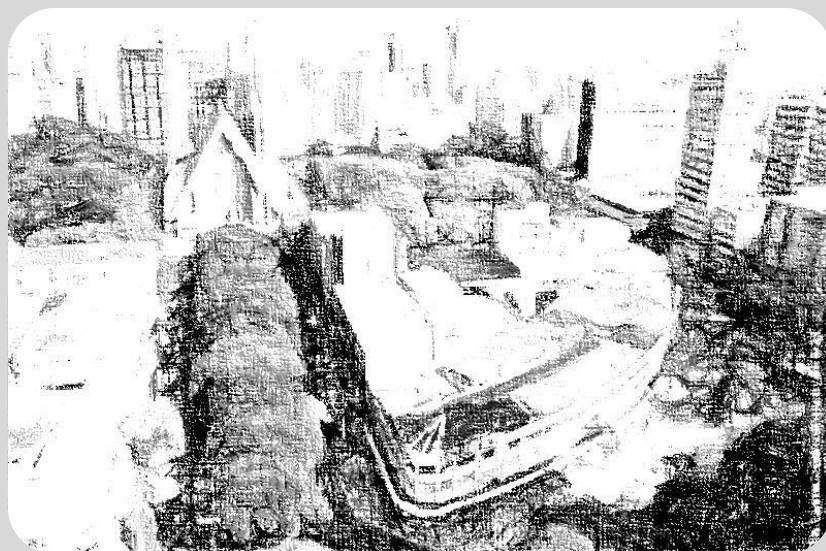


Revista de Direito Público

da Procuradoria-Geral do
Município de Londrina



Uma publicação conjunta:



Associação dos Procuradores do Município de Londrina – APROLON



Procuradoria-Geral do Município de Londrina

Ano 3 ■ Vol. 3 ■ Jan./Jul. 2014



Associação dos Procuradores do
Município de Londrina – APROLON



Procuradoria-Geral do Município de
Londrina

Revista de Direito Público

da Procuradoria-Geral do
Município de Londrina

Vol. 3, Nº 1, Julho 2014
Londrina

RDP-PGM Londrina	Londrina	V. 3 – Nº 1	151 p.	Julho 2014
------------------	----------	-------------	--------	------------

Revista de Direito Público

da Procuradoria-Geral
do Município de Londrina

Conselho Editorial

Carlos Renato Cunha (Coordenador)

Celso Zamoner

João Luiz Martins Esteves

José Roberto Reale

Paulo César Tieni

As opiniões emitidas nos artigos são de
responsabilidade exclusiva de seus autores.

Publicação conjunta da Procuradoria-Geral do
Município de Londrina e da Associação dos
Procuradores Municipais de Londrina –
APROLON.

Endereço eletrônico para remessa de artigos: aprolon@aprolon.com.br

Catálogo na publicação por Waléria de Luza – CRB 9/1402

Revista de Direito Público da Procuradoria –Geral do Município de
Londrina/ Associação dos Procuradores do Município de
Londrina – APROLON / Procuradoria –Geral do Município de
Londrina, - v.3,n.1, (Jul, 2014) – Londrina, 2014.

Anual

ISSN: 2317-4188 (on-line)

Disponível em:

<<http://www.aprolon.com.br/pkp/ojs/index.php/rdp-pgmlondrina>>

1. Direito Público - Periódicos. I. Associação dos Procuradores
do Município de Londrina – APROLON / Procuradoria –Geral do
Município de Londrina .

CDU 342

Revisão e Editoração: APROLON

Publicação: jul. 2014

Associação dos Procuradores do Município de Londrina -
APROLON
Av. Rio de Janeiro, 1389
Vila Ipiranga - Londrina-PR
CEP 86.010-150
(43) 9996-4715
aprolon@aprolon.com.br - www.aprolon.com.br

Procuradoria-Geral do Município de Londrina
Av. Duque de Caxias, 635,
Prefeitura Municipal - Centro Cívico
Bairro Petrópolis - Londrina-PR
CEP 86.015-901
(43) 3372-4327
www.londrina.pr.gov.br



Administração da Procuradoria-Geral do Município de Londrina

Procurador-Geral do Município
Paulo César Gonçalves Valle

Procurador-Geral Adjunto de Gestão do Contencioso
Carlos Renato Cunha

Procuradora-Geral Adjunta de Gestão da Consultoria
Renata Kawasaki Siqueira

Corregedora-Geral do Município
Alexandre Alberto Trannin

Gerente de Assuntos de Pessoal - GAP
Gisele Cristiane Campanari

Gerente de Serviços Públicos - GSP
Celso Zamoner

Gerente de Patrimônio Público, Urbanismo e Meio Ambiente - GPPUMA
Renata Kawasaki Siqueira

Gerente de Assuntos Legislativos e Normativos - GALN
Fábio César Teixeira

Gerente de Assuntos Fiscais e Tributários – GAFT
Carlos Renato Cunha

Gerente de Execução Fiscal – GEF
André Fustaino Costa

Os cargos até aqui nominados são os que compõem a Comissão Especial de Assuntos Estratégicos da PGM-Londrina.

Assessora-Técnica Administrativa e Financeira – ATAF
Mário Lucas França de Oliveira

Coordenador de Apoio Administrativo ao Gabinete – CAA-Gab
Lucas Ferreira Santana

Coordenador de Apoio Administrativo à Execução Fiscal – CAAEF
Thiago Eidi Morimoto

Coordenadora de Apoio à Arrecadação Fiscal – CAAF
Eliza Tizuru Sonomura

Coordenadoria de Análise de RPVs e Precatórios
Diego Rodrigues Martins

Coordenadoria de Apoio ao Setor de Licitações, Contratos e Convênios Administrativos
José Henrique dos Santos Piazza



**Diretoria da Associação dos Procuradores do Município de Londrina -
APROLON**

Presidente

Sérgio Veríssimo de Oliveira Filho

Diretor de Assuntos Jurídicos e Institucionais (Vice-Presidente)

Fábio César Teixeira

Diretor Administrativo

André Fustaino Costa

Diretora Financeira

Amanda Casado Ribas

Diretora de Comunicação

Gisele Cristiane Campanari

Diretora de Eventos

Andréia Ferraz Martin Robles Martelli

Diretor do Núcleo de Estudos Jurídicos

José Roberto Reale

Conselho Fiscal

Ana Lúcia Bohmann

Lia Correia

Paulo César Tieni

Ana Cláudia Neves Rennó (suplente)

Diretores Adjuntos

Marcelo Moreira Candeloro

César Augusto Coradini Martins

Márcia Nakagawa Rampazzo



SUMÁRIO

EDITORIAL.....	11
ARTIGOS	
LINEAMENTOS ADMINISTRATIVOS NO JUÍZO DE EXECUÇÃO PENAL: A PROBLEMÁTICA DO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO	
<i>Caio Henrique de Mello Goto</i>	13
ANÁLISE DOS ATOS NOS ESTÁGIOS DA EXECUÇÃO DAS DESPESAS ORÇAMENTÁRIAS ATRAVÉS DA TEORIA DOS ATOS ADMINISTRATIVOS	
<i>Carla Patrícia Rodrigues Ramos</i>	27
EXCERTOS SOBRE A EXTINÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO: CONVERSÃO DO DEPÓSITO EM RENDA, DECISÃO ADMINISTRATIVA IRREFORMÁVEL E DAÇÃO EM PAGAMENTO DE BENS IMÓVEIS.	
<i>Carlos Renato Cunha</i>	47
O BATER DE ASAS DE UMA BORBOLETA E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. O CARÁTER SISTÊMICO DO ATO ADMINISTRATIVO	
<i>Celso Zamoner</i>	65
DA EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM RELAÇÃO AO IDOSO	
<i>Débora Rabelo de Paula</i>	71
A PROTEÇÃO À SAÚDE DO SERVIDOR PÚBLICO	
<i>Deny Hideky Arasaki</i>	93
AUTONOMIA DAS PROCURADORIAS MUNICIPAIS: UMA CONQUISTA DA SOCIEDADE	
<i>José Roberto Reale</i>	111
O PRINCÍPIO DA IGUALDADE E SUAS ACEPÇÕES NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	
<i>Máisa Moura dos Santos</i>	

Rafael Santana Frizon..... 119

DA POSSIBILIDADE DA COBRANÇA DA TAXA DE COMBATE A INCÊNDIO POR MEIO
DE CONVÊNIO

Thamine Issa Haswany 133

EDITORIAL

Mais uma vez a Associação dos Procuradores do Município de Londrina – APROLON tem a honra de apresentar um volume da Revista de Direito Público da Procuradoria-Geral do Município, o que demonstra a consolidação do periódico e a importância deste canal para a veiculação da produção científica afeta ao Direito Público.

A atual edição, mais uma vez, conta com artigos de autoria de Procuradores do Município de Londrina, assim como de servidores do Município de Londrina.

Consignamos nossos mais sinceros agradecimentos aos autores que colaboraram para a viabilidade desta publicação.

Londrina-PR

Julho de 2014.

Sérgio Veríssimo de Oliveira Filho

Presidente da APROLON

José Roberto Reale

Diretor do Núcleo de Estudos Jurídicos da APROLON

Carlos Renato Cunha

Coordenador da Revista

LINEAMENTOS ADMINISTRATIVOS NO JUÍZO DE EXECUÇÃO PENAL: A PROBLEMÁTICA DO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO

Caio Henrique de Mello Goto

Graduanda em Direito pela Universidade Estadual de Londrina – UEL

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A conexão entre a execução penal e a Administração Pública. 3. O sistema carcerário brasileiro. 4. O Juízo de Execução Penal e a Administração Pública: ação conjunta e eficaz. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas.

RESUMO: O presente artigo analisa a conexão existente entre os Poderes Administrativo e Judiciário, diante da função punitivo-retributiva do Estado, utilizando por norte as normas do Direito Penal, Processual Penal, e da Lei de Execução Penal, postas em prática coativamente por força do exercício administrativo estatal, e pela necessidade de reestabelecer a ordem quebrantada com a prática delituosa, sempre de acordo com os objetivos preventivos, retributivos e ressocializadores, propostos pelo Estado como finalidades capitais da pena. Objetiva-se, ainda, aprofundar a correlação direta entre as decisões judiciais e a execução penal, concretizada pelos agentes estatais operantes dentro do sistema carcerário nacional, além de perquirir o exame da atual situação do cumprimento da pena privativa de liberdade pelos condenados, mediante análise do emprego das medidas adotadas pelos órgãos executivos penitenciários. Sobretudo, busca-se uma avaliação crítica da postura do ente estatal para com o sistema carcerário.

PALAVRAS-CHAVE: Execução Penal. Sistema Prisional. Administração Pública.

1. Introdução

A atividade dinâmica do Estado subsiste como uma organização coletiva estabelecida mediante regras dotadas de coação, ora funcionando sob uma ótica positiva, provendo o mínimo necessário para a manutenção da estrutura organizacional sob a qual se sustenta, ora negativamente, sopesando valores, e estabelecendo preferências, face a bens jurídicos imbuídos de maior relevância em detrimento de outros.

Neste prisma, tal atividade não é exercida pelo Estado agindo como uma instituição centralizada, concentrando todas suas funções em um único órgão; mas ao contrário, subdivide-se em diferentes instituições dotadas de distintas funções, que, apesar de atuarem em esferas diversas, regidas por princípios legais próprios e formadas por elementos particulares, são conectadas através de uma ordem constitucional estabelecida dentro de lineamentos democráticos, fundamentados sob a supremacia de valores constitucionais.

Não obstante, tais funções, integradoras da totalidade do exercício político coletivo, materializado em um ente soberano, são divididas em funções administrativa, judicial e

legislativa, concentradas nos denominados Poderes estatais, tripartidos em Executivo, Judiciário e Legislativo.

Uma vez atribuídas funções específicas a cada um dos Poderes, hão estes de atuar em diferentes dimensões, tornando o Estado uma instituição dinâmica e organizada, na busca do bem-comum, que pode ser definido como “conjunto de todas as condições de vida social que consistam e favoreçam o desenvolvimento integral da personalidade humana”¹

Diante desta dinamicidade integrada entre os Poderes, cabe delinear um primeiro estágio da ação estatal, determinado pelo sistema político, que parte, preliminarmente, de uma concentração axiológica aplicada em preceitos cogentes, quais sejam, as normas jurídicas, editadas dentro de um procedimento democrático pelo Poder Legislativo; em um segundo estágio, tais normas devem, necessariamente, ser cumpridas e respeitadas, sob pena de se desestruturar o sistema jurídico organizado sob valores coletivos, de modo que se faz necessária a presença de uma função administrativa², fiscalizadora e provedora dos anseios sociais, exercida pelo Poder Executivo; por fim, entende-se que a cominação normativa e a execução material dos preceitos genéricos não permanecem equilibradas sem a presença de uma terceira função, a qual, diante da abstração das normas, solucione os conflitos internos – seja entre os Poderes, seja entre indivíduos –, atividade exercida pelo Poder Judiciário.³

Tendo por base estes preceitos, cabe focar a análise aqui proposta em duas das funções estatais, sendo elas, a função executiva, e a função judiciária, de modo que se possa demonstrar a conexão entre ambas no funcionamento de um aparelho do Estado utilizado como mecanismo punitivo, retribuidor e ressocializador, formado essencialmente pelo Juízo de Execuções Penais e os estabelecimentos carcerários.

Ademais, tal foco merece prévia análise, visando clarificar os lineamentos que demonstrem estar o Juízo de Execução Penal interligando ambas as funções, executiva e judiciária, senão vejamos: aquele que não se adapta aos valores impostos em uma sociedade organizada deve, em um primeiro momento, receber do Estado os meios para se adequar à convivência social, fato que, por diversas e inomináveis razões, não ocorre em termos práticos, gerando consequências socialmente danosas, e na maioria das vezes resultando na prática delituosa – crimes ou contravenções –, as quais

¹ Papa João XXIII, *In Encíclica Pacem in Terris*, Vaticano. 1963.

² “A função administrativa é o conjunto de poderes jurídicos destinados a promover a satisfação de interesses essenciais, relacionados com a promoção de direitos fundamentais, cujo desempenho exige uma organização estável e permanente, exercitada sob regime jurídico infralegal e que se exteriorizam em decisões destituídas de natureza jurisdicional”. JUSTEN FILHO, Marçal. *In Curso de Direito Administrativo*. 8ª edição. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2012, p. 94.

³ “A Constituição Federal, visando, principalmente, evitar o arbítrio e o desrespeito aos direitos fundamentais do homem, previu a existência dos Poderes do Estado e da Instituição do Ministério Público, independentes e harmônicos entre si, repartindo entre eles, as funções estatais e prevendo prerrogativas e imunidades para que bem pudessem exercê-las, bem como criando mecanismos de controles recíprocos, sempre como garantia da perpetuidade do Estado democrático de Direito”. MORAES, *In Direito Constitucional*. 28ª edição. São Paulo: Ed. Atlas, 2012, p. 425.

causam resultados muitas vezes irreparáveis, quebrando a ordem e desrespeitando valores caros, tanto ao Estado como instituição, como ao sujeito, em sua individualidade.

Em um segundo momento, uma vez partida a ordem por consequência dos resultados da prática delituosa, o Estado, nos casos mais graves, retira do convívio social o delinquente, visando o reestabelecimento da ordem quebrantada, e a punição e ressocialização do criminoso.

Simploriamente, o reestabelecimento da ordem dá-se por meio da aplicação da lei genérica a concretude dos fatos (Judiciário), e da punição e ressocialização, mediante mecanismos executivos, concretizadores de execução penal (Executivo).

Tais objetivos são atingidos através da conjunta atuação dos Poderes em fases distintas, partindo da incipiente investigação dos fatos pela Polícia Judiciária⁴, posterior aplicação da norma pelo Juízo Penal de primeira instância, necessária fiscalização do cumprimento da pena pelo Juízo de Execução Penal⁵, e finalmente a concretização dos meios práticos da punição e ressocialização⁶ por diversos órgãos executivos, formadores do sistema carcerário: os presídios estaduais ou federais; os conselhos penitenciários; as quase inexistentes casas de albergado; as colônias industriais ou agrícolas; os abandonados manicômios judiciários; a Defensoria Pública, e demais órgãos, previstos no artigo 61 da Lei 7.210/84.

Isto posto, a análise pormenorizada dos lineamentos administrativos do Juízo de Execução Penal e do sistema carcerário, será realizada a) diante das normas estabelecidas, em especial a Lei 7.210/84; b) da realidade do atual estado do sistema carcerário brasileiro, e, finalmente, c) diante dos resultados conquistados e que ainda devam se conquistar ante a junção de tais funções administrativa e judicial, buscando um efetivo sistema ressocializador.

2. A conexão entre a execução penal e a Administração Pública

⁴ Código de Processo Penal. Art. 4º. A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e de sua autoria. Parágrafo único. A competência definida neste artigo não excluirá a de autoridade administrativa, a quem, por lei seja cometida e mesma função.

⁵ Lei 7.210/84. Art. 66. Compete ao juiz da execução: [...] VI – zelar pelo correto cumprimento da pena e da medida de segurança; VII – inspecionar, mensalmente, os estabelecimentos penais, tomando providências para o adequado funcionamento e promovendo, quando for o caso, a apuração da responsabilidade; VIII – interditar, no todo ou em parte, estabelecimento penal que estiver funcionando em condições inadequadas ou com infringência aos dispositivos desta Lei.

⁶ Lei 7.210/84. Art. 1º. A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.

Execução penal, segundo NUCCI, “é, primordialmente, um processo de natureza jurisdicional, cuja finalidade é tornar efetiva a pretensão punitiva do Estado, envolvendo, ainda, atividade administrativa”⁷, esta última, exercida pela administração pública, ou, em outras palavras, “o conjunto de entes e organizações titulares da função administrativa”⁸.

A administração pública tem por finalidade fornecer os meios e mecanismos provedores de pretensões coletivas, trazendo para si a responsabilidade de executar comandos normativos específicos, exercendo-os dentro do regime jurídico administrativo, que, como se sabe, detêm certas peculiaridades em relação ao regime jurídico privado⁹.

A execução penal, por sua vez, visa a *instrumentalização* da ordem judicial transitada em julgado, pondo em prática a punição estabelecida segundo as normas materiais de direito penal, determinando uma espécie de pena a ser cumprida em acurado lapso temporal, na medida da culpabilidade do delinquente¹⁰.

Têm-se, então, uma duplicidade de atividades, concretizadas mediante um *complexo de atos coordenados*, perante um conjunto de fatos concretos, que se conjugam na estrita necessidade de proteção a um direito disponível ou indisponível, lesionado por uma ação típica e antijurídica (injusto penal), *punida* pelo Estado-juíz, e *executada* pelo Estado-administração, visando à reafirmação da força coativa do ordenamento jurídico-penal.

Complexo de atos coordenados, nada mais é, senão o sistema punitivo que, diante das divisões de competências dentro de órgãos constituídos, ora é gerido pelo Estado-administração, ora pelo Estado-juíz, ora por ambos em um mesmo momento.

Pode-se perceber mais claramente a citada conjunção funcional ao desmembrar-se este complexo de atos¹¹, fundamentados no denominado *jus puniendi* estatal:

⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *In Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 5ª edição. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008, p. 1003.

⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *In Curso de Direito Administrativo*. 8ª edição. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2012, p. 225.

⁹ “O regime de direito público resulta da caracterização normativa de determinados interesses como pertinentes à sociedade e não aos particulares considerados em sua individuada singularidade. Juridicamente, esta caracterização consiste, no Direito Administrativo, segundo nosso modo de ver, na atribuição de uma disciplina normativa peculiar que, fundamentalmente, se delinea em função da consagração de dois princípios: a) *supremacia do interesse público sobre o privado*; b) *indisponibilidade, pela Administração, dos interesses públicos*.” BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *In Curso de Direito Administrativo*. 30ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, pp. 55-56.

¹⁰ Código penal. Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: I – as penas aplicáveis dentre as cominadas.

¹¹ “[...] o processo não passa de uma série de atos visando à aplicação da lei ao caso concreto. Entre o ato inicial, exercício do direito de ação, e a decisão final sobre o mérito, numerosos atos são realizados, de acordo com as regras e formalidades previamente traçadas, e esses atos vão avançando até atingir o ponto culminante do processo, que é a decisão sobre o

Uma vez notificada da prática criminosa, a autoridade policial – essencialmente *administrativa* – busca, através do inquérito policial¹², os indícios de autoria e a materialidade do delito, de modo a apontar os dados mínimos que indiquem a prática criminosa, dados estes oferecidos ao Ministério Público, dotado de autonomia e competência própria para oferecer denúncia¹³ contra o suposto delinquente, quando então, passa-se a essencial atividade *judicial*, a ser exercida pelo Juízo Criminal, analisando provas, formando conclusões, e prolatando uma decisão, que dará ensejo ao retorno da atividade *administrativa* quando forem executados os comandos apostos à sentença condenatória.

Trata-se de verdadeira conjugação de funções, evidentemente conectadas por um objetivo único, impossível de ser concretizado sem essa atuação interligada, conexa, considerando “que o Direito, segundo o qual se executam as penas, é, em parte, essencialmente administrativo”¹⁴.

Inobstante, resta incontroversa a conexão existente entre o *Judiciário* e o *Executivo* dentro do processo penal e da execução penal, outrossim, como expõe GRINOVER:

[...] a execução penal é atividade complexa, que se desenvolve, entrosadamente, nos planos jurisdicional e administrativo. Nem se desconhece que dessa atividade participam dois Poderes estatais: o Judiciário e o Executivo, por intermédio, respectivamente, dos órgãos jurisdicionais e dos estabelecimentos penais.¹⁵

E complementando, com contumácia, disserta GUILHERME NUCCI:

O entroncamento entre a atividade judicial e a administrativa ocorre porque o Judiciário é o órgão encarregado de proferir os comandos pertinentes à execução da pena, embora o efetivo cumprimento se dê em estabelecimentos administrados, custeados e sob responsabilidade do Executivo. É certo que o juiz é o corregedor do presídio, mas a sua atividade fiscalizadora não supre o aspecto de autonomia administrativa plena de que gozam os estabelecimentos penais no País, bem como os hospitais de custódia e tratamento.¹⁶

meritum causae, quando, então, o Juiz dirá se procede ou improcede a pretensão punitiva.” TOURINHO, Fernando da Costa. *In* Processo Pena, t.1, 34ª edição. São Paulo: Ed. Saraiva, 2012, pp. 36-37.

¹² “Essa primeira fase de persecução, embora não integre o *processo*, a ele se liga por necessidade lógica”. *Idem, ibidem*.

¹³ Código de Processo Penal. Art. 257. Ao Ministério Público compete: I – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma estabelecida neste Código; II – fiscalizar a execução da lei.

¹⁴ TOURINHO, Fernando da Costa. *In* Processo Pena, t.1, 34ª edição. São Paulo: Ed. Saraiva, 2012, p. 55.

¹⁵ _____. *In* Natureza Jurídica da Execução Penal. Coords. Ada Pellegrini Grinover e Dante Busana. São Paulo: Max Limonad, 1987, p. 7.

¹⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *In* Manual de Processo Penal e Execução Penal. 5ª edição. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008, p. 1004.

Nesta senda, o atrelamento de funções aqui exposto, uma vez posto em prática, resulta na aplicação das penas, dentre as quais, a de maior relevância – ainda que a administração pública seja indispensável em todas as demais espécies¹⁷ – é a *pena privativa de liberdade*, reconhecida como *ultima ratio* das sanções criminais, executada em estabelecimentos diversos, de acordo com o regime de cumprimento fixado, mas essencialmente dirigidos por uma finalidade, qual seja, *retribuir* o mal causado pelo delinquente, e, principalmente, *readequá-lo* ao meio social, de modo que se faz necessária detida análise dos estabelecimentos de cumprimento das penas privativas da liberdade, regidos pela administração pública, agindo no âmbito da esfera jurídico-criminal, e constituindo o denominado *sistema carcerário*.

3. O sistema carcerário brasileiro

A pena privativa de liberdade retira do indivíduo seu bem mais fundamental, garantido constitucionalmente, priva-o, em razão de sua escolha de delinquir, da liberdade de locomoção, sofrendo então as sanções decorrentes do rompimento da ordem social causado por sua conduta.

Recentemente, tanto a doutrina, como a opinião pública, vêm criticando o descaso do Poder Público com os condenados que tem sua liberdade restringida e ficam submetidos à responsabilidade estatal, não sendo raras as notícias de abusos, humilhações e violências das mais diversas espécies no interior dos estabelecimentos penais.

Por si só, as instituições penais deformam a personalidade do delinquente, desestruturando sua consciência de urbanidade e sociabilidade através do sofrimento desmedido, causado pelas péssimas condições oferecidas pelo Estado para o cumprimento das penas privativas de liberdade.

Não se provê o *mínimo* para que a ressocialização do condenado não passe de mera utopia, sendo dispensável enumerar pormenorizadamente os diversos problemas que permeiam o sistema carcerário brasileiro, posto que surgem junto com os novos condenados e criam um círculo de danos sociais ainda sem precedentes.

¹⁷ Constituição Federal. Art. 5º, XLVI – a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos.

A Lei de Execução Penal trata-se de exemplo da mais *vazia* norma jurídica, explicitadora do equivocado emprego das verbas públicas pela administração pública, e da mera e ilusória disposição no texto constitucional, da utópica “*dignidade da pessoa humana*”, tida com pilar do Estado democrático de Direito.

A par das críticas, faltam, tanto à sociedade, como ao Poder Público, as corretas iniciativas, a adoção de mecanismos eficazes, que, em longo prazo, tornem o sistema carcerário um local de verdadeira ressocialização, saindo da *especulação doutrinária* de objetivos preventivos gerais e especiais, para a verdadeira concreção de resultados, que atuariam como corolários de avanços visíveis.

A negligência do Estado em não cumprir os comandos da Lei de Execução Penal¹⁸, deixando em termos meramente legais, de eficácia ridiculamente inócua, traz consequências que permanecem no seio da coletividade, e tendem a agravar indefinidamente a estrutura carcerária. Afinal, faltam projetos e ações políticas reais, por parte da União, e dos Estados-membros, concluindo-se que *a limitação em apontar as falhas, não modifica a já gravosa situação*.

Neste sentido, BITENCOURT, ao analisar a decadência da pena privativa de liberdade, em razão das condições dos estabelecimentos penais, explicita claramente o desprezo do Estado-administração em aplicar os dispositivos da Lei de Execução Penal:

Há um grande questionamento em torno da pena privativa de liberdade, e se tem dito reiteradamente que o *problema da prisão é a própria prisão*. Na lição de Heleno Fragoso ‘a prisão representa um trágico equívoco histórico, construindo a expressão mais característica do vigente sistema de justiça criminal. Validamente só é possível pleitear que ela seja reservada exclusivamente para os casos em que não houver, no momento, outra solução’. Aqui, como em outros países, corrompe, avilta, desmoraliza, denigre e embrutece o presidiário. Michael Foucault, [...] em sua magnífica obra, *Vigiar e Punir*, denúncia o que seja a prisão e pergunta se a pena privativa de liberdade fracassou. Ele mesmo responde afirmando que ela cumpriu o objetivo a que se propunha, de *estigmatizar, segregar e separar* os delinquentes. (grifo nosso)¹⁹

Ironicamente, o Estado é responsável pelo presidiário, representando perante os familiares e o próprio preso, quaisquer danos que decorram de sua permanência no cárcere. O administrativista MARÇAL²⁰, não se furta em utilizar como exemplo prático da responsabilidade civil

¹⁸ Tais como a criação das casas de albergado, prevista nos §§ 2º e 4º, do artigo 203 da Lei 7.210/84, com natureza de norma sancionatória, obrigando os Estados a, no prazo de seis meses, regulamentar e efetivar os dispositivos não autoaplicáveis, *sob pena* de suspensão de qualquer ajuda financeira por parte da União. Evidentemente, não foram cumpridas as exigências normativas, assim como não foram sancionados os Estados-membros.

¹⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *In* Tratado de Direito Penal, 17ª edição. São Paulo: Ed. Saraiva, 2012, p. 732.

²⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *In* Curso de Direito Administrativo. 8ª edição. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2012, p. 1231.

estatal, o do presidiário que sofre ataque de outros custodiados e vem a sofrer danos materialmente irreparáveis. Não há consenso em doutrina e jurisprudência se o dever especial de diligência do Estado importa em responsabilidade objetiva ou subjetiva, cabendo aqui colacionar o entendimento do Supremo Tribunal Federal, que, por conseguinte, escancara a irresponsabilidade do Estado com seu sistema carcerário:

Morte de detento por colegas de carceragem. Indenização por danos morais e materiais. Detento sob custódia do Estado. Responsabilidade objetiva. Teoria do risco administrativo. Configuração do nexo de causalidade em função do dever constitucional de guarda (art. 5º, XLIX, CF/88). Responsabilidade de reparar o dano que prevalece ainda que demonstrada a ausência de culpa dos agentes públicos (RE nº 272.839/MT, Segunda Turma. Rel. Ministro Gilmar Mendes. Julg. 1º.2.2005. DJ, 8 abr. 2005).” (grifo nosso) ²¹

O Estado, prestando-se a construir tal sistemática de segregação, abrange a completa responsabilidade pela vida daqueles que ficam sob sua custódia, ainda que este sujeito esteja preso por ação ou omissão exclusivamente sua. Portanto, podemos concordar com a responsabilidade objetiva do Estado em razão da omissão do ente estatal em zelar pelo preso, *sob pena de se permitir que o já depravado sistema vicie ainda mais suas graves omissões em face dos condenados.*

Os dados estatísticos conclusivamente denotam o que até aqui tentamos expor, de modo que oportuno é anotar alguns pontos demonstrativos da ação do Poder Público em relação ao sistema punitivo nacional.

Inicialmente, dados do InfoPen²² informam que o Departamento Penitenciário Nacional²³, apurou no ano de 2007, que haviam 287 presos para cada 100 mil habitantes no Distrito Federal, mesmo ano em que o Estado investiu R\$ 438 mil; no Estado de São Paulo, 382 presos para 100 mil habitantes, tendo investido R\$ 2 milhões 380 mil; no Estado do Ceará, 157 presos para cada 100 mil habitantes, investindo R\$ 665 mil; e no Estado do Paraná, 357 presos para cada 100 mil habitantes, com investimento no valor de R\$ 1 milhão 632 mil.

²¹ Desacordante ao STF, entendendo que incide a responsabilidade subjetiva, já decidiu o STJ: “Processual Civil. Administrativo. Indenização por morte de preso em cadeia pública. Dever de vigilância do Estado (art. 5º, XLIX, CF/88). Indenização por danos morais e materiais. Responsabilidade civil subjetiva. Culpa e nexo de causalidade comprovados. Súmula 07/STJ” (REsp nº. 1.095.309/AM, Primeira Turma. Rel. Min. Luiz Fux. DJe, 1º de jun. 2009).

²² “O InfoPen Estatística é o registro de indicadores gerais e preliminares sobre a população penitenciária do país, que, com sua continuidade em exercícios futuros, fornecerá subsídios informacionais aos órgãos responsáveis na proposição de políticas públicas voltadas para o Sistema Penitenciário.” In Portal do Ministério da Justiça. www.justica.gov.br/portal/ministerio-da-justica. Acesso em 14 de setembro de 2013.

²³ Depen é o gestor legal dos recursos do Fundo Penitenciário Nacional – Funpen.

É senso comum se falar que “investir em cadeia não dá votos”, mas é exatamente o que demonstram as estatísticas nacionais. Notemos que em uma campanha eleitoral, empresas privadas doam valores exacerbadamente superiores aos investimentos médios anuais dos Estados-membros no sistema carcerário. Contrapondo as duas situações, resta claro que, após concluído período eletivo, os candidatos eleitos não se prestam a investir parte dos recursos disponíveis em sua governança, naqueles que não tem força para reelege-lo. É a *marginalização dos condenados*, fato que por si só derruba toda a estrutura política que teoricamente o Estado se propõe a construir na recuperação do preso, e principalmente em sua ressocialização. São dados vergonhosos, arriscamo-nos a dizer; dados que passam a prejudicar e desmerecer a Administração Pública em larga escala.

Não faltam verbas, não faltam estudos e exemplos internacionais que podem ser aplicados no território nacional, e ainda assim a Administração não adota os mecanismos necessários, *negligenciando a situação real e reproduzindo uma cultura de descaso político*. O absurdo é mais evidente quando percebe-se que uma *pequena* empresa privada, muitas vezes auferir lucros líquidos acima do patamar, por exemplo, do que foi investido no sistema carcerário do Distrito Federal.

Podemos ultimar que o sistema carcerário brasileiro, como se tem incansavelmente repetido, é *uma ficção política esquecida pela Administração Pública, bem como o ideal de ressocialização do condenado é mera especulação filosófico-doutrinária*.

4. O Juízo de Execução Penal e a Administração Pública: ação conjunta e eficaz

A junção do Judiciário e do Executivo em seus lineamentos já expostos pode tornar a realidade diferente – ainda que a longo prazo –, desde que o Estado proponha-se a agir além da teoria, das especulações e das motivações demagógicas. Para tanto, tentaremos expor os meios desta atuação e os possíveis resultados atingidos, procurando fugir de mera exposição teórica, – como tem feito grande parte dos críticos – objetivando propostas *possíveis, justas, e positivas*.

Em momento preambular, é fundamental a formação de um valor coletivo, que se expressa em políticas práticas, da necessidade do desenvolvimento do sistema carcerário. Deve-se ter em plano que a busca pela efetiva recuperação do preso ultrapassa os benefícios delimitados ao sistema carcerário, atingindo, indiretamente, avanços que abrangem outros sistemas sociais. A título exemplificativo, examinemos *in casu*, o traficante de drogas que, após o cumprimento integral da pena privativa de liberdade em ambiente carcerário adequado e digno, não voltará a delinquir, restando em benefício a saúde pública, vez que das ruas foi tirado mais um sujeito ativo da traficância, importando

diretamente na diminuição da criminalidade, e nos gastos públicos com políticas antidrogas aplicadas ao sistema de saúde nacional.

Há que se ressaltar a necessidade de um sistema carcerário planejado sobre os ditames da Lei 7.210/84, que busca, sobretudo, a readaptação social do preso. O respeito ao ser humano, enquanto condenado, é elemento indispensável à recuperação, e conseqüentemente aos citados benefícios diretos ou indiretos.

Ato contínuo, em um segundo momento, a consciência coletiva dos benefícios da reforma do sistema carcerário, deverá ser efetivamente refletida nos representantes do povo, eleitos dentro do sistema democrático, que colocarão em prática, através de seu ofício legislativo, os mecanismos necessários para consecução daqueles já consolidados valores coletivos.

A partir deste ofício legislativo – o qual inclui a edição de normas reguladoras da aplicação dos investimentos dentro do sistema punitivo – entram as políticas concretas, planejadas e dinamizadas pelos poderes Executivo e Judiciário, através de *atuação conjunta*, mediante seus respectivos órgãos e funções.

Adentrando em uma terceira fase, concreta, onde os valores coletivos restem formalizados pelo Poder Legislativo, o Poder Judiciário (Juízo Criminal) haverá de aplicar tais normas dentro dos conflitos gerados intersubjetivamente, importando, quando necessário, na condenação do delinquente (Juízo de Execução Penal), que será remetido aos órgãos do Poder Executivo (Sistema carcerário), para cumprimento da pena definitiva.

Não obstante, neste mesmo estágio, o órgão executivo, dotado de suas prerrogativas, tais como a presunção de legitimidade de seus atos, coloca em movimento todo o mecanismo executivo da pena, sempre fiscalizado pelo Judiciário, investindo de maneira *planejada* naqueles pontos já estudados, em que tenham demonstrado necessidade de maiores investimentos.

Este terceiro estágio nos remete ao primeiro – a consciência social dos valores coletivos –, uma vez que tal grade axiológica será a concretização daqueles valores, criando um círculo positivo, que, por ora, *funcionará como um plano a ser seguido pelo Estado*: uma direção a ser perseguida em um primeiro momento.

Porém, o óbice encontra-se no momento em que a consciência da sociedade da existência de tal cadeia axiológica haveria de ser transmitida aos representantes democraticamente eleitos: há um desrespeito arraigado nos costumes políticos nacionais, de que o representante já eleito

não mais deve comprovar seus atos ao eleitor, ao povo, implicando em flagrante desrespeito ao postulado da soberania popular, atingindo o âmago da democracia, e importando nos danos sociais, entre os quais, o vergonhoso sistema carcerário existente.

São nestes termos que podemos asseverar não faltar estrutura material à Administração Pública. O que realmente carece ao Poder Público é a *representatividade do sistema democrático* e o *planejamento racional dos investimentos*, o que explicita ser um problema que transcende do âmbito meramente judicial.

Assim sendo, resta demonstrado que o Juízo de Execução Penal e os diversos órgãos executivos prestam-se, sim, a suas funções, contudo, sem a devida *diligência* exigida dos órgãos representativos, sem os apropriados investimentos e *pré-planejamentos*, sem os *estudos de campo fundamentais*, e sem a *vontade do representante político*, não havendo, se guiados por este caminho disparatado, de ser atingidos objetivos alguns, permanecendo a eterna ficção jurídica que hoje é a recuperação do condenado.

O *Juízo de Execução Penal* e a *Administração Pública* tem completa capacidade de cumprir seus objetivos, desde que contem com o *Poder Legislativo*, em sua esfera federal, estadual e distrital, para que essa *ação conjunta* entre ambos possa ser efetivamente concretizada, e atinjam-se os benefícios sociais em potencial, aqui demonstrados.

5. Conclusão

Nesta perspectiva, inicia-se uma discussão ampla que busca ir além das críticas e das especulações, sobretudo em razão do atual momento político, que escancara a necessidade de mudanças, mesmo que incipientes, nos sistemas políticos que informam a organização estatal em seus diversos ramos.

