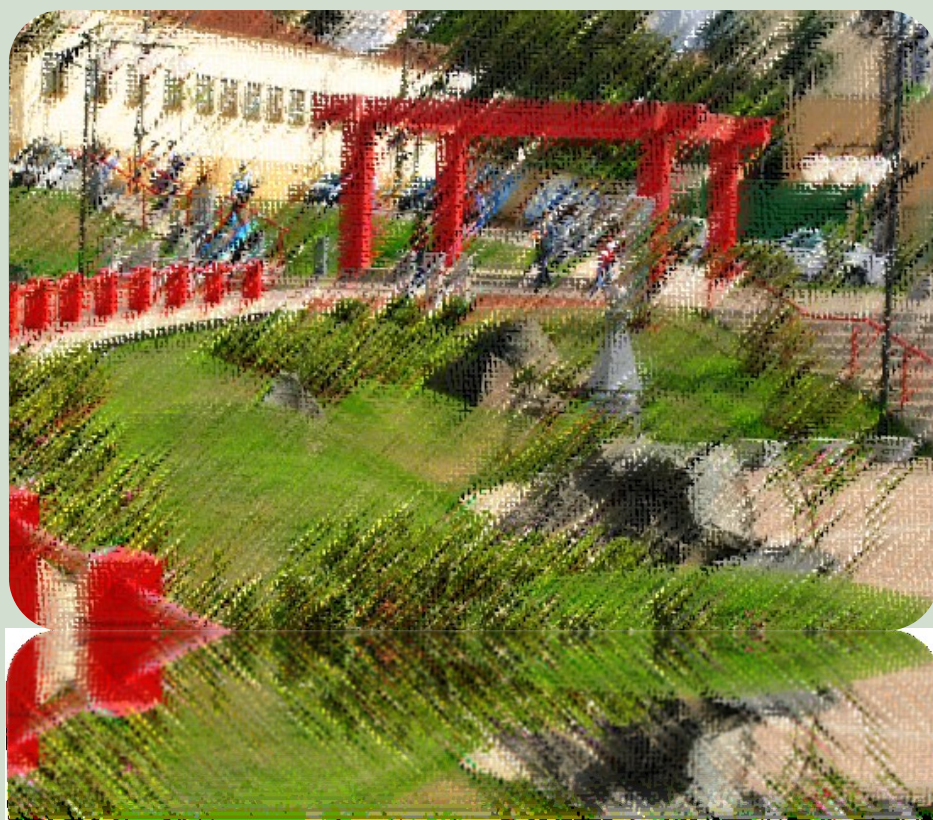


Revista de Direito Público

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 6 ■ Vol. 6 ■ N. 1 ■ Jan./Dez. 2017



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. 6, Nº 1, Dezembro 2017
Londrina

RDP-PGM Londrina	Londrina	V. 6 – Nº 1	328 p.	Dezembro 2017
------------------	----------	-------------	--------	---------------

Revista de Direito Público

da Procuradoria-Geral
do Município de Londrina

Conselho Editorial

João Luiz Martins Esteves (Coordenador)
Carlos Renato Cunha
Celso Zamoner
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: revista@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.6,n.1, (Dez, 2017) – Londrina, 2017.

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: dez. 2017

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

João Luiz Martins Esteves

Procurador-Geral Adjunto de Gestão do Contencioso

Sérgio Veríssimo de Oliveira Filho

Procuradora-Geral Adjunta de Gestão da Consultoria

Renata Kawasaki Siqueira

Corregedora-Geral do Município

Alexandre Alberto Trannin

Gerente de Assuntos de Pessoal - GAP

Sérgio Correia

Gerente de Serviços Públicos - GSP

Luciano Sodré Galves

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

Amanda Casado Ribas

Gerente de Execução Fiscal – GEF

Marcelo Moreira Candeloro

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

Eliza Tizuru Sonomura

Coordenadora de Apoio à Arrecadação Fiscal – CAAF

Renan Willian Barbosa Paulino

Coordenadoria de Análise de RPVs e Precatórios

Carolina Bombonato Borchart

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 e Diretor de Assuntos Jurídicos e Institucionais (Vice-Presidente)
Marcelo Moreira Candeloro

Diretor Administrativo
Gisele Cristiane Campanari Milliorini

Diretor Financeiro
Leonardo Martin Garcia

Diretora de Comunicação
Lia Correia

Diretora de Eventos
Sérgio Correa

Diretor do Núcleo de Estudos Jurídicos
Fábio César Teixeira

Conselho Fiscal
Sérgio Veríssimo de Oliveira Filho
Sabrina Favero Rezende
Celso Zamoner
Ellen Patrícia Chini (suplente)

SUMÁRIO

EDITORIAL.....	9
ARTIGOS	
SALÁRIO DIGNO COMO DIREITO FUNDAMENTAL E A REALIDADE DO CIDADÃO ENQUANTO SUJEITO DE DIREITO	
<i>Ângela Tereza Lucchesi</i>	
<i>Erika Fernanda Tangerino Hernandez</i>	11
FORMA DE PAGAMENTO ORIUNDO DE CONDENAÇÕES CONTRA A FAZENDA PÚBLICA: DISTINÇÃO ENTRE OS PROCEDIMENTOS DA RPV E DO PRECATÓRIO NO MUNICÍPIO DE LONDRINA	
<i>Carolina Bombonato Borchart</i>	
<i>Carlos Renato Cunha</i>	37
REFIS DA CRISE OU CRISE DO REFIS? UMA ABORDAGEM DO DEVER DE ARRECADAR E DAS CAUTELAS À RECUPERAÇÃO PARCELADA DE CRÉDITOS FISCAIS	
<i>Claus Epaminondas Carvalho</i>	49
ATIVISMO JUDICIAL NA ÁREA DE SAÚDE: A IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PELO PODER JUDICIÁRIO	
<i>Cristiane do Amaral Meneguelli</i>	
<i>Isabela Simon Ponte</i>	
<i>Sandra Cristina Fonseca</i>	69
ASPECTOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO À EDUCAÇÃO	
<i>Daniele Lauermann Valadão de Freitas</i>	93
ROUPAGEM DE PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS E RESULTADOS: FRAUDE A LEGISLAÇÃO TRABALHISTA	
<i>Emily Garcia</i>	105
O ANTIGO SISTEMA DAS SATRÁPIAS DO PRIMEIRO IMPÉRIO PERSA E SUA CORRELAÇÃO COM O ATUAL SISTEMA FEDERALISTA BRASILEIRO	
<i>Gabriel Cavalcante Cortez</i>	115
DIREITO À SAÚDE	
<i>Giovana Ferreira Muraro</i>	130
A POLÊMICA SOBRE O IPTU COM OS VALORES DO LOTE ORIGINÁRIO	
<i>José Roberto Reale</i>	
<i>Paulo Nobuo Tsuchiya</i>	146

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO SOB A ÓTICA DAS ESCOLAS DO DIREITO E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS <i>Uliana Ferreira Lara do Espírito Santo</i>	155
CRITÉRIO ESPACIAL DA HIPÓTESE DA NORMA TRIBUTÁRIA <i>Valterlei A. da Costa</i>	171
A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NO DIREITO BRASILEIRO <i>Vivian Carla da Costa</i>	197
O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE CERRADA NO ÂMBITO DO ICMS – DECRETO ESTADUAL 442/2015 <i>Washington Aparecido Pinto</i>	206
PARECERES	
POSSIBILIDADE DE CANCELAMENTO ADMINISTRATIVO DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO EXECUTADO, CONSTATADA A PRESCRIÇÃO E/OU ILEGITIMIDADE PASSIVA <i>Ana Lucia Costa</i>	240
IMPACTOS DA LEI 13.019/2014 EM PROJETOS CULTURAIS E AMBIENTAIS <i>Celso Zamoner</i>	254
RETENÇÃO DE IMPOSTO DE RENDA EM PAGAMENTO DE PRECATÓRIOS/RPVS <i>Fábio César Teixeira</i>	264
FORMA DE APURAÇÃO DE ILÍCITO ADMINISTRATIVO NO CASO DE EMPREGADO PÚBLICO <i>Lais Rissi</i>	274
IMPOSSIBILIDADE DE CONTROLE DE JORNADA POR PONTO ELETRÔNICO PARA O CARGO DE PROCURADOR DO MUNICÍPIO <i>Sergio Correa</i>	282
CASOS DE NÃO INCIDÊNCIA DA LEI N. 13.019/2014 <i>Sérgio Veríssimo de Oliveira Filho</i>	314

EDITORIAL

Nesta 6ª edição da Revista de Direito Público da Procuradoria-Geral do Município tem-se um novo recorde do número de artigos e de pareceres publicados, razão de comemoração pela consolidação do periódico.

Na busca do aprimoramento de nossa Revista, iniciaremos os procedimentos para buscar a qualificação Qualis que melhor se adéque ao perfil da publicação.

Agradecendo aos que colaboraram com a presente edição, desejando boas festas a todos!

Londrina-PR
Dezembro de 2017.

João Luiz Martins Esteves
Procurador-Geral do Município
Coordenador da Revista

Marcelo Moreira Candeloro
Presidente da APROLON

Fábio César Teixeira
Diretor do Núcleo de Estudos Jurídicos da APROLON

SALÁRIO DIGNO COMO DIREITO FUNDAMENTAL E A REALIDADE DO CIDADÃO ENQUANTO SUJEITO DE DIREITO

Ângela Tereza Lucchesi

Bacharel em Direito. Graduada na Faculdade Arthur Thomas. Trabalha como Assistente Jurídico na Micheletti Advocacia. E-mail hadhra@gmail.com.

Erika Fernanda Tangerino Hernandez

Advogada. Professora na Unifil EAD – curso de Serviços Jurídicos e do curso de Direito; professora do curso de Direito das Faculdades Londrina. Mestre em Geografia, Meio Ambiente e Desenvolvimento pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Especialista em Direito e Processo Penal pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Especialista em Educação a Distância pela Faculdade Arthur Thomas (FAAT - Londrina-PR). E-mail: erika.hernandez@bol.com.br.

RESUMO: Objetivou-se com este artigo, analisar a existência ou não de violação dos direitos fundamentais, especificamente a igualdade, dignidade e salário digno. Para isto, foi necessário elaborar quadros comparativos da evolução do salário mínimo e salário dos parlamentares e servidores públicos do alto escalão, além de indicar os benefícios concedidos a estes, possibilitando assim, observar se na realidade do cidadão brasileiro, estes direitos fundamentais são efetivos. Demonstrou-se claramente que o salário digno previsto como direito fundamental na Constituição Federal, não é uma realidade na vida do cidadão, que paga impostos, não tem retorno em serviços públicos, e muito menos a possibilidade de uma vida digna, mas proporciona salários milionários e benefícios ilimitados aos seus representantes. Utilizou-se a pesquisa bibliográfica, por meio de artigos, periódicos, publicações, legislação e sites que fornecem informações reais sobre esta realidade.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos fundamentais. Constituição Federal. Salário digno. Igualdade. Dignidade.

ABSTRACT: It was aimed at with this article, to analyze the existence or not of violation of the fundamental rights, specifically the equality, dignity and worthy wage. For this, it was necessary to elaborate comparative pictures of the evolution of the minimum wage and the parliamentarians' wage and public servers of the high step, besides indicating the benefits granted to these, making possible like this, to observe in the Brazilian citizen's reality, these fundamental rights are effective. It was demonstrated clearly that the worthy wage foreseen as fundamental right in the Federal Constitution, it is not a reality in the citizen's life, that pays imposed, he/she doesn't have return in public services, and much less the possibility of a worthy life, but it provides millionaire wages and limitless benefits to your representatives. The bibliographical research was used, through goods, newspapers, publications, legislation and sites that supply real information about this reality.

KEY-WORDS: Fundamental rights. Federal Constitution. Worthy Wage. Equality. Dignity.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO - 1. CONCEITUANDO OS DIREITOS FUNDAMENTAIS - 1.2 Definição de direitos fundamentais - 2. SALÁRIO DIGNO ENQUANTO DIREITO SOCIAL FUNDAMENTAL - 2.1 Conceituando Salário - 2.2 Natureza Jurídica do Salário - 2.3 Do Salário Mínimo - 2.4 O Salário Mínimo e sua Previsão na Constituição Federal - 3. O SALÁRIO MÍNIMO NA REALIDADE DO CIDADÃO BRASILEIRO - 3.1 Igualdade x Salário digno no Brasil - CONCLUSÃO - REFERÊNCIAS

INTRODUÇÃO

O presente artigo buscou analisar a aplicação dos direitos fundamentais na realidade do povo brasileiro, especificamente direito à salário digno, dignidade e igualdade.

O direito fundamental a um salário digno, o direito a igualdade, o direito a dignidade, embora previstos na Constituição Federal, visivelmente não estão presentes na realidade do cidadão que paga seus impostos, a exemplo cita-se o salário mínimo, atualmente em R\$ 937,00 que não é suficiente sequer para suprir despesas de moradia, alimentação, educação, mas mesmo assim o Governo, com a finalidade de “economizar” 300 milhões, irá descontar dez reais no próximo ano, enquanto que os salários dos parlamentares de 33 mil reais, passará a ser 39 mil reais, uma gritante violação aos princípios da isonomia e dignidade.

Para chegar este objetivo, foram elaborados dois capítulos.

O primeiro capítulo buscou conceituar brevemente os direitos fundamentais. O segundo capítulo buscou conceituar o salário mínimo, sua natureza jurídica, enquanto direito previsto na Constituição Federal. Já o terceiro e último capítulo para verificar a realidade do cidadão em relação ao valor do salário mínimo, comparou-se o reajuste sofrido nos últimos anos, sendo que em 2017 foi de 6,48% enquanto os reajustes salariais de parlamentares e servidores públicos do alto escalão de 2014 a 2017 variaram de 26% a 41%, deixando a desejar o objetivo do salário mínimo, que deveria suprir a subsistência do trabalhador e de sua família, está longe de ser alcançado.

1. CONCEITUANDO OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

1.2 Definição de direitos fundamentais

A priori necessita-se apresentar a distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais, embora um não deixe de ser complemento do outro, visto que ambos têm o homem como titular.

Em que pese sejam ambos os termos (“direitos humanos” e “direitos fundamentais”) comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direitos internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional).¹

José Afonso da Silva² adotou a “expressão direitos fundamentais do homem”, pois determina que:

[...] no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualificativo fundamentais acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais do homem no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados. Do homem não como o macho da espécie, mas no sentido de pessoa humana. Direitos fundamentais do homem significa direitos fundamentais da pessoa humana ou direitos fundamentais.

Segundo Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins³ direitos fundamentais são:

[...] direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual.

Para Ingo Wolfgang Sarlet⁴ conceitua direitos fundamentais como:

[...] todas aquelas proposições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não,

¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 9ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 29.

² SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 178.

³ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 49.

⁴ **Op. Cit.** SARLET, p. 77.

assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do Catálogo).

Portanto, o conceito de direito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro é aquele materialmente aberto de direito fundamental, visto não existir restrição ou previsão taxativa na CF, mas sim a possibilidade de “inclusão de outros direitos não previstos” ali ⁵.

De contrapartida, na esfera internacional, a denominação de direitos humanos é mais adequada, em especial nos tratados internacionais, citando a exemplo disso, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, da ONU, de 1948.

Sendo assim, podemos afirmar os direitos fundamentais como aqueles considerados essenciais para qualquer ser humano, independentemente de qualquer qualificação pessoal, constituindo um núcleo intangível de direitos dos seres humanos catalogados na ordem jurídica do país⁶.

Entende-se, portanto, que “direitos humanos” relacionam-se a “valores de liberdade e igualdade na esfera jurídica internacional”, e “direitos fundamentais” enfatizam os “direitos humanos” na esfera jurídica interna de determinado país⁷.

2. SALARIO DIGNO ENQUANTO DIREITO SOCIAL FUNDAMENTAL

2.1 Conceituando Salário

Segundo De Plácido e Silva⁸:

Salário Mínimo é a contraprestação mínima devida e paga diretamente pelo empregador a todo trabalhador, inclusive ao trabalhador rural, sem distinção de sexo, por dia normal de serviço, e capaz de satisfazer as suas necessidades normal de alimentação, habitação, vestuário, higiene e transporte. Praticamente, pois, o salário mínimo correspondente a matéria de um *quantum* mínimo, indispensável a manutenção do empregado em um dia, nele se incluindo, não somente o dinheiro necessário à alimentação.

De acordo com a CLT - Consolidação das Leis do Trabalho, no artigo 76:

Salário mínimo é a contraprestação mínima devida e paga diretamente pelo empregador a todo trabalhador, (...) capaz de satisfazer, (...) suas necessidades normais de alimentação, habitação,

⁵ **Op.Cit.** SILVA, online

⁶ **Idem.**

⁷ CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª edição. Salvador: JusPODIVM, 2008. p. 57.

⁸ SILVA, De Plácido. **Vocabulário Jurídico**. 32ª Ed. São Paulo: Forense, 2016.

vestuário, higiene e transporte.

De modo geral, entende-se que trata-se o salário de uma contraprestação do trabalho prestado, recebendo remuneração do empregador. Neste sentido, Délio Maranhão e Luiz Inácio Barbosa Carvalho⁹ “salário é retribuição pelo trabalho prestado, pago diretamente pelo empregador”. Mozart Victor Russomano¹⁰ completa:

(...) acentuamos o caráter cumulativo do contrato de trabalho: há presuntiva correlação entre o trabalho realizado e o valor pago pelo empresário, da qual resulta a recíproca liberação das partes no que concerne às obrigações resultantes do contrato.

De acordo com Orlando Gomes e Elson Gottschalk¹¹, “só há salário quando há trabalho. Qualquer remuneração paga ao empregado sem trabalho prestado não é, tecnicamente salário”.

Não se encontra na Constituição Federal uma conceituação do salário, mas dispõe sobre sua tutela, por meio de princípios, os quais comandam o sistema jurídico. Neste sentido, Amauri Mascaro Nascimento¹² se manifesta:

A tutela constitucional do salário mostra a importância do salário para o ordenamento jurídico, como o é também para a economia, nesta área submetendo-o a regras e finalidades nem sempre compatíveis com as normas do direito do trabalho. O que deve ser levado em conta são as duas visões diferentes do salário nessas áreas, para a economia o salário é um custo da produção, para o direito do trabalho o salário é o meio de subsistência do trabalhador e de sua família, estando, nessa conjunção, toda a problemática cujo delineamento cabe às políticas públicas de desenvolvimento econômico e de garantias sociais. Os dois setores da Ciência não devem ser antagônicos, mas, ao contrário, convergentes, no interesse maior do País, o que exige a valorização do salário pela economia e defesa do salário pelo direito do trabalho para que cumpra os seus fins sociais.

Portanto, o salário equivale a um valor em dinheiro recebido ao final de um determinado período de trabalho, como forma de pagamento para sobrevivência do trabalhador e de sua família¹³.

⁹ MARANHÃO, Délio; CARVALHO, Luiz Inácio Barbosa. **Direito do Trabalho**. 17ª ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1997.

¹⁰ RUSSOMANO, Mozart Victor. **Curso de Direito do Trabalho**. 8ª ed. Curitiba: Juruá, 2001. p. 345

¹¹ GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de Direito do Trabalho**. 17ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

¹² **Idem**, p. 98

¹³ ROCHA, Osires. Salário. **Enciclopédia de Direito**, v. 66. São Paulo: Saraiva, 1981.

2.2 Natureza Jurídica do Salário

A doutrina majoritária reconhece que a natureza jurídica do salário é alimentar¹⁴. No sentido Maurício Godinho Delgado¹⁵, afirma que:

(...) a intangibilidade dos salários merece garantias diversificadas, de modo a assegurar seu valor, montante e disponibilidade em benefício do empregado, em virtude da sua natureza de caráter alimentar, atendendo às exigências naturais e as necessidades do ser humano.

Mozart Victor Russomano¹⁶ ressalta a natureza alimentar do salário, e devem constituir os meios para subsistência dos trabalhadores e suas famílias, e reforça que "(...) a natureza alimentar do salário reclama, de parte do legislador, regulamentação cuidadosa".

2.3 Do Salário Mínimo

A Lei 185/36 e o Decreto-Lei nº 399/38 instituíram no Brasil na década de 30, com a finalidade de garantir condições de subsistência ao indivíduo e sua família, o salário mínimo para contraprestação de serviços desenvolvidos pelo trabalhador.¹⁷

A CF¹⁸, em seu artigo 7º, inciso IV, dispõe sobre os direitos dos trabalhadores, entre eles o salário mínimo, que em tese, deveria ser suficiente para atender necessidades básicas como moradia, "alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social". Frisa-se que estas previsões englobam o trabalhador e sua família.

Segundo Luan Francisco Magalhães Claudino¹⁹:

Estamos - como sempre estivemos - diante de uma dicotomia. Por um lado, a República Federativa do Brasil garantiu, mediante documento formal, um Estado Democrático de Direito, fundamentado, dentre outros, na dignidade da pessoa humana e nos valores sociais do trabalho, visando construir uma sociedade livre, justa e solidária. Por outro lado, o próprio Estado Brasileiro afronta diretamente a efetividade destas garantias, não garantindo, na maioria das vezes, o mínimo existencial ao trabalhador.

¹⁴ MAGNO, Octávio Bueno. **Direito Individual do Trabalho**, v. II. São Paulo: LTR, 1993.

¹⁵ DELGADO, Maurício Godinho. **Princípios Constitucionais do Trabalho**. Porto Alegre-RS. **Revista Magister de Direito Trabalhista e Previdenciário**, v. 8, pp. 36:74, setembro-outubro, 2005. p. 447.

¹⁶ RUSSOMANO, Mozart Victor. **O Empregado e o Empregador no Direito Brasileiro**. São Paulo: LTR, 6ª ed. 1978.

¹⁷ CLAUDINO, Luan Francisco Magalhães. **Salário mínimo digno: a Constituição Federal o garantiu, mas o Brasil, não!** Elaborado em 04/2015. Disponível em <<https://jus.com.br/imprimir/37969/salario-minimo-digno-a-constituicao-federal-o-garantiu-mas-o-brasil-nao>> Acesso em 8 ago. 2017.

¹⁸ Op. Cit. **Constituição Federal**, online.

¹⁹ Op. Cit. CLAUDINO, online.

Como será demonstrado na sequência, o salário mínimo, embora seja direito fundamental, positivado na CF, está longe de ser digno.

2.4 O Salário Mínimo e sua Previsão na Constituição Federal

De acordo com a Constituição Federal²⁰, caput do artigos 1º, incisos II, III e IV e 3º, incisos I a IV o Brasil se constitui em um Estado Democrático de Direito, com base na cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais, e visa uma sociedade justa, livre, e solidária, por meio da erradicação da pobreza, do fim da desigualdade social, sem qualquer tipo de preconceito, saúde, segurança, um salário mínimo capaz de suprir necessidades vitais básicas e de sua família tais como moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, reajustado periodicamente preservando poder aquisitivo, entre outros.

Conforme explica Flávia Moreira Guimarães Pessoa²¹:

As garantias inseridas nos incisos IV a VII do art. 7º deve ser entendido como direito fundamental do trabalhador. Em de a natureza alimentar do salário, conclui-se que essas garantias são mínimas e essenciais. Buscou-se com este dispositivo proteger os trabalhadores economicamente, por meio de tutela do Estado, que deve determinar e reajustar periodicamente o salário mínimo. Neste mesmo dispositivo estão inseridos os valores do trabalho “como condição da dignidade da pessoa humana”.

Segundo Mirella Karen de Carvalho Bifano Muniz²²:

(...) O artigo 170 da Constituição Federal diz que a valorização do trabalho humano é fundamento da ordem econômica, que visa assegurar a todos uma existência digna e buscar a justiça social. O que nos demonstra que é imprescindível a adoção de políticas sociais, capazes de valorizar o salário mínimo, a fim de atender as necessidades vitais básicas dos trabalhadores e de suas famílias, como dispõe o art. 7º, IV, da Carta Política.

No entanto é visível a omissão do Estado sobre isso, visto que com a atual crise econômica, o que se vê é o aumento de impostos, redução do salário mínimo, enquanto os salários e benefícios dos parlamentares e servidores públicos do alto escalão aumentam consideravelmente. “(...)

²⁰ Op. Cit. **Constituição Federal**, *online*

²¹ PESSOA, Flávia Moreira Guimaraes. **A tutela das relações de trabalho em sentido amplo por meio de hermenêutica constitucional concretizada dos direitos trabalhistas fundamentais individuais**. In: MONTESCO, Cláudio et al. *Direitos Sociais na Constituição de 1988. Uma Análise Crítica vinte anos depois*. São Paulo: LTr, 2008.

²² MUNIZ, Mirella Karen de Carvalho Bifano. **O Direito Fundamental ao Salário Mínimo digno: uma análise à luz do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. Monografia. p. 276. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – Faculdade Mineira de Direito. Pós-Graduação. 2010. p. 223

A inércia do Poder Público constitui chocante agressão à norma constitucional, vez que ofende os direitos que dela emanam e impede a aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Maior”.²³

Além de inúmeras ações direta de inconstitucionalidade por omissão, o valor do salário mínimo já foi matéria de ações de arguição de descumprimento de preceito fundamental, que embora não se tenha obtido o resultado almejado, que seria o respeito a norma constitucional que impõe um salário mínimo digno, nenhuma se manifestou no sentido de adequar o seu valor dentro do especificado na Constituição Federal. O STF tem ciência que o art. 7º, IV não está sendo cumprido de maneira satisfatória em seu objetivo de suprir as necessidades básicas do cidadão e de sua família.²⁴

A omissão do Poder Executivo e do Poder Legislativo trata-se de afronta ao disposto na Constituição Federal, em referencia a finalidade do salário mínimo, e uma violação aos princípios da dignidade e isonomia.

A título de complementação ao desrespeito aos direitos fundamentais, cita-se a ADI 1.458-7, para demonstrar o posicionamento do STF em relação a garantia de que o salário mínimo satisfaça seus objetivos.

