



O DIFERIMENTO CONDICIONADO DO ICMS NO MATO GROSSO DO SUL COMO SANÇÃO PREMIAL

Conditionnal deferral of icms in the state of mato grosso do sul as a premial sanction

Hendrick Pinheiro

Faculdade Nacional de Direito da UFRJ – Brasil

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3492663438145316> ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4603-2134>

E-mail: hen_drick@hotmail.com

Estevão Horvath

Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP e Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - Brasil

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9644588468650001> ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0899-6936>

E-mail: estevaoh@hotmail.com

Trabalho enviado em 11 de março de 2020 e aceito em 08 de julho de 2021



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.



Rev. Quaestio Iuris., Rio de Janeiro, Vol. 15, N.03., 2022, p. 1356-1379.

Hendrick Pinheiro e Estevão Horvath

DOI: 10.12957/rqi.2022.49183

RESUMO

Artigo fruto de pesquisa qualitativa exploratório-descritiva, realizado a partir de revisão bibliográfica, cujo tema consiste em abordar as características do diferimento condicionado do ICMS no estado do Mato Grosso do Sul, posicionando-o como sanção premial. Para sistematizar o estudo, busca-se apresentar as normas jurídicas, sua estrutura e seu funcionamento no contexto das relações sociais. Neste caminho, deita-se especial atenção ao conseqüente normativo, como proposição portadora dos contornos da relação jurídica a ser estabelecida entre dois sujeitos de direito. Em seguida, são revisitados os conceitos de sanção jurídica com o objetivo de construir uma concepção de norma sancionatória mais ampla, que toma como referencial não os destinatários, mas uma relação de coordenação, em que as sanções implementam o cumprimento dos mandamentos cominados por outras normas. Consolidado um alicerce de premissas, empreende-se, por fim, a análise do Diferimento Condicionado do ICMS nas operações internas de produtos agropecuários, procurando mostrá-lo como sanção positiva.

Palavras-Chave: Direito Promocional. Sanções Tributárias. Sanções Premiais. Contribuição ao Fundersul. Diferimento.

ABSTRACT

Article resulting from qualitative exploratory-descriptive research, based on a bibliographic review, whose theme addresses the characteristics of the conditionnal Deferral of ICMS in the state of Mato Grosso do Sul, positioning it a a premial sanction. On the first section, the aim is to present legal standards, its structure and functioning in the context of social relations. In this way, lies special attention to consequent normative proposition as a carrier of the contours of the legal relationship to be established between two individuals. The concepts of legal sanction were, as well, revisited with the goal of building a standard design of the penalty rules, which makes no reference to the recipients, but make looks to the coordination relationship, in witch the sanctions implement compliance with commands conveyed by other rules. Consolidated a foundation of assumptions, undertakes to, finally, the analysis of conditioned Deferment of ICMS, in the internal operations with agricultural products trying to show it as a positive sanction.

Keywords: Promotional Law. Tax Penalties. Positive Sanctions. Contribution to Fundersul. Deferral.

INTRODUÇÃO

Esta pesquisa tem como objeto de investigação o papel das sanções premiaias, no contexto do ordenamento jurídico, com foco específico na análise de um caso em que são aplicadas no contexto do Direito Tributário.

Pauta-se, basicamente, em revisões bibliográficas da doutrina de Teoria Geral do Direito e Direito Tributário, com o especial cuidado de promover a integração entre a teoria do construtivismo lógico-semântico, representada com a exponencial presença da obra de Paulo de Barros Carvalho (2009), com a teoria clássica de Herbert Hart (2009), Hans Kelsen (1992), Norberto Bobbio (2007) e Alfredo Augusto Becker (2010), fazendo uso de alguns conceitos franquados pelo Direito Administrativo.

A elaboração deste trabalho justifica-se na necessidade premente de buscarem-se novas formas para a promoção da efetividade das normas jurídicas, o que, no Direito Tributário, é representado pela promoção do cumprimento dos deveres tributários em geral.

Este trabalho toma como principal eixo a ideia de direito de Herbert Hart (2009, p. 33), que identifica a garantia da obediência do desejo expresso através da ameaça de imposição de uma situação que o homem normal considera nociva ou desagradável, o que foi denominado pelo autor de “ordens apoiadas por ameaças” ou “ordens coercitivas”. Nesse contexto, propõe-se uma análise em três seções: na primeira as normas jurídicas (ordens) são tratadas em sua estrutura e seu funcionamento. Neste caminho, deita-se especial atenção ao conseqüente normativo, como proposição portadora dos contornos da relação jurídica estabelecida entre dois sujeitos de direito.

Maior substância foi conferida ao estudo das sanções jurídicas, com o objetivo de construir uma concepção de norma sancionatória mais ampla, que toma como referencial não os destinatários, mas uma relação de coordenação entre sanção e norma, em que as primeiras implementam o cumprimento dos mandamentos cominados pelas segundas.

Por fim, consolidado um alicerce de premissas, passa-se a análise do Diferimento Condicionado do ICMS nas operações internas de produtos agropecuários, instituído no Estado de Mato Grosso do Sul pela Lei n. 1.936/99, procurando condicioná-lo na baixa das sanções positivas que, em um contexto de ordenamento jurídico promocional, estimula o comportamento do produtor rural em contribuir, na forma que a lei permite, ao Fundo de Desenvolvimento do Sistema Rodoviário do Mato Grosso do Sul – FUNDERSUL.

1. AS ORDENS – NORMAS JURÍDICAS

Partindo da visão do Direito como ordenamento delineado, pode-se depreender, como característica marcante, “que a sua existência significa que certos tipos de comportamento humano já não são opcionais, mas, em certo sentido, obrigatórios” (HART, 2009, p. 8). Esta obrigatoriedade, a que se refere o autor, reporta-se diretamente à função regulatória do Direito exercida através das normas jurídicas.

Alfredo Augusto Becker, apoiado na doutrina de Bobbio, descreve a experiência jurídica como sendo um conjunto de regras de conduta humana com uma característica em comum: “são condutas predeterminadas por uma regra de conduta, consistente na regra jurídica, que impõe à atividade humana um determinismo artificial” (2010, p. 56). Estas regras de conduta são denominadas normas por tenderem a um fim determinado.

O direito positivo consiste em um conjunto de normas, ou regras de conduta, consideração que levou Bobbio a afirmar que “a experiência jurídica é uma experiência normativa” (2001, p. 23). O autor descreve a experiência jurídica como um mundo de relações (relações jurídicas) entre sujeitos organizados, de maneira estável (ordenamento jurídico) e através do uso de regras de condutas (normas jurídicas).

Tárek Moysés Moussallem (2009) parte da homogeneidade sintática do Direito (sistema formado unicamente por normas jurídicas) para defender que este fechamento impõe, como condição para adentrar ao corpo lingüístico do direito, que determinada conduta intersubjetiva seja relatada em linguagem competente no antecedente de uma norma jurídica, convertendo-se em fato jurídico. Segundo o autor: “da interseção entre a linguagem normativa e a linguagem da realidade social resulta a factibilidade jurídica, que interessa no ordenamento por meio de normas jurídicas (mais precisamente por seu antecedente)” (MOUSSALLEM, 2006, p. 58).