Dentre esses sistemas, a reforma do ambiente carcerário se envolve de maneira relevante para toda a construção política nacional, posto que dentre os grandes males sociais, a cultura da violência e o desrespeito com os condenados ocupam o topo de uma escala de dificuldades e obstáculos recorrentes a serem transpassados e afastados pelo Estado brasileiro.

A *junção* do Executivo e do Judiciário é um das diversas pontualidades que devem ter atenção do administrador, do jurista, e do cidadão, tratando-se de uma criação política que busca a concretização de valores além daqueles abstratamente cominados e especulados. Em verdade, tratam-

se de indivíduos que permanecem à margem de uma organização social que se propõe a realização de objetivos meramente formalizados em mecanismos jurídicos inaplicados, demonstrando, assim, a irrelevância de tais proposições legais sem um fator real de poder que as coloque dentro do dinamismo estatal.

Em que pesem os evidentes avanços conquistados pelos Poderes Executivo e Judiciário, não deve-se cogitar uma estagnação em âmbitos desvinculados, que não atuem em *harmonia* (art. 2º da CF) na busca da realização e do provimento dos direitos fundamentais elencados no texto constitucional. O poder do Estado é uno e indivisível, portanto, *assim deve ser exercido*, nos moldes das exigências práticas e materiais, conforme demonstrou-se, sendo, de fato, essa a exigência do sistema carcerário brasileiro: um agir conjunto e planejado, dotado de todas as prerrogativas atribuídas à Administração Pública e ao Juízo de Execuções Penais; focado nas necessidades reais do condenados, avaliadas por estudos dirigidos e pontuais realizados dentro do ambiente carcerário; um atuar diligente dos aplicadores da lei, que tenham por primazia a *dignidade* do delinquente em recuperação, de modo a tornar reais os objetivos da pena privativa de liberdade.

Não se olvide de que se trata de processo lento e trabalhoso, mas que é de responsabilidade do Estado, e não deve ser prorrogado nem influenciado por intervenções demagógicas que possivelmente advenham de representantes populistas, como ocorre atualmente. No mesmo sentido, não se afaste a *responsabilidade do cidadão*, que detém o poder fiscalizatório social, e tem o estrito dever de zelar pela conjunção social, onde se inclui a imperatividade do poder punitivo, sem o qual a sociedade restaria diluída pela desordem.

Por derradeiro, cabe assinalar que o passo inicial parte precisamente da responsabilidade do cidadão, – indivíduo considerado em si mesmo, como partícipe da organização social formalizada no ente estatal – que é o único capacitado para transformar a desmarginalização do presidiário em efetivos avanços sociais. Cabe ao cidadão afrontar todo e qualquer representante democraticamente eleito que não zele pela concreção do princípio da dignidade humana dentro do sistema carcerário, assim como os demais direitos fundamentais garantidos àquele que responde por sua conduta delituosa perante o Poder Público (incisos XXXIX a LXVII do art. 5º da CF).

A lei penal é aplicada igualmente a todos, e assim o devem ser os direitos fundamentais, esteja o indivíduo condenado ao cumprimento de pena privativa de liberdade, esteja no gozo da completude do seu direito de locomoção, sobretudo pela exigência dos preceitos legais que caracterizam um Estado de Direito; afinal, denominações doutrinário-especulativas nada dizem se não materialmente concretizadas.

6. Referências bibliográficas

_____. *Natureza Jurídica da Execução Penal*. Coordenadores: Ada Pellegrino Grinover e Dante Busana. São Paulo: Max Limonad, 1987.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 30ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*, volume 1. 17ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

BRITO, Alexis Couto de. *Execução Penal*. 3ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 8ª edição. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.
MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 28ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 5ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

Portal do Ministério da Justiça. www.justica.gov.br/portal/ministerio-da-justica Acesso em 14 de Setembro de 2013.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*, tomo 1. 34ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

ANÁLISE DOS ATOS NOS ESTÁGIOS DA EXECUÇÃO DAS DESPESAS ORÇAMENTÁRIAS ATRAVÉS DA TEORIA DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

Carla Patrícia Rodrigues Ramos

Contadora do Município de Londrina. Especialista em Direito do Estado e em Contabilidade e Controladoria Empresarial pela Universidade Estadual de Londrina - UEL; Bacharel em Ciências Contábeis pela Universidade Estadual de Londrina - UEL. Bacharel em Direito pela Faculdade Pitágoras - Campus Londrina. Professora de Graduação de Contabilidade Governamental, Controladoria Governamental e Contabilidade para Entidades do Terceiro Setor na Universidade Estadual de Londrina - UEL. Advogada.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Dos Atos Administrativos: Aspectos Gerais 3. Dos Atos Administrativos na Execução da Despesa Orçamentária. 4. Conclusão. 5. Referências Bibliográficas.

RESUMO: Atos administrativos são os atos praticados no exercício da função administrativa, devendo ser portadores de particularidades para se tornarem válidos. Dentre esses atos existem alguns pertinentes ao estágio da execução da despesa orçamentária. O presente trabalho visa além de discorrer sobre atos administrativos e seus atributos, realizar uma breve análise dos atos envolvidos na execução das despesas orçamentárias sob o aspecto da teoria dos atos administrativos.

PALAVRAS-CHAVE: Direito administrativo. Atos administrativos. Execução da despesa orçamentária. Administração Pública.

1. Introdução

1.1 Conceito de Administração Pública

Administração pública, em um sentido amplo, é todo o conjunto de bens público, órgãos, pessoas, que fazem com que seja possível levar todos os serviços pertinentes a uma comunidade ou sociedade para satisfazer suas necessidades, tal como serviços ligados a educação, saúde, cultura, segurança etc.

Para Maria Sylvania Zanella Di Pietro:

“administrar significa não só prestar serviço, executa-lo, como, outrossim, dirigir, governar, exercer a vontade com o objetivo de obter um resultado

útil; e que até, em sentido vulgar, administrar quer dizer traçar programa de ação e executá-lo.”¹

A noção de administrar é o mesmo que gerir, dirigir, governar, exercer a direção com o intuito de realização eficaz. Portanto, na administração pública é colocar o plano de governo ou trabalho em ação e obter os melhores resultados, mais próximo do seu planejamento que é divulgado através das leis de orçamento, como veremos na unidade referente ao orçamento e seus instrumentos.

1.2 Organização da Administração Pública

No estudo do campo público, de início deve-se saber como ele é composto, com isso temos no art. 18 da Constituição Federal esse esclarecimento:

Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.²

Quando se refere a Administração Pública, quer dizer o conjunto de entes e organizações pertencentes a função administrativa. Em sentido subjetivo a referência é o conjunto de pessoas, seja pública ou privada, e os órgãos pertencentes a toda atividade administrativa. Já no sentido objetivo da expressão, Administração Pública é o conjunto de bens e direitos necessários a concepção do desempenho da função administrativa.³

Na esfera federal, tem-se, por exemplo, o Decreto-Lei nº 200/1967, que dispõe sobre a organização da Administração Federal. Este regulamenta a determinação da Constituição Federal de que o Poder Executivo é exercido pelo Presidente da República auxiliado pelos Ministros⁴. Levando isso aos Estados, temos os governadores auxiliados pelo seu secretariado e conseqüentemente, nos Municípios, temos os Prefeitos e também os seus secretários.

1.3 Estrutura da Administração Pública

1.3.1 Administração Direta ou centralizada

¹ DI PIETRO, Maria Sylvia. Direito Administrativo. 20ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 44.

² BRASIL, Constituição Federal de 1988, art. 18.

³ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 6 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 231.

⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 76

Administração Direta diz respeito aos órgãos ligados diretamente ao poder central, seja na esfera federal, estadual ou municipal, ou em outras palavras, é a União, Estados, Distrito Federal e Municípios com seus ministérios e suas secretarias.

Segundo Justen Filho, “Administração Direta compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios⁵”.

Assim, temos que a expressão Administração Direta é utilizada para indicar o ente político titular da função administrativa por determinação constitucional.

1.3.2 Administração Indireta ou descentralizada

Já a Administração Indireta é aquela composta por entidades que foram criadas com personalidade jurídica própria para realizar atividades que necessitam ser desenvolvidas de forma descentralizada, sendo elas as Autarquias, Fundações, Empresas e Sociedades de Economia Mista.⁶

As Autarquias são entidades criadas com serviço autônomo, ou seja, possuem a capacidade de administrar-se com relativa independência, pois a autarquia é fiscalizada pelo ente que a instituiu; sem caráter político, criada e extinta somente por lei específica de iniciativa do chefe do poder executivo; tem personalidade jurídica de direito público interno, não tem a necessidade de registro assim como as empresas e o início da sua personalidade se dá com a vigência da lei que a instituiu. A autarquia também goza de privilégios processuais outorgados à Fazenda Pública, tais como o prazo em quádruplo para contestar e em dobro para recorrer nos processos em que é parte. Ainda possui nas suas características o de que patrimônio e suas receitas são próprios, que requeiram, para seu melhor funcionamento, possuindo assim gestão administrativa e financeira descentralizada para assim realizar atividades típicas da Administração Pública.

⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 6 ed. Belo Horizonte: Forum, p. 238.

⁶ As empresas públicas e sociedades de economia mista utilizam a contabilidade pública quando recebem recursos à conta do Orçamento Público para despesas com pessoal ou de custeio em geral ou de despesas de capital, excluindo no caso das despesas de capital, aqueles gastos provenientes de aumento de participação acionária (BRASIL, 2000). Quando utilizam recursos do orçamento público para os fins supracitados, essas entidades passam a ser conhecidas como EMPRESAS ESTATAIS DEPENDENTES.

Segundo entendimento de Marçal, “a autarquia resulta de um processo de descentralização do poder estatal, o que produz o surgimento de entidades investidas em parcelas de competências públicas, de titularidade de uma pessoa política”.⁷

Assim como o seu órgão criador, as autarquias gozam de imunidade tributária recíproca no que diz respeito a impostos sobre o patrimônio, a renda e os serviços vinculados as suas finalidades essenciais, conforme art. 150, VI, a, da Constituição Federal, citada a seguir:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

VI - instituir impostos sobre:

a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros;

§ 2º - A vedação do inciso VI, "a", é extensiva às autarquias e às fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, no que se refere ao patrimônio, à renda e aos serviços, vinculados a suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes;⁸ (grifo do autor).

As Fundações Públicas, por sua vez, são entidades assemelhadas às fundações privadas quanto à sua finalidade social e ao objeto não lucrativo, diferenciando no aspecto quanto ao instituidor e ao patrimônio afetado a atividade pública, dotadas de personalidade jurídica de direito privado, criada em virtude de autorização legislativa, para o desenvolvimento de atividades que não exijam execução por órgãos ou entidades de direito público, com prerrogativas e privilégios iguais os extensivos as autarquias, com autonomia administrativa, patrimônio próprio gerido pelos respectivos órgãos de direção, e funcionamento custeado por recursos públicos e de outras fontes, são voltadas para o desempenho das atividades de caráter social, tais como assistência social, médica e hospital, educação e ensino, pesquisa ou culturais; são exemplos de fundações públicas a Fundação Nacional do Índio - FUNAI, Fundação Nacional da Saúde – FNS etc.

Uma Empresa pública é uma entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, autorizada por lei específica, sob qualquer forma de jurídica (Ltda, S/A etc) com patrimônio próprio e capital exclusivo da União, se federal, criada para exploração de atividade econômica que a Administração Pública seja levada a exercer por força de contingência ou conveniência administrativa ou ainda para execução também de serviços públicos.

⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 6 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 246.

⁸ BRASIL. Constituição Federal do Brasil de 1988. Art. 150, VI, a, § 2º.

No entendimento de Marçal o melhor conceito para empresa pública é dizer que “empresa pública é uma pessoa jurídica de direito privado, dotada de forma societária, cujo capital é de titularidade de uma ou mais pessoas de direito público e cujo objeto social é a exploração de atividade econômica ou a prestação de serviço público”.⁹

Exemplos: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT e a Caixa Econômica Federal - CEF.

Por fim, as Sociedades de economia mista são entidades dotadas de personalidade jurídica de direito privado, instituída mediante autorização legislativa e registro em órgão próprio para exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedade anônima, com capital público e privado cujas ações com direito a voto pertençam, em sua maioria, ao ente federativo que a criou ou a entidade da Administração Indireta.

Para Marçal, prefere afirmar que “sociedade de economia mista é uma sociedade anônima sujeita a regime diferenciado, sob controle de entidade estatal, cujo objeto social é a exploração de atividade econômica ou prestação de serviço público”.¹⁰

Exemplo de sociedade de Economia Mista é o Banco do Brasil e Petróleo Brasileiro S/A – Petrobrás.

2. Dos Atos Administrativos: Aspectos Gerais

2.1 Conceito

Por atos administrativos se entende aqueles atos que visam administrar as atividades do Poder Executivo, ou as atividades atípicas dos poderes Legislativos e Judiciários, sem os quais não terá como proceder ou dar andamento as suas funções típicas, pois estes atos administrativos são aqueles que assim como em uma indústria seu foco é a fabricação, mas sem o departamento administrativo e financeiro não realizando os procedimentos contábeis, financeiros ou de custo, não será possível que a atividade principal continue em pleno funcionamento e obtendo os seus resultados pretendidos, com a diferença que para ser um ato administrativo deve advir da Administração Pública.

⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 6 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 259.

¹⁰ JUSTEN FILHO. Marçal. Curso de Direito Administrativo. 6.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 274.

Focando na Administração Pública, segundo as palavras do Ilustríssimo Administrativista Hely Lopes Meirelles:

Ato administrativo é toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tentar por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria¹¹.

Diz-se que o ato administrativo é um ato unilateral porque tem o entendimento que se o ato for bilateral está dizendo que é um contrato administrativo¹².

De acordo com os dizeres de Celso Antônio Bandeira de Mello ato administrativo é:

“declaração do Estado (ou de quem lhe faça as vezes) no exercício das prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional”¹³.

Assim, ato administrativo é a exteriorização da vontade de um ente público, dirigida a uma finalidade de interesse público, para a qual o direito vincula efeitos jurídicos.

2.2 Requisitos ou elementos dos atos administrativos

Para que não se torne nulo um ato administrativo é necessário alguns requisitos ou elementos básicos, sendo eles competência, forma, objeto, finalidade e motivo conforme Lei 4.717/65, lei esta que regula a Ação Popular, em seu art. 2º:

Art. 2º São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de:

- a) incompetência;
- b) vício de forma;
- c) ilegalidade do objeto;
- d) inexistência dos motivos;
- e) desvio de finalidade¹⁴.

¹¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo, 2009, p. 152.

¹² Contrato administrativo é o ajuste que a Administração Pública, agindo nessa qualidade, firma com o particular ou outra entidade administrativa para a consecução de objetivos de interesse público, nas condições estabelecidas pela própria Administração. *Idem*, p. 214.

¹³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 28ª ed. São Paulo: Malheiros 2011. p. 385.

¹⁴ BRASIL, Lei 4.717 de 29 de junho de 1965. Art. 2º.

Existem algumas divergências quanto a se dizer elementos ou requisitos, mas conforme os dizeres de Marçal é mais adequado utilizar requisitos do que a palavra elementos, pois este indica a existência de parte dotadas de autonomia própria, sendo que o ato administrativo possui um composição indissociável.¹⁵

No requisito competência tem-se o entendimento do poder legal conferido por lei ao agente público no exercício de suas funções para que exerça atos administrativos inerentes ao cargo exercido. Segundo dizeres de Carvalho Filho, “Competência é o círculo definido por lei dentro do qual podem os agentes exercer legitimamente sua atividade¹⁶”. Com isso, nenhum ato administrativo é válido se o agente não tiver a competência ou poder para pratica-lo.

Para o Professor Diógenes Gasparini o requisito da competência possui as seguintes características:

- a) Exercício obrigatório para os órgãos e agentes públicos;
- b) Irrenunciável e intransferível. Não sendo considerado renúncia a delegação ou a transferência temporária dentro de requisitos legais, podendo ser revogadas a qualquer tempo.
- c) Imodificável pela vontade do agente. Devido ser decorrente de lei e sempre ato vinculado.
- d) Imprescritível. O não exercício da competência não importa na sua extinção¹⁷.

Portanto, a competência é decorrente de lei e a esta é vinculada, também sendo a lei que limita o campo desta competência ao agente público, pois se extrapolado esses limites ocorre o chamado de abuso de poder, ocorrido por excesso ou desvio de poder.

No requisito de forma do ato administrativo também sendo um ato vinculado, salvo quando a lei autorizar a discricionariedade, e imprescindível a sua perfeição, a forma é como o ato é exteriorizado, nos dizeres de Hely Lopes Meirelles “Todo ato administrativo é, em princípio, formal”¹⁸.

¹⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 6 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 363.

¹⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 24 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 98.

¹⁷ GASPARINI, Diogenes. Direito Administrativo. 16ªed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 114.

¹⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo, 2009, p. 155.

Quanto ao objeto do ato administrativo pressupõe o seu conteúdo. Para identificar este conteúdo é necessário que se verifique sobre o que o ato decide, nas palavras de Maria Sylvia Zanella Di Pietro “basta verificar o que o ato enuncia, prescreve, dispõe”¹⁹.

Para o Professor Hely Lopes Meirelles o conceito de objeto é “o objeto identifica-se com o conteúdo do ato, através do qual a Administração manifesta seu poder e sua vontade, ou atesta simplesmente situações pré-existentes”²⁰.

Para o Professor Marcelo Alexandrino, o motivo do ato administrativo é “a situação de direito e de fato que determina ou autoriza a realização do ato administrativo, ou, por outras palavras, é o pressuposto fático e jurídico que enseja a prática do ato”²¹. Ou seja, se um servidor solicita licença a paternidade é só provar o nascimento do filho, que é o acontecimento fático que dá direito a licença solicitada, que sendo um ato vinculado, ocorrerá o benefício. Portanto, é uma situação que serve de fundamento para a prática do ato.

A finalidade do ato administrativo, requisito este sempre vinculado, seja o ato discricionário ou vinculado, pois a finalidade de todo e qualquer ato público é o interesse público, não sendo admitido pelo Direito Positivo que o ato administrativo não tenha como finalidade o interesse da sociedade, ou seja, o interesse público.

Assim, conforme retrata o Professor Hely Lopes Meirelles:

“outro requisito necessário ao ato administrativo é a finalidade, ou seja, o objetivo de interesse público a atingir. Não se compreende ato administrativo sem fim público. A finalidade é, assim, elemento vinculado de todo ato administrativo – discricionário ou regrado – porque o Direito Positivo não admite ao ato administrativo sem finalidade pública ou desviado de sua finalidade específica”²².

2.3 Atributos do ato administrativo

Dizer os atributos dos atos administrativos é dizer as qualidades destes atos que os diferenciam dos atos jurídicos privados. Estes atributos dos atos administrativos surgem em função da

¹⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 24ª edição. São Paulo: Atlas, 2011. p. 208.

²⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo, 2009, p. 157.

²¹ ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Niterói, 2007, p. 316.

²² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo, 2009, p. 155.

finalidade pública e são eles: presunção de legitimidade e veracidade; imperatividade; exigibilidade e auto-executoriedade.

2.3.1 Presunção de legitimidade e veracidade

Presumir a legitimidade é dizer que os atos administrativos são legais e lícitos até que prove o contrário, isto é, todo e qualquer ato administrativo se presume correto, legal, válido, até que alguém prove que aquele ato está em conflito com alguma norma ou tenha algo inverídico, assim, por exemplo, uma certidão de óbito se presume válida até que se prove que o de cujus está vivo.

Segundo Carvalho Filho, “os atos administrativos, quando editados, trazem em si a presunção de legitimidade, ou seja, a presunção de que nasceram em conformidade com as devidas normas legais²³”

Sendo atos emanados de agentes detentores de uma parcela do Poder Público a qual tem o objetivo de alcançar o interesse público, trás como fundamento essa presunção que de que este ato seja legítimo e válido.

2.3.2 Imperatividade

Característica de algumas espécies de atos administrativos, a imperatividade é o poder que a Administração Pública possui de impor, unilateralmente, obrigações aos administrados. Exemplo são os atos normativos (decretos), atos punitivos (multa administrativa) e os atos de polícia (apreensão de mercadorias sem documentação), nesses atos a Administração não necessita que o administrado autorize a sua execução.

Nos dizeres de Maria Sylvania, “Imperatividade é o atributo pelo qual os atos administrativos se impõem a terceiros, independentemente de sua concordância.²⁴”

Ainda, conforme leciona Carvalho Filho, “Imperatividade, ou coercibilidade, significa que os atos administrativos são cogentes, obrigando a todos que se encontrem em seu círculo de incidência, na verdade, o único alvo da Administração Pública é o interesse público²⁵.”

²³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 24ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 112.

²⁴ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Direito Administrativo. 20 ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 185.

Portanto, sendo o interesse maior da Administração Pública a finalidade pública em si, não seria condizente de que a cada passo de suas atividades necessário fosse ser autorizada, com isso colocando o interesse público e coletivo abaixo do interesse individual.

2.3.3 Exigibilidade

A exigibilidade nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello “é a qualidade em virtude da qual o Estado, no exercício da função administrativa, pode exigir de terceiros o cumprimento, a observância, das obrigações que impôs²⁶”. Assim, a administração pública não necessita de intervenção do Poder Judiciário para exigir que sua determinação seja obedecida, podendo se utilizar de meios indiretos de coerção, tais como multas administrativas em casos de descumprimento de atos.

2.3.4 Auto-executoriedade

Configurando como uma característica relevante a auto-executoriedade é atributo de alguns dos atos administrativos os quais são executados pela própria Administração sem que haja autorização ou interferência do Poder Judiciário.

Segundo Hely Lopes Meirelles “a auto-executoriedade consiste que certos atos administrativos ensejam de imediata e direta execução pela própria Administração, independente de ordem judicial”²⁷.

Ainda nas palavras de Carvalho Filho a auto-executoriedade significa “que o ato administrativo tão logo praticado, pode ser imediatamente executado e seu objeto imediatamente alcançado²⁸”.

Portanto, a Administração Pública tem idoneidade para criar direitos e obrigações, submetendo a todos que se situem em seu círculo de incidência.

2.4 Classificação dos atos quanto ao grau de liberdade

²⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 24^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 112

²⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de Mello. Curso de Direito Administrativo. 28^a ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 419.

²⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo: Atlas, 2009. p. 164.

²⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 24 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 113.

Por grau de liberdade para decidir sobre os atos administrativos existem dois tipos, os atos vinculados e os atos discricionários.

Segundo Maria Sylvia dizer que um ato é vinculado é dizer que “a lei não deixou opções; ela estabelece que, diante de determinados requisitos, a Administração deve agir de tal ou qual forma²⁹”.

Por atos vinculados se entende aqueles atos administrativos praticados pela Administração Pública sem margem de liberdade, isto é, a lei descreve como deve ser o ato administrativo e o administrador somente o realiza conforme o descrito no texto normativo. Como exemplo de um ato vinculado está o pedido de aposentadoria por idade em que o servidor demonstra ter atingido o limite exigido pela Constituição Federal.

Ato discricionário nas palavras de Maria Sylvia é “o poder de adoção de uma ou outra solução que é feita segundo critérios de oportunidade, conveniência, justiça, equidade, próprios da autoridade, porque não definidos pelo legislador³⁰”.

Assim, os atos administrativos são discricionários quando praticados com base na oportunidade e conveniência para o administrador, isto é, existe uma margem subjetiva para o administrador avaliar como e se realiza o ato, não contrariando em nenhum momento a lei. Como exemplo de atos discricionários está a permissão de uso de bem público.

3. Dos Atos Administrativos na Execução da Despesa Orçamentária

3.1 Conceito de Despesa Pública

Segundo ARAUJO, ARRUDA e BARRETO:

“as despesas públicas constituem-se no conjunto dos dispêndios realizados pelo Estado para o atendimento dos serviços e encargos decorrentes da responsabilidade do Poder Público em satisfazer aos interesses gerais da

²⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito Administrativo*. 20 ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 197.

³⁰ *Id.* *Ibid.*

coletividade, nos termos da Constituição Federal e das leis, ou em decorrência de contratos ou ajustes similares ³¹”.

A Secretaria do Tesouro Nacional – STN trata do assunto em seu Manual de Contabilidade Aplicado ao Setor Público – Parte I – Procedimentos Contábeis Orçamentários - ao conceituar a despesa pública como sendo “o conjunto de dispêndios realizados pelos entes públicos para o funcionamento e manutenção dos serviços públicos prestados à sociedade” ³².

Despesa pública são todos os gastos obtidos pelos entes públicos para manutenção das atividades da Administração Pública e dos serviços colocados a disposição de toda a sociedade. Sendo desdobradas em despesas orçamentárias, despesas estas contidas no orçamento público portanto, aprovadas pelo Poder Legislativo ou os dispêndios extraorçamentários, os quais são simples movimentações de recursos compensatórias de ingressos extraorçamentários.

3.2 Classificação da despesa

Esses dispêndios realizados pelo Poder Público são tipificados em dispêndios orçamentários e extraorçamentários. Sendo a principal diferença entre esses dispêndios é a sua autorização de realização. Enquanto a Despesa orçamentária tem todo um roteiro para estudo e aprovação pelo poder Legislativo, como é tratado no próximo tópico, os dispêndios extraorçamentários são aqueles que acontecem sua movimentação sem que seja necessário autorização através de leis e decretos.

3.3 Despesa orçamentária

As despesas orçamentárias são aquelas que constam no orçamento público e que dependem de autorização legislativa. Portanto, se constam na Lei Orçamentária foram autorizadas pelo Poder Legislativo.

³¹ ARAUJO, Inaldo da Paixão Santos. ARRUDA, Daniel Gomes. BARRETO, Pedro Humberto Teixeira. O Essencial da Contabilidade Pública. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 50.

³² Secretaria do Tesouro Nacional – STN. Manual de Contabilidade Aplicado ao Setor Público. 3ª edição. Brasília, 2010. p. 56.

Segundo Jund (2006, p. 188) citado por Quintana, Machado, Quaresma e Mendes, “são despesas fixadas e especificadas na lei do orçamento e/ou na lei de créditos adicionais, previamente autorizadas pelo povo (poder legislativo), instituídas com base nas normas legais...”³³.

Quando do ciclo orçamentário o Poder Executivo tem a iniciativa e elabora a proposta orçamentária e encaminha o projeto de lei para o Poder Legislativo, o qual é a representação do povo. Estando o projeto de lei no Poder Legislativo, este discutirá e deliberará proposta a ele enviada, devolvendo ao Executivo para sancionar a lei.

3.3.1 Estágios na execução da despesa orçamentária

Na despesa classificada como orçamentária, aquela em que deve estar fixada no Orçamento e por consequência disto é autorizada pelo Poder Legislativo, a sua utilização, possui fases a serem percorridas na execução que são chamados de Estágios, sendo obrigatório esses estágios na seguinte ordem: empenho, liquidação e pagamento.

O estágio chamado de Empenho está conceituado no art. 58 da Lei 4.320/64, como a seguir transcrito:

Art. 58. O empenho de despesa é o ato emanado de autoridade competente que cria para o Estado obrigação de pagamento pendente ou não de implemento de condição³⁴.

Nas palavras de Kohama, “uma vez autorizado o empenho, pela autoridade competente, fica criada a obrigação de pagamento para o Estado, podendo ficar dependendo de algumas condições ou não”³⁵.

Tem-se nesse estágio o momento em que a autoridade do ente público autoriza a realização de determinada despesa e por determinado fornecedor, especificando também a quantidade do serviço ou mercadoria, especificações e valores. Além de que quando se realiza um empenho automaticamente se reserva o valor discriminado no orçamento para essa finalidade.

³³ QUINTANA, Alexandre Costa. MACHADO, Daiane Pias. QUARESMA, Jozi Cristiane da Costa. MENDES, Roselaine da Cruz. Contabilidade Pública. São Paulo: Atlas, 2011, p. 72.

³⁴ BRASIL, art. 58 da Lei nº 4.320/64.

³⁵ KAHAMA, Heilio. Contabilidade Pública. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 108

Ainda na lei 4.320/64 se tem a proibição de realizar uma despesa sem que haja a sua autorização primeiramente, isso está expresso no art. 60 e § 1º da referida lei:

Art. 60. É vedada a realização de despesa sem prévio empenho.

§ 1º Em casos especiais previstos na legislação específica será dispensada a emissão da nota de empenho.³⁶

No caso do § 1º há uma dispensa quanto a emissão da nota de empenho em casos específicos e muitos servidores ou estudantes tendem a entender que em determinados casos não há a obrigatoriedade do empenho em si, entendimento equivocado. A dispensa da emissão do empenho nada tem a ver com o empenho em si.

No estágio seguinte da execução da despesa orçamentária, a liquidação, é o momento em que a administração pública constata que o serviço foi prestado ou a mercadoria foi entregue, ou seja, verifica que a despesa foi corretamente realizada. Temos o conceito de liquidação expressa no art. 63, da lei 4.320/64, conforme segue:

Art. 63. A liquidação da despesa consiste na verificação do direito adquirido pelo credor tendo por base os títulos e documentos comprobatórios do respectivo crédito.³⁷

Segundo Kohama, “A liquidação da despesa, como terceiro estágio da despesa, consiste na verificação do direito adquirido pelo credor, tendo por base os títulos e documentos comprobatórios do respectivo crédito³⁸”. Kohama considera estágio inicial da despesa orçamentária a fase de planejamento, sobrevivendo a essa fase o empenho e consequente liquidação.

Com o artigo da lei 4.320/64 também aprendemos que esta fase tem o objetivo de verificar a real prestação da obrigação pelo credor, ou seja, se o fornecedor cumpriu com sua obrigação corretamente, quem é o fornecedor, qual o valor correto do ato realizado e confirmação do objeto a ser pago. Restando, portanto, somente a administração cumprir com sua parte na relação, que é o pagamento pela despesa realizada, sendo o nosso próximo estágio da execução da despesa orçamentária.

³⁶ BRASIL, art. 60 e § 1º, da Lei 4.320/64.

³⁷ Idem, art. 63.

³⁸ KAHAMA, Heilio. Contabilidade Pública. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 121.

No ultimo estágio da execução da despesa orçamentária, a fase do pagamento, exteriorizado pela emissão da ordem de pagamento e fase final do percurso, a fase que após a autorização para realização de determinado gasto, o empenho, obteve a confirmação da mercadoria entregue ou o serviço prestado corretamente, a liquidação, agora resta a administração pública cumprir com a sua parte, já que o fornecedor cumpriu com a sua obrigação adquirindo o direito pelo recebimento. Assim, é emitido pelo órgão responsável pelo desembolso o documento chamado de “ordem de pagamento” e assinado pela autoridade incumbida de assinar tal ato perante o ente público, conforme transcrito abaixo no art. 64 da lei 4.320/64:

Art. 64. A ordem de pagamento é o despacho exarado por autoridade competente, determinando que a despesa seja paga.³⁹

Segundo Kohama, “O pagamento, quarto e último estágio a ser percorrido pela despesa orçamentária, é o ato onde o poder público faz a entrega do numerário correspondente, recebendo a devida quitação⁴⁰”.

Ainda, conceituado pela Secretaria do Tesouro Nacional, “O pagamento consiste na entrega de numerário ao credor por meio de cheque nominativo, ordens de pagamento ou crédito em conta, e só pode ser efetuado após liquidação da despesa⁴¹”.

Portanto, completa-se todo o caminho da execução da despesa orçamentária, conforme determinação em lei.

Vale a pena mencionar o entendimento de Ilustríssimo Ramos Filho quanto aos estágios de execução da despesa orçamentária, inserindo neste percurso para a concretização da despesa, após a liquidação e antes do pagamento que completa o percurso da execução da despesa, tem a ordem de pagamento e o o estágio de Suprimento e Pagamento. Classificando em fases distintas a emissão da ordem de pagamento com o pagamento propriamente dito⁴².

Por estágio de ordem de pagamento tem o momento em que o serviço de contabilidade emite os documentos para realização deste ato, diferenciando do pagamento em si que é o desembolso e a quitação da despesa.

³⁹ BRASIL, art. 64, da Lei 4.320/64.

⁴⁰ KAHAMA, Heilio. Contabilidade Pública. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 126.

⁴¹ BRASIL. Manual de Contabilidade Aplicada ao Setor Público. 4 ed. Brasília: STN, 2011.

⁴² RAMOS FILHO, Carlos Alberto de Moraes. Curso de Direito Financeiro. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 109.

Segundo este autor, “Suprimento é a entrega pelo tesouro público aos agentes pagadores dos meios de pagamentos para liquidação (quitação) dos débitos marcados para determinado período⁴³”.

3.4 Análise dos atos de execução da despesa

Análise dos estágios pertinentes a execução da despesa orçamentária, se utilizando da teoria dos atos administrativos, pautando nos requisitos, atributos ou características e classificação quanto ao grau de liberdade de execução.

3.4.1 Dos requisitos

Assim como em todos os atos administrativos, os atos ligados a execução da despesa orçamentária também dependem de que o agente público, aqueles investidos em uma função ou cargo público, tenha competência, que este esteja autorizado, para assinar os empenhos, as liquidações ou as ordens de pagamentos emitidas, assim como os estágios do suprimento e pagamento propriamente dito, segundo o entendimento de Ramos Filho.

Quanto a forma dos atos administrativos realizados na execução da despesa tem-se a forma escrita, enumerada e cronológica, contendo as informações de credor, valor da despesa e saldo da dotação orçamentária no caso dos empenhos⁴⁴, assim deve-se obedecer fielmente esta forma, existindo uma exceção quanto a emissão de empenhos em casos especiais, tal como descrito no art. 60, § 1º da Lei 4.320/64:

Art. 60. § 1º Em casos especiais previstos na legislação específica será dispensada a emissão da nota de empenho⁴⁵.

A dispensa de emissão da Nota de empenho e não do próprio empenho está no Decreto-Lei n. 1.875/81, art. 4º:

Art. 4º - Observado o disposto no caput do artigo 60 da Lei 4.320/64, é dispensada a emissão de nota de empenho, nas seguintes hipóteses:

⁴³ Id, *Ibidem*.

⁴⁴ BRASIL, art. 61, da Lei 4.320/64: Para cada empenho será extraído um documento denominado "nota de empenho" que indicará o nome do credor, a representação e a importância da despesa bem como a dedução desta do saldo da dotação própria.

⁴⁵ Id, *Ibidem*, art. 60, § 1º.

- a) despesas relativas a pessoal e encargos; contribuição para o PASEP;
- b) amortização, juros e serviços de empréstimos e financiamentos obtidos;
- c) despesas relativas a consumo de água e energia elétrica, utilização de serviços de telefone, postais e telégrafos e outros que vierem a ser definidos por atos normativos próprios;
- d) despesas provenientes de transferência por força de mandamento das Constituições Federal, Estaduais e de Leis Orgânicas de Municípios, e da execução de convênios, acordos e ajustes, entre entidades de direito privado das quais façam parte como acionistas⁴⁶.

Referente ao objeto dos empenhos, liquidações ou ordens de pagamentos será o conteúdo existente no documento, ou seja, o objeto do empenho será a despesa discriminada neste ato, assim como as liquidações conterão a discriminação do produto ou serviço realmente recebido ou efetuado, pelo ente público e conseqüentemente a ordem de pagamento conterá o que foi legalmente liquidado.

Sendo o motivo uma situação que serve de fundamento para a prática do ato, conforme leciona Maria Sylvania “motivo é o pressuposto de fato e de direito que serve de fundamento ao ato administrativo⁴⁷”, exemplo, um contrato assinado pela Administração Pública, sendo ela o motivo que irá acarretar num futuro empenho.

A respeito da finalidade dos atos praticados na execução da despesa, como todos os demais, tem como fim o interesse público e através da sequencia obrigatória de empenho, liquidação e ordem de pagamento, cumprir com a determinação do Direito Financeiro para que se concretizem os atos formais e conclua-se a despesa em questão, seja ela para manutenção da máquina administrativa ou investimentos em obras para a sociedade.

Complementando com os dizeres de Maria Sylvania, “Finalidade é o resultado que a Administração quer alcançar com a prática do ato⁴⁸”.

Assim, obrigatoriamente para que uma despesa orçamentária seja realizada deve ser primeiramente, autorizada na lei orçamentária e concluir todos os estágios.

⁴⁶ BRASIL. Decreto-Lei n. 1.875 de 15 de julho de 1981. Dispõe sobre a simplificação de normas gerais de direito financeiro aplicáveis a Municípios com população inferior a 50.000 habitantes.

⁴⁷ DI PIETRO, Maria Sylvania. Direito Administrativo. 20 ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 195.

⁴⁸ Id, Ibidem, p. 194.

3.4.2 Dos atributos

Sendo a presunção de legitimidade, conforme já citado por Maria Sylvia e Carvalho Filho, como sendo os atos administrativos legais e lícitos até que prove o contrário. Levando isso aos atos dos estágios da despesa orçamentária, presume-se que as despesas ali realizadas estão contidas no orçamento público e com isso estão devidamente autorizadas.

A imperatividade é característica de alguns atos administrativos, assim como nas palavras de Maria Sylvia, “A imperatividade não existe em todos os atos administrativos, mas apenas naqueles que impõem obrigações⁴⁹”, já segundo Carvalho Filho menciona que mesmo nesses atos em que está ausente a coercibilidade há um resquício de imperatividade⁵⁰, nesta análise, portanto, esse atributo está presente nos estágios das despesas orçamentárias.

A exigibilidade é quando a Administração Pública se utiliza de meios indiretos de coerção para o cumprimento de suas normas, tais como fixar multas em casos de descumprimento de ato. Não se encontrando presente nos estágios da despesa orçamentária, pois o fato de a Administração Pública realizar um empenho em nome de algum credor, não o obriga a prestar algum serviço ou entregar alguma mercadoria, o que o vincularia é o contrato firmado com a Administração e não a emissão do empenho.