EMENTA: DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO – MODALIDADES DE COMPORTAMENTOS INCONSTITUCIONAIS DO PODER PÚBLICO. - O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. (...) - A cláusula constitucional inscrita no art. 7º, IV, da Carta Política - para além da proclamação da garantia social do salário mínimo - consubstancia verdadeira imposição legiferante, que, dirigida ao Poder Público, tem por finalidade vinculá-lo à efetivação de uma prestação positiva destinada (a) a satisfazer as necessidades essenciais do trabalhador e de sua família e (b) a preservar, mediante reajustes periódicos, o valor intrínseco dessa remuneração básica, conservando-lhe o poder aquisitivo. (...) - A insuficiência do valor correspondente ao salário mínimo, definido em importância que se revele incapaz de atender as necessidades vitais básicas do trabalhador e dos membros de sua família, configura um claro descumprimento, ainda que parcial, da Constituição da República, pois o legislador, em tal hipótese, longe de atuar como o sujeito concretizante do postulado constitucional que garante à classe trabalhadora um piso geral de remuneração (CF, art. 7º, IV), estará realizando, de modo imperfeito, o programa social assumido pelo Estado na ordem jurídica. (...) - A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de proclamar incabível a medida liminar nos casos de ação direta de inconstitucionalidade por omissão (RTJ 133/569, Rel. Min. MARCO AURÉLIO; ADIn 267-DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO), eis que não se pode pretender que mero provimento cautelar antecipe efeitos positivos inalcançáveis pela própria decisão final emanada do STF. - A procedência da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, importando em reconhecimento judicial do estado de inércia do Poder

²³ Op. Cit. MUNIZ, p. 224

²⁴ Op. Cit. **Constituição Federal**, online

Público, confere ao Supremo Tribunal Federal, unicamente, o poder de cientificar o legislador inadimplente, para que este adote as medidas necessárias à concretização do texto constitucional. - Não assiste ao Supremo Tribunal Federal, contudo, em face dos próprios limites fixados pela Carta Política em tema de inconstitucionalidade por omissão (CF, art. 103, § 2º), a prerrogativa de expedir provimentos normativos com o objetivo de suprir a inatividade do órgão legislativo inadimplente.²⁵

Conforme se manifesta Mirella Karen de Carvalho Bifano Muniz²⁶:

(...) Há a necessidade de o Judiciário também, por intermédio do STF, como guardião da Constituição Federal, voltar-se para a situação atual e da sociedade que vem assistindo a depreciação do valor do salário mínimo e passar a garantir, por meio de princípios que preservem a dignidade humana do trabalhador, mecanismos de proteção e de atuação que garantem o cumprimento do que dispõe a nossa Carta Magna, no que tange ao valor do salário mínimo.

O Poder Legislativo é o maior responsável pela não satisfação das necessidades do cidadão por meio do salário mínimo, alegando a impossibilidade de efetivar este direito, consequência do caos econômico que vem se estendendo há décadas. Entretanto, sequer cogitam a possibilidade de diminuir ou congelar seus salários e benefícios milionários, em uma clara violação a direitos fundamentais, em especial a igualdade e dignidade.

3. O SALÁRIO MÍNIMO NA REALIDADE DO CIDADÃO BRASILEIRO

Em que pese a gama variada de direitos fundamentais previstos na CF, o fato é que o cidadão brasileiro está longe de ser beneficiado por eles, a realidade do povo é muito diferente, é evidente a total ausência do Estado em garantir esta proteção.

3.1 Igualdade x Salário digno no Brasil

A CF dispõe em seu artigo 7º, IV, sobre o direito do cidadão, do trabalhador em receber um salário digno, capaz de suprir necessidades vitais básicas, e de sua família, tais como moradia, alimentação educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social. 27

Portanto, o salário mínimo determinado por lei, válido em todo território nacional, deve ser suficiente para suprir as necessidades básicas de um cidadão, é reajustado periodicamente

²⁵ STF. **ADI 1.458-7**. Rel. Min. CELSO DE MELLO. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>> Acesso em 19 out. 2017.

²⁶ **Op. Cit.** MUNIZ, 2009, p. 229.

²⁷ **Op. Cit.** **Constituição Federal**, online

com intuito de preservar seu “poder aquisitivo”, também previsto na CF. 28

Por meio do trabalho, de seu esforço, o individuo possuem condições de conquistar sua liberdade e contemplar a dignidade plena. Segundo Mirella Karen de Carvalho Bifano Muniz²⁹:

É para garantir seu estado de bem viver, condignamente, com o respaldo moral de poder assegurar a si e a sua família sustento, a saúde, o lazer e o progresso material continuo e crescente, que deve voltar-se o emprego.

Neste mesmo sentido Ingo Wolfgang Sarlet³⁰ associa os direitos sociais fundamentais à dignidade da pessoa humana:

Uma outra dimensão intimamente associada ao valor da dignidade da pessoa humana consiste na garantia de condições justas e adequadas de vida para o individuo e sua família, contexto no qual assumem releve de modo especial os direitos sociais do trabalho, a um sistema efetivo de seguridade social, em ultima análise, à proteção da pessoa contra as necessidades de ordem material e à asseguaração de uma existência com dignidade.

Sonegar direitos fundamentais é impedir o homem de viver integralmente, de modo satisfatório, consequência do não cumprimento da norma constitucional que impõe um salário digno.

Conforme explica Mirella Karen de Carvalho Bifano Muniz:³¹

A dignidade da pessoa humana, relaciona-se diretamente com um salário mínimo que supra as necessidades dispostas no art. 7^a da Carta Política, pois é em conformidade com tais circunstancias que será medido o grau de respeito à dignidade do cidadão e de sua família.

A conclusão inicial é de que, em uma sociedade onde a renda mínima não consegue sequer garantir a alimentação saudável ao trabalhador e sua família, obviamente que a dignidade humana não está sendo, devidamente resguardada.

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet³²

Vale lembrar que o ponto de ligação entre a pobreza, a exclusão social e os direitos sociais reside justamente no respeito pela proteção da dignidade da pessoa humana, já que – de acordo com Rosengeld – onde homens e mulheres estiverem condenados a viver na pobreza, os direitos humanos estarão sendo violados.

²⁸ **Tabela do salário mínimo.** 2017. Disponível em <<https://www.tabeladoirrf.com.br/tabela-do-salario-minimo.html>> Acesso em 6 ago. 2017.

²⁹ **Op. Cit.** MUNIZ, p. 230.

³⁰ **Op. Cit.** SARLET, p. 101

³¹ **Op. Cit.** MUNIZ, p. 232

³² SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 6^a Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 99.

José Afonso da Silva³³ complementa:

(...) é de lembrar que constitui um desrespeito à dignidade da pessoa humana um sistema de profundas desigualdades, uma ordem econômica em que inumeráveis homens e mulheres são torturados pela fome, inúmeras crianças vivem na inanição a ponto de milhares delas morrerem de tenra idade.

Ingo Wolfgang Sarlet³⁴ leciona:

Considerando a dignidade como tarefa, o princípio da dignidade da pessoa humana impõe ao Estado, além do dever de respeito e proteção, a obrigação de promover as condições que viabilizem e removam toda sorte de obstáculos que estejam a impedir as pessoas de viverem com dignidade. Da dupla função de proteção e defesa segue também o dever de implementar medidas de precaução procedimentais e organizacionais no sentido de evitar uma lesão da dignidade e dos direitos fundamentais ou, quando isto não ocorrer, com o intuito de reconhecer e fazer cessar (ainda que para efeitos simbólicos), ou, de acordo com as circunstâncias minimizar os efeitos das violações, inclusive assegurado a reparação do dano.

Mirella Karen de Carvalho Bifano Muniz³⁵ explica:

A Constituição cidadã não garante apenas um salário mínimo individual, que atende às necessidades normais de alimentação, habitação, vestuário, higiene e transporte, mas também, estabelece, no plano da legislação ordinária (CLT, arts. 76 e 81) a fixação de um salário mínimo familiar e socialmente digno, que atenda às necessidades vitais básicas com educação, saúde, lazer e previdência social, do trabalhador e de sua família.

De acordo com José Afonso da Silva³⁶:

Não é concebível uma vida com dignidade entre a fome, a miséria e a inculta, pois a liberdade humana com frequência se debilita quando o homem cai na extrema necessidade, pois a igualdade da pessoa humana exigem que se chegue a uma situação social mais humana e mais justa. Resulta escandaloso o fato das excessivas desigualdades econômicas e sociais que se dão entre os membros e os povos de uma mesma família humana. São contrários à justiça social, à equidade, à dignidade da pessoa humana e à paz social e internacional.

Urge a valorização do salário mínimo, garantindo uma vida digna, combatendo desigualdades, e promovendo a inclusão social.

O reajuste do salário mínimo é realizado anualmente, pelo Governo Federal.

³³ SILVA, José Afonso da. **A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia**. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 212, p. 97, abr/jul. 1998.

³⁴ **Op. Cit.** SARLET, 2009. p. 115-116

³⁵ **Op. Cit.** MUNIZ, p. 234

³⁶ **Op. Cit.** SILVA, 1998, p. 91.

Estabeleceu-se para o ano de 2017 um reajuste de 6,47%, equivalendo o valor de R\$ 937,00. Justificam tais reajustes para se tentar reduzir a inflação, visto que o Salário Mínimo é indicador para cálculo de “benefícios sociais, padrões econômicos e aquisição”.³⁷

A justificativa do Governo Federal para este aumento pode-se dizer simbólico, quando questionado se o aumento será suficiente para solucionar algumas questões sociais, e garantir a qualidade de vida do cidadão, é “na atual conjuntura econômica é o que a atual administração federal pode disponibilizar aos trabalhadores”, reivindica o Governo Federal”.³⁸

Em 2017 o reajuste do salário mínimo, que supostamente deveria suprir necessidades básicas do cidadão, como alimentação, saúde, educação, moradia, etc., foi de 6,48%, pois segundo o Governo Federal, não existe condições de arcar com um aumento maior: “na atual conjuntura econômica é o que a atual administração federal pode disponibilizar aos trabalhadores”.³⁹

De acordo com o Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão (MP), a elevação do valor resultará em uma injeção na economia de R\$ 38,6 bilhões no próximo ano, gerando efeitos positivos na retomada do consumo e do crescimento econômico. (...) a correção corresponde ao aumento real do Produto Interno Bruto (PIB) referente ao ano de 2015 somado à variação do Índice Nacional de Preços ao Consumidor (INPC) para o período de 12 meses acumulados até o mês anterior de vigência do novo salário-mínimo. As regras são definidas pela Lei nº 13.152, de 29 de julho de 2015.⁴⁰

De acordo com o Dieese, para que o salário mínimo pudesse suprir realmente todas as necessidades entendidas como fundamentais à sobrevivência de um trabalhador e sua família, o valor atual deveria ser em julho de 2017 de R\$ 3.810,36.⁴¹

O Quadro 1, visa comparar os valores do salário mínimo dos últimos dez anos com os valores que seriam necessários para garantir o previsto na CF.

Quadro 1 – Comparativo entre o salário mínimo nominal, determinado pelo Governo Federal, e o salário mínimo necessário para suprir as necessidades básicas, previstas pela CF.⁴²

³⁷ PIS-2017. **Salário Mínimo**. Disponível em < <https://pis-2017.com/salario-minimo-2017/>> Acesso 5 ago. 2017.

³⁸ **Idem**

³⁹ **Op. Cit.** INSS, online

⁴⁰ PORTAL BRASIL. **Política de valorização garante salário-mínimo de R\$ 937 em 2017**. Disponível em < <http://www.brasil.gov.br/economia-e-emprego/2016/12/politica-de-valorizacao-garante-salario-minimo-de-r-937-em-2017>> Acesso em 10 ago. 2017

⁴¹ DIEESE. **Salário mínimo nominal e necessário**. Disponível em < <http://www.dieese.org.br/analisecestabasica/salarioMinimo.html#2017>> Acesso em 8 ago. 2017.

⁴² LUCCHESI, Ângela T. Elaborado com base em informações disponíveis em <<https://www.tabeladoirrf.com.br/tabela-do-salario-minimo.html>>; <<http://www.dieese.org.br/analisecestabasica/salarioMinimo.html#2017>>; <<http://www.contabeis.com.br/tabelas/salario-minimo/>>

PERÍODO	SALÁRIO MÍNIMO NOMINAL		REAJUSTE %	SALÁRIO MÍNIMO NECESSÁRIO		NORMA	D.O.U
2017	R\$	937,00	6,48%	R\$	3.810,36		
	R\$	937,00	6,48%	R\$	3.811,29	Decreto 8.948/2016	29.12.2016
2016	R\$	880,00	11,68%	R\$	3.795,24	Decreto 8.618/2015	30.12.2015
2015	R\$	788,00	8,84%	R\$	3.118,62	Decreto 8.381/2014	30.12.2014
2014	R\$	724,00	6,78%	R\$	2.748,22	Decreto 8.166/2013	24.12.2013
2013	R\$	678,00	9,00%	R\$	2.674,88	Decreto 7.872/2012	26.12.2012
2012	R\$	622,00	14,13%	R\$	2.398,82	Decreto 7.872/2012	26.12.2011
2011	R\$	545,00	0,93%	R\$	2.329,35	Lei 12.382/2011	28.02.2011
	R\$	540,00	5,88%	R\$	2.194,76	MP 516/2010	31.12.2010
2010	R\$	510,00	9,68%	R\$	1.987,26	Lei 12.255/2010	16.06.2010
2009	R\$	465,00	12,05%	R\$	1.995,91	Lei 12.255/2010	29.05.2009
	R\$	415,00	-	R\$	2.077,15		
2008	R\$	415,00	9,21%	R\$	2.141,08	Lei 11.709/2008	26.06.2008
	R\$	380,00	-	R\$	1.924,59		
2007	R\$	380,00	8,57%	R\$	1.803,11	Lei 11.498/2007	29.06.2007
	R\$	350,00	-	R\$	1.565,61		

Embora o art. 37, XI da CF, disponha sobre o teto salarial dos membros da União, e demais servidores públicos, o que se vê na prática é muito diferente.⁴³

(...)

XI - a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo

⁴³ Op. Cit. **Constituição Federal**, online.

Tribunal Federal, aplicando-se como limite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos;

(...)

Um Deputado Federal percebe mensalmente, o equivalente a R\$ 216.000,71. Qual o custo disso para os cofres públicos, multiplicados pelos 513 deputados, durante um ano? De acordo com o Quadro 2, chega a R\$ 1.505.436.072,12:⁴⁴

Quadro 2 – Salários e Benefícios de Deputados Federais⁴⁵

Benefício	Média mensal		Por ano	
Salário	R\$	33.763,00	R\$	405.156,00
Ajuda de custo (1)	R\$	1.406,79	R\$	16.881,48
Cotão (2)	R\$	39.884,31	R\$	478.611,72
Auxílio-moradia (3)	R\$	4.253,00	R\$	51.036,00
Verba de gabinete para até 25 funcionários	R\$	92.000,00	R\$	1.104.000,00
Alimentação, Aluguel de veículos, Despesas de escritório, Marketing (publicidade), despesas diversas	R\$	45.240,67	R\$	542.888,04
Verba Transporte Aéreo	R\$	27.000,00	R\$	324.000,00
Cota para telefone fixo (5)	R\$	1.000,00	R\$	12.000,00
Total de um deputado	R\$	244.547,77	R\$	2.598.573,24
Total dos 513 deputados	R\$	125.453.006,01	R\$	1.505.436.072,12

Leandro Prazeres apresentou os salários, benefícios, entre outros, percebidos mensalmente pelas autoridades em Brasília, nos anos de 2014/2015, a título de exemplo, citam-se os valores percebidos pelos deputados federais e senadores:

Quadro 3 – Benefícios Recebidos pelas Autoridades em Brasília, 2014/2015⁴⁶

⁴⁴ CONGRESSO EM FOCO. Deputados custam R\$ 1 bilhão por ano ao contribuinte. 01/03/2016. Disponível em <<http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/lista-todos-os-salarios-e-beneficios-de-um-deputado/>> Acesso em 6 ago. 2017.

⁴⁵ Op. Cit. LUCCHESI, 2017.

CARGO	BENEFÍCIO
Senadores	Apartamento funcional ou auxílio-moradia de R\$ 4.200,00
Deputados Federais	Apartamento funcional ou auxílio-moradia de R\$ 4.200,00

Quadro 4 – Plano de Saúde Recebidos pelas Autoridades em Brasília, 2014/2015 ⁴⁷

CARGO	PLANO DE SAÚDE
Senadores	Senadores, cônjuges e dependentes de até 21 anos (ou 24 quando universitários), tem despesas médicas reembolsáveis. Limite para despesas odontológicas e psicoterápicas é de R\$ 25,900,00
Deputados Federais	Deputados e familiares tem atendimento médico gratuito no departamento médico da Câmara. Também tem despesas médicas e odontológicas realizadas na rede privada, reembolsadas.

Quadro 5 – Cotas Recebidos pelas Autoridades em Brasília, 2014/2015 ⁴⁸

CARGO	COTAS
Senadores	R\$ 15.000,00 para pagamento de funcionários, aluguel de escritório de apoio, material de consumo, combustível, consultorias, entre outros. Para despesas extras, tais como gráficas, telefonia fixa, R\$ 9.000,00
Deputados Federais	Até R\$ 44.900,00 para pagamento de passagens, telefone, correios, fretamento de aeronaves, entre outros. Verba de gabinete de R\$ 92.000,00 para pagamento de cargos de confiança.

Quadro 6 – Passagens Recebidos pelas Autoridades em Brasília, 2014/2015 ⁴⁹

CARGO	PASSAGENS
Senadores	Cinco trechos de passagens aéreas entre a capital do Estado do Senador e Brasília mensalmente
Deputados Federais	Podem utilizar a verba de gabinete. As esposas dos deputados também podem adquirir passagens aéreas pagas pela Câmara

Quadro 7 – Cargos de confiança, 2014/2015 ⁵⁰

⁴⁶ PRAZERES, Leandro. **Veja o quanto Dilma, Deputados, Senadores e Ministros do STF Ganham**. Disponível em <<http://noticias.uol.com.br/infograficos/2014/12/18/veja-o-quantos-dilma-deputados-senadores-e-ministros-do-stf-ganham.htm>> Acesso 5 ago. 2017.

⁴⁷ **Op. Cit.** PRAZERES, online.

⁴⁸ *Idem*.

⁴⁹ **Ibidem**.

⁵⁰ **Op. Cit.** PRAZERES, online.

CARGO	CARGOS DE CONFINÇA
Senadores	Podem nomear funcionários em Brasília ou em seus escritórios regionais desde que dentro do limite imposto pela cota parlamentar que é de R\$ 15.000,00 mensais
Deputados Federais	Tem direito a nomear até 25 funcionários, sem ultrapassar o valor de R\$ 92.000,00

Ainda demonstrando gastos com os parlamentares e servidores públicos do alto escalão, mostram-se os Quadros 8 e 9, este último com os valores gastos por cada estado membro, com benefícios para os parlamentares.

Quadro 8 – Despesas do SENADO⁵¹

DESPESA	VALOR
Passagens aéreas, aquáticas e terrestres nacionais	R\$ 6.080.000,00
Locomoção, hospedagem, alimentação, combustíveis e lubrificantes	R\$ 5.850.000,00
Aluguel de imóveis para escritório político, compreendendo despesas de manutenção	R\$ 4.910.000,00
Divulgação da atividade parlamentar – marketing e propaganda	R\$ 3.070.000,00
Contratação de Consultorias, assessorias, pesquisas, trabalhos técnicos	R\$ 2.940.000,00
Aquisição de material de consumo para uso no escritório político	R\$ 1.040.000,00
Serviços de Segurança Privada	R\$ 490.000,00

Quadro 9 – Despesas CÂMARA⁵²

DESPESA	VALOR
Emissão bilhete aéreo	R\$ 44.500.000,00
Locação e fretamento de veículos automotores	R\$ 26.100.000,00
Manutenção de escritório de apoio à atividade parlamentar	R\$ 23.800.000,00
Divulgação da atividade parlamentar – marketing e propaganda	R\$ 48.200.000,00
Consultorias, pesquisas e trabalhos técnicos	R\$ 22.100.000,00
Combustíveis e lubrificante	R\$ 18.400.000,00
Telefonia	R\$ 11.000.000,00
Serviços Postais	R\$ 3.690.000,00
Locação ou fretamento de aeronaves	R\$ 3.310.000,00
Passagens aéreas	R\$ 2.360.000,00
Hospedagem	R\$ 1.890.000,00
Alimentação	R\$ 1.720.000,00
Serviço de Segurança pessoal	R\$ 1.700.000,00
Serviço de táxi, pedágio e estacionamento	R\$ 850.000,00
Assinatura de publicações	R\$ 390.000,00
Participação em curso, palestras ou eventos similares	R\$ 180.000,00
Passagens terrestres, marítimas ou fluviais	R\$ 90.000,00
Locação ou fretamento de embarcações	R\$ 30.000,00

⁵¹ FRANÇA, Pedro. **Congresso gasta com cotão o equivalente a sete anos de salário dos senadores.** <http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/congresso-gasta-com-cotao-o-equivalente-a-sete-anos-de-salario-dos-senadores-em-2016/>> Acesso 10 out. 2017.

⁵² **Op. Cit.** FRANÇA, online.

Em 2014, por exemplo, enquanto o reajuste do salário mínimo foi de 7,71%, o reajuste dos salários dos parlamentares foi de 61,8%, ou seja, enquanto naquele ano o salário mínimo foi para R\$ 724,00 o salário dos parlamentares foi para R\$ 26.723,13.53

Em que pese à falta de verba para investimentos na saúde, segurança, para a concessão de aumento salário mínimo, o atual presidente Michel Temer aprovou aumento de salários para servidores dos Três Poderes, que variam de 10,7% a 55%, de acordo com a categoria. Tais aumentos provocarão um impacto de 58 bilhões até 2019.⁵⁴

De acordo com Cristiano Martins⁵⁵, os salários dos parlamentares eram R\$ 8.280. Em dez anos, este valor sofreu mais de 222,4% de reajuste. Enquanto isso, o salário mínimo, do período de 1994 a 2017 sofreu em média 11,32% de reajuste.

Em 2001, deputados e senadores recebiam subsídios de R\$ 8.280,00. Em dez anos, esse valor mais do que triplicou, sem contar os inúmeros benefícios, alcançando R\$ 26,7 mil (aumento de 222,4%). O último reajuste ocorreu neste ano, quando, de uma só vez, o crescimento foi de 61,8% - desde o aumento anterior, em 2006, a inflação acumulada no período não superava os 20%.⁵⁶

E quanto ao Poder Judiciário? Em uma entrevista a um programa televisivo, em 2014, o desembargador José Renato Nalini,⁵⁷ em defesa a seu auxílio moradia de R\$ 4.400,00 disse:

Esse auxílio-moradia na verdade disfarça um aumento do subsídio que está defasado há muito tempo. Hoje, **aparentemente** o juiz brasileiro ganha bem, mas ele tem 27% de desconto de Imposto de Renda, ele tem que pagar plano de saúde, ele tem que comprar terno, **não dá para ir toda hora a Miami comprar terno**, que cada dia da semana ele tem que usar um terno diferente, ele tem que usar uma camisa razoável, um sapato decente, ele tem que ter um carro.

Espera-se que a Justiça, que personifica uma expressão da soberania, **tem que estar apresentável**. E há muito tempo não há o reajuste do subsídio. Então o auxílio-moradia foi um disfarce para **aumentar um pouquinho**. E até para fazer com que o juiz fique um

⁵³ SOUZA, Fernan De. **Aumento de salário: 61,8% para os parlamentares do Brasil e 7,71% para o mínimo**. 2014. Disponível em <<http://br.blastingnews.com/noticia/2014/11/aumento-de-salario-61-8-para-os-parlamentares-do-brasil-e-7-71-para-o-minimo-00172301.html>> Acesso em 10 ago. 2017

⁵⁴ MACEDO, Luís. **Confira os valores e as categorias contempladas com o reajuste salarial**. 2016. Disponível em <<http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/confira-os-valores-e-as-categorias-contempladas-com-o-reajuste-salarial/>> Acesso em 10 ago. 2017

⁵⁵ MARTINS, Cristiano. **Salário de deputado e senador cresceu 222% em dez anos: O aumento é 20 pontos percentuais maior que o do salário mínimo**. 2016. Disponível em <<http://www.otempo.com.br/capa/pol%C3%ADtica/sal%C3%A1rio-de-deputado-e-senador-cresceu-222-em-dez-anos-1.345891>> Acesso em 10 ago. 2017

⁵⁶ **Op. Cit.** MARTINS, online

⁵⁷ GALINDO, Rogerio. **Desembargador defende auxílio-moradia para ir a Miami comprar terno**. E para não ter depressão. 2014. Disponível em <<http://www.gazetadopovo.com.br/blogs/caixa-zero/desembargador-defende-auxilio-moradia-para-ir-a-miami-comprar-terno-e-para-nao-ter-depresao/>> Acesso em 10 ago. 2017

pouquinho mais animado, não tenha tanta depressão, tanta síndrome de pânico, tanto AVC etc.

Então a população tem que entender isso. No momento que a população perceber o quanto o juiz trabalha, eles vão ver que não é a remuneração do juiz que vai fazer falta. Se a Justiça funcionar, vale a pena pagar bem o juiz (grifos nossos).

Sem tecer maiores comentários a declaração do desembargador, cita-se outros benefícios, como o valor gasto com despesas ressarcidas em 2016, equivalentes a “R\$ 235 milhões, o equivalente a 250 mil salários mínimos”.⁵⁸

Em um breve passeio na história política do Brasil, lembra-se que os benefícios e mordomias não existiam na década de 80, quando um parlamentar recebia um salário equivalente a um engenheiro, no máximo quatro assessores, pequena ajuda de custo para despesas do gabinete, não podia utilizar-se dos aviões da FAB, salvo para missões oficiais. Em valores atuais, o custo de um “representante do povo” era de aproximadamente 33 salários mínimos, ou R\$ 30.921,00. Quaisquer outras despesas era custeada pelo próprio político.⁵⁹

Entretanto, a partir da década de 90, após advento da CF, os parlamentares passaram a ampliar seus benefícios, visto que são os próprios quem editam as leis, e hoje o chamado cotão chega a R\$ 45 milhões mensais, para cada um. É o denominado Bolsa Parlamentar.⁶⁰

Sem entrar no mérito da função ou necessidade, cita-se ainda os cartões de crédito corporativos, e a título de complementar o raciocínio a respeito da violação do princípio da isonomia, os gastos com mais este benefício no período de julho a novembro de 2016 chegaram a R\$ 24 milhões, e atenta-se o fato que as informações de qual foi o uso destes valores encontra-se em sigilo.⁶¹

O economista Paulo Brasil comenta:

[...] se o governo propõe uma PEC que limita os gastos públicos, também precisa cortar na própria carne. Para mostrar ao país que está preocupado com as contas públicas, ele sugere que o governo zere as despesas com cartão corporativo. Quando se faz propostas como essas, de contenção de gastos, é importante que quem proponha faça o dever de casa. Na minha opinião, o ideal é que esse custo seja zerado. Isso mostraria a importância e a seriedade com que o governo está

⁵⁸ FRANÇA, Pedro. **Congresso gasta com cotão em 2016 o equivalente a sete anos de salário do conjunto dos senadores**. 2017. Disponível em <<http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/congresso-gasta-com-cotao-o-equivalente-a-sete-anos-de-salario-dos-senadores-em-2016/>> > Acesso em 10 ago. 2017

⁵⁹ JERONIMO, Josie. **A escalada das mordomias**. Revista Isto é. Edição nº2486. 04.08 2016. Disponível em <http://istoe.com.br/315057_A+ESCALADA+DAS+MORDOMIAS/> > Acesso em 10 ago. 2017

⁶⁰ Idem

⁶¹ ECHENIQUE, Gabriela. **Gastos com cartão corporativo em quatro meses superam o 1º semestre**. 2016. Disponível em <<http://cbn.globo.com/editorias/politica/2016/11/07/GASTOS-COM-CARTAO-CORPORATIVO-EM-QUATRO-MESES-SUPERAM-O-1-SEMESTRE.htm>> > Acesso em 10 ago. 2017

tratando o assunto.⁶²

O Governo Federal se utiliza do binômio necessidade x possibilidade, mas apenas aos cidadãos que pagam impostos diariamente, em cada alimento, medicamento, vestimenta, serviços diversos, etc. Para o trabalhador, a atual administração só pode disponibilizar estes percentuais de reajuste. Mas para os parlamentares, governantes, servidores do alto escalão? O critério é muito diferente.

