do caso concreto.

O teste da proporcionalidade dispõe que os princípios parciais da adequação e da necessidade expressam mandamentos de otimização no que tange às possibilidades fáticas, ao passo que o princípio parcial da proporcionalidade em sentido estrito (ponderação) expressa mandamentos de otimização com relação às possibilidades jurídicas.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Constitutional Rights and Proportionality. In **Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law**, 2014, p. 51-65.

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais Sociais e Proporcionalidade. In ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luiz Neri. **Dignidade Humana, Direitos Sociais e Não-Positivismo Inclusivo**. Florianópolis: Qualis Editora, 2015, p. 165-178.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2 ed., 5ª tiragem. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2017.

BARAK, Aharon. **Proportionality: Constitutional rights and their limitations**. Tradução de Doron Kalir. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

BEATTY, David M. **A Essência do Estado de Direito**. Tradução de Ana Aguiar Cotrim e Lenita Ananias do Nascimento. São Paulo: WMF Martins Fontes Ltda., 2014.

BIEHL, João; AMON, Joseph J.; SOCAL, Mariana P.; PETRYNA, Adriana. Between the Court and the Clinic: lawsuits for medicines and the right to health in Brazil. In **Health and Human Rights Journal**, v. 14, nº 1, 2012, p. 36-52.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 745.745/MG**. Relator Ministro Celso de Mello. Segunda Turma. Julgado em 02/12/2014. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=290205659&ext=.pdf>>. Acesso em 7 jul. 2020.

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. A Teoria do Status de Georg Jellinek como Estrutura para o Sistema de Posições Fundamentais Jurídicas. **Revista da Faculdade de Direito da FMP**, v. 01, p. 35-72, 2007.

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. **Colisão de Direitos Fundamentais, Argumentação e Ponderação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. O Direito Fundamental ao Ambiente como Direito a Prestações em Sentido Amplo. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul**, v. 56, p. 139-160, 2005.

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. Políticas Públicas e a Judicialização do Direito Fundamental à Saúde. In: Humberto Nogueira Alcalá; Gonzalo Aguilar Cavallo. (Org.). **Derechos sociales, grupos vulnerables y procesos políticos latinoamericanos**. 1 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, v. 1, p. 69-80.

JELLINEK, Georg. **Sistema dei Diritti Pubblici Subbiettivi**. Trad. Gaetano Vitagliano. Milano: Società Editrice Libreria, 1912.

KELBERT, Fabiana Okchstein. Reserva do Possível e a Efetividade dos Direitos Sociais no Direito Brasileiro. **Dissertação de Mestrado**. Porto Alegre: Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2009.

KLATT, Matthias. Direitos a Prestações Positivas: Quem deve decidir? Controle judicial ponderado. In ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luiz Neri. **Dignidade Humana, Direitos Sociais e Não-Positivismo Inclusivo**. Florianópolis: Qualis Editora, 2015, p. 215-266.

OLIVEIRA, Flávio Beicker de. Controle da Omissão Estatal em Direitos Fundamentais: conteúdo, estrutura e o problema da justiciabilidade dos deveres de proteção. **Dissertação de Mestrado**. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2013. Disponível em: <[https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-09012014-135648/publico/Flavio\\_Beicker\\_Mestrado\\_Dissertacao\\_Deveres\\_Protecao.pdf](https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-09012014-135648/publico/Flavio_Beicker_Mestrado_Dissertacao_Deveres_Protecao.pdf)>. Acesso em 6 jul. 2020.

SARMENTO, Daniel. **A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns parâmetros ético-jurídicos**. 2012. Disponível em: <<http://files.camolinaro.net/200000426-33a4135980/A-Protecao-o-Judicial-dos-Direitos-Sociais.pdf>>. Acesso em 6 jul. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: Contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988**. 2008. Disponível em: <[http://files.camolinaro.webnode.com/200000489-354bd373fb/Os%20Direitos%20Sociais%20como%20Direitos%20Fundamentais\\_1988\\_Ingo\\_Sarlet.pdf](http://files.camolinaro.webnode.com/200000489-354bd373fb/Os%20Direitos%20Sociais%20como%20Direitos%20Fundamentais_1988_Ingo_Sarlet.pdf)>. Acesso em 7 jul. 2020.

SWEET, Alec Stone; MATHEWS, Jud. Proportionality Balancing and Global Constitutionalism. In: **Columbia Journal of Transnational Law**, v. 47. Nova York: Columbia University Press, 2008, p. 73-165.

WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review. In **The Yale Law Journal**, 2006, p. 1346-1406.

YOUNG, Katharine. A Typology of Economic and Social Rights Adjudication: Exploring the Catalytic Function of Judicial Review. In **Boston College Law School**, 2010.





## DEMOCRACIA DE CONSENSO E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: ALGUNS EFEITOS DE DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA O PRESIDENCIALISMO DE COALIZÃO

*Henrique Smidt Simon<sup>1</sup>*

### RESUMO

O presente estudo se insere no âmbito da Teoria da Constituição e da Ciência política, na mediação que é feita entre os dois campos pela Jurisdição Constitucional. Tem por objetivo geral indicar que é preciso estar atento para os efeitos políticos das decisões do Supremo Tribunal Federal que procuram corrigir a política institucional brasileira, na sua crítica ao presidencialismo de coalizão, pois podem contribuir para o aumento da disfuncionalidade da nossa democracia. Como objetivos específicos, pretende-se: a) caracterizar o conceito de “democracia de consenso” e sua relação com o equilíbrio institucional; b) especificar a função das cortes constitucionais na manutenção da democracia de consenso; c) indicar como decisões do STF que buscam moralizar a política podem surtir o efeito contrário, desequilibrando a concorrência aos cargos políticos e violando direitos fundamentais. Para atingir os objetivos elencados, o estudo apresenta caráter exploratório, levantando indícios que, conjugados, dão robustez à hipótese de que o STF pode ser um agente de piora da qualidade da democracia brasileira e suas tentativas de melhorar a prática política, numa leitura equivocada do presidencialismo de coalizão, não surtem efeitos, gerando, ainda, prejuízos para os direitos fundamentais. Opta-se por um levantamento qualitativo de acórdãos da Suprema Corte, cujo critério de seleção foi a indicação de casos conhecidos impactantes no cenário político nacional, contrapondo-se conteúdos discursivos dos ministros, tratamento dos direitos fundamentais e das técnicas hermenêuticas e efeitos no cenário político. Como reforço de indicadores da hipótese, são levantados comportamentos e falas de ministros da Corte que mostram inclinações políticas (não partidárias) e o intuito de participar da composição da governabilidade. Com base nesses elementos, conclui-se que o STF, sob o manto de tentar corrigir a política por meio de percepções moralizantes, tem sido mais um fator de desequilíbrio institucional, afastando-se do papel principal de protetor da estrutura de equilíbrio da democracia de consenso conforme o desenho previsto pela Constituição Federal de 1988.

---

<sup>1</sup>Doutorado em Direito pela Universidade de Brasília. Mestrado em Direito pela Universidade de Brasília. Atualmente é professor do Centro Universitário de Brasília. Revisor de periódico da Revista Jurídica da Presidência. Advogado da Martins Costa e Simon Advogados. Professor Substituto da Universidade de Brasília.

**PALAVRAS-CHAVE:** democracia de consenso; presidencialismo de coalizão; jurisdição constitucional; Supremo Tribunal Federal.

## THE NORMATIVE BEACON OF TRANSNATIONAL COMPANIES IN THE FACE OF MINERAL FERTILIZERS UNDER BRAZILIAN CONSTITUTIONAL ENVIRONMENTAL LAW

### ABSTRACT

The present study falls within the scope of Constitutional Theory and Political Science, in the mediation that is made between the two fields by the Constitutional Jurisdiction. Its general objective is to indicate that it is necessary to be aware of the political effects of the decisions of the Federal Supreme Court that seek to correct the Brazilian institutional policy, in its criticism of coalition presidentialism, as they can contribute to the increase in the dysfunctionality of our democracy. As specific objectives, it is intended to: a) characterize the concept of “consensus democracy” and its relationship with institutional balance; b) specify the role of constitutional courts in maintaining consensus democracy; c) indicate how STF decisions that seek to moralize politics can have the opposite effect, unbalancing competition for political positions and violating fundamental rights. In order to achieve the objectives listed, the study has an exploratory character, raising evidence that, together, give strength to the hypothesis that the STF can be an agent of worsening the quality of Brazilian democracy and its attempts to improve political practice, in a misreading of the coalition presidentialism, have no effect, generating further damage to fundamental rights. We opted for a qualitative survey of Supreme Court rulings, whose selection criterion was the indication of known cases that had an impact on the national political scenario, contrasting the discursive contents of the ministers, treatment of fundamental rights and hermeneutic techniques and effects on the political scenario. As a reinforcement of indicators of the hypothesis, behaviors and speeches of ministers of the Court are raised, which show political inclinations (non-partisan) and the intention to participate in the composition of governability. Based on these elements, it is concluded that the STF, under the cloak of trying to correct the policy through moralizing perceptions, has been another factor of institutional imbalance, moving away from the main role of protector of the equilibrium structure of the consensus democracy according to the design provided for by the Federal Constitution of 1988.

**KEYWORDS:** consensus democracy; coalition presidentialism; constitutional jurisdiction; Brazilian Supreme Court.

### INTRODUÇÃO

O período de Donald Trump ao poder e o *Brexit* (o debate no Reino Unido que levou, via plebiscito, à sua saída da União Europeia) dispararam o alerta sobre as capacidades dos sistemas constitucionais de manterem regimes democráticos. Esses exemplos são importantes, porque vêm de países sem precedentes ditatoriais (mesmo que nem sempre tenham tido democracias plenas ou de qualidade) e porque mostram que a desestabilização das estruturas democráticas não é fenômeno apenas de estados periféricos. Volta a ser essencial observar os comportamentos institucionais dos três poderes para pensar como as disfuncionalidades põem em risco a própria democracia.

Como a estrutura constitucional é a forma jurídica interna de cada estado, os sinais comuns de crises são alertas para a observação e crítica das condições particulares de cada democracia. Assim, as ideias gerais de tipos de democracia e os sistemas institucionais do constitucionalismo, bem como suas crises e fracassos, servem de guia para que observadores de estados democráticos possam avaliar a robustez de suas instituições e os riscos que correm.

Nessa linha, é importante considerar que os sistemas constitucionais tendem a criar condições específicas de realização de modelos gerais de equilíbrio político que permitem a efetivação da democracia, ajustadas à sua história e sociedade. No caso do Brasil, a Constituição Federal de 1988, em reação à ditadura civil-militar vivida no país entre 1964 e 1985, buscou moldar uma forma de estado democrático de direito com amplo rol de direitos fundamentais, forte pluralismo político e social e delicado equilíbrio institucional na distribuição das funções dos três poderes clássicos.

Tal relação institucional delicada, voltada para a realização de direitos fundamentais de todas as espécies, é basilar para a manutenção da democracia brasileira. A ordem institucional se assenta sobre um poder executivo forte (com várias competências, além de ampla representatividade populacional); legislativo bicameral, formado por eleições proporcionais (Câmara do Deputados) e majoritárias (Senado Federal) e com muitas funções específicas; judiciário com poderes de controle de constitucionalidade que culmina num tribunal constitucional de competências amplas e um sistema processual que permite grande quantidade de demandas. Além disso, o pluralismo social se reflete no pluralismo político, cuja prática e sistema eleitoral levaram à pulverização de representações partidárias. O resultado é o presidencialismo de coalizão, com contornos próprios, mas não necessariamente inusitado ou disfuncional (ainda que em certos momentos possa apresentar problemas graves).

A partir desse contexto e dessas premissas, o presente artigo objetiva indicar como decisões do Supremo Tribunal Federal, voltadas à correção de práticas políticas nacionais, acaba tendo efeito inverso, gerando desequilíbrios institucionais, crises e reações dos demais poderes. Para isso, busca-se descrever, a partir da análise institucional da Ciência Política, as bases da democracia de consenso (assumindo-se que esse é o nosso regime político). Então, há o intento de justificar o porquê de a função das cortes constitucionais ser a de manutenção do equilíbrio institucional, bem como as características que uma constituição confere ao sistema político para a realização do regime democrático. A partir desses resultados parciais, objetiva-se indicar como o STF tem utilizado argumentos de “moralização” (correção de comportamentos) para tentar aperfeiçoar a prática do presidencialismo de coalizão brasileiro, com isso gerando instabilidade institucional e restrição de direitos fundamentais.

O texto questiona se o Supremo Tribunal Federal tem cumprido seu papel de guardião do regime democrático nas condições estabelecidas pelo sistema constitucional. Também perguntar se, em casos críticos, as decisões e comportamentos dos ministros têm gerado efeitos positivos ou negativos para o equilíbrio do regime político brasileiro e para a prevalência dos direitos fundamentais.

O estudo se justifica porque, quando as instituições políticas escapam (e não são trazidas de volta a tempo) dos seus papéis de freios e contrapesos, a ordem democrática corre perigo, com tendências a soluções imediatistas e voluntaristas. Muito se tem falado no Brasil sobre os problemas do nosso presidencialismo de coalizão com foco nos comportamentos dos poderes Executivo e Legislativo. Porém, pouca atenção é dada ao papel do Supremo Tribunal Federal para o equilíbrio político institucional e como certas decisões suas demonstram alinhamento político que não lhe cabe e efeitos deletérios para a democracia brasileira, causando ou instigando o desgaste do modelo estabelecido pela Constituição. Em muitos casos isso acontece quando a corte pretende corrigir

os poderes políticos com base em argumentos ou posicionamentos baseados em moralismos, esquecendo-se de que também ela é órgão político.

Tal postura da Suprema Corte brasileira torna-a mais um fator de desequilíbrio na relação entre executivo e legislativo. Além do desgastado sistema de negociação política do nosso presidencialismo de coalizão e suas tensões inerentes, o STF, ao pretender corrigir decisões políticas com base em moralidade (ou moralismos), torna-se agente relevante no alinhamento e nas negociações para a decisão política, o que não lhe cabe.

Esse desequilíbrio pode ser visto nos efeitos das decisões, nas crises conjunturais que as seguem, nas reações do Poder Legislativo (principalmente naquelas que levam a mudanças casuísticas na Constituição, simplesmente para superar decisões do STF) e no enfraquecimento e imobilização do Poder Executivo (que, muitas vezes, após árdua negociação com o Legislativo, vê suas propostas impedidas pelo poder judiciário a partir de uma leitura moralizante do direito constitucional). Essa postura do tribunal constitucional brasileiro ainda pode gerar outro desvio, também de extremo perigo: a busca de alinhamento direto entre Executivo e Supremo Tribunal Federal para que a governabilidade possa escapar do controle democrático exercido pelo Poder Legislativo.

É preciso afastar o senso comum de que o presidencialismo de coalizão é sistema de governo de troca de favores pessoais e de que isso é algo típico brasileiro. Também é preciso restringir o discurso moralista de que o direito constitucional é fator de correção de desvios da nossa imoralidade política e de que a leitura correta da constituição pode corrigir mazelas institucionais do país. A restrição das intervenções “moralizantes” da corte constitucional e a retomada de seu papel político de manutenção do equilíbrio institucional brasileiro são fundamentais para a qualidade da democracia no Brasil.

Para a análise proposta, o artigo, que tem intenção exploratória (porque busca levantar a plausibilidade da hipótese de que a tentativa do STF de corrigir os comportamentos políticos brasileiros é fator importante de desequilíbrio institucional), se restringe às premissas do estudo dos sistemas políticos comparados e da análise das instituições político-jurídicas, atendo-se ao desenho do regime constitucional e à prática do sistema político, com as características específicas da ordem constitucional brasileira. Inicialmente são apresentadas as características da democracia de consenso e seus indicadores de qualidade, para definir as premissas que devem pautar as decisões sobre o funcionamento dos três poderes da república.

A seguir, retoma-se a discussão sobre o papel de equilíbrio institucional a ser exercido pela jurisdição constitucional, frisando que o controle de constitucionalidade não é recurso para a moralidade política ou social, mas cumpre papel de manter as condições do modelo democrático nos limites de um sistema constitucional positivo.

Depois, são levantados casos e atitudes do Supremo Tribunal Federal que servem de indicadores de que sua visão moralista é um dos fatores que têm tornado disfuncional a nossa democracia. São levantados casos exemplares em que os ministros expressam intenções de corrigir práticas políticas e criticam (mesmo que indiretamente) o presidencialismo de coalizão. Também são usados como indicadores de reforço os comportamentos individuais de ministros que pretendem participar das condições de

governabilidade. Tais decisões e manifestações dão suporte à necessidade de dar mais atenção à possibilidade de que o STF tenha se transformado em elemento participante da coalizão de governo, pois, quando provocado (ou mesmo antes), tenta corrigir as práticas políticas (com prejuízo à proteção de direitos fundamentais) ou participa de negociações políticas, que depois terá que apreciar juridicamente.

## 1. DEMOCRACIA DE CONSENSO E EQUILÍBRIO INSTITUCIONAL

A filosofia e o constitucionalismo modernos conjugaram e transformaram em truismos duas coisas que nem sempre são compatíveis: a soberania da popular (Rousseau) e a possibilidade da razão moral abstrata e *a priori* (Kant). Ocorre que ambos estavam conscientes das limitações de seus pressupostos universais: Rousseau sabia que o povo podia errar e precisava de um princípio de correção, a vontade geral, que é sempre reta<sup>2</sup>. Já Kant sabia que a razão abstrata poderia regular condutas individuais, mas não coagia a escolha correta ou seus efeitos externos, faltando um princípio político de decisão, a ser tomada apenas por homens livres e racionais por meio de leis gerais e abstratas<sup>3</sup>.

Os dois princípios liberavam a sociedade das amarras do Antigo Regime: a soberania do povo o libertava da opressão dos governantes e a razão moral libertava o indivíduo da opressão dos costumes irracionais, dos preconceitos e da opressão ética imposta pelas religiões (que ainda determinavam a visão de mundo dos governantes europeus). O princípio da liberdade política coletiva para a participação nos processos de decisão e da liberdade individual de escolha dos próprios valores<sup>4</sup> formaram as bases do constitucionalismo moderno.

Soberania coletiva e razão universal, contudo, poderiam entrar em choque, pois a racionalidade abstrata traz o risco de querer corrigir as ações coletivas e estas podem suprimir a individualidade. A saída da modernidade foram os direitos naturais (a presunção de que a vontade do povo era realizar direitos individuais) e a separação de funções de governo, para que ninguém ficasse acima da ordem institucional, de modo que o governo seria exercido institucionalmente, não com base na subjetividade de quem governa. Assim, além da razão abstrata e da soberania popular, o constitucionalismo acrescenta os elementos do liberalismo clássico: direitos naturais individuais e equilíbrio de funções de governo, previstos tanto em Locke como em Montesquieu<sup>5</sup>. Essas características foram institucionalizadas em documentos históricos do constitucionalismo, como a Declaração de Independência dos Estados Unidos e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão na França<sup>6</sup>.

<sup>2</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Du contrat social**: ou principes du droit politique. Paris: Garnier Flammarion édition, 2012.

<sup>3</sup> KANT, Immanuel. **Metafísica dos Costumes**. Tradução de José Lamego, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

<sup>4</sup> Com a crença de que a razão sempre permite que cada um encontre o “correto universal”.

<sup>5</sup> Ver LOCKE, John. **Two Treatises of Government and A Letter Concerning Toleration**. Edited by Ian Shapiro, New Haven & London: Yale University Press, 2003 e MONTESQUIEU, Charles Louis de. **De L’Esprit des Lois**. Paris: Éditions Gallimard (édition numérique), 1995.

<sup>6</sup> Para uma narrativa das características do constitucionalismo moderno, DIPPEL, Horst. **História do constitucionalismo moderno**. Tradução de António Manuel Hespanha e Cristina Nogueira da Silva. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

Essas características permitiram o desenvolvimento da democracia liberal, hoje vista como melhor modelo de equilíbrio político e social<sup>7</sup>. Esse regime político permite controle de abusos do poder político institucionalizado (por meio da separação dos poderes e submissão à ordem jurídica – o conceito geral de *rule of law*<sup>8</sup>); representação de vontades e visões de mundo plurais (com o sistema partidário e representativo de governo); participação direta da população e controle social (com o sufrágio universal; mecanismos como iniciativa de lei popular, referendo e plebiscito e exigência de prestação de contas e transparência dos poderes públicos); qualidade de vida ou condições mínimas de sobrevivência (direitos sociais); preservação da liberdade e autonomia individuais, proteção de minorias e compensação de desigualdades para grupos em situação de vulnerabilidade (direitos individuais, culturais e econômicos)<sup>9</sup>.

Um estado possuir engenharia constitucional democrática não garante, por si só, que os atributos acima elencados estarão todos presentes. A qualidade da democracia depende de estruturas constitucionais adequadas às suas características sociais e história política, bem como às condições fáticas de exercício do poder. Não há modelo certo, cada estado deve montar, dentre os modelos gerais e as experiências institucionais disponíveis, suas instituições políticas conforme suas particularidades<sup>10</sup>. Para a análise do bom funcionamento do sistema político, é possível enumerar um conjunto de indicadores de verificação da qualidade da democracia: *rule of law*; prestação de contas (*accountability*); participação política dos cidadãos dentro e fora das instituições; concorrência entre as partes e entre grupos de interesse; respeito pelos direitos que preservam as liberdades; expansão da igualdade política, social e econômica; capacidade das instituições de dar respostas satisfatórias às demandas da sociedade civil<sup>11</sup>. Quanto maior a efetivação desses índices, mais o poder estará controlado e a vida social estará ordenada em benefício de todos, com a manutenção das singularidades de cada um.

Há, basicamente, duas formas em que as democracias se organizam para atingirem seus objetivos: a majoritária e a de consenso<sup>12</sup>. Suas características podem ser separadas em dois eixos que identificam o funcionamento dos poderes institucionais. O primeiro deles relaciona o poder executivo com os partidos e a formação do legislativo, cujas características dos modelos majoritário e consensual podem ser expostas pelos seguintes pares dicotômicos: a) poder executivo concentrado em gabinete monopartidário (garantido pela maioria formada) *versus* distribuição do poder executivo em coalizão multipartidária; b) executivo dominante na relação com o legislativo *versus* equilíbrio entre os dois poderes; c) bipartidarismo *versus* multipartidarismo; d) eleições

<sup>7</sup> A esse respeito, veja-se, por exemplo, os resultados e as teses de LIJPHART, Arend. **Modelos de democracia: desempenho e padrões de governo em 36 países**. 4. ed. rev. e ampl. Tradução de Vera Caputo, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2019 e de PRZEWORKSKI, Adam. *Divided We Stand? Democracy as a Method of Processing Conflicts*. **Scandinavian Political Studies**, vol. 34, n. 2, 2011, p. 168-182. DOI: 10.1111/j.1467-9477.2011.00265.x

<sup>8</sup> Para a construção da ideia de *rule of law*, entendido como submissão ao direito positivo em sentido amplo e a sua especificidade na relação entre direito e estado, veja-se ROSENFELD, Michel. *The Rule of Law and the Legitimacy of Constitutional Democracy*. **Southern California Law Review**, vol. 74, p. 1307- 1351, 2001.

<sup>9</sup> Dahl acrescenta que as democracias têm menos propensão à guerra e têm resultados econômicos mais prósperos. DAHL, Robert. **Sobre a democracia**. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

<sup>10</sup> Sobre os sistemas de governo e suas limitações, veja-se SARTORI, Giovanni. **Engenharia constitucional**. Tradução de Sérgio Bath. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1996.

<sup>11</sup> Esses indicadores estão em MORLINO, Leonardo. *¿Cómo analizar las calidades democráticas?* In: XAVIER, Lídia de Oliveira; AVILA, Carlos F. Domínguez (orgs.). **A qualidade da democracia no Brasil: questões teóricas e metodológicas da pesquisa**. Curitiba: CRV, 2016.

<sup>12</sup> Aqui, segue-se a análise de LIJPHART, 2019.

majoritárias sem preocupação de representação proporcional *versus* eleições proporcionais; e) livre competição de grupos de interesses pluralistas *versus* grupos de interesse coordenados que defendem seus grupos constituintes (“corporativistas”) e que buscam acordos<sup>13</sup>. O segundo eixo estabelece a relação de poder distribuído territorialmente, ou seja, estados federais ou unitários, com as seguintes características para os modelos majoritário e consensual: a) governo centralizado *versus* descentralizado; b) poder legislativo unicameral *versus* bicameralismo, com duas casas fortes, mas constituídas de forma distinta; c) constituições flexíveis *versus* constituições rígidas; d) palavra final sobre o conteúdo da constituição pertencente ao legislativo *versus* sistema de revisão constitucional por tribunais; e) bancos centrais dependentes do executivo *versus* bancos centrais independentes.

Dados os traços da democracia liberal, seus indicadores de qualidade e a divisão em dois tipos principais, pode-se caracterizar a democracia brasileira, identificando algumas de suas peculiaridades. O Brasil é uma república federal presidencialista, com chefe de governo e estado forte, dotado de muitos poderes e competências, mas controlado pelo legislativo. Ainda, sua representatividade nacional (eleição por meio da maioria absoluta dos votos válidos) e o costume político centralizador do país dão a expectativa de capacidade de imposição de sua linha de governo, não sendo incomum a visão de que o Congresso Nacional é sempre o responsável por fracassos do governo<sup>14</sup>.

Ademais, o sistema é pluripartidário, com partidos de fraca disciplina<sup>15</sup> e pouco alinhamento de ideias e objetivos entre seus membros, muitas vezes dominados por grupos ou famílias locais<sup>16</sup>. Essas são características que levam à pulverização partidária no Congresso Nacional, cuja casa de representantes do povo é eleita em sistema proporcional e a federal em sistema majoritário simples. E os grupos de interesse que influenciam decisões são dos dois tipos: os que concorrem livremente para fazerem prevalecer seus interesses e os que buscam acordos no interesse dos seus representados. Evidentemente, é sempre difícil para os presidentes formarem maiorias claras e estáveis para governarem.

Acrescente-se que o federalismo brasileiro reconhece o papel dos estados e municípios, mas concentra muitas competências e capacidades de coordenação na União. Essa delicada estrutura é modelada por uma constituição rígida, que protege o sistema,

---

<sup>13</sup> Analisando o surgimento do totalitarismo, Hannah Arendt sustenta que os países bipartidários seriam menos propensos ao fenômeno porque os partidos tendem a representar melhor as massas, com formações de expectativas das maiorias e maior capacidade de identificação com as demandas dos eleitores, sem a dispersão e exclusão de grupos não representados por um multipartidarismo que representa apenas interesses parciais. ARENDT, Hannah. **As origens do totalitarismo**. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989. Contudo, Lijphart, ao comparar o desempenho político de 36 países, conclui que as democracias de consenso apresentam melhor desempenho médio. LIJPHART, 2019.

<sup>14</sup> Marx constatou o conflito entre a representatividade nacional do chefe de estado e a aquela fracionada do legislativo quando analisou a crise francesa que culminou no golpe de Luís Napoleão, em 1851. MARX, Karl. **O 18 Brumário e Cartas a Krugelmann**. Tradução de Leandro Konder e Renato Guimarães. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997. No caso americano, a eleição por delegados foi proposta como fórmula contramajoritária e, inicialmente, os candidatos à presidência sequer discursavam diretamente ao povo. Com os movimentos de democracia de massa, os candidatos passaram a procurar diretamente os eleitores e a reivindicar a legitimidade de verdadeiros representantes da nação. DAHL, Robert. **How Democratic is the American Constitution?** New Haven & London: Yale University Press, 2003.

<sup>15</sup> O que não quer dizer que, em momentos importantes, seus filiados não sigam as orientações de bancada. LIMONGI, Fernando; FIGUEIREDO, Argelina. Bases institucionais do presidencialismo de coalizão. **Lua Nova**, n. 44, 1998, p. 81-106.

<sup>16</sup> Ver ABRANCHES, Sérgio. Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro. **Dados – Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, vol. 31, n. 1, 1988, p. 5-34.

mas, pela quantidade de matérias que regula, exige do governo a formação de supermaiorias para várias questões de interesse político conjuntural, o que torna ainda mais árida sua relação com o Congresso, porque precisa formar espécie de “coalizão de quórum qualificado”. Por fim<sup>17</sup>, a definição sobre a constitucionalidade das decisões pertence a um sistema de *judicial review* cujo ápice e protagonismo está no Supremo Tribunal Federal.

Portanto, o sistema político é o da democracia de consenso, ainda que a força do Poder Executivo da União possa levar à expectativa de um modelo majoritário. A forma de buscar e organizar o consenso é o presidencialismo de coalizão. O presidente é estável<sup>18</sup>, mas não governa sem maioria no legislativo e há vários grupos com quem deve negociar.

Como se vê, a governabilidade no Brasil é questão delicada. O presidente não tem maioria clara (muitas vezes, seu partido sequer possui a maior bancada), precisando negociar com vários partidos, que podem ter caráter ideológico e podem ser meros representantes de grupos de interesses. Além disso, precisa formar ministério que contemple a sua coalizão e aliados políticos que reflitam outras forças de apoio distribuídas localmente, em razão do sistema federativo<sup>19</sup>. Há, ainda, a necessidade de supermaiorias para mudanças políticas importantes na linha de governo, pois a Constituição disciplina muitas matérias que, para serem alteradas, demandam o apoio de três quintos do Congresso. E, não bastasse isso, há presença constante das Forças Armadas nos bastidores, agindo como poder de veto informal a tendências políticas que entendam levar ao risco de instabilidade ou violação dos interesses nacionais<sup>20</sup>.

Esse delicado jogo de forças leva o presidente a buscar as maiorias possíveis. Às vezes sólidas, com algum alinhamento ideológico. Outras, de compromisso, em que cede aos grupos partidários de representação de interesses, mas de posicionamentos moderados, porque preocupados com as trocas políticas que decorrem da proximidade com o núcleo do executivo (esse o jogo do denominado “centrão”). E em muitas situações o presidente se vê dependente de negociações caso a caso para cada proposta e cada projeto legislativo.

Há três outros fatores agravantes que devem ser considerados: o presidente tem a pretensão e a expectativa de fazer valer seu plano de governo e sua visão política<sup>21</sup>; o forte controle orçamentário do Executivo amplifica seu poder de barganha, pois troca

---

<sup>17</sup> No que interessa a este artigo, a questão de o Banco Central ser vinculado ao Executivo, mas ter autonomia funcional, é de menor importância.

<sup>18</sup> Ainda que essa noção de estabilidade e irresponsabilidade política diante do Congresso e o próprio funcionamento do presidencialismo no Brasil mereçam discussão mais cuidadosa à vista dos *impeachments* posteriores à Constituição de 1988 (Fernando Collor e Dilma Rousseff).

<sup>19</sup> Abranches tem essa percepção do papel da política local na formação da coalizão do governo federal. ABRANCHES, 1988.

<sup>20</sup> Veja-se ABRANCHES, Sérgio. **Presidencialismo de coalizão: raízes e evolução do modelo político brasileiro**. São Paulo: Companhia da Letras, 2018.

<sup>21</sup> É sintomática a fala do Presidente quando, desafiado pelo Congresso (que propôs projeto de lei para que as indicações dos diretores das agências reguladoras fossem feitas pelo legislativo), disse: “Pô, querem me deixar como a Rainha da Inglaterra?”. O Presidente reivindica sua legitimidade popular para definir a política nacional. BOLSONARO critica projeto aprovado pelo Congresso: ‘Querem me deixar como rainha da Inglaterra?’. **Portal G1**, 22 jun. 2019 às 12h18. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/06/22/bolsonaro-critica-projeto-aprovado-pelo-congresso-querem-me-deixar-como-rainha-da-inglesa.ghtml> Acesso em: 12 fev. 2020.

apoio por liberação de verba em emendas parlamentares<sup>22</sup>; a grande quantidade de matérias cuja iniciativa legislativa é exclusiva. A legitimidade, o controle do orçamento e a exclusividade na iniciativa de projetos de leis em matérias estratégicas permitem ao presidente forçar o alinhamento do Congresso a tentar controlar a agenda política do país.

Outro ponto é que o presidencialismo deveria dar estabilidade política ao chefe de governo. Assim, caso não tenha maioria (absoluta ou por coalizão), acaba por seguir a pauta do legislativo, o que gera conflito e desgaste, porque não pode realizar a agenda para a qual foi eleito e que tem o apoio (ao menos nominal) da maioria do eleitorado. Por outro lado, o Congresso não pode simplesmente afastá-lo para garantir a governabilidade<sup>23</sup>. Então, a alternativa à ausência de maioria absoluta é a busca da coalizão a qualquer custo.

Mesmo que a busca de coalizão seja normal em qualquer governo minoritário, ela gera desgaste e risco de os acordos não serem realizados. Como a maioria das situações de coalizão ocorrem em sistemas parlamentaristas, a formação do governo definitivo só acontece após o acordo firmado, com plano de governo definido. Não ocorrendo acordo, o governo se desfaz e são convocadas novas eleições. Já no presidencialismo a situação é mais complexa, porque elege-se o chefe de governo com um plano, que pode ser absolutamente frustrado pela formação do congresso. Eleitos presidente e legislativo, as negociações devem ocorrer ao longo e no dia a dia de todo o mandato, porque não é possível desfazer o governo e convocar novas eleições<sup>24</sup>.