Assim como a exigibilidade, utilização de meios coercitivos diretos, não está presente nos estágios da execução da despesa orçamentária, a auto-executoriedade, o emprego direto de meios coercitivos, inclusive se utilizando da força para cumprimento do ato, não está presente nos empenhos, liquidações e pagamentos realizados pela Administração Pública.

3.4.3 Classificação

Os atos administrativos dos estágios percorridos na execução da despesa orçamentária, quanto ao seu grau de liberdade de escolha, são vinculados à expressa previsão legal: seja à autorização para realização da despesa, prevista na lei orçamentária, seja às normas que estipulam as regras formais, como a Lei Federal n. 4.320/64 ou a Lei de Responsabilidade Fiscal n. 101/00 ou ainda a Lei n. 8.666/93 a qual traz normais de processos licitatórios e contratos administrativos.

⁴⁹ Id, *Ibidem*, p. 185.

⁵⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 112.

4. Conclusão

Com o estudo realizado o que se pode constatar é que os atos administrativos que fazem parte dos estágios da execução da despesa orçamentária possuem todos os requisitos de competência, conteúdo, forma, objeto e finalidade, que são os elementos necessários para a validade do ato administrativo.

Assim, a lei atribui competência a determinados agentes para praticar os estágios de execução da despesa orçamentária, prescreve o que se pode realizar, como executar tais estágios e se a Administração está autorizada a realizá-los.

Quanto aos atributos concernentes aos atos que fazem parte da execução da despesa orçamentária possui presunção de legitimidade ou legalidade porque supõe que essas despesas estão legalmente autorizadas a serem realizadas pela Administração Pública. Assim como se todos os atos administrativos possuem a imperatividade, não é diferente nestes atos foco do presente estudo. O que difere no ponto em análise pertinente a exigibilidade e auto-executoriedade, pois os estágios não são atos coercitivos para criar obrigação perante os fornecedores.

5. Referências Bibliográficas

ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Administrativo*. 13ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007.

ARAUJO, Inaldo da Paixão Santos. ARRUDA, Daniel Gomes. BARRETTO, Pedro Humberto Teixeira. *O essencial da Contabilidade Pública*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Decreto-Lei n. 1.875 de 15 de julho de 1981. Dispõe sobre a simplificação de normas gerais de direito financeiro aplicáveis a Municípios com população inferior a 50.000 habitantes.

BRASIL. Lei n. 4.320 de 17 de março de 1964. Estatui normas gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal.

CARVALHO, Deusvaldo. *LRF Doutrina e Jurisprudência. Série Provas e Concursos*. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2009.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito Administrativo*. 20 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

OLIVEIRA, Regis Fernandes. HORVATH, Estevão. **Manual de Direito Financeiro**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 6ª. ed. Belo Horizonte: Forum, 2010.

KOHAMA, Heilio. **Contabilidade Pública. Teoria e Prática**. 11ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Municipal Brasileiro**. 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 35ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

QUINTANA, Alexandre Costa. MACHADO, Daiane Pias. QUARESMA, Jozi Cristiane da Costa. MENDES, Roselaine da Cruz. **Contabilidade Pública. De acordo com as novas Normas Brasileiras de Contabilidade aplicadas ao setor público e a Lei de Responsabilidade Fiscal**. São Paulo: Atlas, 2011.

RAMOS FILHO, Carlos Alberto de Moraes. **Curso de Direito Financeiro**. São Paulo: Saraiva, 2012.

SLOMSKI, Valmor. **Manual de contabilidade Pública. Um enfoque na Contabilidade Municipal**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

EXCERTOS SOBRE A EXTINÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO: CONVERSÃO DO DEPÓSITO EM RENDA, DECISÃO ADMINISTRATIVA IRREFORMÁVEL E DAÇÃO EM PAGAMENTO DE BENS IMÓVEIS.

Carlos Renato Cunha

Procurador do Município de Londrina, ocupante das funções de Procurador-Geral Adjunto de Gestão do Contencioso e de Gerente de Assuntos Fiscais e Tributários – GAFT. Mestre em Direito do Estado – Direito Tributário – pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários - IBET. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Londrina - UEL. Professor da Graduação e Pós Graduação em Direito. Advogado.

SUMÁRIO: 1. Sobre o rol de casos de extinção do crédito tributário no Código Tributário Nacional. 2. A conversão do depósito em renda 3. A decisão administrativa irreformável. 4. A dação em pagamento de bens imóveis. 5. Referências Bibliográficas.

RESUMO: Artigo que visa analisar alguns dos casos de extinção do crédito tributário arrolados pelo art. 156 do CTN.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Tributário. Crédito Tributário. Extinção.

1. Sobre o rol de casos de extinção do crédito tributário no Código Tributário Nacional

A relação jurídica tributária entre o Fisco e o sujeito passivo não é eterna: limita-se no tempo, é transitória, pois

[...] é da essência da obrigação a sua própria extinção, tanto por parte do credor que pretende ver a obrigação cumprida, como por parte do devedor que busca liberar-se do seu estado de submissão, podendo-se afirmar que a própria razão da constituição da obrigação corresponde ao momento da sua consumação, ou seja, a sua extinção.¹

O CTN arrola, no artigo 156, os casos que nomina como de “extinção do crédito tributário”, fortemente vinculado à dicotomia entre “obrigação tributária” e “crédito tributário” que perpassa todo o Código. O artigo 113, § 1º, nesse diapasão, prevê que a obrigação tributária extingue-se juntamente com o crédito que dela se origina, o que, para parte da doutrina, afirma o óbvio, tendo em vista que o “crédito tributário é apenas um dos aspectos da relação jurídica obrigacional, mas sem ele

¹ Roberto França de Vasconcellos, Extinção da Obrigação Tributária, in Eurico Marcos Dinis de Santi, Fernando Aurélio Zilveti e Roberto Quiroga Mosquera, Tributação das Empresas, São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 370.

inexiste o vínculo. Nasce no exato instante em que irrompe a obrigação e desaparece juntamente com ela.”²

Aqui exsurtem críticas doutrinárias à expressão “extinção do crédito”, posto que para alguns autores, o correto seria afirmar-se a “extinção da obrigação tributária”, questão semântica que consideramos ligada à divisão doutrinária acerca da dicotomia antes referida.³

Portanto, percebe-se que o CTN, adotando uma estrutura dualista, descuidou-se ao admitir como extinção do crédito tributário hipóteses que deveriam ser tratadas como causas da extinção da obrigação tributária, por não terem ainda sofrido os efeitos do lançamento.⁴

Como bem recorda André Mendes Moreira, a *ratio* da previsão legal das modalidades extintivas fundamenta-se em dois aspectos: a) a efetivação do sobreprincípio da segurança jurídica; e b) a indisponibilidade dos créditos públicos.⁵

O direito alemão e o italiano preveem, como formas extintivas da obrigação tributária, apenas, as seguintes:⁶

Forma extintiva	Direito Alemão	Direito Italiano
Pagamento	<i>Zahlung</i>	<i>Pagamento volontario e coattivo</i>
Compensação	<i>Aufrechnung</i>	<i>Compensazione</i>
Prescrição	<i>Verjährung</i>	<i>Prescrizione</i>
Remissão	<i>Erlass</i>	-
Decadência	-	<i>Decadenza</i>

No sistema alemão costuma-se diferenciar os casos de extinção da obrigação tributária, acima referidos, dos casos de extinção da pretensão tributária do Fisco, que podem vir a ser

² Paulo de Barros Carvalho, Curso de Direito Tributário, 18 ed. rev. ampl., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 467. Nesse mesmo sentido, veja-se: Luís Eduardo Schoueri, Direito Tributário, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 551.

³ Nesse sentido, veja-se: Eduardo Marcial Ferreira Jardim, Curso de Direito Tributário, São Paulo: Noeses, 2013, p. 263; Regina Helena Costa, Curso de Direito Tributário: Constituição e Código Tributário Nacional, 3 ed. rev. atual. ampl., São Paulo: Saraiva, 2013, p. 264; Roberto França de Vasconcellos, Extinção da Obrigação Tributária, in Eurico Marcos Dinis de Santi, Fernando Aurélio Zilveti e Roberto Quiroga Mosquera, Tributação das Empresas, São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 362.

⁴ Roberto França de Vasconcellos, Extinção da Obrigação Tributária, in Eurico Marcos Dinis de Santi, Fernando Aurélio Zilveti e Roberto Quiroga Mosquera, Tributação das Empresas, São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 363.

⁵ André Mendes Moreira, Causas Extintivas do Crédito Tributário a Pseudo-Taxatividade do art. 156 do CTN, in André Mendes Moreira [et al.] Sistema Tributário Brasileiro e as Relações Internacionais, São Paulo: Noeses, 2013, p. 2-3

⁶ Roberto França de Vasconcellos, Extinção da Obrigação Tributária, in Eurico Marcos Dinis de Santi, Fernando Aurélio Zilveti e Roberto Quiroga Mosquera, Tributação das Empresas, São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 363-364.

reguladas em leis especiais, como é o caso de decisões judiciais que reconheçam inexistir direito material que embasem a pretensão do Fisco.⁷

Voltando ao ordenamento nacional, entendemos que o CTN foi recepcionado pela atual ordem constitucional, em relação ao dispositivo sob comento, como norma geral em matéria tributária, possuindo como fundamento de validade o art. 146, III, “b”, da CF/88, que prevê que compete às tais normas gerais tratar sobre b) “obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários”.⁸

Percebe-se, ademais, a íntima ligação entre as hipóteses extintivas tratadas pelo CTN e aquelas classicamente previstas como forma de extinção das obrigações civis. Com efeito, o Código Civil prevê, como formas de adimplemento e extinção das obrigações, dentro do Título III, do Livro I, da Parte Especial, o pagamento (Capítulo I) - subdivido em espécies como o pagamento em consignação (Capítulo II), o pagamento com sub-rogação (Capítulo III), e a dação em pagamento (Capítulo V) -, a novação (Capítulo VI), a compensação (Capítulo VII), a confusão (Capítulo VIII), e a remissão (Capítulo IX). Trata, ainda, da decadência, no Capítulo II, do Título IV, do Livro III, da Parte Geral. Já a prescrição não é prevista como forma extintiva de obrigações civis, tendo em vista que ela se limita à extinção do direito de pretensão, como se denota do Capítulo I, do mesmo Título.

Como recorda Ricardo Lobo Torres:

Tendo em vista a semelhança estrutural entre a obrigação tributária e a obrigação civil, as causas de sua extinção, previstas no CTN e no Código Civil, são aproximadamente as mesmas. Diferem apenas quanto á extensão do princípio da legalidade no direito tributário [...]⁹

A nosso ver, contudo, e na companhia da melhor doutrina, o rol do CTN é meramente exemplificativo. Quiçá a intenção do legislador nacional tenha sido a exaustividade do rol. Para tanto, recordamos a previsão do artigo 141, do próprio CTN, que sinaliza no sentido de uma suposta taxatividade dos casos de modificação, extinção, suspensão e exclusão do crédito tributário regularmente constituído.¹⁰ Também é digna de nota a previsão do art. 97, VI, do CTN, que prevê que a extinção do crédito tributário somente poderá ocorrer nas hipóteses previstas em lei.

⁷ Nesse sentido: Carlos Renato Cunha, *O Simples Nacional, a Norma Tributária e o Princípio Federativo: Limites da Praticabilidade Tributária*, Curitiba, Juruá, 2011, p. 88-97; Roberto França de Vasconcellos, *Extinção da Obrigação Tributária*, in Eurico Marcos Dinis de Santi, Fernando Aurélio Zilveti e Roberto Quiroga Mosquera, *Tributação das Empresas*, São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 363-364.

⁸ Nesse sentido: André Mendes Moreira, *Causas Extintivas do Crédito Tributário a Pseudo-Taxatividade do art. 156 do CTN*, in André Mendes Moreira [et al.] *Sistema Tributário Brasileiro e as Relações Internacionais*, São Paulo: Noeses, 2013, p. 4.

⁹ Ricardo Lobo Torres, *Curso de Direito Financeiro e Tributário*, 16 ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 288.

¹⁰ Ricardo Alexandre, *Direito Tributário Esquemático*, São Paulo: Método, 2007, p. 382.

Parece-nos, todavia, que tal taxatividade não foi alcançada, tendo em vista que, análise sistemática, percebe-se a existência de outros casos em que o crédito se extingue, sem que tais hipóteses tenham sido expressamente incluídas no referido rol.

Inicialmente, tem-se a *confusão*, prevista nos artigos 381 e seguintes do Código Civil, que ocorre quando se confundem as figuras de credor e devedor numa mesma pessoa.

Ainda que de rara verificação prática, poderia ocorrer a confusão no caso de herança jacente, em que os bens passassem a ser do ente público credor de tributos cuja responsabilidade se transferisse, exclusivamente, para o sucessor, ou, mesmo, no caso de um Município adquirir imóvel, em que o anterior proprietário possuísse débitos de Imposto Predial e Territorial Urbano – IPTU, não pagos quando da transferência, com a incidência da norma de responsabilidade por sucessão prevista pelo art. 130, do CTN, sem que existisse previsão de responsabilidade solidária do contribuinte na legislação municipal, ou ainda, como recorda Ricardo Lobo Torres, no caso de estatização de empresas privadas.¹¹

Há precedentes reconhecendo a possibilidade da confusão no âmbito tributário, como este exemplo do E. Superior Tribunal de Justiça – STJ:

TRIBUTARIO. IMPOSTO PREDIAL E TERRITORIAL URBANO. ESBULHO POSSESSORIO PRATICADO PELO PROPRIO MUNICIPIO QUE EXIGE O TRIBUTOS. OS LITIGIOS POSSESSORIOS ENTRE PARTICULARES NÃO AFETAM A OBRIGAÇÃO DE PAGAR O IMPOSTO PREDIAL E TERRITORIAL URBANO, RESOLVENDO-SE ENTRE ELES A INDENIZAÇÃO ACASO DEVIDA A ESSE TITULO; JA QUEM, SENDO CONTRIBUINTE NA SO CONDIÇÃO DE POSSUIDOR, E ESBULHADO DA POSSE PELO PROPRIO MUNICIPIO, NÃO ESTA OBRIGADO A RECOLHER O TRIBUTOS ATE NELA SER REINTEGRADO POR SENTENÇA JUDICIAL, A MINGUA DO FATO GERADOR PREVISTO NO ART. 32/CTN, CONFUNDINDO-SE NESSE CASO O SUJEITO ATIVO E O SUJEITO PASSIVO DO IMPOSTO. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

(AgRg no Ag 117895/MG, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/10/1996, DJ 29/10/1996, p. 41639)

¹¹ Neste sentido: Paulo de Barros Carvalho, Curso de Direito Tributário, 18 ed. rev. ampl., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 469; Luís Eduardo Schoueri, Direito Tributário, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 576; Regina Helena Costa, Curso de Direito Tributário: Constituição e Código Tributário Nacional, 3 ed. rev. atual. ampl., São Paulo: Saraiva, 2013, p. 265; Ricardo Lobo Torres, Curso de Direito Financeiro e Tributário, 16 ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 288; Roberto França de Vasconcellos, Extinção da Obrigação Tributária, in Eurico Marcos Dinis de Santi, Fernando Aurélio Zilveti e Roberto Quiroga Mosquera, Tributação das Empresas, São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 362; André Mendes Moreira, Causas Extintivas do Crédito Tributário a Pseudo-Taxatividade do art. 156 do CTN, in André Mendes Moreira [et al.] Sistema Tributário Brasileiro e as Relações Internacionais, São Paulo: Noeses, 2013, p. 8-9.

Tem-se, também, casos de *impossibilidade do cumprimento da obrigação*, com o desaparecimento do sujeito passivo, sem que existam bens ou sucessores, como aludem vários autores.¹²

Veja-se que o artigo 131, III, do CTN, prevê que o espólio é responsável, por sucessão, em relação aos tributos devidos pelo *de cujus*, assim como, posteriormente, passam a ser responsáveis os sucessores e o cônjuge meeiro, quando encerrada a partilha, até o limite da herança percebida (art. 131, II, do CTN). Aqui se denota, desde já, que se o valor da dívida ultrapassa o quinhão recebido pelo herdeiro, cessa a responsabilidade sobre a parcela sobrepujante, pelo que, por consequência lógica, ter-se-ia a extinção do saldo do crédito tributário em questão. Mas é possível que ocorra situação em que, com o falecimento do sujeito passivo, inexistam patrimônio a formar o espólio e, por conseguinte, a ser partilhado numa sucessão, com a pronta extinção do crédito tributário em situação não expressamente prevista pelo artigo 156, do CTN.

Contudo, as outras hipóteses extintivas que mencionamos decorrem de permissões do ordenamento jurídico tributário, oriundas de interpretação sistemática das normas jurídicas em questão. Em face do que antes expusemos, acerca da vinculação dos entes federativos aos ditames da legislação nacional sobre o tema de extinção do crédito tributário, em face do artigo 146, III, “b”, da CF/88, não nos parece ser possível a criação de outras formas de extinção, afora aquelas permitidas pelas normas gerais em matéria tributária.

Esse é o motivo pelo qual entendemos que, ao menos atualmente, pela previsão das normas gerais mencionadas, a legislação tributária federal, estadual, distrital ou municipal não poderia prever como formas de extinção pagamentos *in natura*, como a prestação de serviços - que, aliás, poderia trazer ofensa até mesmo à regra constitucional da obrigatoriedade de licitação, prevista no art. 37, XXI, CF/88 -, ou através da dação em pagamento de outros bens que não os imóveis, cuja permissão expressa consta do próprio artigo 156, do CTN.¹³ Ressaltamos que há autores que entendem ser

¹² Paulo de Barros Carvalho, Curso de Direito Tributário, 18 ed. rev. ampl., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 469; Roberto França de Vasconcelos, Extinção da Obrigação Tributária, in Eurico Marcos Dinis de Santi, Fernando Aurélio Zilveti e Roberto Quiroga Mosquera, Tributação das Empresas, São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 376; André Mendes Moreira, Causas Extintivas do Crédito Tributário - a Pseudo-Taxatividade do art. 156 do CTN, in André Mendes Moreira [et al.] Sistema Tributário Brasileiro e as Relações Internacionais, São Paulo: Noeses, 2013, p. 9; Ricardo Lobo Torres, Curso de Direito Financeiro e Tributário, 16 ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 288.

¹³ Em sentido contrário, entendendo pela possibilidade de dação em pagamento de bens móveis, na forma da lei de cada ente tributante, exemplificativamente: Eduardo Marcial Ferreira Jardim, Curso de Direito Tributário, São Paulo: Noeses, 2013, p. 264; André Mendes Moreira, Causas Extintivas do Crédito Tributário - a Pseudo-Taxatividade do art. 156 do CTN, in André Mendes Moreira [et al.] Sistema Tributário Brasileiro e as Relações Internacionais, São Paulo: Noeses, 2013, p. 6-7.

possível a dação de outros bens.¹⁴ Trata-se, inclusive, de procedimento aceito, ainda que com reservas, no direito português.¹⁵

Nesse sentido, os Tribunais pátrios já se manifestaram, por exemplo, pela impossibilidade de norma estadual prever caso de extinção de crédito tributário por demora na análise de recurso administrativo fiscal:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. NORMA DO ESTADO DE SANTA CATARINA QUE ESTABELECE HIPÓTESE DE EXTINÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO POR TRANSCURSO DE PRAZO PARA APRECIÇÃO DE RECURSO ADMINISTRATIVO FISCAL. CONSTITUIÇÃO DO ESTADO, ART. 16. ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL, ART. 4º. ALEGADA VIOLAÇÃO DO ART. 146, III, B, DA CONSTITUIÇÃO. A determinação do arquivamento de processo administrativo tributário por decurso de prazo, sem a possibilidade de revisão do lançamento equivale à extinção do crédito tributário cuja validade está em discussão no campo administrativo. Em matéria tributária, a extinção do crédito tributário ou do direito de constituir o crédito tributário por decurso de prazo, combinado a qualquer outro critério, corresponde à decadência. Nos termos do Código Tributário Nacional (Lei 5.172/1996), a decadência do direito do Fisco ao crédito tributário, contudo, está vinculada ao lançamento extemporâneo (constituição), e não, propriamente, ao decurso de prazo e à inércia da autoridade fiscal na revisão do lançamento originário. Extingue-se um crédito que resultou de lançamento indevido, por ter sido realizado fora do prazo, e que goza de presunção de validade até a aplicação dessa regra específica de decadência. O lançamento tributário não pode durar indefinidamente, sob risco de violação da segurança jurídica, mas a Constituição de 1988 reserva à lei complementar federal aptidão para dispor sobre decadência em matéria tributária. Viola o art. 146, III, b, da Constituição federal norma que estabelece hipótese de decadência do crédito tributário não prevista em lei complementar federal. Ação direta de inconstitucionalidade conhecida e julgada procedente. (ADI 124, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 01/08/2008, DJe-071 DIVULG 16-04-2009 PUBLIC 17-04-2009 EMENT VOL-02356-01 PP-00011)

Do mesmo modo, há decisões no sentido da impossibilidade de previsão da dação em pagamento de bens móveis como forma extintiva tributária:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. OFENSA AO PRINCÍPIO DA LICITAÇÃO (CF, ART. 37, XXI). I - Lei ordinária distrital - pagamento de débitos tributários por meio de dação em pagamento. II - Hipótese de criação de nova causa de extinção do crédito

¹⁴ Luciano Amaro, *Direito Tributário Brasileiro*, 15 ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 390. Nesse mesmo sentido: Guilherme Cezaroti, in Marcelo Magalhães Peixoto e Marcelo de Lima Castro Diniz (Coord.), *Curso de Direito Tributário da APET*, São Paulo: MP Editora, 2005, p. 196.

¹⁵ Roberto França de Vasconcellos, *Extinção da Obrigação Tributária*, in Eurico Marcos Dinis de Santi, Fernando Aurélio Zilveti e Roberto Quiroga Mosquera, *Tributação das Empresas*, São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 390.

tributário. III - Ofensa ao princípio da licitação na aquisição de materiais pela administração pública. IV - Confirmação do julgamento cautelar em que se declarou a inconstitucionalidade da lei ordinária distrital 1.624/1997. (ADI 1917, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 26/04/2007, DJe-087 DIVULG 23-08-2007 PUBLIC 24-08-2007 DJ 24-08-2007 PP-00022 EMENT VOL-02286-01 PP-00059 RDDDT n. 146, 2007, p. 234-235 LEXSTF v. 29, n. 345, 2007, p. 53-63 RT v. 96, n. 866, 2007, p. 106-111)

CRÉDITO TRIBUTÁRIO - EXTINÇÃO. As formas de extinção do crédito tributário estão previstas no Código Tributário Nacional, recepcionado pela Carta de 1988 como lei complementar. Surge a relevância de pedido formulado em ação direta de inconstitucionalidade considerada lei local prevendo nova forma de extinção do crédito tributário na modalidade civilista da dação em pagamento. Suspensão de eficácia da Lei Ordinária do Distrito Federal de nº 1.624/97 (ADI 1917 MC, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 18/12/1998, DJ 19-09-2003 PP-00015 EMENT VOL-02124-03 PP-00521)

De se notar, todavia, que o tema não é pacífico, posto que o próprio Supremo Tribunal Federal – STF já decidiu pela possibilidade de previsão em lei da dação de bens móveis:

EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade: medida cautelar: L. estadual (RS) 11.475, de 28 de abril de 2000, que introduz alterações em leis estaduais (6.537/73 e 9.298/91) que regulam o procedimento fiscal administrativo do Estado e a cobrança judicial de créditos inscritos em dívida ativa da fazenda pública estadual, bem como prevê a dação em pagamento como modalidade de extinção de crédito tributário. I - Extinção de crédito tributário criação de nova modalidade (dação em pagamento) por lei estadual: possibilidade do Estado-membro estabelecer regras específicas de quitação de seus próprios créditos tributários. Alteração do entendimento firmado na ADInMC 1917-DF, 18.12.98, Marco Aurélio, DJ 19.09.2003: conseqüente ausência de plausibilidade da alegação de ofensa ao art. 146, III, b, da Constituição Federal, que reserva à lei complementar o estabelecimento de normas gerais reguladoras dos modos de extinção e suspensão da exigibilidade de crédito tributário. II - Extinção do crédito tributário: moratória e transação: implausibilidade da alegação de ofensa dos artigos 150, § 6º e 155, § 2º, XII, g, da CF, por não se tratar de favores fiscais. III - Independência e Separação dos Poderes: processo legislativo: iniciativa das leis: competência privativa do Chefe do Executivo. Plausibilidade da alegação de inconstitucionalidade de expressões e dispositivos da lei estadual questionada, de iniciativa parlamentar, que dispõem sobre criação, estruturação e atribuições de órgãos específicos da Administração Pública, criação de cargos e funções públicos e estabelecimento de rotinas e procedimentos administrativos, que são de iniciativa reservada ao Chefe do Poder Executivo (CF, art. 61, § 1º, II, e), bem como dos que invadem competência privativa do Chefe do Executivo (CF, art. 84, II). Conseqüente deferimento da suspensão cautelar da eficácia de expressões e dispositivos da lei questionada.[...]
(ADI 2405 MC, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 06/11/2002, DJ

17-02-2006 PP-00054 EMENT VOL-02221-01 PP-00071 LEXSTF v. 28, n. 327, 2006, p. 14-56)

Há interessante discussão doutrinária sobre a aplicabilidade da novação como forma de extinção do crédito tributário, havendo quem afirme, por exemplo, que um de seus exemplos é a figura do parcelamento tributário:

[...] existem autores que vêem no parcelamento uma espécie de novação em que a obrigação tributária seria extinta e substituída por uma outra com adimplemento parcelado.

Apesar de a tese parecer sedutora, não será aqui adotada, posto que incompatível com a disciplina específica do CTN [...] porque vê no parcelamento – forma de suspensão do crédito tributário – uma causa de extinção do crédito, mesmo que na forma de novação.¹⁶

Entendemos, contudo, que a novação, aplicável pura e simplesmente com os preceitos do Código Civil, não se coaduna ao regime jurídico tributário, ligado à ideia da Estrita Legalidade, em que a vontade das partes não é relevante para o estabelecimento do liame jurídico. Seria possível, contudo, imaginar a aplicação dos efeitos da “novação” na realização de uma transação e moratória tributárias, o que sempre demandaria autorização legal específica.¹⁷

Por fim, ainda se ventila, na doutrina, a possibilidade da arbitragem ser considerada uma forma extintiva das obrigações tributárias. Concordamos, no particular, com Roberto França de Vasconcelos, que entende não ser possível a utilização da arbitragem para dirimir conflitos na área tributária fora das esferas administrativa e a judicial, inclusive sob a forma de transação.¹⁸

2. A conversão de depósito em renda

A conversão de depósito em renda é uma forma de extinção intimamente ligada à previsão do artigo 151, II, do CTN, que trata do depósito do montante integral como forma de suspensão da exigibilidade do crédito tributário. Tal hipótese pode se dar, portanto, no âmbito de um processo administrativo ou numa ação judicial, nos casos em que o sujeito passivo seja considerado devedor, em decisão final no litígio. Também advém da conversão do pagamento consignado, a que

¹⁶ Ricardo Alexandre, *Direito Tributário Esquemático*, São Paulo: Método, 2007, p. 384.

¹⁷ Roberto França de Vasconcelos, por exemplo, entende ser possível a novação objetiva, na esfera tributária, desde que com autorização legal. Nesse sentido, vide: *Extinção da Obrigação Tributária*, in Eurico Marcos Dinis de Santi, Fernando Aurélio Zilveti e Roberto Quiroga Mosquera, *Tributação das Empresas*, São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 375.

¹⁸ Roberto França de Vasconcelos, *Extinção da Obrigação Tributária*, in Eurico Marcos Dinis de Santi, Fernando Aurélio Zilveti e Roberto Quiroga Mosquera, *Tributação das Empresas*, São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 378.

alude o inciso VIII, do próprio artigo 156, do Código. Esta, aliás, é a expressa previsão do § 2º, do artigo 164, no próprio CTN.

Pode-se afirmar que a conversão em renda é, apenas, uma outra forma de “pagamento”, pelo que a previsão do inciso VI seria redundante.¹⁹

Veja-se que, com a conversão do depósito em renda, extingue-se o crédito tributário, ainda que o depósito do montante integral realizado pelo sujeito passivo tenha sido objeto de atualização monetária por índices menores do que os aplicados pelo Fisco a título de juros e para a correção de seus créditos, o que, aliás, é o que comumente ocorre. Não haverá a necessidade de complementação do montante, ou, numa hipótese de rara verificação, de devolução do valor que sobrepujasse à correção monetária e aos juros, ao depositário. Com o depósito integral, purga-se a mora do contribuinte, não sendo mais sua a responsabilidade pelos acréscimos posteriores, decorrentes da fluência do tempo.²⁰ Assim, aliás, já decidiu o E. STJ:

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. INFRINGÊNCIA AOS ARTS. 165, 458 e 535 DO CPC NÃO EVIDENCIADA. DEPÓSITO JUDICIAL. ART. 151, II, DO CTN.

CONVERSÃO EM RENDA. PRETENSÃO DA FAZENDA ESTADUAL DE OBTER A COMPLEMENTAÇÃO DO DEPÓSITO EM RAZÃO DE DIFERENÇAS DE CORREÇÃO MONETÁRIA. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO CONTRIBUINTE. RESPONSABILIDADE DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. SÚMULA 179/STJ. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO.

1. Recurso especial pelo qual a Fazenda Estadual busca provimento judicial que lhe assegure o direito de receber a complementação do depósito judicial (art. 151, II, do CTN) efetuado pelo contribuinte, na medida em que ele não teria sido atualizado pela Selic, que seria o índice utilizado para correção dos débitos tributários em atraso, mas pela caderneta de poupança. [...]

3. O depósito integral do débito tributário, previsto no art. 151, II, do CTN, é uma garantia facultada pelo sistema tributário nacional pela qual o contribuinte, suspendendo de forma potestativa a exigibilidade do crédito fiscal, pode discutir a legitimidade da exação sem, contudo, sujeitar-se aos naturais consecutivos da mora. Essa, também, é a inteligência do art. 9º, § 4º, da LEF, segundo o qual “[s]omente o depósito em dinheiro, na forma do art. 32, faz cessar a responsabilidade pela atualização monetária e juros de mora”. No mesmo sentido: REsp 1.011.609/MG, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 6/8/2009.

4. Realizado o depósito, caberá à instituição financeira depositária proceder a devida correção monetária desses valores, nos termos da Súmula 179/STJ: “O estabelecimento de crédito que recebe dinheiro, em depósito judicial, responde pelo pagamento da correção monetária relativa aos valores recolhidos”.

5. A disciplina legal concernente à atualização dos débitos tributários não interfere no regime jurídico próprio dos depósitos judiciais e a solução para

¹⁹ Nesse sentido: Paulo de Barros Carvalho, *Direito Tributário, Linguagem e Método*, 2 ed., São Paulo: Noeses, 2008, p. 509.

²⁰ Nesse sentido: Luís Eduardo Schoueri, *Direito Tributário*, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 575.

o eventual descompasso acerca dos indexadores adotados por um e por outro sistema, sobretudo para evitar eventual perda de arrecadação, também deve se dar no plano normativo (lege ferenda), tal como ocorreu com a edição das Leis 9.703/98 e 10.482/02.

6. O contribuinte, portanto, é parte ilegítima para responder demanda que busca questionar diferenças de correção monetária sobre depósito judicial por ele realizado; remanesce à Fazenda Pública, se o caso, acionar a instituição financeira, em demanda autônoma.

7. Recurso especial não provido.

(REsp 1234702/MG, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 07/02/2012, DJe 10/02/2012)

Interessante posicionamento possui Regina Helena Costa, para quem a conversão do depósito em renda não é automática e obrigatória no caso de derrota do sujeito passivo, tendo em vista tratar-se de modo de pagamento, que é forma voluntária de extinção da obrigação, segundo a previsão do art. 304, do Código Civil.²¹ Segundo a autora:

[...] vencido o contribuinte em ação na qual efetuou o depósito do tributo impugnado, deve este ser instado a manifestar-se quanto à sua intenção de efetuar o respectivo pagamento, na modalidade “conversão de depósito em renda”. Caso não pretenda fazê-lo, optando pelo direito que lhe é assegurado pelo ordenamento jurídico de submeter-se à execução forçada, poderá requerer o levantamento do depósito, cabendo ao Juízo intimar previamente o Fisco dessa postulação. Essa é a oportunidade para o Fisco, em garantia de seu crédito, de requerer seja procedida a penhora do valor depositado, viabilizando-se a execução fiscal.²²

Estamos de acordo, contudo, com Hugo de Brito Machado, para quem a conversão em renda é decorrência lógica da decisão favorável ao Fisco, extinguindo o crédito ainda “que não o diga expressamente”, pelo que deveria ser realizada de ofício, no âmbito judicial, independentemente de requerimento da Fazenda Pública.²³ Assim também já decidiu o STJ:

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. DEPÓSITO EFETUADO COM O OBJETIVO DE SUSPENDER A EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO, NOS AUTOS DE MANDADO DE SEGURANÇA EM QUE SE DISCUTE A LEGITIMIDADE DO TRIBUTO. VINCULAÇÃO DO DESTINO DO DEPÓSITO AO DESFECHO DA DEMANDA EM QUE EFETUADO.

I. O depósito do montante integral do crédito tributário, na forma do art. 151, II, do CTN, é faculdade de que dispõe o contribuinte para suspender sua exigibilidade. Uma vez realizado, porém, o depósito passa a cumprir também a função de garantia do pagamento do tributo questionado,

²¹ Regina Helena Costa, Curso de Direito Tributário: Constituição e Código Tributário Nacional, 3 ed. rev. atual. ampl., São Paulo: Saraiva, 2013, p. 278.

²² Regina Helena Costa, Curso de Direito Tributário: Constituição e Código Tributário Nacional, 3 ed. rev. atual. ampl., São Paulo: Saraiva, 2013, p. 279.

²³ Hugo de Brito Machado, Curso de Direito Tributário, 31 ed., rev. atual. ampl., São Paulo: Malheiros, 2010, p. 238. Também nesse sentido: Paulo de Barros Carvalho, Direito Tributário, Linguagem e Método, 2 ed., São Paulo: Noeses, 2008, p. 509; Anis Kfourir Jr., Curso de Direito Tributário, 2 ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 309.

permanecendo indisponível até o trânsito em julgado da sentença e tendo seu destino estritamente vinculado ao resultado daquela demanda em cujos autos se efetivou.

2. No caso concreto, transitou em julgado a sentença denegatória do mandado de segurança em cujos autos foi efetuado o depósito, após o provimento do recurso extraordinário da Fazenda pelo STF, sendo devida, por essa razão, a conversão daquele valor em renda à parte vitoriosa — o que não impede a recorrente de buscar, pelas vias próprias, a restituição das quantias que, com base em causa de pedir não apreciada naquela impetração, entenda lhe serem devidas.

3. Voto pelo desprovimento do recurso especial.

(REsp 252.432/SP, Rel. p/ acórdão Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 28.II.2005, p. 189)

Desse modo, entendemos que a conversão em renda é a contrapartida prevista pelo próprio CTN à possibilidade de suspensão da exigibilidade pela realização do depósito integral, que possuiria, portanto, natureza jurídica de garantia do crédito.

3. A decisão administrativa irreformável

A apresentação de “reclamações e recursos” no âmbito administrativo, desde que observadas as normas processuais expedidas por cada ente tributante, tem o condão de suspender a exigibilidade do crédito tributário, nos termos do artigo 151, III, do CTN.

No caso de o contribuinte alcançar o acatamento de suas teses de defesa no âmbito administrativo, haverá a extinção do crédito tributário, no momento em que referida decisão não puder mais ser modificada administrativamente, vale dizer, quando ocorre a “preclusão administrativa”, também chamada, por alguns autores, de “coisa julgada administrativa”.²⁴ Obviamente, referida extinção ocorrerá na proporção do acatamento dos pedidos do contribuinte, podendo se dar em relação a parte do crédito discutido. A definitividade da decisão surge quando “foram percorridas todas as instâncias disponíveis”, ou, ainda, “porque recursos eventualmente ainda cabíveis não foram oportunamente manejados”, no âmbito administrativo.²⁵

Trata-se, portanto, da extinção efetiva por “norma individual e concreta, quer administrativa, quer judicial, que dê ganho de causa ao contribuinte em demanda contra o Fisco.”²⁶ O processo administrativo fiscal é forma de controle de legalidade dos atos administrativos tributários, calcado na autotutela administrativa. Inclusive, como recorda Hugo de Brito Machado Segundo:

²⁴ Hugo de Brito Machado Segundo, *Processo Tributário*, São Paulo: Atlas, 2004, p. 199.

²⁵ Hugo de Brito Machado Segundo, *Processo Tributário*, São Paulo: Atlas, 2004, p. 199.

²⁶ Eduardo Marcial Ferreira Jardim, *Curso de Direito Tributário*, São Paulo: Noeses, 2013, p. 273.

Na totalidade, ou quase totalidade, dos entes tributantes, o julgamento de segundo grau é feito por órgãos colegiados compostos de representantes da Fazenda Pública e de representantes dos contribuintes, estes últimos geralmente indicados pelas entidades de classe correspondentes.

[...]

Nesses órgãos colegiados ocorre um julgamento menos submisso, ensejando um mais efetivo controle da legalidade do ato impugnado. [...]²⁷

Note-se que a jurisprudência entende que a decisão proferida por órgão julgador administrativo favorável ao contribuinte é definitiva, inexistindo a possibilidade de controle ministerial sobre o seu mérito:

ADMINISTRATIVO – MANDADO DE SEGURANÇA – CONSELHO DE CONTRIBUINTES – DECISÃO IRRECORRIDA – RECURSO HIERÁRQUICO – CONTROLE MINISTERIAL – ERRO DE HERMENÊUTICA.