O Estado não garante os direitos fundamentais do cidadão: saúde está um caos, violência nas ruas há muito desestabilizou a segurança pública, que praticamente não existe, em relação a educação, melhor nem adentrar no tema, e o salário mínimo vigente de forma alguma pode suprir as necessidades básicas de um cidadão e sua família.

A alimentação é um dos itens básicos e essenciais para sobrevivência do cidadão, o DIEESE elenca 13 gêneros alimentícios para uma cesta básica. O Quadro II apresenta os valores das cestas básicas das capitais da Região Sul do país:

Quadro 11 - Custo e variação da cesta básica em 27 capitais⁶³

BRASIL CAPITAL	07/2017	VALOR DA CESTA	VARIAÇÃO MENSAL (%)	% SALÁRIO MÍNIMO LÍQUIDO	TEMPO DE TRABALHO	VARIAÇÃO NO ANO (%)	VARIAÇÃO ANUAL (%)
Porto Alegre		453,56	2,23	52,61	106h29m	-1,19	-3,25
Florianópolis		439,87	1,73	51,03	103h17m	-3,07	-0,73
Curitiba		399,00	1,14	46,29	93h41m	-2,65	-5,05

Como pode um trabalhador, na cidade de Curitiba/PR, por exemplo, percebendo um salário de R\$ 937,00 garantir sua alimentação e de sua família, sendo que o custo de uma cesta básica é de R\$ 399,00? Levando-se em consideração que a cesta indicada pelo DIEESE, são 13 itens computados em unidade ou quilograma cada um.

Em que pese não receberem aposentadoria, os ex-presidentes possuem algumas “regalias”, sob o pretexto de garantir a segurança dos ex-chefes de Estado, e estão dispostos na Lei 7.474/1986: “Seis servidores dedicados à segurança e apoio pessoal, escolhidos livremente pelo ex-presidente; Dois veículos oficiais, com dois motoristas”.⁶⁴

Tais mordomias datam de longa data, quando criou-se a Lei 7.474/1986 pelo então Senador José Fragelli. Em 1994, a Lei 8.889 dispõe o direito aos ex-presidentes de indicar os servidores e salários expressivos. A Lei 10.609/2002 possibilitou mais dois servidores em cargos comissionados,

⁶² **Idem**

⁶³ **Op. Cit.** DIEESE, online

⁶⁴ BRASIL. **Lei 7.474**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7474.htm > Acesso em 5 ago. 2017.

para assessoramento.⁶⁵

Observa-se que são cinco ex-presidentes ainda vivos, que desfrutam destes “benefícios”, José Sarney, Fernando Collor de Mello, Fernando Henrique Cardoso, Luís Inácio Lula da Silva e Dilma Rousseff, que geram uma despesa anual de aproximadamente R\$ 5 milhões, e isso sem prestar qualquer serviço em prol da sociedade.⁶⁶

De acordo com Cláudia Wallin:⁶⁷

Obviamente, em um país nórdico todos diriam que R\$ 33.763,00 são mais que suficientes para dar conta das despesas pessoais. Na Suécia, ao aposentar-se, o primeiro-ministro (cargo equivalente ao de presidente) não receberá “benefícios gratuitos como carros com motorista, secretárias, assistentes ou seguranças”.

Importante citar neste momento, que tais benefícios garantidos em lei, abrem precedentes para mordomias similares destinadas a governadores, e talvez até prefeitos, afinal, em se tratando políticos no Brasil, a isonomia é imprescindível.⁶⁸

O problema não é a existência ou não de direitos fundamentais, ou da necessidade de reforma constitucional com objetivo de ampliá-los. A CF elenca inúmeros direitos fundamentais e direitos sociais do cidadão, que podem ser facilmente identificados nos artigos 5º e 7º, e ainda contam com a proteção das cláusulas pétreas, disposta no artigo 60. Além é claro do previsto no artigo 5º, § 1º que garantem eficácia plena a estes direitos.⁶⁹

A questão é que tais direitos na prática não são aplicados aos cidadãos, e isto é evidente na violação do princípio da isonomia, onde parlamentares e servidores públicos tem acesso a atendimento médico diferenciado, que prima realmente pela qualidade de vida, enquanto a população tem acesso ao SUS; nos altos salários e benefícios que chegam a milhões anualmente em detrimento de um salário mínimo que não chega a R\$ 1.000, entre outras inúmeras situações similares, resta evidente esta violação.

Mas como diria Como diz Arnaldo Jabor:⁷⁰

(...) a miséria é uma indústria, (...)

⁶⁵ *Idem*

⁶⁶ *Ibidem*

⁶⁷ WALLIN, Cláudia. **Um país sem excelências e mordomias**. São Paulo: Ed. Geração, 2014, p. 73.

⁶⁸ Op. Cit. WALLIN, p. 74.

⁶⁹ MEDEIROS, Leandro Peixoto. **Aspectos estruturais dos direitos fundamentais na Constituição de 1988**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 03 nov. 2012. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,aspectos-estruturais-dos-direitos-fundamentais-na-constituicao-de-1988,40368.html>> Acesso em: 25 jul. 2017.

⁷⁰ JABOR, Arnaldo. **Miséria só acaba quando parar de dar lucro**. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/ilustrad/fq2803200031.htm>> Acesso em 17 out. 2017.

A miséria produz a maravilhosa ignorância, a bendita estupidez popular que faz a delícia dos produtores culturais do lixo, na música, na TV, no jornalismo. (...)

A miséria dá lucro político. (...) Falar na miséria denota preocupação humanitária, traz votos. Mais: falar dela com horror é lucrativo porque é um jeito esperto de esconder a raiz dos problemas e manter intactas as causas.

(...) miséria só vai acabar quando parar de dar lucro.

Enquanto o Brasil já teve nove constituições, e as injustiças continuam, os EUA têm apenas uma. Então, talvez a questão não seja reformar o dispositivo legal, mas trocar aqueles que estão no poder. Entretanto, para isso se faz necessário mudar a mentalidade da população.⁷¹

CONCLUSÃO

Constatou-se que, embora o salário mínimo esteja disposto como um direito social fundamental na CF, na prática é muito diferente. O Estado não se preocupa em garantir este direito, ao invés promover reajustes condizentes com a realidade atual do país, por meio de alegações absurdas, tal como a “inflação este ano...”, não o fazem. Assim, enquanto o salário mínimo sofre aumento de aproximadamente 6%, os salários dos integrantes dos Três Poderes tem acréscimo de 26% a 41%, sem esquecer dos benefícios como moradia, planos de saúde ilimitados, automóveis, passagens aéreas, entre outros, não inclusos nos salários percebidos.

O princípio de igualdade e dignidade passa longe daqueles cidadãos que recebem salário mínimo. Enquanto os salários milionários contrastam gritantemente com o salário mínimo, parlamentares têm direito ao auxílio moradia, enquanto muitos moram em barracos em morros, que são soterrados em épocas de fortes chuvas. Enquanto o povo não tem atendimento médico, não recebem os medicamentos que precisam para seus tratamentos, não tem hospitais, os parlamentares possui plano de saúde ilimitado, que é pago 50% pelo Estado, e ainda tem despesas com médicos ou dentistas que não estejam cadastrados no plano. Enquanto no Planalto dedicam 3 milhões mensais para “auxílio graxa”, muitos cidadãos não tem condições de comprar um simples chinelo.

A crise econômica é pública e notória, no entanto, ignorando totalmente os direitos fundamentais previstos na CF, o Governo impõe aumento de impostos, redução do já miserável salário mínimo, aumento de luz, da água, da gasolina, da cesta básica, juros bancários, sem vida, sem saúde, sem dignidade, sem segurança, enfim, sem direitos. Na prática, as medidas de economia só se voltam para o cidadão, ou seja, popularmente, é o povo quem deve “apertar os cintos”.

⁷¹ COSTA, Pedro Cardoso da. **Reformas estruturais**. Disponível em <<http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/outros-destaques/reformas-estruturais/>> Acesso em 10 ago. 2017

Atualmente, a realidade brasileira está longe ser uma democracia, não existe igualdade, não existe dignidade para o trabalhador. Não se entra para a política por ideologia, para melhorar, para ajudar o povo, para se efetivar os direitos fundamentais. O que se vê na prática é uma ditadura branda, sem dignidade ou igualdade para o povo, que sofre com o desemprego, sem saúde, vítima da violência urbana, vítima de seu próprio voto.

Necessário também a conscientização política, para não se incorrer nos mesmos erros, mas para isso, necessário também investimento na educação, afinal, somente esta pode impedir que o povo continuasse a usar cabresto, a ser domesticado, alienado, sujeito aos desmandos de corruptos, que só querem se beneficiar da máquina pública e poder.

Não se pode mais permitir que enquanto os cidadãos trabalham e paguem impostos altíssimos, não tenha nenhum retorno. Enquanto o Governo Federal encontra desculpas para não garantir serviços públicos adequados, reajustes reais ao salário mínimo que hoje deveria girar em torno de R\$ 4.000, e principalmente impor medidas que restringem ainda mais os direitos do cidadão, não se detém de forma alguma ao criar leis que beneficiem os parlamentares e servidores públicos.

O povo precisa se conscientizar, mudar a mentalidade, não pensar nem esquerda e nem direita, e pensar no Brasil, mudar posturas, mudar as leis, não eleger e nem idolatrar criminosos, ignorar denúncias, ignorar crimes, abrir os olhos para a realidade e lutar seus direitos.

Enquanto aqueles que criam as leis, o fazem apenas em prol de uma classe, de uma categoria profissional, esquecendo que quem paga as contas no final é o povo, que deve abrir os olhos, que deve simplesmente se conscientizar de sua força, e lutar por uma democracia verdadeira, aquela definida como “governo pelo povo e para o povo” (Abraham Lincoln), não existirá igualdade, e muito menos dignidade.

Passou da hora de se pensar individualmente, no “jeitinho brasileiro”, de esquecer valores, ética, moral, pensar no bem comum. Tirar os direitos fundamentais das páginas da Constituição Federal, e coloca-los na realidade de cada brasileiro, eliminar leis que não sejam efetivas, que só beneficiem alguns, e não a todo o povo brasileiro.

Enquanto isso não acontecer, o Brasil continua sem saúde, sem segurança, sem educação, sem igualdade, sem vida, e principalmente sem dignidade. E os direitos fundamentais, serão realmente apenas uma ficção jurídica, e sua existência será conhecida apenas, no popular “ouvi dizer”, mas o povo continuará sem acesso a eles.

Em que pese tais fatos, o Governo Federal insiste em que um reajuste do salário mínimo superior aos índices apresentados, pode onerar os cofres públicos, sobrecarregando-os, mas os reajustes dos salários dos parlamentares e servidores não sobrecarrega o erário público. Isso sem

contar com os benefícios que chegam a milhões anualmente.

Portanto, o Brasil, um gigante adormecido, pela falta de ética, de respeito as leis, de respeito a moral, pela inversão de valores, continuará dormindo em “berço esplêndido”, enquanto a miséria e a desigualdade se alastrarem, enquanto o povo só levantar a bandeira em época de copa, não saberá o que é igualdade, e muito menos a dignidade em sua realidade.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição Federal. Disponível em < Acesso em 5 ago. 2017.

BRASIL. Lei 7.474. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7474.htm > Acesso em 5 ago. 2017.

CLAUDINO, Luan Francisco Magalhães. **Salário mínimo digno**: a Constituição Federal o garantiu, mas o Brasil, não! Elaborado em 04/2015. Disponível em <<https://jus.com.br/imprimir/37969/salario-minimo-digno-a-constituicao-federal-o-garantiu-mas-o-brasil-nao>> Acesso em 8 ago. 2017.

CONGRESSO EM FOCO. Deputados custam R\$ 1 bilhão por ano ao contribuinte. 01/03/2016. Disponível em < <http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/lista-todos-os-salarios-e-beneficios-de-um-deputado/> > Acesso em 6 ago. 2017.

COSTA, Pedro Cardoso da. **Reformas estruturais**. Disponível em <<http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/outros-destaques/reformas-estruturais/>> Acesso em 10 ago. 2017

CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª edição. Salvador: JusPODIVM, 2008.

DELGADO. Maurício Godinho. **Princípios Constitucionais do Trabalho**. Porto Alegre-RS. Revista Magister de Direito Trabalhista e Previdenciário, v. 8, pp. 36:74, setembro-outubro, 2005. p. 447.

DIEESE. **Salário mínimo nominal e necessário**. Disponível em < <http://www.dieese.org.br/analisecestabasica/salarioMinimo.html#2017> > Acesso em 8 ago. 2017.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 49.

ECHENIQUE, Gabriela. **Gastos com cartão corporativo em quatro meses superam o 1º semestre**. 2016. Disponível em <<http://cbn.globoradio.globo.com/editorias/politica/2016/11/07/GASTOS-COM-CARTAO-CORPORATIVO-EM-QUATRO-MESES-SUPERAM-O-1-SEMESTRE.htm>> > Acesso em 10 ago. 2017

FRANÇA, Pedro. **Congresso gasta com cotão em 2016 o equivalente a sete anos de salário do conjunto dos senadores**. 2017. Disponível em < <http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/congresso-gasta-com-cotao-o-equivalente-a-sete-anos-de-salario-dos-senadores-em-2016/> > > Acesso em 10 ago. 2017

FRANÇA, Pedro. **Congresso gasta com cotão o equivalente a sete anos de salário dos senadores em 2016**. Disponível em <<http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/congresso-gasta-com-cotao-o-equivalente-a-sete-anos-de-salario-dos-senadores-em-2016/>> Acesso 10 out. 2017.

GALINDO, Rogerio. **Desembargador defende auxílio-moradia para ir a Miami comprar terno**. E

para não ter depressão. 2014. Disponível em < <http://www.gazetadopovo.com.br/blogs/caixa-zero/desembargador-defende-auxilio-moradia-para-ir-a-miami-comprar-terno-e-para-nao-ter-depresao/>> Acesso em 10 ago. 2017

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Élson. **Curso de Direito do Trabalho**. 17ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

JERONIMO, Josie. **A escalada das mordomias**. Revista Isto é. Edição nº2486. 04.08 2016. Disponível em <http://istoe.com.br/315057_A+ESCALADA+DAS+MORDOMIAS/> Acesso em 10 ago. 2017

MACEDO, Luís. **Confira os valores e as categorias contempladas com o reajuste salarial**. 2016. Disponível em <<http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/confira-os-valores-e-as-categorias-contempladas-com-o-reajuste-salarial/>> Acesso em 10 ago. 2017

MAGNO, Octávio Bueno. **Direito Individual do Trabalho**, v. II. São Paulo: LTR, 1993.

MARANHÃO, Délio; CARVALHO, Luiz Inácio Barbosa. **Direito do Trabalho**. 17ª ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1997.

MARTINS, Cristiano. **Salário de deputado e senador cresceu 222% em dez anos: O aumento é 20 pontos percentuais maior que o do salário mínimo**. 2016. Disponível em <<http://www.otempo.com.br/capa/pol%C3%ADtica/sal%C3%A1rio-de-deputado-e-senador-cresceu-222-em-dez-anos-1.345891>> Acesso em 10 ago. 2017

MEDEIROS, Leandro Peixoto. **Aspectos estruturais dos direitos fundamentais na Constituição de 1988**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 03 nov. 2012. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,aspectos-estruturais-dos-direitos-fundamentais-na-constituicao-de-1988,40368.html>> Acesso em: 25 jul. 2017.

MUNIZ, Mirella Karen de Carvalho Bifano. **O Direito Fundamental ao Salário Mínimo digno: uma análise à luz do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. Monografia. p. 276. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – Faculdade Mineira de Direito. Pós-Graduação. 2010.

PESSOA, Flávia Moreira Guimaraes. **A tutela das relações de trabalho em sentido amplo por meio de hermenêutica constitucional concretizada dos direitos trabalhistas fundamentais individuais**. In: MONTESCO, Cláudio et al. **Direitos Sociais na Constituição de 1988. Uma Análise Crítica vinte anos depois**. São Paulo: LTr, 2008.

PIS-2017. **Salário Mínimo**. Disponível em < <https://pis-2017.com/salario-minimo-2017/>> Acesso 5 ago. 2017.

PORTAL BRASIL. **Política de valorização garante salário-mínimo de R\$ 937 em 2017**. Disponível em < <http://www.brasil.gov.br/economia-e-emprego/2016/12/politica-de-valorizacao-garante-salario-minimo-de-r-937-em-2017>> Acesso em 10 ago. 2017

PRAZERES, Leandro. **Veja o quanto Dilma, deputados, senadores e ministros do STF ganham**. Disponível em <<http://noticias.uol.com.br/infograficos/2014/12/18/veja-o-quantos-dilma-deputados-senadores-e-ministros-do-stf-ganham.htm>> Acesso 5 ago. 2017.

ROCHA, Osires. **Salário**. Enciclopédia de Direito, v. 66. São Paulo: Saraiva, 1981.

RUSSOMANO, Mozart Victor. **Curso de Direito do Trabalho**. 8ª ed. Curitiba: Juruá, 2001. p. 345

RUSSOMANO, Mozart Victor. **O Empregado e o Empregador no Direito Brasileiro**. São Paulo: LTR, 6ª ed. 1978.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 9ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 29.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 6ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 99.

SILVA, De Plácido. *Vocabulário Jurídico*. 32ª Ed. São Paulo: Forense, 2016.

SILVA, José Afonso da. *A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia*. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 212, p. 97, abr/jul. 1998.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 34. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 178.

SOUZA, Fernan De. *Aumento de salário: 61,8% para os parlamentares do Brasil e 7,71% para o mínimo*. 2014. Disponível em <<http://br.blastingnews.com/noticia/2014/11/aumento-de-salario-61-8-para-os-parlamentares-do-brasil-e-7-71-para-o-minimo-00172301.html>> Acesso em 10 ago. 2017

STF. ADI 1.458-7. Rel. Min. CELSO DE MELLO. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>> Acesso em 19 out. 2017.

Tabela do salário mínimo. 2017. Disponível em <<https://www.tabeladoirrf.com.br/tabela-do-salario-minimo.html>> Acesso em 6 ago. 2017.

WALLIN, Cláudia. *Um país sem excelências e mordomias*. São Paulo: Ed. Geração, 2014, p. 73.

FORMA DE PAGAMENTO ORIUNDO DE CONDENAÇÕES CONTRA A FAZENDA PÚBLICA: DISTINÇÃO ENTRE OS PROCEDIMENTOS DA RPV E DO PRECATÓRIO NO MUNICÍPIO DE LONDRINA

Carolina Bombonato Borchart

Técnica de Gestão Pública do Município de Londrina, exercendo a função de Coordenadora de RPV's e Precatórios – CARPV, na Gerência de Assuntos Fiscais e Tributários - GAFT. Mestranda em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual Norte do Paraná –UENP. Bacharela em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUC.

Carlos Renato Cunha

Procurador do Município de Londrina, lotado na Gerência de Execução Fiscal - GEF. Doutorando e Mestre em Direito do Estado – Direito Tributário – pela Universidade Federal do Paraná –UFPR. Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários - IBET. Especialista em Planejamento Tributário e Operações Societárias pela Faculdade Brasileira de Tributação – FBT. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Londrina -UEL. Professor da Graduação e Pós Graduação em Direito. Advogado

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Contexto Atual. 2.1 Normas Gerais. 2.1.1 Constituição Federal. 2.1.2 Lei 11.467/2011. 3 Classificação quanto à espécie da requisição. 3.1 Requisição de Pequeno Valor (RPV). 3.2 Precatório Requisatório. 4 Procedimentos para precatório e RPV no Município de Londrina. 5 Conclusão. Referências.

RESUMO: O presente artigo aborda inicialmente as normas gerais da Constituição Federal em relação a Requisição de Pequeno Valor e Precatório, com o intuito de nortear o estudo do regime dos pagamentos efetuados pelo ente público. Após, é realizada abordagem da Lei 11.467/2011, a qual define obrigações de pequeno valor nos termos do artigo 100, §3º, da Constituição Federal. Nesta perspectiva abranger-se-á a classificação quanto à espécie da requisição – Precatório Requisatório e Requisição de Pequeno Valor -, conceituando e diferenciando cada uma delas. Por fim, será verificado o procedimento administrativo de precatórios requisitórios e requisição de pequeno valor no âmbito da Procuradoria Geral do Município de Londrina, bem como da Administração Direta e Indireta, autárquica e fundacional.

PALAVRAS-CHAVE: Requisição de Pequeno Valor. Precatório. Município de Londrina.

I. Introdução

O presente artigo possui como finalidade, apresentar noções básicas sobre o mecanismo de satisfação das demandas em face da Fazenda Pública, ou seja, pagamento de quantia certa por meio de Precatório Judicial e Requisição de Pequeno Valor (RPV).

Inicia-se esta breve pesquisa com uma abordagem sobre a Constituição Federal com relação ao tema proposto.

Busca-se estudar a Lei 11.467/2011, a qual define obrigações de pequeno valor nos termos do artigo 100, § 3º, da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 62, de 9 de dezembro de 2009.

Ato contínuo, abranger-se-á a classificação quanto à espécie da requisição – Precatório Requisatório e Requisição de Pequeno Valor -, conceituando e diferenciando cada uma delas.

Por fim, será analisado o procedimento administrativo de precatórios requisitórios e requisição de pequeno valor no âmbito da Procuradoria Geral do Município de Londrina, bem como da Administração Direta e Indireta, autárquica e fundacional.

2. CONTEXTO ATUAL

2.1 Normas Gerais

2.1.1 Constituição Federal

Diante do extenso texto do artigo 100 da Constituição Federal Brasileira encontramos o regime dos precatórios no âmbito jurídico pátrio. Entende-se por regime, a maneira pela qual o Estado irá realizar os pagamentos oriundos de decisões judiciais em favor dos cidadãos.

Cabe ressaltar que o artigo 100 da Constituição Federal apenas regulamenta o regime de pagamento dos precatórios e conforme o texto do §3º, tais disposições não se aplicam aos pagamentos dos denominados de pequeno valor, ou mais conhecidas como RPV's.

No que concerne ao pagamento das Requisições de Pequeno Valor, estas poderão ser estabelecidas por leis próprias, tendo liberdade de fixação de valores diferentes para cada ente público, levando em consideração suas capacidades econômicas e outros fatores que façam ser necessária tal diferenciação, tudo conforme o texto do § 4º de tal dispositivo.

O regime dos precatórios, previsto no texto Constitucional, estabelece todo o procedimento e a funcionalidade, desde a criação até o efetivo pagamento dos valores constantes neste título. Entretanto, em 9 de dezembro do ano de 2009, foi promulgada a Emenda Constitucional nº. 62 que acabou por constituir o regime especial de pagamento dos precatórios pelos Estados, Distrito Federal e Municípios. Tal dispositivo incorporou significativas alterações no que antes dispunha o art. 100 e parágrafos da Constituição Federal.

É no texto constitucional que se encontra a disciplina específica deste instituto, mais precisamente no art. 100 e arts. 33, 78, 86, 87 e 97 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT).

2.1.2 Lei Municipal de Londrina n. 11.467/2011

No âmbito do Município de Londrina, a Lei Municipal nº. 11.467, de 28 de dezembro de 2011 define obrigações de pequeno valor nos termos do artigo 100, §3º, da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 62, de 9 de dezembro de 2009.

Desta forma, elucida a lei que no âmbito do Município de Londrina, suas autarquias e fundações, ficam definidas como obrigações de pequeno valor a que alude o parágrafo 3º do artigo 100 da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 62, de 9 de dezembro de 2009, os créditos oriundos de decisão judicial transitada em julgado cujo valor atualizado, por beneficiário, seja igual ou inferior ao maior benefício previdenciário do Regime Geral de Previdência Social.

Ademais, para fins de delimitação do limite previsto acima, caso tenha havido execução de sentença no processo judicial, considera-se a data da preclusão da discussão quanto ao valor devido e, caso tenha sido realizado requerimento administrativo sem a prévia execução de sentença, a data do protocolo do pedido.

Não obstante isto, em caso de litisconsórcio, será considerado o valor devido a cada litisconsorte de forma autônoma para fins de verificação do limite que se enquadra a Requisição.

Importante salientar que para fins de requerimento, é lícita a atribuição da qualidade de beneficiário aos advogados, cartórios cíveis e peritos, dentre outro, no que tange aos honorários sucumbenciais, custas e despesas processuais ou ainda honorários periciais, conforme o caso.

No mais, quando a importância total do crédito executado for superior aos limites estabelecidos ao maior benefício previdenciário do Regime Geral de Previdência Social, devem ser requisitados por meio de precatório os pagamentos parciais, complementares ou suplementares de qualquer valor.

Com relação ao prazo do pagamento ao titular de obrigação de pequeno valor, este será realizado no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, contados do protocolo da requisição de pagamento na Procuradoria-Geral do Município. Note-se que a legislação municipal anterior – a Lei

Municipal 8.575/2001 – previa o prazo de 1 (um) ano a contar do protocolo. O debate sobre a possibilidade de prazos maiores fixados na legislação de cada ente federativo já foi objeto de análise em texto publicado por um dos autores do presente artigo com Fábio César Teixeira.¹

A Secretaria Municipal de Fazenda e os órgãos financeiros da Administração Indireta, Autárquica e Fundacional, antes de proceder ao pagamento de Requisição de Pequeno Valor - RPV, deverão verificar se o beneficiário é devedor junto ao Município de Londrina, suas autarquias e fundações. Neste caso, existindo débito em nome do beneficiário do pagamento da Requisição de Pequeno Valor - RPV junto à Administração Municipal Direta, Autárquica ou Fundacional, será realizada a compensação com o valor da Requisição de Pequeno Valor - RPV, total ou parcialmente, na forma prevista em regulamento.

Por fim, não é permitido o fracionamento do crédito para expedição de RPV no limite legal e precatório complementar, porém, é facultado ao credor renunciar ao excedente a fim de que seja expedido RPV.

3 CLASSIFICAÇÃO QUANTO À ESPÉCIE DA REQUISIÇÃO

A classificação quanto à espécie de requisição poderá variar com relação ao valor requerido e ao procedimento adotado.