Em sua análise também focada e embasada na teoria da linguagem, Eurico Marcos Diniz de Santi (2001) defende as normas jurídicas como proposições, juízos significativos construídos a partir de enunciados prescritivos integrantes Direito Positivo, com uma determinada estrutura lógica:

“A proposição normativa (jurídica ou prescritiva) revela estrutura hipotética (implicacional) geral ou individual, é sua forma lógica. Tem composição dual. Suas partes, elementos que inexistem por si só, podem estar dispersos na legislação positiva, integrando corpos jurídicos os mais diversos. Entretanto, recompondo logicamente, temos: (i) hipótese ou pressuposto, parte da norma que tem por função descrever situação de possível ocorrência no mundo e (ii) tese ou conseqüente, que prescreve uma relação modalizada por um functor relacional deontico num de seus três modos relacionais específicos: permitido, proibido ou obrigatório” (SANTI, 2001, p. 36).

Tem-se, portanto, o papel das normas jurídicas como elementos essenciais a constituição do ordenamento jurídico, este tomado como sistema, com o papel de regular a conduta dos sujeitos integrantes da sociedade - associados. Passa-se a descrever a sua forma de atuação.

1.1 A DINÂMICA DAS NORMAS JURÍDICAS

Paulo de Barros Carvalho ressalta a importância do isolamento das manifestações normativas para o estudo do Direito. Segundo o autor, para ser considerada norma jurídica é mister que a mensagem contenha um mínimo de conteúdo que vincule um sujeito a uma relação de dever-ser, ao que o autor denominou de “expressões irreduzíveis de manifestação do deontico” (2010, p. 40).

Os comandos jurídicos, para atingirem o destinatário, devem revestir-se de uma estrutura formal, ou seja, uma condição mínima que possibilite a transmissão da mensagem do direito. Este mínimo, a que se refere o autor, atua de forma a regular os comportamentos sociais através de uma estrutura constante: “um juízo condicional em que se associa uma consequência à realização de um acontecimento fático previsto no antecedente” (CARVALHO, 2010, p. 41).

Articulando os ensinamentos tem-se que norma jurídica pode ser conceituada como o elemento abstrato, genérico e essencial do ordenamento jurídico, destinado a regular o comportamento de determinados sujeitos, através da cominação de uma relação jurídica entre eles, que associa uma consequência à realização de um acontecimento fático previsto em seu antecedente.

No entanto, esta relação de causa e consequência presente nas normas jurídicas respeita o princípio da imputabilidade deontica, que se diferencia do princípio da causalidade física, conforme explica Rubem Nogueira:

“As leis naturais ou juízos enunciativos destinados a mostrar as relações inevitáveis que se dão na natureza, nos fornecem a explicação das relações “causais” entre os fenômenos, daquilo que “é” e do que acontece (por exemplo, os corpos caem no espaço, o calor dilata os corpos), sem a possibilidade de violação, que importaria em negação da lei. Ao passo que as normas de conduta têm uma “finalidade”, que é provocar um comportamento humano, que “deve ser”, ainda que se não observe” (2007, p. 50).

Nas proposições atinentes às ciências naturais, as normas derivam da observação dos fenômenos físicos, sendo a relação de causa e consequência neste domínio regida pelo operador “ser”, sob pena de contradição. A imputabilidade deontica, por sua vez, utiliza-se do operador “dever-ser” como conector que atrela a hipótese à consequência normativamente determinadas. Esta

diferença se dá em função do caráter instrumental do direito, no qual as proposições normativas nascem com caráter prospectivo objetivando regular condutas intersubjetivas futuras em um “determinismo artificial” (BECKER, 2010, p. 58).

Paulo de Barros Carvalho, explica norma jurídica através da presença de uma estrutura mínima, descritora de uma relação de dever-ser entre dois sujeitos, propõe o simbolismo lógico “ $D[f \rightarrow (S' R S'')]$ ”, ao qual atribui a interpretação “deve-ser que, dado o fato F, então se instale a relação jurídica R, entre os sujeitos S' e S'” (2010, p. 40). Esta sistematização expõe de maneira clara como a norma jurídica atinge a conduta subjetiva, ao colher determinado fato social e a sua ocorrência atrelar o surgimento de uma relação de jurídica entre dois sujeitos.

Iniciou-se este capítulo afirmando que a presença de normas, no contexto do ordenamento jurídico, indica que determinados comportamentos já não são de todo opcionais, passando a ser, em certo sentido, obrigatórios, característica derivada da função da normatividade como elemento de controle social. No entanto, em coro com as palavras de Herbert Hart, “essa característica aparentemente simples do direito não é tão simples quanto parece, pois podemos distinguir diferentes formas na esfera do comportamento não-opcional” (2009, p. 8).

Em ordem de explicar a atuação lógica da relação deontica no âmbito de regulação das condutas inter-subjetivas, passa-se a uma análise dos modais “permitido”, “proibido” e “obrigatório” presente no consequente da norma jurídica.

1.2 CONSEQUENTE NORMATIVO - A LÓGICA DOS MODAIS RELACIONAIS

No tópico anterior, descreveu-se o funcionamento das normas jurídicas apontando o papel do operador “dever-ser”, que em razão do princípio da imputabilidade jurídica, ou do “determinismo artificial” das normas como quer Becker (2010), atrela, por um ato de autoridade, as proposições referentes à hipótese, portadora de uma descrição abstrata de um fato de possível ocorrência, e a sua respectiva consequência, relação jurídica entre dois sujeitos.

Paulo de Barros Carvalho explica que esta partícula “dever-ser”, no contexto da articulação entre antecedente e consequente da norma jurídica, aparece sempre sem modalização e “denota uma região, um domínio ontológico que se contrapõe ao território do ‘ser’, em que as proposições implicante e implicada são postas por um ato de autoridade” (2010, p. 48). Para o autor, se não fosse a vontade da autoridade que legisla as duas partes da proposição normativa (antecedente e consequente), não estariam unidas.

No entanto, esta relação de “dever-ser” que conecta as proposições hipótese e consequente é diferente da relação deôntica presente no contexto do consequente normativo. Na primeira, o modal sempre é neutro denotando a relação de implicação entre as proposições integrantes da norma jurídica. Já na segunda, ostenta “caráter intraproposicional e aproximando dois ou mais sujeitos em torno de uma conduta que deve ser cumprida por um e pode ser exigida pelo outro” (BARROS CARVALHO, 2010, p. 49). Este chamado “functor deôntico” intraproposicional pode ser tripartido nos modais “proibido”, “permitido” e “obrigatório”.

No contexto do consequente, Aurora Tomazini de Carvalho (2009) explica que o operador deôntico (“dever-ser”) qualifica uma conduta, delineada na proposição-tese normativa. Neste ponto, atua como “operador deôntico intraproposicional, impositivo da relação entre dois sujeitos em torno de uma previsão de conduta obrigatória (O), proibida (V) ou permitida (P), que deve ser obedecida” (TOMAZINI DE CARVALHO, 2009, p. 284). Neste paradigma, nasce a relação em que determinado sujeito tem o dever de cumprir certa conduta em favor de outro que, por sua vez, tem o direito subjetivo a exigir a prestação.

Lourival Vilanova (1997, p. 78), ao descrever o caráter relacional do “dever-ser”, reforça a característica inerente as relações jurídicas de estabelecer um vínculo entre dois sujeitos de direito diferentes. Esse autor descreve as variáveis relacionais “obrigatório”, “permitido” e “proibido” como valores que podem ser instituídos para descrever o tipo de vínculo que submete dois sujeitos distintos de direito. Parte do pressuposto da irredutibilidade dos modais (teoria do quarto excluído) para afirmar que: “Esses três modais deixam lugar a operações puramente formais, sem sabermos conteúdo nenhum de norma nenhuma. Posso tomar um deles como primitivo (interdefinível) e definir os demais como base neste modal primitivo” (VILANOVA, 1997, p. 79). Explica ainda que estas operações lógicas se dão através do emprego da negação.