I - A competência ministerial para controlar os atos da administração pressupõe a existência de algo descontrolado, não incide nas hipóteses em que o órgão controlado se conteve no âmbito de sua competência e do devido processo legal.

II - O controle do Ministro da Fazenda (Arts. 19 e 20 do DL 200/67) sobre os acórdãos dos conselhos de contribuintes tem como escopo e limite o reparo de nulidades. Não é lícito ao Ministro cassar tais decisões, sob o argumento de que o colegiado errou na interpretação da Lei.

III - As decisões do conselho de contribuintes, quando não recorridas, tornam-se definitivas, cumprindo à Administração, de ofício, “exonerar o sujeito passivo “dos gravames decorrentes do litígio” (Dec. 70.235/72, Art. 45).

IV - Ao dar curso a apelo contra decisão definitiva de conselho de contribuintes, o Ministro da Fazenda põe em risco direito líquido e certo do beneficiário da decisão recorrida.

(MS 8810/DF, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 13/08/2003, DJ 06/10/2003, p. 197)

Deve-se ter em conta, no entanto, a possibilidade de que a decisão administrativa anule o lançamento tributário apenas por vícios formais, dando azo a novo prazo decadencial para constituição do crédito tributário, nos termos do art. 173, II, do CTN. De se observar que não seria possível, todavia, novo lançamento, se a anulação se deu por questão material do ato administrativo:

A decisão administrativa extingue o crédito, mas não impede que, havendo uma obrigação, surja outro crédito, por outro lançamento, desde que respeitado o prazo legal para a atividade de lançamento e observadas as hipóteses que o próprio Código Tributário Nacional prevê nos artigos 145 e 149. Tendo em vista, entretanto, que o artigo 146 do Código Tributário Nacional veda que mudanças em critérios jurídicos afetem retroativamente o contribuinte, não se poderia cogitar novo lançamento que tentasse

²⁷ Hugo de Brito Machado Segundo, *Processo Tributário*, São Paulo: Atlas, 2004, p. 189.

contrariar aquilo que tivesse sido decidido na decisão administrativa anterior.²⁸

Pode ocorrer, também, a extinção do crédito tributário, no âmbito de um procedimento administrativo, não-contencioso, como nos casos de eventual anulação de ofício, sejam calcados pelas previsões dos art. 145 e 149, do CTN, sejam, por exemplo, oriundos da aplicação de uma Súmula Vinculante expedida pelo STF sobre matéria tributária, em cumprimento ao art. 2º, da Lei 11.417/2006.

O inciso IX, sob estudo, conceitua a “decisão administrativa irreformável” como sendo aquela “definitiva na órbita administrativa, que não mais possa ser objeto de ação anulatória”. E, aqui, surge interessante questão: afinal, se a decisão for desfavorável ao sujeito passivo, obviamente lhe restará a possibilidade, sempre potencial, de buscar o Poder Judiciário para o controle judicial da validade dos atos administrativos, em face da garantia da Inafastabilidade da Jurisdição, prevista pelo art. 5º, XXXV, da CF/88. Mas, a decisão desfavorável não extinguiria o crédito tributário, pelo que a previsão em questão não poderia fazer menção a esta hipótese.

Seria, então, possível que eventual decisão administrativa, que reconhecesse a extinção do crédito tributário, pudesse vir a ser discutida judicialmente pelo próprio Fisco? Esta, nos parece, seria a única possibilidade hipotética para que se desse aplicabilidade a este trecho final do inciso IX.

Esta possibilidade foi ventilada pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, em face de decisões proferidas pelo então chamado Conselho de Contribuintes, hoje Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF, órgão colegiado de julgamento, em 2ª Instância, de recursos administrativos na área tributária federal. Através do Parecer PGFN/CRJ-1.087/2004, entendeu-se pela possibilidade de ajuizamento de ações judiciais, por parte da Fazenda Nacional, visando à anulação dos acórdãos do órgão julgador administrativo, o que foi referendado pela Portaria n. 820/2004, emitida pelo Procurador-Geral da Fazenda Nacional.²⁹

Muito se debateu sobre os fundamentos que permitiram, ou não, a busca do Poder Judiciário, por parte da Fazenda Pública, para anular as decisões dos órgãos julgadores administrativos. A opinião favorável a tal procedimento, entretanto, parece se olvidar de que tais órgãos julgadores não são algo externo à Administração Pública: são, em realidade, órgãos

²⁸ Luís Eduardo Schoueri, *Direito Tributário*, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 576. Nesse mesmo sentido: Leandro Paulsen, *Direito Tributário, Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência*, 12 ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 1099.

²⁹ Eduardo Marcial Ferreira Jardim, *Curso de Direito Tributário*, São Paulo: Noeses, 2013, p. 274.

administrativos, parte integrante do próprio Fisco, ainda que, de sua composição, façam partes pessoas que não são servidores públicos, apenas terceiros em colaboração com o poder público – como sói ocorrer nos órgãos julgadores de 2ª Instância Administrativa. Estes, ao final e ao cabo, são uma das espécies de agentes públicos.³⁰

Assim sendo, há completa impossibilidade, lógica e processual, de que um órgão da entidade tributante ajuíze ação judicial contra outro órgão da mesma entidade, simplesmente porque se teria o ente público movendo ação em face de si mesmo: falece à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, ao CARF, à Receita Federal do Brasil, personalidade jurídica, fazendo, todos estes órgãos, parte da União.³¹ O mesmo ocorre, obviamente, em relação a seus congêneres estaduais e municipais. Ademais, sendo a decisão dos recursos administrativos uma das formas de controle de legalidade dos atos administrativos, ligadas à noção da autotutela administrativa, faltaria interesse de agir à Fazenda Pública, que, *interna corporis*, teria anulado ato próprio, seguindo o procedimento próprio previsto pelo ordenamento jurídico para tanto.³²

4. A dação em pagamento em bens imóveis

A última das formas extintivas arroladas expressamente no artigo 156 do CTN foi incluída pela Lei Complementar n. 104, de 10 de janeiro de 2001.

A dação em pagamento é forma extintiva das obrigações civis prevista pelo artigo 356, do Código Civil, em que o credor aceita receber prestação diversa da que lhe é devida. Para fins tributários, contudo, restou a autorização para a dação limitada, apenas, aos bens imóveis.

Para alguns, seu fundamento remoto seria a redação do art. 3º, CTN, quando afirma ser o tributo uma “prestação pecuniária, moeda ou cujo valor nela se possa exprimir”, pois se notaria,

³⁰ Celso Antônio Bandeira de Mello, Curso de Direito Administrativo, 20 ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 232-233.

³¹ Neste mesmo sentido, veja-se, exemplificativamente: Eduardo Marcial Ferreira Jardim, Curso de Direito Tributário, São Paulo: Noeses, 2013, p. 274; Ricardo Alexandre, Direito Tributário Esquemático, São Paulo: Método, 2007, p. 439; Regina Helena Costa, Curso de Direito Tributário: Constituição e Código Tributário Nacional, 3 ed. rev. atual. ampl., São Paulo: Saraiva, 2013, p. 292; Hugo de Brito Machado, Curso de Direito Tributário, 31 ed., rev. atual. ampl., São Paulo: Malheiros, 2010, p. 240; Paulo de Barros Carvalho, Direito Tributário, Linguagem e Método, 2 ed., São Paulo: Noeses, 2008, p. 514; André Mendes Moreira, Causas Extintivas do Crédito Tributário a Pseudo-Taxatividade do art. 156 do CTN, in André Mendes Moreira [et al.] Sistema Tributário Brasileiro e as Relações Internacionais, São Paulo: Noeses, 2013, p. 33; Luiz Felipe Silveira Difini, Manual de Direito Tributário, 4 ed., São Paulo: Saraiva, 2008; Anis Kfour Jr., Curso de Direito Tributário, 2 ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 309; Célio Armando Janczeski, Processo Tributário Administrativo e Judicial na Teoria e na Prática, 2 ed., Florianópolis: OAB/SC Editora, 2006, p. 81-83; Hugo de Brito Machado Segundo, Processo Tributário, São Paulo: Atlas, 2004, p. 199.

³² Regina Helena Costa, Curso de Direito Tributário: Constituição e Código Tributário Nacional, 3 ed. rev. atual. ampl., São Paulo: Saraiva, 2013, p. 292; André Mendes Moreira, Causas Extintivas do Crédito Tributário a Pseudo-Taxatividade do art. 156 do CTN, in André Mendes Moreira [et al.] Sistema Tributário Brasileiro e as Relações Internacionais, São Paulo: Noeses, 2013, p. 33.

então, “a possibilidade de materialização do tributo em prestação diversa da estritamente pecuniária, dando azo à figura da Dação [...]”.³³ De qualquer modo, ressaltando a inexistência de alteração no conceito de “prestação pecuniária” atinente aos tributos, como previsto pelo referido dispositivo do CTN, aduz Paulo de Barros Carvalho:

Importa consignar, também, que a inserção desse novo enunciado extintivo do crédito não altera as cláusulas do art. 3º, da Lei n. 5.172/62 [sic], especialmente quanto à prestação qualificar-se como estritamente pecuniária. Não há por que confundir a regra-matriz de incidência tributária, que, no espaço sintático de conseqüente, traz elementos de uma relação jurídica cuja prestação consubstancia a entrega de certa soma em dinheiro, e a norma jurídica extintiva, que prevê, no seu antecedente, a hipótese de realização da dação de imóveis – cumpridas as condições previstas em lei ordinária de cada ente político, na esfera de sua competência impositiva – e, no conseqüente, enunciados que serão utilizados para, no cálculo lógico das relações normativas, fazer desaparecer o crédito tributário.³⁴

Do mesmo modo que ocorre em relação à compensação, à transação e à remissão tributárias, o CTN condiciona esta forma extintiva à forma e às condições estabelecidas em lei. Lei específica, nesse caso, a nosso ver, significa um diploma legal de cada ente federativo, que introduza normas genéricas, a serem obedecidas pela Administração Pública, para que se viabilize a dação em pagamento de imóveis. Muito necessária tal norma geral, para que se cumpra com o primado da Isonomia Tributária (art. 150, II, CF/88).³⁵ Se as condições e a forma de realização da dação são estabelecidas em lei, todos os que preencham os requisitos legais terão o direito de buscar o adimplemento de seus débitos tributários através de referido instituto.

Portanto, em nosso entendimento, a dação em pagamento não pode, apenas, ser autorizada por uma lei *ad hoc*, para cada caso, havendo a necessidade da estipulação das condições gerais de acesso a esta forma extintiva a todos os interessados.

Não se confunde a dação em pagamento com a adjudicação de bem imóvel penhorado no bojo de uma execução fiscal, tendo em vista que esta “consiste na entrega, em juízo, de bem penhorado visando a garantir a execução fiscal.”³⁶ Na adjudicação, a entrega independe da vontade do devedor, tendo em vista a atuação do Estado-Juiz num ato de satisfação forçada da obrigação.

³³ Eduardo Sabbag, Manual de Direito Tributário, 3 ed., São Paulo: Saraiva, 2011, p. 879.

³⁴ Paulo de Barros Carvalho, Curso de Direito Tributário, 18 ed. rev. ampl., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 494. Nesse mesmo sentido: Luís Eduardo Schoueri, Direito Tributário, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 576.

³⁵ Regina Helena Costa entende que a lei a que se refere o CTN seria uma norma geral em matéria tributária, podendo os entes federativos, até sua edição, regular-se através de normas próprias: *in* Curso de Direito Tributário: Constituição e Código Tributário Nacional, 3 ed. rev. atual. ampl., São Paulo: Saraiva, 2013, p. 280.

³⁶ Roberto França de Vasconcellos, Extinção da Obrigação Tributária, *in* Eurico Marcos Dinis de Santi, Fernando Aurélio Zilveti e Roberto Quiroga Mosquera, Tributação das Empresas, São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 388.

Há necessidade de extrema cautela, em relação à previsão da dação em pagamento de bens imóveis, tendo em vista que o art. 37, XXI, da CF/88, exige a realização de procedimento licitatório para a aquisição de bens pela Administração Pública, atendendo aos primados do Princípio da Impessoalidade. Nesse sentido, importante é a ressalva feita por Luís Eduardo Schoueri, que entende necessária a averiguação sobre a existência de justificativa para a dispensa de licitação, pela natureza do imóvel a ser adquirido, o que seria essencial ainda que esta se desse mediante aquisição em pecúnia.³⁷

5. Referências Bibliográficas

- ALEXANDRE, Ricardo. *Direito Tributário Esquemático*. São Paulo: Método, 2007.
- AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. 15 ed., São Paulo: Saraiva, 2009.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 20 ed., São Paulo: Malheiros, 2006.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 18 ed. rev. ampl., São Paulo: Saraiva, 2007.
- _____. *Direito Tributário, Linguagem e Método*. 2 ed., São Paulo: Noeses, 2008.
- COSTA, Regina Helena. *Curso de Direito Tributário: Constituição e Código Tributário Nacional*. 3 ed. rev. atual. ampl., São Paulo: Saraiva, 2013.
- CUNHA, Carlos Renato. *O Simples Nacional, a Norma Tributária e o Princípio Federativo: Limites da Praticabilidade Tributária*. Curitiba, Juruá, 2011.
- DIFINI, Luiz Felipe Silveira. *Manual de Direito Tributário*. 4 ed., São Paulo: Saraiva, 2008.
- FERREIRA JARDIM, Eduardo Marcial. *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Noeses, 2013.
- JANCZESKI, Célio Armando. *Processo Tributário Administrativo e Judicial na Teoria e na Prática*. 2 ed., Florianópolis: OAB/SC Editora, 2006.
- KFOURI JR, Anis. *Curso de Direito Tributário*. 2 ed., São Paulo: Saraiva, 2012.
- MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 31 ed., rev. atual. ampl., São Paulo: Malheiros, 2010.
- MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Processo Tributário*. São Paulo: Atlas, 2004.
- MOREIRA, André Mendes. Causas Extintivas do Crédito Tributário a Pseudo-Taxatividade do art. 156 do CTN, in André Mendes Moreira [et al.] *Sistema Tributário Brasileiro e as Relações Internacionais*. São Paulo: Noeses, 2013.

³⁷ Luís Eduardo Schoueri, *Direito Tributário*, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 576.

PAULSEN, Leandro. **Direito Tributário, Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência**. 12 ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

PEIXOTO, Marcelo Magalhães; DINIZ, Marcelo de Lima Castro [Coord.]. **Curso de Direito Tributário da APET**. São Paulo: MP Editora, 2005.

SABBAG, Eduardo. **Manual de Direito Tributário**. 3 ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva, 2011.

TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de Direito Financeiro e Tributário**. 16 ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

VASCONCELLOS, Roberto França de. Extinção da Obrigação Tributária, *in* Eurico Marcos Dinis de Santi, Fernando Aurélio Zilveti e Roberto Quiroga Mosquera, **Tributação das Empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

O BATER DE ASAS DE UMA BORBOLETA E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. O CARÁTER SISTÊMICO DO ATO ADMINISTRATIVO

Celso Zamoner

Procurador do Município de Londrina, ocupante da função de Gerente de Serviços Públicos – GSP.. Especialista em Direito do Estado pela Universidade Estadual de Londrina – UEL. Bacharel em Direito pela UEL. Professor da Graduação em Direito na Universidade Filadélfia de Londrina – UNIFIL.

RESUMO: Este artigo visa analisar o caráter sistêmico do ato administrativo, cotejando-o com a Teoria do Caos.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Administrativo. Ato Administrativo. Teoria do Caos.

O Direito constitui relevante saber científico cujas raízes mergulham nas profundezas das ciências humanas. A evolução da Ciência Jurídica, inquestionavelmente, caminha *pari passu* com a odisséia civilizatória da Humanidade. Conquanto as pedras que constituem o inacabado edifício do Direito sejam talhadas com instrumentos eminentemente culturais, subjetivos e abstratos, não há como negar que as normas jurídicas são produzidas com o propósito de repercutirem no mundo fenomênico. Sob essa perspectiva, somos autorizados a concluir que as modificações operadas pelas normas jurídicas na dimensão da realidade, produzem conseqüências que exorbitam o campo abstrato que permeia o Direito, irradiando-se para outras províncias científicas.

Nesse sentido, observa-se que o Direito timidamente se relaciona com outros ramos das ciências humanas e remotamente com as ciências naturais e exatas. Essa interlocução interdisciplinar lacunosa, a toda evidência, compromete os processos de elaboração e aplicabilidade das normas jurídicas, na medida em que o legislador alienado potencializa o risco de produzir regras desprovidas de eficácia social ou, o que é mais grave, introduzir no ordenamento jurídico normas refratárias aos interesses legítimos da coletividade.

Acresça-se que o efeito colateral oriundo desse estado de alheamento do Direito não se restringe à dimensão da gênese de normas, espalhando-se para o campo exegético e operativo. A propósito, assinala-se que o intérprete da norma, caso padeça de autismo interdisciplinar, em que pese formalmente escudar-se no Direito, poderá promover leituras exegéticas destoantes ou deformantes da realidade, acarretando as chamadas aberrações jurídicas. Por sua vez, no que diz respeito às

repercussões concretas da norma, consubstanciadas em atos, medidas e decisões lastreadas exclusivamente no formalismo jurídico, igualmente produzirão, não raras vezes, resultados, a médio e longo prazo, desastrosos, caso ignorem a complexidade que permeia o Universo.

Considerando-se a vastidão dos domínios sob o jugo do Direito, que abrange desde os direitos individuais, estendendo-se até os confins dos direitos transgeracionais, se propõe no presente ensaio o enfrentamento da problemática do insulamento da Ciência Jurídica, frente às demais disciplinas científicas, sob a ótica da Administração Pública e da função estatal que lhe é peculiar. Delimitado o campo de nossas reflexões, focaremos na seqüência a partícula elementar da função administrativa, que corresponde ao ato administrativo.

Conceitualmente, o ato administrativo constitui espécie de ato jurídico, produzido no exercício da função administrativa e, por essa razão mesma, submetido ao regime jurídico de direito público. O Direito Administrativo contemporâneo, inspirado nos princípios democrático e republicano, emprestou especial relevo ao aspecto cinético do ato administrativo, corporificado na procedimentalização da função administrativa, objeto de abordagem do Direito Processual Administrativo. Sob esse prisma, o ato administrativo é resgatado da solidão e inserido em um conjunto, que constitui precisamente o processo administrativo.

Com efeito, o processo administrativo se qualifica como uma sucessão de atos, ordenados lógica e cronologicamente, predeterminados a repercutir na esfera jurídico-administrativa, sob a forma de atos decisórios e medidas administrativas. Indubitavelmente, o viés procedimental da função administrativa contribuiu sobremaneira para otimizar o controle de legalidade e legitimidade dos atos e medidas emanados da Administração Pública. Conquanto esse reflexo democratizante constitua justo motivo para júbilo, é forçoso alertar, todavia, que não se revela suficiente para assegurar a plena efetivação do interesse coletivo, mormente quando se tratar de atos e medidas governamentais cujos elementos guardem complexidade e reverberem ao longo do tempo e do espaço.

No Ocidente prevalece na abordagem científica uma visão fragmentária e mecanicista do Universo e dos próprios seres humanos. Essa leitura assistemática e pulverizada do mundo e das relações humanas na sua complexidade, no qual a parte se sobrepõe ao todo, produz o efeito colateral de nos enredar na ilusão de que podemos programar e controlar os efeitos de nossos atos, nos mesmos moldes que operamos um relógio.

Há séculos a Humanidade rende-se ao culto do pensamento cartesiano, alienando-se ao discurso científico, sob a expectativa de ser conduzida em segurança à *Terra Prometida*, na qual todos os anseios e necessidades, individuais e coletivos, seriam saciados. Porém, no século atual constatamos envoltos em perplexidade e desolação, que a travessia empreendida sob o cajado da Ciência, nos conduziu a paragens áridas de valores do espírito e assoladas por tempestades de consumo desenfreado, em que nos quedamos hipnotizados pela miragem do progresso e do desenvolvimento.

Felizmente, o espírito humano é dotado da capacidade de promover mudanças paradigmáticas de pensamento, as quais ocorrem quando o real dissipa o imaginário. Nesse sentido, a física newtoniana restou ultrapassada pela Relatividade e pela Mecânica Quântica. A visão fragmentada do cientificismo foi superada pela Teoria Geral de Sistemas, que professa a interdependência entre as partes e que as interações entre os elementos de um sistema não podem ser compreendidas pela simples investigação das partes isoladamente.

Conquanto ainda predomine na Ciência o paradigma newtoniano-cartesiano, de cunho determinista e mecanicista, contudo, vem conquistando espaço no território científico a visão sistêmica ou holística, que busca integrar os diversos saberes humanos, estabelecendo um modelo científico que concebe o universo como uma vasta rede de inter-relações, exigindo uma abordagem transdisciplinar dos fenômenos.

Estendendo-se essa linha de raciocínio até os domínios do Direito Administrativo, se reputa fundamental a incorporação desse novo paradigma científico – sistêmico ou holístico – notadamente no exercício da função administrativa, pela complexidade que encerra e em virtude das repercussões concretas que acarreta à sociedade humana.

Com efeito, é forçoso observar que a Administração Pública, na produção de seus atos e implementação de medidas, jaz aprisionada ao modelo científico tradicional. Deveras, quando se edita um ato administrativo, o agente público, via de regra, ignora os reflexos que poderão atingir outros campos (social, ético, ambiental, econômico, psicológico etc). A submissão a esse paradigma mecanicista-determinista é perceptível nos procedimentos burocráticos desarrazoados e na aplicação mecânica das normas, sem levar em consideração aspectos probabilísticos e eventuais efeitos deletérios a médio e longo prazo.

Tomemos como exemplo hipotético a desapropriação de áreas rurais, tendo por finalidade a construção de uma usina hidroelétrica. Quando se aplica o modelo científico tradicional (newtoniano-cartesiano), o Direito Administrativo se ocupa exclusivamente dos princípios da Administração Pública e das regras procedimentais pertinentes (autorização legislativa, edição de decreto expropriatório, avaliação, indenização etc), não se atentando às repercussões produzidas em outras esferas.

No cenário ora delineado pode ser suscitado o seguinte questionamento: qual a razão que conduziria o agente público a considerar previamente os impactos que poderão ser acarretados por um ato ou medida estatal, fora da órbita jurídico-administrativa? Perceba-se que a indagação precedente decorre justamente do modelo newtoniano-cartesiano de interpretar o universo e seus fenômenos, ou seja, de forma fragmentada e assistemática. A problemática em foco poderia ser formatada nos seguintes moldes: por que razão o cérebro haveria de se preocupar com um processo infeccioso instalado no pé?

Ora, da mesma maneira que uma pedra lançada em um lago produz ondas que se propagam em diversas direções, um mero ato administrativo pode repercutir em campos que, em princípio, não guardam qualquer correlação com o Direito Administrativo.

Retomando-se o exemplo da desapropriação, é bem de ver que os efeitos operados por esse processo administrativo não se restringem à mera transferência de um bem alheio para o domínio público, porquanto provocará inexoravelmente, dentre outros, reflexos ambientais, sociais, econômicos e culturais. Em um breve exercício probabilístico, afigura-se provável que as famílias expulsas de suas terras migrem para os centros urbanos, acarretando o colapso dos serviços públicos de educação, saúde e assistência social; recrudescimento de endemias e epidemias; incremento da violência urbana; redução da oferta de alimentos e conseqüente elevação da inflação; destruição de sítios arqueológicos; mudanças no regime de chuvas e temperatura; crises de abastecimento de água; ocupação de áreas de risco e de preservação permanente e assim por diante.

Ignorar ou negligenciar o efeito sistêmico das intervenções pontuais pode resultar em verdadeiras catástrofes. E pelo mundo afora se multiplicam os exemplos dessa miopia científica, dentre os quais se ressalta como emblemático o fenômeno do aquecimento global.

Infere-se da exposição que o exercício da função administrativa traduz uma atividade complexa, na proporção em que exige o aporte de conhecimentos hauridos de outros saberes

humanos. No caso hipotético da desapropriação, o administrador público haveria de recorrer a outras disciplinas científicas, como a ecologia, a antropologia, a arqueologia, a sociologia, a economia, sem prejuízo de outras que se revelassem úteis na análise sistêmica do ato. Quiçá, submetido o ato expropriatório a esse novo paradigma científico e antevistos os resultados negativos que poderiam advir, o gestor público haveria por bem não implementá-lo.

Professa-se nestas paragens o entendimento de que o caráter sistêmico de que se reveste o ato administrativo não pode ser ignorado pelo agente público, sob pena de produzir resultados diametralmente opostos ao pretendido na sua gênese.

Para finalizar este breve ensaio, recorreremos à descrição poética da Teoria do Caos, corporificada no chamado “Efeito Borboleta”. Ora, se o bater de asas de uma simples borboleta pode influenciar o curso natural dos fenômenos, de sorte a provocar um tufão a milhares de quilômetros, que desastres poderão se originar de um ato administrativo que autoriza o abate de uma árvore sadia?

DA EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM RELAÇÃO AO IDOSO

Débora Rabelo de Paula

Especialista em Direito Previdenciário pela Universidade Estadual de Londrina - UEL. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Londrina - UEL. Advogada. Técnica em Gestão Pública no Município de Londrina.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Direitos Fundamentais e Efetividade. 3. Do Idoso. 4. Das Disposições Constitucionais e Legislação Pertinente. 5. Considerações Finais. 6. Referências Bibliográficas.

RESUMO: A pesquisa dentro da temática do Direito do Idoso, especificamente sobre os direitos fundamentais inerentes à essa parcela da população e sua efetividade, tem como substrato temas relacionados principalmente com o Direito Constitucional. A partir do método dedutivo e das técnicas referentes à pesquisa bibliográfica e documental, o que se busca com o presente estudo é estabelecer quais as condições para que os direitos dos idosos estabelecidos constitucionalmente sejam efetivamente assegurados. Parte-se da premissa de que os direitos não pertencem a fases específicas do homem, mas a toda sua existência, pelo simples fato de sua condição humana. Passa-se a uma análise sobre a compreensão acerca do envelhecimento e a inserção do idoso na família e na sociedade, bem como os deveres desses sujeitos no que se refere ao amparo à velhice e ao asseguramento de uma vida digna, englobando-se também nessa seara o Estado, na elaboração de leis e na efetivação de políticas nesse sentido. Destaca-se ainda a abordagem constitucional e a produção legislativa nesse sentido com a promulgação da Política Nacional do Idoso (Lei nº 8.842/1994) e o Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003), bem como suas contribuições para a efetivação desses direitos.

PALAVRAS-CHAVE: Idoso. Efetividade. Direitos fundamentais. Estatuto do Idoso. Política Nacional do Idoso.

1. Introdução

O presente estudo propõe-se a desenvolver uma análise a respeito da efetividade dos direitos fundamentais assegurados ao idoso pela Constituição Federal de 1988 e demais legislações pertinentes.

O tema apresenta-se como problemática atual a ser discutida, considerando que pesquisas apontam que a população idosa mundial sofreu significativo aumento em comparação com os últimos séculos. Nessa esteira, o Brasil, segundo estudos realizados pelo IBGE, tem a expectativa de

estar entre os seis países com maior número de idosos do mundo em 2025¹. Esse aumento na população idosa do país trará inúmeros impactos à sociedade e ao Poder Público, podendo ser minimizados com a crescente conscientização sobre a efetivação dos direitos dessa parcela e a implementação de políticas públicas nesse sentido.

Devido à preocupação latente, o idoso conta com uma abordagem constitucional, o que resta configurado pela análise dos artigos 229 e 230 da Constituição Federal, os quais estabelecem expressamente a prioridade ao amparo aos idosos, determinando deveres para o Estado, a sociedade e a família, no sentido de serem asseguradas as condições necessárias para a inserção de forma participativa do idoso no meio social e da consecução de seu bem-estar, bem como da proteção do direito a uma vida digna.

Assim, o presente trabalho busca compreender a extensão do envelhecimento e estabelecer quais as condições para que os direitos dos idosos sejam efetivamente assegurados, com a análise da legislação infraconstitucional pertinente, do conceito de idoso e iniciando-se com a apresentação de uma síntese sobre os direitos fundamentais e sua efetividade.

2. Direitos Fundamentais e Efetividade

Os direitos fundamentais se caracterizam por serem direitos intrínsecos ao próprio homem, são liberdades inerentes ao indivíduo, que se encontram intimamente ligados à proteção da dignidade humana em todos os seus aspectos.

Devido à sua relevância e o maior enfoque às realidades que se contrapunham à dignidade da pessoa humana, os direitos fundamentais começaram a ser matéria de declarações universais e passaram, posteriormente, para os preâmbulos das Constituições de diversos países, tendo em vista a necessidade de assegurar esses direitos em face da arbitrariedade do próprio Estado. Assim, mencionam Araújo e Nunes Júnior², que a proteção a esses direitos constituiriam o resultado de conquistas humanitárias que foram sendo sucessivamente reconhecidas pelos mais variados ordenamentos jurídicos, razão pela qual, salienta-se que eles não surgem de um processo legislativo, mas o próprio legislador os reconhece e os constitucionaliza.

¹ PEREIRA, Robson. Brasil entra no clube dos 10 países com mais idosos in O Estado de São Paulo, *Vida&*, 13 de abril de 2006, p. A18. On-line. Disponível em: <www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/57329>. Acesso em: 17 de maio de 2013.

² ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal. Curso de Direito Constitucional. 12.ed. Saraiva: São Paulo, 2008, p. 111.

Com efeito, Paulo Bonavides³ chega a afirmar que os direitos fundamentais são a bússola das Constituições, posto que norteiam toda a ordem jurídica, indicando meios que garantam a proteção e efetivação das liberdades individuais.

José Afonso da Silva⁴ elenca oito expressões comumente utilizadas para designar os direitos fundamentais – direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas e direitos fundamentais do homem – sendo que o autor elege esta última como a expressão mais adequada para o estudo. Estabelece ainda que o qualificativo “fundamentais” caracterizara situações sem as quais o indivíduo não sobreviveria, bem como que o sentido da expressão “do homem” é o de que esses direitos devem ser reconhecidos e efetivados a todos, igualmente, não apenas formalmente reconhecidos.

Ocorre que, sendo o homem um ser em constante evolução, é possível estabelecer que as preocupações em atender às suas necessidades fundamentais também sofram significativas modificações no curso da história.

Assim, verifica-se que, uma vez delimitados os poderes do Estado em relação aos direitos e liberdades inerentes ao indivíduo e considerando o acelerado crescimento e desenvolvimento das relações econômico-sociais, a ordem jurídica passou a se preocupar com direitos que exigiam, não mais a omissão do Estado, mas sua presença em atividades prestacionais. Posteriormente, não apenas com a evolução do próprio homem, mas com o aperfeiçoamento da tecnologia, com a desigualdade gerada entre as nações desenvolvidas e em desenvolvimento e com os inúmeros conflitos internacionais, preocupou-se com uma nova geração de direitos que ali nascia, denominados direitos da solidariedade.

Diante desse panorama, é possível delinear o estudo dos direitos fundamentais de acordo com classificações que levarão em consideração ora o seu conteúdo, ora sua positivação constitucional, e, por fim, sua evolução cumulativa⁵.

Sob o enfoque do conteúdo que os direitos fundamentais apresentam, deve-se atentar ao valor específico protegido por cada categoria. Sabe-se que a dignidade é o valor maior a ser

³ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 22.ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2008, p. 615.

⁴ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 26.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2006, p. 175-179.

⁵ ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, op. cit., p. 110-111.

defendido, assim, resta elencar as suas dimensões e reflexos como valores específicos a serem assegurados pelas diversas vertentes.

Já no que tange ao enfoque da positivação de tais direitos na esfera constitucional, deve-se primeiramente ressaltar que a nossa Constituição Federal de 1988 se perfaz muito peculiar neste aspecto, tendo em vista que reúne, por vezes, em um mesmo capítulo, direitos fundamentais de natureza diversa, bem como que apresenta direitos fundamentais de mesma natureza dispersos pelo texto constitucional. Assim, de acordo com a posição jurídica positiva de tais direitos na Carta Magna, evidencia-se a seguinte classificação: a) direitos individuais; b) direitos coletivos; c) direitos sociais; d) direitos de nacionalidade; e) direitos políticos; e f) partidos políticos.

Finalmente, sob o enfoque evolutivo cumulativo, cumpre tecer algumas considerações preliminares no sentido de se entender o próprio início desse processo de evolução.

A Declaração Francesa de 1789 imprimiu em toda a humanidade, de forma universal e histórica, o lema da liberdade, igualdade e fraternidade, o qual exprimiu todo o conteúdo dos direitos fundamentais do homem e estabeleceu até mesmo a sequência evolutiva de sua institucionalização em diversos países.

Os direitos fundamentais passaram então a se manifestar juridicamente em três dimensões simultâneas, a fim de substituir a universalidade abstrata do lema revolucionário francês por uma visão mais concreta desses ideais. Assim, a ordem jurídica de diversos Estados, que foram, de certa forma, influenciados consubstancialmente pelos valores revolucionários franceses, passou a tratar efetivamente sobre os valores formalmente apresentados, dando o caráter concreto de que necessitavam.

Desta feita, é possível identificar e relacionar os direitos da primeira, da segunda e da terceira geração, ou dimensão como preferem alguns autores, com os direitos da liberdade, da igualdade e da fraternidade.

A esse processo evolutivo corria conjuntamente um processo de acúmulo, sendo que cada dimensão posterior foi sendo acrescentada àquela que a antecedia, no sentido de aglomerar os valores que iam sendo constitucionalmente reconhecidos geração por geração.

Registre-se que Paulo Bonavides⁶ reconhece a existência de direitos da quarta geração, os quais seriam traduzidos em direitos fundamentais da democracia, da informação e do pluralismo.

Além de serem exteriorizados pelos ideais da liberdade, da igualdade e da fraternidade, os direitos fundamentais possuem características peculiares que os definem precisamente e os distinguem dos demais direitos protegidos juridicamente. Esses caracteres envolvem o direito protegido, sendo capazes de darem ao intérprete meios seguros para a identificação de um direito fundamental mesmo que ele esteja inserido fora do título constitucional reservado especificamente a esse rol de direitos.

Por serem inerentes ao próprio homem, Canotilho⁷ reconhece que tais direitos assumem caráter inviolável, intemporal e universal. Nessa mesma esteira, José Afonso da Silva⁸ diz que suas características refletem o pensamento jusnaturalista, o qual indica que os direitos fundamentais são inatos, absolutos, invioláveis (intransferíveis) e imprescritíveis.

Por todo o exposto, pode-se concluir que os aspectos que caracterizam e diferenciam os direitos fundamentais dos demais direitos existentes no ordenamento jurídico estão intimamente vinculados à própria natureza humana, uma vez que estabelecem e reservam a proteção mínima a uma categoria que reflete a dignidade da pessoa em si.

Importante frisar que os direitos fundamentais relacionam-se com a ordem jurídica no sentido de lhe imprimir um caráter de busca à proteção da igualdade, tendo em vista que o gênero humano não estabelece distinções nesse aspecto.

Ocorre que esse aparato, fundado na igualdade formal, deve ser concretizado no plano material, posto que para que a igualdade seja efetivada, devem ser respeitados direitos fundamentais de toda uma coletividade, no sentido de se buscar os meios para sua real aplicabilidade.

Nesse passo, evolutivamente, para darem concretude ao panorama formal apresentado pelas Revoluções e, conseqüentemente, pelos ordenamentos jurídicos que o implantavam, surgem os direitos fundamentais de amplitude social como oposição ao discurso meramente apresentado, cobrando uma postura concreta de modo a possibilitar a realização de tais preceitos.

⁶ BONAVIDES, op. cit., p. 570-572.

⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 7.ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 393.

⁸ SILVA, op. cit., p. 180-181.

Diferentemente dos direitos individuais, também conhecidos como direitos de defesa ou direitos negativos, que exigem do Estado um comportamento de abstenção, criando um afastamento no que tange às relações individuais, os direitos sociais são aqueles que exigem uma atividade positiva do Estado no sentido de buscar a superação das carências da sociedade.

Historicamente, percebe-se que houve uma mudança significativa na concepção individualista do homem para uma abertura de consciência que ampliou a preocupação até então vigente a uma realidade social que clamava por medidas efetivas em prol de sua proteção.

Os direitos individuais, distintamente, relacionam-se com a liberdade de cada indivíduo, dispondo acerca das liberdades que já são intrínsecas a ele. Já os direitos sociais estendem-se ao coletivo, à união desses indivíduos que, detendo seus direitos individuais reconhecidos, necessitam de educação, saúde, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, assistência aos desamparados, dentre outros.

Ademais, vincula-se aos direitos sociais o objetivo de concretizar e assegurar a igualdade material, no que diz respeito a tratar os desiguais de forma desigual, na medida de sua desigualdade, conforme a máxima aristotélica. Pode-se dizer que se caracterizam por serem direitos discriminatórios com propósitos compensatórios⁹. São direitos que, segundo Bonavides¹⁰, nasceram abraçados ao ideal da igualdade, do qual não podem ser afastados, uma vez que tal princípio os ampara e estimula.

Ocorre que a produção dos efeitos esperados pelas normas constitucionais que definem os direitos fundamentais sociais encontra, por vezes, limitações no sentido da própria Constituição definir que as mesmas se fazem depender de legislação ulterior ou efetiva atividade do Estado para que sejam realmente aplicadas. Assim, de acordo com a classificação das normas constitucionais quanto sua eficácia apresentada por José Afonso da Silva¹¹, os direitos sociais compreenderiam normas de eficácia limitada, de princípios programáticos e de aplicabilidade indireta.

Em outras palavras, as normas que definem os direitos fundamentais prestacionais necessitam de uma lei integradora que possibilite a produção de seus efeitos, são normas que

⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 8.ed.rev.atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007, p. 299.