Franciulli Neto, sinteticamente, assim conceitua a requisição de pagamento à Fazenda Pública: o precatório ou requisitório não passa de uma carta de sentença, processada perante o Presidente do tribunal, consoante normas regimentais, *in verbis*²:

Tida como perfeita e lúcida por Américo Luís Martins Silva, a definição de Plácido e Silva, em cuja dicção por precatórios “entendem-se as cartas expedidas pelos juízes da execução aos Presidentes dos Tribunais de Justiça, a fim de que, por seu intermédio, se autorizem e se expeçam as respectivas ordens de pagamento às repartições pagadoras”.

O que origina o precatório é o trânsito em julgado de sentença judicial que condena a Fazenda Pública a pagar certa quantia de dinheiro a alguém.

O requisitório de pagamento feito ao poder público pode adquirir três formas

¹ CUNHA, Carlos Renato; TEIXEIRA, Fábio César. Aspectos Constitucionais e Processuais dos Juizados Especiais da Fazenda Pública: (Des)complicando a Justiça?, p. 56-59.

² FRANCIULLI NETTO, Domingos. **Notas sobre o precatório na execução contra a Fazenda Pública**. Informativo jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva, Brasília, v. 12, n. 1, p. 27-53, jan./jun. 2000, p. 38.

diferentes: a Requisição de Pequeno valor (RPV), os precatórios comuns e os precatórios de natureza alimentar.

O regime dos precatórios tem extrema diferença do regime existente no pagamento das RPV's, quer seja pelo procedimento, quer seja pelo tempo de pagamento.

Como será exposto, observar-se-á que o pagamento das requisições de pequeno valor não se relaciona com o processo de pagamento dos precatórios, embora tenham a mesma essência conceitual.

3.1 Requisição de Pequeno Valor (RPV)

Considera-se obrigação ou requisição de pequeno valor (OPV ou RPV), o débito oriundo de decisão judicial transitada em julgado, cujo valor atualizado, por beneficiário, seja igual ou inferior ao maior benefício previdenciário do Regime Geral da Previdência Social.

No mais, o §3º, do art. 100, estipula que as Obrigações de Pequeno Valor (OPV) estão excluídas do regime da ordem cronológica de pagamento, mantendo a regra trazida pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998.

Trata-se, nessa hipótese, de execução direta, garantindo-se, esta forma, a eficácia das sentenças judiciais transitadas em julgado, em consonância com os princípios constitucionais vigentes.

O § 4º conferiu aos entes da Federação autonomia para editar leis próprias, fixando os critérios quantitativos para as Obrigações de Pequeno Valor, devendo ser respeitado apenas o limite mínimo do valor do maior benefício do regime geral de previdência social.

A Constituição prevê ainda a possibilidade de o credor renunciar parte do seu crédito, que exceda o limite da OPV respectiva, para evitar o pagamento através do regime de precatórios e recebê-lo através do pagamento por Requisição de Pequeno Valor (RPV), nos termos do Parágrafo Único do artigo 87, do ADCT.

É vedada, entretanto, a expedição de precatórios complementares ou suplementares de valor pago, bem como o fracionamento, repartição ou quebra do valor da execução para fins de pagamento na forma de RPVs.

3.2 Precatório Requisitório

Trata-se de instrumento pelo qual o Poder Judiciário requisita, à Fazenda Pública, o pagamento da quantia pela qual esta foi condenada em processo judicial.

Nas palavras de De Plácido e Silva apud Romeu Giora Junior³:

Precatório. De 'precatorius', é especialmente empregado para indicar requisição, ou propriamente, a carta expedida pelos juízes da execução de sentenças, em que a Fazenda Pública for condenada a certo pagamento, ao Presidente do Tribunal, a fim de que, por seu intermédio, se autorizem e se expeçam as necessárias ordens de pagamento às respectivas repartições pagadoras.

De acordo com Lair da Silva Loureiro Filho⁴:

É o ato pelo qual o juiz requisita ao Presidente do Tribunal competente a ordem de pagamento à Fazenda Pública, para efetuá-lo no processo executivo, ou ainda a técnica brasileira que permite a execução contra a Fazenda Pública por visar compelir o Estado devedor a incluir no seu orçamento a verba necessária ao pagamento dos débitos decorrentes de decisão judicial, para efetuar o pagamento com obediência à ordem de apresentação das respectivas requisições

Conforme se depreende dos conceitos acima expostos, não se trata de uma ordem para que a Fazenda Pública cumpra a decisão judicial condenatória, mas tão somente de uma simples requisição ao poder público, para que este inclua o débito em suas contas e o pague quando puder, ou quando lhe convier.

Importante se faz, para melhor entendimento do presente artigo, discorrer e diferenciar os seguintes termos: precatório alimentar (PA), precatório alimentar preferencial (PP) e, precatório comum (PC).

Reputa-se precatório alimentar o débito oriundo de decisão judicial transitada em julgado que não se amolde ao conceito de obrigação de pequeno valor, e que seja decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e

³ GIORA JUNIOR, Romeu. **Os precatórios**. Revista Tributária e de Finanças Públicas, São Paulo. v.15,n.76, set. 2007, p.232.

⁴ LOUREIRO FILHO, Lair da Silva. **Considerações a respeito da EC nº 62/09 e a questão dos precatórios**. Revista forense, Rio de Janeiro. v. 408, (mar. /abr. 2010) p. 256.

indenizações por morte ou por invalidez, fundadas em responsabilidade civil.

Com relação ao precatório alimentar preferencial, conceitua-se como o débito alimentar cujos titulares tenham 60 (sessenta) anos de idade ou mais na data de expedição do precatório, ou sejam portadores de doença grave definida em lei, sendo que a Emenda Constitucional n.94/2016 limitou tal preferência ao montante de até o triplo fixado em lei para as RPVs, exceção em que se permite o fracionamento.

Ademais, tem-se o precatório comum nos demais débitos oriundos de decisão judicial transitada em julgado.

À Procuradoria Geral do Município de Londrina compete, no tema de precatórios, conforme estabelecido no Decreto Municipal 356/2012, o controle administrativo do recebimento, da ordem cronológica e da manutenção em lista dos precatórios, assim como a centralização do recebimento e das respostas de ofícios de órgãos do Poder Judiciário sobre o tema.

Outrossim, a Assessoria Técnica Administrativa e Financeira, da PGM-Londrina (ATAF-PGM) é responsável por manter listas de ordem cronológica de Precatórios da Administração Direta e Indireta, que deve ser periodicamente comparada com a lista do Tribunal de Justiça do Paraná, para fins de revisão e controle, devendo também, realizar comparação periódica da lista com as listas paralelas das Autarquias e Fundações.

Além disso, há uma lista para precatórios observarão a data e hora do recebimento pelo Município, suas autarquias e fundações.

4 PROCEDIMENTOS DE TRÂMITE DE PRECATÓRIOS E RPVS NO MUNICÍPIO DE LONDRINA

O pagamento de todo o débito da Administração Direta e Indireta, autárquica e fundacional, cuja origem seja uma decisão judicial, só se fará após o trânsito em julgado e observará o procedimento estabelecido no art. 100 da Constituição Federal, art. 97 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, art. 102 da Lei Orgânica Municipal, Lei Municipal 11.467/2011, regulamentada pelo Decreto Municipal nº. 356/2012 e Portaria nº. 3/2012.

Note-se, também, que o procedimento regulamentado na legislação municipal em relação a precatórios, se refere ao procedimento ordinário de pagamento, atualmente suspenso pela vigência das regras de transição das Emendas Constitucionais n. 62/2009, que incluiu o art. 97 do ADCT, assim como as mais recentes Emendas n. 94/2016 e 99/2017, que incluíram e modificaram,

respectivamente, o art. 101, do mesmo ADCT, após a decisão do E. Supremo Tribunal Federal – STF proferida nas ADIs n. 4357 e 4425.

Tanto o precatório quanto a requisição de pequeno valor, após o recebimento dos ofícios requisitórios, são encaminhados prontamente à Assessoria Técnica Administrativa e Financeira, que realizará o registro do requerimento.

Com relação ao precatório, a sistemática funciona da seguinte maneira:

1. sendo procedente a sentença em ação judicial proposta contra a Fazenda Pública, o credor deve promover então a execução desta;

2. havendo o título executivo líquido e certo, o juiz fará uma requisição ao Presidente do Tribunal competente para que este ordene à Fazenda Pública o pagamento da quantia devida;

3. ordenado o pagamento, fica a Fazenda Pública compelida a pagar o débito ou então incluir no seu orçamento a verba necessária para efetuar o pagamento dos requisitórios judiciais;

4. feito isso, o pagamento se dará conforme a ordem cronológica de apresentação dos requisitórios, ou conforme as especialidades previstas nas normas que disciplinam este regime de pagamento.

No âmbito local, considerava-se recebido o precatório com a chegada do ofício requisitório do Presidente o Tribunal à Fazenda Pública para que esta incluía no seu orçamento as verbas destinadas ao pagamento de suas dívidas decorrentes de condenações judiciais. Contudo, o Conselho Nacional de Justiça – CNJ, por meio da Resolução n. 115/2010, fixou o entendimento de que o momento de apresentação do precatório é o do recebimento do ofício perante o Tribunal de Justiça. Duvidosa a competência do CNJ para tratar de tal matéria; mas a solução dada não parece ser a mais adequada à realidade de nosso ordenamento financeiro, tendo em vista o prazo do § 5º, do art. 100, da CF/88 (1º de julho de cada ano) e o da elaboração da lei orçamentária anual de cada ente político.

No mais, tendo-se em vista a requisição de pequeno valor, o procedimento é o seguinte:

1. requerimento da parte interessada, feito mediante protocolo no setor específico na Praça de Atendimento da Prefeitura, ou, pelo recebimento por parte do Procurador Geral do Município, de ofício emitido diretamente pelo Juízo;

2. o respectivo requerimento deve ser instruído com os documentos que constam no art. 3º da Lei 11.467/2011, quais sejam:

Art. 3º.... O requerimento deverá ser instruído com os seguintes documentos:

I - fotocópia da sentença e de todos os acórdãos existentes no processo;

II - fotocópia da certidão de trânsito em julgado da demanda;

III - caso exista execução de sentença, a fotocópia do cálculo homologado em juízo e das decisões judiciais eventualmente existentes em tal fase processual, assim como sua certidão de trânsito em julgado;

IV - caso não exista execução de sentença, planilha de cálculo elaborada pelo interessado, que demonstre a liquidez da obrigação e a observância do limite legal, inclusive somando-se honorários de sucumbência, custas e demais despesas processuais; e

V - mandato específico ou cópia do mandato outorgado para o ajuizamento da ação judicial, no caso de pedido realizado por procurador.

§ 1º Os documentos a que aludem os incisos I a III podem ser substituídos por certidão de inteiro teor expedida pelo Cartório ou pela Secretaria que demonstrem o teor das decisões existentes no processo, a existência e a data do trânsito em julgado da ação judicial do processo respectivo e a liquidez da obrigação.

§ 2º O prazo para pagamento da requisição de pequeno valor, no caso de necessidade de sua correção ou da juntada de eventuais documentos faltantes, reiniciará a partir do protocolo da retificação.

3. abertura de processo administrativo através do sistema SEI, com o registro dos dados necessários;

4. com a análise, no caso de despacho opinativo de deferimento: será feita a atualização dos cálculos para o Empenho e Pagamento. No caso de despacho opinativo de indeferimento: será procedida às baixas nos bancos de dados próprios, na forma da Portaria 3/2012-PGM. E, em caso de necessária correção, notifica-se o requerente e aguarda eventual complementação pelo interessado ou a fluência do prazo concedido.

5. após o despacho opinativo, deve haver minuta de decisão e assinatura do Procurador-Geral do Município;

6. o pagamento das RPV's será realizado no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, contados da data de protocolo do requerimento administrativo ou ofício judicial junto à Procuradoria

Geral do Município de Londrina.

7. o prazo para pagamento da requisição de pequeno valor, no caso de necessidade de sua correção ou da juntada de eventuais documentos faltantes, reiniciará a partir do protocolo da retificação.

Por fim, os pagamentos de RPV's serão sempre realizados através de depósito judicial, em instituição bancária pública federal, vinculado aos autos processuais de origem do crédito.

Atualmente, o trâmite de referidos procedimentos administrativos se dá de forma eletrônica, pelo Sistema SEI, nos termos da Portaria Conjunta SMGP/PGM n. 15/2016,

5 CONCLUSÃO

O que se buscou no presente estudo, em linhas gerais, foi realizar uma breve exposição sobre o tratamento dado aos procedimentos de pagamento de precatórios e de requisições de pequeno valor pela legislação municipal londrinense, no primeiro caso sem levar em consideração as regras transitórias da EC 62/2009, 94/2016 e 99/2017.

Explanou-se as previsões da Lei Municipal n. 11.467/2011 e de sua regulamentação, assim como o trâmite dos procedimentos administrativos no âmbito da Procuradoria-Geral do Município de Londrina.

6. REFERÊNCIAS

A (im)possibilidade de quitação de tributos mediante a compensação com precatórios. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=18851&revista_caderno=26>. Acesso em 22 de dezembro de 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. In: Vade Mecum compacto/obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. – 5. ed. atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva.

CUNHA, Carlos Renato; TEIXEIRA, Fábio César. Aspectos Constitucionais e Processuais dos Juizados Especiais da Fazenda Pública: (Des)complicando a Justiça? In: NERY, Cristiane da Costa; GUEDES, Jefferson Carús [Coord.] **Juizados Especiais da Fazenda Pública: uma visão sistêmica da Lei nº 12.153/2009**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 41-62.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. 7ª Edição, Editora Dialética, São Paulo, 2009.

FRANCIULLI NETTO, Domingos. *Notas sobre o precatório na execução contra a Fazenda Pública*. Informativo jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva, Brasília, v. 12, n. 1, p. 27-53, jan./jun. 2000.

GIORA JUNIOR, Romeu. *Os precatórios*. Revista Tributária e de Finanças Públicas, São Paulo, v.15,n.76, set. 2007.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Precatórios: Problemas e Soluções* (Coordenação Orlando Vaz), Editora Del Rey, Belo Horizonte-MG, 2005.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Pressupostos Materiais e Formais da Intervenção Federal no Brasil*. RT Editora, São Paulo, 1994.

LOUREIRO FILHO, Lair da Silva. *Considerações a respeito da EC nº 62/09 e a questão dos precatórios*. Revista forense, Rio de Janeiro, v. 408, (mar. /abr. 2010).

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 19ª Edição, Editora Atlas, São Paulo, 2006.

NEGRÃO, Theotônio; e GOUVÊA, José Roberto F. *Código Processual Civil e legislação Processual em Vigor*. 40ª Edição. Editora Saraiva, São Paulo, 2008.

OLIVEIRA, Antônio Flávio de. *Precatórios – Aspectos Administrativos, Constitucionais, Financeiros e Processuais*. 1ª Edição, 2ª Tiragem, Editora Fórum, Belo Horizonte MG, 2007.

PELEGINI, Márcia. *A Intervenção Estadual nos Municípios – Cumprimento de Ordem ou Decisão Judicial*. Editora Max Limonad, São Paulo, 2000.

Manuais de Procedimentos da Justiça Federal – **PRECATÓRIOS E REQUISIÇÕES DE PEQUENO VALOR** – RPV, 2ª Edição, revista e atualizada. Conselho da Justiça Federal, Maio de 2005.

Precatórios Judiciais e Requisições de Pequeno Valor. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI104144,71043-Precatorios+Judiciais+e+Requisicoes+de+Pequeno+Valor+algumas>>. Acesso em 21 de dezembro de 2017.

Precatório e requisições de pequeno valor. Disponível em: <<https://duduhvanin.jusbrasil.com.br/artigos/184894576/precatório-e-requisicoes-de-pequeno-valor-rpv>>. Acesso em 20 de dezembro de 2017.

REFIS DA CRISE OU CRISE DO REFIS? UMA ABORDAGEM DO DEVER DE ARRECADAR E DAS CAUTELAS À RECUPERAÇÃO PARCELADA DE CRÉDITOS FISCAIS

Claus Epaminondas Carvalho

Procurador do Município Venâncio Aires-RS. Ex-Procurador-Geral do Município. Especialista em Gestão Pública Municipal pelo Centro Universitário UNIVATES/Lajeado-RS. Graduado em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul-RS – UNISC. E-mail: clauscarvalho@gmail.com

RESUMO: Diante de um cenário de crise e de recuperação incerta da economia, os gestores públicos, em especial das administrações municipais, veem-se em dilemas diários de cumprimento do mínimo legal, expedição de medidas de austeridade e contenção de despesas, e a necessidade de arrecadar os recursos necessários às demandas de sua população, com dependência marcada nas transferências hierarquizadas do pacto federativo. A proposta da presente investigação, pautada na posição do ente municipal, além de mensurar a importância da arrecadação tributária, pretende averiguar o trato dos recursos próprios e do estoque inadimplido representado no montante da dívida ativa, especialmente na adoção de programas incentivados de recuperação de créditos fiscais, suas características, cautelas e percalços.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade Fiscal. Tributação. Dívida Ativa. REFIS.

ABSTRACT: Faced with a crisis scenario and uncertain economic recovery, public managers, especially of municipal administrations, are seen in daily dilemmas of compliance with the legal minimum, shipping austerity measures and expenditure restraint and the need to raise the necessary resources to the demands of its population, with marked dependence on hierarchical transfers of federal pact. The proposal of the present investigation, based on the position of the municipal entity, besides measuring the importance of tax collection, intends to investigate the treatment of own resources and the non-performing inventory represented in the amount of the active debt, especially in the adoption of incentive programs to recover credits their characteristics, cautions and mishaps.

KEYWORDS: Fiscal Responsibility. Tax. Active debt. REFIS program.

1 INTRODUÇÃO

As dificuldades que enfrentam os municípios em sua ampla maioria, contrastadas às necessidades cada vez mais crescentes da sociedade moderna, têm exigido dos gestores dinamismo e capacidade de gestão sem comprometer a estrutura mínima e eficiente da própria administração pública.

Nesse contexto, diante de um cenário que exige do gestor responsabilidade fiscal,

marcado pela dependência e insatisfação quanto à repartição de receitas no modelo atual do pacto federativo, surge a necessidade de racionalizar os gastos e buscar de forma eficiente os recursos que competem legalmente ao ente, tanto na instituição como na efetiva arrecadação.

Com a proposta de avaliar a posição do município no cenário legal e constitucional, o presente trabalho pretende investigar se as rotinas administrativa-fazendárias contemplam de forma eficaz a natureza e os efeitos válidos de programas de recuperação ou refinanciamento de créditos (REFIS).

Contextualizada a exigência e a necessidade de se arrecadar, bem como a natureza e idiossincrasias de programas REFIS, pretende-se, sem perder a vocação prática e objetiva deste estudo, esquadrihar alertas e recomendações que venham a ser convenientes na administração tributária e na gestão de programas REFIS.

2 O PAPEL DO MUNICÍPIO E SUA RECEITA

O enfoque do presente estudo é eminentemente municipalista, cujo cenário local aproxima o observador, tornando mais palpáveis avaliações e consequentes recomendações, facilitadas pela prática profissional diuturna dentro de próprios municipais.

Nesse sentido, mesmo revelando-se demasiado afirmar que a ‘vida acontece nos municípios’, calha destacar verdadeiro jargão que ‘o cidadão não mora na União, não mora no Estado, mas no Município’, logo, suas angústias e seus pleitos são levados à figura política mais próxima, personificada no ente público municipal.

A personificação da entidade que recebe toda sorte de demandas e que possui a missão institucional de tutela desses interesses, essencialmente coletivos, abre o ensejo para que se pautem o que vem a ser entendido a respeito da Administração Pública.

De forma propedêutica, seguimos a diferenciação lecionada por Gasparini (2002, p. 40-1), para o qual “se grafada em minúsculas (administração pública), indica atividade administrativa ou função administrativa; se registrada em maiúsculas (Administração Pública), significa Estado”.

Na busca da conceituação da Administração Pública, os autores administrativistas têm oferecido vários critérios para sua definição; ao largo da variedade oferecida, merece registro e foco apenas os critérios formal e material, o que fazemos arrimados no magistério que segue:

Pelo critério *formal*, também denominado *orgânico* ou *subjetivo*, a expressão *sub examine* [Administração Pública] indica um complexo de órgãos responsáveis por funções administrativas. De acordo com o *material*, também chamado de

objetivo, é um complexo de atividades concretas e imediatas desempenhadas pelo Estado sob os termos e condições da lei, visando o atendimento das necessidades coletivas. Pelo critério formal, é sinônimo de Estado (Administração Pública); pelo material, equivale a atividade administrativa (administração pública) (GASPARINI, 2002, p. 41).

Como se pode denotar, o serviço público, assim como o fomento e a polícia administrativa, é abrangido pelo sentido objetivo de Administração Pública, conforme magistério de Di Pietro (2010, p. 54-7), que no sentido em tela, define-a como “a atividade concreta e imediata que o Estado desenvolve, sob regime jurídico total ou parcialmente público, para a consecução dos interesses coletivos”.

Conclusivamente, imprescindível registrar a utilização do tema pela Constituição da República, que o emprega nos dois sentidos em seu art. 37, conforme consagrado magistério a respeito do dispositivo:

O art. 37 da Constituição emprega a expressão *Administração Pública* nos dois sentidos. Como conjunto orgânico, ao falar em *Administração Pública direta e indireta* de qualquer dos Poderes da *União*, dos *Estados*, do *Distrito Federal* e dos *Municípios*. Como atividade administrativa, quando determina sua submissão aos princípios de *legalidade*, *impessoalidade*, *moralidade*, *publicidade*, *eficiência*, da *licitação* e os de *organização do pessoal administrativo* (SILVA, 2002, p. 635).

Retomando à figura personificada na tutela dos anseios coletivos mais próximos e imediatos, mister pautar a inserção do Município no cenário nacional e contexto constitucional.

Em primeiro lugar, é prudente o esclarecimento a respeito da nomenclatura correta do ente público municipal, o que no caso deva ser feito enquanto pessoa jurídica de direito público interno que é, com o vocativo de Município, iniciando-se por maiúscula, eis que a designação município, iniciando-se por minúscula, refere-se simplesmente à cidade correspondente.

De igual sorte, imperioso que se evite designar Município por Prefeitura, conforme se verifica com frequência, consistindo equívoco comum, porém, crasso, por se tratar de sentido vulgar que apenas “significa a sede do Executivo Municipal, o edifício em que se localiza o gabinete do prefeito, e por uma figura de metonímia é empregado ainda para indicar o período de mandato do chefe do Executivo local” (MEIRELES, 2008, p. 724).

Feitos os esclarecimentos iniciais reputados pertinentes, observa-se que a realidade vivida nos municípios brasileiros, na grande maioria em estado de penúria e sobrecarregados de obrigações e incumbências, não retrata a matriz constitucional de 1988 que de forma suficientemente clara pautou na autonomia a organização político-administrativa brasileira conforme seu artigo 18.

Entretanto, a subserviência aos recursos da União, principalmente, e do estado-membro correlato, não condiz com a vocação de autonomia que o texto constitucional conferiu originalmente aos entes políticos municipais.

Apesar de todas as dificuldades, ao ente público não é dado o direito (tampouco a punição) de ‘quebrar’, nem mesmo paralisar suas atividades (decorrência dos princípios da indisponibilidade do interesse público e da continuidade dos serviços públicos), ao passo que o ente público enquanto ponto de convergência ou mesmo de imposição de um sistema mínimo de leis de convivência e obediência em sociedade, para fazer frente às despesas pela gestão, tutela e fomento dos anseios coletivos e sociais, imprescindível a correspondente fonte de recursos, no caso, a receita pública.

Nessa esteira, como bem resgatado por Harada (2014, p. 37) “já se foi o tempo em que o Estado supria suas necessidades financeiras por meio de guerras de conquistas, de doações voluntárias e de vendas de bens de seu patrimônio”.

Certamente o mundo contemporâneo e o estado de direito não se coadunariam com a primeira opção, tampouco o atual estágio de necessidades públicas, fomento e de regulações diversas suportariam as demais.

Isso porque “o crescimento de despesas públicas, resultante do acesso das massas ao poder político, tornou imprescindível ao Estado lançar mão de outras fontes de obtenção de recursos financeiros, capazes de manter o fluxo regular e permanente de ingressos” (HARADA, 2014, p. 37).

Nesse sentido, mesmo mantido o processo de obtenção de lucros pela venda de seus bens e serviços, “o Estado acentuou a sua força coercitiva para retirar dos particulares uma parcela de suas riquezas, expressa em dinheiro, sem qualquer contraprestação. O dinheiro obtido por esse último processo denomina-se tributo” (HARADA, 2014, p. 37).

Entretanto, não se tratando a receita pública de toda e qualquer entrada de recursos, mister buscar os melhores contornos da conceituação do que venha a ser receita pública, o que fazemos com suporte no entendimento segundo o qual:

Entende-se, genericamente, por Receita Pública todo e qualquer recolhimento feito aos cofres públicos, e, também, a variação ativa, proveniente do registro do direito a receber no momento da ocorrência do fato gerador, quer seja efetuado através de numerário ou outros bens representativos de valores – que o Governo tem direito de arrecadar em virtude de leis, contratos ou quaisquer outros títulos que derivam direitos a favor do Estado -, que seja oriundo de alguma finalidade específica, cuja arrecadação lhe pertença ou caso figure como depositário dos valores que não lhe pertencem (KOHAMA, 2012, p. 66).

Abreviadas as distinções contábeis em torno dos regimes de orçamentação (de competência ou de caixa) e com o propósito de aproximação ao escopo do presente estudo, importa partir à classificação da receita orçamentária.

Para tanto, da definição traçada pela Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, que Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, e respectivo rol do artigo II, interessa ao desenvolvimento e foco deste trabalho a dívida ativa, dentro das receitas correntes; antes, contudo, mister abordar sua principal matéria-prima subjacente, qual seja, a receita tributária.

Como a própria denominação denuncia, a receita pública tributária advém dos créditos havidos ou por haver em relação aos tributos de competência do respectivo ente político.

Segundo o Manual de Contabilidade Aplicada ao Setor Público (MCASP):

Tributo é uma das origens da Receita Corrente na classificação orçamentária por Categoria Econômica. Quanto à procedência, trata-se de receita derivada cuja finalidade é obter recursos financeiros para o Estado custear as atividades que lhe são correlatas. Sujeitam-se aos princípios da reserva legal e da anterioridade da lei, salvo exceções.

O art. 3º do Código Tributário Nacional (CTN) define tributo da seguinte forma:

Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.

O art. 4º do CTN preceitua que a natureza específica do tributo, ao contrário de outros tipos de receita, é determinada pelo fato gerador, sendo irrelevante para caracterizá-lo:

I – a sua denominação; e

II – a destinação legal do produto de sua arrecadação (BRASIL, 2014, p. 38).