Apesar dessas dificuldades, o sistema brasileiro não é necessariamente disfuncional, nem leva a crises constantes ou propicia, em si mesmo, a corrupção. A troca de interesses é normal nas coalizões, isso não quer dizer conchavo ou “toma-lá-dá-cá” forçosamente. O cumprimento dos acordos garante o funcionamento do governo e a estabilidade das votações no legislativo<sup>25</sup>. E, para os conflitos entre os poderes, há o papel do Supremo Tribunal Federal, para dar estabilidade ao equilíbrio político desenhado na Constituição Federal.

<sup>22</sup> Veja-se ABRANCHES, 2018. O domínio do orçamento tem gerado reação do Congresso, que diminuiu a liberdade do presidente e, com isso, seu poder de barganha e agendamento. O Congresso aprovou a Emenda Constitucional (EC) n. 86/2015, tornando obrigatória a execução das emendas individuais em até 1,2% da receita corrente líquida prevista no projeto de lei de orçamento (50% deve ser aplicado na área de saúde) e a Emenda Constitucional n. 100/2019, agora obrigando a execução, no montante de até 1% da receita corrente líquida do ano anterior, das emendas de bancadas estaduais ou distritais. No dia 11/02/2020 foi anunciado acordo entre Congresso e Governo para a derrubada de veto a trecho do projeto de lei de diretrizes orçamentárias que permitia aos legisladores determinar a prioridade no pagamento das emendas. GARCIA, Gustavo; MAZUI, Guilherme. Emendas parlamentares: governo e Congresso fazem acordo para derrubada de veto de Bolsonaro. **Portal G1**, 11 fev. 2020 às 19h46. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/02/11/governo-e-congresso-chegam-a-acordo-sobre-derrubada-de-veto-de-bolsonaro-a-trecho-da-ldo-entenda.ghtml>. Acesso em: 12 fev. 2020. Chegou-se a falar em “parlamentarismo branco”. BRANT, Danielle; CARVALHO, Daniel; BOLDRINI, Angela. Em ano sob forte tensão, Congresso atua como um parlamentarismo branco. **Folha de São Paulo**, 30 dez. 2019 às 2h00. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/12/em-ano-sob-forte-tensao-congresso-atua-como-um-parlamentarismo-branco.shtml>. Acesso em: 12 fev. 2020. O uso do orçamento para formar coalizão retornou com o debate sobre as emendas do relator ao projeto de lei do orçamento (apelidado de “orçamento secreto”, em razão da falta de transparência sobre os interessados e em discussão no STF nas ADPFs 850, 851 e 854, e já há reações do Congresso).

<sup>23</sup> Nos Estados Unidos, em que a política é bipartidária, fala-se em “governo dividido”.

<sup>24</sup> Esse ponto não é considerado por ABRANCHES, 2018 ou LIMONGI; FIGUEIREDO, 1998. Abranches, contudo, considera que a falta de acordo, os desgastes no relacionamento e o impasse no conflito entre Executivo e o Legislativo são fatores que levam ao *impeachment* como forma última, ainda que traumática, de recuperar a estabilidade política.

<sup>25</sup> Essa análise está presente em ABRANCHES, 2018 e LIMONGI; FIGUEIREDO, 1998.

## 2. AS CORTES CONSTITUCIONAIS E A MANUTENÇÃO DA DEMOCRACIA

É comum nas democracias dar às cortes de maior hierarquia a função de manter a ordem constitucional, para que o poder não seja usurpado por algum dos ramos de representação política. Essa é a essência da separação dos poderes, que atribui às três funções do governo meios de freios e contrapesos. Já no início do constitucionalismo, a Constituição dos Estados Unidos deu à Suprema Corte o papel de decidir por último a aplicação do direito federal, manter o equilíbrio federativo e resolver os conflitos entre cidadãos e estados e os relativos a representações internacionais e soberanias<sup>26</sup>.

Mas o terceiro ramo do governo também deveria ser o garante da constituição, porque existe a tendência de usurpação do poder pelo poder legislativo, seja pela quantidade de competências, seja pela dificuldade de definir limites precisos<sup>27</sup>. Ainda, o legislativo, como autoridade inferior e representante de parcialidade passageira do povo, está abaixo do próprio povo, cuja vontade foi manifesta na constituição. Caberia ao judiciário garantir a constituição, não por ser superior ao legislativo, mas porque a razão jurídica determina que a norma derivada de autoridade superior prevalece sobre a de autoridade inferior. O judiciário seria instituição intermediária entre povo e legislatura, mantendo esta nos limites pré-estabelecidos por aquele. A mesma lógica se aplicaria ao executivo, quando agisse fora das atribuições constitucionais<sup>28</sup>.

Nos Estados Unidos o controle judicial de constitucionalidade se institucionalizou em 1803 com o caso *Marbury versus Madison*, mas a ideia não se espalhou como óbvia para os demais sistemas constitucionais. A concepção de poder legislativo como expressão da vontade do povo e de lei como sua manifestação, somada à visão rígida de separação dos poderes e de constituição como organização do estado e direcionadora das escolhas dos legisladores fizeram com que os europeus vissem o controle judicial de constitucionalidade como usurpação da representatividade e legitimidade do poder legislativo.

Todavia, na Europa têm início os movimentos de massa, a democracia plural, o multipartidarismo e o parlamentarismo, além do imperialismo colonial de expansão nacional do século XIX e uma série de governos autoritários<sup>29</sup>. O cenário era de instabilidade política, golpes de estado e constituições que funcionavam mais como leis de organização do que limitadoras de poderes ou garantidoras de direitos fundamentais. O auge dessa situação foi a 1ª Guerra Mundial, que acabou com os impérios e levou à reestruturação das ordens políticas europeias em governos que organizavam nações em territórios de fronteiras bem delimitadas.

Com a reestruturação política veio a reformulação constitucional, em que os novos desenhos institucionais buscavam lidar com o reequilíbrio de poder, a soberania popular, a representatividade de divergências e a proteção de nações minoritárias sem

---

<sup>26</sup> Veja-se o Artigo III, Seção 2, da Constituição americana.

<sup>27</sup> Este argumento é de Madison no Federalista n. 48. HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **Os Federalistas**. 2. ed. Tradução de Viriato Soromenho-Marques e João C. S. Duarte, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.

<sup>28</sup> Confira-se a discussão de Hamilton no Federalista n. 78. HAMILTON; MADISON; JAY, 2011. Os federalistas deram menos atenção ao controle dos atos do executivo talvez porque suas competências seriam claramente estabelecidas e limitadas na Constituição americana. Mas, consideraram a possibilidade de violação desses limites.

<sup>29</sup> Veja-se CHÂTELET, François; DUHAMEL, Olivier; PSIER-KOUCHNER, Evelyne. **História das ideias políticas**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2000.

estado, no interior de outras nações com estados<sup>30</sup>. Os novos sistemas políticos precisavam lidar com o antigo problema do equilíbrio de poder (que havia falhado) e com a nova questão do pluralismo político e social. Se, por um lado, surgem as raízes da democracia consensual (eleições proporcionais; multipartidarismo; difusão do parlamentarismo; federalismo para alguns países) por outro é preciso garantir a estabilidade do sistema constitucional, com possibilidade de solução e mediação dos conflitos entre executivo e legislativo, preservação da constituição como norma superior às demais leis e poder de veto contra decisões que violavam perspectivas ou participação de minorias, seja por apelos populistas do executivo, seja por alinhamentos majoritários do legislativo. A constituição passa a ter função contramajoritária.

A solução foi concentrar o controle de constitucionalidade numa corte específica, com o monopólio da proteção da constituição e sem interferir nas demais questões jurídicas. A corte constitucional deveria julgar as questões de estado, decidir sobre os impasses entre executivo e legislativo quando em conflito em razão do exercício de suas competências, preservar o desenho político institucional (de caráter democrático) e proteger indivíduos e minorias (políticas, religiosas ou étnicas) contra a violação de seus direitos fundamentais. A primeira constituição com esse modelo de controle de constitucionalidade foi a da Áustria, em 1920, cujo principal responsável foi Hans Kelsen<sup>31</sup>. Mas, com as ditaduras e nacionalismos do período entre guerras, só após a 2ª Guerra Mundial o modelo se difundiu. Diante das atrocidades então vividas pela Europa, o modelo de democracia e de jurisdição constitucional propostos por Kelsen se firmaram como o melhor remédio contra incursões autoritárias.

É importante considerar que a difusão da ideia de jurisdição constitucional não se relaciona com o monopólio da leitura moral da constituição para afirmação de valores universais positivados nas novas constituições. Sua função é política, no sentido de ser garante da estabilidade institucional no modelo democrático estabelecido constitucionalmente. Valores e direitos fundamentais aparecem como limites materiais para decisões que envolvam riscos para indivíduos, minorias ou grupos vulneráveis.

No Brasil, o sistema americano de controle de constitucionalidade foi estabelecido desde a República, com alguns aportes do modelo europeu a partir da década de 1930. Contudo, o sistema de controle ganhou robustez com a Constituição de 1988, em que, apesar da manutenção do modelo difuso, o sistema de controle concentrado passou a ser o principal meio de garantir e estabilizar o direito constitucional brasileiro<sup>32</sup>. Não à toa a reviravolta no sistema de controle de constitucionalidade veio na constituição que restabeleceu a democracia do país após longo período de ditadura civil-militar, como forma de proteção contra arroubos autoritários. Na engenharia constitucional brasileira, o Supremo Tribunal Federal é desenhado para exercer a proteção do equilíbrio

---

<sup>30</sup> Sobre o problema político na Europa de preservação de minorias em estados nacionais, vale a pena a discussão realizada em ARENDT, 1989.

<sup>31</sup> Kelsen entendia que a mera maioria poderia ser autoritária, com tendência a excluir e eliminar grupos indesejados ou concorrentes. Para ele, um regime só poderia ser democrático se o sistema político protegesse e permitisse a participação efetiva de minorias e tal só seria possível com uma jurisdição propriamente constitucional que, diante de uma constituição de caráter democrático nesses termos, impedisse arroubos da ordem política estabelecida. KELSEN, Hans. Quem deve ser o guardião da constituição? *In*: \_\_\_\_\_. **Jurisdição Constitucional**. Tradução de Alexandre Krug *et al.* São Paulo: Martins Fontes, 2003.

<sup>32</sup> Sobre essa preponderância, MENDES, Gilmar. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, ano 41, n. 162, abr./jun. 2004, p. 149-168.

democrático, com atuação contramajoritária e servindo de “amortecimento” nos conflitos entre executivo e legislativo<sup>33</sup>: função clara de proteção da ordem democrática e do equilíbrio institucional.

### 3. NEGAÇÃO DA POLÍTICA E BUSCA DA MORALIDADE: ALGUNS EFEITOS DE DECISÕES DO STF NO PRESIDENCIALISMO DE COALIZÃO

A Constituição de 1988 dotou o Supremo Tribunal Federal dos instrumentos para que cumpra sua função de garante do sistema democrático do país. Mas é importante ressaltar que a concepção de democracia utilizada pela Carta Política é aquela de democracia liberal, com instituições dotadas de limites de competências com boa especificação, proteção de minorias, reconhecimento de grupos vulneráveis, liberdade e equilíbrio político-partidário, equilíbrio federativo e proteção de direitos fundamentais.

Todavia, o tribunal tem tido postura que extrapola, e muitas vezes contraria, seus limites de competência. Recorre, muitas vezes, ao senso comum compartilhado no imaginário popular de que o presidencialismo de coalizão é uma deturpação brasileira da política e de que esse modelo está embasado na política da troca de favores particulares e do conchavo. E, se justificando nas evidentes práticas deletérias da política brasileira, procura superar os limites constitucionais para corrigir (no seu entender) o sistema político ou mesmo moralizá-lo. Em outros momentos, contudo, recusa-se a abordar questões eminentemente constitucionais, que preservam o modelo institucional, alegando que certas matérias são puramente políticas, não cabendo à corte analisá-las.

Tal postura tem causado desequilíbrio no sistema democrático brasileiro e é um dos fatores de crises institucionais que o país tem vivido. Indício disso pode ser visto na atividade do Min. Dias Toffoli, que, na condição de Presidente do STF, passou a negociar agendas e posicionamentos com os outros poderes, além de se postar como mediador singular entre eles<sup>34</sup>. Tal atividade pode comprometer a independência do Supremo, além de gerar a expectativa política de que a corte, como colegiado, sustentará tais acordos políticos. O ministro, assim, independentemente das boas intenções, faz com que o tribunal constitucional saia da posição de amortecimento institucional entre os poderes e coloca-o como mais um condicionante da formação de coalizões no presidencialismo nacional. A prática manteve-se com o Min. Luiz Fux, que em certas ocasiões tem se reunido com os presidentes dos demais poderes e outros de seus membros para negociar a relação entre os poderes e discutir pautas de interesse do governo, inclusive matérias a serem apreciadas pela corte<sup>35</sup>. Lembre-se que, nos parlamentarismos, esse papel compete ao chefe de estado.

<sup>33</sup> Essa função de “amortecimento” é referida por Abranches, mas ele não analisa o conteúdo dos julgados do STF ou o seu comportamento nas decisões mais relevantes. ABRANCHES, 2018.

<sup>34</sup> Parece que o ministro teria convicção de que salvou a República ao participar de diálogos que ajustaram as relações entre os poderes, impedindo movimento de *impeachment* contra Bolsonaro, e participou de negociações da agenda política do país. OYAMA, Thaís. **Tormenta**: o governo Bolsonaro: crises, intrigas, segredos. São Paulo: Companhia das Letras, 2020.

<sup>35</sup> Por exemplo: BOLSONARO e Fux se encontram após semana de alta tensão política. **Portal G1**, 12 jul. 2021 às 22h42. Disponível em: <https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2021/07/12/bolsonaro-e-fux-se-encontram-apos-semana-de-alta-tensao-politica.ghtml>. Acesso em: 08 dez. 2021; FUX se reúne com Pacheco para discutir crise entre os poderes. **Portal R7**, 18 ago. 2021 às 14h02. Disponível em: <https://noticias.r7.com/brasil/fux-se-reune-com-pacheco-para-discutir-crise-entre-os-poderes-18082021>. Acesso em: 08/12/2021; RELATOR terá reuniões com Guedes e Fux para acelerar PEC dos Precatórios, **Poder360**, 27 set. 2021 às 23h43.

Outro indicador da extrapolação da competência do Supremo Tribunal Federal de manutenção do traçado constitucional da democracia brasileira e de amortecimento (sempre institucional, nunca como negociador ou mediador) é a postura que tem apresentado o Ministro Luís Roberto Barroso de pensar e fazer atuar a corte constitucional com função “iluminista civilizadora”, como faz constar em seu voto na ADO n. 26<sup>36</sup>. Acaba que o tribunal, aceita a ideia, ganha a prerrogativa de corrigir e moralizar a atividade política e mesmo afastar ditames constitucionais positivos em nome de uma perspectiva particular de correção<sup>37</sup>. O resultado é que o STF passa a interferir no equilíbrio político formado e a gerar incertezas sobre os acordos de coalizão, típicos das democracias consensuais.

Não apenas as visões e atividades individuais dos ministros têm colocado a corte numa atividade de correção moral e desequilíbrio político institucional. É possível ver como as decisões tomadas têm demonstrado essa espécie de desvio de função do tribunal. Pode-se sustentar essa afirmação com alguns casos que se tornaram simbólicos e causaram impacto na opinião pública<sup>38</sup>.

Um dos mais importantes casos dentre os que o STF causou desequilíbrio político e tratamento desigual é derivado do conjunto de julgados relativos à Lei da Ficha Limpa (Lei Complementar 135/2010), que ampliou as hipóteses de inelegibilidade<sup>39</sup>. Derivada de movimentos políticos e sociais de combate à corrupção, chegou ao Congresso como projeto de lei popular e tal fato deu grande apelo retórico ao seu conteúdo.

O primeiro julgado problemático foi o Recurso Extraordinário (RE) 630.147/DF, proposto pelo então Senador Joaquim Roriz. Depois de sofrer representação ante a Mesa do Senado, por desvio de dinheiro público enquanto Governador do Distrito

---

Disponível em: <https://www.poder360.com.br/congresso/relator-tera-reunioes-com-guedes-e-fux-para-acelerar-pec-dos-precatorios/>. Acesso em: 08 dez. 2021; NETTO, Paulo Roberto. Lira se reúne com Fux na véspera de julgamento sobre emendas do relator. **Poder360**, 08 nov. 2021 às 19h20. Disponível em: <https://www.poder360.com.br/justica/lira-se-reune-com-fux-na-vespera-de-julgamento-sobre-emendas-do-relator/>. Acesso em: 08 dez. 2021; PACHECO se reúne com Fux para discutir Orçamento Secreto. **Correio Braziliense**, 17 nov. 2021 às 20h31. Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/politica/2021/11/4963856-pacheco-se-reune-com-fux-para-discutir-orcamento-secreto.html>. Acesso em: 08 dez. 2021.

<sup>36</sup> A passagem está nas páginas 286 a 287 do inteiro teor do acórdão. O ministro sustenta a tese academicamente como visão de teoria geral das cortes constitucionais. BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, vol. 9, n. 4, 2018, p. 2171-2228. A proposta é significativa porque, além do caráter antidemocrático, essa jamais seria função a ser exercida por qualquer órgão judiciário.

<sup>37</sup> Os discursos sobre “iluminismo” e “civilização” se mostram capazes de influenciar a retórica do tribunal. Na ADO n. 26, a questão “civilizadora” está presente (ainda que com força variável) nos votos dos Ministros Celso de Mello (relator), Alexandre de Moraes, Carmen Lúcia, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio. Há, ainda, o MI n. 4733, rel. Min. Edson Fachin, julgado concomitantemente à ADO n. 26. E a influência pode ser detectada em outros julgados. A temática do “iluminismo” aparece em acórdãos como o RE n. 971959, relator Min. Luiz Fux; RE n. 670422, rel. Min. Dias Toffoli; ADI n. 4275, red. para acórdão Min. Edson Fachin; ADI 4439, red. para acórdão Min. Alexandre de Moraes. Nesses casos está presente a ideia de correção moral da sociedade. Nos de matéria criminal, foram indicados julgados em que o “iluminismo” é invocado para afastar ou flexibilizar garantias penais. Já o problema “civilizatório” tem destaque, entre outras, nas seguintes decisões: ADI 5383, rel. Min. Rosa Weber (em que a questão sequer tem relevância para a matéria debatida, mas a Ministra fez questão de fazer constar na ementa); Inq 3948, Pet 5714 AgR e Pet 7107 AgR, rel. Min. Rosa Weber.

<sup>38</sup> Outro exemplo é a liminar (e sua posterior revogação) que suspendeu a execução das verbas derivadas das emendas do relator no projeto de lei do orçamento, gerando dúvidas sobre a formação de coalizão pelo governo. A discussão, com conteúdo moralizante, está em andamento nas ADPFs 850, 851 e 854. O caso não será analisado porque está em andamento.

<sup>39</sup> Veja-se a discussão em VILA-NOVA, Daniel Augusto; SIMON, Henrique Smidt. Intervenções do tribunal constitucional brasileiro e seus efeitos para o equilíbrio político: incertezas na aplicação da Lei da Ficha Limpa. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet (coords.). **XXI Congresso Internacional de Direito Constitucional: 30 anos de Constituição: um balanço** (anais 2018). Brasília: IDP, 2019 (e-book).

Federal, Roriz renunciou ao mandato. Nas eleições seguintes candidatou-se novamente, mas teve o registro contestado com base na Lei da Ficha Limpa, aprovada três anos após a sua denúncia e que impedia por oito anos candidaturas de representantes que renunciassem em razão de denúncia contra si oferecida. O Tribunal Regional Eleitoral do Distrito Federal (TRE/DF) e o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) decidiram pela impossibilidade da candidatura, e o caso foi ao STF.

Estava em questão se, para proteger valores republicanos da Constituição, a lei teria aplicação imediata, abarcando fatos anteriores à sua vigência, o que lhe daria caráter retroativo. Como o STF, à época, estava com apenas 10 ministros<sup>40</sup>, o resultado ficou 5 a 5 e o julgamento foi suspenso. Roriz acabou por desistir da candidatura e ficou a lacuna sobre a questão.

O entendimento só foi firmado em 2012, com o julgamento conjunto das Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) 29 e 30 e a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 4.578. Por 7 votos a 4, o Supremo considerou a lei constitucional e decidiu sua aplicação para situações anteriores à sua vigência. O caso mostra como o STF optou por desconsiderar o princípio hermenêutico de que, na interpretação de garantias fundamentais, deve prevalecer a interpretação mais benéfica à proteção do seu conteúdo<sup>41</sup>. Mais importante do que o resultado alcançado são algumas manifestações bastante simbólicas de ministros da corte, apelando a sentimentos morais e ao senso comum sobre a moral política. O Ministro Ayres Britto queixou-se da tradição política nacional (como imoral) e fez apelo à origem da palavra “candidato”, proveniente de cândido, cujo conteúdo semântico se refere à pureza. E a Ministra Rosa Weber sustentou que as exigências morais sobre o homem público devem ser maiores do que aquelas sobre o homem comum. É claro o intuito do tribunal de “purificar” e corrigir a política nacional, inclusive com apelos ao sentimento popular.

O intuito de corrigir a moralidade da política do país se manteve no RE 929.670/DF, em que o Vereador Dilermando Ferreira Soares teve sua inelegibilidade aumentada para 8 anos, quando havia sido condenado, antes da Lei da Ficha Limpa, à inelegibilidade por 3 anos por abuso de poder econômico. Só que, quando a candidatura foi impugnada, o interessado já havia cumprido a pena de 3 anos imposta. Todavia, o STF superou a questão do trânsito em julgado e, por 6 votos a 5, manteve a inelegibilidade. Assim, o caso do alcance temporal da Lei da Ficha Limpa mostra tanto a interferência do STF no equilíbrio político-eleitoral quanto o seu intuito de caráter moralizante, ainda que para isso adote postura interpretativa desfavorável a direitos e garantias fundamentais.

Outro caso que merece destaque como exemplo de recurso ao sentimento e à opinião pública pelo Supremo Tribunal Federal para corrigir moralmente a política nacional (sempre segundo a percepção dos integrantes que compõem a corte no momento em que são realizados os julgamentos) é aquele referente ao entendimento volúvel a respeito do início da execução da pena criminal: se apenas após o trânsito em julgado ou se após a decisão de 2º grau de jurisdição. Nos julgados referentes à matéria, o Supremo demonstrou que a concepção de constituição depende dos posicionamentos particulares de seus integrantes, além de demonstrar vontade de agradar à opinião da

<sup>40</sup> O Ministro Eros Grau havia se aposentado e a vaga ainda não fora preenchida.

<sup>41</sup> Ainda que se possa discutir se houve ou não violação objetiva da irretroatividade da lei.

mídia, os apelos populares (nem sempre da população) e, mais uma vez, dar seu entendimento sobre a moralidade política.

O problema surgiu da redação original (de 1941) do Código de Processo Penal (CPP), cujo artigo 283 dizia que a prisão poderia ser realizada a qualquer dia e hora, desde que respeitadas as garantias à inviolabilidade do domicílio. Além disso, o artigo 637 dizia que o recurso extraordinário não teria efeito suspensivo. Dessa forma, entendia-se que, esgotada a jurisdição ordinária, era possível a execução da pena de prisão. Todavia, a Lei de Execução Penal (LEP), de 1984, foi expressa ao condicionar a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da decisão. Além disso, o inciso LVII do artigo 5º da Constituição (não apenas norma superior, mas posterior às outras duas leis) também condicionou a execução do processo penal ao trânsito em julgado.

Desconsiderando o texto constitucional e mesmo as exigências da LEP, o STF, no *Habeas Corpus* (HC) n. 68.726/DF (julgado em 28/06/1991), manteve entendimento de antes da Constituição e permitiu a execução da pena a partir da decisão de tribunal de 2º grau. O argumento foi exatamente o da falta de efeito suspensivo do recurso extraordinário<sup>42</sup>. Mas o posicionamento foi revisado em 05/02/2009, quando a corte (em nova composição), julgou o HC n. 84.078/MG, invocando a literalidade do inciso LVII do artigo 5º da Constituição. Mas a mudança não veio apenas do tribunal. Para ajustar o CPP ao novo entendimento, o legislativo mudou a redação do art. 283, especificando a necessidade de trânsito em julgado para a execução da pena.

Todavia, novas circunstâncias políticas<sup>43</sup> com nova formação do plenário levaram o Supremo ao retorno do seu entendimento de 1991, o que ocorreu no HC n. 126.292/SP por 7 votos a 4, julgado em 17/02/2016. O Ministro Teori Zavascki (relator) voltou na tese de que o recurso extraordinário não tem efeito suspensivo. Além da mudança de entendimento, chama atenção a fundamentação do relator, que invoca precedentes superados; razões utilitárias (a margem de revisão das decisões em REs era baixa); comparação com outras ordens constitucionais, que não têm as mesmas características, histórico ou dispositivos com redações equivalentes; apelo à capacidade de imposição da punição, em detrimento da ampliação do direito fundamental<sup>44</sup>; apelo genérico ao princípio da proporcionalidade<sup>45</sup>. A tônica dos votos favoráveis ao retorno do entendimento foi focada na capacidade punitiva do estado.

Como o entendimento desconsiderou o artigo 283 do CPP com o objetivo de permitir a aceleração do cumprimento de penas<sup>46</sup>, foram interpostas as ADCs 43 e 44, para que o STF declarasse se o dispositivo legal continuava compatível com a Constituição. Em caráter cautelar (sem definir o entendimento final do tribunal a constranger o plenário a mantê-lo), manteve-se a possibilidade de execução da pena com decisão definitiva proferida em 2º grau de jurisdição (julgamento em 05/10/2016). Apesar da

<sup>42</sup> Há, também, no voto do Ministro relator, Néri da Silveira, a diferenciação entre coisa julgada (que aconteceria com o fim das possibilidades recursais) e sentença transitada em julgado (que ocorreria com a decisão de 2º grau).

<sup>43</sup> Apesar de o caso concreto se referir a paciente condenado por roubo, o momento era de início das condenações dos envolvidos na Operação Lava-Jato.

<sup>44</sup> Essa foi outra vez em que o STF deixou de aplicar a regra da interpretação mais benéfica à proteção de direito fundamental.

<sup>45</sup> Tem sido corrente o entendimento de que o inciso LVII contém norma principiológica, a permitir o julgamento “sem apego à literalidade”, como o fez o Min. Luiz Edson Fachin em seu voto, quando sua estrutura é de regra, o que demanda outro tipo de tratamento na aplicação.

<sup>46</sup> Vale lembrar, era o momento das condenações da Operação Lava-Jato.

manutenção, em caráter provisório, do entendimento, o placar favorável à “execução provisória” da pena passou para 6 votos contra 5.

Antes do julgamento das ADCs, contudo, surge fator jurídico novo, de grande impacto para a política nacional. O ex-presidente Luís Inácio Lula da Silva, condenado em 24 de janeiro de 2018, ingressou com o HC n. 152.752/PR no dia 02/02/2018 para impedir que a execução de sua pena tivesse início. Como presidente do STF, o Ministro Dias Toffoli evitou colocar as ações de controle concentrado em pauta para julgamento definitivo, marcando o *habeas corpus* de Lula para o dia 23/03/2018. A sessão de julgamento foi suspensa e retomada em 04/04/2018. O resultado foi pelo indeferimento do pedido, por 6 a 5, sendo possível o início do cumprimento da pena pelo ex-presidente.

Alguns fatores são relevantes para a análise aqui feita. Primeiramente, o resultado poderia ter alterado o entendimento em disputa com a mudança de posição do Ministro Gilmar Mendes, que passou a ser contra a possibilidade de execução da pena apenas com a decisão de 2º grau. Contudo, a Ministra Rosa Weber, alegando entendimento colegiado inexistente<sup>47</sup>, votou pelo indeferimento, apesar de ser contra a possibilidade de execução provisória da pena. Em segundo lugar, a mudança de posicionamento da ministra ocorreu após manifestação do Comandante do Exército em rede social, na véspera do julgamento, afirmando que a força terrestre estava preparada para, junto com os “cidadãos de bem”, repudiar a impunidade e permanecia atenta à sua “missão institucional”. O general ainda questiona quem é que realmente estaria pensando no bem do país e não em interesses pessoais<sup>48</sup>. Enfim, a Ministra Rosa Weber manteve uma pessoa presa mesmo sendo contra a tese que o permitia.

A questão foi finalizada no julgamento conjunto das ADCs ns. 43 e 44, em que o STF declarou a constitucionalidade do art. 283 do CPP e, por 6 votos a 5, retornou ao entendimento de impossibilidade de início da execução da pena sem o trânsito em julgado. Mas a discussão ainda não está finalizada, porque, diante dos conteúdos proferidos pelos votos, há margem de entendimento sobre a possibilidade de que o Congresso, por lei ordinária ou por emenda à constituição, altere a obrigatoriedade do trânsito em julgado.

Lula protagonizou outro processo cujo desfecho pode ser considerado inusitado. Conseguiu medida provisória (de caráter cautelar) concedida pelo Comitê de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU), que considerou haver fortes indícios de que seus direitos humanos de caráter político estariam na iminência de serem violados e determinou que o Brasil usasse os meios adequados para viabilizar sua candidatura à presidência. No entanto, sob o entendimento de que o país não é obrigado a seguir recomendações de comitês, o Ministro Luís Roberto Barroso votou, na condição de membro do TSE, pela manutenção do impedimento da candidatura, alegando a origem popular da lei e o apelo pela ética e probidade na política, vez que Lula fora

---

<sup>47</sup> Não havia entendimento colegiado formado porque as únicas ações que poderiam decidir a questão com efeito vinculante foram julgadas apenas cautelarmente, sem definição do mérito da questão. Ademais, o plenário era o local correto e propício para a mudança de entendimento, assim como havia sido feito no caso liderado pelo Min. Teori Zavascki.

<sup>48</sup> A manifestação do General Villas Bôas ocorreu às 20h39 do dia 03/04/2018. Sobre o episódio e entendendo que o general visava manter sua capacidade de comando do Exército, que estaria inquieto com a possibilidade de soltura de Lula, veja-se OYAMA, Thaís. **Tormenta**. Vê-se, de todo modo, o Exército exercitando seu veto informal às posições políticas que podem contrariar suas expectativas e entendimentos, como identificado em ABRANCHES, Sérgio. **Presidencialismo de coalizão**: raízes e evolução do modelo político brasileiro.

condenado em situação de normalidade institucional<sup>49</sup>. O resultado foi 6 votos a 1 na linha do voto do relator. Essa referência é importante para o estudo por dois motivos, apesar de não se tratar de decisão do STF. Primeiro, o tribunal eleitoral é composto por 3 ministros do STF. Em segundo lugar, Lula era o preferido nas pesquisas eleitorais<sup>50</sup> e sua retirada da corrida pela presidência alterou completamente as relações de forças políticas e as preferências do eleitorado<sup>51</sup>.

Os três casos acima não pretendem esgotar a análise, mas podem ser usados como indicadores de que o STF tem sua compreensão de constituição dependente da soma da subjetividade de seus integrantes, sem uma posição institucional clara de suas concepções. Além disso, essa instabilidade afeta o equilíbrio político-institucional, e às vezes eleitoral, da democracia brasileira, quando a matéria é propícia a tal resultado. Por fim, a situação se mostra ainda mais perigosa quando se constata a facilidade com que o tribunal apela à, e é atingido pela opinião pública, preocupado com discursos moralizantes de feição popular com o intuito de corrigir a política nacional, ainda que para isso limite ou mesmo afaste a proteção a direitos fundamentais, afastando-se das funções constitucionais para as quais fora concebido.

Por outro lado, há situações limites para a manutenção da ordem institucional relacionadas à própria definição do espaço de atuação dos poderes em que o STF, sob o argumento de que se tratam de questões cuja decisão é meramente política, se abstém de analisar matéria que lhe é posta. De modo ilustrativo e para fins exploratórios, cabe citar dois casos muito simbólicos.

O primeiro é do *impeachment* da então Presidente Dilma Rousseff. Na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 378, o STF define e ajusta a compreensão estabelecida no caso Collor (Mandados de Segurança – MSs – 21.564, 21.623 e 21.689), com entendimento de que é competente para o controle do devido processo legal. No entanto, mantém a compreensão de que não lhe cabe exame de mérito, porque o julgamento é meramente político, cabendo apenas ao Senado a definição sobre se houve ou não violação do tipo jurídico estabelecido como crime de responsabilidade. A questão é complexa porque, em se tratando de julgamento dependente de maioria (ainda que de dois terços), não há impedimento para que a decisão de condenação, afastamento e inabilitação seja tomada independentemente da prática de qualquer ato tipificado, dependendo não da materialidade da conduta, mas da perda de confiança da maioria de dois terços das casas (Câmara dos Deputados para autorizar o procedimento e Senado para processar e “julgar”). Não por outro motivo o próprio relator da

<sup>49</sup> Mais uma vez percebe-se o apelo a questões morais para a restrição de direitos fundamentais, violando-se o princípio da interpretação mais favorável e, no caso, o da maior eficácia na proteção de direitos humanos.