¹⁰ BONAVIDES, op. cit., p. 564.

¹¹ SILVA, op. cit., p. 180.

dependem de uma atividade legislativa, posto que, segundo Sarlet¹², estas normas apresentam baixa ou insuficiente densidade normativa. Além disso, caracterizam-se por serem normas que estabelecem programas, finalidades e tarefas a serem implementadas pelo Estado ou, ainda, imposições de concretização desses direitos ao legislador.

Nessa esteira, reforça-se o entendimento de que as normas desta natureza estão vinculadas às próprias exigências de um Estado Social de Direito, vez que se perfazem inerentes à dinâmica de uma Constituição que impõe aos órgãos estatais, especialmente aos Poderes Legislativo e Executivo, a responsabilidade em realizar os programas, as finalidades e as tarefas nelas contidos.

Com efeito, a finalidade primordial dos direitos fundamentais sociais é assegurar ao ser humano condições materiais mínimas necessárias para uma vida digna através da presença do Estado como grande provedor de medidas compensatórias das desigualdades sociais.

Assim, pode-se inferir que para o desfrute de qualquer direito fundamental desta natureza exige-se dos poderes públicos uma ativa atuação¹³, no sentido de que os direitos sociais determinam-se por serem direitos que aguardam prestações positivas por parte do Estado, de modo a possibilitar a garantia de pressupostos materiais para uma efetiva fruição das liberdades em busca de uma existência digna¹⁴.

O §1º do artigo 5º da Constituição Federal, nesse sentido, estabeleceu que os direitos fundamentais possuem aplicabilidade imediata, ou seja, determinou que a efetiva fruição das liberdades seja plena e direta. Ocorre que em relação aos direitos fundamentais sociais, a efetividade toma contornos diferenciados.

O termo “efetividade” refere-se ao próprio conceito de eficácia, que se encontra estritamente vinculado com a noção de aplicabilidade das normas jurídicas, bem como em relação à problemática da força normativa no estudo da Constituição.

Sarlet¹⁵ estabelece a diferenciação da eficácia jurídica em relação à eficácia social. Nesse passo, a primeira estaria vinculada a um caráter de potencialidade, no sentido da norma vigente encontrar-se apta a ser aplicada ao caso concreto e gerar efeitos jurídicos na medida de sua

¹² SARLET, op. cit., p. 309.

¹³ SILVA, op. cit., p. 177.

¹⁴ SARLET, op. cit., p. 300.

¹⁵ Idem, p. 247 e 249.

aplicabilidade, sendo que a eficácia social estaria atrelada à noção de realizabilidade, englobando-se tanto a decisão pela efetiva aplicação da norma quanto o resultado concreto decorrente da aplicação.

A efetividade, portanto, correlaciona-se à noção da eficácia social, posto que está ligada à noção de praticidade e realizabilidade das normas constitucionais. Nesse sentido, leciona José Afonso da Silva¹⁶ que a eficácia social não se situa no plano da aplicação da norma, mas que se manifesta – ou não – após o momento da aplicação.

Dessa forma, busca-se apontar as condições para a efetiva aplicação dos direitos fundamentais sociais no plano fenomênico, vez que se apresentam como direitos que buscam concretizar as liberdades do indivíduo em prol de uma vida digna, com base na proteção e garantia de uma igualdade material em que o próprio Estado é responsável pela consecução de prestações no sentido de garantir o patamar mínimo de sobrevivência à coletividade.

Bonavides¹⁷, ao tratar sobre o tema, estabelece que a normatividade só é adquirida com a legitimidade, a qual vem a ser o estuário de todo o processo de concretização das normas constitucionais. Para isto, a eficácia constitucional dos direitos fundamentais exige a criação de pressupostos de uma consciência social acerca da certeza e da segurança inabalável dos mandamentos contidos na Constituição.

Assim, para que a sociedade sinta a real concretude desses direitos, são necessárias duas condições essenciais: a conscientização da própria coletividade em relação às características peculiares dos direitos que lhe são constitucionalmente assegurados e a atividade prestacional material do Estado no sentido de sua concretização, no que se refere especificamente aos direitos sociais prestacionais.

Preceitua Bonavides¹⁸ que concretizar significa dilatar os conteúdos constitucionais, a fim de exauri-los, aperfeiçoá-los, executando os programas normativos no decurso do tempo.

Por serem direitos que constitucionalmente se limitaram a traçar princípios a serem cumpridos pelos órgãos estatais, como programas de suas respectivas tarefas, se faz necessária a

¹⁶ SILVA, op. cit., p. 249.

¹⁷ BONAVIDES, op. cit., p. 615.

¹⁸ Idem, p. 621.

consecução de tais premissas, o que autoriza ao Estado, no que tange à realização de seus fins sociais, estabelecer políticas públicas nesse sentido.

Ou seja, a concretização advém principalmente da execução do conteúdo normativo interposto pela Constituição em relação direta com a dinâmica da sociedade. Impõe-se reconhecer que concretizar direitos significa que o Estado, em suas funções específicas, deve garantir e executar os programas que o constituinte assim estabeleceu originariamente.

De fato, Sarlet¹⁹ diz que os direitos fundamentais existem apenas quando a lei e as políticas sociais os garantem, sendo que se realizam por meio da progressiva implementação e execução de políticas públicas, as quais são regidas pelo princípio da solidariedade social.

Assim, podem ser identificadas duas funções essenciais do Estado nesse sentido: primeiramente, cabe ao legislador observar as premissas constitucionalmente firmadas, exigindo-se dele uma atuação objetiva e positiva a fim de criar condições materiais e institucionais para o exercício dos direitos fundamentais, bem como de que incumbe ao Estado fornecer prestações aos cidadãos com vistas a consolidar a dimensão concreta do cumprimento das imposições institucionais inerentes a esses direitos²⁰.

Ocorre que para a garantia de um mínimo de dignidade ao indivíduo por meio de prestações estatais e a consequente efetivação desses direitos, o Estado, além de exercer a função legislativa, deve ainda executar políticas que, de certa forma, geram um custo para todo o aparato estatal. Desta feita, é necessário garantir uma reserva orçamentária para a plena efetivação dos direitos fundamentais.

Conclui-se, portanto, que alguns dos direitos fundamentais, por se tratarem de normas constitucionais que estabelecem programas e tarefas ao Estado, dependem de atividade direta prestada pelo poder público.

No que tange à eficácia social, a concretização desses direitos para a sociedade e especificamente aos idosos, acontece a partir da implementação de políticas públicas e do exercício do poder legiferante pelo Estado, o que está diretamente vinculado às condições materiais que o mesmo deve proporcionar.

¹⁹ SARLET, op. cit., p. 310, 328 e 518.

²⁰ CANOTILHO, op. cit., p. 476.

Desta feita, a fim de delimitar o estudo à efetividade desses direitos em relação à população idosa, passa-se a tratar sobre suas peculiaridades, necessidades específicas e os critérios utilizados para definir o conceito de velhice, dentre outros aspectos.

3. Do Idoso

Inicialmente, cabe mencionar que o idoso, por sua condição humana, é sujeito detentor de direitos. Ademais, ressalte-se que essa parcela da população merece atenção e cuidado mais acurados frente às necessidades específicas que ela apresenta em diversos aspectos.

Parte-se da premissa de que os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos²¹, inclusive até a velhice. Ocorre que, mesmo que assegurada a igualdade formal através de lei, ainda existem situações que colocam os indivíduos em situação de desigualdade, pois os próprios destinatários e titulares dos direitos têm características diferenciadoras entre si. Por esta razão, surge o conceito da igualdade material, que pressupõe o tratamento igualitário para aquele que é igual e desigualmente aquele que se mostra desigual, na medida de sua desigualdade. Assim, diferentemente da estrutura lógica formal de identidade, a igualdade pressupõe distinções²².

Nesse sentido, parte-se da premissa de que o idoso deve ser tratado de maneira diferenciada, uma vez que possui características e limitações próprias, as quais devem ser respeitadas para a garantia e efetividade de seus direitos fundamentais. Objetiva-se, através da compensação das desigualdades e de oportunidades, alcançar e proteger a dignidade da pessoa humana na sua velhice.

O Direito do Idoso começou a ser delineado pela Constituição Humanitária de 1988 que introduziu e impôs a todo ordenamento jurídico brasileiro a observância ao princípio da dignidade humana como um dos grandes pilares e fundamentos da República Federativa do Brasil (artigo 1º, inciso III, da CF de 1988).

Ao garantir os direitos fundamentais da pessoa idosa, de modo a possibilitar a proteção de sua condição humana em consonância com os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, o legislador constituinte pátrio seguiu coerentemente as orientações traçadas

²¹ CANOTILHO, op. cit., p. 426.

²² Idem, p. 428.

pela Assembleia Mundial sobre o Envelhecimento de 1982 promovida pela Organização das Nações Unidas, sucedida pelo Plano de Ação Internacional traçado no ano de 1991²³ (SENA, 2005).

Assim, consciente de que o idoso apresenta necessidades próprias e para que ele pudesse, através do exercício desses direitos, usufruir com dignidade sua vida, a Constituição Federal estabeleceu que é dever do Estado, sociedade e família amparar a velhice, devendo agir de forma eficaz e empreendendo esforços em regime de cooperação eficiente para assegurar-lhe a participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhe o direito à vida.

Desse modo, pode-se afirmar que compete à coletividade e aos órgãos estatais a responsabilidade em auxiliar que a essa parcela da população seja garantido um envelhecimento digno e saudável, devendo cada segmento assumir fielmente seu papel em prol do respeito e efetividade dos direitos do idoso.

Nesse passo, o “caput” do artigo 230 da Constituição Federal estabelece amplamente o dever que diz respeito à proteção à velhice; cabe questionar se o Estado, a sociedade e a família têm consciência de quais são os seus deveres face à garantia do direito à vida digna do idoso, bem como se estão suficientemente preparados para auxiliá-lo a enfrentar as suas necessidades específicas.

Logo, o presente estudo abordará os vários aspectos relevantes para a construção de um conceito próprio do que venha a ser o envelhecimento.

Cabe, portanto, para fins de compreensão sobre as peculiaridades dessa parcela da população, traçar os detalhes que caracterizam o envelhecimento e o idoso em si. Para tanto, se faz necessária a apresentação dos vários aspectos que integram seu conceito, uma vez que a velhice pode ser traduzida como o resultado e o prolongamento de um complexo processo²⁴.

Envelhecer, portanto, é consequência de um fenômeno dinâmico de mudanças irreversíveis e indeclináveis. Resumidamente, é um processo inerente à natureza do ser vivo, em

²³ SENA, Eduardo Cunha Alves de; CHACON, Paulo Eduardo de Figueiredo. Tutela constitucional da terceira idade: o resgate da dignidade humana da pessoa idosa, dez. 2005. On-line. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7970>>. Acesso em: 05 de junho de 2013.

²⁴ BEAUVOIR, Simone de. A velhice. Tradução de Maria Helena Franco Monteiro. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1990, p. 17.

particular, o ser humano, eis que, nos mais básicos ensinamentos da Ciência Biológica o indivíduo nasce, cresce, reproduz-se e morre.

Por outro lado, Rute Bacelar (1999, p. 19) estabelece que a Terceira Idade é o período de vida após os 60 anos, em que o indivíduo vivencia o processo de envelhecimento. A autora complementa afirmando que se trata de um conjunto de alterações físicas e psíquicas do organismo da pessoa e na sua maneira de interagir com o meio social, sendo que esse processo não se passa de forma idêntica em todos.

A dificuldade em se delimitar um conceito para a velhice está no fato de que esse processo atinge cada idoso de maneira muito particular, ou seja, não há uma unanimidade de procedimento, sendo que as respostas a esse conjunto de alterações são bem singulares.

Desse modo, a gerontologia, que é a ciência que estuda o envelhecimento com vistas a descrever sinteticamente, com a maior exatidão possível, as manifestações desse processo, desenvolveu-se nos planos biológico, psicológico e social²⁵, sendo que o caminho para a melhor definição do que venha a ser o envelhecimento, deve-se levar em consideração todos esses aspectos, além de outros já estabelecidos.

Em tempos mais remotos, a medicina tentava explicar a velhice como uma expressiva patologia que acometia o ser humano, tendo em vista que o declínio de suas faculdades fisiológicas era facilmente verificado, bem como que as respostas às causas externas eram reduzidas significativamente quando comparadas a situações anteriores em que o corpo encontrava-se, para eles, com menos idade e com mais saúde.

Inevitável afirmar que o corpo de um idoso sofre mais com as causas externas do que um físico mais jovem, porém não parece razoável comparar o envelhecer a uma patologia.

Alhures, já foi mencionado acerca da singularidade em que o processo de envelhecimento se apresenta aos indivíduos, porém, na tentativa de se estabelecer um marco para a caracterização da chamada “terceira idade”, surgem critérios cronológicos.

Alguns dos grandes pensadores da Antiguidade acreditavam que o envelhecimento era a consolidação do apogeu do ser humano, em que, nessa etapa da vida, o indivíduo atingiria a

²⁵ BEAUVOIR, op. cit., p. 32.

perfeição. Segundo Hipócrates, o homem atingiria seu apogeu aos 56 anos de idade, Aristóteles acreditava que a perfeição do corpo se completaria aos 35 anos e a perfeição da alma ao atingir os 50 anos, já Dante defendia que a velhice se faria presente aos 45 anos de idade²⁶.

Atualmente, a ONU estabelece como critério para o envelhecimento o ingresso aos 60 anos de idade, critério este também adotado pela legislação brasileira, mais especificamente pelas leis nº 10.741/2003 (Estatuto do Idoso) e 8.842/1994 (Política Nacional do Idoso).

Não obstante a particularidade do processo de envelhecimento em cada pessoa, o critério cronológico demonstra uma objetividade resultante da coleta, estudo e levantamento de uma média dessa parcela da população, levando-se em consideração demais fatores influentes.

Esclareça-se que para fins do presente estudo, o idoso, amplamente considerado, é o sujeito titular de direitos que possui 60 anos ou mais, nos termos da legislação pátria referente.

No que tange ao aspecto social do envelhecimento, evidencia-se a problemática que envolve a perda ou a diminuição do espaço social sofrida pelo idoso, razão pela qual a própria Constituição Federal reserva um artigo para expressamente determinar que cabe ao Estado, à sociedade e à família imprimir esforços para a proteção à velhice frente às suas necessidades específicas e à diminuição do espaço social que tem sofrido essa parcela da população.

Pode-se inferir que, numa sociedade capitalista, ganha importância aquele indivíduo que se encontra ativamente produtivo, fato este que não corresponde com a realidade em que se encontra a maioria dos idosos, posto que, aposentados ou sem condições de exercer qualquer atividade, denominam-se excluídos do mercado produtivo.

De todo o exposto, pode-se concluir que o envelhecimento é um processo que envolve uma complexidade de aspectos, os quais interagem na tentativa de condensar um conceito do que venha a ser entrar na terceira idade ou ser considerado idoso.

Assim, passa-se a tratar a respeito da legislação pertinente ao tema relacionado ao idoso, apresentando as iniciativas por parte do Estado-Legislator no que tange à proteção e ao amparo à velhice em âmbito constitucional e infraconstitucional, com vistas a imprimir maior efetividade aos direitos fundamentais dessa parcela da população.

²⁶ Idem, p. 20.

4. Das Disposições Constitucionais e Legislação Pertinente

A preocupação com o envelhecimento foi inicialmente fomentada pelas organizações internacionais da Saúde e das Nações Unidas, as quais elaboraram pareceres conclusivos sobre o impacto do envelhecimento nos países em desenvolvimento e a necessidade de adoção de medidas para o enfrentamento dessa realidade. Os estudos priorizavam o incentivo ao envelhecimento saudável, na área da saúde, e o envelhecer com dignidade e com direitos assegurados, no campo social.

Tendo em vista as diretrizes traçadas e passando a se tornar uma preocupação não apenas na área social, mas também pelo próprio Estado, o tema relacionado ao idoso ganhou importância constitucional de forma mais expressiva com a Constituição Humanitária de 1988 que previu o amparo à velhice expressamente em seus artigos 229 e 230.

A temática está envolta, ainda, por outras disposições constitucionais que tratam a respeito da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III), uma vez que ao idoso é assegurado o direito a uma vida digna. Ademais, devem os sujeitos elencados no artigo 230 – Estado, sociedade e família – unirem esforços em prol da defesa da vida dessa parcela da população, que se encontra por vezes desprotegida em relação a aspectos como a saúde física, limitações econômicas e a escassez de oportunidades.

Por se tratar de direitos fundamentais do próprio ser humano, podem ser também encontrados ao longo do rol constitucional dos direitos individuais (artigo 5º) e, principalmente, dos direitos sociais (artigo 6º).

A proteção contra a discriminação em relação à idade encontra substrato no próprio “caput” do artigo 5º da CF, que pontualmente determina que todos serão iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.

Pode ser considerado desdobramento do princípio da isonomia tratado alhures, no que tange ao mercado de trabalho em que o idoso possa estar inserido, a proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de idade estabelecida no artigo 7º, inciso XXX.

Com efeito, constitucionalmente, é facultado ao maior de 70 anos exercer a soberania popular. O alistamento eleitoral e o voto é uma faculdade garantida ao idoso, nos termos do artigo 14, § 1º, inciso II, alínea “b”.

O bem-estar do idoso e a busca pelo envelhecer com qualidade são objetivos que se relacionam diretamente com ações que envolvam a seguridade social.

Nesse sentido, para a Previdência Social a idade avançada é considerada risco ou contingência social de primeira grandeza, pois o idoso encontra-se, na maioria das vezes, em um estado de necessidade permanente, uma vez que apresenta limitações visíveis no plano biológico e estrutural. A relação é tão tênue que ao se falar em aposentadoria, a primeira imagem que se vem à mente é o idoso, fato este que não está completamente destituído de razão, posto que a origem da palavra aposentadoria remete à noção de aposento, ou seja, local de descanso.

Assim, em seu artigo 201, inciso I da Constituição Federal, a Previdência atenderá, nos termos da lei, a cobertura dos eventos de doença, idade avançada, entre outros. Em seu §7º, inciso II, é expressamente assegurada a aposentadoria por idade, respeitados os requisitos carencial e etário de sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta anos de idade, se mulher, e, no caso de trabalhador rural em regime familiar, de sessenta anos de idade, se homem, e cinquenta e cinco anos de idade, se mulher.

Nessa mesma linha, a assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição, objetivando a proteção à velhice (artigo 203, inciso I), sendo possível ao idoso maior de 65 anos que comprovar não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, receber benefício assistencial nos termos da Lei nº 8.742/93; garantia essa prevista pelo inciso V do artigo 203 da CF.

Por fim, o artigo 229 estabelece o dever dos filhos maiores em auxiliar e amparar os pais na velhice, pobreza ou doença. Já o artigo 230 elastece o dever para além da família, responsabilizando a sociedade e o Estado em assegurar a participação do idoso na comunidade e protegendo seu direito à vida, sua dignidade e bem-estar.

O §1º deste artigo supracitado prevê que os programas a serem realizados deverão ser executados preferencialmente em suas residências, uma vez que se presume a dificuldade enfrentada pelo idoso em relação ao seu deslocamento para tanto, sendo que o §2º assegura a

gratuidade dos transportes coletivos urbanos aos maiores de 65 anos, o que veio a ser tratado posteriormente pela Lei nº 10.741/2003 e regulado pelo Decreto nº 5.130/2004.

Ao idoso, portanto, a Constituição Federal de 1988 criou normas protetivas, de modo a possibilitar que todo o ordenamento jurídico esteja adstrito à preocupação com o amparo à velhice e à proteção à dignidade da pessoa idosa.

Os direitos dessa parcela da população estão intimamente ligados a uma prestação positiva pelo Estado, uma vez que muitos se apresentam como normas constitucionais programáticas de eficácia limitada, ou seja, além de estabelecerem programas e finalidades a serem implementadas pelo Estado, dependem diretamente de sua atuação, tanto material (recursos e políticas públicas efetivas) como formal (criação de leis), para que atinjam a eficácia esperada.

Desta feita, em relação aos direitos inerentes à terceira idade, o Legislativo iniciou um processo de normatização infraconstitucional sobre o tema, de modo a viabilizar o amparo à velhice estabelecido constitucionalmente, instituindo e indicando os deveres do Estado, da sociedade e da família nesse contexto.

Assim, em razão de várias reivindicações sociais em prol do idoso, o surgimento de documentos importantes, como as Políticas para a Terceira Idade nos anos 90 produzidas pela Associação Nacional de Gerontologia – ANG, que estabeleciam recomendações para o trato com os mais idosos²⁷, e a ausência de regulamentação própria, foi aprovada em 1994 a Política Nacional do Idoso.

Até a promulgação da Lei nº 8.842/94, que instituiu a Política Nacional do Idoso, o Brasil não contava com qualquer proteção legislativa infraconstitucional nesse sentido; o que existia era apenas um conjunto de iniciativas privadas muito desarticuladas e alguns programas públicos assistenciais destinados a idosos carentes.

A Política Nacional do Idoso surgiu com a finalidade precípua de estabelecer diretrizes de ação do Poder Público na concretização dos direitos fundamentais da terceira idade, os quais eram vistos até então como normas com baixa densidade eficaz pela ausência de norma regulamentadora.

²⁷ OLIVEIRA, Rita de Cássia da Silva. O Processo Histórico do Estatuto do Idoso e a Inserção Pedagógica na Universidade Aberta in Revista HISTEDBR On-line, Campinas, n. 28, p. 278-286, dez. 2007.

O objetivo foi traçar uma ação integrada entre Estado, sociedade e família para a criação das condições necessárias para a promoção da autonomia, integração e participação efetiva do idoso na sociedade (artigo 1º da Lei).

Com efeito, a Política Nacional do Idoso basilar-se na corresponsabilidade de todo corpo social e político para consecução dos direitos fundamentais da terceira idade, bem como no respeito à múltipla dimensão do envelhecimento e no repúdio à discriminação de qualquer natureza.

Ademais, estabelece-se que o idoso deve ser o principal agente e o destinatário das transformações a serem efetivadas através dessa política. Assim, para sua concreta aplicação, perfazem-se necessárias formulações de políticas públicas relacionadas a benefícios, serviços, programas e projetos que visem a melhoria das condições de vida e de cidadania da população idosa, e inclusive políticas que propiciem a participação e inclusão do idoso no processo de formulação, realização e efetivação destas.

Insta ressaltar que a concretização dos direitos fundamentais por meio de políticas públicas deve contar com a participação ativa dos estados e municípios na elaboração de projetos, definição de prioridades e levantamento de estratégias que respondam de uma maneira mais próxima e imediata às necessidades dos idosos no âmbito local, uma vez que incumbe a estes agentes a maior parcela de responsabilidade para que a concretude dos direitos fundamentais dos idosos se efetive, pois se encontram diretamente relacionados com a realidade em que a terceira idade está inserida.

Na sequência, em 1996, o Decreto nº 1.948 trouxe disposições regulamentadoras à Lei nº 8.842/94 e estabeleceu as competências dos órgãos e entidades públicas nessa seara.

Ocorre que, mesmo com a Política Nacional do Idoso, o ordenamento ainda precisava de ferramentas para maior sustentação e proteção aos direitos fundamentais do idoso, principalmente, no que se referia à conscientização da sociedade, do Estado e da própria família em relação à importância e ao respeito esperados quanto a esses direitos.

Nesse passo, é aprovada a criação do Conselho Nacional dos Direitos do Idoso por meio do Decreto nº 4.227/2002 que foi revogado posteriormente pelo Decreto nº 5.109/2004, o qual reestruturou o Conselho Nacional em consonância com o Estatuto do Idoso promulgado em 2003, delimitando suas competências, composição e funcionamento.

Posteriormente, com vistas à maior conscientização de todo o corpo social sobre sua função como corresponsável pela consecução dos direitos fundamentais da terceira idade, vem a lume o Estatuto do Idoso, materializado pela Lei nº 10.741/2003.

A exposição de motivos do Projeto de Lei do Estatuto sintetiza a preocupação existente com o respeito à cidadania do idoso e a necessidade de que a sociedade em geral reprima rótulos discriminatórios em relação ao idoso como um ser fraco e obsoleto, aceitando-o como uma pessoa digna e detentora de qualidades inestimáveis, tendo em vista os inesgotáveis conhecimentos adquiridos ao longo da vida.

Inspirado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990), o Estatuto do Idoso estruturou-se de forma similar, a fim de consolidar a Lei da Política Nacional e os decretos já existentes sobre o tema, os quais encontravam-se dispersos e, muitas vezes, ignorados pela população, sendo que não atingiam sua plena finalidade, pois encontravam-se esquecidos até mesmo pelos próprios destinatários de tais normas.

Buscou-se trazer os direitos dos idosos à consciência não apenas dos órgãos públicos e da sociedade em geral, mas também do próprio idoso, que desconhecia os direitos a ele assegurados tanto constitucional, como infraconstitucionalmente.

A significativa satisfação em relação à atuação dos Conselhos Tutelares criados pelo ECA, fez com que esse modelo fosse abrangido pelo Estatuto do Idoso, o qual estabeleceu e consolidou a criação dos Conselhos do Idoso em todas as esferas de governo, o que já vinha previsto pela Política Nacional do Idoso.

Uma das preocupações da Lei nº 10.741/03 foi a de adequar o ambiente familiar e os estabelecimentos públicos às características físicas, intelectuais e psíquicas inerentes à população idosa do país. Ademais, o advento do Estatuto do Idoso destacou a necessidade de se preparar as novas gerações para acolher e amparar a velhice, estando conscientes dos princípios básicos de convivência familiar e de respeito ao próximo, propiciando uma relação de respeito mútuo entre as relações existentes com a criança, o adulto e o idoso.

A sociedade é a grande responsável pelo lugar que o idoso ocupa atualmente no cenário social, tendo em vista que a imagem que ela faz do indivíduo é fator preponderante para o tratamento que lhe é destinado. Assim, se a velhice é vista como uma fase em que a pessoa pode

contribuir para o crescimento dos demais, considerando suas vivências e experiência, o idoso terá um lugar de respeito no meio social, entretanto, se o envelhecimento é encarado como uma etapa penosa da vida, em que o indivíduo torna-se senil e incapacitado, inevitavelmente, a pessoa de idade será malvista e maltratada socialmente. Nesse sentido, Beauvour²⁸ estabelece que a involução senil de um homem produz-se sempre no seio de uma sociedade e do lugar que nela ocupa o indivíduo em questão.

Faz-se necessário o resgate dos valores sociais e do respeito ao idoso, tendo em vista que, além de se tratar de uma pessoa que detém dignidade, é um indivíduo que completa e sedimenta toda a estrutura social. Debert²⁹ traça um paralelo entre o respeito que os mais antigos gozavam em períodos passados da História e a situação em que se encontram atualmente, concluindo que na sociedade moderna, o preconceito marca a velhice, situação em que os idosos se transformam em um peso para a família e para o Estado, o que se contrapõe com uma Idade de Ouro em que eles, dada sua sabedoria e experiência, eram membros respeitados na família e na comunidade.

O Estatuto do Idoso, além de reconhecer a importância da conscientização da sociedade sobre essa temática, estabelece os deveres desta para com o idoso, com base no artigo 230 da Constituição Federal. O artigo 3º da Lei nº 10.741/03 determina que é obrigação tanto da sociedade, quanto da família, da comunidade e do Poder Público assegurar a efetivação de seus direitos individuais e sociais.

Nesse contexto, a família assume papel essencial na vida do idoso e na concretização desses direitos. Esta instituição é a célula da sociedade, é o meio em que o idoso se coloca à vontade e se desarma de todos seus receios, pois, presume-se, que ali está recoberto de segurança e zelo. A entidade familiar deve ser o primeiro lugar em que os direitos dos idosos devem ser respeitados, pois é ela que estabelece o vínculo direto com o idoso, estando presente no seu dia-a-dia e presenciando as situações em que ele está inserido. Se o respeito for construído dentro de suas famílias, já se terá dado o primeiro passo à conscientização de toda a sociedade, de modo a possibilitar que o idoso goze dos reflexos dessa atitude nos demais segmentos com os quais se relacionar.

Ademais, dispõe a Lei nº 10.741/03 que o envelhecimento é um direito personalíssimo e sua proteção um direito social sob responsabilidade de todos. Cumpre mencionar ainda que o Estatuto reservou um título específico (título II) para a proteção aos direitos fundamentais do idoso, a fim de que sejam conhecidos e respeitados.

²⁸ BEAUVOIR, op. cit.

²⁹ DEBERT, Guita Grin. *A Reinvenção da Velhice: Socialização e Processos de Reprivatização do Envelhecimento*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1999, p. 17.

Não obstante a produção legislativa pertinente ao tema tenha evoluído significativamente, alcançando a promulgação de um Estatuto próprio para a população idosa, ressalta-se que a plena eficácia social dos direitos fundamentais depende ainda e muito da conscientização dos vários segmentos da sociedade e da própria família, conjuntamente com uma atuação efetiva do Estado por meio da implementação das políticas públicas nesse setor, conforme já tratado oportunamente.

5. Considerações Finais

A proteção aos direitos fundamentais dos idosos parte da premissa de que esses direitos não pertencem a fases específicas do homem, mas a toda sua existência, pelo simples fato de sua condição humana.

Com efeito, o valor maior a ser defendido é a dignidade do idoso, sendo que as demais gamas de direitos transparecem as suas próprias dimensões, ou seja, ao garantir uma vida digna, fica implícita a necessidade de se assegurar também as condições para sua concretização.

Assim, faz-se necessária a conscientização da própria coletividade sobre sua legitimidade nesse processo de concretização, bem como sobre a certeza e a segurança inabalável desses direitos, aliadas a uma atuação do Estado na consecução de atividades prestacionais de caráter material, bem como a uma atividade legislativa integradora das normas constitucionais de eficácia limitada.

Cumprido ressaltar que a concretização dos direitos fundamentais para a sociedade e especialmente para os idosos, acontece a partir da implementação de políticas públicas e do exercício do poder legiferante pelo Estado.

Ademais, a proteção ao direito do idoso busca alcançar a igualdade material, posto que a isonomia, nesse sentido, é compreendida como uma igualdade que pressupõe distinções com fins compensatórios, tendo em vista que o idoso apresenta características e limitações próprias, as quais justificam seu tratamento diferenciado.

Insta salientar que é dever do Estado, sociedade e família amparar o idoso, devendo agir de forma eficaz e empreendendo esforços em regime de cooperação eficiente para assegurar-lhe a participação na comunidade, defendendo sua dignidade e garantindo-lhe o direito à vida.

Nesse sentido, o Legislativo iniciou um processo de normatização infraconstitucional sobre o tema, de modo a viabilizar o amparo à velhice e garantir maior concretude aos direitos fundamentais dos idosos,

A Política Nacional do Idoso (Lei nº 8.842/1994) trouxe como finalidade precípua diretrizes de ação para o Poder Público nessa seara e a cobrança de uma ação integrada entre Estado, sociedade e família para a criação de condições para a promoção da autonomia, integração e participação efetiva na sociedade.

O Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003) buscou trazer os direitos dos idosos à consciência e conhecimento não apenas de todo corpo social e político, mas também ao próprio destinatário de tais direitos.

Desta feita, além da corresponsabilidade de todo corpo social e político, faz-se necessário determinar o idoso como o principal agente e o destinatário das transformações a serem efetivadas por meio da implementação de políticas públicas. Devem ser realizadas políticas que garantam benefícios, serviços e programas que visem a melhoria das condições de vida e a efetividade de seus direitos fundamentais, bem como políticas capazes de promoverem a participação e a inclusão do idoso no processo de formulação e efetivação desse mecanismo.

De fato, a concretização dos direitos fundamentais por meio de políticas públicas deve contar com a participação ativa dos estados e municípios, uma vez que se encontram mais próximos às necessidades dos idosos no âmbito local.

A legislação infraconstitucional sobre o tema apresenta ainda como objetivo propiciar o respeito à múltipla dimensão do envelhecimento e o repúdio à discriminação de qualquer natureza.

Nesse passo, a família precisa ser o primeiro lugar em que os direitos da terceira idade devem ser respeitados e assegurados, pois é ela que estabelece o vínculo direto com o idoso. Se o respeito for construído dentro da entidade familiar, já se terá dado um grande passo em prol da conscientização da sociedade, de modo a possibilitar que o idoso goze dos reflexos dessa atitude nos demais segmentos com os quais se relacionar.

Não obstante a produção legislativa pertinente ao tema tenha evoluído significativamente, alcançando a promulgação de um Estatuto próprio para a população idosa, ressalta-se que a plena eficácia social dos direitos fundamentais depende ainda e muito da conscientização dos vários segmentos da sociedade e da própria família.

Logo, a efetividade dos direitos fundamentais do idoso necessita ainda de uma atuação efetiva do Poder Público, principalmente estados e municípios, por meio da implementação das políticas públicas nesse setor.

6. Referências Bibliográficas

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal. *Curso de Direito Constitucional*. 12.ed. Saraiva: São Paulo, 2008.

BACELAR, Rute. *Envelhecimento e produtividade: Processos de Subjetivação*. Recife: Fundação Antônio dos Santos Abranches-FASA, 1999.

BEAUVOUIR, Simone de. *A velhice*. Tradução de Maria Helena Franco Monteiro. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1990.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 22.ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 7.ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

DEBERT, Guita Grin. *A Reinvenção da Velhice: Socialização e Processos de Reprivatização do Envelhecimento*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1999.

OLIVEIRA, Rita de Cássia da Silva. *O Processo Histórico do Estatuto do Idoso e a Inserção Pedagógica na Universidade Aberta* in Revista HISTEDBR On-line, Campinas, n. 28, p. 278-286, dez. 2007.

PEREIRA, Robson. *Brasil entra no clube dos 10 países com mais idosos* in O Estado de São Paulo, Vida&, 13 de abril de 2006, p. A18. On-line. Disponível em: <www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/57329>. Acesso em: 17 de maio de 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8.ed.rev.atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007.

SENA, Eduardo Cunha Alves de; CHACON, Paulo Eduardo de Figueiredo. *Tutela constitucional da terceira idade: o resgate da dignidade humana da pessoa idosa*, dez. 2005. On-line. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7970>>. Acesso em: 05 de junho de 2013.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 26.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2006.

A PROTEÇÃO À SAÚDE DO SERVIDOR PÚBLICO

Deny Hideky Arasaki

*Acadêmico de Direito na Universidade Estadual de Londrina – UEL.
Servidor Público do Município de Londrina.*

SUMÁRIO: 1 Introdução, 1.2 O Bem Jurídico Saúde. 2 A Saúde do Servidor Público, 2.1 Planos de Saúde, 2.2 Ginástica Laboral, 2.3 Medicina do Trabalho. 3 Conclusão. 4 Referências.

RESUMO: A saúde é conhecida como um dos maiores bens que o Direito deve tutelar e visto que ela é fundamental para a manutenção do bem maior do ordenamento jurídico, a vida. A Administração Pública deve zelar pela saúde do corpo de recursos humanos a fim de cumprir seus objetivos com maior eficiência. Para isso, o Estado tem adotado medidas importantes visando à prevenção de doenças e cuidado com a saúde do funcionalismo público. São exemplos destas ações a implantação da ginástica laboral, os planos de saúde dos servidores públicos e os setores de medicina do trabalho. Através de ações como estas será possível atingir uma prestação de serviços com qualidade, cumprindo o princípio do Direito Administrativo da eficiência.

PALAVRAS-CHAVE: Saúde, Estado, Servidores, Serviço Público, Eficiência.

1. Introdução

Bem, numa de suas concepções, traz à mente a idéia de oposição ao mal. Para a maioria das pessoas, é este o pensamento que este vocábulo traz. Contudo, há outras formas de descrição que podem ser consideradas. É o que se constata ao se realizar a avaliação de um trabalho bem feito ou uma avaliação mal feita. Diante deste panorama, percebe-se que, na maioria das situações, a palavra bem ganha aspectos bastante positivos, sendo, em muitas ocasiões, entendida como sinônimo de presente ou dádiva. É a percepção que se sente no recebimento de agradecimentos como: “Você não imagina o bem que você me fez!”. Em outras situações a palavra bem ganha contornos de realização de algum ato que tenha cumprido seus objetivos. O elogio recebido traz na sua demonstração traços desta qualificação da palavra bem: “Você negociou bem!”.

Diante das inúmeras reflexões a respeito do vocábulo bem, é perceptível a natureza positiva que o acompanha. Na prática, a forma com que se utiliza esta palavra remete à memória do indivíduo algo que lhe traz conforto, segurança, solidez. É neste aspecto do vocábulo bem que o direito encontrou um sentido que pudesse trazer exatidão ao objeto de tutela.

O direito ao tutelar as possibilidades do exercício legítimo de dispor sobre as coisas fornece ao tutelado proteção a um bem. Com isso há um ganho na concretude do objeto a ser protegido. Há contornos bem definidos que outras palavras não poderiam conferir. A palavra valor não poderia ser empregada em virtude justamente da imprecisão e do abstracionismo que ela apresenta. Para sua interpretação será necessário apelar para aspectos da subjetividade. Adentrando no campo da subjetividade, as experiências e características pessoais influenciam de forma bastante acentuada na definição do que se deve tutelar. Por isso, nenhuma forma de denominação do que o vocábulo bem pode garantir um entendimento perfeito do que o direito deve tutelar.

No entanto, o direito não pode tutelar todo e qualquer bem. Isto seria impossível visto que o Estado, ente que atua para garantia dos direitos e proteção de bens, não dispõe de instrumentos e recursos necessários para conseguir alcançar todas as possibilidades. Por isso, o bem que o direito deve tutelar apresenta características que o diferenciam dos demais de forma que haja, de fato, a justificação da atuação do Estado. São os mais variados critérios que podem ser levados em consideração na definição do que se pode apresentar como bem a ser protegido pelo direito. A este tipo de bem, o direito denomina como bem jurídico.