Em sua obra, Norberto Bobbio (2001) classifica as normas jurídicas em positivas e negativas, assumindo como referencial o sujeito passivo e tomando como critério a utilização da partícula “não” no bojo de determinada proposição. Em uma tentativa de descrever a atuação destes modais, que também assume como interdefiníveis, o autor parte das proposições prescritivas afirmativas, que denotam os comportamentos obrigatórios universais, para construir as proibições como prescrições negativas, que a elas se opõem negando esta universalidade. Já no que tange a classe do permitido (P), Bobbio assume que as normas permissivas em um ordenamento nascem sempre ao lado de normas imperativas (positivas ou negativas), sendo sua função “eliminar um imperativo em determinadas circunstâncias ou com referência a determinadas pessoas” (2001, p. 126). Nesta toada, divide permissões positivas e negativas, correspondendo, as primeiras, em uma

isenção de um dever de não fazer (permissão de fazer), e as últimas em uma isenção do dever de fazer (permissão de não-fazer).

Considerar que as normas são postas por um ato de autoridade, que conecta as proposições da hipótese e consequentes normativos, fazendo surgir uma relação jurídica consequente que, por força de uma relação deontica (intraproposicional) estabelece um vínculo entre dois sujeitos de distintos, reconduz a noção de Direito como ordenamento, conjunto de normas jurídicas organizadas sob o palio de um princípio unificador que garante sua eficácia. Resta estudar a forma como esta eficácia é garantida.

2. A COAÇÃO – SANÇÕES JURÍDICAS E EFETIVIDADE

A perspectiva das normas jurídicas como preceitos que estabelecem obrigações, nas pegadas de Herbert Hart, pode ser percebida “quando a exigência geral de obediência é insistente e a pressão social sobre os que as infringem ou ameaçam fazê-lo é grande” (2009, p. 112). Em sua análise, o autor inglês observa que, em geral, a afirmação de que alguém tem obrigação vem acompanhada da circunstância que sofrerá punição no caso de desobediência.

Em excelente ensaio sobre o tema, Alfredo Augusto Becker (2010, p. 336) parte do princípio do determinismo artificial das normas jurídicas para reconhecer, em um primeiro momento, a possibilidade de sua violação material. O autor segue observando que a coercitividade das normas jurídicas (capacidade de vincular dois sujeitos de direito através de uma relação) depende do emprego da coação por meio do ente estatal. Nesta picada, a coação estatal desempenha importante papel, tornando factível a irradiação plena dos efeitos das normas jurídicas no plano das condutas intersubjetivas - eficácia. Nesta conjuntura surge a sanção, forma de ser das normas jurídicas integrantes do sistema, que deflagrará seus efeitos na hipótese da inobservância de algum preceito outro normativo, com o objetivo de dificultar a não-sujeição, implementando a eficácia. Explica o autor:

“Noutras palavras, a não-sujeição (à eficácia jurídica que se irradiou após a incidência da primeira regra jurídica) é elemento constitutivo da composição da hipótese de incidência da segunda regra jurídica, de modo que esta segunda regra jurídica somente incidirá se ocorrer aquela não-sujeição” (BECKER, 2010, p. 338).

Trilhando caminho semelhante, Paulo de Barros Carvalho (2009) parte do papel do ordenamento jurídico como instrumento que viabilizada a vida em comunidade para explicar a necessidade da adoção de medidas punitivas visando garantir o cumprimento das ordens, papel desenvolvido pelas sanções. O autor talha que o Direito, tomado como ordenamento, “ao criar uma

prestação jurídica, concomitantemente o legislador enlaça uma providência sancionatória ao não-cumprimento do referido dever” (BARROS CARVALHO, 2009, p. 544).

Ao estudar a resposta que o sistema jurídico fornece a violação de seus preceitos normativos, Norberto Bobbio (2001) observa que se tem uma norma jurídica violada quando a ação real não corresponde à conduta prescrita. Segundo o autor:

“É da natureza de toda prescrição ser violada, enquanto exprime não o que é, mas o que deve ser. À violação, dá-se o nome de ilícito. O ilícito consiste em uma ação quando a norma é um imperativo negativo e em uma omissão quando a norma é um imperativo positivo” (BOBBIO, 2001, p. 152).

Seria a sanção, neste conjunto de idéias, “o expediente através do qual se busca, em um sistema normativo, salvaguardar a lei da erosão das ações contrárias” (BOBBIO, 2001, p. 153), ou seja, consiste a sanção na resposta conferida pelo ordenamento a violação de uma norma. Para Bobbio (2001), a existência de sanções atreladas ao uma norma jurídica garante um maior nível de eficácia¹.

Ao estudar a relação entre normas que estatuem direitos e deveres e as sanções que implementam sua eficácia, Eurico Marcos Diniz De Santi (2001) identificou que o fenômeno esta longe de ser simples e não pode ser completamente descrito, senão em um viés abstrato, por intermédio de uma divisão do mundo normativo entre “normas primárias”, tidas como aquelas que estatuem direitos e deveres correlatos, e “normas secundárias”, concebidas como as que impõem uma sanção através do aparato judiciário estatal. O autor identifica que o critério desta classificação é o papel das normas no sistema e não a conduta jurídica prescrita, ou seja, o critério defendido reporta à “possibilidade do uso da coação organizada, mediante órgão jurisdicional, para fazer valer a efetivação do dever constituído pela eficácia jurídica de outras normas” (SANTI, 2001, p. 43).

Em sua linha de idéias, propõe um desdobramento da classificação entre normas primárias e secundárias com o objetivo de alcançar uma classe de normas, que também pressupõe o não-cumprimento de deveres e obrigações, mas que, contudo, carecem da eficácia coercitiva própria realizada diretamente pelo órgão de coação do Estado (SANTI, 2001). Trata-se da chamada “norma primária sancionadora” delineada nos seguintes termos:

“Têm-se, portanto, normas primárias estabelecedoras de relações jurídicas de direito material decorrentes de (i) ato ou fato lícito, e (ii) de ato o fato ilícito. A que tem pressuposto antijurídico denominamos norma primária sancionadora, pois veicula uma sanção – no sentido de obrigação advinda do não-cumprimento

¹ Para Bobbio: “a lei jurídica é uma prescrição de eficácia mediata, isto é, uma prescrição cuja eficácia depende não da norma que prescreve um comportamento, mas da norma que prescreve a consequência desagradável (a sanção) de um comportamento considerado ilícito” (2001, p. 139).

de um dever jurídico – enquanto que a outra, por não apresentar aspecto sancionatório, convenciamos chamar de norma primária dispositiva” (SANTI, 2001, P. 43-44).

Apesar de reconhecer a existência de normas que se projetam para reforçar a eficácia de outras normas presentes no sistema jurídico, Paulo de Barros Carvalho (2009), por uma questão de referencial metodológico, recusa-se a denominar tais normas sanções. Para o autor, cuida-se de “normas primárias que se justapõem a outras normas primárias, entrelaçadas, lógica e semanticamente, a específicas normas secundárias” (2009, p. 549).

A doutrina de Aurora Tomazini de Carvalho (2009), ao enfrentar o problema da insuficiência da classificação das normas entre primárias e secundárias, também identifica que “por inúmeras vezes, a autoridade legislativa seleciona como hipótese o cumprimento, ou não, de condutas prescritas por outras regras, estabelecendo, assim, uma relação de coordenação entre normas, ao tomar uma como pressuposto da outra” (2009, p. 345). Diante do problema apresentado, a autora propõe a partição da classe das normas ditas “primárias” nas subclasses “dispositiva” e “derivada”, sendo a primeira relativa às normas que prescrevem determinadas condutas; e a segunda, condutas que tenham por alvo preceitos vinculados por outras normas. Propõe ainda, que as normas ditas “derivadas”, sejam divididas em “punitivas” e “não-punitivas”, com vistas a indicar, dentro de normas em situação de coordenação, aquelas cujo pressuposto é o descumprimento de um mandamento presente em outra norma, caracterizado como ilícito (punitivas); e outras, nas quais a hipótese é justamente a observância do mandamento preconizado por outra norma, ato lícito (não-punitivas).