De resto, de relativa sabença geral, vale destacar que o sistema tributário pátrio possui no tributo a figura gênero, sendo-lhe espécies os impostos, as taxas e as contribuições de melhoria, segundo especificação do art. 5º do Código Tributário Nacional (CTN).

O tópico, no entanto, serve de especial atenção às administrações municipais para que não se tornem cada vez mais reféns de repasses federais, principalmente, e estaduais, dando especial tutela à principal fonte que possuem ao seu alcance: a receita própria, cujo elemento essencial é a arrecadação dos tributos municipais.

Para tanto, razões de ordem legal e de subsistência administrativa e governamental existem de sobejo a encorajar as Administrações Públicas, especialmente as municipais, à árdua tarefa de tributar.

Deveras, observe-se que o trato da tributação pátria recebeu no final do Século XX louvável e salutar legislação estabelecendo normas de finanças públicas voltadas à responsabilidade na gestão fiscal, amparada no Capítulo II do Título VI da Constituição da República, conforme Lei Complementar nº 101, de 04-5-2000, conhecida como a Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF).

A par dos mandamentos acerca do planejamento orçamentário, do controle da despesa pública e do endividamento, da gestão patrimonial, dentre outros, calha destacar a diretriz legal acerca do trato da Receita Pública, conforme seção específica destinada à Previsão e Arrecadação, conforme dispositivo imperativo que segue:

Art. 11. Constituem requisitos essenciais da responsabilidade na gestão fiscal a instituição, previsão e efetiva arrecadação de todos os tributos da competência constitucional do ente da Federação.

Parágrafo único. É vedada a realização de transferências voluntárias para o ente que não observe o disposto no *caput*, no que se refere aos impostos.

O artigo em tela representa um avanço significativo para as contas públicas, bem como pretende mudar paradigmas, conforme vem anunciando a doutrina, como segue:

O presente artigo tem a pretensão de impor um parâmetro comportamental no estilo gerencial da receita dos entes públicos. Especialmente para alguns dos Municípios brasileiros, é um desafio instituir todos os tributos (impostos, taxas e contribuições de melhoria) que na Constituição da República Federativa do Brasil constar como de sua competência (CRUZ et al., 2012, p. 44).

O alcance da exigência consignada no *caput* do artigo tem igualmente servido de alerta a práticas administrativas reprováveis, como resta advertido:

Parece-me que o texto busca coibir as indevidas e demagógicas isenções de tributos que se verificam nas instâncias federativas: a exemplo, inexigência de IPTU Municipal.

A redação enfatiza um princípio assente na doutrina do Direito Administrativo, que é a indisponibilidade do bem público: o Estado não pode abrir mão de suas prerrogativas, devendo exercer toda a extensão de sua competência tributária, incluindo a eficiência na arrecadação” (MOTTA et al. *apud* MARTINS; NASCIMENTO, 2001, p. 83).

Das recomendações e exemplificação acima pode-se ir além, enxergando-se na legislação citada a recomendação e obrigação de que o ente não só evite isenções desmedidas ou populistas, como também venha a instituir todos os tributos de sua competência; ao passo que a defasagem de alíquotas ou de base de valores, para argumentar, também pode desservir ao propósito

legal, como por exemplo, a defasagem por várias gestões da planta genérica de valores para fins de tributação do Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU).

Nesse sentido, o respeito ou não à exigência legal poderá influenciar no julgamento competente quanto à responsabilidade do gestor em suas contas de governo, além do que, pela literalidade do dispositivo, a não instituição, previsão e efetiva arrecadação dos impostos de competência do ente, atrairá a vedação de transferências voluntárias para o ente indiligente.

Outro aspecto da maior relevância no que diz respeito à responsabilidade na gestão, previsão e efetiva arrecadação da receita tributária, está relacionado à temática da renúncia fiscal, pauta de vigília permanente dos sistemas de controle interno e externo a que está submetido o administrador municipal e sua administração, que merece abordagem específica a seguir.

Numa pauta de responsabilidade fiscal, austeridade financeira e necessidade de arrecadar, emerge a problemática afeta à renúncia de receita, que exprime “a desistência do direito sobre determinado tributo, por abandono ou desistência expressa do ente federativo competente para sua instituição (MARTINS; NASCIMENTO, 2001, p. 94)”.

Nessa esteira, tem-se na acepção tanto o abandono ao exercício do que lhe é de direito pela omissão administrativa, como pela deliberada e expressa desistência em utilizá-lo, caso no qual estaremos diante da renúncia pela concessão de incentivos fiscais, preocupação levada a detalhes na Lei de Responsabilidade Fiscal, conforme disciplinado no seu artigo 14.

Segundo o tema e sua normatização, em primeiro lugar é forçoso que se reconheça que:

Os incentivos fiscais, em princípio, são instrumentos de que dispõe o Poder Público para promover o desenvolvimento da economia e possibilitar o incremento de empregos em determinada faixa do território onde são aplicados. Implicam redução do montante devido pelo contribuinte que ostenta a condição de beneficiário, mediante isenção, anistia, remissão e outras concessões permitidas legislativamente (MARTINS; NASCIMENTO, 2001, p. 95).

Entretanto, ao passo que existe a previsão e regulação da renúncia planejada, utilizada para fins de prospecção futura de dividendos econômicos ou melhorias sociais, coexiste a renúncia desmedida e irresponsável vedada pela LRF, cujos contornos e alertas são tratados pela doutrina especializada:

O entendimento é de que a renúncia fiscal fere uma situação normal da estimativa estampada na LDO e na LOA. Como toda a receita estimada tem como futuro, uma vez arrecadada e recolhida, a aplicação no atendimento de necessidades sociais e meritórias, pode-se concluir que a frustração de receitas decorrentes da renúncia afeta a despesa orçamentária fixada.

Detectar os efeitos sobre o exercício em que ocorra a renúncia não basta. Devem-se verificar os impactos causados sobre os dois próximos exercícios financeiros.

Com base no entendimento de frustração de atendimento de necessidades sociais ou meritórias é que se exige uma compensação junto à receita. Essa compensação traduz uma esperança de que a médio prazo a situação de atendimento seja normalizada.

Os mecanismos de renúncia de receita, embora delimitados nessa Lei Complementar nº 101/2000, devem ser muito bem vigiados pelos órgãos de controle interno. Nessa área, a imaginação é ampla e os interesses diretos na barganha, vez por outra, são maiores do que a prudência.

Anistia, remissão, subsídio, crédito presumido, concessão de isenção em caráter não geral, alteração de alíquota ou modificação de base de cálculo são temas complexos e, mesmo disciplinados no Código Tributário, causam diversas interpretações jurídicas (CRUZ et al., 2012, p. 50).

A legislação, dessa forma, exige prudência e vigília perene na assunção da renúncia de receita, tanto quanto, no tópico, tenta igualmente implantar uma nova conduta e mudança de paradigma na gestão da máquina pública, valendo arrematar com a conclusão que segue:

A Lei de Responsabilidade Fiscal, nitidamente, visa dificultar a realização de medidas de renúncia de receita ou compensações que resultem em dúvidas sobre a aplicação de critérios igualitários aos contribuintes. Na tentativa de interferir na cultura do modo de gerenciamento da dívida ativa, e indiretamente inibir renúncia fiscal e assemelhados, a STN emitiu em 27-10-2004 a Portaria nº 564 e posteriormente apropriou detalhes no Manual de Procedimentos, estabelecido com a Portaria nº 303, de 28-4-2005. Além disso, o montante apurado dessa renúncia deve ser do conhecimento dos demais Poderes, bem como do Tribunal de Contas e do Ministério Público, vez que estes têm os seus percentuais de repasse dependentes da apuração do resultado das receitas (CRUZ et al., 2012, p. 51).

Não fosse apenas a exigência legal quanto à instituição dos tributos, imprescindível que as administrações municipais tenham a consciência da necessidade de arrecadá-los para subsistência da própria administração e para fazer frente a todas as demandas sociais e projetos estruturantes do poder público.

Nesse compasso, a natureza da tributação é ínsita ao modelo de governo e gestão que estamos atrelados, conforme perspicaz passagem da doutrina tributarista:

No Brasil vigora a regra da liberdade de iniciativa na ordem econômica. A atividade econômica é entregue à iniciativa privada. A não ser nos casos especialmente previstos na Constituição, o exercício direto da atividade econômica só é permitido ao Estado quando necessário aos imperativos da segurança nacional, ou em ace de relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei (Constituição Federal, art. 173). Não é próprio do Estado, portanto, o exercício da atividade econômica, que é reservada ao setor privado, de onde o Estado obtém os recursos financeiros de que necessita. Diz-se que o Estado exercita apenas atividade financeira, como tal entendido

o conjunto de atos que o Estado pratica na obtenção, na gestão e na aplicação *dos recursos financeiros de que necessita para atingir os seus fins*.

A tributação é, sem sombra de dúvida, o instrumento de que se tem valido a economia capitalista para sobreviver. Sem ela não poderia o Estado realizar seus fins sociais, a não ser que monopolizasse toda a atividade econômica. O tributo é inegavelmente a grande e talvez a única arma contra a estatização da economia.

Justifica-se o poder de tributar conforme a concepção que se adote do próprio Estado. A ideia mais generalizada parece ser a de que os indivíduos, por seus representantes, consentem na instituição do tributo, como de resto na elaboração de todas as regras jurídicas que regem a nação (MACHADO, 1992, p. 3-5).

Nesse sentido, não oferece dificuldades num exercício de raciocínio constatar que uma sociedade sem tributos estaria relegada a um nível medieval de (sub)desenvolvimento, sem saúde, educação e segurança, cuja ausência de suporte estatal ensejaria a privatização e cobrança dos serviços mais básicos.

Tanto quanto seja importante a observância das imposições legais e recomendações de subsistência administrativa para a instituição e devida arrecadação dos tributos, seu insucesso enseja, ao seu turno, responsabilidade na gestão do estoque do endividamento, foco do presente trabalho.

Primeiramente, como sói acontecer, “dívida ativa” é mais um dos casos de impropriedade terminológica, como bem observado e advertido por Difini (2008, p. 353):

A expressão “dívida ativa”, entre nós, está consagrada pelo uso, não obstante eventual impropriedade, salientada por Hely Lopes Meirelles, que aponta corresponder a expressão “dívida” à posição passiva na obrigação respectiva, preferindo a designação “crédito fiscal”. A consagração pelo uso da expressão supera, porém, eventual falha terminológica, reduzindo-se a questão a nomenclatura que, aliás, é sempre mais ou menos arbitrária.

Entretanto, consagrada pelo seu uso reiterado, resta perquirir sua definição, que, segundo o Manual de Contabilidade Aplicada ao Setor Público (MCASP):

São os créditos da Fazenda Pública, de natureza tributária ou não tributária, exigíveis em virtude do transcurso do prazo para pagamento. Este crédito é cobrado por meio da emissão de certidão de dívida ativa da Fazenda Pública da União, inscrita na forma da lei, com validade de título executivo. Isso confere à certidão da dívida ativa caráter líquido e certo, embora se admita prova em contrário.

Dívida ativa tributária é o crédito da Fazenda Pública proveniente da obrigação legal relativa a tributos e respectivos adicionais, atualizações monetárias, encargos e multas tributárias. Dívida ativa não tributária corresponde aos demais créditos da Fazenda Pública.

As receitas decorrentes de dívida ativa tributária ou não tributária devem ser classificadas como “outras receitas correntes” (BRASIL, 2014, p. 43).

O processo de constituição da dívida ativa revela certas prerrogativas da Fazenda Pública, entendida por alguns como privilégios, cuja esteira e características de constituição, de qualquer sorte, merecem abordagem pela doutrina selecionada:

Entre os privilégios processuais da Fazenda Pública está o de constituir o próprio título executivo extrajudicial que embasará a execução fiscal. Esse título é a Certidão de Dívida Ativa (ou Certidão de Débito Inscrito), que é produzido pela própria Fazenda.

Em direito privado, na generalidade dos casos, o título executivo só é criado por ato do devedor: emissão de nota promissória, aceite de letra de câmbio ou duplicata e, mesmo nessa última, ao menos a assinatura do comprovante de entrega de mercadoria.

A Fazenda Pública goza, como dissemos, do privilégio de poder ela – credora – independente de ato do devedor constituir o próprio título, que permite a propositura do processo de execução.

O CTN cuida da dívida ativa em seus arts. 201 a 204. No entanto, suas disposições são complementadas pela Lei n. 6.830, de 22 de setembro de 1980, que regrou amplamente sobre dívida ativa, sua inscrição e cobrança judicial, via execução fiscal, sendo por isso conhecida como Lei de Execução Fiscal (LEF).

[...]

Pode ser inscrito em dívida ativa o crédito tributário definitivamente constituído. Definitividade é a eficácia que torna indiscutível o crédito tributário perante a própria Administração (DIFINI, 2008, p. 352-3).

Prerrogativa ou privilégio, a constituição regular do crédito fiscal confere ao ente público o título correspondente à execução judicial imediata do crédito, face à presunção de validade inerente, conforme Amaro (2014, p. 513):

A inscrição da dívida ativa confere-lhe presunção relativa de liquidez e certeza, dando-lhe o efeito de prova pré-constituída (art. 204), e tornando-a idônea a ser cobrada por ação de execução. A presunção relativa pode ser ilidida por prova em contrário, a cargo do sujeito passivo ou do terceiro interessado (art. 204, parágrafo único).

Devidamente prevista e lançada a tributação, mas frustrada sua arrecadação, compete à Administração Pública o regular gerenciamento do montante frustrado, novamente acudindo a LRF com suas exigências e exortações, conforme pode ser inferido dos artigos 13, 53, §2º, II, e 58.

Do complexo da legislação afeta à responsabilidade fiscal e à constituição da dívida ativa dos entes públicos, verte à saciedade a necessidade de especial tutela e gerenciamento do estoque inadimplido de créditos do ente municipal, reiteradas vezes abrigados em programas municipais de

parcelamento, reparcelamento ou refinanciamento dos créditos devidos, razão especial do presente estudo, do que merece tratamento a respeito de sua natureza e requisitos a sua validade.

3 DOS PROGRAMAS DE RECUPERAÇÃO DE CRÉDITOS DA DÍVIDA ATIVA

Os programas de recuperação ou refinanciamento de créditos fiscais são invariavelmente pautados na opção de parcelamento do débito pelo contribuinte.

Enquanto parcelamento puro e simples, a doutrina tradicionalmente conceitua tratar-se de espécie de moratória, daí aquilatando seus efeitos e características, conforme se colhe:

A Lei complementar n. 104 acrescentou ainda mais um inciso (VI) ao art. 151 do CTN, prevendo a suspensão do crédito pelo parcelamento. Na verdade, parcelamento é uma forma de moratória, pelo que o acréscimo é redundante (DIFINI, 2008, p. 286).

No mesmo sentido:

Parcelamento enquanto espécie de moratória. É interessante observar que, conquanto a LC tenha apartado o parcelamento da moratória enquanto causa de suspensão da exigibilidade tributária, disciplinou-o no novo artigo 155-A, situado na Seção II deste Capítulo, ou seja, na Seção atinente à Moratória, além do que o § 2º do art. 155-A é expresso no sentido de que se aplicam, subsidiariamente, ao parcelamento as disposições relativas à moratória (PAULSEN, 2008, p.1038).

Cujos atributos não destoam da categorização oferecida:

A moratória é a dilação do prazo de vencimento do tributo, ao passo que o parcelamento é a dilação do prazo de pagamento do tributo. A consequência de tal distinção é que, na moratória, porque o vencimento mesmo da obrigação foi postergado, não há cobrança de juros e multa de mora. No parcelamento, incluem-se, salvo disposição de lei em contrário (favor legal), juros e multa de mora que serão pagos, com o principal, pelo número de parcelas definidas na lei concessiva do parcelamento (art. 155-A, § 1º, CTN) (POLO et al., 2013, p. 389).

Entretanto, sua característica de moratória vem sofrendo mutação pela concessão de benefícios à adesão, nota característica dos programas editados com frequência nos últimos tempos, conforme destacado:

O parcelamento de créditos tributários é uma espécie de moratória consistente na consolidação da dívida tributária, abrangendo o principal, juros, multas e outros acréscimos, seguida de divisão do montante encontrado em várias parcelas a serem pagas de maneira periódica, em geral mensalmente. Ultimamente, o instituto vem sendo utilizado de forma inapropriada, combinando o parcelamento com anistia total ou parcial, com o fito de obter rápida arrecadação para assegurar o fluxo de caixa desejado pelo governante (HARADA, 2014, p. 571).

Deveras, além das administrações tributárias, via de regra, manterem parcelamentos ordinários sem benefícios, acodem cada vez mais à instituição de programas pautados em incentivos como principal ferramenta para recuperação imediata de créditos frustrados.

Antes de se questionar quanto à eficácia desses programas, importa previamente descobrir a natureza desses programas simbióticos.

Ante a mutação verificada nos programas de parcelamento, importa questionar se a conceituação tradicional consegue atender as nuances atuais apresentadas pelos programas de parcelamento de créditos fiscais, notadamente com benefícios à adesão em contrapartida à desistência pelo contribuinte de discutir o débito com o Fisco, que vem a caracterizar os parcelamentos incentivados.

Na perseguição desse entendimento, cabe pesar numa mesma balança as benesses oferecidas pela Administração, estereotipadas como renúncia fiscal em muitos casos, com a abdicação pelo contribuinte do direito de questionar administrativa e judicialmente o crédito contra si constituído.

Nesse sentido, coexistindo ambos os pesos, verifica-se que as definições puras, imaculadas e assépticas não servem para o devido entendimento a respeito da natureza dos parcelamentos incentivados.

É exatamente nessa esteira de compreensão que o parcelamento incentivado congrega mais de uma característica que se torna possível desvendar-lhe a natureza hodierna.

Deveras, em que pese alterações e diferenciações entre os diversos programas editados pelas diferentes esferas governamentais, invariavelmente a nota característica permanece constante, qual seja, o oferecimento de redução de valores devidos ao Fisco, a englobar o valor principal, juros, multas e encargos.

Trata-se, então, de simples renúncia fiscal?

Necessário buscar a disciplina legal do crédito tributário, cujo esteio está no Código Tributário Nacional (CTN), auscultando a consequência da adesão a programa REFIS, se se trata de espécie de suspensão, de exclusão ou de extinção do crédito.

À primeira vista e de forma flagrante, o parcelamento tal como entabulado no art. 151, VI, do CTN, é hipótese de suspensão do crédito. Mas, tão somente isso?

Se for verificado que o contribuinte não acode à Fazenda Pública para aderir a um singelo parcelamento caracterizado pelo simples fracionamento do pagamento de uma dívida, é

porque importa mais do que isso, eis que o Fisco abre mão de parte da receita que entende ter direito e o contribuinte renuncia ao direito de discutir ou manter discussão do que entende irregular.

Ante a insatisfação do enquadramento até o momento, necessário avançar às modalidades de exclusão do crédito tributário, dentre as quais encontramos a anistia (art. 180 do CTN), entendida como a renúncia fiscal às infrações cometidas anteriormente à lei que a instituiu, e que alcança as penalidades tributárias, notadamente as diversas espécies de multas.

Certamente existe anistia tributária dentro dos REFIS, porém não é apenas isso, pois há também renúncia fiscal dos valores cobrados de principal, ou seja, do valor do tributo pretensamente devido pelo contribuinte. Desta forma, a caracterização do REFIS como sendo apenas uma anistia, uma exclusão do crédito tributário pela ótica do CTN, também é insuficiente.

Passando-se às espécies de extinção do crédito tributário, merece destaque a remissão (art. 172 do CTN), que diz respeito à extinção parcial ou integral do crédito tributário, o que abrange o principal da dívida, o que, sem dúvida, também está inserido no contexto dos diversos REFIS, mas que, como acima referido, não é suficiente para explicar todo o complexo contexto normativo envolvido.

Oferecidos esses elementos de investigação por Scaff (2014), ao entender que isoladamente nenhum atende satisfatoriamente à natureza jurídica dos parcelamentos incentivados, chega o tributarista à conclusão que os diversos REFIS com esse perfil encerram caso de extinção do crédito tributário pela transação, conforme fórmula prevista pelo art. 171 do CTN:

Art. 171. A lei pode facultar, nas condições que estabeleça, aos sujeitos ativo e passivo da obrigação tributária celebrar transação que, mediante concessões mútuas, importe em determinação de litígio e conseqüente extinção de crédito tributário.

Reforça o tributarista que a transação constitui uma mescla de vários dos institutos acima mencionados, notadamente caracterizada pela expressão “concessões mútuas” a serem firmadas entre os “sujeitos ativo e passivo da obrigação tributária”, cujo objetivo é a “determinação do litígio” visando a “extinção do crédito tributário”; o que somente pode se dar sob a égide da reserva legal, em respeito ao § 6º do art. 150 da Constituição da República.

Dessa miscelânea, conclui-se:

Assim, nesse plexo de relações tributárias, temos anistia, remissão, parcelamento e pagamento, dentre outros institutos isolados previstos no CTN, a depender do exato formato do programa de parcelamento incentivado. Portanto, trata-se de um programa que mescla extinção, suspensão e exclusão do crédito tributário em um só sistema, cuja única possibilidade teórica de enquadramento normativo no CTN é através do instituto da transação tributária.

Claro que o escopo final é, da parte do contribuinte, pagar menos, e, para tanto, renuncia ao exercício de direitos que entende possuir contra aquela exigência fiscal; da parte do Estado é receber valores incertos, de forma mais rápida e segura, renunciando a direitos que entende possuir contra o contribuinte. O Estado oferta esta possibilidade através de Lei e o contribuinte a aceita, convalidando a transação (SCAFF, 2014, texto digital).

Destaca-se, por fim, que permanecem os parcelamentos típicos de suspensão do crédito tributário, nos quais não hajam concessões, tampouco renúncias recíprocas, não sendo, portanto, meticulosamente condicionados.

Em qualquer caso, imprescindível que se tenha noção que a instituição de parcelamentos, incentivados ou não, partem da política econômica de cada ente, de modo que será da sua vontade política o oferecimento, cabendo ao particular acudir aos termos oferecidos. À Administração Pública calha pautar-se sob a estrita reserva legal, em homenagem ao princípio da legalidade, segundo o qual “só pode fazer o que a lei *autoriza* e, ainda assim, *quando* e *como* autoriza (GASPARINI, 2002, p. 7).

4 EQUÍVOCOS NA ADMINISTRAÇÃO DE PROGRAMAS DE RECUPERAÇÃO DE CRÉDITOS PÚBLICOS

Os ramos do direito público e do direito privado coexistem no ordenamento jurídico pátrio, cujas ramificações tutelam as áreas de interesse respectivas.

Entretanto, notadamente no direito administrativo, certos institutos de direito privado não se coadunam para disciplinar a relação do Estado com os particulares.

Em especial na temática desenvolvida da recuperação de créditos fiscais por meio de programas REFIS, torna-se inadmissível a utilização de institutos privados para gerência desses processos e da própria gestão dos créditos em fase de recuperação e cobrança.

O caso em especial que merece dedicada exortação refere-se à novação de dívida, cuja disciplina é encontrada com suficiente clareza no Código Civil (CC), em especial do artigo 360 ao 367.

A respeito da disciplina legal, da doutrina colhe-se a conceituação e notas características que seguem:

Novação é a operação jurídica por meio da qual uma obrigação nova substitui a obrigação originária. O credor e o devedor, ou apenas o credor, dão por extinta a obrigação e criam outra. A existência dessa nova obrigação é condição de extinção da anterior.

[...]

Interessante notar que na novação não existe a *satisfação* do crédito. Débito e crédito persistem, mas sob as vestes de uma *nova* obrigação, daí a terminologia. Inova-se a obrigação. É meio extintivo, porque a obrigação pretérita desaparece. Como o *animus*, a vontade dos interessados é essencial ao instituto; não existe novação automática, por força de lei.

[...]

Requisitos: “Do exame prévio já feito, podemos inferir os requisitos da novação. Há uma *dívida anterior* que se extingue. Cria-se uma *obrigação nova* (*obligatio novanda*) (VENOSA, 2004, p. 299-302)

Verte à flagrância que o processo administrativo vinculado de constituição e controle dos créditos fiscais não se harmoniza com o instituto exortado, haja vista que deve haver respeito, como se afirmou alhures, à estrita reserva legal, logo, um crédito fiscal devidamente constituído não pode ser substituído por um termo de parcelamento, ou seja, a dívida de IPTU que venha a ser parcelada, por exemplo, jamais deixará de ser débito de IPTU, sendo que, no caso de descumprimento do parcelamento aderido, retoma-se a sorte da cobrança do débito tributário original e não de qualquer outro substituto por pseudo novação.

Se a administração do programa assim proceder, terá em mãos um título nulo, cuja pecha pode ser alegada e declarada pelo devido processo judicial.

5 REQUISITOS VÁLIDOS À INTERRUPTÃO DA PRESCRIÇÃO

Primeiramente, vale lembrar que a obrigação tributária, assim como o crédito tributário, pode ser extinta pela inércia de seu titular, a Fazenda Pública, cujo vencimento do prazo legal ensejará o reconhecimento da decadência ou prescrição, respectivamente.

Conforme bem versado por Difini (2008, p. 309-310):

Em direito tributário, tanto a decadência como a prescrição caracterizam-se como formas de extinção do direito de crédito, em decorrência da inatividade da Fazenda Pública, pelo prazo de cinco anos. Portanto, em direito tributário ambos os institutos (decadência e prescrição) levam à perda do próprio direito de crédito.

A par disso, torna-se importante na administração de programas de recuperação de créditos fiscais o trato escorreito e cauteloso quanto ao prazo prescricional do direito de cobrar o crédito constituído em favor do ente, fazendo toda diferença no curso da contagem a forma como formatado o parcelamento e sua adesão, buscando-se sempre evitar a inércia e buscar os marcos mais proveitosos à proteção do crédito, seja pela suspensão do prazo prescricional, seja – preferencialmente – pela sua interrupção.

Quanto aos temas da interrupção e suspensão de prazos para fins prescricionais, válido referendar o magistério que segue, pela singeleza e clareza da colocação:

Como ocorre nos prazos de direito processual, quando o prazo prescricional se interrompe, volta a contar do zero. Reinicia-se a conta contagem do prazo, a partir do zero; desconsidera-se o período já decorrido. Quando o prazo prescricional se suspende, pára de correr temporariamente, mas não se desconsidera o período já decorrido; cessada a causa de suspensão, reinicia-se a contagem, considerado o período já decorrido antes da causa suspensiva, do período que faltava para consumir o prazo. Em síntese: na interrupção, volta a correr o prazo a partir do zero; na suspensão, cessada a causa, volta-se a contar o prazo a partir do estágio em que se encontrava quando se iniciou a suspensão (DIFINI, 2008, p. 311-2).