Isto pode ser constatado em bens jurídicos como a vida, que tem uma natureza bastante ampla e que é ponto de consenso para toda a sociedade. A especificidade também pode delinear um critério que pode ensejar a proteção do Estado, como foi no caso da proteção às empresas a ponto de mobilizar o legislador para criar uma legislação especial, a lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, que trata de falência e recuperação de empresas.

Na época do movimento liberal, no século XIX, surgiu uma conceituação de bem jurídico num enfoque mais pessoal. Para que pudesse ser considerado como tal, havia a necessidade de um grau de importância na vida do indivíduo a ponto de ensejar a proteção do bem. Nesta concepção, bem jurídico ganha aspectos subjetivos na constatação de um evento lesivo. Num caso concreto, haverá a presença de valores e interesses que se materializam em bens para a incidência protetiva do Estado. A intimidade, o pensamento e a liberdade são considerados bens que o Estado deve tutelar para garantir o equilíbrio da sociedade e proteger o exercício de direitos.

Em termos de metodologia, bem jurídico apresentaria uma forma de complementar a função interpretativa da legislação. Este quadro torna-se mais nítido nas questões que envolvem o Direito Penal. Nesta área do direito, a classificação de bens jurídicos delimitam os objetos que serão de sua competência. Isto é percebido no momento em que se necessita complementar o sentido de um dispositivo penal, uma norma penal em branco. Na parte da legislação em que há a menção da palavra

entorpecente, haverá a necessidade de se buscar em portarias no Ministério da Saúde o conceito do referido termo. Até mesmo na justificação de um dispositivo a consideração de um bem jurídico será importante. É o que se visualiza na justificação do artigo 121 do Código Penal Brasileiro, em que ao se mencionar a expressão “matar alguém”, num raciocínio por contraste, chega-se a uma equiparação da ação de impedir que a pessoa viva, violando, portanto, o bem jurídico vida.

Num aspecto social, o bem jurídico demonstra uma função oposta a da concepção liberal. Dentro do rol de bens a serem tutelados pelo Estado, haverá aqueles que atingem de forma mais abrangente toda a sociedade. Nesta concepção, bem jurídico tem uma importância bastante relevante, visto que o Estado nasceu justamente para apaziguar os conflitos sociais e possibilitar uma harmonização das relações. A universalidade que o bem jurídico apresenta nesta qualificação é tão ampla que abrange o interesse de quase uma totalidade das pessoas. Em termos mais genéricos, podem ser considerados bens de caráter social aqueles protegidos na violação de direitos comuns a uma gama ampla de indivíduos na sociedade. O direito ao trabalho é um exemplo deste enfoque, visto que a grande maioria da população necessita trabalhar para se manter e gerar a sustentação de toda a estrutura social. Da mesma forma, o direito a saúde, que será abordado com profundidade, também integra essa listagem de bens sociais.

1.2 O Bem Jurídico Saúde

Integrante do rol dos bens protegidos para o exercício dos direitos sociais, a saúde torna-se muito importante na consolidação de todos os outros direitos assegurados pelo ordenamento jurídico.

No ordenamento jurídico brasileiro, a vida é considerada o mais importante bem jurídico. Se não houver vida, não há como tutelar mais nenhum outro direito fundamental, pois estaria ausente o titular que gozaria desta proteção. É por esta razão, que a vida é sustentáculo de todos os outros bens jurídicos que são protegidos pela legislação. Ligada à manutenção da vida, o direito à saúde é o instrumento mais importante para usufruir deste direito. Isto é justificado, pois, para que haja vida possível de exercer os mais variados direitos, a saúde do indivíduo necessita estar plena. Doenças, que podem ser adquiridas, formam barreiras para que a pessoa possa exercer todos os seus direitos em plenitude. O direito à saúde vem, neste contexto, retirar a pessoa do estado de doença e restabelece-la ao equilíbrio. Com esta situação equacionada, com organismo equilibrado, o indivíduo poderá exercer todos os direitos que possui e usufruir de todos os seus bens.

Pela Constituição de outros países é possível conhecer formas diferenciadas como este bem jurídico foi tratado e tutelado. O doutrinador José Afonso da Silva menciona algumas Constituições de países que apresentaram uma atenção especial ao bem jurídico saúde:

“Cremos que foi a Constituição italiana a primeira a reconhecer a saúde como fundamental direito do indivíduo e interesse da coletividade (art. 32). Depois, a Constituição portuguesa lhe deu uma formulação universal mais precisa (art. 64), melhor do que a espanhola (art. 43) e a da Guatemala (arts. 93-100). O importante é que essas quatro constituições o relacionam com a seguridade social”.¹

No Brasil, o ordenamento jurídico adota como bem jurídico maior a vida. Este posicionamento adotado gera uma série de conseqüências na atuação do Estado pela tutela dos direitos do cidadão. Dentro destes efeitos, está a proteção ao bem jurídico saúde.

Na Constituição Federal Brasileira, o dispositivo que protege a saúde encontra-se no artigo 6º:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Neste dispositivo constitucional, o direito à saúde é englobado de forma expressa dentro do rol dos direitos sociais tutelados pela Constituição Federal. Este direito ganha uma importância bastante relevante para o Estado Brasileiro a ponto de ter equiparação ao direito ao trabalho, proteção à infância e até a assistência aos desamparados. A saúde tem sua importância valorizada a ponto de ser utilizada como parâmetro para estipulação do salário-mínimo e riscos de trabalho. É o que menciona o inciso IV e XXII do artigo 7º da Constituição Federal:

IV - salário mínimo , fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;(grifo nosso)

(...)

XXII - redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança;(grifo nosso)

¹ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p.309.

A doutrina também se ocupa de ações preventivas em relação ao bem jurídico saúde, procurando escapar dos riscos que podem gerar doenças às pessoas, conforme menciona Fernando Facury Scaff:

As diretrizes do SUS, previstas constitucionalmente(...), estabelecem descentralização, com direção única em cada esfera de governo; atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais e participação da comunidade.²

Com toda a valorização que o Estado Brasileiro confere a este bem jurídico, não poderia deixar que a responsabilização de cuidado da saúde ficasse restrito a apenas um ente federativo. A Constituição ao estabelecer as competências dos entes federativos definiu que o cuidado à saúde seria de responsabilidade comum. O zelo à saúde figura dentro dos elementos citados no inciso II do artigo 23 da Constituição Federal que trata da competência comum dos entes federativos. Também o artigo 24 da Carta Magna menciona como competência concorrente entre os Estados, Distrito Federal e União a defesa da saúde, citado no inciso XII.

Outro reflexo importante é a questão das transferências obrigatórias estabelecidas por dispositivo constitucional. O artigo 198, no seu parágrafo segundo, estabelece que os entes federativos deverão aplicar anualmente valores para custear ações e serviços públicos da área de saúde no montante mínimo definido conforme o ente. Para a União, há prescrição constitucional de Lei Complementar que regulamente este percentual.

A Carta Magna Brasileira apresenta um capítulo específico no tratamento da obrigação estatal de tutela à saúde. Neste dispositivo, o Estado se compromete a garantir o direito à saúde através de ações e serviços. Com este compromisso, o Estado assume uma obrigação perante a sociedade, configurando-se numa função dever. O Estado pode até delegar a um terceiro, como acontece na administração da área de saúde por órgãos da Administração Indireta. Em Londrina, os serviços de saúde pública de competência municipal são assumidos pela Autarquia Municipal de Saúde. No entanto, o Estado não poderá deixar de cumpri-lo ou, no caso da delegação de atividade pública, de fiscalizá-lo. Assim descreve o artigo 196 da Constituição Federal Brasileira:

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.

² NUNES, Antônio José Avelãs e SCAFF, Fernando Facury. **Os Tribunais e o Direito à Saúde**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2011, p.79.

Diante de todo esse cuidado que o legislador constitucional adotou para tutelar o bem jurídico saúde, percebe-se a importância que este direito fundamental representa para o Estado. Partindo-se da idéia de direito coletivo, por isso, classificado com direito social, a abrangência que este direito atinge é muito ampla, visto que deve alcançar toda a sociedade brasileira. É ponto pacificado que há alguns segmentos da sociedade que necessitam mais do que outros da tutela estatal em relação do direito à saúde. É o que se confere com os grupos de idosos, crianças, pessoas especiais, entre outros. Esta preferência na atenção dos grupos mencionados é justificada pela situação de hipossuficiência em que se encontram. Todavia, não é somente o critério de hipossuficiência que deve ser considerado para que haja um tratamento especial para um grupo diferenciado. Isto pode ser visto no caso dos servidores públicos que desempenham uma função muito importante para toda sociedade. É pelo exercício do trabalho do servidor que muitas políticas públicas, incluindo as da área de saúde, são implementadas e se tornam serviços públicos disponíveis para a população. É a saúde do servidor público e a sua tutela pelo direito que serão conhecidos na sequência.

2. A Saúde do Servidor Público

O Estado para desempenhar suas funções e cumprir suas obrigações necessita de ferramentas que possibilitem a implementação de suas ações. Assim como qualquer organização, dentre os vários setores e partes que o compõem, o corpo de funcionários tem um fundamental papel na gestão organizacional. Os funcionários de uma empresa são os grandes responsáveis pelo andamento, manutenção e atuação deste tipo de organização no meio social. Todas as atividades que a empresa necessita realizar terão a participação de algum funcionário ou grupo de funcionários que cumpra a tarefa.

Diante de um panorama como este, no qual o funcionário se torna peça imprescindível ao funcionamento da organização, o setor que trata destes assuntos ganha um relevância maior e deve ser visto de forma bastante cuidadosa. Não é por acaso que empresas que tratam com descaso seus funcionários apresentam alta rotatividade e baixa qualidade em seu atendimento. Portanto, para que uma organização possa cumprir com suas funções e obrigações com êxito será fundamental dispor de um corpo de recursos humanos qualificado e motivado a fim de buscar eficácia no desempenho das atividades.

O Estado, assim como qualquer ente social, também apresenta uma parte organizacional que objetiva o cumprimento de suas funções. No desempenho das tarefas que implementam suas obrigações, o Estado necessita de um quadro de funcionários capazes de realizar as

atividades de sua competência. Desta forma, os funcionários públicos passam a ter uma importância de peso na tarefa de atendimento às obrigações do Estado.

Por isso, todas as condições que envolvem os funcionários públicos necessitam favorecer seu desempenho pleno e satisfatório. É imprescindível que o seu local de trabalho seja estudado, de acordo com toda normatização a respeito de posto de trabalho. Isto tudo para que o rendimento do funcionário seja satisfatório suficientemente para o cumprimento da atividade pública. E dentro desta ação de promoção da atuação do corpo administrativo está a questão da proteção à saúde do servidor público.

A saúde do servidor público é um dos aspectos mais importantes para que haja o bom desempenho no cumprimento das tarefas públicas. É de conhecimento comum que qualquer pessoa que sofra de alguma enfermidade não apresenta condições suficientes para o trabalho. As dores, a incapacidade de utilizar o intelecto, mobilidade deficiente são algumas conseqüências do estado de doença que as pessoas, em geral, apresentam. É comprovado cientificamente que qualquer ser humano que tenha os sintomas acima mencionados terá comprometimento no desenvolvimento de suas atividades.

É por esta razão que o Estado, na busca de melhorar seus serviços, procura melhorar as condições dos servidores públicos, sobretudo na questão do zelo à saúde. Para propiciar a promoção da saúde do funcionário público, várias ações são traçadas e realizadas. Os entes federativos tem a liberdade de deliberar estas ações, pois são de caráter administrativo. Com isso, haverá a possibilidade do Poder Público realizar promoções que tenham um alcance bastante grande, favorecendo a melhoria do atendimento das necessidades públicas. Dentre as medidas adotadas pela Administração Pública, podem ser enumeradas: Planos de Saúde, Ginástica Laboral e Setores de Medicina do Trabalho. Estas três medidas são as mais comuns que o setor público tem oferecido aos seus funcionários e serão analisadas pormenorizadamente.

2.1 Planos de Saúde

É curioso presenciar que, no Brasil, primeiramente procurou-se garantir a saúde do servidor público do que torna-la garantia fundamental. Buscando o aspecto histórico dos planos de saúde em geral verificou-se que a primeira mobilização social sobre o assunto remonta da década de 1930. Nesta época um grupo de trabalhadores no país teve incorporada entre os seus benefícios a assistência à saúde. É bom lembrar que nesta época as políticas de proteção trabalhista começaram a

efervescer no Brasil, inclusive com manifestações de trabalhadores reivindicando direitos. Já a saúde no seu aspecto mais amplo de acessibilidade à população somente teve reconhecimento e garantia a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988. Até esta data, a saúde pública do país somente contemplava aqueles que contribuíam para a previdência social, ou seja, abrangiam unicamente aqueles que possuíam registro em carteira de trabalho. Há algumas décadas tem se verificado o crescimento na promoção de planos de saúde complementares por várias organizações. O Estado tem incentivado as empresas na adoção deste tipo de medida através de incentivos fiscais. Também vem demonstrando os benefícios que estas ações promovem ao adotar para seus funcionários planos de saúde próprios.

A saúde faz parte de uma tríade de institutos que são objetos de proteção da Seguridade Social. São elas: Assistência, previdência e saúde. Cada instituto faz parte de um rol de ações que são adotados para garantir o bem estar da população. Com a implementação de políticas públicas que atendam a esta demanda, é possível promover a assistência aos mais necessitados ou aos que se encontram numa situação de vulnerabilidade social. Assim, também se pode prevenir o segurado social de alguma eventualidade de sua trajetória de vida que venha a lhe trazer algum prejuízo, como nos casos de acidente de trabalho, ou mesmo na questão da aposentadoria. A saúde neste aspecto é tratada como uma forma de prevenção às possibilidades de adoecimento, visto que, além de socorrer o segurado de alguma eventualidade que tenha gerado dano a saúde, garante-se a realização de exames preventivos de enfermidades graves que possam levar a óbito.

É procurando abranger todas estas situações que os entes federativos tem criado outras entidades vinculadas para o gerenciamento de ações da Seguridade Social. Portanto, é comum haver funcionários públicos que tenham a mesma entidade gerenciadora de seus fundos de aposentadoria como gestora de seu plano de saúde. Na prática, isso é visível, por exemplo, no município de Londrina. A CAASPML, Caixa de Assistência, Aposentadoria e Pensões dos Servidores Municipais de Londrina, administra tanto os fundos de previdência e pensões, como o do plano de saúde que são oferecidos aos servidores do município de Londrina.

Em geral, estas entidades públicas são pertencentes à Administração Indireta, tendo, portanto, uma autonomia maior para efetuar sua gestão. Também necessitam de uma lei que as crie para que possam cumprir oficialmente os objetivos estabelecidos no texto legal. No caso da CAASPML, a lei instituidora da entidade é a 5.268/1992, que lhe atribui natureza autárquica. No caso da União, houve a edição de uma Lei Complementar que autoriza a implantação de plano de saúde para os servidores federais, além de definir algumas situações de cobertura do plano de saúde. A gestão de todos os planos de saúde, incluindo os planos do serviço público, é supervisionada por agência

reguladora, assim como ocorre em vários setores da sociedade. No caso da saúde, a Agência Nacional de Saúde (A.N.S.) desempenha esta tarefa.

É de conhecimento comum o ditado popular: “Melhor prevenir do que remediar”. Na saúde esta ideia ganha uma efetividade mais concreta. Quem na sociedade atual não conhece alguém que tenha tido algum problema de câncer? Ou tenha, em sua família, parentes com hipertensão arterial ou diabetes? As ações que promovam a saúde são de fundamental importância quando o assunto é prevenção.

A medicina já demonstrou que alguns tipos de exames podem ser marcos regulatórios entre a vida e a morte de pacientes. Em doenças agressivas, como o câncer, o diagnóstico precoce faz uma diferença muito significativa no tratamento e recuperação do doente. As chances de cura para quem recebe um diagnóstico precoce da doença e inicia o tratamento imediatamente são muito grandes. Contudo, dependendo do estágio da doença, caso se tenha uma evolução muito grande em virtude da demora na detecção do câncer as perspectivas se invertem. Neste momento, a promoção do plano de saúde de estimular a realização de exames preventivos assume uma relevância de grande vulto, visto que pode salvar muitas vidas. E logo, o ente federativo que se preocupa com a prevenção de doenças do seu corpo de funcionários cuidará deste seu importante patrimônio, implementando todas as ações preventivas pertinentes e necessárias.

A prevenção gerará uma diminuição de doenças entre os funcionários. Isto ensejará não somente uma melhora na qualidade de vida do funcionalismo público. Isto fará com que as ausências ao trabalho sofram uma redução drástica, beneficiando a prestação do serviço público. Sabe-se que a ausência de funcionário na máquina pública onera pesadamente o Estado. E não somente isso, muitas vezes, não é possível substituir este funcionário dada a especialização técnica de seu trabalho. Com isso, a sociedade arcará com este ônus que poderia ser evitado através de uma política de proteção à saúde do funcionalismo público.

A doutrina apresenta de forma destacada este caráter da tutela à saúde, colocando a prevenção como um dos principais objetivos na busca da implementação do direito fundamental à saúde. É o que se verifica com as manobras de redução de risco de vida, defendidas por António José Avelãs Nunes:

(...) um direito que o Estado deve garantir através de políticas públicas sociais e económicas, e não apenas através do tratamento de doenças e da

entrega de medicamentos, mas antes, prioritariamente, através de medidas que visam à redução do risco de doenças.³

O bem estar do funcionário também gerará como consequência um atendimento melhor à população. É comprovado que desempenhar funções com dor reduz o rendimento do trabalho a níveis comprometedores. É neste ponto que a promoção da saúde atua, fazendo com que haja diminuição dos fatores que impedem o bom andamento do serviço público inerente à saúde do servidor. Fazer exames com regularidade, zelar pela saúde física e psíquica são procedimentos que favorecem o bem estar de quem os realiza.

Portanto, os serviços dos planos de saúde são de fundamental importância para o servidor público, assim como a garantia do Estado de um serviço público de qualidade e uma gestão eficaz dos seus recursos.

2.2 Ginástica Laboral

É ponto pacificado que o desempenho reiterado de tarefas sem a devida preparação pode resultar em danos à saúde do indivíduo, sendo, em muitos casos, irreversíveis. O corpo humano é considerado uma máquina bastante complexa e eficiente, contudo mesmo com todos estes predicados há limitações. Por isso, a ciência desenvolveu uma série de recursos que podem minimizar os efeitos que uma atividade repetitiva e estafante pode gerar. Retirar o indivíduo do trabalho nem sempre é a melhor opção, visto a gama gigantesca de artifícios que a ciência apresenta como alternativa de solução. No entanto, o fato de se utilizar recursos minimizadores de danos e que poupam a saúde da pessoa já denota o caráter preventivo que estas medidas repercutem.

Uma destas medidas e que tem apresentado resultados bastante satisfatórios é a prática da ginástica laboral. Seus benefícios são inúmeros tendo reflexos inclusive em áreas que não são fisiológicas como a área comportamental. Além disso, há um favorecimento na interação dos membros do grupo social que participa desta prática. Esta interação, muitas vezes, reflete objetivos que a própria organização procura para facilitar o trabalho em equipe, pois durante a prática todos estão em sintonia para a realização da atividade.

³ NUNES, Antônio José Avelãs e SCAFF, Fernando Facury. Os Tribunais e o Direito à Saúde. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2011, p.35.

Primeiramente, é necessário verificar quais são os problemas mais comuns que afligem os trabalhadores. Com isso, haverá personalização das manobras da ginástica laboral visando atender melhor o funcionalismo público quanto à diminuição do impacto dos problemas identificados.

O estresse é um fator que tem gerado muitas enfermidades psíquicas nos funcionários públicos. Muitas situações do trabalho podem afetar, de forma marcante, a vida do servidor a ponto de levá-lo a uma sobrecarga de estresse. Este quadro é caracterizado por atingir o sistema parassimpático do organismo humano, relacionado às atividades automáticas do organismo humano. Além disso, há uma alteração na produção hormonal, fazendo com que se produza uma quantidade anormal de adrenalina e norepinefrina. Estes neurotransmissores geram aceleração dos batimentos cardíacos e sensação de pânico, causando muito desconforto. O indivíduo também terá uma baixa produção de serotonina que é um hormônio ligado ao prazer.

Dores musculares são queixas muito constantes dos trabalhadores, principalmente aqueles que necessitam de um trabalho físico mais vigoroso. As dores nas costas são mais comuns em virtude de posicionamento inadequado do trabalhador ou mesmo pelo desgaste de um longo período realizando determinada atividade. Todo este quadro ocasiona um servidor com desempenho comprometido para o trabalho. Qualquer indivíduo com dores musculares sofrerá uma redução bastante significativa na sua produção. Isto além de atingir a fisiologia da pessoa, também pode gerar um quadro de estresse, atingindo níveis como já mencionado anteriormente.

Muitas vezes, em consequência de dores musculares que não são tratadas, há a incidência de D.O.R.T., Distúrbio Osteomuscular Relacionado ao Trabalho. Anteriormente, a nomenclatura utilizada para este tipo de doença era L.E.R., Lesão por Esforço Repetitivo, mas a partir de 05/08/1998, através da Ordem de Serviço 606 do antigo Ministério da Previdência e Assistência Social, houve a alteração. Este tipo de enfermidade apresenta como principal causa a sobrecarga sobre um determinado grupo muscular, gerando uma série de afecções no local. No Brasil, tem sido muito comum profissões como a de digitadores e caixas de agências bancárias apresentarem de forma muito frequente servidores com este tipo de problema.

Mesmo diante de um quadro que tende a se complicar mais, devido ao aumento do nível de exigência dos serviços prestados e a própria condição da modernidade na aceleração dos processos, a ginástica laboral entra neste contexto com a tarefa de, ao menos, minimizar os impactos.

A ginástica laboral foi desenvolvida para ser realizada no ambiente de trabalho a fim de facilitar a execução dos exercícios. Neste trabalho serão realizadas manobras específicas, de curta duração, de forma terapêutica e preventiva. O objetivo não é apenas condicionar o corpo para o trabalho, mas de promover a cordialidade entre as pessoas, reduzir os acidentes de trabalho e corrigir vícios de postura, entre outros.

Existem modalidades de ginástica laboral que são aplicadas em diversas organizações da sociedade. Há a ginástica laboral compensatória ou de pausa, além da ginástica laboral preparatória.

Na ginástica laboral compensatória, os exercícios físicos são realizados no meio da jornada de trabalho do servidor. São de natureza mais terapêutica, visando ao relaxamento da musculatura e a quebra da rotina de trabalho. Nesta modalidade, há a intervenção de um profissional da área na orientação de todos os procedimentos dos exercícios. Este é o tipo mais comum realizado nos órgãos da Administração Pública.

Já na ginástica laboral preparatória, os procedimentos são realizados antes do início da jornada de trabalho, sendo, portanto, de natureza preventiva. Os próprios funcionários realizam as manobras, sem a interferência do profissional da área. Esta modalidade é bastante frequente em países como Japão.

O município de Londrina, no ano de 2013, iniciou um trabalho com ginástica laboral compensatória, sendo exemplo de preocupação com a saúde do seu servidor. Este trabalho é desenvolvido pela Secretaria Municipal de Gestão Pública e certamente terá muitos frutos a serem colhidos futuramente.

2.3 Medicina do Trabalho

Setores como a Secretaria Municipal de Gestão Pública do município de Londrina não promovem apenas trabalhos como a ginástica laboral. Há equipes presentes nestes órgãos públicos com a tarefa de promover a saúde do servidor através de várias ações. Estas ações compõem uma política que vem favorecer o bem estar e a saúde do servidor.

A preocupação com a saúde do trabalhador no desempenho de suas funções está presente na legislação do país. Na Constituição Federal é possível perceber no dispositivo que trata do direito do trabalho a atenção que deve ser dada à saúde do trabalhador:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

(...)

XXII - redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança;

Além disso, a própria Consolidação das Leis do Trabalho, como forma de proteger também o funcionário público, dispõe que este cuidado deve se estender também aos servidores públicos em algumas esferas da Administração Pública, conforme o artigo 154:

Art. 154 - A observância, em todos os locais de trabalho, do disposto neste Capítulo, não desobriga as empresas do cumprimento de outras disposições que, com relação à matéria, sejam incluídas em códigos de obras ou regulamentos sanitários dos Estados ou Municípios em que se situem os respectivos estabelecimentos, bem como daquelas oriundas de convenções coletivas de trabalho.

Setores envolvidos pela Medicina do Trabalho tem a árdua missão de inculcar na vida do servidor a cultura de prevenção, com o intuito de promover o controle dos riscos à saúde que o local de trabalho e suas funções podem gerar. É por esta razão que muitas ações são promovidas no sentido de melhorar o bem estar do funcionário público. São ações que envolvem as mais variadas dimensões da vida do trabalhador público, alcançando aspectos morais, físicos e até sociais.

As ações que setores administrativos podem desenvolver englobam a identificação de algum perigo que venha a colocar em risco a vida ou prejudicar o desempenho do trabalho. Estes podem ser enumerados em três ações:

- a) Inspeções internas
- b) Análise de acidentes
- c) Estatísticas

As inspeções internas são instrumentos de natureza preventiva, pois envolvem manobras realizadas antes da ocorrência de algum evento danoso ao servidor. Trata-se de análise criteriosa das condições de trabalho e a potencial possibilidade de risco a que o trabalhador esteja sujeito.

Já os acidentes de trabalho assumem uma natureza de experimentação. Neste caso, o evento danoso aconteceu e com isso, a organização procura, através de análise e estudo, entender o acontecimento e trabalhar para evitar a reincidência. Por isso, o caráter desta ação é de remediação.

As estatísticas fornecem dados que devem ser trabalhados de forma a evitar os eventos danosos num aspecto mais amplo. A atuação da Medicina do Trabalho é mais ampla, ou dirigido a um setor, mas sempre sem haver individualização de um caso concreto. Esta ação revela um aspecto mais coletivo, buscando também tomar decisões que beneficiem uma gama maior de funcionários públicos.

Não são apenas estas três ações que são suficientes para que o servidor possa gozar de uma proteção à saúde. Outras providências podem ser tomadas para que haja uma maior cobertura na busca da permanência do estado de saúde do servidor.

Há alguns casos, como de uma instituição pública de Porto Alegre que apresentou algumas ações visando à saúde de seus servidores. Nesta instituição, houve a implantação de uma comissão de saúde do servidor, assim como a criação de um formulário para registros de acidentes e incidentes de trabalho. Estas medidas foram, em grande parte, colaboração dos próprios funcionários que participaram da tomada de decisão através de sugestões ao setor administrativo.

Todas as ações de promoção da saúde do servidor fazem parte de atos que a Administração Pública pode adotar com certa discricionariedade, visto que são medidas que visam ao bom funcionamento da máquina pública. Ninguém melhor que o próprio Estado para demonstrar à sociedade o exemplo de uma organização que se preocupa com o bem estar de seus funcionários.

3. Conclusão

Diante do panorama a respeito da tutela da saúde do servidor público, é possível averiguar avanços bastante promissores. É de fácil constatação pela presença de várias ações que o Estado tem promovido, partindo desde a implantação de planos de saúde para funcionários até a

prática de ginástica laboral nos postos de trabalho, sem esquecer dos setores específicos da saúde do servidor.

Estas práticas realizadas pela Administração Pública tem refletido a implementação da proteção à saúde consolidada na Constituição Federal. Hoje, sabe-se que as ações de tutela à saúde não englobam apenas a ausência de doença, mas assumem uma conceituação mais ampla e abrangente. A própria doutrina jurídica considera esta amplitude do conceito de saúde, como se pode conferir na obra de Mônica de Almeida Magalhães Serrano:

Desta feita, o conceito primário de saúde com conotação de simples ausência de doenças passa a ser superado, tendo ganhado novos horizontes, tudo a garantir progressivamente melhor qualidade e dignidade à vida humana.⁴

Por isso, as ações que sustentam o princípio de prevenção de doenças ganham cada vez mais vulto quando o assunto é proteção à saúde. Em setores públicos é possível constatar estas medidas na realização de práticas de ginástica laboral, palestras sobre alcoolismo ou mesmo programas de exames gratuitos, visando a um diagnóstico precoce e maiores possibilidades de cura.

Atualmente, a Administração Pública tem buscado melhorar a qualidade da prestação dos serviços públicos. Com isso, constata-se um maior interesse em cuidar da saúde do servidor público, executor desses serviços. As práticas mencionadas são realidade em vários órgãos públicos e que por consequência colhem os seus benefícios.

A gestão que se preocupa com a saúde do servidor melhora muito a prestação dos seus serviços, além de apresentar um melhor funcionamento de toda a máquina administrativa. Estas medidas fazem com que se cumpra um dos mais novos princípios da Administração Pública, conhecido como princípio da eficiência.

É preciso que com a evolução dos tempos os órgãos públicos possam cumprir suas metas de forma eficiente, contando para isso com recursos humanos saudáveis e estimulados no desempenho de suas funções.

⁴ SERRANO, Mônica de Almeida Magalhães. **O Sistema Único de Saúde e suas Diretrizes Constitucionais**. São Paulo: Editora Verbatim, 2009, p.64.

Apenas, para isso, o Estado precisa cada vez mais implementar as políticas de pessoal que visem à saúde e sanidade do servidor público, num avanço que não pode admitir retrocesso.

Para uma empresa, muitos teóricos consideram como seu maior patrimônio seus recursos humanos. O ambiente privado já conhece todas as dificuldades em contratar pessoas capacitadas, gabaritadas e estimuladas para trabalhar nas organizações. Na iniciativa pública, este tipo de pensamento deve ser estimulado, pois se seus objetivos são de grande relevância social, nada mais lógico que as pessoas prestadoras destes serviços possuam uma qualificação melhor e tenham a valorização devida, sendo considerados como patrimônio maior. Sendo um patrimônio maior, a sanidade dos servidores públicos ganha importância.

A saúde, como um dos mais importantes direitos fundamentais, é um mecanismo de grande importância para que o funcionário público possa ser valorizado e possa contribuir para a eficiência do serviço público. Por isso, sempre haverá a necessidade de o Estado procurar implementar estas ações para que os seus objetivos possam ser cumpridos, com serviços públicos gerenciados com qualidade, concretizando o princípio da eficiência na Administração Pública.

4. Referências

AMAZARRAY, Mayte Maya. **Trabalho e Adoecimento no Serviço Público: LER/DORT e Articulações com o Modo de Gestão Tecnoburocrático**. 2003. 120f. (Mestrado em Psicologia Social e Institucional) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre. 2003.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Malheiros, 2008.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado; 1988.

BRASIL. Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. **Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho**. Diário Oficial da União. 09 ago 1943.

BRASIL. Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. **Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária**. Diário Oficial da União – Edição Extra. 09 fev 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Atlas, 2010.

Disponível em http://octalberto.no.sapo.pt/teoria_do_bem_juridico.htm <acesso em 05/11/2013>

Disponível em <http://revistavivasauade.uol.com.br/saude-nutricao/noticias/ler-e-dort-qual-a-diferenca-151284-1.asp/> <acesso em 18/11/2013>

Disponível em http://www.ans.gov.br/portal/upload/biblioteca/tt_as_02_dczeresnia_acoespromocaosaude.pdf em
<acesso em 17/11/2013>

Disponível em <http://www.apmpa.com.br/apmpa/art.asp?id=43> <acesso em 25/11/2013>

Disponível em <http://www.caapsml.com.br/site/administracao/indexframe.html?id=52> <acesso em
17/11/2013>

Disponível em <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2089/Bens-juridicos> <acesso em
05/11/2013>

Disponível em <http://www.geocities.ws/occfi/SaudedoServidor.pdf#page=24> <acesso em 13/11/2013>

MARTINS, C. de O. **Os Efeitos da Ginástica Laboral em Servidores da Reitoria da UFSC**. 2000. 109 f. (Especialização em Engenharia de Produção) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis. 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

MILITÃO, A. G. **A Influência da Ginástica Laboral para a Saúde dos Trabalhadores e sua Relação com os Profissionais que a Orientam**. 2001. 73 f. (Mestrado em Engenharia de Produção) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis. 2001.

NUNES, Antônio José Avelãs e SCAFF, Fernando Facury. **Os Tribunais e o Direito à Saúde**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2011.

SERRANO, Mônica de Almeida Magalhães. **O Sistema Único de Saúde e suas Diretrizes Constitucionais**. São Paulo: Editora Verbatim, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

AUTONOMIA DAS PROCURADORIAS MUNICIPAIS: UMA CONQUISTA DA SOCIEDADE

José Roberto Reale

Procurador do Município de Londrina, lotado na Gerência de Execução Fiscal – GEF. Especialista em Metodologia de Ensino Superior pela Universidade Norte do Paraná – UNOPAR. Pós Graduado em Direito Civil e Processo Civil Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Londrina - UEL

Sumário: 1. Introdução. 2. Da correção de uma injustiça histórica: a inclusão das Procuradorias dos Municípios na Constituição Federal. 3 Conclusão. 4. Referências Bibliográficas.

Resumo: Este artigo visa demonstrar a importância da inclusão do Procurador do Município, incluindo-o no artigo 132 da Constituição Federal, garantindo a autonomia funcional, administrativa e financeira das procuradorias dos municípios.

Palavras-chave: Advocacia pública municipal. Constituição. Procuradoria. Direito constitucional. Autonomia administrativa.

1. Introdução

O presente artigo científico, visa demonstrar a necessidade de inclusão dos procuradores municipais, em respeito ao ordenamento contido na Magna Carta, em seu artigo 132, que já contempla os procuradores da união, estados e o distrito federal, pondo fim a uma injustiça histórica e fortalecendo os mecanismos de combate a corrupção, em razão da obrigatoriedade da criação de procuradorias com pelo menos um procurador concursado no âmbito de cada um dos mais de 5.000 municípios brasileiros.

Recentemente foi aprovada na Câmara Federal, na Comissão de Justiça, o relatório para aprovação pelo plenário da PEC 87/2007.

E o que isso vai mudar para as administrações públicas, após a aprovação definitiva pelo Congresso Nacional.

Muita coisa e no caso dos Municípios, as PROCURADORIAS GERAIS, passarão a ter asseguradas pela CONSTITUIÇÃO FEDERAL, a autonomia financeira, funcional e administrativa, não sendo vinculada, por exemplo ao Gabinete do Prefeito como hoje ocorre.

Trata-se de um importante pedido elaborado pelo Deputado Flávio Dino, experiente jurista, juiz de Direito aposentado, igualando as Carreiras de Estado, PEC 82/2007, de autoria do ex-deputado Flávio Dino, atribui autonomia funcional e prerrogativas aos membros da Defensoria Pública, Advocacia da União, Procuradoria da Fazenda Nacional, Procuradoria-Geral Federal e às Procuradorias dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

2. Da correção de uma injustiça histórica: a inclusão das Procuradorias dos Municípios na Constituição Federal

O Poder judiciário e o Ministério Público, já são contemplados desde 1988, ao passo que a Defensoria Pública, teve essa garantia com a Emenda 45/2004, ao passo que a ADVOCACIA PÚBLICA, também essencial ao funcionamento da máquina pública, foi deixada de lado quando da promulgação da Constituição Federal em 1988.

A referida Emenda Constitucional corrigirá um erro histórico ao deixar de lado as PROCURADORIAS DOS MUNICÍPIOS, fora do albergue constitucional, conferindo-lhes as autonomias funcional, administrativa e financeira, bem como o poder de iniciativa de suas políticas remuneratórias e das propostas orçamentárias anuais, dentro dos limites estabelecidos na Lei de Diretrizes Orçamentárias.

Segue abaixo o texto que está sendo apreciado na Câmara Federal:

Art. 132-A. O controle interno da licitude dos atos da administração pública, sem prejuízo da atuação dos demais órgãos competentes, será exercido, na administração direta, pela Advocacia-Geral da União, na administração indireta, pela Procuradoria-Geral Federal e procuradorias das autarquias, e pelas Procuradorias dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, as quais são asseguradas autonomias funcional, administrativa e financeira, bem como o poder de iniciativa de suas políticas remuneratórias e das propostas orçamentárias anuais, dentro dos limites estabelecidos na Lei de Diretrizes Orçamentárias.”

Continuam as importantes alterações no texto constitucional:

Art. 135 -A. Aos integrantes das carreiras da Defensoria Pública, bem como da Advocacia da União, da Procuradoria da Fazenda Nacional, da Procuradoria-Geral Federal, dos procuradores autárquicos e das procuradorias dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios serão garantidas:

- a) inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, mediante decisão do órgão colegiado competente, pelo voto da maioria absoluta de seus membros, assegurada ampla defesa;
- b) irredutibilidade de subsídio, fixado na forma do art. 39, § 4º, e ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 150, II, 153, III, 153, § 2º, I;
- c) independência funcional.” (NR)

Art. 2.º O art. 168 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 168. Os recursos correspondentes às dotações orçamentárias, compreendidos os créditos suplementares e especiais, destinados aos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário, do Ministério Público, da advocacia-Geral da União, das Procuradorias Gerais dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como da Defensoria Pública, serão entregues até o dia 20 de cada mês, em duodécimos, na forma da lei complementar a que se refere o art. 165, § 9º da Constituição Federal.”

A PEC 17/2012, hoje em tramitação no SENADO, tendo sido aprovada na CÂMARA FEDERAL (PEC 153/2003) Altera a redação do art. 132 da Constituição Federal para estender aos Municípios a obrigatoriedade de organizar carreira de procurador (para fins de representação judicial e assessoria jurídica), com ingresso por concurso público com a participação da OAB em todas as suas fases, garantida a estabilidade dos procuradores após 3 anos de efetivo exercício, mediante avaliação de desempenho.