<sup>50</sup> Veja-se, por exemplo, a pesquisa Datafolha divulgada por G1: PESQUISA Datafolha: Lula, 39%; Bolsonaro 19%; Marina 8%; Alckmin 6%; Ciro, 5%. **Portal G1**, 22 ago. 2018 às 02h11. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/eleicoes/2018/eleicao-em-numericos/noticia/2018/08/22/pesquisa-datafolha-lula-39-bolsonaro-19-marina-8-alckmin-6-ciro-5.ghtml>. Acesso em: 08 dez. 2021. A decisão do TSE foi em 31/08/2018.

<sup>51</sup> Cinco dias após a decisão do TSE, Bolsonaro aparecia na liderança das pesquisas eleitorais: PESQUISA IBOPE: Bolsonaro, 22%; Marina 12%; Ciro, 12%; Alckmin, 9%; Haddad, 6%. **Portal G1**, 05 set. 2018 às 20h15. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/eleicoes/2018/noticia/2018/09/05/pesquisa-ibope-bolsonaro-22-marina-12-ciro-12-alckmin-9-haddad-6.ghtml>. Acesso em: 08 dez. 2021. Assim, o candidato que substituiu Lula na chapa partia de 6% de intenção de voto, sendo considerado desconhecido do eleitorado, com apenas um mês para fazer sua campanha: CONHECIMENTO sobre Haddad sobe de 59% para 71% dos eleitores, segundo Datafolha. **Folha de São Paulo**, 15 set. 2018 às 11h36. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/09/conhecimento-sobre-haddad-sobe-de-59-para-71-dos-eleitores-segundo-datafolha.shtml>. Acesso em: 08/12/2021..

ADPF 378, Ministro Luís Roberto Barroso, acabou por admitir que fora usado instrumento parlamentarista para a deposição de uma presidente<sup>52</sup>. Assim, sob o argumento de não intervir em decisões políticas<sup>53</sup>, o STF abre mão de manter a própria estrutura constitucional-democrática, que tem como um de seus pilares o sistema presidencialista de governo.

O segundo caso é o da impugnação ao decreto do Presidente Michel Temer (que assumiu o cargo após o *impeachment* da Presidente Dilma Rousseff) de intervenção federal no Rio de Janeiro. Em decisão monocrática proferida pelo Ministro Celso de Mello no MS 35.537, o ministro sequer conheceu da ação, também ao argumento de que o decreto interventivo seria prerrogativa do Presidente da República, a ser controlado apenas pela maioria do Legislativo, ainda que seja mecanismo de interferência no equilíbrio federativo.

Portanto, enquanto nos casos de controle moral o STF interfere em questões políticas e acaba por influenciar o equilíbrio democrático tal como desenhado constitucionalmente, em casos que tratam exatamente dos limites de competências dos poderes para que não extrapolem ou modifiquem o modelo de democracia definido pela Constituição a corte constitucional tende a não apreciar, considerando como questão política e não propriamente constitucional.

## CONCLUSÃO

O regime político denominado de democracia de consenso é o que (até o momento) conseguiu realizar melhor as aspirações de qualidade de vida, liberdade, proteção de minorias e vulneráveis e integração dos grupos e membros da sociedade. Se democracia é a organização política em que todos devem ter a possibilidade de participar, ela só pode ser realizada quando não há exclusões sociais, políticas ou individuais injustificadas. Para isso, necessita de engenharia constitucional que permita equilíbrio de poder duradouro, sem a qual grupos minoritários de todos os tipos se vêm aliados (de fato ou de direito) da possibilidade de participarem da formação da vontade comum.

Portanto, quanto mais plural e heterogênea a vida social, mais o sistema político precisa ser capaz de organizar consensos. A decisão política, então, deve ser tomada com a participação e consideração de grupos diversos, porque maiorias fixas e bem estabelecidas tendem a ignorar as demandas e necessidades das minorias. No processo político-institucional, os governos devem formar coalizões para atingirem maiorias negociadas que ampliam a participação de diversos representantes sociais. Essa característica das democracias plurais e dos arranjos institucionais para a governabilidade é o que demonstra a literatura da análise institucional voltada para a ciência política, como desenvolvido no tópico 1 deste artigo.

O tópico 1 também descreve como, no Brasil, a maneira que o eleitorado e as instituições responderam ao traçado democrático da Constituição de 1988 levou ao

---

<sup>52</sup> GRELLET, Fábio. **Em entrevista, ministro afirma que promessa de reformas não foi cumprida e que 'abalo institucional' persiste.** Estado de São Paulo, 28 jun. 2017 às 23h35. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,barroso-diz-que-impeachment-deixou-sequelas,70001869860>. Acesso: 17 fev. 2020.

<sup>53</sup> O que, como indicado, o Supremo o faz para controle de moralidade.

presidencialismo de coalizão, em que o governo é forçado a negociar para tomar decisões e tentar realizar o programa de governo para o qual foi eleito, nada de muito distinto do que acontece na maioria das demais democracias. Contudo, impasses entre legislativo e executivo num regime em que não se pode trocar de governo sem motivos juridicamente pré-determinados (crimes de responsabilidade) podem gerar crises políticas sérias que impedem a normalidade institucional do país. Riscos de entrave institucional e instabilidade política, contudo, existem para todos os sistemas de governo democráticos conhecidos.

Um mecanismo para corrigir desequilíbrios na relação entre os poderes é a jurisdição constitucional, como fica claro na discussão do tópico 2 deste estudo. Quando o sistema político é definido por texto formal com força normativa, o tribunal competente para aplicar a constituição pode servir de instituição de amortecimento entre os poderes políticos, vetando abusos do legislativo e do executivo; impedindo que maiorias circunstanciais atropelam minorias; definindo o equilíbrio político imposto pela Constituição para eventuais maiorias ou coalizões não desvirtuarem o equilíbrio de forças do sistema democrático.

Essa é função essencialmente política, de moderação institucional ou “amortecimento”. Não pode ser vista como oportunidade de correção moral ou melhoria do sistema por uma racionalidade mais adequada e superior, ou mais correta e justa. As cortes constitucionais nem têm maior capacidade de compreensão da democracia, nem são moralmente superiores aos demais poderes, nem mesmo carregam a legitimidade necessária (com as formas de responsabilização social e política) que os outros dois poderes representativos possuem. Quando uma corte constitucional se desvia da sua função institucional para se tornar espécie de censora da política, não só não consegue atingir esse objetivo, como desestrutura o sistema político, seja porque os outros dois poderes reagem, seja porque passa a ser mais um dos polos no jogo de negociação para a governabilidade, ao qual deveria estar imune.

Tendo em vista o diagnóstico de crise geral da democracia de consenso e a crise política que o Brasil vive, coube ao estudo perguntar se o Supremo Tribunal Federal tem auxiliado na manutenção do desenho constitucional democrático do sistema brasileiro. E, também, se a corte, ao decidir pretendendo corrigir as práticas políticas nacionais, tem atingido o objetivo pretendido ou se tem colaborado para o desequilíbrio institucional.

Assim, o tópico 3 faz o levantamento de casos emblemáticos, bem como de falas e atitudes de ministros do Supremo Tribunal Federal, que dão fortes indícios de que as citadas consequências do desvio da atividade da jurisdição constitucional têm surgido na atividade institucional brasileira, em que a corte escapa aos limites constitucionais que lhe foram impostos, seja para tentar moralizar a atividade política brasileira, seja fazendo o contrário, deixando de manter os instrumentos do modelo político sob o argumento de não poder interferir em “decisões puramente políticas”. O tribunal deixa de ser corte de controle de constitucionalidade para tornar-se corte de moralidade. Além de não ser essa sua função, os exemplos de decisões, falas e comportamentos levantados dão fortes indícios de que o STF tem sido uma das causas da instabilidade política e constitucional do país, com restrição a direitos fundamentais, ao invés de salvaguardar a democracia.

## REFERÊNCIAS

ARENDDT, Hannah. **As origens do totalitarismo**. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das letras, 1989.

ABRANCHES, Sérgio. Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro. **Dados – Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, vol. 31, n. 1, 1988, p. 5-34.

\_\_\_\_\_. **Presidencialismo de coalizão: raízes e evolução do modelo político brasileiro**. São Paulo: Companhia da Letras, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, vol. 9, n. 4, 2018, p. 2171-2228. DOI: 10.1590/2179-8966/2017/30806.

BOLSONARO critica projeto aprovado pelo Congresso: ‘Querem me deixar como rainha da Inglaterra?’. **Portal G1**, 22 jun. 2019 às 12h18. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/06/22/bolsonaro-critica-projeto-aprovado-pelo-congresso-querem-me-deixar-como-rainha-da-inglaterra.ghtml> Acesso em: 12 fev. 2020.

BOLSONARO e Fux se encontram após semana de alta tensão política. **Portal G1**, 12 jul. 2021 às 22h42. Disponível em: <https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2021/07/12/bolsonaro-e-fux-se-encontram-apos-semana-de-alta-tensao-politica.ghtml>. Acesso em: 08 dez. 2021.

BRANT, Danielle; CARVALHO, Daniel; BOLDRINI, Angela. Em ano sob forte tensão, Congresso atua como um parlamentarismo branco. **Folha de São Paulo**, 30 dez. 2019 às 2h00. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/12/em-ano-sob-forte-tensao-congresso-atua-como-um-parlamentarismo-branco.shtml>. Acesso em: 12 fev. 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 26 jan. 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm). Acesso em: 22 jan. 2022.

BRASIL. **Lei Complementar n. 135, de 4 de junho de 2010**. Altera a Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990 [...]. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp135.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp135.htm). Acesso em: 26 jan. 2022.

BRASIL. Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/17210.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm). Acesso em: 26 jan. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 378. Ementa: Processo de impeachment. Definição da legitimidade constitucional do rito previsto na Lei nº 1.079/1950 [...]. Reqte. Partido Comunista do Brasil. Intdo. Presidente da República. Intdo. Congresso Nacional. Redator do acórdão: Min. Roberto Barroso, 17 dez. 2015. Disponível em: [https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADPF%20378%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=\\_score&sortBy=desc&isAdvanced=true](https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADPF%20378%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true). Acesso em 26 jan. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 29. Ementa: Lei Complementar nº 135/10. Hipóteses de inelegibilidade. Art. 14, § 9º, da Constituição Federal. Moralidade para o exercício de mandatos eletivos [...]. Reqte. Partido Popular Socialista. Intdo. Presidente da República. Intdo. Congresso Nacional. Relator: Min. Luiz Fux, 16 fev. 2012. Disponível em: [https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADC%2029%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=\\_score&sortBy=desc&isAdvanced=true](https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADC%2029%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true). Acesso em: 26 jan. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 30. Ementa: Lei Complementar nº 135/10. Hipóteses de inelegibilidade. Art. 14, § 9º, da Constituição Federal. Moralidade para o exercício de mandatos eletivos [...]. Reqte. Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Intdo. Congresso Nacional. Intdo. Presidente da República. Relator: Min. Luiz Fux, 16 fev. 2012. Disponível em: [https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADC%2030%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=\\_score&sortBy=desc&isAdvanced=true](https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADC%2030%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true). Acesso em: 26 jan. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 43. Ementa: art. 283 do Código de Processo Penal. Execução da pena privativa de liberdade após o esgotamento do pronunciamento judicial em segundo grau [...]. Reqte. Partido Ecológico Nacional. Intdo. Presidente da República. Intdo. Presidente da Câmara dos Deputados. Intdo. Presidente do Senado Federal. Redator do Acórdão: Min. Edson Fachin, 05 out. 2016. Disponível em: [https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADC%2043%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=\\_score&sortBy=desc&isAdvanced=true](https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADC%2043%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true). Acesso em: 26 jan. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 43. Ementa: art. 283 do Código de Processo Penal. Execução da pena privativa de liberdade após o esgotamento do pronunciamento judicial em segundo grau [...]. Reqte. Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Intdo. Presidente da República. Intdo. Presidente da Câmara dos Deputados. Intdo. Presidente do Senado Federal. Redator do Acórdão: Min. Edson Fachin,

05 out. 2016. Disponível em:  
[https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADC%2043%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=\\_score&sortBy=desc&isAdvanced=true](https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADC%2043%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true). Acesso em: 26 jan. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4275. Ementa: Direito Constitucional e Registral. Pessoa Transgênero. Alteração do prenome e do sexo no registro civil [...]. Reqte. Procuradora-Geral da República. Intdo. Presidente da República. Intdo. Congresso Nacional. Redator do acórdão: Min. Edson Fachin, 01 mar. 2018. Disponível em:  
[https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADI%204275%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=\\_score&sortBy=desc&isAdvanced=true](https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADI%204275%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true). Acesso em: 26 jan. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4439. Ementa: Ensino religioso nas escolas públicas. Conteúdo confessional e matrícula facultativa. Respeito ao binômio laicidade do estado/liberdade religiosa [...]. Reqte. Procurador-Geral da República. Intdo. Presidente da República. Intdo. Congresso Nacional. Redator do acórdão: Min. Alexandre de Moraes, 29 set. 2017. Disponível em:  
[https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADI%204439%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=\\_score&sortBy=desc&isAdvanced=true](https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADI%204439%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true). Acesso em: 26 jan. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4578. Ementa: Lei Complementar nº 135/10. Hipóteses de inelegibilidade. Art. 14, § 9º, da Constituição Federal. Moralidade para o exercício de mandatos eletivos [...]. Reqte. Confederação Nacional das Profissões Liberais. Intdo. Congresso Nacional. Intdo. Presidente da República. Relator: Min. Luiz Fux, 16 fev. 2012. Disponível em:  
[https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADI%204578%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=\\_score&sortBy=desc&isAdvanced=true](https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADI%204578%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true). Acesso em: 26 jan. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5383. Ementa: Lei nº 12.249/2010 (art. 76) e Resolução n.º 1.486/2015 do Conselho Federal de Contabilidade (arts. 1º, 2º e 5º). Condições para o exercício da profissão de contador [...]. Reqte. Partido da Mobilização Nacional. Intdo. Presidente da República. Intdo. Congresso Nacional. Relatora: Min. Rosa Weber, 16 nov. 2021. Disponível em:  
[https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADI%205383%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=\\_score&sortBy=desc&isAdvanced=true](https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADI%205383%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true). Acesso em: 26 jan. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 26. Ementa: ação direta de inconstitucionalidade por omissão – exposição e sujeição dos homossexuais, transgêneros e demais integrantes da comunidade lgbti+ a graves ofensas aos seus direitos fundamentais [...]. Reqte. Cidadania. Intdo. Congresso Nacional. Intdo. Presidente do Senado Federal. Relator: Min. Celso de Mello, 13 jun. 2019. Disponível em:

[https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADO%2026%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=\\_score&sortBy=desc&isAdvanced=true](https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADO%2026%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true). Acesso em 26 jan. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). Habeas Corpus n. 68726. Ementa: Sentença condenatória mantida em segundo grau. Mandado de prisão do paciente. Invocação do art. 5º, inciso LVII, da Constituição [...]. Pacte. Marco Antonio da Fonseca Loureiro. Impte. Fernando Eduardo Ayres da Motta. Coator: Tribunal de Alçada Criminal do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Néri da Silveira, 28 jun. 1991. Disponível em: [https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22HC%2068726%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=\\_score&sortBy=desc&isAdvanced=true](https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22HC%2068726%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true). Acesso em: 26 jan. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). Habeas Corpus n. 84078. Ementa: Inconstitucionalidade da chamada “execução antecipada da pena”. Art. 5º, LVII, da Constituição do Brasil [...]. Pacte. Osmar Coelho Vitor. Impte. Osmar Coelho Vitor. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Eros Grau, 05 fev. 2009. Disponível em: [https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22HC%2084078%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=\\_score&sortBy=desc&isAdvanced=true](https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22HC%2084078%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true). Acesso em: 26 jan. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). Habeas Corpus n. 126292. Ementa: Princípio constitucional da presunção de inocência (CF, art. 5º, LVII). Sentença penal condenatória confirmada por tribunal de segundo grau de jurisdição. Execução provisória. possibilidade [...]. Pacte. Marcio Rodrigues Dantas. Impte. Maria Claudia de Seixas. Coator: Relator do HC n. 313.021 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Teori Zavascki, 17 fev. 2016. Disponível em: [https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22HC%20126292%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=\\_score&sortBy=desc&isAdvanced=true](https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22HC%20126292%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true). Acesso em: 26 jan. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). Habeas Corpus n. 152752. Ementa: Execução provisória da pena. Impetração em substituição a recurso ordinário constitucional [...]. Pacte. Luiz Inácio Lula da Silva. Impte. Cristiano Zanin Martins. Coator: Vice-Presidente do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Edson Fachin, 04 abr. 2018. Disponível em: [https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22HC%20152752%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=\\_score&sortBy=desc&isAdvanced=true](https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22HC%20152752%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true). Acesso em: 26 jan. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). Inquérito n. 3948. Ementa: Deputado Federal. Crime contra a honra. Difamação e injúria. Imunidade parlamentar material [...]. Autor: Ministério Público Federal. Invest. Luís Carlos Heinze. Relatora: Min. Rosa Weber, 22 nov. 2016. Disponível em: [https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22Inq%203948%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=\\_score&sortBy=desc&isAdvanced=true](https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22Inq%203948%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true). Acesso em: 26 jan. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). Mandado de Injunção n. 4733. Ementa: Dever do estado de criminalizar as condutas atentatórias dos direitos fundamentais. Homotransfobia. Discriminação inconstitucional [...]. Impte. Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Intersexos. Impdo. Congresso Nacional. Relator: Edson Fachin, 13 jun. 2019. Disponível em: [https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22MI%204733%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=\\_score&sortBy=desc&isAdvanced=true](https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22MI%204733%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true). Acesso em: 26 jan. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). Mandado de Segurança n. 21564. Ementa: “Impeachment”. Processo e julgamento: senado federal. Acusação: admissibilidade: câmara dos deputados [...]. Impte. Fernando Affonso Collor de Mello. Impdo. Presidente da Câmara dos Deputados. Redator do acórdão: Min. Carlo Velloso, 23 set. 1992. Disponível em: [https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22MS%2021564%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=\\_score&sortBy=desc&isAdvanced=true](https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22MS%2021564%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true). Acesso em: 26 jan. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). Mandado de Segurança n. 21623. Ementa: “Impeachment”: na ordem jurídica americana e na ordem jurídica brasileira [...]. Impte. Fernando Affonso Collor de Mello. Impdo. Presidente do Supremo Tribunal Federal e do Processo de “Impeachment”. Relator: Min. Carlos Velloso, 10 set. 1992. Disponível em: [https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22MS%2021623%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=\\_score&sortBy=desc&isAdvanced=true](https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22MS%2021623%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true). Acesso em: 26 jan. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). Mandado de Segurança n. 21689. Ementa: “Impeachment”. Controle judicial. “Impeachment” do Presidente da República. Pena de inabilitação para o exercício de função pública [...]. Impte. Fernando Affonso Collor de Mello. Impdo. Senado Federal. Relator Min. Carlos Velloso, 16 dez. 1993. Disponível em: [https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22MS%2021689%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=\\_score&sortBy=desc&isAdvanced=true](https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22MS%2021689%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true). Acesso em: 26 jan. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (decisão monocrática do relator). Mandado de Segurança n. 35537. Impte. Ivan Valente. Impdo. Presidente da Câmara dos Deputados. Relator: Min. Celso de Mello, 19 fev. 2018. Disponível em: [https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22MS%2035537%22&base=decisoes&pesquisa\\_inteiro\\_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&sort=\\_score&sortBy=desc&isAdvanced=true](https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22MS%2035537%22&base=decisoes&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true). Acesso em: 26 jan. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). Petição n. 5714 – Agravo Regimental. Ementa: Queixa-crime. Negativa de seguimento. Deputado Federal. Crime contra a honra [...]. Repte. Fábio Luis Lula da Silva. Req. Domingos Sávio Campos Resende. Relatora: Min. Rosa Weber, 28 nov. 2017. Disponível em:

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22Pet%205714%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=score&sortBy=desc&isAdvanced=true>. Acesso em: 26 jan. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). Petição 7107 – Agravo Regimental. Ementa: Agravo Regimental contra decisão monocrática que negou seguimento a queixa crime. Crimes contra a honra. Ofensas proferidas em entrevista radiofônica por parlamentar federal [...]. Reqte. Helder Zahluth Barbalho. Reqdo. Wladimir Afonso da Costa Rabelo. Relatora: Min. Rosa Weber, 15 maio 2019. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22Pet%207107%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=score&sortBy=desc&isAdvanced=true>. Acesso em 26 jan. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). Recurso Extraordinário n. 630147. Ementa: [...] Repercussão geral – configuração – processo eleitoral – lei – retroação [...]. Recte. Joaquim Domingos Roriz. Recte. Coligação Esperança Renovada. Recdo. Antônio Carlos de Andrada. Recdo. Diretório Regional do Partido Socialismo e Liberdade no Distrito Federal. Recdo. Júlio Pinheiro Cardia. Recdo. Ministério Público Eleitoral. Redator do acórdão: Min. Marco Aurélio, 29 set. 2010. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22RE%20630147%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=score&sortBy=desc&isAdvanced=true>. Acesso em: 26 jan. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). Recurso Extraordinário n. 670422. Ementa: Direito Constitucional e Civil. Transexual. Identidade de gênero. Direito subjetivo à alteração do nome e da classificação de gênero no assento de nascimento [...]. Recte. S.T.C. Recdo. Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Min. Dias Toffoli, 15 ago. 2018. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22RE%20670422%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=score&sortBy=desc&isAdvanced=true>. Acesso em: 26 jan. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). Recurso Extraordinário n. 929670. Ementa: Eleições 2012. Prefeito. Hipóteses de inelegibilidade. Art. 14, § 9º, da Constituição da República de 1988. Moralidade para o exercício de mandatos eletivos, considerada a vida pregressa do candidato. Recte. Dilermando Ferreira Soares. Recdo. Coligação “por uma Nova Soure de Todos”. Redator do acórdão: Min. Luiz Fux, 01 mar. 2018. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22RE%20929670%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=score&sortBy=desc&isAdvanced=true>. Acesso em: 26 jan. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). Recurso Extraordinário n. 971959. Ementa: Penal e Processual Penal. Crime de fuga do local do acidente. Artigo 305 do Código de Trânsito Brasileiro [...]. Recte. Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Recdo. Gilberto Fontana. Relator: Min. Luiz Fux, 14 nov. 2018. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22RE%20971959%22>

[&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=\\_score&sortBy=desc&isAdvanced=true](#). Acesso em: 26 jan. 2022.

CHÂTELET, François; DUHAMEL, Olivier; PSIER-KOUCHNER, Evelyne. **História das ideias políticas**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2000.

CONHECIMENTO sobre Haddad sobe de 59% para 71% dos eleitores, segundo Datafolha. **Folha de São Paulo**, 15 set. 2018 às 11h36. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/09/conhecimento-sobre-haddad-sobe-de-59-para-71-dos-eleitores-segundo-datafolha.shtml>. Acesso em: 08/12/2021.

DAHL, Robert. **Sobre a democracia**. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

\_\_\_\_\_. **How Democratic is the American Constitution?** New Haven & London: Yale University Press, 2003.

DIPPEL, Horst. **História do constitucionalismo moderno**. Tradução de António Manuel Hespanha e Cristina Nogueira da Silva. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

FUX se reúne com Pacheco para discutir crise entre os poderes. **Portal R7**, 18 ago. 2021 às 14h02. Disponível em: <https://noticias.r7.com/brasil/fux-se-reune-com-pacheco-para-discutir-crise-entre-os-poderes-18082021>. Acesso em: 08/12/2021.

GARCIA, Gustavo; MAZUI, Guilherme. Emendas parlamentares: governo e Congresso fazem acordo para derrubada de veto de Bolsonaro. **Portal G1**, 11 fev. 2020 às 19h46. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/02/11/governo-e-congresso-chegam-a-acordo-sobre-derrubada-de-veto-de-bolsonaro-a-trecho-da-ldo-entenda.ghtml>. Acesso em: 12 fev. 2020.

GRELLET, Fábio. Em entrevista, ministro afirma que promessa de reformas não foi cumprida e que 'abalo institucional' persiste. **Estado de São Paulo**, 28 jun. 2017 às 23h35. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,barroso-diz-que-impeachment-deixou-sequelas,70001869860>. Acesso: 17 fev. 2020.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **Os Federalistas**. 2. ed. Tradução de Viriato Soromenho-Marques e João C. S. Duarte, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.

KANT, Immanuel. **Metafísica dos Costumes**. Tradução de José Lamago, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

KELSEN, Hans. Quem deve ser o guardião da constituição? *In*: \_\_\_\_\_. **Jurisdição Constitucional**. Tradução de Alexandre Krug *et al.* São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LIJPHART, Arend. **Modelos de democracia**: desempenho e padrões de governo em 36 países. 4. ed. rev. e ampl. Tradução de Vera Caputo, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2019.

LIMONGI, Fernando; FIGUEIREDO, Argelina. Bases institucionais do presidencialismo de coalizão. **Lua Nova**, n. 44, 1998, p. 81-106. DOI: 10.1590/S0102-64451998000200005.

LOCKE, John. **Two Treatises of Government and A Letter Concerning Toleration**. Edited by Ian Shapiro, New Haven & London: Yale University Press, 2003.

MARX, Karl. **O 18 Brumário e Cartas a Krugelmann**. Tradução de Leandro Konder e Renato Guimarães. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.

MENDES, Gilmar. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, ano 41, n. 162, abr./jun. 2004, p. 149-168.

MONTESQUIEU, Charles Louis de. **De L'Esprit des Loix**. Paris: Éditions Gallimard (édition numérique), 1995.

MORLINO, Leonardo. ¿Cómo analizar las calidades democráticas? *In*: XAVIER, Lúcia de Oliveira; AVILA, Carlos F. Domínguez (orgs.). **A qualidade da democracia no Brasil**: questões teóricas e metodológicas da pesquisa. Curitiba: CRV, 2016.

NETTO, Paulo Roberto. Lira se reúne com Fux na véspera de julgamento sobre emendas do relator. **Poder360**, 08 nov. 2021 às 19h20. Disponível em: <https://www.poder360.com.br/justica/lira-se-reune-com-fux-na-vespera-de-julgamento-sobre-emendas-do-relator/>. Acesso em: 08 dez. 2021.

OYAMA, Thaís. **Tormenta**: o governo Bolsonaro: crises, intrigas, segredos. São Paulo: Companhia das Letras, 2020.

PACHECO se reúne com Fux para discutir Orçamento Secreto. **Correio Braziliense**, 17 nov. 2021 às 20h31. Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/politica/2021/11/4963856-pacheco-se-reune-com-fux-para-discutir-orcamento-secreto.html>. Acesso em: 08 dez. 2021.

PESQUISA Datafolha: Lula, 39%; Bolsonaro 19%; Marina 8%; Alckmin 6%; Ciro, 5%. **Portal G1**, 22 ago. 2018 às 02h11. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/eleicoes/2018/eleicao-em->

[numeros/noticia/2018/08/22/pesquisa-datafolha-lula-39-bolsonaro-19-marina-8-alckmin-6-ciro-5.ghtml](https://g1.globo.com/politica/eleicoes/2018/noticia/2018/09/05/pesquisa-ibope-bolsonaro-22-marina-12-ciro-12-alckmin-9-haddad-6.ghtml). Acesso em: 08 dez. 2021.

PESQUISA IBOPE: Bolsonaro, 22%; Marina 12%; Ciro, 12%; Alckmin, 9%; Haddad, 6%. **Portal G1**, 05 set. 2018 às 20h15. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/eleicoes/2018/noticia/2018/09/05/pesquisa-ibope-bolsonaro-22-marina-12-ciro-12-alckmin-9-haddad-6.ghtml>. Acesso em: 08 dez. 2021.

PRZEWORSKI, Adam. Divided We Stand? Democracy as a Method of Processing Conflicts. **Scandinavian Political Studies**, vol. 34, n. 2, 2011, p. 168-182. DOI: 10.1111/j.1467-9477.2011.00265.x

RELATOR terá reuniões com Guedes e Fux para acelerar PEC dos Precatórios, **Poder360**, 27 set. 2021 às 23h43. Disponível em: <https://www.poder360.com.br/congresso/relator-tera-reunioes-com-guedes-e-fux-para-acelerar-pec-dos-precatorios/>. Acesso em: 08 dez. 2021.

ROSENFELD, Michel. The Rule of Law and the Legitimacy of Constitutional Democracy. *Southern California Law Review*, vol. 74, p. 1307- 1351, 2001.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Du contrat social**: ou principes du droit politique. Paris: Garnier Flammarion édition, 2012.

SARTORI, Giovanni. **Engenharia constitucional**. Tradução de Sérgio Bath. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1996.

VILA-NOVA, Daniel Augusto; SIMON, Henrique Smidt. Intervenções do tribunal constitucional brasileiro e seus efeitos para o equilíbrio político: incertezas na aplicação da Lei da Ficha Limpa. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet (coords.). **XXI Congresso Internacional de Direito Constitucional**: 30 anos de Constituição: um balanço (anais 2018). Brasília: IDP, 2019 (e-book).



## DESVENDANDO ASPECTOS DA TRIBUTAÇÃO DOS REFRIGERANTES NO BRASIL: A ZONA FRANCA DE MANAUS E OS CRÉDITOS DE IPI<sup>1</sup>

*Paulo Antônio Caliendo Velloso da Silveira<sup>2</sup>*

*Denise Lucena Cavalcante<sup>3</sup>*

*Lucas Holanda<sup>4</sup>*

### RESUMO

O presente artigo analisa a tributação incidente sobre a produção e consumo de refrigerantes, com enfoque nos possíveis efeitos que pode trazer à saúde pública no Brasil. Parte-se do pressuposto de que é necessária uma revisão da sistemática de tributação incidente sobre bebidas adoçadas, cujo consumo em excesso é comprovadamente danoso à saúde. Nesse contexto, abordaremos a peculiar situação do IPI incidente sobre refrigerantes, no âmbito da Zona Franca de Manaus, por possuir um tratamento privilegiado e distinto da tendência mundial. Ao final, abordaremos os efeitos positivos que poderão advir das recentes alterações da legislação do IPI no âmbito da ZFM.

**PALAVRAS-CHAVE:** Alimentação saudável; extrafiscalidade; tributação das bebidas adoçadas.

**UNDERSTANDING ASPECTS OF THE TAXATION OF SOFT DRINKS IN BRAZIL: THE MANAUS FREE ZONE AND IPI CREDITS**

### ABSTRACT

This article analyzes the taxation levied on the production and consumption of soft drinks, focusing on the possible effects it can have on public health in Brazil. It is assumed that it is necessary to review the taxation system levied on sweetened beverages, whose excessive consumption is proven to be harmful to health. In this context, we will approach the peculiar situation of the IPI levied on soft drinks, within the scope of the Manaus Free Trade Zone, as it has a privileged and different treatment from the world trend. Finally, we will address the positive effects that may result from recent changes in the IPI legislation within the scope of the ZFM.

<sup>1</sup> Artigo realizado como resultado da pesquisa no Projeto Avaliação do impacto da taxa de bebidas adoçadas no Brasil. Chamada MS-SCTIE-Decit / CNPq n. 26/2019 – Pesquisas em Alimentação e Nutrição. Eixo 1 Economia da saúde com foco nas ações de alimentação e nutrição. Linha 2 - Taxação de bebidas adoçadas. Coordenadora Denise Petrucci Gigante.

<sup>2</sup> Mestre em Direito dos Negócios pela Faculdade de Direito da UFRGS. Doutor em Direito Tributário pela PUC/SP. Doutor em Filosofia pela PUC/RS. Professor Titular na PUCRS. Membro permanente do PPGD (Capes 6). Advogado no DF, SP e RS. E-mail: [caliendoc@cedadvogados.com.br](mailto:caliendoc@cedadvogados.com.br). ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7549-8275>. Acesso Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9047483160060734>.

<sup>3</sup> Professora Titular/UFC. Pós-doutorado pela Universidade de Lisboa. Doutora pela PUC/SP. Procuradora da Fazenda Nacional. E-mail: [deniselucenac@gmail.com](mailto:deniselucenac@gmail.com). ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4121-1149>. Acesso Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0507796051252311>.

<sup>4</sup> Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Especialista em Direito Tributário pela Universidade de Fortaleza (Unifor). Advogado Tributarista. E-mail: [lucasholandaadv@gmail.com](mailto:lucasholandaadv@gmail.com).

**KEYWORDS:** Healthy eating; extrafiscality; taxation of sweetened beverages.

## 1. A SEGURANÇA ALIMENTAR NO CONTEXTO BRASILEIRO

Para bem entendermos o debate proposto e o porquê da análise crítica referente à tributação das bebidas adocicadas, especificamente os refrigerantes, é preciso antes nos situarmos em relação aos direitos fundamentais à saúde e à alimentação.

Desta forma, partiremos da premissa de que os alimentos que possam ser danosos à saúde, ainda que somente quando consumidos em excesso, devem ser monitorados e controlados por intermédio de políticas públicas eficientes, garantido a todos a necessária segurança alimentar, base essencial do desenvolvimento sustentável.