Nesse sentido, em prol da cautela na gestão dos créditos em processo de parcelamento, vale a advertência de Amaro (2014, p. 443-4), segundo o qual:

Costuma-se citar o parcelamento como exemplo de ato do sujeito passivo com o qual se opera a interrupção do prazo prescricional. É preciso, porém, lembrar que, ao cuidar da moratória (que pode implicar pagamento em prestações), o Código Tributário Nacional só exclui do cômputo do prazo prescricional o período decorrido desde a concessão da moratória quando esta tiver sido obtida com dolo, fraude ou simulação. Caso contrário, o prazo prescricional continua correndo, durante a moratória, ainda que esta venha a ser revogada (art. 155, parágrafo único); com maior razão, o prazo deve considerar-se em curso se a moratória não for objeto de revogação. Também aí a sistematização da matéria no Código não prima pela coerência.

Para que o Fisco não corra risco de sofrer alegação futura de prescrição do crédito em dilatado prazo de pagamento por meio de parcelamento, imprescindível verificar as hipóteses de interrupção do curso prescricional, previstas em rol taxativo no parágrafo único do art. 174 do CTN.

Logo, a simples adesão a programa de parcelamento não possui o condão de interromper o prazo prescricional para cobrança do crédito respectivo, razão pela qual à Fazenda Pública calha atrelar a adesão ao programa REFIS com a confissão do respectivo débito, única medida apta a enquadrar a recuperação na hipótese prevista no inciso IV, supra referido, interrompendo o curso do lustro prescricional.

O não atendimento dessa providência, alerta-se por derradeiro, poderá causar, se transcorrido o prazo legal de cobrança, a extinção do crédito, frustrando de forma definitiva a entrada do recurso previsto, atraindo, ademais, os encargos processuais da derrocada na cobrança ou anulação do crédito respectivo.

6 CONCLUSÃO

Apesar de todas as dificuldades enfrentadas na gestão pública, notoriamente nos Municípios, os gestores não podem admitir o papel relegado de alcaides com a função reduzida ao simples cumprimento de leis, ordens, pactos e convênios, tampouco aguardar de pires nas mãos o tilintar dos recursos devidos pelas repartições constitucionais, cujo mesmo esteio constitucional confere aos municípios brasileiros autonomia político-administrativa.

São momentos de crise que exigem do administrador a adoção de medidas de cautela e austeridade, mas que não podem ser restritas ao controle e contenção das despesas do ente público, pelo contrário, devem agregar e fomentar o impulso da arrecadação do ente, ou seja, deve haver o comprometimento e a coragem de promover a árdua tarefa de arrecadar.

Nesse caminho sinuoso, percalços e frustrações exigirão do gestor criatividade e dinamismo, descabendo medidas desesperadas e de curto prazo, como o incentivo desmedido à recuperação dos créditos, medidas que se aparentam ser proveitosas de imediato, podem trazer prejuízos ao médio e longo prazo.

É chegada a hora da mudança de paradigmas dentro da gestão fazendária, paradigmas que já foram atualizados com a edição da Lei de Responsabilidade Fiscal, e estancar a cultura do benefício reiterado ao contribuinte inadimplente, que não raras vezes acode somente ao adimplemento inicial do parcelamento, ante à necessidade de algum proveito frente à Administração, como, por exemplo, a expedição de certidão negativa de débitos fiscais.

De resto, a mudança de mentalidade deve partir de dentro do próprio ente para que se mude a cultura local do aguardo e adesão ao REFIS. Mas, para a mudança ser efetiva, condições adequadas de informação e instalações são indispensáveis aos recursos humanos destacados à missão de arrecadar, tanto quanto a própria atualização e investimento do capital institucional do ente público, ou seja, seus servidores públicos.

7 REFERÊNCIAS

AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 7 abr. 2015.

BRASIL. Congresso. Senado. Resolução nº 33, de 13 de julho de 2006. Autoriza a cessão, para cobrança, da dívida ativa dos Municípios a instituições financeiras e dá outras providências. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=233384&norma=254435>>. Acesso em: 10 abr. 2015.

BRASIL. Lei 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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4320.htm>. Acesso em: 7 abr. 2015.

BRASIL. Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966. **Código Tributário Nacional**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172.htm>. Acesso em: 7 abr. 2015.

BRASIL. Lei 6.830, de 22 de setembro de 1980. **Lei de Execuções Fiscais**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6830.htm>. Acesso em: 7 abr. 2015.

BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 7 abr. 2015.

BRASIL. Lei Complementar 101, de 04 de maio de 2000. **Lei de Responsabilidade Fiscal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm>. Acesso em: 7 abr. 2015.

BRASIL. Secretaria do Tesouro Nacional. **Manual de contabilidade aplicada ao setor público (MCASP): aplicado a União e aos Estados, Distrito Federal e Municípios/Ministério da Fazenda, Secretaria do Tesouro Nacional**. 6. ed. Brasília: Secretaria do Tesouro Nacional, 2014.

BRITO, Fernando. E se o imposto não existisse. *Revista Superinteressante*, São Paulo, SP: Abril, v.24, n.291, p. 44-45, mai. 2011. Disponível em: <<http://planetasustentavel.abril.com.br/noticia/desenvolvimento/bolso-tributos-civilizacao-riqueza-impostos-628987.shtml>>. Acesso em: 26 fev. 2015.

CRUZ, Flavio da (Coord.). **Lei de responsabilidade fiscal comentada: lei complementar nº 101, de 4 de maio de 2000**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DIFINI, Luiz Felipe Silveira. **Manual de direito tributário**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

HARADA, Kiyoshi. **Direito financeiro e tributário**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; NASCIMENTO, Carlos Valder do (Orgs.). **Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal**. São Paulo: Saraiva, 2001.

KOHAMA, Heílio. **Contabilidade pública: teoria e prática**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

LOPES, Mauro Luís Rocha. **Processo judicial tributário: execução fiscal e ações tributárias**. 8. ed. Niterói: Impetus, 2012.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

MEIRELES, Hely Lopes. **Direito municipal brasileiro**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

POLO, Marcelo. Suspensão da Execução Fiscal. In: MELO FILHO, João Aurino de (Coord.). **Execução fiscal aplicada: análise pragmática do processo de execução fiscal**. 2. ed. Bahia: Podivm, 2013. p. 386-422.

PAULSEN, Leandro. **Direito tributário: Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência**. 10. ed. Porto Alegre: 2008.

PAULSEN, Leandro. **Direito processual tributário**: processo administrativo fiscal e execução fiscal à luz da doutrina e da jurisprudência. 5. ed. Porto Alegre: 2009.

SCAFF, Fernando Facury. **Refis é uma transação tributária e não uma renúncia fiscal**. 02 dez. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-dez-02/contas-vista-refis-transacao-tributaria-nao-renuncia-fiscal>>. Acesso em: 6 abr. 2015.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 21. Ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004. v. 2.

ATIVISMO JUDICIAL NA ÁREA DE SAÚDE: A IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PELO PODER JUDICIÁRIO

Cristiane do Amaral Meneguelli

Servidora pública federal; pós graduanda em Direito Tributário pela Universidade Cândido Mendes.

Isabela Simon Ponte

Advogada; pós graduanda em Direito Previdenciário pelo Instituto de Direito Constitucional e Cidadania - IDCC.

Sandra Cristina Fonseca

Advogada; pós graduada em Gestão Empresarial; aluna especial do Mestrado em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina.

RESUMO: O objetivo do presente artigo é abordar o ativismo judicial na efetivação das políticas públicas e suas consequências na garantia do direito à saúde. Para esse intento, foi utilizado como metodologia o levantamento bibliográfico. O artigo analisa a necessidade de implementação de políticas públicas através de demandas judiciais, discute a importância da observação da cláusula da reserva do possível e da garantia do mínimo existencial nas decisões, e faz referência à audiência pública de saúde realizada pelo Supremo Tribunal Federal em 2009 e à jurisprudência da Corte Suprema. O texto demonstra que a judicialização se torna imperativa, em função da omissão dos gestores públicos e da precariedade da efetivação das políticas públicas de saúde existentes

PALAVRAS CHAVES: Ativismo judicial. Direito à saúde. Judicialização.

ABSTRACT: The purpose of this article is to study the phenomenon of judicial activism regarding public policies and its consequences in the right to health. The methodology used was bibliographic research. The article analyzes the need to sue the government to have policies executed, discusses the relevance of considering the principles of reserve for contingencies and of the minimum existential theory in judicial decisions, refers to the Public Audience on Health organized by the Supreme Court in 2009 and the jurisprudences and recommendations that followed. It concludes that the judicialization is necessary, due to the omission of public authorities and the ineffectiveness of the existing public health policies.

KEY WORDS: Judicial activism. Right to Health. Judicialization.

I. Introdução

A Constituição Federal de 1988 incluiu no seu rol de direitos fundamentais o direito à saúde. Apesar de permitir sua imediata aplicabilidade, condicionou sua garantia à elaboração de políticas públicas pelo Poder Executivo e de leis pelo Poder Legislativo.

Além da ausência de políticas que foquem no aspecto preventivo da saúde e da omissão na criação de políticas públicas pontuais a respeito de determinadas doenças ou tratamentos, é comum observar que mesmo as existentes são deficientes, não sendo implementadas por falta de orçamento, principalmente na esfera municipal, ou por problemas de gestão. Desta forma, tornou-se comum o cidadão recorrer ao Poder Judiciário para requerer a garantia de seu direito à saúde, à dignidade e à vida.

Essa crescente judicialização levanta questões como a legitimidade do Poder Judiciário para decidir sobre a aplicação das políticas públicas, em função do princípio da separação dos Poderes; a discriminação entre os cidadãos que levam a questão à apreciação do Judiciário e aqueles que aguardam sua solução pelo Sistema Único de Saúde, ferindo o princípio da isonomia; a responsabilidade solidária dos entes federativos; a cláusula da reserva do possível e o mínimo existencial. Tais questionamentos, entre outros, culminaram na Audiência Pública nº 4, realizada pelo Supremo Tribunal Federal em 2009, com o objetivo de elucidar as questões técnicas que envolvem as ações judiciais sobre saúde e confirmar ou reformar a jurisprudência da Suprema Corte.

2. A Constituição Federal de 1988 e a criação do SUS

A Constituição Federal de 1988 reconhece a saúde como direito social de cidadania que será 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.

A nova postura da Carta Magna com relação ao direito à saúde foi interpretada por Giovanella & Fleury (1996)¹²:

No Brasil a intensa luta social pelo direito à saúde, no contexto de democratização do país nos anos 80, levou à consagração da saúde, na Constituição Nacional de 1988, como direito universal, sendo dever do Estado garanti-lo.

Os artigos 198 a 200 preveem a criação de uma estrutura organizacional para garantir o direito à saúde - o Sistema Único de Saúde (SUS), conferindo a ele a coordenação e

¹ GIOVANELLA, Lígia; FLEURY, Sonia. Universalidade da atenção à saúde: acesso como categoria de análise. In: EIBENSCHUTZ, Catalina (org.). **Política de Saúde: o direito público e o privado**. Ed. Fiocruz, Rio de Janeiro, 1996, p. 177

execução das políticas para promoção e proteção da saúde no Brasil. São estabelecidos como diretrizes e princípios do SUS: a descentralização, com direção única do sistema em cada esfera do governo; a integralidade da atenção (da vacina ao transplante), com prioridade para as atividades preventivas sem prejuízo dos serviços assistenciais; e a participação popular.

Em 1990 ocorreu a criação e a regulamentação do SUS através das Leis nº 8.080 e nº 8.142. A primeira - lei orgânica do SUS - dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes, além de detalhar os objetivos e atribuições, os princípios e diretrizes, a organização, direção e gestão, a competência e as atribuições dos níveis federal, estadual e municipal, a participação complementar do sistema privado, recursos humanos, financiamento e gestão financeira e planejamento e orçamento. Já a lei nº 8.142 dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do SUS e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros, além de instituir os Conselhos de Saúde e conferir legitimidade aos organismos de representação de governos estaduais e municipais (Reis, Araújo & Cecílio, 2012)³.

Apesar de ser consagrado na Constituição Federal o acesso universal e igualitário, benefícios foram ampliados sem base de financiamento correspondente. Assim, a universalização tem como característica a exclusão de segmentos sociais mais favorecidos - que procuram o setor privado -, para que seja possível atender as camadas que possuem menor poder aquisitivo. Como nos explicam Favaret Filho & Oliveira (1990)⁴, a universalização efetivou o direito social à saúde por torná-lo apto a atender os setores sociais de menor poder aquisitivo, e não por incluir sob sua responsabilidade toda a população.

Assim, percebe-se uma evolução com relação às políticas públicas de saúde anteriormente existentes, mas resta claro que o papel do Estado, como provedor e garantidor do direito à saúde para sua população, ainda não foi plenamente cumprido.

3. A abrangência do direito à saúde

A Constituição Federal adotou um enfoque abrangente de saúde, reconhecendo que seu direito engloba não apenas tratamentos médicos e fornecimento de medicamentos, mas também, conforme enumerado exemplificativamente nos incisos de seu art. 200, as ações de vigilância

³ REIS, Denizi Oliveira; ARAÚJO, Eliane Cardoso de; CECÍLIO, Luiz Carlos de Oliveira. **Políticas públicas de saúde: Sistema Único de Saúde**. UNASUS/UNIFESP, Brasília, 2012, p.35

⁴ FAVERET FILHO, Paulo & OLIVEIRA, Pedro Jorge de. **A universalização excludente: reflexões sobre as tendências do sistema de saúde**. Planejamento e Políticas Públicas, junho, 1990, Ipea, p.139-162

sanitária e epidemiológica e de saúde do trabalhador; ações de saneamento básico; pesquisa; controle de qualidade de alimentos e bebidas; e proteção do meio ambiente.

Ferraz & Vieira (2009)⁵ examinam a discrepância de entendimentos relativos à abrangência do direito à saúde, apontando as percepções do Poder Judiciário e dos técnicos em saúde do Estado:

Percebe-se [...] um claro descompasso entre o que o Poder Judiciário e os técnicos em saúde do Estado vêm entendendo por direito à saúde. De um lado, os especialistas em saúde pública partem da premissa de que os recursos da saúde são necessariamente limitados em relação à demanda. [...] O direito à saúde, nesse contexto, é também necessariamente limitado, e não absoluto. [...] De outro lado, o Judiciário parte da premissa de que a saúde (e a própria vida) foram erigidos ao status de direitos fundamentais pela Constituição de 1988.

Verifica-se aqui, nos técnicos em saúde do Estado, uma preocupação orçamentária, que limita o exercício do direito. Já no Poder Judiciário, percebe-se uma postura de universalidade, de entender que o direito à saúde é um direito fundamental que deve ser garantido a todos.

O art. 3º da Lei 8.080/90 (Lei Orgânica da Saúde), que institucionalizou o SUS, aponta que "a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais", entre outros, são determinantes e condicionantes dos níveis de saúde da população.

Maria Helena Barros de Oliveira, representante da FIOCRUZ, em depoimento na Audiência Pública de Saúde do STF, propõe, sobre a real abrangência do direito à saúde:

Não é possível reduzir o conceito de saúde à liberação de medicamentos, à liberação de determinados procedimentos médicos. Isso é reduzir o conceito que foi construído durante longos momentos, durante um período longo de construção da reforma sanitária que foi longamente trabalhada no processo constituinte e que culminou na nossa Constituição Federal.

A interpretação feita pelo Comitê de Especialistas das Nações Unidas para os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais do art. 12 do Pacto Internacional sobre tais direitos, sustenta que "o direito à saúde não deve ser entendido como direito a estar sempre saudável, mas sim como o direito a um sistema de proteção à saúde que dá oportunidades iguais para as pessoas alcançarem os mais altos níveis de saúde possíveis"⁶.

⁵ FERRAZ, Octávio Luiz Motta; VIEIRA, Fabiola Sulpino. **Direito à saúde, recursos escassos e equidade**: os riscos da interpretação judicial dominante. DADOS - Revista de Ciências Sociais. Rio de Janeiro, vol. 52, nº 1, 2009, p.2.

⁶ *apud* FERRAZ & VIEIRA (2009)

Assim, conclui-se que o direito à saúde deve ser interpretado considerando toda sua multidimensionalidade, sendo necessário analisar se as políticas públicas estatais integradas em diversas áreas são, em sua totalidade, adequadas para atender a população em geral.

4. A escassez de recursos e a cláusula da reserva do possível

Apesar do fato dos direitos sociais terem aplicabilidade imediata, conforme previsto no §1º, do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988, sua prática encontra um obstáculo na disponibilidade financeira do Estado. Desse conflito – efetivação dos direitos sociais X disponibilidade financeira – surge a cláusula da reserva do possível.

A teoria da reserva do possível teve origem na jurisprudência da Corte Constitucional Alemã⁷, e envolve uma valoração sobre o curso inerente a uma determinada prestação considerando a escassez em que vive a sociedade (Luck, 2009)⁸. Referida cláusula serve como um instrumento de ponderação entre a efetivação de um direito social e suas consequências, não devendo ser usada como justificativa para omissão estatal, e sim para comprovar a impossibilidade econômica que motive a não implementação desses direitos. Em sua origem, a teoria da reserva do possível não trata exclusivamente da existência ou não de recursos financeiros estatais suficientes para a implementação dos direitos sociais, e sim da razoabilidade da pretensão face à sua consumação.

Já no Brasil, a adequação da teoria à realidade pátria a transformou na ‘cláusula da reserva do financeiramente possível’, sendo considerada uma limitação à efetivação dos direitos fundamentais prestacionais.

Sarlet (2009)⁹ expõe a dificuldade em aceitar a alegação da reserva do possível ao se considerar a realidade brasileira:

[...] existe um dever constitucional de investir recursos e até mesmo limites e pisos, que devem ser investidos na área da Saúde. Há estudos atuais comprovando, categoricamente, que a União não gasta em nenhuma rubrica orçamentária aquilo que foi disponibilizado pelo orçamento, inclusive na área de Saúde. Há provas cabais de Estados e Municípios que não investem naquilo que foi imposto pela União no direito à Saúde. Alegar reserva do possível nessas circunstâncias é uma alegação vazia.

⁷ *apud* FERRAZ & VIEIRA (2009)

⁸ LUCK, Alan Saldanha. **A efetividade dos direitos sociais e a cláusula da reserva do possível**. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XII, n.68, 2009. Disponível em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6703>. Acesso em 22/08/2015, p.4

⁹ Ingo Sarlet, professor titular da PUCRS, em depoimento à Audiência Pública de Saúde do STF

Na mesma linha seguem Ferraz & Vieira (2009)¹⁰ ao relatarem como o brasileiro enxerga a reserva do possível:

[...] a escassez de recursos, não é facilmente compreendida pelo público em geral e pelos profissionais do direito em particular. Para estes, prevalece a ideia culturalmente arraigada de que a saúde não tem preço, sendo mesmo uma espécie de ofensa abordar aspectos financeiros quando o que está em jogo é a saúde e a própria vida. Essa postura - compreensível, mas fundamentalmente insustentável - é combinada no Brasil com a opinião consolidada de que os recursos públicos são sempre mal aplicados e frequentemente desviados por corrupção. Nesse clima, surge a sensação de que o problema da saúde e de outros programas sociais não é a escassez de recursos, mas sim a utilização inadequada destes.

Com a quantidade absurda de notícias que se tem diariamente sobre corrupção e desvios de verbas e, ainda, considerando a altíssima carga tributária do país, não é aceitável o pretexto da 'reserva do financeiramente possível' para justificar a não efetivação dos direitos sociais.

O autor Daniel Sarmiento (2008)¹¹ considera que a realidade de países em desenvolvimento, que possuem um alto índice de pobreza, acentua a importância da aplicação da teoria da reserva do possível face aos princípios de razoabilidade e proporcionalidade, sem desconhecer os recursos financeiros disponíveis, cabendo ao Estado o ônus de provar suas alegações de escassez de recursos. Em suas palavras:

[...] não basta, portanto, que o Estado invoque genericamente a reserva do possível para opor à concessão judicial de prestações sociais - como, infelizmente, tem ocorrido na maior parte das ações nesta matéria. É preciso que ele produza prova suficiente desta alegação.

Este entendimento se reflete em decisões do Supremo Tribunal Federal, que tem julgado, por vezes, que a invocação da reserva do possível constitui fraudes às expectativas depositadas nos Poderes Executivo e Legislativo, efetivando uma exoneração ao cumprimento de obrigações constitucionais.

Neste sentido, o Ministro Celso de Mello fundamentou sua decisão no julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45, extraída do site do Supremo Tribunal Federal:

[...] Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à "reserva do possível" (...)

¹⁰ FERRAZ, Octávio Luiz Motta; VIEIRA, Fabiola Sulpino. Op. cit, p.6

¹¹ SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. 1ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.572.

notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas. É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentimento de essencial fundamentalidade. (STF, ADPF nº 45, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento 29.04.04)¹²

A decisão do STF supracitada indica, claramente, que a cláusula da reserva do possível pode, sim, ser uma escusa para a não efetivação e implementação dos direitos fundamentais, nos casos em que realmente houver limitação orçamentária justificável do Estado. No entanto, não é admissível sua alegação como forma de se isentar da responsabilidade de executar políticas públicas que assegurem o exercício desses direitos.

5. O mínimo existencial

Como define Torres (1999)¹³, o mínimo existencial é “um direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado e que ainda exige prestações estatais positivas”.

A Constituição Federal, em seu artigo 6º, apresenta um rol de direitos que são imprescindíveis para que o ser humano tenha uma vida digna. Tais direitos constituem o mínimo existencial.

¹² <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>

¹³ Torres, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário. Vol III. Os Direitos Humanos e a Tributação – Imunidades e isonomia**. Rio de Janeiro. Ediora Renovar. 1999, p.141

Cleve (2003)¹⁴ define o mínimo existencial em seu artigo “A eficácia dos direitos fundamentais sociais” da seguinte forma:

O conceito de mínimo existencial, do mínimo necessário e indispensável, do mínimo último, aponta para uma obrigação mínima do poder público, desde logo sindicável, tudo para evitar que o ser humano perca sua condição de humanidade, possibilidade sempre presente quando o cidadão, por falta de emprego, de saúde, de previdência, de educação, de lazer, de assistência, vê confiscados seus desejos, vê combatida sua vontade, vê destruída sua autonomia, resultando num ente perdido num cipoal das contingências, que fica à mercê das forças terríveis do destino.

O direito à saúde, além de condicionado ao direito à vida humanamente digna, está intimamente ligado com os direitos à alimentação, à moradia, à educação, ao saneamento básico, ao meio ambiente, ao trabalho e ao lazer. Ou seja, o mínimo existencial à saúde engloba o completo bem-estar físico, mental e social. Assim, conforme observou Ana Paula de Barcellos (2008)¹⁵, é possível concluir que mínimo existencial e núcleo material da dignidade da pessoa humana descrevem o mesmo fenômeno.

Segundo esse mesmo entendimento, Iurconvite (2010)¹⁶ examina o dever do Estado diante dos direitos fundamentais:

Diante de tão precioso preceito, o Estado deve agir de forma a socorrer todos os cidadãos, independente de sua classe social, prestando toda a assistência necessária, sob pena de estar violando não só o direito fundamental à vida, mas todos os direitos fundamentais.

Como analisado por Ingo Sarlet (2009)¹⁷, com relação aos direitos fundamentais de natureza prestacional, pressupõe-se a criação de disposição positiva que garanta a realização da igualdade material, assegurando a participação do povo na distribuição pública de bens materiais e imateriais.

O Supremo Tribunal Federal também impõe a observância do mínimo existencial pelo Estado na escolha de como serão efetuados os gastos públicos, conforme se infere da decisão no

¹⁴ CLEVE, Clèmerson Merlin. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais**. Revista Crítica Jurídica, nº 22, Curitiba, julho/dezembro 2003, p.27.

¹⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2008, p.257.

¹⁶ IURCONVITE, Adriano dos Santos. **A inaplicabilidade da reserva do possível em face do mínimo existencial à saúde**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 79, ago 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8240>. Acesso em set 2017, p.23.

¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2009.

juízo da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45, pelo Ministro Celso de Mello:

[...] A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção aos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível. (STF, ADPF nº 45, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento 29.04.04)

O julgamento do Ministro Celso de Mello demonstra como é viável a coexistência da cláusula da reserva do possível com a prestação do mínimo existencial, desde que o Estado atue visando, efetivamente, o interesse público no momento de decidir como serão investidos os valores constantes no orçamento.

6. O Poder Judiciário como garantidor do mínimo existencial

Quando os direitos não estão sendo eficazmente garantidos pelos Poderes Executivo e Legislativo, é facultado ao cidadão procurar o Poder Judiciário (CF, artigo 5º, XXXV), como guardião da Constituição, em busca da efetividade destes direitos. Esse entendimento já foi pacificado pelo Supremo Tribunal Federal em decisão proferida na ADPF nº 45, pelo relator Ministro Celso de Mello, conforme ementa, *in verbis*:

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA "RESERVA DO POSSÍVEL". NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO "MÍNIMO EXISTENCIAL". VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO).

Na análise do caso concreto, deve o juiz considerar o princípio da

proporcionalidade e priorizar o bem comum, observando os critérios de adequação entre o meio utilizado e a finalidade pretendida, de forma a garantir que a proteção de um direito subjetivo não leve à impossibilidade da proteção mínima de outros.

Sarlet (2009)¹⁸ destaca o papel do Judiciário na garantia do exercício dos direitos fundamentais:

[...] se ao Estado cabe a obrigação de criar os pressupostos fáticos indispensáveis ao exercício dos direitos fundamentais em geral, assim como a obrigação de dar concretização aos direitos sociais em particular, necessária a viabilização da intervenção jurisdicional no sentido de evitar que a omissão ou ação precária do poder público venha a caracterizar uma hipótese de proteção insuficiente, que, portanto, resulte em violação de direitos fundamentais, precisamente pelo fato de não atingidos os limites mínimos exigíveis de satisfação de determinadas prestações.

Tal ponderação esclarece que o papel intervencionista do Judiciário é fruto da má gestão do Estado, seja na ausência de criação de políticas públicas, seja na inviabilidade de sua execução.

Há discussão doutrinária a respeito da real legitimidade do Poder Judiciário em atuar em temas referentes às políticas públicas. Alguns autores alegam que é atribuição exclusiva dos Poderes Executivo e Legislativo decidir discricionariamente, conforme sua conveniência e oportunidade, de que forma e onde devem ser aplicados os recursos públicos. Desta forma, a matéria não seria cabível de discussão em um pleito judicial, em função do princípio da Separação dos Poderes. Ana Paula de Barcellos (2008)¹⁹ discorda desse posicionamento, apontando que “[...] nem a separação dos poderes nem o princípio majoritário são absolutos em si mesmos, sendo possível excepcioná-los em determinadas hipóteses, especialmente quando se tratar de garantia dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana”.