Norberto Bobbio (2007) identifica que a concepção repressiva de direito é ainda dominante na teoria geral contemporânea, impondo a força, quer como meio para a obtenção do máximo grau de observância das normas primárias, quer como conteúdo das normas secundárias. Para o autor, a insistência de parte da doutrina em estabelecer um vínculo necessário entre Direito e Coação-através-da-força se traduz na importância exclusiva atribuída pela doutrina às sanções negativas. Para esta parcela de autores, “a coação é, ela própria, considerada uma sanção negativa ou, então, o meio extremo para tornar eficazes as sanções (negativas), predispostas pelo ordenamento para a conservação do patrimônio normativo” (BOBBIO, 2007, p. 7).

Pela orientação filosófica adotada, refuta-se uma concepção repressiva fortemente influenciada pelas idéias de Kelsen (1992), que mostra sanções como normas que implementam medidas de coerção, técnicas de motivação direta na condição de normas de caráter secundário, que expressam sempre “uma relação de cunho jurisdicional, em que o Estado participa como juiz para obter, coativamente, a prestação insatisfeita” (BARROS CARVALHO, 2009, p. 548).

Na linha de pensamento seguida, o Direito adquire contornos muito mais promocionais, no sentido de incentivar determinados comportamentos benéficos a estrutura social, do que repressivos-punitivos. Neste paradigma, “a sanção jurídica não consiste, diferentemente das sanções sociais, o uso da força, isto é, para ‘forçar’ o recalcitrante, mas consiste, sim, em uma reação à violação, qualquer que seja, mesmo econômica, social ou moral, que é garantida, em última instância pelo uso da força” (BOBBIO, 2007, p. 28).

Em que pese as posições em contrário, o desenvolvimento desta pesquisa impõe a utilização da formulação de Eurico Marcos Diniz De Santi (2001) sobre o conceito de sanções como normas que reforçam a eficácia de outras normas (efetividade), auxiliada pela classificação de Aurora Tomazini de Carvalho (2009), no que tange a descrição das normas primárias em situação de coordenação (derivadas), cujo pressuposto é um ato lícito (não-punitivas), tudo com vistas a explicar natureza das normas primárias que implementam o cumprimento dos deveres estatuídos em outras normas primárias, em um contexto de direito promocional proposto por Norberto Bobbio (2007).

2.1 EFETIVIDADE E FUNÇÃO ORDENADORA

Ao falar da eficácia coercitiva da norma, Herbert Hart parte do ponto de vista que denomina “externo”, ao qual atribui a capacidade de descrever “a maneira como as normas funcionam na vida de determinados membros do grupo, ou seja, aqueles que rejeitam as normas e só se preocupam com elas quando, e porque, acreditam que sua violação provavelmente terá consequências desagradáveis” (2009, p. 117)².

Como bem identifica Tércio Sampaio Ferraz Jr. (2003) a eficácia de uma norma, tomada como capacidade de produzir efeitos, depende de certos requisitos, alguns de natureza fática e outros de caráter técnico-normativo. Para o autor, a presença dos requisitos de natureza fática torna a norma efetiva ou socialmente eficaz. Em seu escólio, a observância dos preceitos está ligada a eficácia social ou efetividade, mas com estas características não se confunde. Sentencia que: “A obediência é um critério importante da efetividade, mas esta não se reduz a obediência” (FERRAZ JR., 2003, p. 199).

² O autor sustenta que: “Em qualquer momento, a vida de qualquer sociedade que respeita as normas, jurídicas ou não, consistirá provavelmente numa tensão entre aqueles que, por um lado, aceitam as normas e cooperam voluntariamente para mantê-las, avaliando assim em termos das normas seu próprio comportamento e o das outras pessoas, e aqueles que, por sua vez, rejeitam as normas e as contemplam apenas do ponto de vista externo, como augúrio de uma possível punição” (HART, 2009, p. 117).

A eficácia implementada pelas sanções consiste na eficácia social, e “diz respeito aos padrões de acatamento com que a comunidade responde aos mandamentos de uma ordem jurídica historicamente dada” (BARROS CARVALHO, 2009, p. 84). Mesmo se tratando de um viés sociológico do fenômeno jurídico a efetividade das normas é trazida a baila para explicar justamente o papel das normas sancionatórias dentro do fenômeno jurídico.

Este papel das sanções, como elementos que reforçam a eficácia das normas primárias, está presente na obra de Bobbio, para quem “o fim da sanção é a eficácia da norma, ou, em outras palavras, sanção é um expediente para conseguir que as normas sejam menos violadas ou que as consequências da violação sejam menos graves” (2001, p. 156).

Observadas do ponto de vista externo, como propõe Hart (2009), a articulação de consequências desagradáveis ao descumprimento das regras integrantes do sistema, implementa justamente a regulação de condutas a que se presta a norma jurídica primária dispositiva definida por Santi (2001). Esta regulação presta reverência ao caráter instrumental do direito, cuja função é “simplesmente, a de fornecer meios de atuação para obtenção de um resultado predeterminado que não é, por si mesmo, jurídico” (BECKER, 2010, p. 67).

Na visão de Bobbio (2007), o Estado contemporâneo utiliza-se cada vez mais de técnicas de encorajamento, abandonando a visão de um ordenamento jurídico protetor-repreensivo e construindo uma nova imagem de ordenamento com função promocional. Para o autor, na sociedade moderna esta tarefa é realizada por medidas positivas, técnicas de encorajamento que demonstram a passagem de um sistema formado por medidas autoritárias e coercitivas por medidas de estímulo ou incentivo. Assim explica a diferença:

“Em poucas palavras, é possível distinguir, de modo útil, um ordenamento protetivo-repressivo de um promocional com a afirmação de que, ao primeiro, interessam, sobretudo, os comportamentos socialmente não desejados, sendo seu fim precípua impedir o máximo possível a sua prática; ao segundo, interessam, principalmente, os comportamentos socialmente desejáveis, sendo seu fim levar a realização deste até mesmo aos recalcitrantes” (BOBBIO, 2007, p. 15).

Sobre a função instrumental do direito, é basilar lição de Lídia Maria Lopes Rodrigues Ribas que, ao observar a estrutura do Estado constitucional democrático das sociedades políticas civilizadas, identifica como fundamental a presença de um “instrumental jurídico eficaz para a consecução da cidadania, em que o homem detentor de liberdades públicas assume um papel na construção de um novo conceito de democracia, alicerçado em instituições eficientes e legítimas” (2005, p. 682).

Conclui-se, nesse esteio, que na sociedade atual, longe de representar um instrumento de controle e regulação do monopólio na utilização da força, o direito é um instrumento para promover a cidadania, orientando o exercício das liberdades públicas através de institutos normativos, que objetivam fins maiores e exteriores ao próprio ordenamento. Neste desiderato, é mister que as ferramentas normativas sejam eficientes no sentido de implementar, efetivamente, os fins a que se propõem. É sobre este alicerce conceitual, que se passa a descrever as sanções premiaias e seu papel nesta nova concepção de Direito promocional.