Com a promulgação da PEC 82/2007 e da PEC 17/2012, a advocacia pública, em especial a MUNICIPAL, terá um grande avanço e será uma carreira cada vez mais atraente para os Bacharéis em Direito, além de especializar os Municípios, que terão um controle jurídico forte, evitando a corrupção tão frequente nos municípios brasileiros.

Os avanços na carreira e para a sociedade serão inúmeros.

O Procurador em todos os níveis Federal, Estadual e Municipal, terá tranquilidade para trabalhar, elaborar pareceres e as defesas, sem ter que submeter-se aos chamados “gerentes de plantão” que a cada quatro anos podem exigir metas absurdas e ilegais a serem cumpridas por seu corpo jurídico.

O Procurador dentro de sua consciência, elaborará um parecer ou consulta sem medo de punição como transferências, já que a CONSTITUIÇÃO FEDERAL lhe garantirá, a exemplo dos juízes, a INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL, ADMINISTRATIVA E FINANCEIRA.

Assim, com a PEC 82/2007, será conferida à ADVOCACIA PÚBLICA, em todos os níveis, importante desvinculação em relação ao Poder Executivo, tendo em vista que o desempenho das atribuições jurídicas, muitas vezes colidem com as políticas públicas do segundo ou, mais especificamente, com a falta ou a ineficácia daquelas, tendo liberdade para pedir o aumento do número de servidores, compra de materiais, ou seja tendo um próprio orçamento, com a garantia legal de ser usado no próprio órgão.

A independência funcional fará com que o PROCURADOR ao elaborar um parecer sobre determinada lei, poderá concordar com ela ou não, não tendo medo de sua manifestação ser interpretada por outros órgãos controladores como o Ministério Público, ou seja, vai poder agir de acordo com sua consciência, cabendo ao Poder Judiciário, dirimir dúvidas jurídicas.

Hoje sem essas garantias existe sério risco de condenações antecipadas como infelizmente hoje ocorre pelo Brasil afora.

A independência administrativa e financeira fará com que as PROCURADORIAS e só elas, decidam como aplicar os eu orçamento, onde investir, o que comprar para melhorar o seu cotidiano e com isso quem ganha é a sociedade, haja vista que hoje o que se vê nacionalmente é o sucateamento deliberado do corpo jurídico, em especial dos municípios.

Em Londrina, a Procuradoria Geral, existe desde 1952, quando o Município tinha apenas 18 anos, com o nome de Departamento Jurídico e nesses 62 anos, tem procurado, mesmo sem as autonomias previstas na Constituição Federal estar à frente do seu tempo.

Tanto é verdade, que em Londrina, existe divisão de procuradores por matéria desde 2006, fazendo com que cada vez mais exista qualidade para a sociedade no tratamento jurídico das questões municipais, entretanto, não existem garantias e todo um trabalho sério ao longo desses anos, pode ser abruptamente interrompido, se o Chefe do Executivo assim entender, já que dispõe do poder discricionário.

Com a AUTONOMIA ADMINISTRATIVA, FINANCEIRA E FUNCIONAL, isso deixa de existir, garantindo segurança jurídica para a população e o desenvolvimento do próprio município que não terá que se defender de situações vexatórias.

O Advogado Público deve exercer a profissão com liberdade, nos termos das normas legais, e com independência, sendo a AUTONOMIA FUNCIONAL UMA GARANTIA CONSTITUCIONAL, sendo a independência funcional relacionada ao conteúdo da atividade do profissional, por sua vez relacionada à liberdade de consciência e de profissão, previstos nos incisos VI e XIII da Constituição Federal, JÁ QUE QUE NA CONDIÇÃO DE ADVOGADO, sua atividade é ESSENCIAL À JUSTIÇA.

Sempre é bom lembrar o que diz o artigo 133 da Carta Magna:

Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

Não consta ainda a advocacia pública municipal explicitamente discriminada no artigo 132 da CF, mas essa omissão será sanada com a aprovação da PEC 153, na Câmara dos Deputados e agora na forma de PEC 17/2012 já foi aprovada na Comissão de Justiça do Senado.

Com a promulgação da PEC 82/2007 aliada a PEC 17/2012, os PROCURADORES DO MUNICÍPIO, somente serão submissos à sua consciência e aos deveres funcionais, pautados pela Constituição Federal e pelas leis regedoras da própria instituição, NÃO SENDO MAIS MANIPULADOS por essa ou aquela política pública ou partido político ocupante do poder.

No âmbito do Município de Londrina, desde 2004, os integrantes da Procuradoria Geral do Município, no caso os procuradores, são integrantes das chamadas Carreiras de Estado.

E o que vem a ser isso? A grosso modo, no caso das Procuradorias Municipais são as atividades concentradas na Administração Pública, como a é a defesa dos interesses dos entes estatais e das pessoas jurídicas de Direito Público, judicial ou extrajudicialmente, prestando assessoria e consultoria a esses entes e ao chefe do Poder Executivo no exercício de suas funções públicas, garantindo maior segurança para aos cidadãos, empresas e instituições.

Note-se que é a DEFESA DO ENTE PÚBLICO e não DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO, que se demanda por ato de improbidade por ele cometido, terá que contratar um defensor particular às suas expensas.

Ao Procurador do Município cabe, tão somente, a defesa da instituição, do órgão executivo municipal. E a instituição MUNICÍPIO DE LONDRINA, no caso em tela, não se confunde com seus integrantes, no caso o Prefeito do Município e seus auxiliares.

Em suma o procurador do município defende a sociedade sendo responsável pela defesa de atos da administração pública e pelas causas tributárias do Município, inclusive sua cobrança judicial (ISS, IPTU, ITBI e Taxas Municipais).

A atividade de assessoramento jurídico do Poder Executivo dos MUNICÍPIOS é de ser exercida por procuradores organizados em carreira, cujo ingresso depende de concurso público de provas e títulos, com a participação da OAB em todas as suas fases, preceito que se destina à configuração da necessária qualificação técnica e independência funcional desses especiais agentes públicos, sendo essa uma das importantes modificações a serem implementadas tanto pela PEC 82/2007, como pela PEC 17/2012.

Por esta razão tendo asseguradas pela CONSTITUIÇÃO FEDERAL as garantias institucionais e pessoais de independência técnica e autonomia, garantindo uma eficiente defesa do erário público, para o combate à corrupção e aos desmandos na gestão pública, por isso a PEC 82/2007 vem sendo chamada de a PEC DA MORALIDADE.

Com isso a PROCURADORIA DO MUNICÍPIO vai poder zelar sem medo de punições políticas pela plena aplicação do artigo 37 da Constituição Federal:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Garantindo ainda maior segurança aos cidadãos que pagam seus impostos e os querem ver bem aplicado onde vivem e constroem suas vidas e sua história

No Estatuto da Ordem dos advogados e da OAB (Lei 8906/1994, existe um capítulo especial para a Advocacia pública, sempre lembrando que o ADVOGADO PÚBLICO, é ADVOGADO com todas as garantias e prerrogativas legais, tendo obrigatoriamente que estar inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil.

O texto legal assim disciplina a atuação do advogado público:

Art. 3º O exercício da atividade de advocacia no território brasileiro e a denominação de advogado são privativos dos inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil (OAB):

§ 1º Exercem atividade de advocacia, sujeitando-se ao regime desta lei, além do regime próprio a que se subordinem, os integrantes da Advocacia-Geral da União, da Procuradoria da Fazenda Nacional, da Defensoria Pública e das Procuradorias e Consultorias Jurídicas dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas entidades de administração indireta e fundacional.

Segundo o Magistério de *Luciane Moessa de Souza*, Procuradora do Banco Central do Brasil, *O papel da Advocacia Pública no Estado Democrático de Direito: da necessidade de sua contribuição para o acesso à justiça e o desenvolvimento institucional* “percebe-se que a orientação jurídica aos governantes e demais integrantes da Administração Pública sobre o correto cumprimento das normas jurídicas dirigidas ao Estado é tarefa das mais espinhosas e, ao mesmo tempo, necessárias, de molde a evitar que, face ao gigantismo de suas funções, venha o Poder Público a se omitir quando não poderia fazê-lo ou venha a atropelar os direitos daqueles que ele deveria, ao contrário, proteger”

3. Conclusão

Do exposto conclui-se que a questão ora versada, ou seja, a inclusão dos procuradores municipais no artigo 132 da Constituição Federal, corrigirá um erro histórico e reforçará o combate a corrupção em cada um dos mais de 5000 municípios brasileiros, já que haverá a necessidade de pelo menos um procurador concursado, mantendo viva a memória jurídica do ente público municipal e a criação de uma procuradoria.

Ao Referido órgão serão conferidas as autonomias funcional, administrativa e financeira, bem como o poder de iniciativa de suas políticas remuneratórias e das propostas orçamentárias anuais, dentro dos limites estabelecidos na Lei de Diretrizes Orçamentárias, para

desenvolver suas atividades, sendo mais um auxiliar da sociedade que ao fim e ao cabo é o destinatário final da coisa pública.

4. Referências Bibliográficas

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: www.planalto.gov.br

BRASIL. Senado Federal – PEC 17/2012 – Altera o artigo 132 da Constituição da República Federativa do Brasil.

BRASIL. Câmara dos Deputados – PEC 82/2007 Altera o artigo 132 da Constituição da República Federativa do Brasil.

BRASIL. Lei nº 8906/1994 – Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil.

SOUZA *Luciane Moessa de*, Procuradora do Banco Central do Brasil - O papel da Advocacia Pública no Estado Democrático de Direito: da necessidade de sua contribuição para o acesso à justiça e o desenvolvimento institucional
www.aprodab.org.br/eventos/congresso2008/teses/lucianemsouza01.doc

O PRINCÍPIO DA IGUALDADE E SUAS ACEPÇÕES NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Maísa Moura dos Santos

*Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Londrina – UEL.
Advogada.*

Rafael Santana Frizon

Graduando em Direito pela Universidade Estadual de Londrina – UEL.

Sumário: 1. Introdução. 2. Do Fundamento. 3. Noções Históricas. 4. Isonomia Formal e Isonomia Material. 5. Igualdade como Direito Fundamental de 2ª Dimensão. 6. Igualdade na lei e perante a lei. 7. Conclusão. 8. Referências Bibliográficas.

Resumo: O presente trabalho trata do princípio da igualdade e a tutela dada pela Constituição Federal de 1988, compreendendo a igualdade de raça, gênero, entre outras disposições que pretendem com que a igualdade formal proclamada na lei torne-se igualdade material, para isso promovendo ações afirmativas com o fim de aproximar as condições de todos. Inicialmente, irá ser abordado o fundamento do princípio da igualdade, suas bases históricas, seu tratamento como direito fundamental de segunda dimensão, e ao fim, a proteção dada pela atual Constituição, com análise de questões atuais, como a Lei Maria da Penha e a Ação Direta de Inconstitucionalidade sobre a instituição de cotas raciais e sociais na Universidade de Brasília. A pesquisa foi elaborada a partir da análise de doutrina especializada, com o embasamento de teóricos como Robert Alexy, Paulo Bonavides, José Afonso da Silva e Ingo Sarlet. Ainda, foi feita uma breve análise de casos polêmicos envolvendo as questões debatidas no presente estudo. Ao final, concluiu-se que várias iniciativas foram tomadas para concretizar a igualdade material, porém, nosso país ainda está caminhando para atingir tal intento, pois ainda falta promover a eficácia das normas e proteção dos que são por elas tutelados.

Palavras-chave: Dimensão; direito fundamental; isonomia; ações afirmativas

1. Introdução

A Constituição Federal de 1988 adotou o princípio da igualdade de direitos, prevendo a igualdade de aptidão, uma igualdade de possibilidades virtuais, ou seja, todos os cidadãos têm o direito de tratamento idêntico pela lei, em consonância com os critérios apregoados pelo ordenamento jurídico.

Dessa forma, o que se veda são as diferenciações arbitrárias, as discriminações absurdas, pois, o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desigualam, é exigência tradicional do próprio conceito de Justiça, pois o que realmente protege são certas finalidades, somente se tendo por lesado o princípio constitucional quando o elemento discriminador

não se encontra a serviço de uma finalidade acolhida pelo direito, sem que se esqueça, porém, como ressaltado por Fábio Konder Comparato, que as chamadas liberdades materiais têm por objetivo a igualdade de condições sociais, meta a ser alcançada, não só por meio de leis, mas também pela aplicação de políticas ou programas de ação estatal.

A igualdade se configura como uma eficácia transcendente de modo que toda situação de desigualdade persistente à entrada em vigor da norma constitucional deve ser considerada não recepcionada, se não demonstrar compatibilidade com os valores que a constituição proclama.

O princípio da igualdade consagrado pela constituição opera em dois planos distintos. De uma parte, frente ao legislador ou ao próprio executivo, na edição, respectivamente, de leis, atos normativos e medidas provisórias, impedindo que possam criar tratamentos abusivamente diferenciados a pessoas que encontram-se em situações idênticas. Em outro plano, a obrigatoriedade ao intérprete, basicamente, a autoridade pública, de aplicar a lei e atos normativos de maneira igualitária, sem estabelecimento de diferenciações em razão de sexo, religião, convicções filosóficas, ou políticas, raça, classe social.

A Constituição atua nesses dois sentidos, tanto para impedir que o legislador institua tratamento diferenciado de maneira injusta, quanto para fazer com o que os operadores do Direito busquem a efetiva igualdade material.

2. Do Fundamento

O fundamento do direito de igualdade encontra-se no princípio de que todos devem ser tratados de forma igual perante a lei. Todos nascem e vivem com os mesmos direitos e obrigações perante o Estado. A igualdade foi um dos ideais da Revolução Francesa atingidos com a abolição dos antigos privilégios da nobreza e do clero. Todos passaram a ter o mesmo tratamento perante a lei, a igualdade formal.

3. Noções Históricas

É preciso já de antemão demonstrar algumas peripécias pelas quais o princípio da igualdade passou até chegar na dimensão hodierna, sendo necessário apresentar uma noção histórica deste princípio com o intuito de elucidar a evolução do seu sentido diante das transformações ocorridas na sociedade.

Considera-se o direito à igualdade o alicerce da democracia e este princípio basilar se reflete em inúmeros dispositivos da Constituição Federal em vigor, sendo abordado no artigo 5.º, que trata dos Direitos e Garantias Individuais, e em vários de seus incisos. A igualdade constitucional que se busca é essencialmente a "igualdade material", qual seja, a igualdade efetiva ou real perante os bens da vida humana, no dizer de Guilherme Peña de Moares¹.

Boécio, filósofo grego, chancelou a ideia de natureza comum aos homens no século VI, definindo a pessoa não como uma exterioridade, mas pela própria substância do homem. Foi a partir desse conceito que se iniciou a elaboração do princípio da igualdade de todo o ser humano, apesar das diferenças externas de ordem biológica ou cultural. Essa igualdade de essência das pessoas forma o núcleo do conceito universal dos direitos humanos.

Aristóteles (384 a.C. a 322 a.C.) defendia a ideia de igualdade estando relacionada com a ideia de justiça ao conceder algo a cada um de acordo com seus méritos e de exigir de cada um aquilo que sua capacidade e possibilidade permitirem:

"A justiça é uma espécie de meio-termo, porém não no mesmo sentido que as outras virtudes, e sim porque se relaciona com uma quantia ou quantidade intermediária, enquanto a injustiça se relaciona com os extremos. E justiça é aquilo em virtude do qual se diz que o homem justo pratica, por escolha própria, o que é justo, e que distribui, seja entre si mesmo e um outro, seja entre dois outros, não de maneira a dar mais do que convém a si mesmo e menos ao próximo (e inversamente no relativo ao que não convém), mas de maneira a dar o que é igual de acordo com a proporção; e da mesma forma quando se trata de distribuir entre duas outras pessoas²"

Evidencia-se, portanto, que o estagirista deu início à formação do conceito de igualdade material, que consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida da desigualdade.

Malgrado os diversos documentos que foram elaborados reconhecendo a igualdade entre os homens, é necessário apregoar que a evolução de fato do princípio em questão ocorreu a partir do constitucionalismo moderno, no final do século, que firmaram declarações de direitos com o objetivo de limitar o poder estatal, inspirados na crença da existência de direitos naturais e inerentes ao homem.

¹ MORAES, Guilherme Peña de. Curso de Direito Constitucional, 2ª. Ed., 2008, Rio de Janeiro: Impetus, p. 517

² ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Os Pensadores: Abril Cultural, 1979, p.129.

É dominante na doutrina que a primeira declaração de direitos desse período é a Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia, datado do dia 12 de junho de 1776, que em seu parágrafo 1º reconhece a igualdade entre todos os seres humanos:

"Todos os seres humanos são, pela sua natureza, igualmente livres e independentes, e possuem certos direitos inatos, dos quais, ao entrarem no estado de sociedade, não podem, por nenhum tipo de pacto, privar ou despojar sua posteridade; nomeadamente, a fruição da vida e da liberdade, com os meios de adquirir e possuir a propriedade de bens, bem como de procurar e obter a felicidade e a segurança".

Tempos depois, em 1776, a Declaração de Independência dos Estados Unidos, documento que teve maior repercussão e que representou o ato inaugural da democracia moderna, defendia a igualdade entre os homens no seguinte trecho:

"Consideramos as seguintes verdades como auto-evidentes, a saber, que todos os homens são criaturas iguais, dotadas pelo seu Criador de certos direitos inalienáveis, entre os quais a vida, a liberdade e a busca da felicidade. É para assegurar esses direitos que os governos são instituídos entre os homens, sendo seus justos poderes derivados do consentimento dos governados".

Essa ideia foi reforçada posteriormente na Revolução Francesa, como se verifica do art. 1º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que estabeleceu que "os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos".

4. Isonomia formal e Isonomia Material

Apesar da igualdade no que compete ao fundamento elencado no artigo 1º, inciso III, da Carta Maior, os homens são desiguais no que se refere a questões sociais, culturais, biológicas, entre outras, o que requer, por vezes, da efetivação do princípio da igualdade sob o aspecto da igualdade formal e também material.

A Constituição busca deixar próximo os dois tipos de isonomia, na medida em que não se limitara ao simples enunciado da igualdade perante a lei; menciona também igualdade entre

homens e mulheres e acrescenta vedações a distinção de qualquer natureza e qualquer forma de discriminação³.

A igualdade formal é a igualdade perante a lei. Diante da lei, todos somos iguais, sem distinção de renda, sexo, orientação sexual, origem, cor, raça, idade, trabalho, credo religioso, convicções religiosas entre outras.

Dessa forma, impõe-se o tratamento uniforme ao homem. A prevalência da igualdade formal esteve engajada no Estado Liberal marcado pela garantia dos direitos individuais, ausência de previsão de direitos sociais nos textos constitucionais, e o absentéismo estatal.

No Estado Liberal, portanto, vigiam os direitos humanos de primeira geração, também chamados de direitos de liberdade, que impõem uma prestação negativa ao Estado, que se restringe a proteger a esfera de autonomia do indivíduo.

Todavia, o Estado Liberal, exacerbada mente individualista, acabou por provocar forte acumulação de capitais e concentração de riquezas. Essa situação tem por consequência o aumento das desigualdades entre os cidadãos. Constatando-se, portanto, como corolário do liberalismo a opressão das classes menos favorecidas.

Posteriormente, já no Estado Social, o princípio da igualdade ganhou um novo contorno incorporando também a igualdade material, que legitima o tratamento diferenciado dos grupos socialmente vulneráveis, direcionado neste momento para os trabalhadores e para os mais pobres, tendo como marcos constitucionais a Constituição Mexicana e a de Weimar, respectivamente de 1917 e 1919.

Rizzatto Nunes nos apresenta seu entendimento de que o respeito ao princípio da igualdade deve atender tanto à igualdade formal como à igualdade material:

"É preciso que coloquemos, então, o que todos sabem: o respeito ao princípio da igualdade impõe dois comandos. O primeiro, de que a lei não pode fazer distinções entre as pessoas que ela considera iguais – deve tratar todos do mesmo modo; o segundo, o de que a lei pode – ou melhor, deve – fazer distinções para buscar igualar a desigualdade real existente no meio social, o

³SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 30ª ed., São Paulo: Malheiros, 2007, p. 215.

que ela faz, por exemplo, isentando certas pessoas de pagar tributos; protegendo os idosos e os menores de idade; criando regras de proteção ao consumidor por ser ele vulnerável diante do fornecedor etc. É nada mais que a antiga fórmula: tratar os iguais com igualdade e os desiguais desigualmente⁴.

É mister apregoar que o princípio da igualdade deve operar tanto no sentido de se tornar uma vedação ao legislador na edição das normas que possam criar privilégios entre pessoas que se encontram em situação idêntica como deve ser considerado uma regra de interpretação para o operador do direito, que deverá aplicar a lei e os atos normativos de forma igualitária, ou seja, sem distinções, se estiver diante de pessoas em situações iguais. Além disso, esse princípio exerce uma função limitadora perante os particulares, que não poderão praticar condutas discriminatórias, sob pena de responsabilidade civil e penal, nos termos da legislação vigente.

5. Igualdade como Direito Fundamental de 2ª Geração

A visão dos direitos fundamentais em termos de gerações indica o caráter cumulativo da evolução desses direitos no tempo. Não se deve deixar de situar todos os direitos num contexto de unidade e indivisibilidade. Cada direito de cada geração interage com os das outras e, nesse processo, dá-se à compreensão.

Pode se dizer que os direitos fundamentais surgiram com a Revolução Francesa no século XVIII, em que surgiram os princípios norteadores do conteúdo que estava por vir acerca dos direitos fundamentais: liberdade, igualdade e fraternidade.

Nesse sentido, a primeira dimensão de direitos fundamentais, veio para marcar a transição de um Estado totalitário para um Estado de Direito, visando garantir a liberdade do cidadão. Tal como a igualdade, a liberdade abriga uma gama de direitos: liberdade religiosa, liberdade de profissão, liberdade de opinião, entre outras. Isto é, a primeira geração de direitos fundamentais veio para proteger o cidadão contra as arbitrariedades dos governantes. Em essência, tratam-se dos direitos civis e políticos.

Na classificação de Jellinek, os direitos de liberdade teriam “status negativo”, pois garantem uma abstenção do Estado, uma verdadeira separação entre Estado e Sociedade, procura-se por o homem em evidência, priorizando-o.

⁴NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **Manual de Filosofia do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2004.

Nas palavras de Paulo Bonavides:

“(...) os direitos de primeira geração ou direitos de liberdades têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado⁵”.

Esta é a garantia mais básica do cidadão em um Estado de Direito. Se hoje os direitos civis e políticos nos parecem óbvios e essenciais, tais garantias só vieram após muita luta e resistência às arbitrariedades em regimes totalitários, após um longo processo em que muitos tiveram seus direitos tolhidos, para que no futuro as próximas gerações pudessem desfrutar das garantias de liberdades, hoje pacíficas e trazidas em constituições de todo o mundo.

Em um momento posterior, houve o advento consagrado pela doutrina dos direitos da segunda dimensão, que traz os direitos de igualdade, tema tratado no presente artigo, que merecem um exame mais detido.

Enquanto a primeira dimensão de direitos fundamentais priorizou o homem, a segunda geração vem para dar destaque à coletividade, presentes não somente num Estado de Direito, mas sim, num Estado Social. Ao contrário dos direitos de liberdade, os direitos de igualdade exigem do Estado uma prestação, ou seja, o Estado tem “status positivo”.

Os direitos de igualdade surgiram no século XX, essencialmente, após a Revolução Industrial Européia, em decorrência das péssimas condições de trabalho a que eram submetidos os trabalhadores, que passaram a reivindicar uma atuação estatal, como forma de inibir abusos por parte dos empregadores.

A segunda dimensão de direitos fundamentais trouxe os direitos sociais, culturais e econômicos, marcado por um novo clamor do povo: o de um Estado Social e igualitário, que proporcione a materialização da igualdade formal prevista no texto constitucional, reduzindo as desigualdades sociais existentes.

Ingo Sarlet ensina-nos o seguinte:

⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p.563-564.

“[a] expressão ‘social’ encontra justificativa, entre outros aspectos (...), na circunstância de que os direitos de segunda dimensão podem ser considerados uma densificação do princípio da justiça social, além de corresponderem a reivindicações das classes menos favorecidas, de modo especial a classe operária, a título de compensação, em virtude da extrema desigualdade que caracteriza (e, de certa forma, ainda caracterizada) as relações com a classe empregadora, notadamente detentora de um menor grau de poder econômico⁶”.

O autor entende que os direitos de igualdade vieram como forma de oferecer uma compensação à classe menos favorecida em razão dos abusos praticados pelos empregadores e grandes industriais, vêm para reparar as injustiças.

Porém, a segunda dimensão de direitos fundamentais sofreu uma crise momentânea, visto que exigia do Estado uma prestação, portanto, vieram nas constituições como normas programáticas, ou seja, que necessitavam de uma posterior estruturação pelo próprio governo.

Inicialmente, embora previstos, muitas vezes tais normas foram inócuas, pois durante longo tempo careceram de normatividade e efetiva regulação. Bonavides bem explana o tema: “Mas passaram primeiro por um ciclo de baixa normatividade ou tiveram eficácia duvidosa, em virtude de sua própria natureza de direitos que exigem do Estado determinadas prestações materiais nem sempre regatáveis por exigüidade, carência ou limitação essencial de meios e recursos”⁷.

Como exemplo, podemos citar o direito de sindicalização, direito de greve e os direitos fundamentais dos trabalhadores, que serão abordados novamente neste trabalho.

Vale destacar, ainda não se pode dizer que os direitos de igualdade formal foram efetivamente conquistados, pois, *verbi gratia* com os direitos dos trabalhadores, ainda temos no Brasil a categoria dos servidores públicos sem a regulamentação ao direito de greve.

Porém, uma importante disposição trazida pela Constituição Federal de 1988, é o parágrafo 1º, do art. 5º: “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, que permite que, mesmo ausente a lei de responsabilidade do Estado formular, é possível ao cidadão fazer valer seu direito fundamental trazido pela C.F e demandá-lo judicialmente, visto que não pode ser prejudicado pela inércia do Congresso Nacional.

⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 56.

⁷⁷ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 564.

Por fim, é necessário tecer algumas considerações também sobre os direitos fundamentais de terceira dimensão: os direitos de fraternidade.

Os direitos de fraternidade são marcados pela alteração da sociedade, da comunidade internacional, que passou a ter novas preocupações: direito ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à comunicação, e à paz. Esses novos direitos surgiram em razão da preocupação com a preservação ambiental, e preocupação com os consumidores.

6. Igualdade na lei e perante a lei

São destinatários do princípio da igualdade tanto o legislador como os aplicadores da lei. A igualdade na lei é voltada para o legislador, vedando-se a elaboração de dispositivos que estabeleçam desigualdades entre as pessoas, privilegiando ou perseguindo algumas.

6.1. Da Igualdade Racial

A Constituição Federal, em seu art. 3º, inciso I, traz os objetivos da República Federativa do Brasil, entre eles, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. De outro lado, traz a educação como um direito social (art. 6º), porém, é sabido que a própria sociedade, ante as circunstâncias de cada um, acaba por diferenciá-los, e tornando mais dificultoso o acesso de algumas pessoas à educação.

Nesse sentido, entram as ações afirmativas, em especial, a adoção da política de cotas raciais nas universidades públicas, que tem por fim possibilitar o acesso da população negra ao ensino superior, em razão da notável presença da maioria de alunos brancos nas universidades.

Causou grande polêmica a promulgação da lei n. 12.711/2012, que determina que 50% das vagas nas universidades públicas federais será reservada a alunos de origem negra ou parda, bem como estudantes de famílias com renda de até um salário-mínimo e meio *per capita*. Tal medida visa a concretizar a igualdade material buscada pela CF de 1988, e instituir a chamada “justiça distributiva”, a fim de superar as desigualdades.

As ações afirmativas devem ter caráter temporário, para que sejam revistas periodicamente, avaliando-se sua eficácia, visto que devem ter por objetivo a igualdade material em momento futuro, para que pouco a pouco a desigualdade existente seja reduzida.

Em 26/04/2012, ocorreu o julgamento da ADPF 186, que entendeu pela constitucionalidade da política de cotas étnico-raciais na Universidade de Brasília (UnB). A ação foi proposta pelo DEM (Democratas) em virtude da adoção, pela UnB, da política de cotas étnico-raciais na ordem de 20% do total de vagas para estudantes negros e índios.

O relator foi o Ministro Ricardo Lewandowski, que, em seu voto reconheceu que a CF/88 procura promover a igualdade material, e seu dispositivo explicita os 3 critérios para a adoção da política de cotas:

“Isto posto, considerando, em especial, que as políticas de ação afirmativas adotadas pela Universidade de Brasília (i) têm como objetivo estabelecer um ambiente acadêmico plural e diversificado, superando distorções sociais historicamente consolidadas, (ii) revelam proporcionalidade e a razoabilidade no concernente aos meios empregados e aos fins perseguidos, (iii) são transitórias e prevêem a revisão periódica de seus resultados, e (iv) empregam métodos seletivos eficazes e compatíveis com o princípio da dignidade humana, julgo improcedente esta ADPF”.

Conclui-se que, após o julgamento da referida ADPF pelo Supremo, a discussão acerca da política de cotas raciais embora tenha diminuído, ainda não terminou, tendo em vista a tramitação do Projeto de Lei n. 6.738/2013, que pretende a criação de cotas também em concursos públicos.

6.2. Da Proteção à Criança, ao Adolescente e ao Idoso

A Constituição Federal traz também a proteção à criança e ao adolescente e ao idoso, em seu capítulo VII, artigos 226 e seguintes, assegurando-se o direito à educação, à vida, saúde, cultura, dignidade, proteção ao trabalho insalubre ou perigoso aos menores de 16 anos, e qualquer trabalho a menores de 14 anos, ainda, assegura a proteção à pessoa idosa.

Para dar eficácia aos dispositivos constitucionais, surgiram os Estatutos do Idoso e da Criança e do Adolescente, Leis 10.741/03 e 8.079/90, respectivamente.

O Estatuto do Idoso traz como pontos positivos a priorização do idoso em setores como a saúde, em que o idoso terá prioridade no atendimento; no transporte público, são reservados assentos aos idosos; na tramitação de processos judiciais, será dada prioridade àqueles em que figurem como parte pessoa maior de 60 anos; e o mais importante, garantia contra a violência e o abandono, em razão de vários casos de abusos e maus-tratos a idosos que frequentemente são trazidos pela mídia.

Por seu turno, o Estatuto da Criança e do Adolescente garante a proteção ao desenvolvimento físico, intelectual e moral da criança e adolescente, garantindo-se a educação, proteção ao trabalho insalubre, perigoso ou noturno aos menores de 16 anos, protege a instituição da família, e institui as chamadas “medidas sócio-educativas” aos menores infratores, em estabelecimentos apropriados, pelo máximo de 3 anos.

Vale dizer ainda, que o Código Penal criminaliza diversas condutas que podem ser praticadas por adultos que prejudiquem o desenvolvimento da criança, por exemplo, corrupção de menores, e estupro de vulnerável, sempre com o objetivo de proteger o desenvolvimento, dignidade e integridade física do menor.

6.3. Da Igualdade entre Homens e Mulheres

A Constituição, em seu art. 5º, I, estabelece expressamente que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”. No art. 226, § 5º, dispõe que “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”. Esses dispositivos podem, à primeira vista, parecer redundantes, ante a consagração do próprio princípio da igualdade, entre os direitos individuais básicos, no caput do art. 5º da Constituição. Mas seguramente não existe a aparente redundância. Às vezes o óbvio precisa ser proclamado para vencer resistências que encontram amparo em tradições vetustas.

A Constituição de 1988 deliberadamente pôs fim a qualquer resquício da autoridade marital, de prevalência ou preferência do sexo masculino sobre o feminino. Convém salientar que as Constituições de 1824 e 1891 atribuíam o direito de voto aos “cidadãos brasileiros”, recebendo a interpretação dos juristas da época deque esse direito havia sido concedido somente aos homens. Foi preciso a promulgação de uma lei específica, em 1932, para que o direito de sufrágio fosse estendido às mulheres. O novo texto constitucional impõe uma mudança de mentalidade na interpretação da legislação infraconstitucional. Diversos dispositivos do Código Civil, promulgado em 1916, não foram recepcionados pela nova ordem constitucional. Por exemplo, o que estabelecia que “o marido é o chefe da sociedade conjugal”, bem como todas as suas decorrências, como o direito de fixar o domicílio da família, inclusive da esposa (CC de 1916, arts. 233, III, e 36, parágrafo único), a necessidade de autorização marital para ocupação de cargo público ou exercício de profissão fora do lar conjugal (art. 247, III e parágrafo único) e a administração dos bens do casal pelo marido (art. 251). Foi necessária a edição da Lei n. 11.106/2005 para abolir a tutela especial prevista no Código Penal para a “mulher honesta”, cuja constitucionalidade há muito já era contestada pela doutrina, pela inexistência de dispositivo semelhante em relação ao sexo masculino. Exceções a essa regra da

absoluta igualdade entre o homem e a mulher em direitos e obrigações existem e estão previstas na Constituição, sempre em favor do sexo feminino. Para a aposentadoria das mulheres exige-se menor idade e menos tempo de contribuição do que para os homens (CF, arts. 40, III, e 201, § 7º), bem como há a exclusão de mulheres do serviço militar obrigatório em tempo de paz (art. 143, § 2º).

Essas distinções encontram justificativas nas características da sociedade brasileira. As vantagens quanto à aposentadoria justificam-se pela dupla jornada de trabalho, pois as mulheres que trabalham fora realizam ainda as atividades domésticas quando retornam para casa.

Dessa forma, as diferenciações ora referidas são o que Celso Antonio Bandeira de Mello⁸ chama de “discriminação positiva”, isto é, criada como forma de trazer a igualdade material, evitando perseguições e tolhendo favoritismos.

6.4 Proteção pela Lei Maria da Penha

A Lei Maria da Penha foi criada como uma forma de “discriminação positiva”, isto é, mecanismo criado a fim de proteger as mulheres contra a violência, em cumprimento à “Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência Contra a Mulher”, ratificada pelo Brasil em 1984, bem como dando efetividade ao contido no art. 226, § 8º, da Constituição Federal⁹.

Em 09/02/2012, o STF julgou constitucional a ADC n. 19, afirmando a constitucionalidade da Lei n. 11.340/2006, tendo como fundamento para sua decisão justamente o princípio da igualdade, a proteção à família, e a erradicação da violência doméstica.

Com relação à natureza da ação, a lei nada dispunha sobre, sendo que o STF, ao julgar a ADI 4.424, atende o pedido do Procurador-Geral da República, no sentido de que, nos crimes de lesão, a ação penal seja pública incondicionada, com o fito de impedir que pressões sobre a vítima pudessem interferir na propositura da ação.

Vejamos o teor da decisão¹⁰:

⁸ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

⁹ “O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações”.

¹⁰ Informativo 654

O dever do Estado de assegurar a assistência à família e de criar mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações. Não seria razoável ou proporcional, assim, deixar a atuação estatal a critério da vítima. A proteção à mulher esvaziaria-se, portanto, no que admitido que, verificada a agressão com lesão corporal leve, pudesse ela, depois de acionada a autoridade policial, recuar e retratar-se em audiência especificamente designada com essa finalidade, fazendo-o antes de recebida a denúncia. Dessumiu-se que deixar a mulher — autora da representação — decidir sobre o início da persecução penal significaria desconsiderar a assimetria de poder decorrente de relações histórico-culturais, bem como outros fatores, tudo a contribuir para a diminuição de sua proteção e a prorrogar o quadro de violência, discriminação e ofensa à dignidade humana. Implicaria relevar os graves impactos emocionais impostos à vítima, impedindo-a de romper com o estado de submissão.

Assim, a Lei Maria da Penha veio em benefício das mulheres, como forma de evitar a violência doméstica, e garantir a punição dos culpados, que outrora muitas vezes intimidavam e continuavam a violentar suas companheiras.

7. Conclusão

A Constituição Cidadã, alcunha denominada pelo presidente da Câmara dos Deputados à época da sua promulgação, Ulysses Guimarães, no *caput* do seu artigo 5º é claro na salvaguarda e a inviolabilidade da igualdade nos termos da lei, tanto para brasileiro quanto aos estrangeiros residentes.

Em suma, há duas hipóteses em que o tratamento diferenciado é válido, por não ofender o princípio constitucional da igualdade: a) a própria Constituição estabelece um tratamento desigual. Exemplos: aposentadoria com menor idade e menos tempo de contribuição para mulheres (arts. 40, III, e 201, § 7º); exclusão de mulheres e eclesiásticos do serviço militar obrigatório em tempo de paz (art. 143, § 2º); exclusividade de determinados cargos a brasileiros natos (art. 12, § 3º); b) existência de um pressuposto lógico e racional que justifique a desequiparação efetuada, em consonância com os valores tutelados pela Constituição. Exemplos: assentos reservados para gestantes, idosos e deficientes físicos nos transportes coletivos; preferência para pessoas nas mesmas condições em filas de banco; exigência de candidatos do sexo masculino para concurso de ingresso na carreira de carcereiro de penitenciária masculina ou de candidatas para o mesmo cargo em penitenciárias femininas; exigência de perfeita aptidão física para trabalhar como salva-vidas em praias.

Todavia, embora tais medidas tenham sido tomadas, ainda é necessário que o Poder Público efetivamente fiscalize o cumprimento das normas constitucionais, e possa garantir a igualdade material, sempre trabalhando para promover a redução das desigualdades, por meio de ações afirmativas e programas sociais.

8. Referências Bibliográficas

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Os Pensadores: Abril Cultural, 1979.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de Direito Constitucional*, 2^a. ed., 2008, Rio de Janeiro: Impetus.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *Manual de Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 30^a ed., São Paulo: Malheiros, 2007.