Ademais, deve-se observar que não se atribui ao Poder Judiciário o poder de criar políticas públicas, e sim o de garantir a execução daquelas que já são objeto de legislação, através de controle judicial sobre descumprimento de preceitos legais, seja em função da inércia estatal ou de abuso governamental, atuando como um Poder mais “intervencionista” no controle da ineficiência das prestações dos serviços básicos e na exigência da concretização de políticas sociais eficientes (Avila,

¹⁸ *Ibidem*, p. 358

¹⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. Op. Cit, p. 230.

2013)²⁰. E, como considerou Freixo (2014)²¹, “ao ter a última palavra em matéria de interpretação constitucional, com efeito vinculante e *erga omnes*, pode-se dizer que o STF já recebeu, legitimamente, uma parcela da competência para o desenvolvimento de atividades de caráter normativo”.

Conclui-se, assim, que o Poder Judiciário tem legitimidade constitucional para agir como garantidor do mínimo existencial.

7. O princípio da Separação dos Poderes

A teoria da separação dos poderes, como a conhecemos hoje, foi consagrada por Montesquieu em sua obra *O espírito das leis* e positivada em 1789 na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, documento resultante da Revolução Francesa, que prevê, em seu artigo 16º, que “a sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”.

Na concepção de Montesquieu²²:

Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura o poder legislativo é reunido ao poder executivo, não há liberdade: porque é de temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado faça leis tirânicas, para executá-las tiranicamente. Tampouco há liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estiver unido ao poder legislativo será arbitrário o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos; pois o juiz será legislador. Se estiver unido ao poder executivo, o juiz poderá ter a força de um opressor.

A separação dos poderes de forma rígida (o Executivo administra, o Legislativo legisla e o Judiciário julga) encontra-se superada, se admitindo hoje a teoria da separação de poderes flexível. Assim, há uma maior harmonia entre os Poderes. Cada poder exerce sua função predominante (função típica) e, concomitantemente, exerce funções que seriam típicas dos outros Poderes (funções atípicas). Essa característica levou à concepção, pela doutrina norte americana, do sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*), que prevê um controle recíproco de um poder pelos outros. Desta forma, as leis criadas pelo Legislativo (função típica legiferante) são submetidas à sanção ou ao veto pelo Executivo e podem ser declaradas inconstitucionais pelo Judiciário. Seguindo a mesma linha, os

²⁰ ÁVILA, Kellen Cristina de Andrade. **Teoria da reserva do possível**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3558, 2013. Disponível em: < <http://jus.com.br/artigos/24062/teoria-da-reserva-do-possivel>>. Acesso em: 22/08/2015, p.3.

²¹ FREIXO, Marcia Aparecida de Andrade. **O ativismo judicial e o princípio da separação dos poderes**. Revista Intervenção, Estado e Sociedade, v.1, n.1, janeiro de 2014, p. 59-83

²² MONTESQUIEU, Charles de Secondat. Baron de. **Do espírito das leis**. Tradução Roberto Leal Ferreira. Ed. Martin Claret, São Paulo, 2010, p.168/169.

atos do Executivo são controlados e fiscalizados pelo Legislativo e podem ser questionados perante o Judiciário.

Segundo Vicente & Alexandrino (2009)²³:

[a doutrina da separação dos poderes pode ser vista como uma] fórmula de organização da estrutura política do Estado, mediante a qual as funções de governo são atribuídas a órgãos autônomos, porém de modo não exclusivo, de sorte que é assegurado mútuo controle e um funcionamento harmonioso, tendente à realização da vontade política geral.

Canotilho (2003)²⁴ ensina que essa nova concepção da teoria da separação dos poderes possui dimensões complementares, a saber, uma dimensão negativa, que envolve a divisão, o controle e a limitação do poder, e uma dimensão positiva, que consiste na garantia de uma justa e adequada ordenação das funções do Estado. Para atingir e manter a harmonia entre os poderes, prevista no artigo 2º da Constituição Federal de 1988, é essencial a colaboração e os controles recíprocos entre eles, com o objetivo de impedir atuações arbitrárias por qualquer deles.

8. Ativismo judicial e a judicialização da política

A judicialização da política consiste em um fenômeno de expansão do poder judicial que se tem observado nas sociedades contemporâneas desde a década de 1980, que transforma a jurisdição constitucional em parte integrante do processo de formulação de políticas públicas (Castro, 1996)²⁵.

Barroso (2008)²⁶ elabora, ainda, em cima do conceito de judicialização:

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da

²³ PAULO, Vicente e ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. Método, 2009, 4ª Ed. p. 387.

²⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Ed. Almedina, 2003, p.250

²⁵ CASTRO, Marcus Faro de. **O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política**. 1996. 19f. Trabalho preparado para apresentação no GT03 “Direitos, identidades e ordem pública”, XX Encontro Anual da ANPOCS, Caxambú, MG, 1996, p.2.

²⁶ BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 07/09/2017, p.3.

sociedade. (...) A judicialização, que de fato existe, não decorreu de uma opção ideológica, filosófica ou metodológica da Corte. Limitou-se ela a cumprir, de modo estrito, o seu papel constitucional, em conformidade com o desenho institucional vigente.

De acordo com Barroso, podem ser apontadas três diferentes causas da judicialização: (i) a redemocratização do País; (ii) a constitucionalização abrangente, que trouxe para a Constituição matérias anteriormente tratadas pela legislação ordinária; e (iii) o sistema brasileiro do controle de constitucionalidade.

Como consequência da redemocratização do País, uma maior parcela da população passou a conhecer seus direitos e a buscar sua garantia perante o Judiciário. O Ministério Público e a Defensoria Pública também passaram por uma expansão institucional e de atuação. Com isso, o Poder Judiciário ficou fortalecido. Já a constitucionalização de matérias, transformando-as em uma pretensão jurídica, permite a exigência de sua concretização pela via judicial. Nas palavras de BARROSO, "Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria."

No controle de constitucionalidade, o Judiciário é provocado a se manifestar e o faz dentro do pedido formulado. Como exemplo, temos os pronunciamentos do STF a respeito dos limites de atuação das Comissões Parlamentares de Inquérito e da possibilidade de progressão de regime para os condenados por crimes hediondos.

Barroso enumera as diferentes condutas que são consequência do ativismo judicial:

A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas. [...] o ativismo judicial procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, sem contudo invadir o campo da criação livre do Direito.

O fenômeno do ativismo judicial surge para socorrer as demandas da sociedade que foram ignoradas pelo legislador, com a ausência de leis específicas que tratem sobre dada matéria, ou pelo administrador, que deixou de elaborar políticas públicas para garantir a concretização de direitos

previstos na Constituição. Como se extrai do artigo Judicialização, Ativismo e Legitimidade Democrática (BARROSO, 2008)²⁷, "notadamente em matéria de políticas públicas, o exemplo mais notório [de ativismo judicial] provavelmente é o da distribuição de medicamentos e determinação de terapias mediante decisão judicial".

É fácil concluir que, por mais que se critique a atuação judicial em matérias que deveriam ser tratadas pelo Executivo ou Legislativo, o Judiciário não pode se quedar inerte quando provocado pela população, que tem direitos não garantidos pela omissão na formulação de políticas públicas ou mesmo na adoção de posturas legais a respeito de comportamentos que vão se destacando com a própria evolução cultural da sociedade e se veem em um limbo de proteção legal.

9. Críticas e comentários sobre o ativismo judicial

Há três principais críticas comumente encontradas em discussões sobre o ativismo judicial: os riscos que traz para a legitimidade democrática, a politização indevida da justiça e os limites da capacidade institucional do Poder Judiciário.

(i) Riscos para a legitimidade democrática

Dentre os comentários comumente relacionados à discussão em relação ao ativismo judicial, destaca-se o relativo à investidura dos juízes em seus cargos. Os defensores da separação absoluta dos Poderes, sem interferência de um na seara do outro (ignorando, sem dúvida, a teoria dos pesos e contrapesos), apontam que os juízes não são eleitos por voto popular, logo, não possuem legitimidade para garantir a execução de direitos constitucionais que dependem de legislação específica para sua efetivação, uma vez que não são considerados representantes do povo. Assim, sua atuação com a imposição de atuações estatais apresentaria um real risco à democracia.

Tal crítica foi devidamente refutada pelo doutor Marcos Salles, assessor especial da Presidência da Associação dos Magistrados Brasileiros, em seu depoimento no dia de abertura da Audiência Pública de Saúde realizada pelo Supremo Tribunal Federal:

Estou entre aqueles, talvez de forma utópica, que ainda entendem que a legitimação dos Poderes não se dá apenas pelo voto do cidadão. A nossa Constituição, trilhando o caminho e o exemplo da Constituição americana, abre um espaço inovador no sentido de que alguns agentes políticos – aí, nós juízes, desembargadores e ministros – legitimam-se perante a sociedade de acordo com os mandamentos, princípios e valores constitucionais pelo que chamo de representatividade meritória.

²⁷ *Ibidem*, p.8

Não há que se questionar a legitimidade do Poder Judiciário pelo fato de seus membros não serem eleitos pelo povo. Tal poder de se sobrepor a uma decisão daquele escolhido por vontade popular é expressamente atribuído pela Constituição Federal, precipuamente ao STF, que deve atuar de forma técnica e imparcial, visando a proteção de valores e direitos fundamentais. Dessa forma, conforme aponta o Ministro Luis Roberto Barroso²⁸, "a jurisdição constitucional bem exercida é antes uma garantia para a democracia do que um risco".

(ii) Risco de politização da Justiça

Entende-se por politização da justiça a interferência do Poder Judiciário na área de política governamental.

A esse respeito, analisou o Ministro Luis Roberto Barroso (2008)²⁹:

A Constituição faz a interface entre o universo político e o jurídico, em um esforço para submeter o poder às categorias que mobilizam o Direito, como a justiça, a segurança e o bem-estar social. Sua interpretação, portanto, sempre terá uma dimensão política, ainda que balizada pelas possibilidades e limites oferecidos pelo ordenamento vigente.[...] Em rigor, uma decisão judicial jamais será política no sentido de livre escolha, de discricionariedade plena. Mesmo nas situações que, em tese, comportam mais de uma solução plausível, o juiz deverá buscar a que seja mais correta, mais justa à luz dos elementos do caso concreto.

A interpretação constitucional possui um viés político, pois deve sempre levar em consideração as possíveis consequências políticas de suas decisões, principalmente de forma a evitar resultados prejudiciais advindos da garantia de um direito individual em detrimento de um direito comum, coletivo.

(iii) A capacidade institucional do Judiciário e seus limites

A defesa à imposição de limites ao Poder Judiciário é especialmente encontrada nas ações judiciais relativas ao direito à saúde. Muito se questiona se, apesar de poder, o Poder Judiciário deve interferir nesses casos. Isto porque há, alega-se,

“decisões extravagantes ou emocionais em matéria de medicamentos e terapias, que põem em risco a própria continuidade das políticas públicas de

²⁸ BARROSO, Luis Roberto, *Op. Cit.*, p.13

²⁹ *Ibidem*, p. 13

saúde, desorganizando a atividade administrativa e comprometendo a alocação dos escassos recursos públicos”³⁰.

A questão é deveras pertinente, principalmente ao se considerar que os magistrados não possuem o conhecimento técnico necessário para avaliar o caso concreto que vão julgar. No entanto, considerando as ações relacionadas à garantia do direito à saúde, deve se levar em consideração que é facultado ao juiz valer-se de peritos, como assistentes da Justiça, que suprem essa falta de conhecimento técnico, indicando a necessidade real do autor do requerido no caso apresentado.

10. O ativismo judicial, o Supremo Tribunal Federal e a concretização das políticas públicas

Ao discursar na cerimônia de posse do Ministro Gilmar Mendes como presidente do Supremo Tribunal Federal, em 2008, o Ministro Celso de Mello defendeu a prática do ativismo judicial pela Suprema Corte, justificando-a:

Práticas de ativismo judicial, embora moderadamente desempenhadas por esta Corte em momentos excepcionais, tornam-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos por expressa determinação do próprio estatuto constitucional, ainda mais se se tiver presente que o Poder Judiciário, tratando-se de comportamentos estatais ofensivos à Constituição, não pode se reduzir a uma posição de pura passividade.

O ativismo judicial trouxe a compreensão de que as omissões legislativas não podiam impedir ou atrasar o exercício de direitos fundamentais, com a adoção de uma postura pró-ativa pelo Judiciário na concretização de políticas públicas.

Como sustentam Fernandes & Nelson (2014)³¹:

O principal argumento a favor do ativismo judicial é que, diante da retração dos demais Poderes, que falham na efetivação dos direitos fundamentais, cabe ao Poder Judiciário, dentro da sua missão de guardião da Constituição, interpretar o texto constitucional de forma a extrair o máximo de sua efetividade, criando situações não previstas explicitamente na norma, mas que decorrem de valores implícitos no corpo constitucional.

³⁰ *Ibidem*, p.16

³¹ FERNANDES, Rafael Laffitte; NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso. **O Supremo Tribunal Federal e o ativismo judicial: (re) analisando o dogma do “legislador negativo”**. Revista eletrônica Direito e Política, Programa de pós-graduação *stricto sensu* em ciência jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.1, 1º quadrimestre de 2014, p.8. Disponível em: <http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/viewFile/5763/3140>. Acesso em 12/04/2016

É essencial frisar que o preâmbulo da Constituição de 1988 prevê o dever do Estado de “assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”. Outros deveres prestacionais são elencados ao longo da Carta Magna, como “a erradicação da pobreza e da marginalização” (art. 3º); os direitos sociais (art. 6º), que englobam “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”; a universalidade da cobertura e do atendimento na seguridade social (art. 194, I), e o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológica (art. 218). No entanto, inúmeras são as omissões na efetivação desses direitos.

Outrossim, há que se considerar, ainda, que matérias que envolvem questões polêmicas são propositalmente evitadas pelos Poderes Executivo e Legislativo, por medo da reação pública. Destarte, se torna responsabilidade do Judiciário a solução dessas lacunas. São exemplos de decisões da Suprema Corte que envolvem a prática do ativismo judicial: a declaração da constitucionalidade da incidência de contribuição previdenciária sobre os proventos dos aposentados e pensionistas; a autorização da greve no serviço público; a declaração da constitucionalidade da lei que beneficiava os deficientes com passe livre nos transportes coletivos; a autorização de pesquisas com células tronco embrionárias; o reconhecimento da união estável de casais homossexuais (união homoafetiva); a autorização da interrupção da gravidez de feto anencéfalo; e a declaração de constitucionalidade da política de cotas étnico-raciais e sociais para seleção de estudantes em Universidades.

Os itens enumerados acima mostram a importância da atuação da Corte Suprema na defesa dos exercícios e da manutenção de direitos constitucionalmente previstos, não se quedando inerte diante das omissões legislativas. Da mesma forma, como intérprete da Carta Magna, o Tribunal interpreta a Constituição extensivamente para estender direitos previstos a parcelas da população que foram negligenciadas.

II. Audiência pública do STF

A Audiência Pública de Saúde do Supremo Tribunal Federal ocorreu nos dias 27, 28 e 29 de abril e 4, 6 e 7 de maio de 2009, com o intuito de colher depoimentos de pessoas com experiência e autoridade em matéria do Sistema Único de Saúde, de forma a elucidar as questões técnicas que envolvem as ações judiciais sobre saúde.

No discurso inaugural, o então presidente da Suprema Corte, Ministro Gilmar Mendes, discorreu a respeito da importância da audiência e da judicialização das políticas públicas de

saúde:

Todos nós, em certa medida, somos afetados pelas decisões judiciais que buscam a efetivação do direito à saúde. O fato é que a judicialização do direito à saúde ganhou tamanha importância teórica e prática que envolve não apenas os operadores do direito, mas também os gestores públicos, os profissionais da área de saúde e a sociedade civil como um todo. Se, por um lado, a atuação do Poder Judiciário é fundamental para o exercício efetivo da cidadania e para a realização do direito social à saúde, por outro, as decisões judiciais têm significado um forte ponto de tensão perante os elaboradores e executores das políticas públicas, que se veem compelidos a garantir prestações de direitos sociais das mais diversas, muitas vezes contrastantes com a política estabelecida pelos governos para a área da saúde e além das possibilidades orçamentárias.

No primeiro dia, debateu-se o acesso às prestações de saúde no Brasil e os desafios encontrados pelo Poder Judiciário. Foi reconhecida, pela maioria, a legitimidade de atuação do Poder Judiciário nas demandas individuais, com a interpretação das políticas de saúde. No entanto, ressaltou-se sua ilegitimidade para julgar ações que se pautaram em laudos de médicos não vinculados ao SUS, salvo situações excepcionais. Discutiu-se, ainda, a responsabilidade dos entes federados, o dever do poder público de custear tratamentos e medicamentos não abrangidos nas políticas públicas existentes, as decisões judiciais que determinam o bloqueio de verba pública, o princípio da reserva do possível, a obrigatoriedade de se exaurir a instância administrativa antes do ingresso com ação judicial, o fornecimento de medicamentos sem registro no país e de tratamentos experimentais, bem como a evolução das políticas públicas de saúde. Entretanto, em nenhum desses pontos foi possível destacar posições majoritárias.

No segundo dia, os tópicos abordados foram relativos à responsabilidade dos entes da Federação e ao financiamento do SUS. Restou constatado que os municípios e os estados precisam de investimentos maiores na área de saúde. Com relação à responsabilidade solidária dos entes administrativos, a opinião majoritária é de que solidariedade leva, muitas vezes, ao cumprimento em duplicidade da determinação judicial. Para melhorar a assistência prestada pelo SUS, foi sugerida a criação de protocolos que devem ser periodicamente atualizados, de forma a tornar mais eficiente o uso racional de medicamentos, exames e procedimentos. Destacou-se a necessidade de o magistrado examinar os pleitos de forma mais meticulosa e técnica, não deferindo todos os pedidos. Falou-se, ainda, da possibilidade da realização de parcerias entre as Secretarias de Saúde e a Defensoria Pública, como forma alternativa de conciliação que, apenas em restando infrutífera, resultaria em ação judicial.

No terceiro dia, a discussão foi centrada na gestão e na legislação do SUS, e na universalidade do sistema. Ressaltou-se a necessidade de regulamentação da Emenda Constitucional 29/00 – que altera os artigos 34, 35, 156, 160, 167 e 198 da Constituição Federal e acrescenta artigo ao

Ato das Disposições Transitórias, para assegurar os recursos mínimos para o financiamento das ações e serviços públicos de saúde -, para o aperfeiçoamento das políticas públicas de saúde; a ilegitimidade dos requerimentos judiciais de medicamentos sem registro na ANVISA ou experimentais; a obrigatoriedade de prévia recusa administrativa que justifique o socorro pelo Judiciário; a importância das ações civis públicas; e a necessidade de maior diálogo entre os órgãos públicos, de forma a oferecer soluções administrativas aos cidadãos. Foi apresentado como exemplo a parceria realizada entre a Secretaria de Saúde de São Paulo e sua Defensoria Pública Estadual, que levou a uma significativa redução da judicialização na área de saúde.

Deliberou-se, também, sobre os casos em que há multiplicidade de medicamentos com o mesmo efeito (deve-se optar pelo de menor custo); a necessidade da edição de leis que definam as obrigações, responsabilidades e competências em matéria de saúde, bem como de uma reforma em relação ao financiamento do sistema, considerando as carências financeiras dos municípios; a impossibilidade do custeio de tratamentos no exterior; e as fraudes decorrentes do fornecimento de medicamentos por determinação judicial.

O quarto dia foi dedicado à discussão sobre o registro de medicamentos e insumos na ANVISA e os protocolos e diretrizes terapêuticas do SUS. Nesta sessão, o único consenso foi o de que é de vital importância a demonstração da eficiência e da qualidade de novos tratamentos. De resto, os órgãos da Administração Pública entenderam que o Poder Judiciário só poderia deferir o fornecimento de medicamentos com registro prévio na ANVISA; os representantes dos interesses de médicos e pacientes, por sua vez, não julgaram imperioso, apesar de importante, o referido registro; e para o Ministério Público, o fornecimento de medicamentos não registrados não deve ser concedido, haja vista o risco de se trazer danos irreparáveis à saúde do paciente ao se utilizar substâncias não certificadas. O Ministério Público ainda apontou a importância de atualização dos protocolos clínicos do SUS nos casos em que substâncias aprovadas pela ANVISA apresentem superioridade terapêutica.

No quinto dia, argumentou-se como as decisões judiciais devem ser pautadas no mínimo existencial, priorizando medicamentos que existam no País, assim como não devem ser considerados os procedimentos puramente experimentais. Ainda na esfera judicial, foi colocado que devem ser analisadas ações individuais que versem sobre procedimentos ou medicamentos previstos em políticas de saúde que não foram fornecidos, ou nos casos em que se apresente risco iminente de morte. No entanto, nos casos que tratem de medicamentos ou tratamentos não contemplados em políticas públicas a discussão deve se dar via ação coletiva. No tocante aos princípios de integralidade e universalidade do Sistema, sugeriu-se a flexibilização da proteção das patentes de medicamentos, que levaria a uma consequente redução de custos, e a criação de comissões médicas especializadas, que auxiliariam nos questionamentos de diagnósticos e terapias.

No sexto e último dia da audiência pública, foram prestados esclarecimentos a respeito da política de assistência farmacêutica do SUS, com a reclamação das organizações não governamentais de que a listagem de medicamentos fornecidos pelo SUS está ultrapassada, especialmente em relação a medicamentos para tratamento de doenças raras. Por sua vez, os órgãos governamentais explicaram qual o procedimento para inclusão de novos medicamentos na listagem do SUS.

12. Jurisprudência – o posicionamento do Supremo Tribunal Federal

Após a promulgação da Constituição de 1988, o entendimento do Supremo Tribunal Federal era o da concessão absoluta do direito à saúde, guiando-se pelo fundamento de que havia uma obrigatoriedade constitucional dos entes federados de fornecer o medicamento ou tratamento requerido para a garantia do direito à saúde de forma plena e universal. Presumia-se que o orçamento deveria ser bastante para aplicação das políticas públicas da área de saúde.

Sobre tal entendimento, decisão do Ministro Celso de Mello proferida no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 271286/RS, em 2000:

O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa consequência constitucional indissociável ao direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano de organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional.

Em 2007, no entanto, com o deferimento parcial de um pedido de suspensão da execução da antecipação de tutela, a Ministra Ellen Grace limitou a responsabilidade do estado ao fornecimento dos medicamentos elencados na Portaria nº 1.318 do Ministério da Saúde, indicando uma possível mudança de paradigma na jurisprudência da Corte. Em sua fundamentação, indicou que não se pode tratar individualmente a questão de saúde do requerente em detrimento do direito à saúde da coletividade. Vejamos:

Com efeito, a gestão da política nacional de saúde, que é feita de forma regionalizada, busca uma maior racionalização entre o custo e o benefício dos tratamentos que devem ser fornecidos gratuitamente, a fim de atingir o maior número possível de beneficiários. Entendo que a norma do art. 196 da Constituição da República, que assegura o direito à saúde, refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo, assegurando-lhe acesso universal e igualitário, e não a situações individualizadas.

Após a realização da Audiência Pública nº 04, no julgamento da Suspensão de Tutela Antecipada nº 175, o Ministro Gilmar Mendes destacou a dualidade proibição de excesso (consequência da concessão ampla e irrestrita de medidas judiciais garantidoras do direito à saúde) *versus* proibição de proteção insuficiente (que fatalmente levaria à omissão na prestação da tutela nas questões de saúde pelo Estado): “haveria, assim, para utilizar uma expressão de Canaris, não apenas uma proibição de excesso (*Übermassverbot*), mas também uma proibição de proteção insuficiente (*Untermassverbot*)”.

O Ministro aponta, inclusive, em sua decisão, que o Estado deve considerar que há diferentes necessidades dos cidadãos, inclusive em relação ao custo que cada caso concreto despenderá, não sendo possível especificar um valor estante a ser aplicado de forma genérica, que pode não ser suficiente, em dada situação específica, para sequer garantir o mínimo existencial:

Em relação aos direitos sociais, é preciso levar em consideração que a prestação devida pelo Estado varia de acordo com a necessidade específica de cada cidadão. Assim, enquanto o Estado tem que dispor de um determinado valor para arcar com o aparato capaz de garantir a liberdade dos cidadãos universalmente, no caso de um direito social como a saúde, por outro lado, deve dispor de valores variáveis em função das necessidades individuais de cada cidadão. Gastar mais recursos com uns do que com outros envolve, portanto, a adoção de critérios distributivos para esses recursos.

Com relação à "legitimidade" da judicialização no que diz respeito às questões de saúde, a audiência pública de saúde do STF esclareceu que, na grande maioria das demandas judiciais, o objeto é a determinação do cumprimento de políticas públicas já existentes. Nestes casos, deve ser analisado o caso concreto, para verificar o motivo que ensejou na omissão estatal. Sendo requerido tratamento alternativo, deve se priorizar o tratamento oferecido pelo SUS, salvo comprovação de sua ineficácia para o requerente.

Com relação às ações judiciais que tratam de patologia para a qual o SUS não possui qualquer tratamento específico, devem ser indeferidas as concessões de tratamentos puramente experimentais, considerando os riscos que podem trazer à saúde, quiçá à vida, do requerente. No entanto, a concessão de tratamentos novos não testados pelo Sistema de Saúde brasileiro deve ser objeto de judicialização individual ou coletiva, com a apresentação de extensivas provas acerca da segurança e eficácia do tratamento ou medicamento requerido.

A Corte manteve seu entendimento anteriormente pacificado quanto à responsabilidade solidária da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, estando ainda

pendente o julgamento definitivo da Proposta de Súmula Vinculante nº 4.

13. Conclusão

Este artigo teve como primeiro objetivo identificar e entender as hipóteses que têm causado a crescente intervenção do Poder Judiciário na aplicação das políticas públicas de saúde.

A análise da evolução das políticas públicas de saúde no País demonstra que a preocupação estatal foi se modificando, deixando de atender apenas aos interesses comerciais e, progressivamente, passando a atender o interesse público de forma mais abrangente e coletiva.

Ainda assim, é possível observar que a garantia do direito à saúde esbarra em muitos obstáculos, principalmente a ausência de legislação específica necessária à aplicabilidade das normas de eficácia limitada previstas na Constituição Federal de 1988 e a dificuldade de se atingir um equilíbrio no binômio reserva do possível – mínimo existencial.

É cediço que o Poder Executivo e o Poder Legislativo, em casos polêmicos que possam abalar sua popularidade, optam por permanecerem omissos. Esta omissão traz inúmeros prejuízos aos cidadãos que, muitas vezes, não podem usufruir de seus direitos por ausência de previsão no ordenamento jurídico.

Este descaso com a observância do princípio da supremacia do interesse público, que deveria reger os atos administrativos estatais, faz com que o Poder Judiciário tenha que suprir esta lacuna, intervindo em funções que não caberiam a ele.