2.2 A ESTRUTURA DAS SANÇÕES PREMIAIS.

Partindo da concepção de Direito como instrumento no contexto das relações sociais, Eros Grau propõe que “por certo que as relações de produção capitalista não poderiam existir, em reproduzir-se, sem a forma do direito, a instituir condições que conferem fluência à circulação mercantil” (2008, p. 20). Para o autor, o direito é instrumento na medida em que viabiliza as relações sociais estando incluído neste contexto, o modo de produção econômico.

Também olhando para as relações sociais, Bobbio afirma que “a alavanca da sociedade econômica é a recompensa; a que move a sociedade política é a pena” (BOBBIO, 2007, p. 9). Nesta linha, propõe-se a concepção de sanção jurídica, não como aquela que se diferencia das sanções sociais pelo emprego da força para compelir o cidadão resistente ao cumprimento de determinado mandamento, mas sim como aquela que fornece uma resposta a uma violação, garantida, em última instância, pelo uso da força.

“‘sanção’ a resposta ou a reação que o grupo social manifesta por ocasião do comportamento de um membro do grupo (relevante no sentido negativo ou positivo, não importa), como objetivo de exercer um controle sobre o conjunto dos comportamentos sociais e direcioná-los a certos objetivos mais do que a outros” (BOBBIO, 2007, p. 29).

A concepção apresentada, com as devidas reservas, não agride diretamente a leitura de Hart (2009) sobre normas apoiadas por ameaças, desenvolvendo o papel de uniformizar o comportamento dos indivíduos que cooperam voluntariamente para manutenção das normas (“ponto de vista interno”) e dos demais que as rejeitam, contudo, as contemplam com o temor de uma possível punição (“ponto de vista externo”). Revela, no máximo, sua insuficiência para explicar, na sua totalidade, papel das sanções no ordenamento jurídico, qual seja, promover a eficácia de outras normas.

Mesmo Hans Kelsen, clássico defensor de direito como ordem coercitiva, reconhece a existência de dois tipos “típicos” de sanções: “a ameaça de desvantagem em caso de obediência (punição no sentido mais amplo) e a promessa de uma vantagem no caso de obediência (a recompensa)” (1992, p. 24).

Propõe-se uma leitura de sanção na qual caibam não apenas “as consequências desagradáveis da inobservância das normas, mas também as consequências agradáveis da observância, distinguindo-se, no genus sanção, duas espécies: as sanções positivas e as sanções negativas” (BOBBIO, 2007, p.7).

Bobbio (2001) explica que uma norma sancionada pode ser conjugada em uma proposição alternativa, na qual se articulam uma ação meio e uma ação fim, em uma relação de consequência. Uma consequência desagradável, na visão do autor, pode atingir o transgressor de uma norma primária, dita dispositiva, de dois modos: “1) fazendo de modo que violando a norma não se alcance o fim que se propunha; 2) fazendo de modo que violando a norma se alcance um fim oposto àquele que se propunha” (2001, p. 118-119). Em todos os casos, defende o autor que a sanção consiste precisamente no desaparecimento do fim a que se propunha determinado indivíduo, quer seja ele evitar uma punição que importará em restrições de direitos (Se você não quer A, deve B), quer seja para evitar uma punição que importe no não-acesso a determinado direito (Se você quer A, deve B).

Pelo exposto, pode-se considerar que as sanções positivas são aquelas que promovem diretamente um determinado comportamento, através da cominação de uma situação agradável como consequência, e desestimulam os comportamentos contrários obstando o acesso à condição vantajosa. Utilizando-se de uma proposição alternativa, as sanções positivas atuam através da técnica do encorajamento: “Se queres A, deves B” (BOBBIO, 2007, p. 19). Pela negativa, considerando “B” uma condição vantajosa, a sanção positiva acaba por desestimular o descumprimento de A, norma primária dispositiva. Sendo “B” uma vantagem, o descumprimento da norma dispositiva “A” acaba sendo em si, a condição desvantajosa.

Ainda detalhando a descrição das sanções positivas ou premiaias, pode-se tomar a classificação de Aurora Tomazini de Carvalho, para enquadrá-las como normas primárias, derivadas e não-punitivas, cujo pressuposto é um ato lícito, alocando-as no grupo das que ostentam “como hipótese a realização de uma conduta prescrita em noutra norma (que lhe é precedente) e como consequência a instalação de um benefício (direito subjetivo) ao sujeito passivo” (2009, p. 347).

Mesmo em Kelsen se pode extrair que “as sanções são estabelecidas pala ordem jurídica com o fim de ocasionar certa conduta humana que o legislador considera agradável” (1992, p. 53). No contexto do ordenamento promocional proposto por Bobbio (2007), as sanções premiaias, por implementarem de maneira eficiente a efetividade das normas jurídicas, desempenham um papel importante para promover os fins a que se propõe o ordenamento.

Dentro do sistema de referência proposto por Hart (2009), pode-se construir que a ameaça de punição do ordenamento é a de proibir o acesso à recompensa, cominada como consequência de determinada norma jurídica. Aqueles que promovem o cumprimento de determinada norma jurídica sempre gozarão do benefício fraqueado (ponto de vista interno), já aqueles que rejeitam a mesma norma, a cumprirão no augúrio de ficarem privados, no contexto da sociedade, das vantagens que seu cumprimento acarreta (ponto de vista externo), condição claramente desvantajosa.

Veja-se que a concessão de benefícios a determinado grupo de indivíduos obedientes desequilibra a igualdade entre estes e aqueles que não colaboram voluntariamente para o cumprimento da conduta prescrita. Em uma sociedade competitiva e de livre concorrência, na qual o Direito é parte do modo de produção como preconizado por Grau (2008), este desequilíbrio somente acarreta prejuízos ao recalcitrantes, que logo buscarão implementar o comportamento premiado pelo ordenamento, com vistas a restaurar a situação de igualdade com seus pares. Como preconizou Bobbio (2007), no contexto da sociedade econômica, a recompensa funciona como alavanca.

Neste contexto de vantagens e desvantagens entre os sujeitos que cumprem ou descumprem as normas jurídicas dentro de sua esfera de liberdade, colabora a visão de direito de Eros Grau, como parte da estrutura econômica do capitalismo e elemento de mudança social. Segundo o autor: “o direito é produzido pela estrutura econômica mas, também, interagindo em relação a ela, nela produz alterações” (2007, p. 59). Ao promover determinados comportamentos com a cominação de uma recompensa, o ordenamento jurídico impõe, com seus meios, a alteração na realidade social interagindo com os outros estratos.

A visão promocional do direito volta seus olhos para a força que as medidas de estímulo têm na sociedade para reconhecer-lhes o devido valor. Este valor pode ser muito bem identificado nas normas jurídicas que vinculam comportamentos permitidos, como no extrato cristalino de Norberto Bobbio:

“No caso de um comportamento permitido, o agente está livre para fazer ou não fazer alguma coisa, ou seja, está livre para valer-se de sua própria liberdade para conservar ou para inovar. Se o ordenamento jurídico julga positivamente o fato de o agente valer-se o mínimo possível de sua liberdade, procurará desencorajá-lo a fazer o que lhe é lícito. Como se vê, a técnica do desencorajamento tem uma função conservadora. Se, ao contrário, o mesmo ordenamento jurídico julga positivamente o fato de o agente servir-se o máximo possível de sua liberdade, procurará encorajá-lo a se valer dela para mudar a situação existente: a técnica do encorajamento tem função transformadora e inovadora” (BOBBIO, 2007, p. 20).

Diante do exposto, pode-se considerar que a coerção, como instrumento que promove a efetividade das normas jurídicas, é desenvolvida no Direito através das sanções, normas que representam a reação de um grupo social ao cumprimento ou descumprimento de determinada norma, em ordem de promover ou desestimular determinado comportamento.