DA POSSIBILIDADE DE COBRANÇA DA TAXA DE COMBATE A INCÊNDIO POR MEIO DE CONVÊNIO

Thamine Issa Haswany

Graduanda em Direito pela Universidade Estadual de Londrina – UEL.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A Constituição Federal e os Tributos. 3. Tributos em Espécie. 4. Das Taxas. 5. Competência dos Entes Federativos para a Instituição de Taxas. 6. Taxa de Combate a Incêndio no Município de Londrina e sua Competência Tributária. 7. Da Possibilidade de Cobrança da Taxa de Combate a Incêndio por meio de Convênio. 8. Conclusão. 9. Referências Bibliográficas.

RESUMO: O presente estudo tem por objetivo analisar a possibilidade dos Municípios cobrarem taxas de combate a incêndio por meio de convênio com os Estados. A instituição de taxas tem por finalidade custear a atividade prestada por um dos entes federativos de forma singular ao contribuinte. A referida atividade pode ser tanto o exercício do poder de polícia como os serviços públicos específicos e divisíveis prestados diretamente ao usuário. O ente federativo competente para a instituição de taxas é o ente competente administrativamente para o exercício do poder de polícia ou do serviço público específico e divisível. O Corpo de Bombeiros Militar caracteriza-se como um órgão estadual, assim, somente o Estado pode criar taxas de combate a incêndio, a fim de custear a prestação de seus serviços. O artigo 7º do Código Tributário Nacional prevê a possibilidade de delegação de um ente federativo a outro das funções de arrecadar, fiscalizar e executar tributos. Portanto, conclui-se que é possível a cobrança da taxa de combate a incêndio pelo Município através de convênio firmado com o Estado, desde que aquele não institua as taxas, pois neste caso, estaria violando a competência tributária do Estado, a qual é indelegável.

PALAVRAS-CHAVE: Taxa. Combate. Incêndio. Município. Convênio.

1. Apresentação

O trabalho consiste no estudo da possibilidade de cobrança da taxa de combate a incêndio por meio de convênio entre o Estado e o Município, à luz do direito positivo brasileiro.

O referido tema revela-se de significativa importância, uma vez que hodiernamente os Municípios comumente cobram taxas de combate a incêndio, sob o fundamento de destinar a receita proveniente de tal arrecadação à manutenção e reequipamento do agrupamento do Corpo de Bombeiros Militar.

No entanto, o Corpo de Bombeiros Militar caracteriza-se como um órgão estadual, assim, a competência para instituir taxas que decorrem de atividades prestadas por este órgão é de competência dos Estados, sendo vedada aos Municípios a possibilidade de criar tais taxas.

Portanto, trata-se de uma cobrança legal? O Município caracteriza-se de fato legitimado para efetuar tal cobrança? Ou estariam os indivíduos desobrigados de adimplir com o recolhimento desta taxa?

Tais questões serão esclarecidas no decorrer do trabalho, no qual será analisado o conceito de tributo e suas espécies, as competências tributárias dos entes federativos, o conceito de capacidade tributária ativa, de taxas, das atividades estatais que as ensejam e as respectivas previsões legais e constitucionais, com base no Direito Constitucional, Tributário e Administrativo.

Assim, ao estudar tais temáticas e a jurisprudência, será possível concluir se, à luz do ordenamento jurídico vigente, manifesta-se possível a cobrança da taxa de combate a incêndio por meio de convênio.

2. A Constituição Federal e os Tributos

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu o Sistema Tributário Nacional como o principal orientador do ramo do Direito que fixa as regras básicas da relação entre o Estado, na condição de Fisco, e o cidadão, na condição de contribuinte. Assim, o Direito Tributário caracteriza-se informado por um conjunto de princípios constitucionais e normas fundamentais imperativamente dispostos pela Constituição da República.¹

Nesse sentido, nossa Carta Magna, em seu artigo 145 e seguintes, autorizou a criação de tributos pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, estabelecendo a competência tributária de cada ente da federação, as limitações do poder de tributar e a repartição das receitas tributárias.

Na lição de Roque Carrazza, competência tributária caracteriza-se como “a aptidão para criar, *in abstracto*, tributos. No Brasil, por injunção do princípio da legalidade, os tributos

¹ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 23 ed. p. 841.

são criados, *in abstracto*, por meio de lei (art. 150, I, da CF), que deve descrever todos os elementos essenciais da norma jurídica tributária”.²

Portanto, competência tributária não se confunde com capacidade tributária ativa. A primeira manifesta-se como a aptidão dos entes federativos para instituir impostos por meio de lei e nos limites impostos pela Constituição Federal, enquanto a capacidade tributária revela-se como a obrigação de apenas fiscalizar e cobrar o tributo, desde que autorizada por lei.³

Visto isso, é possível dizer que o sistema constitucional tributário dispõe, em seu artigo 145, as espécies de tributos que compete aos entes federativos instituírem, quais sejam: impostos, taxas e contribuições de melhoria.

3. Tributos em Espécie

O conceito de tributo caracteriza-se definido pelo artigo 3º do Código Tributário Nacional, segundo o qual o tributo manifesta-se como “toda prestação pecuniária compulsória que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada”.

Portanto, o que determina a natureza jurídica de cada espécie tributária é o fato gerador da respectiva obrigação, ou seja, a situação que faz nascer a obrigação de efetuar a contraprestação pecuniária.

O imposto decorre de uma obrigação cujo fato gerador não guarda relação com uma atividade estatal específica diretamente direcionada ao contribuinte. Assim, por este motivo, denominam-se os impostos de tributos “desvinculados”, uma vez que o Estado não atua em relação ao contribuinte de maneira particular.⁴

No dizer de Roque Carrazza:

² CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 26 ed. p. 513.

³ CASALINO, Vinícius. *Curso de Direito Tributário e Processo Tributário*. p. 64.

⁴ *Ibidem*, p. 353.

“Assim, juridicamente falando, imposto é uma modalidade de tributo que tem por *hipótese de incidência* um fato qualquer, não consistente numa atuação estatal. Não é por outra razão que Geraldo Ataliba chama o imposto de *tributo não-vinculado*. Não vinculado a quê? Não vinculado a uma atuação estatal. Os impostos são, pois, prestações pecuniárias desvinculadas de qualquer relação de troca ou utilidade”.⁵

Nesse sentido, basta que sujeito passivo do imposto pratique uma conduta descrita previamente em lei do ente federativo competente, e autorizada pela Constituição Federal, para que incorra no dever de pagá-lo, sem que haja uma contrapartida por parte do Estado. Tratam-se, pois, de tributos com um caráter unilateral e não sinalagmático.⁶

A repartição de competências relativas a impostos entre os entes federativos se deu por meio da seleção prévia de determinados fatos ou condutas econômicas e sua distribuição, de forma exclusiva, ao respectivo ente federativo. Trata-se, dessa forma, de competência tributária privativa. Importa que se ressalte, portanto, que tais fatos ou condutas econômicas foram discriminados previamente pela Constituição Federal, distribuídos com anterioridade e com exclusividade à União, Estados, Distrito Federal e Municípios.⁷

A contribuição de melhoria, por sua vez, caracteriza-se como um tributo vinculado. Isso ocorre uma vez que há uma contraprestação estatal endereçada ao contribuinte que enseja tal cobrança, qual seja: a realização de uma obra pelo Poder Público.

Portanto, a fim de que se cobre o referido tributo, necessário se faz que haja efetivamente uma “melhoria”, ou seja, uma valorização dos imóveis particulares vizinhos a obra realizada pelo Estado. O contribuinte deve ser beneficiado com um acréscimo do valor de seu imóvel privado para que lhe seja cobrado a contribuição de melhoria.⁸

O artigo 145, III, da CF/1988, dispõe que “a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir contribuição de melhoria, decorrente de obras públicas”.

Trata-se, dessa forma, de competência “comum”. A Constituição Federal dispôs de maneira “genérica” a competência de cada pessoa política para instituir a contribuição de melhoria, basta que um dos entes federativos construa uma obra pública que resulte em valorização

⁵ CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 26 ed. p. 539.

⁶ CASALINO, Vinícius. *Curso de Direito Tributário e Processo Tributário*. p. 354.

⁷ *Ibidem*, p. 362.

⁸ *Ibidem*, p. 421.

dos imóveis a ela avizinados. Assim, a fim de saber se o ente federativo está ou não autorizado a instituir o referido tributo, necessário se faz saber antes qual ente federativo possui a competência para realizar tal obra.⁹

A última espécie de tributo a ser estudada, portanto, são as taxas.

4. Das Taxas

A taxa é espécie de tributo prevista no artigo 145, II, da CF/1988, segundo o qual é facultado aos entes federativos instituir “taxas em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição”.

Tratam-se, pois, de tributos vinculados, assim como as contribuições de melhoria. A obrigação de pagá-las decorre “da prática de fato gerador vinculado a uma atividade estatal específica e direcionada de forma singular ao contribuinte”.¹⁰

O Estado, portanto, desenvolve uma atividade específica endereçada de forma singular ao contribuinte, sendo que essa obrigação de custear tal serviço por meio de taxa deriva de lei. Assim, diferentemente dos impostos, as taxas possuem caráter sinalagmático e bilateral, uma vez que cabe aos contribuintes recolherem as taxas e cabe ao Poder Público realizar uma atividade específica a este usuário, o qual a usufruirá de forma individual.

Diferem as taxas das contribuições de melhoria, no que pese ambas serem tributos vinculados, na medida em que o que o fato gerador da primeira é o exercício de poder de polícia ou a prestação de serviços públicos específicos e divisíveis, enquanto que o fato gerador da contribuição de melhoria é a realização de obra pública.

Face ao exposto, no estudo acerca de taxas mister se faz tecer algumas considerações a respeito do poder de polícia e de serviço público, uma vez que apenas a partir destas duas atividades estatais que as taxas são instituídas e cobradas.

⁹ CASALINO, Vinicius. *Curso de Direito Tributário e Processo Tributário*. p. 422.

¹⁰ *Ibidem*, 373.

O poder de polícia, segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro manifesta-se “na atividade do Estado consistente em limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público”.¹¹

O fundamento, portanto, de tal poder é o princípio da predominância do interesse público sobre o particular, segundo o qual a Administração Pública, na condição de defensora dos interesses públicos, recebe da lei poderes especiais que lhe permitem uma posição de superioridade diante do particular.

Trata-se de uma das funções precípua da Administração Pública e representa uma atividade estatal restritiva dos interesses privados, enquanto o serviço público, também considerado uma das funções precípua, caracteriza-se como uma atuação estatal ampliativa da esfera de interesses do particular.¹²

O Código Tributário Nacional conceitua o poder de polícia em seu artigo 78, uma vez que instituiu tal poder como um dos fatos geradores da taxa:

“Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

Parágrafo único. Considera-se regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder”.

Diante de tal conceito, a doutrina costuma conceituar o poder de polícia em seu sentido amplo e em seu sentido estrito.

O primeiro se refere a qualquer limitação estatal à liberdade e propriedade privada, abarcando tanto restrições legislativas quanto limitações administrativas. Já em seu sentido estrito, o poder de polícia se refere apenas às limitações administrativas em relação à liberdade e propriedade privada. Portanto, esta última manifesta-se nas atividades administrativas de fiscalização e

¹¹ PIETRO, Maria Sylvia Di. *Direito Administrativo*. 17 ed. p. 111.

¹² MAZZA, Alexandre. *Manual de Direito Administrativo*. 3 ed. p. 290.

condicionamento dos interesses particulares em favor dos interesses coletivos primários.¹³ Acerca do tema, leciona Marçal Justen Filho:

“Em acepção ampla, o poder de polícia compreende competências legislativas e administrativas. Alude-se a poder de polícia administrativa para indicar o conjunto de competências desenvolvidas pela autoridade estatal em nível infralegal, mediante providências destinadas a dar concretude a valores, princípios e regras consagrados em normas constitucionais e legais”.¹⁴

Assim, o artigo 78 se refere ao poder de polícia no seu sentido estrito. Revela-se possível citar a título de exemplo: a vigilância sanitária e polícia de trânsito. Vale ressaltar, ainda, que a competência administrativa para o exercício de tal poder revela-se fixada na Constituição Federal e disciplinada por meio de leis.¹⁵

Logo, a taxa de polícia objetiva remunerar o custo das atividades administrativas de fiscalização e de condicionamento do interesse privado ao interesse público, exercidas pela Administração Pública, dentro de suas atribuições, e conforme o artigo 78 do CTN.

Outrossim, o referido artigo trata do poder de polícia administrativo, e não judiciário. O primeiro tem caráter predominantemente preventivo, tem por objetivo impedir as ações anti-sociais e se sujeita essencialmente às regras de Direito Administrativo, enquanto que o segundo tem caráter predominantemente repressivo, visa à punição de infratores da lei penal, submetendo-se basicamente ao Direito Processual Penal.¹⁶

A fim de haver a cobrança da taxa de polícia deve haver a efetiva execução do ato de polícia, ou seja, o Poder Público deve exercer, de forma concreta e efetiva, uma atividade de fiscalização, a fim de que seja permitido o recolhimento, da referida taxa pelo particular, ainda que antecipadamente.¹⁷

São exemplos de taxa pelo exercício do poder de polícia: taxa municipal de localização e funcionamento, taxa de avaliação *in loco* das Instituições de Ensino Superior e dos Cursos de Graduação e Taxa de controle de fiscalização ambiental (TCFA).

¹³ MAZZA, Alexandre. *Manual de Direito Administrativo*. p. 3 ed. p. 291.

¹⁴ FILHO, Marçal Justen. *Curso de Direito Administrativo*. 8 ed. p. 553.

¹⁵ CASALINO, Vinícius. *Curso de Direito Tributário e Processo Tributário*. p. 390.

¹⁶ PIETRO, Maria Sylvia Di. *Direito Administrativo*. 17 ed. p. 112.

¹⁷ CASALINO, op. cit. p. 393.

O artigo 145, II, da CF/1988 prevê também as denominadas taxas de serviço, as quais decorrem da prestação de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos à sua disposição.

O legislador constituinte estabeleceu a divisão de dois setores de atuação na Constituição Federal vigente: o domínio econômico (disposto no arts. 170 a 174) e o serviço público (arts. 175 e 176).

O primeiro se refere ao campo de atuação próprio dos particulares, fundamentando-se na valorização do trabalho humano e na livre-iniciativa. O Estado atua na ordem econômica na condição de agente normativo e regulador. Já em relação ao serviço público, tal campo é próprio do Estado, sendo que a prestação de serviços públicos por particulares somente se autoriza quando houver expressa delegação estatal.¹⁸

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, serviço público se define como “toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público”.¹⁹

A doutrina comumente distingue os serviços públicos em *uti singuli* e *uti universi*. O primeiro se refere a satisfação de necessidades individuais, sejam elas homogêneas ou não, enquanto o segundo se refere a satisfação de interesses transindividuais, ou seja, coletivas ou difusas.²⁰

Nesse sentido, os serviços *uti universi*, ou serviços gerais, são de fruição coletiva, por um agrupamento indeterminável de indivíduos, não trazem benefícios de maneira particular para cada usuário. Assim, não se revela possível estabelecer um valor justo que possa ser cobrado a título de remuneração pela prestação. Ademais, por esta razão, não podem ser concedidos, são prestados diretamente pelo Estado e a sua prestação é financiada por meio da receita proveniente de impostos. São exemplos: atividade jurisdicional, varrição de ruas e iluminação pública.²¹

Os serviços públicos *uti singuli*, por sua vez, caracterizam-se como serviços individuais, ou seja, trazem vantagens a cada usuário particularmente considerado, sendo mensurável

¹⁸ MAZZA, Alexandre. *Manual de Direito Administrativo*. p. 3 ed. p. 661.

¹⁹ PIETRO, Maria Sylvia Di. *Direito Administrativo*. 17 ed. p. 99.

²⁰ FILHO, Marçal Juste. *Curso de Direito Administrativo*. 8 ed. p. 688

²¹ MAZZA, Alexandre. *Op cit.* p. 3 ed. p. 663.

a utilização por cada um destes. Dessa maneira, podem ser concedidos e ter sua cobrança por meio de taxas. São exemplos: energia residencial, água canalizada e transporte coletivo.²²

A contraprestação estatal que autoriza a instituição de taxas, portanto, decorre do poder de polícia ou do serviço público *uti singuli*, uma vez que são estas as atividades estatais dirigidas aos indivíduos de forma específica e divisível.

O Código Tributário Nacional, em seu artigo 79, fixa o entendimento a respeito de serviços públicos específicos e divisíveis, aos quais se refere a Constituição Federal e o artigo 77 do CTN.

“Art. 79. Os serviços públicos a que se refere o artigo 77 consideram-se:

I - utilizados pelo contribuinte:

a) efetivamente, quando por ele usufruídos a qualquer título;

b) potencialmente, quando, sendo de utilização compulsória, sejam postos à sua disposição mediante atividade administrativa em efetivo funcionamento;

II - específicos, quando possam ser destacados em unidades autônomas de intervenção, de utilidade, ou de necessidades públicas;

III - divisíveis, quando suscetíveis de utilização, separadamente, por parte de cada um dos seus usuários”.

O serviço público específico se refere àquele serviço que:

“pode ser prestado de maneira relativamente “independente”, quer dizer, cujo oferecimento pode dar-se de forma relativamente “separada” de eventual sistema ou rede. O fornecimento do serviço admite uma atuação “destacada”, isto é, que não seja obrigatoriamente oferecida de forma sistemática à coletividade indeterminada”.²³

Ademais, o artigo ora em estudo não afasta a estruturação do serviço em rede ou sistema, mas prevê que a necessidade ou a utilidade possam ser destacadas em “unidades autônomas de intervenção”. A guisa de exemplo cita-se o sistema de esgoto sanitário.

O serviço divisível, por sua vez, caracteriza-se como aquele passível de ser utilizado de forma separada por cada usuário, ou seja, permite a mensuração de tal fruição individual.

²² MAZZA, Alexandre. *Manual de Direito Administrativo*. p. 3 ed. p. 664.

²³ CASALINO, Vinícius. *Curso de Direito Tributário e Processo Tributário*. p. 399.

Serviços como a prestação jurisdicional, de notários e de registro e a coleta domiciliar de lixo são exemplos de serviços públicos específicos e divisíveis que autorizam o seu custeio por meio de taxas.

Ainda, o artigo 145, II, da CF/88 e o artigo 79, I, do CTN, dispõem acerca da possibilidade de instituir e cobrar taxa pelo uso efetivo ou potencial dos serviços públicos específicos e divisíveis.

A respeito do assunto leciona Roque Carrazza:

“Notamos que o serviço público que rende ensejo à criação da taxa de serviço não precisa, necessariamente, ser usufruído pelo contribuinte. Não basta que *exista* e seja posto à sua disposição. Daí podemos dizer que, ao contrário do que ocorre noutros países, existem (ou podem existir), no Brasil, as taxas de serviço *fruído* e as taxas de serviço *fruível*. A simples disponibilidade do serviço público abre espaço à tributação por meio de taxa de serviço”.²⁴

A utilização do serviço público pelo administrado pode se dar de forma compulsória ou facultativa. A primeira decorre de lei, e tal obrigatoriedade funda-se em valores ou interesses públicos resguardados pela Constituição Federal. Assim, apenas a disponibilidade dos serviços públicos que se caracterizam de utilização compulsória permitem a cobrança da taxa de serviço fruível. A coleta domiciliar de lixo é abarcada por esta hipótese, por exemplo.²⁵

Visto isso, partiremos para a análise da competência para a instituição de taxas.

5. Competência dos Entes Federativos para a Instituição de Taxas

A competência para a instituição de taxas difere da de impostos, uma vez que se trata esta última de competência privativa, enquanto, a semelhança das contribuições de melhoria, a primeira caracteriza-se como competência tributária comum.

As taxas não se revelam distribuídas entre os entes federativos, o artigo 145, II, da CF/88 apenas prevê que sua instituição deve ser vinculada ao exercício do poder de polícia ou à prestação de serviços públicos específicos e divisíveis. Assim, a União, Estados, Distrito Federal e

²⁴ CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 26 ed. p. 551.

²⁵ *Ibidem*, p. 552.

Municípios estão autorizados a instituir a taxas, desde que realizem a atividade estatal disposta no referido artigo.

Nesse sentido, a competência tributária fica vinculada à competência administrativa. Logo, a fim de saber qual ente é o competente para instituir a taxa, mister se faz saber qual ente é o competente administrativamente para prestar o poder de polícia ou o serviço público específico e divisível que autorizam a instituição de tal tributo.²⁶ O eminente professor Roque Carrazza preleciona conforme o exposto:

“Portanto, a criação legislativa da taxa ou contribuição de melhoria pressupõe a existência de competência administrativa da pessoa política tributante. Dito de outro modo, a competência para instituir tributos vinculados está ligada ao exercício da competência administrativa que a entidade tributante recebeu da Constituição para prestar o serviço público, para praticar o ato de polícia ou para realizar a obra pública”.²⁷

Assim, nas palavras de Vinícius Casalino “a celebração de convênios administrativos não desloca a competência para a instituição de taxas. De fato, a competência tributária está fixada em nível constitucional e não pode ser delegada por ato normativo inferior”.²⁸

Conclui-se, portanto, no que pese a competência tributária para a instituição de taxas ser comum, ela guarda certo aspecto privativo, uma vez que está vinculada a competência administrativa de cada ente da federação.

6. Taxa de Combate a Incêndio no Município de Londrina e sua Competência Tributária

O Código Tributário Municipal de Londrina caracteriza-se disciplinado pela Lei 7.303/97²⁹ e suas alterações. O Título VI do referido diploma legal dispõe sobre as taxas decorrentes da utilização efetiva ou potencial de serviços públicos divisíveis, prestados aos contribuintes ou postos à sua disposição. Por conseguinte, o capítulo IV de tal título prevê a taxa de combate a incêndio nos artigos 244 e 245:

²⁶ CASALINO, Vinícius. *Curso de Direito Tributário e Processo Tributário*. p. 377.

²⁷ CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 26 ed. p. 680.

²⁸ CASALINO, op. cit. p. 377.

²⁹ http://www1.londrina.pr.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=348&Itemid=406.

“Art. 244. Os serviços decorrentes da utilização da vigilância e prevenção de incêndio, específicos e divisíveis, prestados aos contribuintes ou postos à sua disposição, compreendem:

I - Potencialmente, quando sejam postos à sua disposição mediante atividade administrativa em efetivo funcionamento, no caso de utilização compulsória;
II - Específicos, quando possam ser destacados em unidades autônomas de intervenção, de utilidade ou necessidade pública”.

“Art. 245. A taxa de combate a incêndio será calculada em função da área edificada e da utilização do imóvel e devida anualmente de acordo com a Tabela XVII”.

A referida taxa decorre dos serviços públicos prestados pelo Corpo de Bombeiros Militar, logo, conforme já estudado, a fim de saber qual ente federativo caracteriza-se como competente para instituir a taxa de combate a incêndio, necessário se faz saber qual Pessoa Política é a competente para exercer tal atividade.

O artigo 144 da Carta Magna dispõe sobre o Corpo de Bombeiros Militar, um dos órgãos responsáveis pela segurança pública. Assim, estabelece, portanto:

“Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

(...)

V - polícias militares e corpos de bombeiros militares.

(...)

§ 6º - As polícias militares e corpos de bombeiros militares, forças auxiliares e reserva do Exército, subordinam-se, juntamente com as polícias civis, aos Governadores dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.

(...)

Face ao exposto, observa-se que o Corpo de Bombeiros é órgão estadual, assim, o ente federativo que detém a competência tributária das taxas de combate a incêndio são os Estados.

7. Da Possibilidade de Cobrança da Taxa de Combate a Incêndio por meio de Convênio

O Código Tributário Nacional, em seu artigo 7º, estabelece:

Art. 7º A competência tributária é indelegável, salvo atribuição das funções de arrecadar ou fiscalizar tributos, ou de executar leis, serviços, atos ou decisões administrativas em matéria tributária, conferida por uma pessoa jurídica de direito público a outra, nos termos do § 3º do artigo 18 da Constituição.

§ 1º A atribuição compreende as garantias e os privilégios processuais que competem à pessoa jurídica de direito público que a conferir.

§ 2º A atribuição pode ser revogada, a qualquer tempo, por ato unilateral da pessoa jurídica de direito público que a tenha conferido.

§ 3º Não constitui delegação de competência o cometimento, a pessoas de direito privado, do encargo ou da função de arrecadar tributos.

Assim, tal dispositivo prevê a possibilidade de outro ente federativo, não aquele competente para a matéria tributária, de arrecadar ou fiscalizar tributos, assim como executá-los.

Trata-se, pois, de delegação da capacidade tributária ativa, e não da competência tributária. A primeira, como já estudado, consiste na cobrança do tributo em razão de função administrativa, deve estar autorizada em lei e ser obrigatoriamente exercida – sob pena de responsabilidade funcional, conforme o artigo 142, parágrafo único, do CTN. Portanto, passível é de delegação de uma pessoa jurídica de direito público a outra.³⁰

A competência tributária, por sua vez, caracteriza-se como a aptidão de criar, por meio de lei, os tributos. Esta é indelegável. Nesse sentido, o Enunciado nº 6 das Câmaras de Direito Tributário do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná preceitua que “A taxa de prevenção e combate a incêndio é legítima, quando atende aos requisitos de especificidade e divisibilidade, correspondendo a serviços prestados ou postos à disposição do contribuinte. Entretanto, o Município não pode instituí-la, por ser de competência tributária do Estado”.³¹

No entanto, os tribunais veem decidindo no sentido de que o Município não possui competência tributária para instituir taxas de combate a incêndio, porém, revela-se possível a delegação a ele por parte do Estado, através de convênio, da capacidade tributária ativa, permitindo-lhe, assim, arrecadar, fiscalizar e executar as taxas. Dessa forma, não cabe ao Município instituir ou legislar acerca da matéria, mas apenas efetuar a cobrança da taxa de combate a incêndio.

Segue entendimento jurisprudencial do TJ/PR acerca do tema:

³⁰ CASALINO, Vinícius. *Curso de Direito Tributário e Processo Tributário*. p. 64.

³¹ <http://www.tjpr.jus.br/enunciados>

EXECUÇÃO FISCAL - OBJEÇÃO DE EXECUTIVIDADE - IPTU E TAXAS. TAXA DE SINISTRO DO MUNICÍPIO DE CASCAVEL - PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DE DEFESA CIVIL E DE VIGILÂNCIA E PREVENÇÃO DE INCÊNDIO - COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA DO ESTADO - TJPR, ENUNCIADO 6 E SÚMULA 34 - POSSIBILIDADE, CONTUDO, DA REALIZAÇÃO DE COBRANÇA PELO MUNICÍPIO MEDIANTE CONVÊNIO - LEI ESTADUAL Nº 13.976/2002 - TRANSFERÊNCIA DA CAPACIDADE TRIBUTÁRIA ATIVA (CTN, ART. 7.º)- ILEGALIDADE DA COBRANÇA QUE, NO PRESENTE CASO, SE FUNDA NA OCORRÊNCIA DE INSTITUIÇÃO (= CRIAÇÃO) DO TRIBUTO PELO MUNICÍPIO (LEI MUNICIPAL Nº 7.303/1997)- INVASÃO DE COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA ESTADUAL CONFIGURADA - DECISÕES DA CORTE ESPECIAL DESTES TRIBUNAL EM SITUAÇÕES ANÁLOGAS (ADIN Nº 740707-0 E ADIN Nº 778205-2). RECURSO DESPROVIDO. (TJ-PR, Relator: Rabello Filho, Data de Julgamento: 23/04/2013, 3ª Câmara Cível). *(grifo nosso)*

AGRAVO DE INSTRUMENTO EXECUÇÃO FISCAL PRESCRIÇÃO CONFIGURADA TRANSCURSO DE MAIS DE CINCO ANOS ENTRE A CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA E A INTERRUÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL TAXA DE LIMPEZA PÚBLICA - INCONSTITUCIONALIDADE CONFIGURADA INDIVISIBILIDADE E NÃO ESPECIFICIDADE DO SERVIÇO TAXA DE COMBATE A INCÊNDIO COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA DO ESTADO - CONVÊNIO FIRMADO ENTRE OS ESTADO E OS MUNICÍPIOS - POSSIBILIDADE, APENAS, DE TRANSFERIR A CAPACIDADE TRIBUTÁRIA ATIVA MULTA MORATÓRIA E DE INSCRIÇÃO DE DÍVIDA ATIVA REDUÇÃO DO VALOR POR LEI POSTERIOR APLICAÇÃO DA LEI MAIS BENÉFICA CABIMENTO ART. 106, INCISO II, ALÍNEA "C", DO CTN AUSÊNCIA DE DISTINÇÃO ENTRE MULTAS MORATÓRIAS E MULTAS PUNITIVAS RECURSO CONHECIDO E NEGADO PROVIMENTO. (TJPR - III CCv - Ag Instr 0839292-9 - Rel.: Dimas Ortêncio de Melo - Julg.: 20/03/2012 - Unânime) *(grifo nosso)*

AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXCEÇÃO DE PRÉ- EXECUTIVIDADE - MATÉRIAS DE ORDEM PÚBLICA - PRESCRIÇÃO E TAXAS - POSSIBILIDADE. PRESCRIÇÃO DOS DÉBITOS TRIBUTÁRIOS RELATIVOS AO EXERCÍCIO FINANCEIRO DE 2000 - INAPLICABILIDADE DO ART. 2º, § 3º, DA LEI Nº 6.830/80 (SUSPENSÃO DA PRESCRIÇÃO POR 180 DIAS POR OCASIÃO DA INSCRIÇÃO EM DÍVIDA ATIVA) - APLICABILIDADE SOMENTE ÀS DÍVIDAS DE NATUREZA NÃO- TRIBUTÁRIA. TAXA DE CONSERVAÇÃO DE LOGRADOUROS E LIMPEZA PÚBLICA - INCONSTITUCIONALIDADE - ENUNCIADO Nº07 DAS CÂMARAS DE DIREITO TRIBUTÁRIO DESTES EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. TAXA DE COMBATE A INCÊNDIO. LEGALIDADE DA COBRANÇA PELA MUNICIPALIDADE. EXISTÊNCIA DE CONVÊNIO ENTRE O ESTADO E O MUNICÍPIO PARA DIVISÃO DAS DESPESAS COM A MANUTENÇÃO DO SERVIÇO DE PREVENÇÃO E COMBATE A

INCÊNDIO - POSSIBILIDADE DE TRANSFERÊNCIA, APENAS, DA CAPACIDADE TRIBUTÁRIA ATIVA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (TJPR - 3ª C.Cível - AI - 882766-1 - Francisco Beltrão - Rel.: Denise Hammerschmidt - Unânime - - J. 22.05.2012) (*grifo nosso*)

Na lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “define-se convênio como forma de ajuste entre o Poder Público e entidades públicas ou privadas para a realização de objetivos de interesse comum, mediante mútua colaboração”.³²

Assim, convênio caracteriza-se como um acordo administrativo multilateral celebrado por entidades públicas de qualquer espécie, sejam elas ente federativo ou não, ou entre estas e organizações particulares, com a finalidade de cooperação recíproca para atingir objetivos comuns aos conveniados. Vale ressaltar que, ao contrário do consórcio, não formam uma nova pessoa jurídica.³³

O convênio revela-se regulado, de modo genérico, no artigo 116 da Lei nº 8.666, no entanto, no âmbito federal, há uma diversidade de atos regulamentares infralegais disciplinando o instituto. Previsto está, portanto, na referida lei:

Art. 116. Aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração.

§ 1º A celebração de convênio, acordo ou ajuste pelos órgãos ou entidades da Administração Pública depende de prévia aprovação de competente plano de trabalho proposto pela organização interessada, o qual deverá conter, no mínimo, as seguintes informações:

I - identificação do objeto a ser executado;

II - metas a serem atingidas;

III - etapas ou fases de execução;

IV - plano de aplicação dos recursos financeiros;

V - cronograma de desembolso;

VI - previsão de início e fim da execução do objeto, bem assim da conclusão das etapas ou fases programadas;

VII - se o ajuste compreender obra ou serviço de engenharia, comprovação de que os recursos próprios para complementar a execução do objeto estão devidamente assegurados, salvo se o custo total do empreendimento recair sobre a entidade ou órgão descentralizador.

§ 2º Assinado o convênio, a entidade ou órgão repassador dará ciência do mesmo à Assembléia Legislativa ou à Câmara Municipal respectiva.

§ 3º As parcelas do convênio serão liberadas em estrita conformidade com o plano de aplicação aprovado, exceto nos casos a seguir, em que as mesmas ficarão retidas até o saneamento das impropriedades ocorrentes:

I - quando não tiver havido comprovação da boa e regular aplicação da parcela anteriormente recebida, na forma da legislação aplicável, inclusive

³² PIETRO, Maria Sylvia Di. *Direito Administrativo*. 17 ed. p. 292.

³³ MAZZA, Alexandre. *Manual de Direito Administrativo*. 3 ed. p. 456.

mediante procedimentos de fiscalização local, realizados periodicamente pela entidade ou órgão descentralizador dos recursos ou pelo órgão competente do sistema de controle interno da Administração Pública;

II - quando verificado desvio de finalidade na aplicação dos recursos, atrasos não justificados no cumprimento das etapas ou fases programadas, práticas atentatórias aos princípios fundamentais de Administração Pública nas contratações e demais atos praticados na execução do convênio, ou o inadimplemento do executor com relação a outras cláusulas conveniais básicas;

III - quando o executor deixar de adotar as medidas saneadoras apontadas pelo partícipe repassador dos recursos ou por integrantes do respectivo sistema de controle interno.

§ 4º Os saldos de convênio, enquanto não utilizados, serão obrigatoriamente aplicados em cadernetas de poupança de instituição financeira oficial se a previsão de seu uso for igual ou superior a um mês, ou em fundo de aplicação financeira de curto prazo ou operação de mercado aberto lastreada em títulos da dívida pública, quando a utilização dos mesmos verificar-se em prazos menores que um mês.

§ 5º As receitas financeiras auferidas na forma do parágrafo anterior serão obrigatoriamente computadas a crédito do convênio e aplicadas, exclusivamente, no objeto de sua finalidade, devendo constar de demonstrativo específico que integrará as prestações de contas do ajuste.

§ 6º Quando da conclusão, denúncia, rescisão ou extinção do convênio, acordo ou ajuste, os saldos financeiros remanescentes, inclusive os provenientes das receitas obtidas das aplicações financeiras realizadas, serão devolvidos à entidade ou órgão repassador dos recursos, no prazo improrrogável de 30 (trinta) dias do evento, sob pena da imediata instauração de tomada de contas especial do responsável, providenciada pela autoridade competente do órgão ou entidade titular dos recursos.

Tal espécie de contrato administrativo não possui como intuito o fim de lucro, mas sim a atuação harmônica entre os conveniados com vistas a alcançar o bem comum e produzindo efeitos vinculantes entre as partes.³⁴

Portanto, por meio de convênio, modalidade de contrato administrativo, manifesta-se possível o Estado e o Município se associarem com a finalidade de cobrarem as taxas de combate a incêndio, de relevância coletiva, uma vez que custeia a atividade exercida pelo Corpo de Bombeiros Militar.

Vale ressaltar, por fim, que o Município deve se limitar a tão somente cobrar a taxa, uma vez que a extrapolação de tal delegação feriria a competência tributária do Estado, sendo, dessa forma, inconstitucional.

³⁴ FILHO, Marçal Justen. *Curso de Direito Administrativo*. 8 ed. p. 422.

8. Conclusão

Pelo exposto, tem-se que as taxas se caracterizam como um dos tributos autorizados pela Constituição Federal a serem instituídos pela União, Estados, Municípios e Distrito Federal, em razão do exercício do Poder de Polícia ou serviços públicos de natureza *uti singuli*.

Trata-se, portanto, de competência comum entre os entes da federação, sendo que, cabe ao ente administrativamente competente para o exercício do Poder de Polícia ou serviços públicos, específicos e divisíveis, a instituição de taxas que financiem esta prestação estatal.

Nesse sentido, por ser o Corpo de Bombeiros Militar órgão estadual, segundo o artigo 144 da Constituição Federal, caberia ao Estado a competência tributária da taxa de combate a incêndio, caracterizando-se esta como a contraprestação efetuada pelo usuário a fim de custear os serviços prestados ou postos a disposição por esta corporação.

A jurisprudência, no entanto, vem se firmando no sentido de ser possível a delegação de um ente a outro da capacidade tributária ativa, conforme o artigo 7º da Constituição Federal. Esta consiste tão somente em fiscalizar e cobrar o tributo, não abarcando a instituição do mesmo, visto que a aptidão para criar tributos consiste na competência tributária, a qual não é passível de delegação.

Portanto, revela-se permitido ao Estado delegar ao Município a capacidade tributária ativa para cobrança das taxas de combate a incêndio. Tal delegação dar-se-á por meio de convênio, o qual se manifesta como um acordo administrativo celebrado por duas entidades públicas, a fim de alcançar objetivos comuns, sem a finalidade de lucro.

Conclui-se, assim, pelo presente estudo, que a cobrança de taxas de combate a incêndio pelos Municípios revela-se legítima, desde que presente o convênio firmado com o Estado para tal fim, sendo que deve a Municipalidade se restringir a este âmbito de atuação, uma vez que lhe é vedada a instituição das referidas taxas.

9. Referências Bibliográficas

BRASIL. Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172.htm>. Acesso em 29 de set de 2013.

_____. Lei 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>. Acesso em 29 de set de 2013.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 29 de set de 2013.

CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

CASALINO, Vinícius. *Curso de Direito Tributário e Processo Tributário*. Vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

FILHO, Marçal Justen. *Curso de Direito Administrativo*. 8 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

MAZZA, Alexandre. *Manual de Direito Administrativo*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

PIETRO, Maria Sylvia Di. *Direito Administrativo*. 17 ed. São Paulo, Atlas, 2004.