Registramos, por oportuno, que dentre os 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável das Nações Unidas para cumprir a Agenda 2030, encontram-se em destaque o **ODS 2 – Fome zero e agricultura sustentável**, cujo objetivo é erradicar a fome, alcançar a segurança alimentar, melhorar a nutrição e promover a agricultura, e o **ODS 3 – Saúde e bem-estar**, com objetivo de assegurar uma vida saudável e promover o bem-estar para todos e todas, em todas as idades.

Para que sejam atingidas as metas da Agenda 2030 no Brasil, é necessário que se efetivem, com a devida urgência, os dispositivos constitucionais e legais existentes no País, além da promoção do diálogo constante entre os responsáveis pelas políticas fiscais e públicas para alinhar as ações em prol da segurança alimentar.

De acordo com dados da Organização Mundial de Saúde (OMS)<sup>5</sup>, o consumo excessivo de bebidas adocicadas é um dos maiores contribuintes para a obesidade e diabetes. Diante desta realidade, vem a ser justificável a análise da tributação incidente sobre esses produtos e uma reflexão acerca da utilização dos instrumentos fiscais em prol da alimentação saudável.

Considerando a previsão da Constituição da República Federativa do Brasil, que eleva o direito à saúde e à alimentação à condição de direito fundamental social, é imperiosa a atuação estatal na garantia desses direitos<sup>6</sup>.

O comando constitucional, no art. 196<sup>7</sup>, é claro ao prever dois objetivos no âmbito das políticas sociais e econômicas: i) a redução do risco de doença e; ii) ações positivas para sua promoção, proteção e recuperação.

---

<sup>5</sup> WORLD HEALTH ORGANIZATION. **WHO urges global action to curtail consumption and health impacts of sugary drinks**. 2016. *online*. Disponível em: <https://www.who.int/news/item/11-10-2016-who-urges-global-action-to-curtail-consumption-and-health-impacts-of-sugary-drinks>. Acesso em: 16 abr. 2022.

<sup>6</sup> Nesse sentido, ressaltam os autores: “Conforme já aduzido anteriormente, os alimentos (substâncias de origem animal, vegetal ou mineral), como recursos ambientais, têm evidente natureza jurídica constitucional de bem ambiental, absorvendo, pois, todo o balizamento normativo do direito ambiental constitucional, e estando submetidos no plano normativo aos denominados princípios do direito ambiental determinados pela Constituição Federal disciplinadores dos bens ambientais.” (FIORILLO, Celso Antônio Pacheco; FERREIRA, Renata Marques. **Segurança alimentar e desenvolvimento sustentável: a tutela jurídica da alimentação e das empresas alimentares em face do direito ambiental brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 55).

<sup>7</sup> “Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”. (CRFB/88).

O Estado garantidor dos direitos fundamentais, portanto, deve aplicar políticas públicas que tenham como objetivo a melhora da qualidade de vida e a redução de riscos de doenças dentre os quais se destaca a promoção da alimentação saudável.

Pertussatto<sup>8</sup> retrata que faz parte da liberdade individual, inerente ao Estado Democrático de Direito, a escolha do que comer, ainda que seja algo prejudicial à saúde. Todavia, ressalva que alimentos os quais possam favorecer o surgimento de doenças de qualquer natureza, de forma indireta, causam prejuízos ao Estado, uma vez que as pessoas doentes irão se tratar por meio de recursos do Sistema único de Saúde. Essa circunstância, portanto, legitima uma ação positiva do Estado para cuidar da alimentação da população.

Essa questão ganha cada vez mais relevância. O art. 6º da Constituição Federal, que teve a sua redação alterada pela Emenda Constitucional n. 90, de 2015, incluiu a alimentação entre os direitos sociais<sup>9</sup>, ao lado do direito à saúde. Em sentido mais amplo, o direito à alimentação se insere no mínimo existencial, ou seja, o necessário para a garantia de uma sadia qualidade de vida, nos termos do art. 225, da CF/88<sup>10</sup>.

O artigo 200, inciso VI, da CF/88 também irá explicitar esse comando ao determinar que compete ao Sistema Único de Saúde “fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano”.

Desse modo, torna-se imperioso investigar se o regime tributário dos refrigerantes no Brasil cumpre esse desiderato constitucional. Em especial, chamamos a atenção para o regime especial previsto na Zona Franca de Manaus e seu impacto na política nacional de incentivo à alimentação saudável.

No Brasil existe uma sistemática de tributação diferenciada para refrigerantes<sup>11</sup> e produtos similares estabelecida pela Lei n. 13.097, de 19 de janeiro de 2015, no tocante ao Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), à Contribuição para o Programa de Integração Social (PIS) e à Contribuição para Financiamento da Seguridade Social (COFINS).

Essa circunstância da lei decorreu, em parte, das estratégias de logística que são aplicadas por companhias do setor, baseadas em benefícios provenientes da Zona Franca de Manaus (ZFM), que atribui suspensão de IPI na saída de produtos industrializados fabricados no local, ainda que destinados a outros Estados da Federação.

Nessa pesquisa, analisamos a incidência de IPI na cadeia de produção de refrigerantes, levando em conta a possibilidade de produção de insumos do produto na ZFM,

<sup>8</sup> PERTUSSATTO, ERIK WILLIAN. *Fat taxes: um objetivo louvável por caminhos tortuosos*. In: CALIENDO, Paulo; LIETZ, Bruna. **Direito tributário e novas tecnologias**. Porto Alegre: Editora Fi, 2021, p. 202-203.

<sup>9</sup> CALIENDO, Paulo; SILVA, Bruno Costa. Direito à saúde, alimentação saudável e extrafiscalidade. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 108, p. 191-210, 2016.

<sup>10</sup> “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações” (CF/88).

<sup>11</sup> A sistemática diferenciada consiste num conjunto de características inerentes apenas às bebidas frias de que trata a legislação, como uma relação de alíquotas mínimas por cada tipo de produto, a depender do material e tamanho da embalagem (Anexo I), além da possibilidade de redução de um quarto da alíquota aplicada em hipóteses de venda direta a varejista, classificação cuja definição também é trazida pela legislação (artigos 15 e 17).

e quais as consequências dessa sistemática para saúde e economia a luz das recentes alterações normativas.

## 2. EXTRAFISCALIDADE E O INCENTIVO À ALIMENTAÇÃO SAUDÁVEL

O incentivo à alimentação saudável possui uma correlação direta com o desincentivo ao consumo de alimentos e bebidas prejudiciais. Assim, se alimentos similares ou equivalentes possuírem preços distintos há uma tendência para que o consumidor opte pela alternativa mais em conta.

Se uma bebida adoçada for mais barata do que um suco integral ou uma água mineral, provavelmente as pessoas tentarão preservar o orçamento com escolhas mais econômicas. Assim, mesmo que o indivíduo prefira um produto mais saudável, este simplesmente pode estar fora de suas escolhas financeiras. Não restam dúvidas que o preço é um importante fator na hora da escolha do alimento. Daí a relevância da utilização de medidas fiscais que, ou elevem o preço de produtos não saudáveis para inibir o seu consumo ou diminuam o preço dos alimentos saudáveis.

Como nos ensinam Cass R. Sunstein e Richard H. Thaler, as políticas públicas devem atuar como “arquitetos de escolhas” que auxiliam nas decisões individuais, induzindo as pessoas a escolherem caminhos que melhorarão suas vidas. Não se trata de proibir o consumo de refrigerantes, mas de induzir ao consumo de alimentos saudáveis<sup>12</sup>. E isso ocorre não somente com o preço, mas também, por outros fatores que auxiliam no momento da escolha. Vê-se, pois, que vários fatores juntos podem influir na melhor opção pelo alimento saudável.

Outros fatores ainda podem influenciar ou catalisar esse fenômeno de escolhas prejudiciais, tais como a publicidade, a posição de mercado das grandes empresas multinacionais, o acesso à cadeia de distribuição, os custos de produção, a falta de informação do consumidor, preconceitos culturais, entre tantos outros<sup>13</sup>. Nesse estudo focamos tão somente na questão tributária, considerando todos os demais fatores como agravantes de um mecanismo de estímulos fiscais e creditícios.

É fato que a desigualdade social e a acelerada rotina de trabalho são elementos primordiais na definição da escolha de bebidas e alimentos mais baratos e mais rápidos. De tal modo, podemos afirmar que eventuais estímulos fiscais aos refrigerantes, reduzindo seu preço podem afetar de modo negativo a população, principalmente os mais vulneráveis, cujas escolhas comumente são influenciadas pelo valor do produto.

---

<sup>12</sup> “O paternalismo libertário é um tipo de paternalismo relativamente fraco, brando e não intrusivo, pois não cria impedimentos ou obstáculos às escolhas. Se as pessoas querem fumar, se entupir de doces, escolher um tipo de plano de saúde pouco vantajoso ou torrar todo o dinheiro antes da aposentadoria, os paternalistas libertários não vão forçar-las a fazer o contrário – aliás, nem sequer vão colocar empecilhos nessa jornada. Ainda assim, a abordagem que recomendamos é considerada paternalista, pois os arquitetos de escolhas, seja elas públicas ou privadas, não estão apenas identificando ou colocando em prática as decisões que esperam que as pessoas tomem; na verdade, estão, conscientemente, induzindo as pessoas a seguir caminhos que melhorarão sua vida”. (SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard H. **Nudge**: como tomar melhores decisões sobre saúde, dinheiro e felicidade. Trad. Ângelo Lessa. 1. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2019, p. 14).

<sup>13</sup> “Se o governo começa a tarifar os doces, eles passam a comprar menos, mas não são influenciados por fatores “irrelevantes” como a ordem em que opções são exibidas. Humanos também reagem a incentivos, mas sofrem forte influência dos *nudges*. Ao implantar adequadamente tanto os incentivos quanto os *nudges*, aumentamos nossa capacidade de melhorar a vida das pessoas e ajudamos a resolver muitos dos problemas da sociedade. E tudo isso sem impedir a liberdade de escolha de cada indivíduo”. (SUNSTEIN, Cass; THALER, Richard. Op. cit., p. 17).

O baixo preço do produto associado a medidas fiscais que o reduzem ainda mais pode gerar o aumento do seu consumo e, conseqüentemente, o aumento de casos de Doenças Crônicas Não Transmissíveis - DCNTs, ou seja, aquelas de cunho cardiovascular, cânceres e diabetes *mellitus*<sup>14</sup>. Para o Ministério da Saúde<sup>15</sup>, a síndrome metabólica é “uma doença da civilização moderna, associada à obesidade, como resultado da alimentação inadequada e do sedentarismo”. Atualmente as DCNT são as maiores causadoras de óbitos no mundo, cerca de 70%, equivalente a 38 milhões de mortes por ano<sup>16</sup>. Ademais, conforme o Ministério da Saúde, em 2020, o Brasil foi 5º país em incidência de diabetes no mundo, com 16,8 milhões de doentes adultos (20 a 79 anos)<sup>17</sup>.

O problema se tornou tão grave que a OMS instituiu o Plano Global para a Prevenção e Controle das Doenças Crônicas Não Transmissíveis 2013-2020 que prevê como metas: “a redução da mortalidade por DCNT em 25%, a redução dos fatores de risco e o acesso a medicamentos, ao aconselhamento e a tecnologias para tratamento de DCNT”<sup>18</sup>.

Um dos grandes problemas está associado ao consumo excessivo de açúcar livre, ou seja, dos monossacarídeos e dos dissacarídeos adicionados aos alimentos e às bebidas pelo fabricante, pelo cozinheiro ou pelo consumidor. Tem-se que os açúcares livres são o principal gerador da densidade calórica, que reduzem a ingestão de nutrientes adequados e resultam no sobrepeso<sup>19</sup>.

O consumo indiscriminado de bebidas adoçadas e açucaradas ocupa uma posição central no esforço mundial de combate às DCNT e a pressão orçamentária que elas produzem nos sistemas nacionais de saúde. Estima-se que os países de baixa e média renda tenham uma repercussão econômica em US\$ 7 trilhões durante 2011 e 2025<sup>20</sup>. No Brasil se estima uma perda de 8,7% do produto interno bruto brasileiro até 2030<sup>21</sup>, em face do impacto sobre a força de trabalho do país.

<sup>14</sup> WHO. **Taxes on sugary drinks: Why do it?** 2016. *online*. Disponível em: <http://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/260253/WHO-NMH-PND-16.5Rev.1-eng.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2022.

<sup>15</sup> BRASIL. Ministério da Saúde. **Síndrome metabólica é a nova dica em saúde disponível na BVS MS**, *online*. Disponível em: <https://bvsmms.saude.gov.br/sindrome-metabolica-e-a-nova-dica-em-saude-disponivel-na-bvs-ms/#:~:text=Boletins%20Tem%C3%A1ticos-,S%C3%ADndrome%20Metab%C3%B3lica%20%C3%A9%20nova%20Dica%20em%20Sa%C3%BAde%20dispon%C3%ADvel%20na,doen%C3%A7as%20card%C3%ADacas%2C%20derrames%20e%20diabetes>. Acesso em: 16 abr. 2022.

<sup>16</sup> BRASIL. Ministério da Saúde, 2011, *online*. **Plano de Ações Estratégicas para o enfrentamento das Doenças Crônicas não transmissíveis (DCNT) no Brasil 2011-2022**. Disponível em: [https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/plano\\_aoes\\_enfrent\\_dcnt\\_2011.pdf](https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/plano_aoes_enfrent_dcnt_2011.pdf). Acesso em: 16 abr. 2022.

<sup>17</sup> BRASIL. Ministério da Saúde, **26/6 – Dia Nacional do Diabetes**, 2020, *online*. Disponível em: <https://bvsmms.saude.gov.br/26-6-dia-nacional-do-diabetes-4/>. Acesso em: 16 abr. 2022.

<sup>18</sup> MALTA, Deborah Carvalho et al. Doenças crônicas não transmissíveis e a utilização de serviços de saúde: análise da Pesquisa Nacional de Saúde no Brasil. **Revista de Saúde Pública**. 2017;51 Supl 1:4s. Disponível em: [http://www.scielo.br/pdf/rsp/v51s1/pt\\_0034-8910-rsp-S1518-87872017051000090.pdf](http://www.scielo.br/pdf/rsp/v51s1/pt_0034-8910-rsp-S1518-87872017051000090.pdf). Acesso em: 30 maio 2022.

<sup>19</sup> ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Diretriz: ingestão de açúcar por adultos e crianças**. 2015. Disponível em: [https://alimentacaosaudavelesustentavel.abae.pt/wpcontent/uploads/2016/02/ingestao-de-acucares-por-adultos-e-criancas\\_portugues.pdf](https://alimentacaosaudavelesustentavel.abae.pt/wpcontent/uploads/2016/02/ingestao-de-acucares-por-adultos-e-criancas_portugues.pdf). Acesso em: 16 abr. 2022.

<sup>20</sup> MALTA, Deborah Carvalho et al. Doenças crônicas não transmissíveis e a utilização de serviços de saúde: análise da Pesquisa Nacional de Saúde no Brasil. **Revista de Saúde Pública**. 2017;51 Supl 1:4s. Disponível em: [http://www.scielo.br/pdf/rsp/v51s1/pt\\_0034-8910-rsp-S1518-87872017051000090.pdf](http://www.scielo.br/pdf/rsp/v51s1/pt_0034-8910-rsp-S1518-87872017051000090.pdf). Acesso em: 10 maio 2022.

<sup>21</sup> SWEENEY, Kim; RASMUSSEN, Bruce; SHEEHAN, Peter. **The Impact of Health on Worker Attendance and Productivity in Twelve Countries**. Victoria University. Disponível em: <http://www.brazilcouncil.org/wp-content/uploads/2015/11/TheImpact-of-Health-on-Worker-Attendanceand-Productivity-in-12-countries.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2022.

Nesse contexto, é importante conferir destaque à extrafiscalidade presente nos tributos, fenômeno que se refere às normas jurídicas que autorizam competência tributária ordenadora, interventiva ou redistributiva. Por meio da extrafiscalidade presente nos tributos, é possível que estes ganhem a função de indução de comportamentos virtuosos ou desestímulo de comportamentos indevidos, além da mera função fiscal, arrecadatória, inerente a todos os tributos por natureza<sup>22</sup>.

A tributação das bebidas adoçadas no Brasil deve ser urgentemente revisada, de forma que o tratamento tributário não se torne incoerente com os ditames constitucionais e com os estudos da OMS.

A tendência mundial é no sentido de tributar os refrigerantes<sup>23</sup>, em um modelo denominado de *soda tax*. A tese dominante na maioria dos estudos é de que existe uma cadeia de correlações importantes entre bebidas açucaradas e tributação, quais sejam:

- i) O maior consumo de bebidas açucaradas (*sugar-sweetened beverages* – SSBs) aumenta o risco de incidência de doenças crônicas não-transmissíveis;
- ii) O aumento da tributação reduz o consumo das bebidas açucaradas, ou seja, o manejo do design da política fiscal produz efeitos previsíveis e diretamente relacionados e;
- iii) O aumento de tributação induz ao consumo de bebidas com baixo teor de açúcar ou saudáveis, conforme as conclusões do *Global Action Plan for the Prevention and Control of Noncommunicable Diseases 2013–2020* (GAP)<sup>24</sup>.

A correta calibragem das alíquotas sobre as bebidas deveria ajustar o aumento da tributação das bebidas açucaradas com a redução da tributação das bebidas saudáveis. Outra forma possível seria impedir a concessão de incentivos fiscais aos alimentos e bebidas prejudiciais à saúde e previsão de subsídios aos alimentos e bebidas saudáveis.

Importante lembrar que, em relação ao IPI, a Constituição brasileira determina a observância do princípio da seletividade, em função da essencialidade, devendo os produtos essenciais ser tributados a uma alíquota menor e produtos não essenciais sejam tributados a uma alíquota superior.

De modo algum, os refrigerantes podem ser considerados como sendo bebidas essenciais ao consumo humano, pelo contrário, deveriam sofrer uma tributação superior, em relação a produtos saudáveis. Desse modo, o país descumpre tanto a exigência constitucional decorrente do princípio da seletividade, quanto das orientações internacionais da OMS, da qual o Brasil é membro.

---

<sup>22</sup> CALIENDO, Paulo. **Curso de direito tributário**. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2019, p. 567-70.

<sup>23</sup> BIRCHALL, Guy. et al. Sugar tax 2018 explained: what is it, when did it start, how much is the new fizzy drinks tax and is Coke now more expensive?. **The Sun**. 2018. Disponível em: <<https://www.thesun.co.uk/news/1619208/sugar-tax-uk-fizzy-drinks-coke-sugar-cost/>>. Acesso em: 27 abr. 2022.

<sup>24</sup> World Health Organization. **Fiscal policies for diet and prevention of noncommunicable diseases**: technical meeting report. 2016. Disponível em: <https://www.who.int/publications/i/item/9789241506236>. Acesso em: 18 maio 2022.

### 3. A SISTEMÁTICA PADRÃO DE INCIDÊNCIA DO IPI E OS BENEFÍCIOS FISCAIS ESTABELECIDOS PELA ZONA FRANCA DE MANAUS - ZFM

O IPI é um imposto de previsão constitucional incidente sobre produtos industrializados. A competência para instituição do tributo é da União, o que lhe garante um tratamento uniforme em todo o território nacional.

O Decreto n. 7.212 de 15 de junho de 2010, conhecido como Regulamento do IPI, estabelece um rol de operações que podem ser consideradas como industrialização, incluindo transformação, beneficiamento, montagem, acondicionamento, reacondicionamento, renovação e recondicionamento, sendo o produto industrializado o resultado de qualquer uma delas<sup>25</sup>.

É importante asseverar que o IPI, regra geral, é cobrado no momento da saída desse produto industrializado, o que o leva a ter uma sistemática padrão muito parecida com a do ICMS - Imposto sobre Circulação de Mercadoria e Serviços, contudo, saídas subsequentes que impliquem mera circulação jurídica do mesmo produto não são decorrentes de industrialização, por isso não há nova incidência do IPI, ao contrário do que acontece com o ICMS.

A Constituição estabelece que o imposto tem seu impacto reduzido sobre a aquisição de bens de capital, não incide sobre produtos destinados ao exterior, é não cumulativo e é seletivo em função da essencialidade do produto<sup>26</sup>, as características centrais do imposto, sendo as duas últimas fundamentais para entender a controvérsia em discussão.

Leandro Paulsen<sup>27</sup> afirma que a seletividade consiste na previsão de alíquotas diferenciadas para bens, produtos ou mercadorias. Isso significa que determinado produto pode ter um tratamento mais oneroso ou mais vantajoso, a depender do critério utilizado para a seletividade. Quando a Constituição estabelece que o critério a ser utilizado no caso do IPI é a essencialidade do bem, deve ser considerada a importância que o bem tem para a coletividade.

A Tabela de Incidência do Imposto de Produtos Industrializados (TIPI) determina a alíquota do IPI aplicada a cada produto, elaborada de acordo com a Nomenclatura Comum do Mercosul (NCM). Como exemplo, vale citar o caso das ligas de alumínio (NCM 7601.20.00), um produto de grande importância para a construção civil, com alta durabilidade e facilidade na reciclagem, com uma alíquota de apenas 2,6%, enquanto o cigarro (NCM 2402.20.00), produto que faz mal à saúde, tem a elevada alíquota de 300%<sup>28</sup>, hipóteses em que o princípio da seletividade foi bem observado.

No caso da não-cumulatividade, trata-se de uma característica inerente a tributos plurifásicos, nos quais o valor do tributo costuma ser embutido no preço de venda, o que pode levá-lo a compor a base de cálculo na incidência subsequente do mesmo tributo. Nesse contexto, a não-cumulatividade, inerente a alguns impostos brasileiros recebe influência do VAT (*Value Added Tax*), muito comum na União Europeia, no qual

<sup>25</sup> **Decreto n. 7.212, de 15 de junho de 2010.** Regulamenta a cobrança, fiscalização, arrecadação e administração do Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI.

<sup>26</sup> Art. 153, §3º, I (CFRB/88).

<sup>27</sup> PAULSEN, Leandro. **Curso de direito tributário completo.** 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 224.

<sup>28</sup> **Decreto n. 11.055 de 28 de abril de 2022.** Altera a Tabela de Incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados - TIPI, aprovada pelo Decreto n. 10.923, de 30 de dezembro de 2021.

os tributos pagos em operações anteriores, ainda que embutidos nos preços das mercadorias e serviços, são deduzidos da base de cálculo da cobrança tributária referente à operação subsequente.

O princípio constitucional da não-cumulatividade implica na compensação do que for devido em cada operação com o montante cobrado nas anteriores. Situação peculiar ocorre quando, apesar de haver duas operações de industrialização consecutivas na mesma cadeia, não há incidência do imposto na primeira, em razão de imunidade, isenção ou alíquota zero. Tendo em vista que não houve tributação na primeira operação, também não houve inserção do tributo no preço do produto, não havendo motivo para que a compra desse produto enseje um crédito.

O entendimento do STF nessa circunstância, que foi convertido na Súmula Vinculante n. 58, é exatamente o de que “inexiste direito a crédito presumido de IPI relativamente à entrada de insumos isentos, sujeitos à alíquota zero ou não tributáveis, o que não contraria o princípio da não-cumulatividade”<sup>29</sup>.

Nos casos em que o legislador conferir benefício tributário a determinado tributo, deverá levar em consideração que o comprador dos insumos não poderá se creditar. Numa situação em que existem fornecedores de insumo com benefício e fornecedores de insumo sem benefício, há uma tendência de que estes sejam preferidos àqueles, em razão da possibilidade de o comprador tomar créditos. Dessa forma, o benefício pode ter o efeito oposto do pretendido, prejudicando aqueles que o recebem.

Essa situação aconteceu no âmbito da Zona Franca de Manaus (ZFM)<sup>30</sup>, que garantia benefícios tributários às empresas situadas em seu território. De acordo com o Regulamento do IPI, os produtos industrializados na ZFM gozam de isenção de IPI, ainda que destinados à comercialização em outros pontos do território nacional, excetuadas armas, munições, fumo, bebidas alcoólicas, automóveis, produtos de perfumaria, preparados ou preparações cosméticas (salvo se produzidos com matéria-prima de fauna e flora locais) e industrializados decorrentes de processos de acondicionamento e reacondicionamento.

Quando o produto é adquirido por empresa prestadora de serviços ou revendedora de mercadorias, a isenção não faz diferença para o adquirente, tendo em vista que não há incidência de IPI<sup>31</sup> na operação subsequente. Assim, a empresa situada na ZFM pode vender o produto pelo mesmo preço que outras empresas sem repassar nada ao fisco a título de IPI.

---

<sup>29</sup> Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante n. 58**. Aprovada em 25 de abril de 2020. Diário de Justiça n. 112, p. 1, 07 mai. 2020.

<sup>30</sup> “Art. 1º A Zona Franca de Manaus é uma área de livre comércio de importação e exportação e de incentivos fiscais especiais, estabelecida com a finalidade de criar no interior da Amazônia um centro industrial, comercial e agropecuário dotado de condições econômicas que permitam seu desenvolvimento, em face dos fatores locais e da grande distância, a que se encontram, os centros consumidores de seus produtos”. (**Decreto-Lei n. 288, de 28 de fevereiro de 1967**).

<sup>31</sup> “Art. 81. São isentos do imposto:

II - os produtos industrializados na Zona Franca de Manaus, por estabelecimentos com projetos aprovados pelo Conselho de Administração da Superintendência da Zona Franca de Manaus - SUFRAMA, que não sejam industrializados pelas modalidades de acondicionamento ou reacondicionamento, destinados à comercialização em qualquer outro ponto do território nacional, excluídos as armas e munições, fumo, bebidas alcoólicas e automóveis de passageiros e produtos de perfumaria ou de toucador, preparados ou preparações cosméticas, salvo quanto a estes (Posições 33.03 a 33.07 da TIPI) se produzidos com utilização de matérias-primas da fauna e flora regionais, em conformidade com processo produtivo básico; (**Decreto 7.212 de 15 de junho de 2010**).

Circunstância diferente se observa quando o produto industrializado é adquirido para ser utilizado como insumo em outro processo de industrialização na operação subsequente. Nessa hipótese, é possível se creditar de IPI na aquisição do insumo, porém, em sendo o insumo proveniente da ZFM, essa possibilidade não existiria, de acordo com o entendimento do STF na Súmula Vinculante n. 58. Dessa forma, empresas de outras regiões iriam optar pela aquisição de insumos não provenientes da ZFM, para que pudessem aproveitar créditos de IPI, implicando numa distorção do benefício.

Nesse contexto, o STF passou a entender que, na aquisição de insumos provenientes da ZFM, para fazer jus ao benefício que pretendeu o legislador atribuir, apesar da isenção de IPI do insumo, as empresas adquirentes de fora da ZFM gozariam de um crédito presumido de IPI, uma exceção à técnica da não-cumulatividade.

O entendimento surgiu a partir do Recurso Extraordinário n. 592.891<sup>32</sup> e do Recurso Extraordinário n. 596.614<sup>33</sup>, ambos de 2019. O novo entendimento surgiu em um contexto de produção de embalagens de plástico, que são advindas de um processo industrial e são também utilizadas em outros processos industriais, sendo incorporadas ao produto final, que era vendido numa embalagem.

O entendimento do STF preservou um incentivo que o legislador atribuiu a região. No entanto, o Regulamento do IPI deveria ter atribuído mais exceções ao benefício de IPI estabelecido pela ZFM, como, por exemplo, produtos que causam obesidade e diabetes, como o refrigerante e o concentrado de refrigerante.

#### 4. A TRIBUTAÇÃO DE IPI DIFERENCIADA DOS REFRIGERANTES E OS IMPACTOS DOS BENEFÍCIOS DA ZFM

Na Tabela do IPI, o refrigerante figura na posição n. 2202.10.00<sup>34</sup>, com a alíquota de 2,6%, enquanto o concentrado de refrigerante, seu insumo principal fica localizado na posição n. 2106.90.10, com a alíquota de 0%<sup>35</sup>. No que tange aos concentrados, contudo, houve diversas mudanças em suas alíquotas desde 2018, circunstancia muito prejudicial à segurança jurídica na legislação tributária.

O Decreto n. 9.349/2018 alterou a alíquota do concentrado de refrigerante para 4%, que na época era a mesma alíquota dos produtos finais de refrigerante. Posteriormente, o Decreto n. 9.514/2018 estabeleceu que a alíquota seria de 12% no primeiro semestre de 2019 e 8% no segundo, voltando ao normal em 2020. Em seguida, veio o Decreto 9.897/2019, que previu a alíquota de 10% de IPI no último trimestre de 2019. Posteriormente, veio o Decreto n. 10.254/2020, fixando a alíquota do concentrado em 8% de junho a novembro de 2020.

Em 2021, surgiu a nova tabela do IPI, que fixou permanentemente a alíquota do concentrado de refrigerante em 8%, o dobro da alíquota do produto final na ocasião. A

<sup>32</sup> Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 592.891**. Relatoria da Ministra Rosa Weber. Julgamento em 25 abr. 2019. Diário de Justiça, 20 set. 2019.

<sup>33</sup> Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 596.614**. Relatoria do Ministro Marco Aurélio. Julgamento em 24 abr. 2019. Diário de Justiça, 20 set. 2019.

<sup>34</sup> “Águas, incluindo as águas minerais e as águas gaseificadas, adicionadas de açúcar ou de outros edulcorantes ou aromatizadas”.

<sup>35</sup> Preparações compostas, não alcoólicas (extratos concentrados ou sabores concentrados) para elaboração de bebida na posição 22.02, com capacidade de diluição superior a 10 partes da bebida para cada parte do concentrado.

situação ficou daquela forma até a edição do Decreto n. 11.047, de 14 de abril de 2022, reduziu a alíquota de IPI de diversos produtos em 25%, incluindo o concentrado, que passou de 8% para 6%. Por fim, veio o Decreto n. 11.052, de 28 de abril de 2022, que reduziu a alíquota para zero.

Antes do último decreto mencionado, chamava atenção o fato de a tributação do insumo ser superior à tributação do produto final, algo que raramente acontece no Direito Tributário. Essa situação já foi objeto de uma Nota de Repúdio emitida pela Aliança de Controle do Tabagismo (ACT), organização não governamental que atua na promoção e defesa de políticas de saúde pública, como políticas fiscais de desestímulo ao consumo de alimentos que fazem mal à saúde.

Segundo a ACT, por mais que pareça contraditório, quanto maior a tributação do concentrado de refrigerante, maior o benefício fiscal concedido às empresas de refrigerantes, em razão do crédito de IPI obtido na aquisição dos insumos. O benefício fica ainda maior quando o insumo é proveniente da ZFM, tendo em vista que há crédito na aquisição do concentrado, sem que tenha havido um débito<sup>36</sup>.

Para que se compreenda se de fato há um “benefício fiscal” atribuído a refrigerantes na legislação brasileira, é necessário primeiramente conhecer o funcionamento da cadeia de produção dos refrigerantes e a peculiar sistemática de tributação a eles atribuída pela Lei n. 13.097, de 19 de janeiro de 2015, para que, em seguida, se compreenda qual o motivo das alterações constantes das alíquotas de IPI do concentrado refrigerante e qual a repercussão disso na carga tributária total do produto.

#### 4.1 CADEIA DE PRODUÇÃO DOS REFRIGERANTES

O processo de produção de refrigerante atualmente é dependente dos produtores do concentrado ou xarope de refrigerante, que normalmente ficam em locais estratégicos, próximos da matéria-prima necessária e onde possam manter a fórmula utilizada em segredo com mais facilidade<sup>37</sup>.

Fabricado o concentrado, ele pode ser adicionado ou não de açúcar, para depois ser encaminhado ao engarrafador, que adiciona água gaseificada (acrescentada de dióxido de carbono), e coloca o produto no recipiente apropriado<sup>38</sup>, que pode ser uma garrafa PET, uma garrafa de vidro, uma lata de alumínio, entre outros.

No Brasil, o processo de engarrafamento pode ser realizado pela própria empresa matriz, que fabrica o concentrado, ou por engarrafadores licenciados e centros de distribuição terceirizados<sup>39</sup>, a depender da estratégia de logística da empresa e do planejamento tributário. Uma vez finalizado o processo de engarrafamento, não há mais nenhum processo industrial a ser realizado.

<sup>36</sup> ACT. **Nota de repúdio aos subsídios fiscais para refrigerantes pelo decreto n. 10.254/2020**, *online*, 2020. Disponível em: <https://actbr.org.br/post/nota-de-repudio-aos-subsidios-fiscais-para-refrigerantes-pelo-decreto-n-102542020/18318/>. Acesso em: 6 fev. 2022.

<sup>37</sup> VALENTE JUNIOR, A.S.; ALVES, F.C.D.; SANTOS, L.S. Bebidas não alcoólicas: segmento de refrigerantes. **Caderno Setorial ETENE**, v. 1, n. 2, 2016, p. 2.

<sup>38</sup> SIERRA SERVICES INC.; SUPPLY CHAIN MANAGEMENT CENTER (SCMC). **Breaking Down the Chain**: Guide to the Soft Drink Industry, *online*, 2011. Disponível em: [http://www.foodpolitics.com/wp-content/uploads/SoftDrinkIndustryMarketing\\_11.pdf](http://www.foodpolitics.com/wp-content/uploads/SoftDrinkIndustryMarketing_11.pdf). Acesso em: 1 fev. 2022.