Nas sanções positivas, ditas premiaias, a promoção de determinado comportamento, quer seja “obrigatório”, “proibido” ou “permitido”, se dá através da cominação de uma condição benéfica a atitude lícita do agente, quer seja o atendimento da conduta tida como obrigatória, a abstenção daquela proibida, ou a adoção de um dos comportamentos, considerados pelo ordenamento como permitidos.

Diante do alicerce conceitual construído, passa-se ao estudo da situação concreta presente no ordenamento de direito positivo, no contexto da Lei n. 1.963, de 11 de junho de 1999, do estado de Mato Grosso do Sul, atinente à relação entre o Direito ao Diferimento do ICMS, nas operações

internas com produtos agropecuários, e a Contribuição ao Fundo de Desenvolvimento do Estado de Mato Grosso do Sul – FUNDERSUL.

3. A CONTRIBUIÇÃO AO FUNDERSUL COMO ORDEM E O DIFERIMENTO COMO RECOMPENSA

Até aqui se empreendeu a construção de um alicerce de premissas conceituais com vistas a sustentar a análise de dois institutos presentes na legislação estadual do Mato Grosso do Sul, a Contribuição ao Fundo de Desenvolvimento do Sistema Rodoviário do Estado de Mato Grosso do Sul – FUNDERSUL e o Diferimento do ICMS nas operações internas com produtos agropecuários, implementados pela Lei n. 1.936, de 11 de junho de 1999.

A instituição destes instrumentos fiscais causou grande comoção na comunidade jurídica tributária do Mato Grosso do Sul (com alguns ecos nacionais) na década passada. Alinhavam-se para a batalha os fervorosos defensores da condição de tributo da contribuição ao Fundersul, tida como coercitiva, e os bravos infantes do aparato da Fazenda Estadual que defendiam sua facultatividade, por via de consequência, seu caráter não-tributário.

O caso chegou ao Supremo Tribunal Federal, via Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.056-1/MS. Por ocasião do julgamento da liminar que pugnava pela suspensão da eficácia da norma, o Ministro Marco Aurélio Melo, remetendo-se a um parecer emitido pelo professor Roque Antonio Carrazza sobre o tema, chegou a consignar:

“Por que é compulsória a prestação? Porque o vínculo obrigacional não nascerá da vontade dessas pessoas, mas de imperativo legal. Conforme salientado, a facultatividade do pagamento é apenas aparente, na verdade, insidiosa, já que o não-recolhimento da contribuição acarretará graves conseqüências aos contribuintes, no que concerne ao montante de ICMS a pagar” (BRASIL, 2007).

No entanto, no julgamento do mérito, a tese da Confederação da Agricultura e Pecuária do Brasil - CNA sobre o caráter tributário da Contribuição ao Fundersul restou vencida no Supremo Tribunal Federal, que rejeitou a natureza tributária por considerar ausente o requisito da compulsoriedade.

Desde logo, insta esclarecer que não se pretende uma reabertura da discussão há muito abandonada e resolvida, ainda que por um argumento de autoridade, sobre o caráter compulsório ou não da Contribuição ao Fundersul. O que de fato interessa ao desenvolvimento deste trabalho científico é o Diferimento Condicionado, presente no art. 9º da Lei 1.936/99, sua dinâmica e seu

papel como sanção premial que estimula a Contribuição ao Fundersul como “conduta humana considerada agradável” (KELSEN, 1992, p. 53).

Todavia, é necessário explicar as características da norma que institui a Contribuição ao Fundersul, como norma primária dispositiva, para chegar as características da norma primária sancionadora que regula a concessão do benefício do Diferimento, a ela atrelada pelo ordenamento positivo em uma relação de coordenação.

3.1 A CONTRIBUIÇÃO AO FUNDERSUL – NORMA PRIMÁRIA DISPOSITIVA

Em ordem de começar a análise da Contribuição ao Fundersul, reporta-se aos enunciados prescritivos presentes no sistema jurídico a partir dos quais se pode construir a proposição normativa. O primeiro enunciado que interessa está presente justamente no capítulo que disciplina a concessão do benefício do Diferimento, mais precisamente no art. 9º da Lei n. 1.936/99:

“Art. 9º O diferimento do lançamento e o pagamento do ICMS nas operações internas com produtos agropecuários e com extrativos vegetais, de que tratam os arts. 12 e 47, incisos I e III e §§ 1º e 2º, da Lei Estadual nº 1.810, de 22 de dezembro de 1997 (Código Tributário Estadual - CTE), ficam condicionados a que os produtores remetentes das mercadorias contribuam para a construção, manutenção, recuperação e para o melhoramento asfáltico de rodovias estaduais e de vias públicas urbanas”. (MATO GROSSO DO SUL, 1999).

A partir destes enunciados pode-se construir uma norma jurídica da contribuição, através da organização, em um juízo implicacional, de uma hipótese legal e as consequências atreladas a sua ocorrência (BECKER, 2010). Somente está autorizado a realizar o lançamento e o pagamento diferido do ICMS nas operações internas com produtos agropecuários e com extrativos vegetais aquele que contribuir para a construção, manutenção, recuperação e para o melhoramento asfáltico de rodovias estaduais e de vias públicas urbanas.

Utilizando a representação de Paulo de Barros Carvalho, “D[f→(S’ R S’)]” (2010, p. 40), pode-se construir a seguinte proposição dual: Deve ser que (D), dado o fato de “realizar operação internas com produtos agropecuários sujeitas a incidência do ICMS” (f), então (→) se instale uma relação jurídica (R) na qual determinado sujeito S’, entregue a outro sujeito S”, no caso o Estado de Mato Grosso do Sul, determinada quantia em dinheiro a título de Contribuição ao Fundersul.

No entanto, este dever, cominado como consequência a realização da conduta “realizar operações internas com produtos agropecuários”, na qualidade de relação jurídica entre dois sujeitos, pode ser modalizado nas classes “obrigatório”, “proibido” e “permitido”. Como consignado em item anterior, a presença destes modais deônticos qualifica a conduta prescrita a

determinado sujeito de direito, e que, por ele deve ser obedecida (TOMAZINI DE CARVALHO, 2009).

No caso em estudo, defende-se que o modal deôntico relacionado ao dever jurídico do agente envolvido na relação jurídica consequente a ocorrência do fato previsto na hipótese é o modal “permitido”.

A função das normas permissivas é justamente “eliminar um imperativo em determinadas circunstâncias ou com referência a determinadas pessoas, e portanto, as normas permissivas pressupõem as normas imperativas” (BOBBIO, 2001, p. 126). Neste caso, como se trata da esfera do Direito Público, impera o princípio da legalidade, norma jurídica de posição privilegiada instituidora de limites objetivos (BARROS CARVALHO, 2009).

No contexto da administração, impera a proibição, sendo a liberdade exercida nos termos da lei. Na lição clássica de Hely Lopes Meirelles, “na Administração não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza” (apud MELLO, 2006, p. 72).

O comando da norma de Contribuição ao Fundersul opõe-se ao imperativo proibitivo geral imposto pelo princípio da legalidade administrativa e estabelece, àqueles que realizam o fato previsto em sua hipótese, uma relação jurídica em que é “permitido” realizar Contribuições ao Fundersul.

No caso da Contribuição ao Fundersul, a relação jurídica consequente é modalizada em “permitido”, pois o ordenamento tolera como conduta lícita, tanto o fazer quanto o não-fazer. Se obrigatória fosse a contribuição, gozaria daquela universalidade de tratamento preconizada por Bobbio (2001), na qual o ordenamento rechaçaria as condutas negativas (não-fazer, neste caso), reputando-as como ilícito, tolerando apenas e tão somente como lícitas somente as condutas positivas (fazer, neste caso).