<sup>39</sup> VALENTE JUNIOR, A.S.; ALVES, F.C.D.; SANTOS, L.S. Bebidas não alcoólicas: segmento de refrigerantes. **Caderno Setorial ETENE**, v. 1, n. 2, 2016, p. 2.

O produto final é encaminhado aos distribuidores, e posteriormente vendido aos supermercados<sup>40</sup>. A depender da demanda, os produtos podem ser vendidos a um mercado atacadista, que, por sua vez, efetua a venda ao mercado varejista, ou podem ser vendidos diretamente ao mercado varejista.

O procedimento mais recorrente é a produção do concentrado de refrigerante pela indústria de refrigerante com sua venda posterior à indústria engarrafadora, que por sua vez, repassa o produto final às distribuidoras e as vendas são em sequência realizadas para supermercados atacadistas, que vendem para supermercados varejistas, que vendem para o consumidor final.

Algumas variações, contudo, podem vir a surgir na cadeia, como o que se observa nas redes *fast food*, por exemplo, que apesar de serem consideradas varejistas, adquirem o concentrado, e não o produto final. O processo de mistura do concentrado com água carbonatada é feita no próprio estabelecimento em um processo simplificado. Além disso, Valente Junior afirma que empresas pequenas de refrigerante normalmente fabricam o concentrado e realizam o processo de engarrafamento no mesmo local, havendo nesse caso apenas uma etapa industrial na cadeia produtiva<sup>41</sup>. Compreendida a cadeia de produção dos refrigerantes, torna-se mais fácil compreender a sistemática de tributação do produto.

#### 4.2 A SISTEMÁTICA DE TRIBUTAÇÃO DE IPI APLICADA A REFRIGERANTES: O ANTES E O DEPOIS DO DECRETO N. 11.052/2022

Os concentrados de refrigerantes seguem a sistemática padrão de tributação do IPI, mas o produto final refrigerante tem uma sistemática própria, estabelecida pela Lei n. 13.097, de 19 de janeiro de 2015.

A lei fixa uma alíquota de 4% para refrigerantes, com uma redução da carga tributária em 25% nas vendas diretas ao atacadista, desde que o estabelecimento industrial não seja optante do Simples Nacional. A lei contempla ainda um anexo contendo alíquotas mínimas de IPI, que variam de acordo com o tipo de embalagem em que é colocado o produto<sup>42</sup>. Vale destacar, no entanto, que a lei ressaltava a possibilidade de eventuais reduções, o que aconteceu no Decreto n. 11.055/2022, que reduziu para 2,6% a alíquota.

Antes das alterações de 2022, a alíquota de IPI do concentrado de refrigerante era de 8%, de forma que, ainda que houvesse crédito de IPI para as engarrafadoras, parecia ser mais lucrativo para a indústria de refrigerante vender o produto final já pronto em uma etapa única de industrialização, uma vez que haveria incidência de IPI em apenas uma etapa na alíquota de 4%, podendo esta inclusive vir a ser reduzida em 3%, caso a venda seja efetuada diretamente a supermercados varejistas, como pequenas indústrias costumam fazer.

<sup>40</sup> SIERRA SERVICES INC.; SUPPLY CHAIN MANAGEMENT CENTER (SCMC). **Breaking Down the Chain**: Guide to the Soft Drink Industry, *online*, 2011. Disponível em: [http://www.foodpolitics.com/wp-content/uploads/SoftDrinkIndustryMarketing\\_11.pdf](http://www.foodpolitics.com/wp-content/uploads/SoftDrinkIndustryMarketing_11.pdf). Acesso em: 1 fev. 2022.

<sup>41</sup> VALENTE JUNIOR, A.S.; ALVES, F.C.D.; SANTOS, L.S. Bebidas não alcoólicas: segmento de refrigerantes. **Caderno Setorial ETENE**, v. 1, n. 2, 2016, p. 2.

<sup>42</sup> **Lei n. 13.097, de 19 de janeiro de 2015.**

No entanto, algumas falhas na legislação brasileira propiciaram a realização de uma estratégia bastante lucrativa para as grandes multinacionais, que dispõem de uma complexa rede logística de alcance nacional, essencial na estratégia por elas empregada.

A demanda brasileira por refrigerantes é suprida em torno de 80%, por apenas duas grandes companhias multinacionais, a Coca-Cola com aproximadamente 60% e a Ambev com aproximadamente 20%<sup>43</sup>. Ressalte-se que a sistemática de tributação da Lei n. 13.097/15, em relação aos refrigerantes, deveria beneficiar mais as pequenas indústrias, mas, na prática, ocorria o fenômeno inverso.

A logística aplicada pelas multinacionais consiste em centralizar a produção de insumos destinados para todo o país na Zona Franca de Manaus. Tendo em vista a existência de isenção de IPI para produtos fabricados na ZFM, pouco importa para o produtor do insumo a alíquota aplicada.

No entanto, para as engarrafadoras, era interessante que a alíquota de IPI incidente sobre os insumos utilizados fosse elevada, visto que o crédito presumido de IPI seria tão elevado quanto fosse a alíquota. Quando a alíquota do insumo do refrigerante era fixada em um percentual muito superior ao do produto final, havia potencial para gerar um crédito capaz de superar o débito de IPI das engarrafadoras, ocasionando uma carga tributária muito baixa, podendo até mesmo ser negativa, ou seja, a indústria engarrafadora não recolheria valor algum a título de IPI e ainda poderia obter restituição do excedente por parte da União.

Essa estratégia garante não apenas que o refrigerante, produto que, quando consumido em excesso, faz mal à saúde, tenha uma tributação vantajosa, como também assegura que multinacionais, que tenham uma demanda forte o suficiente para conseguir se estabelecer no Brasil inteiro, levem vantagem sobre pequenas indústrias que não conseguem realizar sua produção de insumos na ZFM.

Por esse motivo, ganhou contorno interessante o Decreto n. 11.052/2022, quando reduziu a alíquota de IPI do concentrado para 0%. Para os produtores de concentrado estabelecidos na Zona Franca de Manaus essa medida não fez diferença alguma no que tange à carga tributária, mas as engarrafadoras que adquiriam produtos de lá perderam os créditos presumidos a que faziam jus na sistemática anterior.

Essa mudança pode gerar alguns prejuízos para o Estado do Amazonas, tendo em vista que o fim dos créditos presumidos para as engarrafadoras pode ser um fator motivador para a decisão das multinacionais de retirar a produção de concentrados do Estado do Amazonas, onde custa mais caro para se estabelecer.

#### 4.3 UMA ANÁLISE CRÍTICA DA MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 7.153/2022

Os recentes Decretos n. 11.047/2022, 11.052/2022 e 11.055/2022 foram editados com o objetivo de incentivar a industrialização no país, reduzindo a alíquota de IPI de alguns produtos.

---

<sup>43</sup> CERVIERI JÚNIOR, Osmar. *Panoramas setoriais 2030: bebidas*. In: **Panoramas setoriais 2030: desafios e oportunidades para o Brasil**. Rio de Janeiro: Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social, 2017, p. 72.

O Decreto n. 11.047/2022 reduziu a alíquota de diversos produtos, incluindo o concentrado de refrigerante e o próprio refrigerante, cujas alíquotas mudaram de 8% e 4%, respectivamente, para 6% e 3%. Posteriormente, este Decreto foi revogado pelo Decreto n. 11.055/2022, que reduziu ainda mais as alíquotas. Dessa forma, o IPI de refrigerantes foi reduzido novamente para 2,6%. O IPI de concentrados não se alterou, pois já fora reduzido a 0% pelo Decreto n. 11.052/2022.

O primeiro esclarecimento a se fazer é que a isenção de IPI para produtos fabricados na ZFM não foi revogada. O incentivo continua previsto no Regulamento do IPI sem alterações. O mesmo vale para o entendimento do STF que previu a possibilidade de usufruto de crédito presumido por empresas que adquirem insumos da ZFM, o qual ainda não foi superado.

A medida pode ser prejudicial a alguns segmentos industriais cuja produção é concentrada na ZFM, em especial o dos refrigerantes, pois a redução das alíquotas implica consequentemente em redução dos créditos presumidos de IPI, ainda que persista o direito a estes.

O Estado do Amazonas sentiu-se prejudicado, o que motivou o ajuizamento de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade de autoria do Partido Solidariedade, a ADI n. 7153, em 1º de maio de 2022, na qual postula pela suspensão dos mencionados decretos presidenciais, apesar de o Decreto n. 11.047/2022 já ter sido revogado, no que tange a operações envolvendo a Zona Franca de Manaus.

Após o ajuizamento da ação, o relator, Ministro Alexandre Moraes deferiu medida cautelar postulada suspendendo os efeitos dos mencionados decretos apenas no que se refere a produtos produzidos na Zona Franca de Manaus, com o seguinte dispositivo:

Diante do exposto, com fundamento no art. 10, § 3º, da Lei 9.868/1999, e no art. 21, V, do RISTF, CONCEDO A MEDIDA CAUTELAR, ad referendum do Plenário desta SUPREMA CORTE, para SUSPENDER OS EFEITOS da íntegra do Decreto 11.052, de 28/04/2022 e dos Decretos 11.047, de 14/04/2022, e 11.055, de 28/04/2022, apenas no tocante à redução das alíquotas em relação aos produtos produzidos pelas indústrias da Zona Franca de Manaus que possuem o Processo Produtivo Básico, conforme conceito constante do art. 7º, § 8º, b, da Lei 8.387/1991<sup>44</sup>.

A decisão teve uma repercussão nacional, uma vez que envolveu diversos produtos. Alguns serão tributados conforme a nova tabela de IPI, outros permanecerão com a tributação da tabela antiga, o que pode causar muita dúvida e insegurança jurídica. Talvez uma listagem dos NCMs dos produtos fosse necessária para que se tivesse mais certeza a respeito do quais os produtos específicos passaram a ter alíquota reduzida.

No entanto, essa problemática não diz respeito aos refrigerantes nem aos concentrados de refrigerantes, que certamente terão suas alíquotas mantidas, já que um dos focos principais da ação é exatamente o polo de produção dos refrigerantes.

Como explicado, a isenção de IPI para produtos de origem da ZFM continua, bem como os créditos presumidos para empresas que adquirem produtos lá. Os créditos

<sup>44</sup> Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 7153**. Relatoria do Ministro Alexandre de Moraes. Julgamento em 06 de maio de 2022.

presumidos foram reduzidos, em decorrência da redução das alíquotas, mas prevaleceram. No entanto, o autor da ADI entende que a manutenção desses benefícios não é o suficiente para manter a produção na ZFM viável, pois além da isenção de IPI da ZFM, é necessário que outras regiões do País tenham alíquotas de IPI altas o suficiente para que não compense a industrialização em outros locais, conforme dispõe o autor da ação:

A partir do momento que o Decreto Federal n. 11.047, de 14.04.2022 reduziu de forma linear em 25% a alíquota sobre os produtos, a vantagem comparativa de se produzir na Zona Franca de Manaus deixou de existir, uma vez que é exatamente a cesta de incentivos fiscais (incluído o IPI) que faz com que as dificuldades de logística e distância em relação ao mercado consumidor (Sudeste, principalmente) seja superada e faça com que as empresas decidam investir na região. E o último Decreto estendendo para 35%, aprofunda a perda de competitividade, desferindo o tiro de misericórdia neste exitoso modelo econômico<sup>45</sup>.

A primeira observação que se faz sobre esse pleito é que não é apenas o Estado do Amazonas que precisa ter a industrialização incentivada. Isso também vale para outras regiões como Nordeste, Centro-Oeste e até mesmo outros estados do Norte. Pleitear que benefícios concedidos à região Norte sejam mantidos é legítimo, mas pleitear que benefícios não sejam concedidos a outras regiões é algo que transcende a proteção constitucional que tem a ZFM.

A segunda observação, que trata especificamente de refrigerantes, tem uma implicação mais prática. Por mais que a indústria de refrigerantes gere empregos e traga receitas para o País, isso não muda o fato de que o refrigerante, quando consumido em excesso, é um produto que faz mal à saúde. Esses benefícios vêm com um custo alto, o custo de manter um sistema público de saúde sobrecarregado de pessoas portadoras de doenças crônicas não transmissíveis, como obesidade e até mesmo *diabetes*.

A geração de receitas advindas de empresas multinacionais é importante, mas o Brasil precisa encontrar outros caminhos na sua industrialização, e a redução das alíquotas de IPI de diversos produtos é uma forma de fazer isso. Até então, o Brasil vem na contramão do mundo e das recomendações da OMS, no que atine à tributação de refrigerantes, e isso não pode ser mantido apenas para fins de preservação do Estado do Amazonas.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apesar de ser a arrecadação a função principal de um imposto, nada impede que este tenha efeitos extrafiscais que que estimulem ou desestimulem determinadas ações ou omissões. Em se tratando de saúde pública, a majoração de tributos incidentes sobre bebidas açucaradas que fazem mal à saúde é interessante no desestímulo de seu consumo.

O IPI é um tributo incidente sobre produtos industrializados, marcado por sua seletividade e sua não cumulatividade. Quanto à última característica, observou-se que,

---

<sup>45</sup> Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 7153**. Relatoria do Ministro Alexandre de Moraes. Julgamento em 06 de maio de 2022.

em havendo duas operações consecutivas tributadas pelo IPI, o aproveitamento de créditos na segunda só é viável se houver cobrança do tributo na primeira, segundo entendimento do STF. Exceção se vislumbra no que tange à Zona Franca de Manaus, em que os insumos são isentos de IPI, mas ainda assim garantem o creditamento na operação subsequente.

No que tange ao refrigerante, o princípio da seletividade do IPI não está sendo devidamente respeitado quando se põe uma alíquota tão baixa, de apenas 2,6%, num produto que não é essencial e ainda faz mal à saúde. Além disso, a existência de alíquotas elevadas para insumos de refrigerante também é muito incomum no ordenamento brasileiro. Foi constatado que a estratégia de logística de que se utilizam as multinacionais com a produção do concentrado na ZFM as confere uma vantagem tributária significativa para um produto cujo consumo deveria ser desestimulado.

Os Decretos n. 11.047, 11.052 e 11.055, todos de 2022, não vieram com a intenção de prejudicar a Zona Franca de Manaus, e sim de estimular desenvolvimento econômico e políticas de saúde, este segundo estímulo referente especificamente ao Decreto n. 11.052, que trata apenas do concentrado de refrigerante. Obstar o sucesso dessas iniciativas apenas para manter estáveis as circunstâncias financeiras de apenas um dos vinte sete estados não aparenta ser uma ponderação razoável, principalmente levando-se em conta que nenhum dos benefícios da ZFM ou de empresas que adquirem produtos de lá foram revogados.

Observa-se que o Brasil vem na contramão das tendências vislumbradas em outros países e das recomendações da OMS, já que o ordenamento brasileiro viabiliza vantagens tributárias a indústrias que produzem alimentos danosos à saúde. Dessa forma, espera-se que a industrialização não tenha se desenvolvido obstado e que possa trilhar caminhos diferentes, distantes de produtos que fazem mal saúde, como os refrigerantes e seus insumos.

## REFERÊNCIAS

ACT. **Nota de repúdio aos subsídios fiscais para refrigerantes pelo decreto n. 10.254/2020**, *online*, 2020. Disponível em: <https://actbr.org.br/post/nota-de-repudio-aos-subsidios-fiscais-para-refrigerantes-pelo-decreto-n-102542020/18318/>. Acesso em: 6 fev. 2022.

BIRCHALL, Guy, et al. Sugar tax 2018 explained: what is it, when did it start, how much is the new fizzy drinks tax and is Coke now more expensive? **The Sun**. 2018. Disponível em: <<https://www.thesun.co.uk/news/1619208/sugar-tax-uk-fizzy-drinks-coke-sugar-cost/>> Acesso em: 27 abr. 2022.

BRASIL. Ministério da Saúde, **Síndrome Metabólica é a nova Dica em Saúde disponível na BVS MS**, *online*. Disponível em: [https://bvsmms.saude.gov.br/sindrome-metabolica-e-a-nova-dica-em-saude-disponivel-na-bvs-ms/#:~:text=Boletins%20Tem%C3%A1ticos-,S%C3%ADndrome%20Metab%C3%B3lica%20%C3%A9%20a%20nova%20Dica%20em%20Sa%C3%ADde%20dispon%C3%ADvel%20na,doen%C3%A7as%20card%C3%ADacas%2C%20derrames%20e%20diabetes](https://bvsmms.saude.gov.br/sindrome-metabolica-e-a-nova-dica-em-saude-disponivel-na-bvs-ms/#:~:text=Boletins%20Tem%C3%A1ticos-,S%C3%ADndrome%20Metab%C3%B3lica%20%C3%A9%20a%20nova%20Dica%20em%20Sa%C3%ADde%20dispon%C3%ADvel%20na,doen%C3%A7as%20card%C3%ADacas%2C%20derrames%20e%20diabetes.). Acesso em: 16 abr. 2022.

BRASIL. Ministério da Saúde, **Plano de Ações Estratégicas para o enfrentamento das Doenças Crônicas não transmissíveis (DCNT) no Brasil 2011-2022**, 2011, *online*. Disponível em: [https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/plano\\_acoes\\_enfrent\\_dcnt\\_2011.pdf](https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/plano_acoes_enfrent_dcnt_2011.pdf). Acesso em: 16 abr. 2022.

BRASIL. Ministério da Saúde. **26/6 – Dia Nacional do Diabetes**, 2020, *online*. Disponível em: <https://bvsmis.saude.gov.br/26-6-dia-nacional-do-diabetes-4/>. Acesso em: 16 abr. 2022.

CALIENDO, Paulo; SILVA, Bruno Costa. Direito à saúde, alimentação saudável e extrafiscalidade. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 108, p. 191-210, 2016.

CASTRO, E.M.L.R.; LUSTOZA, H.K.; GOUVÊA, M. F. **Tributos em Espécie**. Bahía: JusPodvin, 2. ed. 2015.

CALIENDO, Paulo. **Curso de direito tributário**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

CEARÁ. Secretaria da Fazenda. **Instrução Normativa 06 de 29 de janeiro de 2019**. Divulga os valores relativos à venda a consumidor final de refrigerantes, para efeito de cobrança do ICMS por substituição tributária. Diário Oficial do Estado do Ceará, 29 jan. 2019.

CERVIERI JUNIOR, Osmar; et al. **O setor de bebidas no Brasil**. BNDES, 2014. Disponível em: [https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/bitstream/1408/3462/1/BS%2040%20O%20setor%20de%20bebidas%20no%20Brasil\\_P.pdf](https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/bitstream/1408/3462/1/BS%2040%20O%20setor%20de%20bebidas%20no%20Brasil_P.pdf). Acesso em: 1 fev. 2022.

CERVIERI JÚNIOR, Osmar. Panoramas setoriais 2030: bebidas. In: **Panoramas setoriais 2030: desafios e oportunidades para o Brasil**. Rio de Janeiro: Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social, 2017. p. 69-78.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; FERREIRA, Renata Marques. **Segurança alimentar e desenvolvimento sustentável: a tutela jurídica da alimentação e das empresas alimentares em face do direito ambiental brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

MALTA, Deborah Carvalho et al. Doenças crônicas não transmissíveis e a utilização de serviços de saúde: análise da Pesquisa Nacional de Saúde no Brasil. **Revista de Saúde Pública**. 2017;51 Supl 1:4s. Disponível em: [http://www.scielo.br/pdf/rsp/v51s1/pt\\_0034-8910-rsp-S1518-87872017051000090.pdf](http://www.scielo.br/pdf/rsp/v51s1/pt_0034-8910-rsp-S1518-87872017051000090.pdf) Acesso em: 10 maio 2022.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Diretriz: Ingestão de Açúcar por adultos e crianças**. 2015. Disponível em: [http://www.paho.org/bra/images/stories/GCC/ingestao de acucars por adultos e crianças\\_portugues.pdf](http://www.paho.org/bra/images/stories/GCC/ingestao%20de%20acucars%20por%20adultos%20e%20criancas_portugues.pdf). Acesso em: 25 set. 2022.

PAULSEN, Leandro. **Curso de direito tributário completo**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 224.

PERTUSSATTO, Erik Willian. Fat taxes: um objetivo louvável por caminhos tortuosos. In: CALIENDO, Paulo; LIETZ, Bruna. **Direito tributário e novas tecnologias**. Porto Alegre: Editora Fi, 2021, p. 202-203.

SIERRA SERVICES INC.; SUPPLY CHAIN MANAGEMENT CENTER (SCMC). **Breaking Down the Chain: Guide to the Soft Drink Industry**, *online*, 2011. Disponível em: [http://www.foodpolitics.com/wp-content/uploads/SoftDrinkIndustryMarketing\\_11.pdf](http://www.foodpolitics.com/wp-content/uploads/SoftDrinkIndustryMarketing_11.pdf). Acesso em: 1 fev. 2022.

SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard H. **Nudge: como tomar melhores decisões sobre saúde, dinheiro e felicidade**. Trad. Ângelo Lessa. 1. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2019.

SWEENEY, Kim; RASMUSSEN, Bruce; SHEEHAN, Peter. **The Impact of Health on Worker Attendance and Productivity in Twelve Countries**. Victoria University. Disponível em: <http://www.brazilcouncil.org/wp-content/uploads/2015/11/TheImpact-of-Health-on-Worker-Attendanceand-Productivity-in-12-countries.pdf>. Acesso em: 27 abr. 2022.

VALENTE JÚNIOR, Airton Saboya; ALVES, Francisca Crísia Diniz; SANTOS, Lucas Sousa dos. Bebidas não alcoólicas: segmento de refrigerantes. **Caderno Setorial ETENE**, 2016.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Fiscal policies for diet and prevention of noncommunicable diseases**: technical meeting report. 2016. Disponível em: <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/250131/9789241511247-eng.pdf;jsessionid=F5B0877D3B77D2FE841C61817FAE835C?sequence=1>. Acesso em: 18 maio 2022.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Taxes on sugary drinks: Why do it?**, 2016, *online*. Disponível em: <http://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/260253/WHO-NMH-PND-16.5Rev.1-eng.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2022.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **WHO urges global action to curtail consumption and health impacts of sugary drinks**, 2016, *online*. Disponível em: <https://www.who.int/news/item/11-10-2016-who-urges-global-action-to-curtail-consumption-and-health-impacts-of-sugary-drinks>. Acesso em: 16 abr. 2022.





---

## DOCTRINA ESTRANGEIRA

---





## LA TASSAZIONE AMBIENTALE, NELLA PROSPETTIVA EUROPEA<sup>1</sup>

*Alberto Comelli<sup>2</sup>*

### RIASSUNTO

L'articolo si propone di esaminare e di valutare, alla luce del *Green Deal* europeo, le importanti comunicazioni della Commissione 18 maggio 2021, COM (2021) 251 *final*, in materia di "tassazione delle imprese per il XXI secolo" e 14 luglio 2021, COM (2021) 550 *final*, in relazione agli obiettivi climatici. Vengono, poi, approfondite la proposta di direttiva COM (2021) 563 *final*, che riscrive in larga misura il testo della direttiva 2003/96/CE, in materia di tassazione dei prodotti energetici e dell'elettricità (allineando l'imposizione *in parte qua* agli obiettivi climatici dell'Unione), la proposta di regolamento COM (2021) 564 *final* finalizzata ad istituire un innovativo meccanismo di adeguamento del carbonio alle frontiere dell'Unione (nell'ottica di fare significativi progressi sulla via della decarbonizzazione, in un contesto multilaterale e globale), nonché la proposta di rafforzamento del sistema per lo scambio di quote di emissioni che derivano da attività inquinanti all'interno dell'Unione.

### RESUMO

O artigo visa analisar e avaliar, à luz do Pacto Ecológico Europeu, as importantes comunicações da Comissão de 18 de maio de 2021, COM (2021) 251 *final*, sobre "tributação das empresas para o século XXI" e de 14 de julho de 2021, COM (2021) 550 *final*, em relação aos objetivos climáticos. Aprofunda-se então a proposta de diretiva COM (2021) 563 *final*, que reescreve em grande medida o texto da diretiva 2003/96/CE, relativa à tributação dos produtos energéticos e da eletricidade (alinhando parcialmente a tributação com os objetivos climáticos da União), a proposta de regulamento COM (2021) 564 que visa estabelecer um mecanismo inovador de ajustamento do carbono nas fronteiras da União (com vista a fazer progressos significativos na via da descarbonização, num contexto multilateral e global), bem como a proposta de reforço do sistema de comércio de licenças de emissão resultantes de atividades poluentes na União.

<sup>1</sup> Questo contributo trae origine, con numerose modifiche e l'inserimento delle note, dalla relazione svolta in data 21 settembre 2021 presso la *Summer School in Circular Economy and Environmental Taxation* dell'Università di Bari Aldo Moro, Dipartimento di giurisprudenza e dalla relazione svolta il 23 settembre 2021, durante la *22nd Global Conference on Environmental Taxation*, organizzata dall'Università di Groningen. L'articolo è pubblicato in *Dir. prat. trib.*, 2022, 791 ss.

<sup>2</sup> Professor de Direito Tributário – Universidade de Parma/Itália. E-mail: [alberto.comelli@unipr.it](mailto:alberto.comelli@unipr.it)

**Palavras-chave:** tributação ambiental; mecanismo de ajuste de carbono da fronteira; Pacto Ecológico Europeu.

### 1. Considerazioni introduttive: dal Green Deal europeo alle proposte della Commissione europea del 14 luglio 2021

Nella relazione presentata durante i lavori della *Global Conference on Environmental Taxation* che si è svolta il 24 e 25 settembre 2020, ho analizzato, *inter alia*, le comunicazioni della Commissione europea 11 dicembre 2019 COM (2019) 640 *final*, denominata comunemente *Green Deal* europeo<sup>3</sup> e 15 luglio 2020 COM (2020) 312 *final*, che contiene il piano d'azione in materia tributaria, articolato in 25 ambiziose azioni, al fine di sostenere la ripresa economica dopo la crisi sanitaria<sup>4</sup>.

Nel solco tracciato da questi due importanti documenti di *soft law*, la Commissione ha proseguito, nell'ultimo anno, la sua preziosa attività di impulso, a livello legislativo, nei confronti degli Stati membri. Vanno segnalate, al riguardo, due importanti comunicazioni<sup>5</sup>, che saranno analizzate nel prossimo paragrafo: la COM (2021) 251 *final*, in materia di "tassazione delle imprese per il XXI secolo" e la COM (2021) 550 *final*, in materia di obiettivi climatici, da raggiungere entro il 2030<sup>6</sup> e il 2050, come sarà meglio precisato più innanzi.

Nei paragrafi successivi, verranno analizzate, in estrema sintesi, le novità più rilevanti che derivano dalle numerose e articolate proposte avanzate dalla Commissione in data 14 luglio 2021, orientate a favorire il contrasto al cambiamento climatico antropogenico, la crescita economica sostenibile e la transizione verde<sup>7</sup>.

Non sarà analizzato, invece, il pur importante report dell'OCSE pubblicato il 25 gennaio 2021, col titolo: "*Taxing Energy Use for Sustainable Development*", laddove questa relazione è calibrata

---

<sup>3</sup> Afferma E. Bruti Liberati, *Politiche di decarbonizzazione, costituzione economica europea e assetti di governance*, in *Dir. pubbl.*, 2021, 415 e 416, che, a partire dalla fine dell'anno 2019, la Commissione ha "cercato di imprimere una forte accelerazione alle politiche di contrasto al cambiamento climatico" e cita, al riguardo, proprio il *Green Deal* europeo come momento di avvio di tale fenomeno, alla luce del quale "risulta in modo oggettivo la volontà di agire più incisivamente per promuovere la decarbonizzazione dell'economia europea", pur essendo alcuni aspetti di queste nuove politiche europee ancora indefiniti. Sul *Green Deal* europeo, cfr. anche H. Kogels, *Energy Taxes and Emissions Trading on the Bumpy Road to a Climate Neutral EU*, in *EC Tax Review*, 2020, 208 ss.

<sup>4</sup> Sia consentito rinviare a A. Comelli, *Riflessioni sulla tassazione ambientale, all'epoca della pandemia innescata dal Covid-19, nella prospettiva di un'ampia riforma tributaria*, *retro*, 2021, 44 ss.; Id., *Environmental Taxation in an Age of COVID-19: an Italian Approach*, in H. Ashiabor, J.E. Milne, M. Skou Andersen (a cura di), *Environmental Taxation in the Pandemic Era*, Cheltenham (Regno Unito), Northampton (Stati Uniti), 2021, 155 ss.

<sup>5</sup> Non sarà analizzata la comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni 12 maggio 2021, COM(2021) 400 *final*, contenente il piano d'azione dell'Unione "verso l'inquinamento zero per l'aria, l'acqua e il suolo". Difatti, questa comunicazione non prende in esame la tassazione ambientale, se si eccettua il generico riferimento alla valutazione, da parte della stessa Commissione, della revisione della direttiva sulla tassazione dell'energia, che auspica "possa contribuire a far sì che gli utenti siano incoraggiati a scegliere fonti di energia meno inquinanti". Inoltre, aggiunge la Commissione in questa comunicazione che la tassazione ambientale può contribuire, in modo significativo, a ridurre l'inquinamento, come definito precisamente nell'art. 3, punto 2) della direttiva 2010/75/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, in materia di emissioni industriali e, segnatamente, di prevenzione e riduzione integrate dell'inquinamento.

<sup>6</sup> Sull'ambizioso obiettivo climatico da raggiungere entro l'anno 2030, v. già la comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni COM(2020) 562 *final*, *passim*.

<sup>7</sup> Sul concetto di giustizia climatica, v. l'interessante saggio di S. Baldin, P. Viola, *L'obbligazione climatica nelle aule giudiziarie. Teorie ed elementi determinanti di giustizia climatica*, in *Dir. pubbl. comp. ed europ.*, 2021, 597 ss. e, specialmente, 597 e 598. In particolare, l'analisi svolta dagli Autori ha per oggetto il "complesso di teorie, diritti e argomentazioni giuridiche che rilevano nelle cause promosse contro" gli Stati che sono "ritenuti inerti o poco incisivi nell'adottare misure per limitare le emissioni di gas a effetto serra prodotte dalle attività umane, responsabili di alterazioni nell'atmosfera". Nel contesto europeo, gli Autori citano e descrivono le argomentazioni sostenute in quattro cause nei confronti di Stati europei.

sul diritto dell'Unione europea e, segnatamente, sulle recenti importanti proposte della Commissione europea, formalizzate il 14 luglio 2021.

2. *Le recenti comunicazioni della Commissione 18 maggio 2021, COM (2021) 251 final, in materia di "tassazione delle imprese per il XXI secolo" e 14 luglio 2021, COM (2021) 550 final, in relazione agli obiettivi climatici*

La Commissione europea, dimostrando un'innegabile sensibilità verso le tematiche della protezione ambientale e dell'economia circolare<sup>8</sup>, ha confezionato due importanti comunicazioni, in meno di due mesi, che meritano di essere opportunamente analizzate, sul versante tributario. Entrambe le comunicazioni richiamano il *Green Deal* europeo, sotto il profilo di un'auspicata crescita equa e sostenibile e ne confermano gli obiettivi e la strategia ad essi sottesa<sup>9</sup>.

Nella comunicazione al Parlamento europeo e al Consiglio 18 maggio 2021, COM (2021) 251 *final*, col titolo: "tassazione delle imprese per il XXI secolo", la Commissione sostiene che i principi che governano la disciplina dell'imposizione delle imprese, a livello internazionale, sono ormai obsoleti e che è necessario impostare su nuove basi l'imposizione sulle imprese<sup>10</sup>.

Sotto il profilo della "transizione verde" e della tassazione ambientale<sup>11</sup>, la Commissione conferma l'imminente presentazione di una proposta di riformulazione della direttiva 2003/96/CE del Consiglio in materia di tassazione dei prodotti energetici e dell'elettricità<sup>12</sup>, "razionalizzando il sistema delle aliquote minime ed eliminando esenzioni e aliquote ridotte obsolete". Inoltre, essa ribadisce che, contestualmente alla proposta di riforma di questa direttiva, sarà presentato "un meccanismo di adeguamento del carbonio alle frontiere"<sup>13</sup>,

<sup>8</sup> Sul rapporto tra l'ambiente e l'economia circolare, cfr. l'interessante contributo di M. Greggi, *L'ambiente e l'economia circolare nel diritto tributario*, in A.F. Uricchio, G. Selicato (a cura di), *Circular Economy and Environmental Taxation*, Atti della Summer School, Bari 9-15 settembre 2019, Bari, 2020, 25 ss. e, segnatamente, 27, in cui l'Autore sottolinea opportunamente che la strumentazione tributaria può essere molto utile al fine di promuovere "buone pratiche ambientali, finalizzate a coniugare lo sviluppo del Paese con la protezione delle risorse naturali". Aggiunge l'Autore che, da un lato, "la tutela della natura si è intrecciata con la necessità di migliorare lo sviluppo del sistema-paese in un'ottica di sostenibilità delle scelte" e, dall'altro, l'economia circolare va intesa "come una particolare forma di tutela dell'ambiente, che si attua attraverso una strategia d'impresa, e scelte di consumo, finalizzate a minimizzare l'impatto sull'ambiente, e mediante meccaniche di produzione orientate al riutilizzo delle risorse impiegate (e non del tutto esauste) in altri settori produttivi". V. anche M. Allena, *Circular Economy and Sustainability Among Former Foodstuff, Surplus Food and Food Waste: Fiscal Issues*, in A.F. Uricchio, G. Selicato (a cura di), *Circular Economy and Environmental Taxation*, cit., 65 ss.

<sup>9</sup> Cfr. R. Miceli, *Green Deal e politiche fiscali territoriali. Il nuovo quadro europeo dell'integrazione per differenziazione*, in *Riv. trim. dir. trib.*, 2022, 137 ss.

<sup>10</sup> Secondo la Commissione, dovrebbe essere modificata la ripartizione degli utili imponibili, prodotti da un gruppo di imprese (operante in più di uno Stato membro), tra gli Stati membri nei quali opera (sulla base di una formula, denominata "formula di ripartizione"), laddove i concetti di residenza fiscale e di Stato della fonte sono entrati in crisi. A tal fine, la Commissione presenterà una proposta (nella quale rifluiranno gli approdi della discussione in corso in sede OCSE), che conterrà le regole fondamentali per la determinazione di una base imponibile comune e, in tale proposta, dovrebbe essere previsto un livello minimo di imposizione effettiva. Queste proposte dovrebbero superare, in larga misura, i disallineamenti tra la disciplina fiscale degli Stati membri, sotto il profilo dell'imposizione sui redditi delle imprese, con una sostanziale riduzione degli ostacoli (di natura fiscale) agli investimenti transfrontalieri e degli adempimenti amministrativi da parte delle imprese, con la previsione di una dichiarazione unica dei redditi per un gruppo, da presentare nell'Unione. Gli utili attribuiti a ciascuno Stato membro, in applicazione della "formula di ripartizione", saranno moltiplicati per le aliquote dell'imposta sul reddito delle imprese, previste dal singolo Stato membro. In tale contesto, quindi, sarà superata la disciplina del transfer pricing negli scambi commerciali tra Stati membri. La comunicazione COM(2021) 251 *final* non indica un termine entro il quale sarà presentata questa importante proposta da parte della Commissione.

<sup>11</sup> Cfr. S. A. Parente, *Tassazione ambientale e politiche d'intervento: principi, rimedi e forme di prelievo. Parte prima*, in *Riv. trim. dir. trib.*, 2020, 623 ss.; Id., *Tassazione ambientale e politiche d'intervento: principi, rimedi e forme di prelievo. Parte seconda*, *ivi*, 2020, 879 ss. e, con riferimento alla conformità dei tributi ambientali rispetto al principio di capacità contributiva, 897 ss.

<sup>12</sup> Cfr. il documento di lavoro della Commissione SWD(2019) 329 dell'11 settembre 2019, il quale contiene una dettagliata valutazione della direttiva 2003/96/CE del Consiglio.

<sup>13</sup> Cfr. A. Majocchi, *Setting a Price for Carbon to Achieve Carbon Neutrality in the European Union*, in H. Ashiabor, J.E. Milne, M. Skou Andersen (a cura di), *Environmental Taxation in the Pandemic Era*, cit., 26 e 27.

unitamente ad “una proposta di revisione del sistema per lo scambio di quote di emissioni nell’UE”. La prima di queste due proposte avrà un duplice obiettivo, *in primis* quello di ridurre il margine di “rischio di rilocalizzazione delle emissioni di carbonio garantendo che il prezzo delle importazioni rifletta in modo più accurato il relativo contenuto di carbonio”. Inoltre, il medesimo meccanismo contribuirà a realizzare gli “obiettivi climatici incentivando i produttori di paesi terzi e gli importatori dell’UE ad adottare tecnologie a bassa emissione di carbonio”.

Conseguentemente, la Commissione, durante la crisi sanitaria ed economica innescata dal COVID-19, non ha rinunciato a ribadire in modo molto chiaro i propri obiettivi in materia di contrasto ai mutamenti climatici, all’inquinamento e al degrado dell’ambiente, a favore della transizione ecologica (vale a dire *green*), della sostenibilità ambientale e dell’economia circolare, implementando più efficacemente il principio “chi inquina paga”<sup>14</sup> e ponendo fine all’epoca dell’inquinamento a titolo (quasi) gratuito.

In questa prospettiva, la strumentazione fiscale diventa un tassello fondamentale e irrinunciabile e dovrebbe essere inquadrata in una cornice di riforme ad ampio respiro del sistema tributario degli Stati membri, di cui la crisi pandemica costituisce un potente incentivo e, quasi, un punto di non ritorno. Difatti, la stessa crisi ha fatto emergere con ogni evidenza la debolezza dei sistemi tributari (e delle finanze pubbliche) degli Stati membri, incapaci, in larga misura, di fronteggiare e gestire l’eccezionalità dell’emergenza, se non con misure spesso temporanee e di corto respiro. La spinta verso l’uscita dal tunnel della crisi e la crescita economica sostenibile passerà (anche) attraverso la capacità degli Stati membri di ripensare i propri sistemi tributari, a partire da alcuni consolidati principi che li governano, i quali dovrebbero essere selettivamente aggiornati.

Peraltro, il 14 luglio 2021 la Commissione ha formalizzato la comunicazione COM (2021) 550 *final*, nella quale ribadisce due fondamentali obiettivi dell’Unione, già resi vincolanti dal regolamento 2021/1119 del Parlamento europeo e del Consiglio del 30 giugno 2021, “che costituisce il quadro per il conseguimento della neutralità climatica”<sup>15</sup>.

Trattasi, da un lato, della riduzione interna netta delle emissioni di gas a effetto serra (al netto degli assorbimenti) di almeno il 55 per cento entro il 2030 rispetto ai livelli del 1990<sup>16</sup> e, dall’altro, del conseguimento della neutralità climatica entro l’anno 2050, nella prospettiva di diventare il primo continente con un impatto ambientale pari a zero, rafforzando, *in parte qua*, la *leadership* dell’Unione a livello mondiale<sup>17</sup>. Questi due obiettivi sono strettamente correlati e il primo dev’essere realizzato nella prospettiva di concretizzare il secondo, laddove la riduzione delle emissioni di gas a effetto serra, *ut supra* descritta, è funzionale rispetto al raggiungimento della neutralità climatica nell’Unione entro l’anno 2050.

Peraltro, questi ambiziosi obiettivi, se realizzati in modo efficiente e tempestivo, potrebbero attuare correttamente il principio generale secondo cui “chi inquina paga”, nelle sue diverse (e

---

<sup>14</sup> R. Miceli, *Il rapporto tra l’ordinamento comunitario e l’autonomia finanziaria degli Enti territoriali*, in *Saggi in ricordo di Augusto Fantozzi*, Pisa, 2020, 627, sottolinea, in modo condivisibile, che il principio “chi inquina paga” presuppone una responsabilità verso la collettività in capo “a chi produce danni all’ambiente, legittimando la predisposizione di strumenti giuridici ed economici per la tutela dell’ambiente stesso”. Tra questi strumenti sono ricompresi “i tributi e le agevolazioni tributarie ambientali, che costituiscono le due espressioni della politica fiscale in materia di ambiente”. Conseguentemente, aggiunge l’Autore, il principio in esame va declinato come “possibilità” non solamente “di sottoporre ad imposizione, attraverso tributi ambientali, i soggetti che danneggiano l’ambiente”, ma anche “di agevolare fiscalmente chi pone in essere comportamenti che rechino un beneficio ovvero evitino un danno all’ambiente stesso”. Sul principio “chi inquina paga”, v. anche S.A. Parente, *Tassazione ambientale e politiche d’intervento: principi, rimedi e forme di prelievo. Parte prima*, cit., loc. cit., 646 e 647.

<sup>15</sup> Cfr. la proposta di questo regolamento, avanzata dalla Commissione il 17 settembre 2020, COM(2020) 563 *final*.

<sup>16</sup> Cfr. la comunicazione della Commissione COM(2020) 562 *final*, cit., *passim*.

<sup>17</sup> Cfr. gli artt. 1, 2° comma, 2, par. 1 e 4, par. 1 del regolamento 2021/1119, alla luce, in particolare, dei seguenti “considerando”: 2, 7, 12, 16, 24 e 26.

talvolta complesse) sfaccettature e determinare, inoltre, un significativo aumento delle opportunità sotto il profilo dell'innovazione, degli investimenti sostenibili e, con ogni probabilità, anche dell'occupazione.

La comunicazione COM (2021) 550 *final*, inoltre, illustra le numerose proposte (tra loro strettamente collegate e interconnesse) che la Commissione ha presentato in pari data, al fine di realizzare gli obiettivi e la strategia di cui sopra, nell'ottica di "garantire una transizione equa, competitiva e verde entro il 2030 e oltre"<sup>18</sup>. Più precisamente, la comunicazione introduce in modo unitario l'insieme delle proposte e, segnatamente, "rafforza otto atti legislativi esistenti e presenta cinque nuove iniziative in una serie di settori strategici ed economici: clima, energia e combustibili, trasporti, edilizia, uso del suolo e silvicoltura".

Il totale di tredici iniziative presentate contestualmente il 14 luglio 2021, tutte finalizzate a realizzare i medesimi obiettivi, ciascuna nel proprio ambito di applicazione, lascia chiaramente intendere quanto la Commissione stia lavorando seriamente in questo settore, con un approccio onnicomprensivo e globale, verso la neutralità climatica e l'inquinamento pari a zero. Tra queste tredici iniziative, quelle in materia tributaria rappresentano una piccola parte, ma certamente molto significativa, sulla quale si soffermeranno i prossimi paragrafi.

3. – *La proposta di direttiva COM (2021) 563 final, che riscrive in larga parte il testo della direttiva 2003/96/CE, in materia di tassazione dei prodotti energetici e dell'elettricità*

Nell'articolato panorama delle proposte presentate dalla Commissione il 14 luglio 2021, sotto il profilo tributario, troneggia quella (attesa con molto interesse) di revisione della direttiva del Consiglio in materia di tassazione dei prodotti energetici e dell'elettricità, vale a dire la proposta COM (2021) 563 *final*. Essa riscrive in larga parte il testo della direttiva 2003/96/CE del Consiglio<sup>19</sup>, che è da ritenere superata, in quanto non è (né, per come è formulata, potrebbe essere) allineata agli ambiziosi obiettivi in materia di clima, di politica energetica e di contrasto al cambiamento climatico e all'inquinamento, promossi dall'Unione<sup>20</sup>.

In particolare, la direttiva 2003/96/CE non è allineata con il duplice obiettivo di ridurre le emissioni nette di gas con effetto serra di almeno il 55 per cento entro il 2030 rispetto ai livelli del 1990 e di diventare il primo continente a impatto zero, sul piano climatico, entro l'anno 2050. Inoltre, la direttiva medesima non è in sintonia con gli obiettivi dell'Accordo di Parigi e, segnatamente, quanto al contenimento dell'incremento della temperatura a livello globale, né è in grado di supportare la transizione energetica e la crescita sostenibile auspiccate, con molta chiarezza, dall'Unione.

La disciplina fiscale è un tassello fondamentale al fine di raggiungere gli obiettivi di cui sopra e diviene prioritario promuovere la produzione e l'utilizzo di carburanti puliti e di tecnologie in grado di funzionare con essi<sup>21</sup>. Al contrario, dev'essere incrementata l'imposizione sui carburanti che inquinano e, segnatamente, su quelli fossili, eliminando, inoltre, alcune

<sup>18</sup> Su queste proposte cfr. U. Barelli, *L'accelerazione e le incertezze dell'Unione europea sui cambiamenti climatici*, in *Riv. giur. Ambienteditto.it*, 2021, 4, 24-26, in cui l'Autore sottolinea che esse hanno determinato tensioni tra alcuni Stati membri (ivi compresa l'Italia) e la Commissione per le possibili conseguenze negative sulle rispettive economie nazionali (si pensi, ad esempio, alla *Motor Valley* italiana). Conseguentemente, l'Autore sottolinea che, al fine di superare le suddette tensioni, le proposte in esame sono destinate a subire, in modo significativo, approfondimenti e modifiche.

<sup>19</sup> Cominciando dai "considerando" collocati all'inizio della stessa proposta di direttiva.

<sup>20</sup> Afferma la Corte di giustizia UE nella sentenza 16 settembre 2021, nella causa C-341/20, *Commissione c. Repubblica italiana*, EU:C:2021:744, punto 30, che la direttiva 2003/96/CE "mira a promuovere il buon funzionamento del mercato interno armonizzando i livelli minimi di tassazione dei prodotti energetici a livello dell'Unione al fine di diminuire le differenze tra i livelli nazionali di tassazione dell'energia applicati dagli Stati membri".

<sup>21</sup> Si pensi all'idrogeno rinnovabile, ai carburanti sintetici, ai biocarburanti, ecc.

esenzioni e riduzioni che devono essere considerate superate, ad esempio, nel settore dei carburanti per la navigazione aerea o marittima<sup>22</sup>, molto diversificate tra gli Stati membri.

Senza considerare che le aliquote minime previste dalla direttiva 2003/96/CE<sup>23</sup> non sono state aggiornate dal 2003 e quelle applicate dagli Stati membri, in molti casi, sono molto al di sopra di queste, contribuendo a generare una ingiustificata frammentazione che dev'essere necessariamente superata o, comunque, attenuata, in un settore così strategico come quello dell'energia. Secondo la Commissione, le aliquote minime devono essere ricalibrate e razionalizzate, al fine di rispettare gli obiettivi dell'Unione in materia di clima e di energia, alla stregua del *Green Deal* europeo. Anche le esenzioni e le riduzioni dell'imposizione attualmente previste devono essere sistematizzate, a tacer d'altro, per l'incentivo, in via di fatto, all'uso del carburante fossile e per l'incertezza, a livello interpretativo, di alcune disposizioni. Tra queste rientrano le norme in materia di prodotti energetici forniti per essere utilizzati come carburanti per la navigazione aerea o marittima, la cui formulazione letterale non è certamente un esempio di chiarezza.

La proposta di direttiva, che dovrebbe essere implementata dagli Stati membri entro il 31 dicembre 2022<sup>24</sup>, è particolarmente innovativa con riferimento al calcolo dell'imposta. Difatti, i livelli minimi di imposizione<sup>25</sup> saranno calcolati raggruppando i prodotti energetici (usati come combustibili per motori o per riscaldamento) e l'elettricità in categorie e classificando tali prodotti sulla base della loro rispettiva prestazione ambientale<sup>26</sup>.

Le considerazioni che seguono esaminano la classificazione partendo dai più elevati livelli minimi di imposizione, per giungere via via ai livelli minimi meno elevati, fermo restando che l'imposta è calcolata in euro per gigajoule, sul valore calorico netto dei prodotti energetici e dell'elettricità, convertito in gigajoule<sup>27</sup>.

Secondo questa impostazione, i combustibili fossili convenzionali, come il gasolio e la benzina, saranno assoggettati ai più elevati livelli minimi di imposizione fin dal 1° gennaio 2023 e, ad esempio, il petrolio sarà assoggettato a 10,75 euro per gigajoule.

Saranno sottoposti a livelli minimi di imposizione pari a due terzi di quelli massimi i combustibili a base fossile ma che sono meno dannosi e presentano un certo potenziale per contribuire alla decarbonizzazione nel breve e nel medio periodo<sup>28</sup>. Si segnalano, in questo ambito, a titolo esemplificativo, il gas naturale, il gas di petrolio liquefatto (gpl), oltre all'idrogeno di origine fossile, per un periodo transitorio di 10 anni, vale a dire dal 1° gennaio 2023 al 1° gennaio 2033. Al termine di questo decennio, i livelli minimi di imposizione saranno aumentati fino a raggiungere quelli più elevati di cui sopra, allineandosi definitivamente a quelli dei combustibili fossili tradizionali.

---

<sup>22</sup> Cfr., al riguardo, l'art. 14 della direttiva 2003/96/CE.

<sup>23</sup> Le aliquote d'imposta applicate dagli Stati membri devono rispettare i livelli minimi di imposizione, ai sensi degli artt. 4 e 5 della direttiva 2003/96/CE. Tali livelli minimi sono precisamente indicati nell'allegato I alla medesima direttiva.

<sup>24</sup> Cfr. l'art. 30 della proposta di direttiva, le cui disposizioni dovrebbero entrare in vigore dal 1° gennaio 2023.

<sup>25</sup> Ai sensi dell'art. 4, par. 2 della proposta di direttiva, il "livello di imposizione" è l'importo totale delle imposte indirette, con esclusione dell'iva, calcolato direttamente o indirettamente sulla quantità dei prodotti energetici e dell'elettricità al momento dell'immissione in consumo.

<sup>26</sup> Il concetto di prestazione ambientale è stato definito in relazione ad altre politiche dell'Unione, nel contesto del *Green Deal* europeo e del pacchetto denominato "Pronti per il 55%".

<sup>27</sup> Cfr. l'art. 1, par. 2 della proposta di direttiva in esame. Si veda la tabella di conversione, relativa al "tenore di energia di una serie di combustibili per il consumo finale", di cui all'allegato IV alla direttiva 2012/27/UE, mentre, con riferimento ai combustibili da biomassa, il contenuto energetico è indicato nell'allegato III alla direttiva 2018/2001.

<sup>28</sup> Sul cambiamento climatico e la decarbonizzazione, con particolare attenzione alla realtà brasiliana, cfr. BMA Advogados, *Climate Change and the Transition to a Low Carbon Economy*, novembre 2021, *passim* e, con riferimento ad alcuni profili fiscali, 13 e 14.

La categoria successiva nella classificazione proposta è quella dei biocarburanti (e biogas) sostenibili ma non “avanzati” e, al fine di riflettere il loro contributo alla decarbonizzazione, si applica la metà dei livelli minimi di imposizione.

All'elettricità, a prescindere dal suo uso concreto, ai biocarburanti avanzati, ai bioliquidi, ai biogas e all'idrogeno di origine rinnovabile saranno applicabili i meno elevati livelli minimi di imposizione, che sono molto al di sotto dei livelli massimi. Difatti, l'elettricità e questi combustibili possono caratterizzare e facilitare la transizione energetica dell'Unione verso il raggiungimento degli (ambiziosi) obiettivi del *Green Deal* europeo e, infine, verso la neutralità climatica entro l'anno 2050.

In alcuni settori, soprattutto in quelli che attualmente possono beneficiare di esenzioni totali, come nel caso della navigazione aerea, con esclusione dell'aviazione privata da diporto, si applicheranno periodi transitori al fine di bilanciare gradualmente i costi economici e sociali derivanti dall'introduzione della tassazione in esame<sup>29</sup>. Inoltre, la proposta di direttiva considera ampiamente la dimensione sociale, laddove introduce la possibilità di esentare le famiglie vulnerabili dalla tassazione dei combustibili per riscaldamento, per un periodo di dieci anni e prevede, altresì, un periodo transitorio di dieci anni per raggiungere i livelli minimi di tassazione.

Conseguentemente, l'applicazione dell'imposta è calibrata, in modo condivisibile, sull'apporto che ciascun carburante per motore o per il riscaldamento può dare alla decarbonizzazione. In tal modo, viene consentito agli Stati membri di sottoporre a imposizione i combustibili molto inquinanti, rendendo questi ultimi sempre meno convenienti per il maggiore onere tributario, nella prospettiva di raggiungere gli obiettivi che la Commissione si è posta nel *Green Deal* europeo. Si tratta certamente di un significativo miglioramento nell'impianto complessivo dell'imposizione dei prodotti energetici e dell'elettricità ed è auspicabile che il Consiglio approvi in breve tempo la proposta di direttiva in esame.

4. – *La proposta della Commissione di istituire un meccanismo di adeguamento del carbonio alle frontiere dell'Unione, al fine di progredire sulla via della decarbonizzazione e il rafforzamento del sistema per lo scambio di quote di emissioni dell'Unione*

Il 14 luglio 2021 la Commissione ha presentato (anche) la proposta di istituire un meccanismo di adeguamento del carbonio alle frontiere dell'Unione<sup>30</sup>, da applicare ad alcuni prodotti ad alto contenuto di carbonio, nella fase della loro importazione. Questo sistema si basa sull'applicazione del meccanismo in questione nel paese di destinazione, vale a dire nello Stato nel quale avviene il consumo dei beni inquinanti. Esso ha come obiettivo principale quello di intensificare in modo significativo la cooperazione a livello internazionale, in modo da fare concreti progressi sulla via della decarbonizzazione, in un contesto multilaterale, che dovrebbe provocare una progressiva riduzione delle emissioni inquinanti anche al di fuori del territorio dell'Unione<sup>31</sup>.

Il meccanismo di adeguamento in questione, già proposto dal Presidente della Commissione europea Ursula Von Der Leyen<sup>32</sup>, sarà introdotto in modo graduale dal 1° gennaio 2023, pur

<sup>29</sup> Ai fini dell'imposizione, sarà considerata la navigazione aerea intra-UE, vale a dire tra due aeroporti localizzati nell'Unione, compresi i voli nazionali e con esclusione dei voli d'affari e dei voli panoramici (“*business and pleasure flights*”), alla luce dell'art. 14 della proposta di direttiva in esame.

<sup>30</sup> Si tratta della proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio COM(2021) 564 *final*.

<sup>31</sup> Per un primo commento su questo meccanismo, cfr. S. Latini, *In arrivo una nuova carbon tax alle frontiere dell'UE*, in *IPSOA Quotidiano*, 30 agosto 2021.

<sup>32</sup> Cfr. Ursula Von Der Leyen, *A Union that strives for more. My agenda for Europe. Political Guidelines for the next European Commission 2019-2024*, paragrafo 1.

con alcune eccezioni<sup>33</sup>, sarà calibrato su alcuni settori<sup>34</sup> e, nei primi anni, si applicherà un sistema semplificato. Per effetto di tale meccanismo, gli stessi prodotti nazionali e quelli importati saranno sottoposti al medesimo prezzo del carbonio, senza alcuna discriminazione e, auspicabilmente, in sintonia con i principi fissati dall'Organizzazione mondiale del commercio<sup>35</sup> e con gli altri obblighi internazionali assunti dall'Unione.

Questo meccanismo, peraltro, dovrebbe evitare che i maggiori oneri tributari imposti dall'Unione e dagli Stati membri in relazione alle emissioni di gas con effetto serra siano più che compensati da incrementi di queste emissioni al di fuori del territorio dell'Unione. Il fenomeno da scongiurare consiste in una vera e propria delocalizzazione delle produzioni con emissioni nocive al di fuori dell'Unione, senza una reale decarbonizzazione a livello globale. In altri termini, occorre evitare che le emissioni inquinanti siano spostate, in larga misura, dal territorio dell'Unione verso altri Stati, senza veri e concreti benefici nella dimensione planetaria.

Il meccanismo in questione, pertanto, agisce come un correttivo, in modo selettivo, con riferimento ad alcuni settori, da applicare alle importazioni di beni, ad alto contenuto di carbonio, vale a dire con elevate emissioni incorporate di CO<sub>2</sub><sup>36</sup>, allineando i prezzi di questi beni importati con quelli simili prodotti all'interno dell'Unione, sulla base del contenuto di carbonio.

Questo approccio, alla luce della proposta avanzata dalla Commissione, dovrebbe (*rectius*, potrebbe) riuscire a influenzare e sollecitare gli Stati terzi meno (o poco) sensibili verso le tematiche della tutela dell'ambiente e della lotta al cambiamento climatico e all'inquinamento, ad adottare unilateralmente una imposizione fiscale sul carbonio non molto diversa da quella applicata dall'Unione<sup>37</sup>. In caso contrario, l'allineamento dei prezzi di questi beni avverrà in sede di importazione e, a parità di altri fattori, la scelta dei beni (importati o prodotti nell'Unione) aventi un contenuto a base di carbonio non sarà influenzata dal loro prezzo, anche qualora esso sia sensibilmente meno elevato, praticato in Paesi terzi.

Il meccanismo in esame, oltre a incentivare gli Stati terzi a condividere con l'Unione gli obiettivi in materia ambientale, anche sotto il profilo fiscale, attua direttamente il principio secondo il quale "chi inquina paga", anche se il produttore è localizzato in uno Stato collocato geograficamente al di fuori dell'Unione. Si può affermare che, attraverso la rettifica del prezzo dei beni importati, il principio di cui sopra assume una rilevanza ancora maggiore, nella dimensione dei rapporti con i produttori dei beni in questione negli Stati terzi. Tale principio viene ad assumere, sotto questo profilo, una portata internazionale di grandissimo rilievo, anche sul piano teorico e non solo sul versante operativo.

Peraltro, i beni in questione saranno importati nel territorio doganale dell'Unione da un soggetto che dovrà essere previamente autorizzato dalle competenti autorità. Tale soggetto dovrà presentare un'apposita dichiarazione doganale entro il 31 maggio di ogni anno, che dovrà indicare, tra l'altro, le importazioni effettuate nell'anno solare precedente, le emissioni

---

<sup>33</sup> Il periodo transitorio terminerà il 31 dicembre 2025, con l'eccezione dell'art. 35 della proposta di regolamento, che si applicherà fino al 28 febbraio 2026.

<sup>34</sup> E, segnatamente, si applicherà al cemento, all'elettricità, ai fertilizzanti, al ferro, all'acciaio e all'alluminio.

<sup>35</sup> In particolare, occorrerà valutare attentamente la compatibilità del meccanismo in esame con gli articoli II e XX dell'Accordo generale sulle tariffe doganali e sul commercio, che in questa sede non può essere adeguatamente approfondito. In termini generali e problematici, cfr. A. Majocchi, *Setting a Price for Carbon to Achieve Carbon Neutrality in the European Union*, cit., 27; T. Rosembuj, *Los Impuestos y la Organización Mundial de Comercio*, Barcellona, 2007, *passim*.

<sup>36</sup> I complessi metodi di calcolo delle emissioni incorporate nei beni sono contenuti nell'allegato III alla proposta di regolamento.

<sup>37</sup> Si pensi, a titolo esemplificativo, alla Cina e alla Turchia.

incorporate nei beni espresse in tonnellate di CO<sub>2</sub>, oltre agli altri dati evidenziati nell'art. 6 della proposta di regolamento.

La competente autorità potrà rettificare la dichiarazione presentata entro il periodo che termina col quarto anno successivo a quello nel quale la dichiarazione è stata presentata, in considerazione, tra l'altro, dell'esame delle scritture contabili e di elementi di prova ritenuti rilevanti. Se, al contrario, la dichiarazione non sarà presentata, l'autorità competente potrà accertare, sulla base delle informazioni a sua disposizione, le obbligazioni a carico del soggetto inadempiente, entro il 31 dicembre del quarto anno successivo a quello nel quale la dichiarazione avrebbe dovuto essere presentata<sup>38</sup>. L'autorità doganale, in tal caso, notificherà al soggetto autorizzato rispettivamente una rettifica o una richiesta<sup>39</sup>, avverso la quale potrà essere presentato un ricorso, laddove l'impugnazione e il regolamento del processo resteranno disciplinati dai singoli Stati membri.

Il sistema che ne deriva è particolarmente complesso e si può prevedere che occorreranno diversi anni (ed è difficile, se non proprio impossibile, prevedere esattamente quanti) affinché produca effetti positivi e significativi sul versante della decarbonizzazione, a livello globale. Tale sistema, peraltro, si intreccia indissolubilmente con la politica ed il commercio internazionale e potrebbe generare nuove tensioni. Più radicalmente, il meccanismo in esame potrebbe non raggiungere il suo principale obiettivo, vale a dire potrebbe non riuscire a ridurre drasticamente le emissioni di gas con effetto serra nell'atmosfera<sup>40</sup>, segnatamente negli Stati che rappresentano i maggiori *competitors*, a livello commerciale, rispetto agli Stati membri e, primo tra tutti, la Cina.

In modo complementare rispetto a questo meccanismo, la Commissione propone di rafforzare e razionalizzare il sistema per lo scambio di quote di emissioni dell'Unione<sup>41</sup>. Secondo questo meccanismo, le imprese che effettuano attività inquinanti all'interno dell'Unione possono acquistare o vendere sul mercato permessi di emissioni di gas che producono l'effetto serra, come se fossero diritti di inquinamento<sup>42</sup>, ad un prezzo determinato dal mercato medesimo<sup>43</sup> mediante lo strumento dell'asta.

Si tratta di un sistema che, negli ultimi sedici anni, ha dato risultati (almeno) parzialmente positivi in termini di riduzione delle emissioni provenienti dalla produzione di energia elettrica e dalle industrie che intensamente ricorrono allo sfruttamento e all'utilizzo dell'energia<sup>44</sup>. La proposta della Commissione è, da un lato, nel senso di ridurre il limite massimo generale delle emissioni inquinanti e di aumentare la riduzione su base annuale e, dall'altro, di eliminare gradualmente le quote di emissioni a titolo gratuito per il settore della navigazione aerea (di cui attualmente quest'ultimo beneficia) e di includere, nel sistema in esame, le emissioni generate dalla navigazione marittima<sup>45</sup>.

<sup>38</sup> Così dispone l'art. 19, par. 1 e 2 della proposta di regolamento in esame.

<sup>39</sup> Con riferimento alle sanzioni applicabili, l'art. 26, par. 5, afferma che esse devono essere effettive, proporzionate e dissuasive.

<sup>40</sup> Dubbi sono espressi anche da S. Latini, *In arrivo una nuova carbon tax alle frontiere dell'UE*, cit.

<sup>41</sup> Cfr. la proposta di direttiva COM(2021) 551 *final*, in relazione all'*Emission Trading System* (ETS). Per un inquadramento della problematica, cfr., per tutti, A. Majocchi, *Setting a Price for Carbon to Achieve Carbon Neutrality in the European Union*, cit., 23, il quale indica precisamente anche i dati numerici riferiti al sistema ETS.

<sup>42</sup> Cfr. P. Barabino, *I certificati CO<sub>2</sub> tra tutela ambientale e fiscalità*, in *Riv. trim. dir. trib.*, 2021, 1018 ss.

<sup>43</sup> Cfr. per tutti P. de' Capitani di Vimercate, *L'Emissions Trading Scheme: aspetti contabili e fiscali, retro*, 2010, I, 15 ss.

<sup>44</sup> Il riferimento, in particolare, è a queste industrie: raffinerie, acciaierie e produttori di ferro, alluminio, metalli, cemento, calce, vetro ceramica, pasta per carta, carta e cartone, acidi e prodotti chimici su larga scala: in tal senso, cfr. COM(2021) 550 *final*, 8, nota 4.

<sup>45</sup> La Commissione, inoltre, propone di applicare dal 2026 un parallelo sistema di scambio delle quote di emissioni per i settori del trasporto stradale e dell'edilizia, stimolando ulteriormente l'offerta di carburanti più puliti per i veicoli esistenti (nel caso del trasporto stradale) e per il riscaldamento e il raffreddamento per gli edifici

5. – *L’inserimento innovativo tra le categorie di risorse proprie dell’Unione europea dei “rifiuti di imballaggio di plastica non riciclati generati in ciascuno Stato membro”, ai sensi della decisione 2020/2053 del Consiglio*

Inoltre, è opportuno sottolineare l’importanza della decisione 14 dicembre 2020 2020/2053 del Consiglio, in relazione al sistema delle risorse proprie dell’Unione europea<sup>46</sup>, basata su contributi nazionali, finalizzati a dotare l’Unione medesima “dei mezzi necessari per conseguire i suoi obiettivi e per portare a compimento le sue politiche”<sup>47</sup>. Peraltro, la ripartizione di questi contributi nazionali tra gli Stati membri dovrebbe essere il più possibile equa, semplice e trasparente. Il sistema delle risorse proprie dovrebbe, da un lato, riflettere lo “sviluppo delle politiche” dell’Unione e, dall’altro, rispettare “una rigorosa disciplina di bilancio”<sup>48</sup>.

In altre parole, è necessario che gli strumenti di finanziamento dell’Unione, basati sui contributi nazionali, siano più allineati alle sue priorità strategiche, al fine di concorrere meglio al raggiungimento dei suoi numerosi e ambiziosi obiettivi. In questo assetto, è tuttora particolarmente rilevante la risorsa propria basata sull’iva, il cui sistema di calcolo, tuttavia, è non poco complesso e il Consiglio europeo del 17-21 luglio 2020 ha auspicato l’introduzione di altre risorse proprie, le quali potrebbero comprendere un’imposta sulle transazioni finanziarie<sup>49</sup>.

Alla luce del *Green Deal* europeo, risultano particolarmente importanti le politiche di contrasto al cambiamento climatico e all’inquinamento, a favore di un’economia circolare e pienamente sostenibile. In particolare, il Consiglio ha valorizzato, tra le diverse priorità in questi settori, tutte astrattamente apprezzabili, la strategia europea per la plastica, i cui rifiuti possono essere stimati (per ciascuno Stato membro) senza difficoltà insormontabili<sup>50</sup>.