Defende-se que, no que tange a conduta de regulada pelo consequente da norma jurídica dispositiva, que tem como hipótese a identificação, em linguagem competente, do fato “realizar operações internas com produtos agropecuários”, o sujeito passivo do dever está “livre para valer-se da própria liberdade para escolher” (BOBBIO, 2007, p. 20) se deseja ou não contribuir.

A norma em questão não vincula uma articulação de causa e consequência imediata, entre a realização do fato e a prescrição da conduta. É dizer, no que tange a Contribuição ao Fundersul, identificado o fato previsto na hipótese em linguagem jurídica suficiente, “deve-ser” o estabelecimento da relação jurídica entre o determinado sujeito e o Estado de Mato Grosso do Sul, no entanto, a conduta deste sujeito não consiste na obrigação de entregar determinada quantia em

dinheiro, mas na possibilidade de entregar, se desejar os efeitos advindos desta ação, ou não entregar, se não lhe aprouverem às consequências previstas.

A norma que estabelece a Contribuição ao Fundersul consiste, portanto, em uma norma primária dispositiva (que estatui diretos e correspectivos deveres), pois seu pressuposto é um ato lícito (SANTI, 2001). Em seu contexto, o alvo é a conduta de “realizar operações internas com produtos agropecuários e com extrativos vegetais”, cominando a ela a consequência de estabelecer uma relação jurídica em que, a determinado sujeito, é permitido contribuir, na forma da lei, para Fundersul.

Lançadas estas bases, passa-se ao estudo do Diferimento, a que alude o enunciado do Art. 9 da Lei n. 1.963/99, norma jurídica atrelada a norma da Contribuição.

3.2 O DIFERIMENTO CONDICIONADO – NORMA PRIMÁRIA SANCIONADORA

Norberto Bobbio (2007) defende que, em um ordenamento protetor-repressivo, o alvo das normas jurídicas são as condutas não-desejadas. Neste paradigma, os instrumentos sancionadores atuam com objetivo de impedir sua prática, tentando de convertê-las em impossíveis, difíceis e desvantajosas. Por outro, lado “um ordenamento promocional busca atingir o próprio fim pelas três operações contrárias, isto é, buscando tornar a ação desejada necessária, fácil e vantajosa” (BOBBIO, 2007, p. 15).

O ordenamento jurídico, na promoção das condutas desejadas, utiliza-se da técnica das sanções positivas, ou premiaias, para implementar as normas primárias dispositivas, em uma relação de coordenação na qual o fato jurídico hipotético descrito no antecedente da norma sancionadora é justamente o cumprimento do mandamento prescrito como consequente da norma dispositiva, ato lícito.

Neste contexto, preenchimento da hipótese da sanção premial (cumprimento da norma primária dispositiva que se pretende implementar), faz surgir uma relação jurídica de direito subjetivo, e não de dever como no caso das sanções negativas. Este “prêmio” franqueado pela ordem jurídica em razão do respeito de determinada norma, pode aparecer nas seguintes formas:

“Outrossim, há prêmios que consistem em um bem econômico (uma compensação em dinheiro, a designação de um pedaço de terra ao combatente valoroso), um bem social (a passagem para um status superior), um bem moral (horárias), ou um bem jurídico (dos assim denominados privilégios)” (BOBBIO, 2007, P. 25).

No caso tomado como objeto de estudo, o enunciado do art. 9º da Lei n. 1.936/99, apresenta a concessão do Diferimento Condicionado do ICMS nas operações internas com produtos agropecuários, como consequência atribuída pelo ordenamento tributário àqueles “*produtores remetentes das mercadorias contribuam para a construção, manutenção, recuperação e para o melhoramento asfáltico de rodovias estaduais e de vias públicas urbanas*” (MATO GROSSO DO SUL, 1999).

Na cristalina explicação de Leandro Paulsen, o diferimento “constitui uma técnica impositiva de deslocamento da exigência do tributo para momento posterior à ocorrência do originário fato gerador, com a imputação de responsabilidade de seu recolhimento a terceiro” (2009, p. 949). Na classificação de Bobbio (2007), quando se trata de relação jurídica consequente instituída por uma sanção positiva, a concessão de diferimento pode ser enquadrada na classe de bens jurídicos, como direito subjetivo conferido a determinado indivíduo por ocasião de um comportamento conforme de determinada norma.

Ao gozar do aludido benefício, determinado sujeito, produtor agropecuário neste caso tratado, não se encontra na contingência de ter que realizar o pagamento do ICMS no ato das saídas de mercadorias de seus estabelecimentos, condição desvantajosa que desestimula a não-adoção do comportamento vinculado pela norma primária dispositiva da Contribuição ao Fundersul. Esta consideração pode ser facilmente construída a partir do enunciado do art. 10 da Lei n. 1.963/99:

“Art. 10. Na hipótese de não adesão à faculdade referida no art. 9º desta Lei, os produtores devem pagar o ICMS no ato das saídas de mercadorias de seus estabelecimentos (CTE, art. 12, § 4º), aplicando-se ao caso as alíquotas fixadas na Lei nº 1.810, de 1997, para as operações internas (CTE, art. 41, inciso III, alínea "a"), sem qualquer redução. (MATO GROSSO DO SUL, 1999).

No caso apresentado, a conduta de contribuir ao Fundersul, regulada pela norma de contribuição delineada no item anterior (norma primária dispositiva), é tomada como relevante pelo ordenamento. Por via de consequência, a não-contribuição é a conduta reputada pelo ordenamento como indesejada.

No sistema de referência de Hart (2009), o ordenamento estimula o cumprimento da norma primária dispositiva (Contribuição ao Fundersul), através da ameaça de uma consequência desagradável a sua inobservância, obstando o acesso de determinado sujeito à condição mais vantajosa que representa o direito ao regime de Diferimento do ICMS, nas operações internas com produtos agropecuários.

Pode-se construir, através da sistematização proposta por Paulo de Barros Carvalho (2009) a norma jurídica primária sancionatória do Diferimento Condicionado do ICMS com a seguinte

estrutura: Deve-ser que (D), dado o fato de realizar a Contribuição ao Fundersul na forma da lei (f), então (\rightarrow) instaura-se uma relação jurídica (R), na qual determinado produtor rural (S'), tem o direito subjetivo ao Diferimento do ICMS (ou seja, o direito de não pagar o ICMS na saída das mercadorias de seus estabelecimentos), em face do Estado de Mato Grosso do Sul (S"), que por sua vez tem o dever jurídico de não tributá-lo neste elo da cadeia de produção.

Através do panorama apresentado, é clara a função encorajadora da norma do Diferimento Condicionado do ICMS em relação ao comportamento de contribuir para o Fundersul. Como defendido no item anterior, este comportamento modalizado, que vincula os produtores rurais que realizam operações internas com produtos agropecuários, está modalizado como permitido, sendo franqueada pelo sistema jurídico a liberdade para seguir o comportamento positivo (fazer) ou negativo (não-fazer), sendo ambas situações lícitas. A presença desta sanção premial, representada pelo Diferimento Condicionado, neste caso, visa estimular o comportamento positivo, desequilibrando a dualidade do comportamento "permitido" em relação a conduta de contribuir ao Fundersul.