La decisione 2020/2053 del Consiglio introduce una nuova categoria di risorse proprie dell’Unione, parametrando i contributi nazionali al peso dei “rifiuti di imballaggio di plastica non riciclati generati in ciascuno Stato membro”. Questo peso “è calcolato come differenza tra il peso dei rifiuti di imballaggio di plastica prodotti in uno Stato membro in un determinato anno e il peso dei rifiuti di imballaggio di plastica riciclati nello stesso anno”<sup>51</sup>.

È prevista l’applicazione dell’aliquota uniforme pari a 0,80 euro per chilogrammo, con riduzioni forfetarie annue, espresse a prezzi correnti, previste per alcuni Stati membri, tra i quali vi è anche l’Italia. Queste riduzioni, applicate alla contribuzione degli Stati membri, consistono in un “meccanismo di adeguamento”, al fine di “evitare effetti eccessivamente regressivi sui contributi nazionali”<sup>52</sup>.

---

esistenti. Le emissioni in questi due settori saranno sottoposte ad un massimale, il quale sarà progressivamente ridotto al fine di far diminuire le emissioni totali: cfr. COM(2021) 550 *final*, 8.

<sup>46</sup> Le risorse proprie finanziano circa il 98 per cento del bilancio dell’Unione. Il sistema delle risorse proprie è stabilito all’unanimità dal Consiglio, previa consultazione del Parlamento europeo e dev’essere ratificato dagli Stati membri.

<sup>47</sup> La locuzione citata è tratta dall’art. 311, par. 1 del Trattato sul funzionamento dell’Unione europea.

<sup>48</sup> Così si esprime il primo “considerando” della decisione 2020/2053 del Consiglio.

<sup>49</sup> Cfr. l’ottavo “considerando” della decisione 2020/2053 del Consiglio.

<sup>50</sup> Osserva correttamente C. Sciancalepore, *Le risorse proprie nella finanza pubblica europea*, Bari, 2021, 239, che una risorsa propria basata sull’imposizione ambientale, *in primis* è orientata “a modificare le abitudini di consumo della collettività, favorendo la transizione verso un’economia a basso impatto ambientale” e, solo secondariamente, a produrre gettito. In altre parole, prevale la finalità di orientare in senso virtuoso i comportamenti dei produttori e dei consumatori, influenzandone le scelte, rispetto alla tutela dell’ambiente e alla lotta al cambiamento climatico, mentre resta sullo sfondo la produzione del gettito.

<sup>51</sup> La locuzione citata è contenuta nell’art. 2, par. 2, 2° comma della decisione 2020/2053 del Consiglio. Il peso dei rifiuti di imballaggio di plastica riciclati va calcolato ai sensi della direttiva 94/62/CE del Parlamento europeo e del consiglio, del 20 dicembre 1994, sugli imballaggi e sui rifiuti di imballaggio.

<sup>52</sup> La locuzione è tratta dal settimo “considerando” della decisione 2020/2053 del Consiglio, il quale precisa che tale meccanismo “dovrebbe essere applicato ai contributi degli Stati membri con un RNL *pro capite* nel 2017 al di sotto della media dell’UE”, laddove per “RNL” deve intendersi il reddito nazionale lordo.

Tanto minore è la quantità di rifiuti in questione prodotti in uno Stato membro, tanto meno quest'ultimo dovrà versare all'Unione un importo a titolo di risorse proprie parametrato, appunto, ai rifiuti medesimi. Questo meccanismo determinerà una evidente incentivazione per gli Stati membri ad una sempre più limitata produzione di tali rifiuti e, semmai, a riciclare il più possibile la plastica monouso, con effetti ampiamente positivi calibrati sull'ambiente, in termini di tutela e di sostenibilità. In tale prospettiva, il bilancio annuale dell'Unione contribuisce, in modo innovativo, a ridurre l'inquinamento da "rifiuti di imballaggio di plastica non riciclati" in ciascuno Stato membro.

La decisione 2020/2053 del Consiglio è stata ratificata dagli Stati membri, è entrata in vigore il 1° giugno 2021 e si applica retroattivamente a partire dal 1° gennaio 2021. Le entrate provenienti da questa risorsa propria sono stimate pari a circa il 4 per cento del bilancio dell'Unione<sup>53</sup> e si potrebbero, forse, individuare altre categorie di risorse proprie calibrate sulla sostenibilità ambientale e sul contrasto al cambiamento climatico e all'inquinamento.

Conseguentemente, i contributi nazionali degli Stati membri, parametrati ai "rifiuti di imballaggio di plastica non riciclati generati in ciascuno Stato membro", potrebbero auspicabilmente essere un primo e innovativo (ma non isolato) nesso di collegamento tra le categorie di risorse proprie e la tutela e la protezione dell'ambiente e l'incentivazione verso un modello di economia pienamente circolare. In questa prospettiva, il bilancio annuale dell'Unione diventerebbe, in modo crescente, uno strumento fondamentale (anche) per attuare la sempre più rilevante politica ambientale da parte dell'Unione, nell'ottica del *Green Deal* europeo.

A titolo esemplificativo, si potrebbe progettare l'introduzione di una risorsa propria calibrata sui combustibili fossili e parametrata alle accise nazionali<sup>54</sup>. In aggiunta (o in alternativa), si potrebbe immaginare una compartecipazione ad una *carbon tax* disciplinata a livello europeo, a titolo di risorsa propria. Come si può notare, non mancano diverse opzioni se si vuole accrescere il peso della componente ambientale, alla stregua del *Green Deal* europeo, all'interno del meccanismo di calcolo delle risorse proprie che ciascuno Stato membro deve versare ogni anno all'Unione, in virtù art. 311 del Trattato sul funzionamento dell'Unione.

6. – *Osservazioni conclusive: i devastanti effetti del cambiamento climatico antropogenico e dell'inquinamento e la strategia di contrasto da parte della Commissione, attraverso la lente d'ingrandimento della tassazione ambientale. Una valutazione moderatamente positiva e ... "ai posteri l'ardua sentenza"*

In considerazione di quanto precede, possono essere formulate alcune sintetiche riflessioni conclusive. Gli effetti devastanti del cambiamento climatico antropogenico sono evidenti a tutti<sup>55</sup>. Solo per fare alcuni esempi, l'11 agosto 2021, alle ore 13,14, è stato toccato il record della temperatura in Europa, pari a 48,8 gradi, a Siracusa, contrada Monasteri. L'innalzamento irreversibile del livello dell'acqua dei mari creerà molti problemi di adattamento a numerose città costiere e, in modo particolare, alla città di Venezia, per la quale si prevede un innalzamento tra i 17 e 120 centimetri entro il 2100, con la possibile necessità di chiudere la laguna per quasi tutto l'anno a partire dal 2075<sup>56</sup>.

<sup>53</sup> Secondo quanto è riportato nel sito ufficiale del Parlamento europeo, nella pagina dedicata alle entrate dell'Unione, aggiornata al 20 maggio 2022.

<sup>54</sup> La proposta è pienamente condivisa da C. Sciancalepore, *Le risorse proprie nella finanza pubblica europea*, cit., 240, secondo cui la compartecipazione europea alle accise nazionali consentirebbe il finanziamento del bilancio dell'Unione in modo (tendenzialmente) stabile e trasparente agli occhi del contribuente.

<sup>55</sup> Cfr. E. Traversa, *The Tax Implications of Global Warming: Preparing for a Change of Climate*, in *Intertax*, 2020, 468 e 469.

<sup>56</sup> Cfr. in tal senso E. Pendolini, *Venezia, il livello del mare può alzarsi fino a 1,2 metri a causa dell'inquinamento*, in *Il Mattino di Padova*, 2 settembre 2021, 18, il quale cita un'analisi scientifica sul rischio di acqua

Al riguardo, sono da valutare positivamente gli ambiziosi obiettivi dell'Unione, formalizzati nel *Green Deal* europeo e in altre importanti comunicazioni della Commissione, *ut supra* citate. Ma le buone intenzioni non bastano. Per raggiungere questi obiettivi, ogni Stato membro (e ogni cittadino europeo) dovrà fare la sua parte, in modo attivo e la Commissione europea dovrà vigilare attentamente sul rispetto di tali impegni, assunti solennemente dagli Stati membri.

In questo complesso scenario, la tassazione ambientale è uno strumento formidabile, da utilizzare in modo selettivo<sup>57</sup>, al fine di realizzare gli obiettivi dell'Unione in materia di contrasto al cambiamento climatico e all'inquinamento<sup>58</sup>. Il rispetto di questi impegni dovrà passare necessariamente attraverso l'adozione della proposta, avanzata il 14 luglio 2021, di revisione della direttiva del Consiglio in materia di tassazione dei prodotti energetici e dell'elettricità, vale a dire la proposta COM (2021) 563 *final*.

Quest'ultima riscrive in larga misura il testo della (ormai superata) direttiva 2003/96/CE del Consiglio, allineando l'imposizione *in parte qua* agli obiettivi dell'Unione. Ma gli Stati membri dovrebbero adottare rapidamente anche la proposta di regolamento COM (2021) 564 *final*, che istituisce un innovativo meccanismo di adeguamento del carbonio alle frontiere dell'Unione<sup>59</sup>, nella prospettiva di fare significativi progressi sulla via della decarbonizzazione, in un contesto multilaterale e globale, coinvolgendo e, quindi, influenzando (auspicabilmente in senso positivo) anche le scelte che gli Stati terzi dovranno compiere nei prossimi anni<sup>60</sup>.

Non è una goccia nel mare e nemmeno il messaggio in una bottiglia gettata in mare per i posteri. È molto di più. È un tentativo serio di prendere atto degli effetti devastanti che stanno producendo il cambiamento climatico e l'inquinamento e di effettuare, almeno a livello europeo, una vera e propria inversione a U, prima che sia troppo tardi.

E la tassazione ambientale è certamente un elemento fondamentale di questa inversione a U. Se le iniziative proposte dalla Commissione in materia tributaria, come implementate dagli Stati membri, non basteranno, occorrerà pensare ad altre iniziative da assumere a livello europeo. Ma ora è prematuro fare delle previsioni in questo senso. Sul punto, non resta che concludere, con Alessandro Manzoni, "ai posteri l'ardua sentenza"<sup>61</sup>.

---

alta a Venezia, pubblicata sulla rivista *Natural Hazards and Earth System Sciences*, coordinata da ricercatori dell'Università del Salento, dell'Istituto di scienze marine del Consiglio nazionale delle ricerche e dell'Università Ca' Foscari di Venezia. Lo studio analizza dati storici e contemporanei sul fenomeno degli allagamenti, relativamente alla città di Venezia e ne esamina l'aumento del rischio.

<sup>57</sup> Nello stesso senso, cfr. E. Traversa, *The Tax Implications of Global Warming: Preparing for a Change of Climate*, cit., 469.

<sup>58</sup> Afferma la comunicazione della Commissione COM(2020) 562 *final*, cit., 16, che "riforme fiscali ben concepite possono promuovere la crescita economica, la creazione di posti di lavoro e la resilienza e favorire una transizione giusta".

<sup>59</sup> In data 15 marzo 2022 il Consiglio ha raggiunto un accordo, a livello di approccio generale, sulla proposta di regolamento in materia di meccanismo di adeguamento del carbonio alle frontiere dell'Unione.

<sup>60</sup> In tal senso, cfr. E. Bruti Liberati, *Politiche di decarbonizzazione, costituzione economica europea e assetti di governance*, cit., *loc. cit.*, 441, il quale sottolinea correttamente che il problema ha dimensioni mondiali e la sua soluzione dipende solo in parte dalle imprese e dai consumatori europei, pur potendo l'Unione europea essere protagonista "nella direzione di un contrasto più serio al cambiamento climatico".

<sup>61</sup> A. Manzoni, *Il cinque maggio*, versi 31-32.



# POLÍTICA TRIBUTÁRIA LOCAL COMO INSTRUMENTO DE COMPETITIVIDADE INTERMUNICIPAL: UM ESTUDO OBJETIVADO NOS MUNICÍPIOS PORTUGUESES

*João Ricardo Catarino<sup>1</sup>,  
Ricardo Moraes Soares<sup>2</sup>*

## RESUMO

A consagração constitucional tanto em Portugal quanto no Brasil de poderes mais amplos para os municípios tem levado a um incremento das suas competências, entre as quais se destacam as de natureza tributária. A atribuição aos municípios de competências tributárias sucessivamente mais amplas tem permitido a os municípios desenvolver uma política tributária própria, mais focada nas necessidades de desenvolvimento municipal individual, visando a atração de pessoas, de empresas e de novos investimentos.

Partindo da caracterização do modelo tributário português, exploramos os efeitos que esse poder de adaptar o sistema tributário às necessidades municipais poderá ter no estabelecimento de regimes tributários locais mais competitivos, “que alguns apelidam de guerra fiscal”. Nesta pesquisa exploramos a possibilidade de determinar, através de um índice de competitividade fiscal, a medida dessa competitividade entre os municípios portugueses. Esta pesquisa pretende ainda fornecer um contributo para o debate académico em torno do tema da concorrência e da atratividade tributária local, por intermédio da execução de um conjunto de análises e testes estatísticos aos níveis ora estimados de atratividade fiscal dos municípios portugueses.

**Palavras-chave:** política pública tributária; sistema tributário local, poderes tributários dos municípios; concorrência e atratividade fiscal municipal; índice de competitividade fiscal

## ABSTRACT

The constitutional consecration both in Portugal and in Brazil of broader powers for municipalities has led to an increase in their competences, among which those of a tax nature stand out. The successive attribution to municipalities of successively broader tax competences has allowed municipalities to develop their own tax policy, more focused on the needs of individual municipal development, aiming at attracting people, companies and new investments.

Starting from the characterization of the Portuguese tax model, we explore the effects that this power to adapt the tax system to municipal needs may have on the establishment of more competitive local tax regimes, also called “fiscal war”. In this research, we explore the possibility of determining, through a proposed tax competitiveness index, the measure of such competitiveness among Portuguese municipalities. The objectives of this research are to provide a contribution to the academic debate around the theme of local tax competition and attractiveness,

<sup>1</sup> Professor Catedrático na Universidade de Lisboa, Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas, Investigador no CAPP – Centro de Administração e Políticas Públicas, ISCSP, ULisboa.

<sup>2</sup> Professor Adjunto Convidado no Instituto Politécnico de Setúbal, Escola Superior de Ciências Empresariais, CICE. Investigador no CAPP – Centro de Administração e Políticas Públicas, ISCSP, ULisboa.

through the execution of a set of statistical analyses and tests on the estimated levels of tax attractiveness of Portuguese municipalities.

**Keywords:** Tax public policy; local tax system, taxing powers of municipalities; municipal tax competition and attractiveness; tax competitiveness index

## 1. A CONCORRÊNCIA FISCAL NUM CONTEXTO DE CRESCENTE DESCENTRALIZAÇÃO FINANCEIRA E TRIBUTÁRIA

As questões de concorrência entre organismos ou espaços dentro do mesmo Estado foram originalmente estudadas por Richard Musgrave (1959) e Wallace Oates (1972), que utilizaram a expressão “*fiscal federalism*” para designar a divisão das funções do setor público (financeiro) entre os diferentes níveis de governo. Esta divisão teve em vista melhorar o desempenho do setor público e a prestação dos seus serviços, garantindo uma melhor articulação de competências entre os diferentes níveis de administração pública e os instrumentos fiscais e os recursos financeiros que lhes estão afetos. A teoria do federalismo financeiro de Oates (1972) é uma resposta às teorias da concorrência fiscal entre jurisdições estabelecida por Tiebout (1956) com fundamento na capacidade de mobilidade geográfica dos cidadãos entre jurisdições. Esta crescente capacidade dos cidadãos alargou-se desde então, acentuando-se o fenómeno da concorrência fiscal entre regiões e territórios de um mesmo estado.

Fala-se hoje em descentralização para designar o fenómeno de transferência de poderes ou competências do Estado para outras pessoas coletivas de direito público locais ou regionais, dotadas de personalidade jurídica própria. A descentralização financeira é, assim, o fenómeno pelo qual essa transferência de poderes se dá ao nível dos instrumentos e das competências financeiras. A constituição política portuguesa de 1976 consagra as regiões autónomas, o poder local e a Região administrativa no âmbito do princípio da descentralização e da autonomia regional.

A descentralização gera uma forte evolução interna da estrutura política dos Estados soberanos onde se acentuam os fenómenos de maior autonomia política, a sua maior exposição das regiões à globalização, à crescente interdependência do sistema financeiro global, à debilidade da regulação financeira internacional, à concorrência e à competitividade fiscal, e aos esforços de reforço da coordenação fiscal e financeira.

As relações económicas internacionais e dentro das diferentes regiões e territórios do mesmo estado desenvolvem-se hoje num contexto desmaterializado, desintermediado e digitalizado, pelas possibilidades abertas pelas redes eletrónicas, ao alcance de um cada vez maior conjunto de agentes económicos através de um simples computador. O território e a fronteira fechada, paradigma clássico dos modelos de tributação tradicionais, deixam de garantir a estancicidade habitual, indispensável à produção das receitas necessárias ao erário público. O crescimento do espaço virtual permite a cada um criar o seu próprio universo onde a interação da globalização, das novas tecnologias e da concorrência fiscal tem gerado um fenómeno como que de “*térmitas fiscais*” devoradoras da alma dos sistemas fiscais nacionais.

Todos estes fatores acentuam o fenómeno da concorrência fiscal e interna e internacional. Ora, a concorrência fiscal pode ser definida como a interação estratégica da política tributária entre os governos ou estruturas do poder público, incluindo as

entidades locais e regionais, com o objetivo de atrair e reter os agentes económicos e, em especial, as bases ou fontes de riqueza tributáveis que sejam mais móveis.

No plano interno, a concorrência fiscal entre regiões administrativas e municípios, resulta do alargamento das respetivas competências e do reforço sucessivo a que, sobretudo desde a constituição política de 1976, se tem assistido no sentido de conferir novos patamares de autonomia regional e local. Com efeito, tanto as diversas leis de finanças locais como, mais recentemente, o RFALEI – Regime Financeiro das Autarquias Locais e Regionais e a Lei Quadro da Regionalização alargaram sucessivamente, e de diversos modos, as competências político-administrativas e tributárias dos municípios.

## 2. DESCENTRALIZAÇÃO E AUTONOMIA DAS AUTARQUIAS LOCAIS EM PORTUGAL E NO BRASIL

As autarquias locais são o que se designa de administração autónoma de base territorial sendo em Portugal formadas pelas freguesias, municípios e regiões administrativas (nº 1 do artigo 236º da CRP) assim como pelas organizações populares de base territorial, cujo objetivo consiste em intensificar a participação das populações na vida administrativa local. As autarquias locais podem ser definidas como pessoas coletivas territoriais dotadas de órgãos representativos, que visam a prossecução de interesses próprios das suas populações, de acordo com o nº 2 do artigo 235º da CRP. A criação de regiões administrativas é remetida para o ordenamento jurídico português nos termos do nº 4 dos artigos 236º e 255º e segs. da CRP.

O município é a circunscrição do território do Estado na qual os cidadãos, associados pelas relações comuns de localidade, de trabalho e tradições, vivem sob uma organização livre e autónoma, para fins de economia, administração e cultura. A constituição política portuguesa de 1976 prevê (artigos 239º e 240º) a descentralização das decisões visando uma maior gestão local, mais eficiência na satisfação das necessidades coletivas locais e uma melhor satisfação nas necessidades específicas das populações.<sup>3</sup>

As autarquias locais prosseguem livremente as suas atribuições e competências, desde a autonomia financeira até à auto-organização dos seus serviços. Num sentido mais restrito, este princípio designa a liberdade de condução das políticas públicas municipais, por decisão dos seus órgãos próprios, mediante responsabilidade própria, sem interferência governamental, mediante prestação de contas perante os seus eleitores.

Os poderes de conformação/modelação da carga tributária em cada município colocam na ordem do dia a questão da competitividade entre eles. Isto porque os sistemas tributários e as opções de política tributária produzem efeitos diretos na atratividade estadual e municipal, quando se trata de atrair pessoas, recursos, bens, em suma, investimento. A questão da concorrência pela via tributária colocou-se, em primeiro lugar, ao nível dos Estados soberanos, entre si. Todavia, a atribuição de crescentes poderes tributários aos municípios alargou-a à esfera do poder local. Considerando que os municípios podem decidir, relativamente aos impostos e outros tributos próprios, a concessão de benefícios fiscais e, em geral, a redução da carga tributária municipal, isso

<sup>3</sup> Este movimento de descentralização constitui um processo contínuo, a que foi dado novo ímpeto com a Lei-Quadro de transferência de competências para as autarquias locais e para as entidades intermunicipais (Lei nº 50/2018, de 16 de agosto).

quer dizer que a política tributária passou a ser um instrumento de política geral das autarquias locais.

Neste contexto, amparada por uma dogmática internacional favorável à crescente atribuição de autonomia administrativa e financeira aos poderes locais, (União Europeia e OCDE em diversos estudos e relatórios<sup>4</sup>), a competência tributária dos municípios portugueses tem-se alargado significativamente, e a tendência será a de, no futuro, se aprofundar. Com efeito, atualmente, os municípios não só possuem um alargado conjunto de receitas próprias como podem, nos termos da lei, decidir autonomamente tanto o nível de alíquotas aplicáveis a alguns impostos locais.<sup>5</sup> É o caso, especificamente, da alíquota de IMI – imposto municipal sobre imóveis português, aplicável aos prédios urbanos ou da percentagem do IRS municipal – imposto sobre a renda das pessoas físicas português, entre outros.

No Brasil, a Constituição cidadã de 1988 veio consagrar quatro entidades autônomas da Federação a saber: a União, os Estados federados, o Distrito Federal e os municípios. A cada uma destas entidades ela concede a devida competência para instituir impostos, taxas públicas e contribuições sociais e de melhorias. Como se vê, ela confere aos municípios o estatuto de membros da federação. Estes poderes devem considerar-se em pé de igualdade com os Estados federados “no que diz respeito a direitos e deveres determinados pelo regime federativo” (Rezende, 2001, 335). Como consequência, o seu art.º 18 ela garante autonomia administrativa quanto aos assuntos de interesse municipal. Para além desta autonomia, constitucionalmente consagrada, são ainda de destacar os poderes de auto-organização dos serviços públicos locais assim como, no que aqui mais no interessa, as competências dos municípios brasileiros em matéria tributária.

A sistemática constitucional brasileira consente que os Estados, os Municípios e a União realizem a exação tributária através dessas figuras ou espécies - impostos, taxas públicas e contribuições de melhoria - respeitando, naturalmente, as especificidades próprias de cada uma dessas competências.

Como consequência desta autonomia, o sistema tributário brasileiro distribui as rendas entre os entes da Federação de acordo com a repartição das competências tributárias entre os vários níveis de poder, tal como resulta da habilitação política e legal das entidades que a integram. Neste respeito, Roque Carrazza (2021, p. 93) entende que esta competência tributária “[...] é a aptidão para criar tributos, descrevendo (ou

---

<sup>4</sup> OECD (2015). Policy Framework for Investment (2015 Edition). Paris: OECD Publishing. Blöchliger, H. & Pinero-Campos, J. (2011). OECD Network on Fiscal Relations across Levels of Government. Paris: OECD Publishing. UN (2015). The Challenge of Local Government Financing in Developing Countries. Nairobi: UN-Habitat. Coimbra, M., Costa, J., & Carvalho, A. (2011). A Concorrência Fiscal entre os Municípios Portugueses. Revista Portuguesa de Estudos Regionais, 28, 27-38.

<sup>5</sup> São receitas dos municípios o produto da cobrança dos impostos municipais a cujas receitas têm direito, tais como o IMI, o IMT – imposto municipal sobre transmissões imobiliárias, o IUC – imposto único de circulação (veículos), o produto da cobrança de derramas por eles lançadas, o produto da cobrança de taxas e preços resultantes da concessão de licenças e da prestação de serviços, o produto da participação nos recursos públicos, o produto da cobrança de encargos de mais-valias destinados por lei ao município, o produto de multas e coimas fixadas por lei, regulamento ou postura, o rendimento de bens próprios, móveis ou imóveis, por eles administrados, dados em concessão ou cedidos para exploração, a participação nos lucros de sociedades e nos resultados de outras entidades em que o município tome parte, o produto de heranças, legados, doações e outras liberalidades a seu favor, o produto da alienação de bens próprios, móveis ou imóveis e de empréstimos, incluindo os resultantes da emissão de obrigações municipais, assim como outras receitas estabelecidas por lei ou regulamento a favor dos municípios, tais como derrama municipal (artº 18º), taxas (artº 20º), preços públicos (artº 21º) e tarifas (artigos 17º e 20º nº 7, todos do RFALEI).

alterando) por meio de lei (no caso, ordinária), seus elementos essenciais, a dizer, suas hipóteses de incidência, seus sujeitos ativos e passivos, suas bases de cálculo e suas alíquotas”.

São características das competências tributárias previstas na Constituição cidadã, conforme o afirma Scherkerkiwitz (1996, p. 58): “[...] a sua irrenunciabilidade, facultatividade, incaducabilidade (o não exercício não impede o uso das competências, as competências não estão submetidas a prazo para sua utilização), inalterabilidade (cada ente político possui competências tributárias expressamente fixadas pela Constituição brasileira, em razão de critérios materiais - quando estão presentes entes políticos de diferentes níveis, ou seja, Estados e União, Estados e Municípios; e em razão de critérios territoriais - quando estão presentes entes do mesmo nível, ou seja, entre Estado e Municípios a competência é decidida em razão de critérios territoriais), que não podem ser alteradas por sua vontade e indelegabilidade (objeto do princípio ora estudado)”.

Como se sabe, a competência tributária dos entes federativos brasileiros é objeto de discriminação na Constituição de 1988 nos termos seguintes: “A União é o ente que congrega a competência exclusiva de criação no mais expressivo conjunto de tributos, entres os quais se elenca o Imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza que incide sobre toda a disponibilidade econômica ou jurídica procedente do trabalho, do rendimento do capital, ou de ambos, assim como todo acréscimo que ocorra num certo ano econômico ao patrimônio das pessoas físicas ou jurídicas”. De resto, este conjunto de impostos e o Imposto de renda constituem o mais rentável conjunto de tributos cuja receita reverte a favor da União. Além deste, são ainda receitas da União o imposto sobre produtos industrializados; o imposto sobre a propriedade territorial rural e o imposto sobre grandes fortunas, entre vários outros.

A par destes existem tributos de competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, como é o caso das Taxas públicas que dogmaticamente se englobam no conceito de tributo comum, porque todas as entidades com poder de tributar podem instituí-las e arrecadá-las com fundamento no exercício do seu poder e pela utilização efetiva ou potencial de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados aos contribuintes ou postos à sua disposição, não podendo ter a base de cálculo própria dos impostos. É o caso, ainda, das Contribuições de melhorias.

Os Estados da federação brasileira e o Distrito Federal possuem quer competência exclusiva para gerir certos tributos. Aqueles possuem ainda competências para gerir os designados tributos comuns.

Finalmente, é da competência exclusiva dos municípios brasileiros instituir alguns impostos, como é o caso do imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana - IPTU. Os municípios possuem ainda, em conjunto com os Estados e a União, o poder se gerir tributos comuns.

O exercício destes poderes pode gerar efeitos positivos, quando tais poderes são usados para reforçar a equidade na gestão dos recursos públicos, para melhor distribuir a carga tributária entre grupos de contribuintes ou, ainda, para atender a necessidades locais, diferenciadas, que não caiba aos Estados ou à União especificamente atender.

Por outro lado, também gera efeitos negativos, como serão as situações de distorção dos poderes de tributar no contexto do que a literatura designa de “guerra fiscal”,

expressão muito em voga no Brasil para designar as dissensões sérias que se geram entre as unidades de uma federação por causa da concessão unilateral de vantagens fiscais de variada natureza, como, por exemplo, os benefícios e / ou incentivos fiscais como forma de atrair investimento produtivo. De entre os efeitos assinalados conta-se a diminuição dos níveis de imposto para certas atividades económicas ou contribuintes concretos como forma de incentivar a realização de investimentos relevantes, à custa de uma redistribuição da carga tributária pelos demais contribuintes, e sem que haja alguma medida de certeza sobre os efeitos económicos positivos que, em concreto, este esforço coletivo efetivamente traga sobre a coletividade.

Seja como for, a competição pela via tributária é incentivada como forma de potenciar o desenvolvimento e meio de forçar os entes públicos a conseguir maior eficiência na gestão dos interesses públicos, nomeadamente da sua própria receita fiscal.

Nesta pesquisa os autores exploram esta vertente da concorrência e da competitividade fiscal a partir do modelo tributário em vigor em Portugal, que confere aos municípios portugueses extensos poderes tributários. Nele se procura efetuar uma primeira reflexão sobre o tema. Estudos ulteriores irão requerer o uso um mais alargado conjunto de dados de variada natureza que, nesta fase, não foi possível congreguar. O racional de base poderá ser aplicado ao Brasil, com as necessárias adaptações.

### 3. O PODER LOCAL E A TRIBUTAÇÃO

Para a doutrina os Municípios são entidades coletivas, de base territorial, prenunciadoras do Estado moderno (Espejo, 1990, p. 102). Ou seja, é no interior das comunidades locais que surgem as primeiras manifestações da participação pública dos atores locais (Copp, Hampton, & Roemer, 1993, p. 42). Com a evolução das sociedades, as comunidades locais deram lugar a entidades públicas, dotadas de órgãos representativos próprios, que visam, especialmente, a prossecução dos interesses próprios das respetivas populações (Catarino, 2022, p. 130).

Ao nível do poder local, Korff (1977, p. 7), menciona que o princípio da autonomia local é fundamental para a manutenção de qualquer sistema democrático-representativo municipal. É neste sentido, que Laski (2000, [1919], p. 30) defende a necessidade indiscutível do estabelecimento de um sistema de governo local. Segundo o autor, a existência dos governos locais, democraticamente eleitos, decorre da consciencialização do Estado, da sociedade e dos atores políticos para a necessidade de resolução dos problemas públicos pelas comunidades locais diretamente afetadas.

Kelsen (2017, [1945], p. 315), por sua vez, refere que a autonomia representa um subforma de estruturação do Estado e corresponde a uma ideia de descentralização perfeita da autodeterminação das populações locais. Por outro lado, este também refere que o poder local correspondente a todos os órgãos incumbidos de estabelecer as normas tributárias locais, individuais, de natureza obrigatória, para os territórios que os elegeram (Kelsen, 2017, [1945], p. 315). Assim, na perspetiva do autor, o produto desta ordem administrativa resulta na definição do instrumento mais característico do poder local, o município (Kelsen, 2017, [1945], p. 314).

Para além das questões de ordem administrativa, também existem aspetos financeiros que justificam a existência de um processo de tomada de decisão local autónomo,

sobretudo ao nível da definição da receita e despesa pública. São as intenções coletivas locais, traduzidas anualmente no orçamento, que mais justificam a existência de um processo autónomo de tomada de decisão, em que os atores participam diretamente na condução dos seus destinos e que sintam os resultados das decisões (Korff, 1977, p. 7).

Apesar das notórias vantagens da aplicação da democracia direta, nomeadamente através do direito das populações locais de decidirem sobre os seus destinos e as suas finanças, por intermédio dos seus eleitos locais. Atualmente, em Portugal, existe um conjunto de problemas públicos emergentes de interesse local. Um dos desafios mais prementes é a necessidade de desenvolver de forma equilibrada os territórios, através da redução das assimetrias regionais, da promoção da coesão e do reforço da competitividade dos territórios, conferindo uma maior relação e coerência entre as políticas públicas europeias, nacionais, regionais e setoriais que afetam diretamente os territórios (Santinha, 2014, pp. 82-84).

Estes problemas públicos, vertidos em respostas públicas, carecem da necessidade contínua de realização de despesa e respetiva arrecadação de recursos para a sua cobertura (Korff, 1977, p. 8), sob a influência dos interesses coletivos das populações que são beneficiadas através da realização de despesa pública e/ou afetadas pela tributação (Pereira, Almeida, & Dias, 2016, pp. 38-52).

A proximidade entre os eleitos e os munícipes, a ação pública e as necessidades coletivas, confere uma maior representatividade à atuação dos eleitos e reforça a legitimidade das possíveis respostas aos problemas coletivos locais (Korff, 1977, p. 8). É nesta lógica que Eckstein (1966, p. 58) refere que um dos principais dilemas das finanças públicas modernas é a definição do nível de federalismo financeiro mais adequado à prestação dos serviços públicos, principalmente para a análise e definição do custo-benefício das políticas locais e escolha mais individualizada e racional dos bens coletivos.

Um dos principais princípios teóricos das finanças públicas é de que não existe despesa sem receita, isto é, existe um condicionalismo recíproco entre a despesa e receita oriunda das revoluções liberais (Catarino, 2022, p. 182) e atualmente mantidos através do princípio do equilíbrio orçamental, apesar das sucessivas alterações conceituais (Waty, 2004, p. 46) devido às crescentes preocupações de ordem económico-social (Korff, 1977, p. 8).

Não obstante a importância das receitas próprias, não é possível desvincular da atividade financeira municipal das receitas extrafiscais. A parafiscalidade não é mais do que um instrumento alternativo de financiar a despesa pública municipal e tem alcançado, cada vez mais, uma excecional relevância enquanto fonte de financiamento das necessidades orçamentais correntes (Catarino, 2022, p. 301). As taxas se apresentam, assim, neste ponto de vista, como uma das componentes mais relevantes para a definição do nível de competitividade intermunicipal (Ramos & Machado, 2013, p. 110).