Para melhor ilustrar o papel das sanções premiaias, cabe mais uma incursão na doutrina de Norberto Bobbio (2007) que, para explicar o papel das técnicas de encorajamento do sistema, parte do pressuposto que os atos humanos podem ser divididos em conformes e desviantes em relação a determinada norma jurídica. Para o autor, os tradicionais ordenamentos repressivos utilizam-se da técnica do desencorajamento, protegendo o exercício das ações conformes e punindo os atos desviantes. Por outro lado, no que tange aos ordenamentos promocionais, o emprego da

“[...] técnica do encorajamento visa não apenas a tutelar, mas também provocar o exercício dos atos conformes, desequilibrando, no caso dos atos permitidos, a possibilidade de fazer e a possibilidade de não fazer, tornado os atos obrigatórios particularmente atraentes e os atos proibidos particularmente repugnantes” (BOBBIO, 2007, p. 15).

Conclui-se, nas pegadas do autor, que o Estado de Mato Grosso do Sul ao estabelecer o Diferimento Condicionado do ICMS, na forma como apresentado, utiliza-se da técnica do encorajamento, ao cominar como consequência a Contribuição ao Fundersul a concessão do benefício, visando desequilibrar a possibilidade de fazer e não-fazer da norma permissiva, com vista a estimular a conduta positiva (fazer \rightarrow contribuir).

Este papel de promover a Conduta de Contribuir “voluntariamente” ao Fundersul esta ligada as escolhas políticas do legislador estadual, ao desenhar sua visão de Interesse Público através das normas produto de exercício de sua competência.

CONCLUSÕES

Em um ordenamento jurídico as sanções como normas que garantem o ato de vontade do legislador, através de ameaças dirigidas a desestimular a desobediência de suas ordens.

No conseqüente das normas jurídicas (ordens), é notória a presença da descrição de uma relação deôntica, a ser instalada entre dois sujeitos de direito em torno de uma prestação, que deverá ser cumprida por um e exigida por outro, modalizada entre “proibido”, “permitido” e “obrigatório”. Estes modais são tomados como interdefiníveis, sendo o modal “permitido” caracterizado pela eliminação de um comando imperativo, quer seja de proibição ou obrigatoriedade, isentando tanto o fazer quanto o não-fazer em determinada situação para determinados sujeitos.

Em um contexto de estado promocional, demonstrou-se a importância da utilização da técnica das sanções positivas, ou premiaias, que, através do emprego de normas primárias dispositivas, atreladas a ordens presentes no sistema por força da incidência de outras normas primárias dispositivas, atribuem conseqüências agradáveis aos sujeitos que revelam comportamentos conformes.

A aplicação das sanções premiaias, atreladas a determinada conduta reportada como permitida, torna um dos comportamentos lícitos integrantes da esfera de liberdade de determinado sujeito passivo (fazer ou não-fazer), mais interessante com vistas a promover objetivos maiores e exteriores a própria ordem jurídica.

Tratando-se especificamente da Contribuição ao Fundersul e o Diferimento Condicionado do ICMS, nas operações internas com produtos agropecuários, implementados pela n. 1.936, de 11 de junho de 1999, no Estado de Mato Grosso do Sul, a primeira conclusão foi colocar a Contribuição ao Fundersul como objeto de norma primária dispositiva, que tem como hipótese realizar operações internas com produtos agropecuários sujeitas a incidência do ICMS, e como conseqüência, o recolhimento de quantia em dinheiro, estabelecida pelos critérios da lei. O conseqüente dessa norma primária dispositiva está estruturado a partir do modal permitido, sendo considerados como lícitos pelo sistema tanto o fazer (contribuir) quanto o não fazer (não pagar).

Diante da norma primária dispositiva da Contribuição ao Fundersul, construiu-se a norma do Diferimento Condicionado do ICMS, como norma primária sancionadora que, dada a situação de coordenação em que se encontra em relação à primeira (norma de Contribuição ao Fundersul), programa sua efetividade através da cominação de uma condição vantajosa derivada da observância do comportamento reputado como relevante ao sistema (contribuir ao Fundersul).

Nesta linha de idéias, construiu-se as normas do Diferimento Condicionado do ICMS com a seguinte estrutura: deve ser que, dado o fato de realizar Contribuição ao Fundersul, na forma da lei, então instaura-se uma relação jurídica, na qual determinado produtor rural contribuinte, tem o direito subjetivo de não pagar o ICMS na saída das mercadorias de seus estabelecimentos (Diferimento), em face do Estado de Mato Grosso do Sul que, por sua vez, tem o dever subjetivo de não tributá-los nesse momento.

REFERÊNCIAS

BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria geral do direito tributário**. 5. ed., São Paulo: Noeses, 2010.

BOBBIO, Norberto. **Da estrutura a função: novos estudos de teoria geral do direito**. Barueri-SP: Manole, 2007.

_____. **Teoria da norma jurídica**. Bauru: EDIPRO, 2001.

_____. **Teoria do ordenamento jurídico**. São Paulo: EDIPRO, 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal pleno, **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.056/MS**. Requerente: Confederação da Agricultura e Pecuária do Brasil – CNA. Requeridos: Governador do Estado de Mato Grosso do Sul e Assembléia Legislativa do Estado de Mato Grosso do Sul. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgamento em 30-5-2007. **Diário da Justiça n.159**, Brasília, DF, 17 ago. 2007.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. 19. ed., São Paulo: Malheiros, 2003.

CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de Teoria Geral do Direito**. São Paulo: Noeses, 2009.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 21. ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Direito tributário, fundamentos jurídicos da incidência**. 8. ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

FERRAZ JR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. 4. ed., São Paulo: Atlas, 2003.

GAMA, Tácio Lacerda. **Competência tributária, fundamentos para uma teoria da nulidade**. São Paulo: Noeses, 2009.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e direito pressuposto**. 7. ed., São Paulo: Malheiros, 2008.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. São Paulo: Editora WMF Martin Fontes, 2009.



HORVATH, Estevão. **O princípio do não-confisco no direito tributário**. São Paulo: Dialética, 2002.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do Direito e do Estado**. 2. ed., São Paulo: Martins Fontes, 1992.

MATO GROSSO DO SUL. Lei n. 1.936, de 11 de julho de 1999. **Diário Oficial do Estado Mato Grosso do Sul**, Campo Grande, MS, 11 jul. 1999. Disponível em: <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=135991>>, Acesso em 19 fev. 2020.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, 21. ed., São Paulo: Malheiros, 2006.

MOUSSALLEM, Tárek Moysés. **Fontes do direito tributário**. 2. ed., São Paulo: Noeses, 2006.

NOGUEIRA, Rubem. **Curso de introdução ao estudo do Direito**. 4. ed., São Paulo: Noeses, 2007.

PAUSEN, Leandro. **Direito Tributário: Constituição e Código Tributário à luz da Doutrina e da Jurisprudência**. 11. ed., Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009.

RIBAS, Lídia Maria Lopes Rodrigues. Defesa ambiental: utilização de instrumentos tributários *in* TORRES, Heleno Taveira. **Direito tributário ambiental**, São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **Processo administrativo tributário**, 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2008.

SANTI, Eurico Marcos Diniz de. **Lançamento tributário**. 2. ed., São Paulo: Max Limonad, 2001.

VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo**. São Paulo: Max Limonad, 1997.

Sobre os autores:

Hendrick Pinheiro

Doutor e Mestre em Direito Econômico, Financeiro e Tributário pela Universidade de São Paulo. Professor Substituto de Direito Tributário da Faculdade Nacional de Direito da UFRJ.

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3492663438145316> ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4603-2134>

E-mail: hen_drick@hotmail.com

Estevão Horvath

Livre-docente em Direito Tributário pela USP. Professor dos programas de pós-graduação strictu sensu da PUC/SP e da USP.

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9644588468650001> ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0899-6936>

E-mail: estevaoh@hotmail.com

Os autores contribuíram igualmente para a redação do artigo.