Um dos problemas da competitividade local decorre da prioridade da atividade financeira municipal que assenta na simples visão da cobertura das despesas públicas, com os Municípios voltados para a satisfação das necessidades primárias. Devido a este facto, é possível asseverar que sem imposto não há poder local e sem municípios não há políticas públicas locais (Soares, 2021, p. 71) ou, como refere Alberdi (1854, p. vi), sem finanças não há governo e sem governo não há Estado.

No contexto autárquico brasileiro, segundo Korff (1977, p. 8), a autonomia financeira não tem sido simples ou fácil e muito menos as autarquias locais estão seguras quanto à obtenção dos recursos financeiros necessários para a prossecução das suas competências públicas, quando comparadas com a União ou com o Estados, como tem sido possível observar através da difícil e demorosa evolução da estrutura de financiamento municipal. Para Korff (1977, p. 8) é uma questão de sobrevivência da autonomia financeira local. Isto é, não basta apenas ter autonomia financeira também é necessária a existência da autoridade, dos instrumentos e dos meios necessários para a execução dos interesses coletivos locais no sentido de garantir a sua efetiva autonomia política.

Uma visão contrária é a apresentada por Neto e Rückert (1991, p. 2) que defendem a centralização, na União, das decisões sobre a forma como devem ser aplicados os recursos estaduais e municipais, o que resultava, segundo os autores, numa melhor adequação das despesas públicas aos objetivos nacionais. Porém, a presente posição, segundo a doutrina, põe em causa a autonomia política e financeira do poder local brasileiro.

Para Silva (2001, p. 107), a realidade autárquica brasileira traduz um governo federalista sem condições para que seja exercida uma efetiva autonomia local, sendo esta marcada por um conjunto de diversas dificuldades no processo de tomada de decisão. Deste modo, os municípios, sem exceção, são financiados, em parte, através de receitas próprias, mas também necessitam obrigatoriamente das transferências federais e estaduais, os designados fundos de participação (Conti, 2001, p. 16). Assim, é possível definir o sistema de financiamento municipal brasileiro como composto, isto é, a aplicação de um conjunto de instrumentos próprios de arrecadação de receitas e, cumulativamente, a existência de transferências da União e dos Estados, legalmente obrigatórias ou voluntárias (Korff, 1977, p. 9).

A solução aplicada, ao caso brasileiro, decorre da vontade dos atores políticos de acumular às receitas próprias dos municípios outros recursos, sem a necessidade de existência de tributos locais paralelos ou idênticos aos arrecadados pelos demais poderes públicos, escapando assim à bitributação (Korff, 1977, p. 9). Porém, o sistema adotado não traduz, rigorosamente, num reforço do poder local de tributar, mas também não deixa de representar um instrumento de consolidação financeira dos municípios, de forma a que estes possam assegurar o cumprimento dos objetivos (Korff, 1977, p. 9).

A transferência automática dos recursos financeiros, em obediência aos princípios legais e sem imposições dos atores políticos, é um elemento fundamental para a manutenção da atividade política e administrativa dos municípios brasileiros, sem prejuízo da relação entre o poder local com os outros poderes públicos. Para além das transferências automáticas, ainda existem os critérios de distribuição das receitas em função da origem e da capacidade, isto é, uma parte das receitas tributárias revertem para os municípios geradores da receita, as designadas quase receitas próprias, enquanto a outra parte é distribuída pelos territórios com menores possibilidades de captação de recursos (Santos, 2017, pp. 89-96).

No caso do municipalismo do Brasil, é frequente o acréscimo de outras receitas públicas às contribuições obrigatórias, na forma de dotações de outros níveis de poderes públicos. O objetivo destes acréscimos é de facilitar a integração municipal nos objetivos nacionais e regionais. Porém, o efeito que estes recursos possam exercer no

sentido da integração e da harmonização dos objetivos locais com os nacionais depende, principalmente, dos meios financeiros que os Municípios têm à sua disposição (Korff, 1977, p. 9). Assim, o acréscimo de recursos é fundamentado através dos interesses nacionais, regionais e até intermunicipais para que sejam realizados certos tipos de despesa pública, onde se podem incluir as despesas fiscais para o incentivo à competitividade.

Por fim, o aumento da competitividade municipal deve ser notado como um dos fundamentos para a realização da despesa pública, principalmente quando esta visa a obtenção de ganhos efetivos de desenvolvimento local.

Cientes desta realidade, em crescente afirmação, desenvolvemos um índice de competitividade fiscal aplicável aos municípios portugueses, e igualmente aos municípios brasileiros, através do qual é possível determinar a competitividade municipal e, a partir desta, a sua atratividade fiscal. O índice desenvolvido agrega três elementos fiscais importantes para a decisão dos operadores económicos, a saber: os impostos diretos e indiretos; os benefícios fiscais concedidos; e as taxas públicas, multas e outras penalidades municipais. Nesse sentido, concebemos um Índice Municipal de Atratividade Fiscal, que expressa de forma individualizada, o nível de carga fiscal efetiva estimada em cada um dos municípios. O índice reflete, de forma simples, o nível de fiscalidade efetiva estimada a suportar pelos operadores económicos e permite que estes possam decidir quais são os municípios fiscalmente mais atrativos para a localização das suas sedes sociais, estabelecimentos ou direção efetiva.

#### 4. OBJETIVOS E METODOLOGIA

O objetivo geral deste estudo passa por descrever e perceber o fenómeno da descentralização e da competitividade fiscal intermunicipal. Finda a descrição do fenómeno, tentar-se-á perceber as razões que explicam a relação entre os conceitos em análise através da análise da literatura relevante e da caracterização dos poderes de conformação e de modelação do sistema fiscal por parte dos municípios portugueses.

Este estudo começa por apresentar o estado da arte no que respeita à concorrência municipal fiscal e à caracterização dos poderes tributários dos municípios portugueses. Por fim, são apresentadas as bases para a constituição exploratória de um índice de competitividade fiscal, exibem-se os resultados e discutem-se os mesmos tendo por base a abordagem selecionada.

São objetivos deste estudo fornecer um contributo para o debate académico em torno do tema da concorrência e atratividade fiscal local, por intermédio da execução de um conjunto de análises e testes estatísticos aos níveis estimados de atratividade fiscal dos municípios portugueses e identificar os municípios que possuem o melhor regime fiscal local, isto é, o melhor rácio de atratividade fiscal.

Tendo em conta as opções de política tributária local de cada um dos municípios, e as opções de políticas tributárias nacionais, desenvolvidas no âmbito das competências tributárias dos governos, foram estimados os níveis de atratividade dos municípios. Esta estimativa foi, para cada município e ano considerado, obtida por intermédio da seguinte expressão:

$$x = \frac{\sum_{i=1}^n x_i}{n} * 100$$

Em que:  $\sum_{i=1}^n x_i$  corresponde ao somatório das taxas dos tributos e  $n$  ao total de tributos.

Foram aplicados dados fiscais, municipais e nacionais, relativos ao ano de 2019. O indicador desenvolvido permite ordenar, de forma crescente, em termos percentuais, entre 0,0% a 100,0%, os municípios que possuem o melhor regime fiscal local, isto é, o melhor rácio de atratividade fiscal, permitindo aos agentes económicos escolher aquele que se revele o mais atrativo para localizar os seus investimentos produtivos. No que respeita à leitura dos resultados do rácio, quanto mais perto de 100,0% maior o nível de competitividade fiscal do município.

## 5. ANÁLISE E DISCUSSÃO DOS RESULTADOS

Devido às opções de política tributária local que hoje estão na disponibilidade dos municípios, o rácio auxilia a decisão dos operadores económicos na localização dos seus estabelecimentos, sede ou direção efetiva. Este índice permite ainda aos municípios conhecer até que ponto as suas decisões, em matéria de política fiscal, são eficazes na promoção da sua competitividade fiscal individual, por comparação com os demais municípios, no âmbito dos seus objetivos de desenvolvimento, visando a atração de novos investimentos.

A concorrência fiscal interna pode e deve ser vista como um fator relevante de aprofundamento da atratividade económica inter-regiões embora seja claro que existem outros elementos que afetam a competitividade fiscal e a mobilidade das bases tributáveis (Larin, Boudreau, & Rouleau, 2013, p. 9).

A concorrência fiscal entre os municípios é generalizada e, teoricamente, diz respeito a todos os impostos e a todos os níveis da administração pública. A mobilidade dos indivíduos e das empresas é - entre outras coisas - afetada pelos níveis de tributação, e os poderes locais tendem a utiliza-la como um instrumento estratégico para atrair fatores de riqueza mais móveis, como o capital. Embora a atração da riqueza móvel possa ser a principal razão para os Municípios adaptarem a sua política fiscal (concorrência fiscal "genuína"), também é do nosso conhecimento que existem outros fatores, económicos, culturais, geográficos, de qualificação de mão-de-obra, etc. igualmente relevantes.

Por outro lado, parece claro que alguns impostos locais são mais propensos à concorrência fiscal do que outros. A intensidade da concorrência depende do tipo de imposto. Os impostos locais sobre as empresas (sobre o capital ou os rendimentos de capital), são mais propensos à mobilidade da base tributáveis incentivando a concorrência fiscal, seguida dos impostos locais sobre o rendimento pessoal. Os impostos sobre a propriedade imobiliária parecem ser os menos afetados pela concorrência fiscal, ao passo que os impostos sobre o consumo se assumem como os mais suscetíveis à possibilidade de escolha de outras jurisdições por parte dos consumidores.

O nível dos impostos exigidos localmente pode variar em razão da política local de atratividade de pessoas, bens ou unidades produtivas. Esta possibilidade coloca as autarquias em concorrência direta. Embora seja verdade que cada Município tem, deve ter, a sua própria estratégia de desenvolvimento, assente em pressupostos que corporizam planos de desenvolvimento muito diversificados, por variadas razões, não deixa de ser verdade que todos eles têm, em comum, o desejo de incrementar o seu desenvolvimento relativo e, para isso, dependem de investimento externo.

Os quadros 1 e 2 traduzem os resultados do IMAF por NUTS<sup>6</sup>, para o ano de 2019. Estas retratam a nomenclatura das Unidades Territoriais para Fins Estatísticos e traduzem um conjunto de divisões regionais do território português.

No quadro 1 é possível observar, por distritos, quais são os municípios fiscalmente mais atrativos e os fiscalmente menos atrativos. De acordo com os resultados obtidos, para os distritos pertencentes à NUTS Continente, os municípios que apresentam um melhor nível de atratividade fiscal são: Arouca; Barrancos; Póvoa de Lanhoso; Vimioso; Castelo Branco; Pampilhosa da Serra; Viana do Alentejo; Vila do Bispo; Vila Nova de Foz Côa; Alvaiázere; Cadaval; Crato; Baião; Chamusca; Grândola; Melgaço; Mondim de Basto; Vila Nova de Paiva; São Vicente e Corvo. Os fiscalmente menos atrativos são: Águeda; Moura; Braga; Carrazeda de Ansiães; Idanha-a-Nova; Figueira da Foz; Montemor-o-Novo; Albufeira; Figueira de Castelo Rodrigo; Óbidos; Lisboa; Gavião; Marco de Canaveses; Cartaxo; Montijo; Ponte de Lima; Ribeira de Pena; Lamego; Porto Moniz e Velas.

Quadro 1. Resultados do IMAF por NUTS I e Distritos

NU TS I	Distritos	Municípios			
		Fiscalmente mais atrativos	I MAF	Fiscalmente me- nos atrativos	I MAF
Con- tinente	Aveiro	Arouca	9 4,594%	Águeda	9 3,372%
	Beja	Barrancos	9 4,650%	Moura	9 4,456%
	Braga	Póvoa de Lanhoso	9 4,648%	Braga	9 3,597%
	Bragança	Vimioso	9 4,650%	Carrazeda de Ansiães	9 3,456%
	Castelo Branco	Castelo Branco	9 4,650%	Idanha-a-Nova	9 3,594%

<sup>6</sup> NUTS é o acrónimo de “Nomenclatura das Unidades Territoriais para Fins Estatísticos”, sistema hierárquico de divisão do território em regiões. Esta nomenclatura foi criada pelo Eurostat no início dos anos 1970, visando a harmonização das estatísticas dos vários estados-Membros em termos de recolha, compilação e divulgação de estatísticas regionais. A nomenclatura subdivide-se em 3 níveis (NUTS I, NUTS II, NUTS III), definidos de acordo com critérios populacionais, administrativos e geográficos.

	Coimbra	Pampilhosa da Serra	9 4,650%	Figueira da Foz	9 3,561%
	Évora	Viana do Alentejo	9 4,594%	Montemor-o-Novo	9 3,650%
	Faro	Vila do Bispo	9 4,592%	Albufeira	9 3,456%
	Guarda	Vila Nova de Foz Côa	9 4,650%	Figueira Castelo Rodrigo	9 4,289%
	Leiria	Alvaiázere	9 4,650%	Óbidos	9 3,508%
	Lisboa	Cadaval	9 3,674%	Lisboa	9 3,511%
	Portalegre	Crato	9 4,650%	Gavião	9 4,372%
	Porto	Baião	9 4,650%	Marco de Canaveses	9 3,622%
	Santarém	Chamusca	9 4,592%	Cartaxo	9 3,642%
	Setúbal	Grândola	9 4,569%	Montijo	9 3,590%
	Viana do Castelo	Melgaço	9 4,649%	Ponte de Lima	9 3,454%
	Vila Real	Mondim de Basto	9 4,650%	Ribeira de Pena	9 3,733%
	Viseu	Vila Nova de Paiva	9 4,650%	Lamego	9 3,590%
Regiões Autónomas	R. A. da Madeira	São Vicente	9 4,239%	Porto Moniz	9 3,961%
	R. A. dos Açores	Corvo	9 5,128%	Velas	9 4,989%

Fonte: Elaboração própria.

O quadro 2 representa os municípios fiscalmente mais atrativos, agregados por NUTS II e respetivas comunidades intermunicipais, sendo possível observar que os municípios fiscalmente mais competitivos são: Chamusca; Viana do Alentejo;

Grândola; Crato; Barrancos; Vila do Bispo; Cascais; Castelo Branco; Sever do Vouga; Pampilhosa da Serra; Alvaiázere; Mêda; Sertã; Peniche; Sátão; Arouca; Vimioso; Melgaço; Valpaços; Mondim de Basto; Terras de Bouro; Baião; São Vicente e Corvo. No sentido inverso, os municípios fiscalmente menos atrativos, mediante uma análise baseada nas comunidades intermunicipais, são: Cartaxo; Montemor-o-Novo; Sines; Gavião; Moura; Albufeira; Lisboa; Idanha-a-Nova; Águeda; Mealhada; Porto de Mós; Figueira de Castelo Rodrigo; Alcanena; Óbidos; Viseu; Vale de Cambra; Vila Flor; Arcos de Valdevez; Ribeira de Pena; Vizela; Braga; Marco de Canaveses; Porto Moniz e Velas.

Quadro 2. Resultados do IMAF por NUTS II e por Comunidades Intermunicipais

NUTS II	Comunidades Intermunicipais (NUTS III)	Municípios			
		Fiscalmente mais atrativos	I MAF	Fiscalmente menos atrativos	I MAF
A lentejo	Lezíria Tejo	Chamusca	9 4,592%	Cartaxo	9 3,642%
	Alentejo Central	Viana do Alentejo	9 4,594%	Montemor-o-Novo	9 3,650%
	Alentejo Litoral	Grândola	9 4,569%	Sines	9 3,614%
	Alto Alentejo	Crato	9 4,650%	Gavião	9 4,372%
	Baixo Alentejo	Barrancos	9 4,650%	Moura	9 4,456%
A lgarve	Algarve	Vila do Bispo	9 4,592%	Albufeira	9 3,456%
A ML	A. M. de Lisboa	Cascais	9 3,661%	Lisboa	9 3,511%
C entro	Beira Baixa	Castelo Branco	9 4,650%	Idanha-a-Nova	9 3,594%
	Região de Aveiro	Sever do Vouga	9 4,539%	Águeda	9 3,372%
	Região de Coimbra	Pampilhosa da Serra	9 4,650%	Mealhada	9 3,511%
	Região de Leiria	Alvaiázere	9 4,650%	Porto de Mós	9 3,606%

	Beiras e Serra Estrela	Mêda	9 4,644%	Figueira Castelo Rodrigo	9 4,289%
	Médio Tejo	Sertã	9 4,594%	Alcanena	9 3,644%
	Oeste	Peniche	9 3,676%	Óbidos	9 3,508%
	Viseu Dão Lafões	Sátão	9 4,650%	Viseu	9 3,594%
Norte	A. M. do Porto	Arouca	9 4,594%	Vale de Cambra	9 3,589%
	Terras Trás-os-Montes	Vimioso	9 4,650%	Vila Flor	9 4,372%
	Alto Minho	Melgaço	9 4,649%	Arcos de Valdevez	9 4,592%
	Alto Tâmega	Valpaços	9 4,650%	Ribeira de Pena	9 3,733%
	Ave	Mondim de Basto	9 4,650%	Vizela	9 3,617%
	Cávado	Terras de Bouro	9 4,572%	Braga	9 3,597%
	Tâmega e Sousa	Baião	9 4,650%	Marco de Canaveses	9 3,622%
Madeira	R. A. da Madeira	São Vicente	9 4,239%	Porto Moniz	9 3,961%
Açores	R. A. dos Açores	Corvo	9 5,128%	Velas	9 4,989%

Fonte: Elaboração própria.

A atratividade fiscal dos municípios, conforme resulta dos quadros 1 e 2, decorre, sobretudo, da existência de diversas opções de política tributária local que permitem aos operadores económicos beneficiarem de um conjunto de alíquotas de imposto reduzidas, taxas públicas municipais inferiores e de benefícios fiscais específicos, por iniciativa ou decisão do poder local e central.

Os Municípios competem livremente, entre si, pela atração de novas empresas, investimentos e pessoas para os seus territórios (Keller & Schanz, 2013, p. 1). A situação decorre, sobretudo, do facto de ao nível internacional ainda não terem sido instituídas

regras fiscais comuns e harmonizadas sobre a base de incidência dos impostos locais e, ao nível nacional, devido à margem de liberdade de decisão tributária dos atores locais. Esta margem de liberdade de decisão é visível nos quadros 1 e 2, isto é, como o regime financeiro local permite aos Municípios a possibilidade de fixação das alíquotas dos impostos municipais, nos limites e barreiras legais (Valdez, 2014, p. 290), a situação resulta na presença de um sistema com diversos níveis de esforço fiscal local.

Para além das implicações nacionais, a competitividade fiscal, guerra fiscal (Alves, Becker, & Silveira, 2014, p. 143) ou hobbesianismo municipal (Malo, 1996, p. 15), idênticamente conduzem a repercussões internacionais. Segundo Giambiagi e Além (2001, p. 263), tendo em conta o nível de desenvolvimento e abertura das relações comerciais entre os países, é necessária a coordenação conjunta, entre os Estados, das políticas governamentais e, especialmente, a realização de uma harmonização fiscal internacional. Assim, para Devereux (2006, p. 6), devido à ausência de uma legislação fiscal internacional que estabeleça, ao menos princípios comuns, um dos principais fatores de atração de empresas e de decisão da localização das operações económicas, na ótica do investimento privado, são as condições fiscais oferecidas pelos Estados.

Overesch e Wamser (2010, p. 563) referem que o nível de imposição fiscal é um dos elementos mais importantes de formação da decisão da localização das sedes das empresas. Tendo em conta os resultados, a escolha preferencial dos agentes económicos, segundo o quadro 1, seria o Município do Corvo, com um nível de competitividade fiscal de 95,128%. Por outro lado, se a opção fosse o melhor regime fiscal local, a partir das Comunidades Intermunicipais, a escolha recaia, mais uma vez, sobre o Município do Corvo. Por outro lado, para Bauer (2020, p. 14), devido à elevada competição fiscal intermunicipal, os atores políticos sentem a necessidade de alterar, constantemente, as políticas fiscais para garantir que estas sejam as mais competitivas para o investimento internacional e interno. Nesse sentido, Larin, Boudreau e Rouleau (2013, p. 9) apesar de não considerarem que seja o único fator de decisão, defendem que o nível de tributação tem um peso relevante nas decisões dos agentes económicos e na escolha das áreas territoriais onde as empresas podem estabelecer-se com vantagens fiscais.

A competição tributária não é, somente, uma questão internacional (entre países), também é uma realidade nacional em que os órgãos do poder local, como os municípios, concorrem entre si no sentido de serem fiscalmente mais competitivos do que os demais. Assim, os resultados sugerem que existe um mercado fiscal oferecido pelos municípios portugueses (tendo em conta as competências tributárias municipais e os benefícios concedidos pelo o Estado português no âmbito das políticas públicas de competitividade e atração de empresas e pessoas para os territórios do interior). Todavia, o estudo parte da constatação de que a competição fiscal entre municípios pressupõe a mobilidade das bases tributáveis.

A atratividade fiscal municipal é, nesta perspetiva, uma interação estratégica da política tributária entre os diversos níveis de governação pública com o propósito de atrair e reter empresas e pessoas (OCDE, 2011, p. 4) e a competitividade fiscal depende, sobretudo, da efetiva disposição e capacidade de os operadores económicos deslocalizarem a sua atividade económica e a respetiva base tributável (lucro, rendimento, património) atendendo à oferta fiscal mais atrativa de entre fixada pelos entes subnacionais.

Ainda assim, as opiniões variam sobre os possíveis benefícios e custos resultantes da competitividade tributária. Isto é, enquanto uns estudos (Cibils & Ter-Minassian, 2015, p. 5) concluem que a competição fiscal aproxima as políticas tributárias dos governos locais às preferências dos cidadãos e das empresas, incita a uma maior eficiência do setor público (Jameti, 2014, p. 12) e evita os excessos de gastos fiscais (Blöchliger & Campos, 2011, p. 4), outros defendem que a competitividade tributária, ao nível dos governos locais, provoca uma estrutura tributária distorcida (Kangasharju, Moisisio, Reulier, & Rocaboy, 2006, pp. 13-14), um aumento das disparidades fiscais locais (Rusk, 2010, p. 279) e uma provisão ineficiente dos serviços públicos municipais (Blöchliger, 2008, p. 5).

Todavia, o nível da atratividade fiscal entre os entes subnacionais, tende a variar ao longo do tempo e é moldado pelo âmbito das suas competências tributárias próprias (Jones & Temouri, 2016, p. 240), pela estrutura do sistema fiscal (Liu, Tai, & Yang, 2020, p. 3340) e pela disponibilidade para adotar soluções fiscais locais mais atrativas.

No sentido de demonstrar o mérito e a assertividade deste indicador, a título de exemplo, analisamos os casos dos municípios de Arouca e Águeda. Ambos os municípios fazem parte do distrito de Aveiro, mas o município de Arouca faz parte da Área Metropolitana do Porto, enquanto que o município de Águeda integra a comunidade intermunicipal da região de Aveiro. Por outro lado, Águeda é um município próximo ao município de Aveiro (capital de distrito), enquanto Arouca é um município limítrofe do distrito de Aveiro. Ao nível fiscal, os municípios também apresentam diferenças, sobretudo no que respeita ao nível de imposição fiscal suportado pelos operadores económicos, e estas resultam das competências fiscais municipais e das políticas de desenvolvimento das regiões do interior promovidos pelo poder central (quadro 3).

Quadro 3. Diferenças fiscais entre os Municípios de Águeda e Arouca (2019)

Municípios	Competência Municipal			Competência Estadual	
	Devolução do IRS	Derrama	Taxas (per capita)	IRC	DL RR (a)
				Até 25.000	
Águeda	0,000	0,015	0,000000551	0,170	0,00
Arouca	0,050	0,010	0,000000266	0,125	0,12

Fonte: Elaboração própria.

Nota: a) Dedução por Lucros Retidos e Reinvestidos

Como é possível notar, através do quadro 3, a partir das opções nele tomadas ao nível dos impostos cujas alíquotas podem ser fixadas localmente, e benefícios fiscais por ele concedidos, o município de Arouca é mais atrativo do que o município de Águeda. A situação decorre da “oferta” fiscal concedida por cada uma destas autarquias. Ora vejamos, enquanto que o município de Arouca devolve, em sede de IRS – imposto sobre a renda das pessoas físicas português, aos munícipes, um valor de 5,0%, o município de Águeda não devolve qualquer imposto. No que respeita à derrama, Arouca apenas tributa 1,0% do lucro das empresas, enquanto Águeda optou por fixar localmente e para o ano de 2019, o valor máximo permitido por lei (1,5%). Finalmente, em relação às taxas públicas municipais, em termos percentuais, per capita, o nível de imposição do município da Arouca é inferior ao nível exibido pela autarquia de Águeda.

A alíquota geral de IRC – imposto sobre a renda das pessoas jurídicas português é de 21,0%. Para os primeiros 25.000 euros de matéria tributável, essa alíquota é de 17,0%. No caso, apesar de ambos os municípios pertencerem ao mesmo distrito (Aveiro), o município de Arouca é considerado um território do interior e, dessa forma, os agentes económicos nele sediados beneficiam de uma redução da alíquota de IRC – imposto sobre a renda das pessoas jurídicas português para os primeiros 25.000 euros para 12,50% e, ao mesmo tempo, de uma dedução específica nos lucros retidos e reinvestidos de 12,00%.

## 6. CONCLUSÕES

A descentralização política tem permitido a atribuição de crescentes poderes tributários aos municípios portugueses e brasileiros. No exercício dos poderes que a lei lhes confere, é possível verificar que os municípios portugueses têm vindo a modelar, de forma crescente, a tributação local aos seus interesses individuais de desenvolvimento, o que determina que hajam diferentes níveis de competitividade e de atratividade, por via da política tributária, entre os municípios portugueses.

O índice de atratividade fiscal municipal em Portugal desenvolvido nesta pesquisa permite, até certo ponto, medir a carga fiscal efetiva estimada, por cada município português, e proceder a uma ordenação da atratividade fiscal de um desses municípios, permitindo aos operadores económicos conhecer quais são os municípios mais atrativos do ponto de vista tributário.

Trata-se de um estudo exploratório que carece de ser aprofundado em vários sentidos, nomeada e especificamente no sentido do alargamento dos fatores que podem influir na avaliação dessa competitividade.

Seria interessante aprofundar e desenvolver um índice com idêntica racionalidade para os municípios brasileiros onde se verificam especificidades de grande relevo e uma autonomia tributária crescente e onde, do mesmo modo, se colocam crescentes questões de competitividade intermunicipal.

## BIBLIOGRAFIA

Albardi, J. (1854). *Sistema económico y rentístico de la Confederación argentina, según su constitución de 1853*. Mercurio.

- Alves, F., Becker, F., & Silveira, S. (2014). *A administração pública municipal e os desafios contemporâneos*. PerSe Editora.
- Bauer, M. (2020). *Unintended and Undesired Consequences: The Impact of OECD Pillar I and II Proposals on Small Open Economies*. European Centre for International Political Economy.
- Blöchliger, H. & Pinero-Campos, J. (2011). *OECD Network on Fiscal Relations across Levels of Government*. OECD Publishing.
- Blöchliger, H. (2008). Market Mechanisms in Public Service Provision. *OECD Working Papers on Fiscal Federalism*, 626, 5-39.
- Blöchliger, H., & Campos, J. (2011). Tax Competition Between Sub-Central Governments. *OECD Working Papers on Fiscal Federalism*, 13, 4-41.
- Carraza, R. A. (2021) Curso de Direito Constitucional Tributário. 33ª ed. Malheiros.
- Catarino, J. R. (2001) A Concorrência Fiscal Entre Regiões no Quadro Europeu - A Dialéctica Entre a Regionalização e o Tributo. *Cadernos CTF - Ciência e Técnica Fiscal*, 402, 8-105.
- Catarino, J. R. (2022). *Finanças Públicas e Direito Financeiro* (7ª edição). Almedina.
- Cibils, V., & Ter-Minassian, T. (2015). *Decentralizing Revenue in Latin America: Why and How*. Inter-American Development Bank.
- Coimbra, M., Costa, J., & Carvalho, A. (2011). A Concorrência Fiscal entre os Municípios Portugueses. *Revista Portuguesa de Estudos Regionais*, 28, 27-38.
- Conti, J. (2001). *Federalismo fiscal e fundos de participação*. Juarez de Oliveira.
- Copp, D., Hampton, D., & Roemer, J. (1993). *The Idea of Democracy*. CUP Archive.
- Devereux, M. (2006). The Impact of Taxation on the Location of Capital, Firms and Profit: A Survey of Empirical Evidence. <https://core.ac.uk/download/pdf/288286396.pdf>
- Eckstein, O. (1966). *Economia Financeira: Introdução à Política Fiscal*. Zahar.
- Espejo, M. (1990). *El régimen local y la colonización interior del siglo XX*. Universidad de Extremadura.
- Giambiagi, F., & Além, A. (2001). *Finanças públicas: teoria e prática no Brasil*. Editora Campus.
- Jameti, M. (2014). Tax Competition and Direct Democracy in Local Public Finance – Empirical Work on Switzerland. <http://www.eenee.de/DocDL/dicereport114-forum2.pdf>
- Jones, C., & Temouri, Y. (2016). The determinants of tax haven FDI. *Journal of World Business*, 51(2), 237-250.
- Kangasharju, A., Moio, A, Reulier, E, & Rocaboy, Y. (2006). Tax competition among municipalities in Finland. *Urban Public Economics Review*, 5, 12-23.
- Keller, S. & Schanz, D. (2013). Measuring Tax Attractiveness Across Countries. *Quantitative Tax Research*, 143, 1-58. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2368766>
- Keller, S., & Schanz, D. (2013). Measuring Tax Attractiveness across Countries. *Arqus – Arbeitskreis Quantitative Steuerlehre*, 143, 1-58.
- Kelsen, H. (2017, [1945]). *General Theory of Law and State*. Routledge.
- Korff, E. (1977). Finanças Públicas Municipais. *Revista de Administração de Empresas*, 17(5), 7-41.
- Larin, G., Boudreau, D., & Rouleau, S. (2013). *Les prix de transfert au Canada: une évaluation quantitative de leur utilisation par les entreprises multinationales*. <https://core.ac.uk/download/pdf/51341242.pdf>.

- Laski, H. (2000, [1919]). *Authority in the Modern State*. Batoche Books.
- Liu, Y., Tai, H., & Yang, C. (2020). Fiscal incentives and local tax competition: Evidence from China. *The World Economy*, 43(12), 3340-3356.
- Melo, M. (1996). Crise federativa, guerra fiscal e "hobbesianismo municipal": efeitos perversos da descentralização? *São Paulo perspect*, 10(3), 11-20.
- Neto, A., & Rückert, I. (1991). Sistema tributário brasileiro: Algumas considerações. *Indicadores Econômicos FEE*, 19(3), 106-124.
- Oates, W. (1972). *Fiscal federalism*. Harcourt Brace Jovanovich.
- OECD (2015). *Policy Framework for Investment* (2015 edition). OECD Publishing.
- Overesch, M., & Wamser, G. (2010). Corporate tax planning and thin-capitalization rules: evidence from a quasi-experiment. *Applied Economics*, 42(5), 563-573.
- Pereira, P., Almeida, M., & Dias, R. (2016). *Autarquias Locais: Democracia, Governação e Finanças*. Almedina.
- Ramos, D., & Machado, P. (2013). O Sector do Turismo e a Tarifa da Qualidade das Infraestruturas e Ambiente de Loulé (pp. 83-98). In S. Vasques (Coord.), *Taxas e Contribuições Sectoriais*. Leya.
- Rusk, D. (2010). *Inside Game/Outside Game: Winning Strategies for Saving Urban America*. Brookings Institution Press.
- Santos, A. (2017). *Política urbana no contexto federativo brasileiro: aspectos institucionais e financeiros*. SciELO – EDUERJ.
- Silva, S. (2001). *Municipalização da saúde e poder local: sujeitos, atores e políticas*. Editora Hucitec.
- Soares, R. (2021). *A tributação indireta sobre o consumo em sede de IVA. Um estudo de modelos alternativos de taxa de imposto* [Tese de Doutoramento, Universidade de Lisboa, Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas]. Repositório da Universidade de Lisboa. <https://www.repository.utl.pt/handle/10400.5/22203>.
- Tiebout, C. (1956). A Pure Theory of Local Expenditures. *The Journal of Political Economy*, 64(5), 416-424.
- Valdez, V. (2014). *Autonomia Tributária dos Municípios: Uma proposta para Portugal à luz das experiências brasileira e espanhola*. Vida Económica Editorial.
- Waty, T. (2004). *Introdução às finanças públicas e direito financeiro*. W&W Editora.
- Rezende, F. (1995). O Financiamento das Políticas Públicas: Problemas Atuais. In: AFFONSO, Rui de Britto Álvares; SILVA, Pedro Luís de Barros (orgs.) *A Federação em Perspectiva: ensaios selecionados*. FUNDAP p. 241-259.
- Scherkerkewitz, I. C. (1996). *Sistema Constitucional Tributário*. Forense