Este ativismo judicial traz uma série de problemas, incluindo orçamentários, e pode, inclusive, prejudicar outros cidadãos que dependam de determinada prestação e que deixam de receber pela onerosidade causada a um ente federativo por função de uma decisão judicial.

No entanto, os benefícios superam os problemas, ao se considerar que o Poder Judiciário está tão somente tentando garantir a concretização do direito à saúde e o tem feito através do julgamento dos casos concretos que lhe são apresentados e da criação de jurisprudências que sanem temporariamente a ausência de previsão legal.

Por isso, conclui-se que o ativismo judicial, apesar de não ser o ideal e sequer dever existir, é extremamente necessário atualmente, como forma de garantir aos cidadãos o exercício de seu direito à saúde.

14. Referências bibliográficas

ÁVILA, Kellen Cristina de Andrade. **Teoria da reserva do possível**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3558, 2013. Disponível em: < <http://jus.com.br/artigos/24062/teoria-da-reserva-do-possivel>>. Acesso em: 22/08/2015, p.3.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2008, p.257.

BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: < <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 07/09/2017, p.3.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Ed. Almedina, 2003, p.250

CASTRO, Marcus Faro de. **O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política**. 1996. 19f. Trabalho preparado para apresentação no GT03 “Direitos, identidades e ordem pública”, XX Encontro Anual da ANPOCS, Caxambú, MG, 1996, p.2.

CLEVE, Clèmerson Merlin. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais**. Revista Crítica Jurídica, nº 22, Curitiba, julho/dezembro 2003, p.27.

FAVERET FILHO, Paulo & OLIVEIRA, Pedro Jorge de. **A universalização excludente: reflexões sobre as tendências do sistema de saúde**. Planejamento e Políticas Públicas, junho, 1990, Ipea, p.139-162

FERNANDES, Rafael Laffitte; NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso. **O Supremo Tribunal Federal e o ativismo judicial: (re) analisando o dogma do “legislador negativo”**. Revista eletrônica Direito e Política, Programa de pós-graduação *stricto sensu* em ciência jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.1, 1º quadrimestre de 2014, p.8. Disponível em: <http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/viewFile/5763/3140>. Acesso em 12/04/2016

FERRAZ, Octávio Luiz Motta; VIEIRA, Fabiola Sulpino. **Direito à saúde, recursos escassos e equidade: os riscos da interpretação judicial dominante**. DADOS - Revista de Ciências Sociais. Rio de Janeiro, vol. 52, nº 1, 2009, p.2.

FREIXO, Marcia Aparecida de Andrade. **O ativismo judicial e o princípio da separação dos poderes**. Revista Intervenção, Estado e Sociedade, v.1, n.1, janeiro de 2014, p. 59-83

GIOVANELLA, Lígia; FLEURY, Sonia. **Universalidade da atenção à saúde: acesso como categoria de análise**. In: EIBENSCHUTZ, Catalina (org.). **Política de Saúde: o direito público e o privado**. Ed. Fiocruz, Rio de Janeiro, 1996, p. 17

IURCONVITE, Adriano dos Santos. **A inaplicabilidade da reserva do possível em face do mínimo existencial à saúde**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 79, ago 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8240>. Acesso em set 2017, p.23.

LUCK, Alan Saldanha. **A efetividade dos direitos sociais e a cláusula da reserva do possível**. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XII, n.68, 2009. Disponível em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6703>. Acesso em 22/08/2015, p.4

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. Baron de. **Do espírito das leis**. Tradução Roberto Leal Ferreira. Ed. Martin Claret, São Paulo, 2010, p.168/169.

PAULO, Vicente e ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. Método, 2009, 4ª Ed. p. 387.

REIS, Denizi Oliveira; ARAÚJO, Eliane Cardoso de; CECÍLIO, Luiz Carlos de Oliveira. **Políticas públicas de saúde: Sistema Único de Saúde**. UNASUS/UNIFESP, Brasília, 2012, p.35

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2009.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. 1ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.572.

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário. Vol III. Os Direitos Humanos e a Tributação – Imunidades e isonomia**. Rio de Janeiro. Ediora Renovar. 1999, p.141

ASPECTOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO À EDUCAÇÃO

Daniele Lauermann Valadão de Freitas

Acadêmica de Direito pela Universidade Estadual de Londrina - UEL

RESUMO: Guiado pelo anseio de investigação sobre a posição ocupada pela educação no ordenamento jurídico brasileiro, este trabalho tem como objetivo demonstrar o panorama constitucional sob o qual se desenvolve a relação educacional do Estado com a parcela estudantil da sociedade. Partindo do macro cenário da Constituição Federal de 1988 e suas disposições acerca do direito fundamental social à educação, o estudo desenvolvido interliga estas a outros apontamentos e considerações sobre temas substancialmente conexos, como por exemplo, mecanismos para garantir e proteger esse direito, e sua estrita e essencial relação com o princípio da igualdade. Por meio de pesquisa essencialmente bibliográfica e levantamento de dados legislativos, demonstra-se o cenário constitucional reservado à educação e toda a magnitude por ele conferida a este direito, entrelaçando as conclusões com o papel fundamental desempenhado pela educação na construção de diversos objetivos constitucionalmente consagrados.

PALAVRAS-CHAVE: Educação. Direito à educação. Direito Constitucional. Direitos fundamentais sociais.

ABSTRACT: Guided by the longing for research on the position occupied by education in the Brazilian legal system, this paper aims to demonstrate the constitutional panorama under which the educational relationship of the State with the student portion of society develops. Based on the macro scenario of the 1988 Federal Constitution and its provisions on the fundamental social right to education, the study developed links these to other notes and considerations on related topics, such as mechanisms to guarantee and protect this right, as well as its strict and essential relationship with the principle of equality. Through essentially bibliographical research and the collection of legislative data, the constitutional scenario reserved for education and the magnitude conferred by it on this right are shown, intertwining the conclusions with the fundamental role played by education in the construction of several constitutionally consecrated goals.

KEY WORDS: Education. Right to education. Constitutional Rights. Fundamental social rights.

O direito à educação deixa resplandecer sua importância fundamental por meio da posição privilegiada que ocupa no ordenamento jurídico brasileiro. Consagrado no texto da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, insere-se no Título II, denominado *Dos Direitos e Garantias Fundamentais*, no capítulo destinado aos *Direitos Sociais*. Figura ao lado de direitos como saúde, alimentação e trabalho no artigo 6º. E mais, nesse rol de direitos fundamentais sociais, foi escolhido pelo legislador constituinte para, honrosamente, ser mencionado em primeiro lugar, abrindo alas para as demais garantias sociais. Assim dispõe o referido artigo em sua literalidade:

Art. 6º São direitos sociais a *educação*, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 90, de 2015) [grifei]¹.

Educação como direito social

Sobre os direitos sociais, José Afonso da Silva os conceitua da seguinte forma:

Assim, podemos dizer que os *direitos sociais*, como dimensões dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que **tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade.** Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade [grifei]².

Clarice Seixas Duarte, por sua vez, assevera que “o objetivo dos direitos sociais é corrigir desigualdades próprias das sociedades de classe, aproximando grupos ou categorias marginalizadas”³.

Esses autores estabelecem uma vinculação estrita entre os direitos sociais e a igualdade, esta compreendida como aquele princípio que, face às desigualdades inferiorizantes entre as pessoas, impõe a adoção de medidas que visem diminuir tais discrepâncias sociais.

A presença da educação nesse contexto tem duplo sentido: tanto na perspectiva de, enquanto um direito social, ser usada como instrumento no processo de redução das desigualdades, quanto sob a ótica de que ela mesma deve ser objeto de aplicação da igualdade, no paradigma dos direitos sociais, para que haja igualdade em sua implementação, no mais amplo sentido.

¹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 26 Nov. 2017.

² DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 22ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 285-286.

³ DUARTE, Clarice Seixas. A educação como um direito fundamental de natureza social. **Educação & Sociedade**, Campinas, v. 28, n. 100, p. 691-713, Out. 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-73302007000300004&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 17 Abr. 2017.

Isso porque a escola, assim como qualquer âmbito de ensino em geral, é espaço frutífero para a promoção da igualdade no paradigma dos direitos sociais, já que é principalmente nesse domínio onde ocorrem os repasses de valores. Por conseguinte, é nesse terreno onde se apresenta a melhor oportunidade para concretizar – tendo em vista os educandos estarem ainda em processo de formação, absorvendo o ambiente e os exemplos a sua volta – e propagar valores como: *a)* igualdade no desenvolvimento humano, para que toda criança, jovem e adulto tenha o mesmo direito à uma educação de qualidade (inciso VII, art. 206/CF), e *b)* igualdade na promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (inciso IV, art. 3º/CF).

Educação como direito fundamental

A expressão *direitos fundamentais*, nas palavras precisas do constitucionalista José Afonso da Silva:

[...] é reservada para designar, *no nível do direito positivo*, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualificativo *fundamentais* acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; *fundamentais do homem* no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados. *Do homem* não como macho da espécie, mas no sentido de pessoa humana⁴.

A partir desses ensinamentos do professor José Afonso é possível aferir algumas conclusões importantes acerca dos direitos fundamentais, com o enfoque interpretativo voltado para o direito fundamental da educação. Em primeiro lugar, essa é uma categoria de direitos que, no exercício de suas faculdades, concretiza uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. Em segundo lugar, são aspectos sem os quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive. Por fim, são universais, exigíveis por todos os seres humanos.

Os direitos fundamentais, dentre os quais os direitos sociais e, conseqüentemente, a educação, se inserem, são de tamanha relevância na ordem jurídica vigente, graças à Constituição de 1988, que foram alçados como “valores supremos da ordem constitucional, fonte legitimadora e razão de ser do próprio sistema jurídico”⁵.

Sobre a importância dos direitos fundamentais, e especialmente dos direitos fundamentais sociais, Clarice Seixas Duarte realizou um estudo no qual demonstra a magnitude

⁴ DA SILVA, 2003, p. 178.

⁵ DUARTE, 2007, p. 695.

conferida pelo sistema constitucional brasileiro a essa classe de direitos, a partir dos seguintes apontamentos sobre o texto constitucional:

a) de maneira inovadora em nosso ordenamento constitucional, o parágrafo primeiro do art. 5º da Constituição Federal atribuiu aplicação imediata aos direitos e garantias fundamentais. Extensivamente, isso quer dizer que lhes foi atribuído o caráter de direito público subjetivo⁶. Ou seja, é possível que tais direitos, incluso aqui o direito à educação, sejam demandados judicialmente do Estado, que tem a obrigação constitucional de concretizá-los *imediatamente*;

b) há previsão de diversos remédios constitucionais para garantia e proteção desses direitos, como por exemplo, a ação civil pública, o mandado de segurança e o mandado de injunção⁷, além da atuação do Ministério Público na exigibilidade dos direitos sociais;

c) o artigo 60, §4º, deve ser interpretado de maneira mais abrangente do que sua mera literalidade quando inclui em seu rol de cláusulas pétreas os “direitos e garantias individuais”, de modo que seu real sentido estenda essa proteção aos direitos fundamentais, e não simplesmente os direitos e garantias individuais. Isso é possível levando em consideração o Estado Democrático e Social de Direito instituído pela Constituição através de seus princípios fundamentais. Tal entendimento é comum na doutrina, sendo inclusive corroborado por estudos de Scaff e Pinto⁸, e Fábio Martins de Andrade, que baseou-se nos ensinamentos de Ingo Wolfgang Sarlet e Oscar Vilhena Vieira⁹;

d) o *status* de emenda constitucional conferido aos tratados e convenções internacionais que versem sobre direitos humanos quando aprovados por três quintos dos votos dos membros de cada Casa do Congresso Nacional em dois turnos, pelo artigo 5º em seus parágrafos 2º e 3º.

Especialmente no que se refere à educação, a própria Constituição prevê alguns mecanismos para sua garantia, o que, somado ao raciocínio acima exposto, evidencia ainda mais a grandeza desse direito perante a ordem constitucional. São eles: a previsão expressa de que se configura como direito público subjetivo o acesso ao ensino obrigatório e gratuito (§ 1º do artigo 208) e a responsabilização da autoridade competente pelo não-oferecimento, ou oferecimento irregular, do ensino obrigatório pelo Poder Público (§ 2º do mesmo artigo).

⁶ SCAFF, Elisângela Alves da Silva; PINTO, Isabela Rahal de Rezende. O Supremo Tribunal Federal e a garantia do direito à educação. **Revista Brasileira de Educação**, Rio de Janeiro, v. 21, n. 65, p. 431-454, Jun 2016. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-24782016000200431&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 09 Mar. 2017.

⁷ BOAVENTURA, Edivaldo Machado. A constituição e a educação brasileira. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 32, n. 127, p. 29-42, jul./set.1995. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176348>>. Acesso em 22 maio 2017.

⁸ *Ibidem*.

⁹ DUARTE, op. cit.

O ensino obrigatório mencionado por esses dispositivos, no ordenamento educacional brasileiro, quer dizer a educação básica, também conhecida como ensino fundamental (artigo 208, inciso I).

A propósito do preceito constitucional que atribui natureza de direito público subjetivo ao direito de acesso ao ensino obrigatório e gratuito, Edivaldo Boaventura considera este o “ponto alto da orografia constitucional da educação”¹⁰, pois dessa forma foi recepcionada uma longa discussão doutrinária pela efetivação do direito à educação e também do Direito da Educação, da qual faziam parte autores como Pontes de Miranda, Ester de Figueiredo Ferraz e Lourival Vilanova.

Educação na Ordem Social

Retomando as disposições consagradas constitucionalmente a respeito da educação, depois de caracterizada como um direito social fundamental no artigo 6º, a educação, bem como os demais direitos sociais, são novamente evocados, e detalhados, em título destinado à Ordem Social (Título VIII). O *bem-estar* e a *justiça social* são destacados pelo artigo 193 como objetivos dessa ordem social.

A educação goza de uma seção própria do texto constitucional, inserida no capítulo III do título acima referido. É importante destacar que essa seção, no entanto, trata unicamente do processo educacional formal, como o conhecemos no formato da instituição escola, conhecido como educação formal, regular ou escolarizada¹¹. José Augusto Peres¹² elenca quatro possíveis razões justificantes dessa limitação na abordagem constitucional: a temática da educação *lato sensu* dificilmente seria apresentada de maneira satisfatória, dada sua complexidade e expansão; a instituição da escola é a mais tangível e a mais demandada, o que explica uma preocupação imediata do legislador constitucional para com ela; muitos aspectos nos quais se desdobra educação, principalmente a não-formal, são intangíveis; e, por fim, a maior importância política, econômica e social conferida às instituições escolares e seus serviços. A opção constitucional pela priorização do ensino regular está expressamente disposta no § 5º do artigo 211.

O artigo 205, iniciando a exposição constitucional sobre o tema da educação, a assegura como um direito de todos e como um dever do Estado e da família. Temos, portanto, um direito subjetivo, do qual são portadores todos os indivíduos, contrapondo-se a um dever jurídico, constitucionalmente demarcado, ao qual se obriga o Estado e também a família.

¹⁰ BOAVENTURA, 1995, p. 34.

¹¹ *Ibidem*.

¹² PERES apud BOAVENTURA, op. cit.

Nesse dispositivo, a Constituição consagra, ainda, o princípio da universalidade do direito à educação, quando o afirma como um direito *de todos* e que, além disso, deve ser prestado *sem qualquer tipo de discriminação*, conforme preceitua esse mesmo documento em seu artigo 3º, inciso IV¹³.

Pelo Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, promulgado no Brasil em 6 de julho de 1992 por meio do Decreto nº 591, o país se comprometeu a “assegurar, *progressivamente*, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos” no Pacto (artigo 2º, item I, destaquei), dentre os quais se encontra o direito à educação.

Assim sendo, e considerando o princípio da universalidade consignado acima, o Estado enquanto titular do dever correspondente ao direito à educação (art. 205/CF), deve fornecer os serviços educacionais de forma progressiva, para garantir que cada vez mais pessoas (com vistas a atingir *todas*) possam exercer esse direito de maneira plena e em condições de igualdade¹⁴.

Nesse mesmo sentido, José Afonso da Silva:

A norma, assim explicitada – “A educação, direito de todos e dever do Estado e da Família [...]” (arts. 205 e 227) –, significa, em primeiro lugar, que o Estado tem que aparelhar-se para fornecer, a todos, os serviços educacionais [...]; que ele tem que ampliar cada vez mais as possibilidades de que todos venham a exercer igualmente esse direito; e, em segundo lugar, que todas as normas da Constituição, sobre educação e ensino, não que ser interpretadas em função daquela declaração e no sentido de sua plena e efetiva realização¹⁵.

Continuando com a exegese do artigo 205, a educação “será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade” e terá como objetivos o “pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”¹⁶.

O artigo 206 elenca os princípios que devem nortear e também ladear o caminho no qual o ensino será construído. Esses princípios perfazem, basicamente, as escolhas políticas do legislador constituinte para o campo da educação. São eles:

- I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;
- II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber;
- III - pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino;
- IV - gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais;

¹³ DUARTE, 2007.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ DA SILVA, 2003, p. 312.

¹⁶ BRASIL, 1988.

V - valorização dos profissionais da educação escolar, garantidos, na forma da lei, planos de carreira, com ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos, aos das redes públicas; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006).

VI - gestão democrática do ensino público, na forma da lei;

VII - garantia de padrão de qualidade.

VIII - piso salarial profissional nacional para os profissionais da educação escolar pública, nos termos de lei federal. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006)¹⁷.

O inciso III, democraticamente, assegura a coexistência das instituições públicas e privadas. Sobre essa controvérsia, sempre presente¹⁸, entre o ensino público e o privado, o capítulo reservado para a educação livra estreme de dúvidas a opção constitucional pela primazia pelo ensino público.

Essa conclusão é possível a partir da observância do artigo 205, quando assinala a educação como um dever do Estado; do artigo 208, que elenca todas as garantias que o Estado assegurará para efetivar seu dever com a educação; da previsão de responsabilização da autoridade competente pelo não-oferecimento ou oferecimento irregular, pelo Poder Público, do ensino obrigatório - § 2º do artigo 208; da atribuição ao Poder Público, pelo § 3º do artigo 208, do dever de recensear os educandos, fazer-lhes a chamada e também zelar pela frequência à escola; do caráter condicionado da liberdade à iniciativa privada no campo educacional, que deverá, além de cumprir com as normas gerais da educação nacional, obter autorização do Poder Público para funcionamento e também sujeitar-se a avaliação de qualidade, promovida pelo Poder Público - artigo 209; da distribuição de competências educacionais, promovida pelo artigo 211, na qual todo o sistema educacional formal é repartido entre os entes da federação, donde se depreende que à iniciativa privada não foi reservada nenhuma parcela específica do sistema educacional e, logo, se vislumbra sua subsidiariedade; e, finalmente, da imposição de repasse de recursos públicos à instituições privadas somente mediante comprovação de determinadas exigências - artigo 213. Ademais, aqui cumpre lembrar que a adoção, pela Constituição brasileira, de princípios de um Estado Social e Democrático de Direito, consagrados, principalmente, nos artigos 1º e 3º, impõe ao Estado a realização dos direitos sociais¹⁹, nos quais se incluem a educação.

José Afonso da Silva ensina que a educação é “[...] serviço público essencial que ao Poder Público impende possibilitar a todos, daí a preferência constitucional pelo ensino público, pelo

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ BOAVENTURA, 1995.

¹⁹ DUARTE, 2007; SCAFF, PINTO, 2016.

que a iniciativa privada, nesse campo, embora livre, é, no entanto, meramente secundária e condicionada (arts. 209 e 213)”²⁰.

Sobre esse ponto de vista, merecedoras de transcrição são as palavras de Anísio Teixeira:

Obrigatória, gratuita e universal, a educação só poderia ser ministrada pelo Estado. Impossível deixá-la confiada aos particulares, pois estes somente podiam oferecê-la aos que tivessem posses (ou a ‘protegidos’) e daí operar antes para perpetuar as desigualdades sociais, que para removê-las. A escola pública, comum a todos, não seria, assim, o instrumento de benevolência de uma classe dominante, tomada de generosidade ou de medo, mas um direito do povo, sobretudo das classes trabalhadoras, para que, na ordem capitalista, o trabalho (não se trata, com efeito, de nenhuma doutrina socialista, mas do melhor capitalismo) não se conservasse servil, submetido e degradado, mas, igual ao capital na consciência de suas reivindicações e dos seus direitos²¹.

O inciso VII do artigo 206, por sua vez, dedica-se ao princípio da garantia de padrão de qualidade no ensino. Salomão Barros Ximenes desenvolveu um estudo no qual perquire a respeito do conteúdo jurídico desse princípio.

Baseando-se na teoria de direitos fundamentais como princípios, de Alexy, Ximenes chegou à conclusão de que o princípio disposto no artigo 206, inciso VII, deve ser tomado com um “mandamento de otimização”. Ou seja, é uma norma que exige “realização na maior medida possível, considerando as possibilidades fáticas e jurídicas existentes”²².

Impõe-se, por conseguinte, a indagação sobre o que seria esse “padrão de qualidade” ao qual a norma se refere, já que se trata de um conceito aberto. Candau, abordando a qualidade da educação, conclui que:

[...] esta expressão, ao mesmo tempo em que explicita um aparente consenso, também admite distintas interpretações e encobre diferentes marcos conceituais e políticos de se conceber a educação, relacionando-a com o tipo de sociedade e cidadania que se quer construir²³.

²⁰ DA SILVA, 2003, p. 813.

²¹ TEIXEIRA apud DA SILVA, op. cit.

²² XIMENES, Salomão Barros. O Conteúdo Jurídico do Princípio Constitucional da Garantia de Padrão de Qualidade do Ensino: uma contribuição desde a teoria dos direitos fundamentais. **Educação & Sociedade**, Campinas, v. 35, n. 129, p. 1027-1051, Dez 2014. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-73302014000401027&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 10 Mar. 2017.

²³ CANDAU, Vera Maria Ferrão. Direito à educação, diversidade e educação em direitos humanos. **Educação & Sociedade**, Campinas, v. 33, n. 120, p.715-726, Set. 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-73302012000300004&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 17 Abr. 2017.

Tomando em conta também essa reflexão, fica mais ainda imponente a importância de atribuir um conteúdo jurídico ao que seria esse padrão de qualidade na educação, tendo em vista a insegurança que pode advir de um conceito aberto tão crucial quanto este.

Ximenes propõe, então, a seguinte metodologia para atingir uma resposta a essa questão:

Tendo em mente o objetivo de realização máxima do princípio, necessariamente somos conduzidos “à adoção da perspectiva do suporte fático amplo dos direitos fundamentais”, conforme explica Ximenes, citando Silva. Isso

Significa, portanto, não excluir ou limitar previamente qualquer pretensão de ver protegido determinado bem no âmbito de proteção do direito em questão. Essa proposição é a que melhor responde à diversidade de dimensões da qualidade do ensino, todas merecedoras de atenção se o que se espera é a maximização da efetividade dos princípios e fins da educação e não apenas estabelecer patamares mínimos de realização que venham a se confundir com o próprio conteúdo do direito²⁴.

Assim, a ideia de mandamento de otimização, interligada aos direitos fundamentais, implica na inclusão, dentro do âmbito de proteção desses direitos, dos mais variados bens, objetivos e posições que possuam correlação com o direito fundamental em questão, tendo em vista sua maximização. Nessa perspectiva, a concepção do que deva ser esse direito fundamental não se restringiria aos direitos somente considerados em seu todo, mas também abrangeria cada parte integrante desses direitos.

Considerando os raciocínios expostos, podemos concluir que o ‘padrão de qualidade’, garantido pelo princípio constitucional do inciso VI do artigo 106, compreende um conceito aberto. Para a concretização desse princípio da melhor (e mais extensa) maneira possível, é necessário que, no momento de sua aplicação fática, não sejam excluídos previamente quaisquer bens, interesses, situações e posições que com ele possam estabelecer conexão. É indispensável que toda e qualquer lide seja merecedora de análise e ponderação, com vistas a abarcar no âmbito de proteção desse direito fundamental o maior número possível de situações, para que assim seja respeitado o mandamento de otimização.

Não pode ser restrito, portanto, o que deve ser entendido como ‘padrão de qualidade’ de ensino, sob pena de concretizar o referido princípio constitucional somente em determinados aspectos, em detrimento de outros – o que vai em direção oposta ao que se entende por *otimização*, que é atingir o resultado esperado no maior âmbito possível.

²⁴ SILVA apud XIMENES, op. cit., p. 1036-1037.

No artigo 207 temos um outro aspecto educacional importante trazido pela Carta Magna de 1988: a constitucionalização do princípio da autonomia universitária.

O artigo 208 especifica uma série de garantias que devem ser asseguradas pelo Estado para que seu dever com a educação seja efetivado. É nesse dispositivo que está estabelecido o ensino básico obrigatório e gratuito dos 4 (quatro) aos 17 (dezesete) anos, assegurada também a oferta gratuita a todos aqueles que não tiveram acesso na idade própria (inciso I); a universalização progressiva do ensino médio gratuito (inciso II); a oferta de educação infantil, em creches e pré-escolas para crianças de até 5 (cinco) anos (inciso IV), e de ensino regular noturno, coerente com as condições dos educandos (inciso VI). Também fica assegurado, pelo inciso VII, o acesso a programas suplementares de material didáticoescolar, transporte, alimentação e assistência à saúde, em todas as etapas da educação básica – inovação incluída no texto constitucional pela Emenda nº 59, de 2009.

Ainda dentro desse rol, por meio dos incisos III e V, estão consagrados o atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino, e o acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um. Referidos incisos dão feição ao chamado atendimento educacional especializado.

Com bastante riqueza em detalhes o texto constitucional dispõe sobre os conteúdos mínimos para o ensino fundamental, no artigo 210, e sobre o planejamento e o financiamento da educação, nos artigos 211, 212, 213 e 214.

O artigo 211 procede à distribuição dos trabalhos educacionais entre os entes da federação. Atribui aos Municípios a atuação prioritária no ensino fundamental e na educação infantil (§ 2º); aos Estados e Distrito Federal atribui a atuação prioritária no ensino fundamental e médio (§ 3º). Para a União fica a responsabilidade de organização do sistema federal de ensino. Além disso, por força do §1º, é a União quem deverá exercer a *função redistributiva e supletiva*, ficando sob seu encargo garantir a equalização de oportunidades educacionais e o padrão mínimo de qualidade de ensino, por meio de assistência técnica e financeira aos Estados, Municípios e Distrito Federal. Todos os entes devem organizar seus sistemas de ensino observando o regime de colaboração (art. 211, caput), com vistas à universalização do ensino obrigatório (§ 4º).

No último artigo da seção destinada à educação, art. 214, fica instituída a obrigação de elaboração decenal de um Plano Nacional de Educação. São também elencados diversos objetivos, os quais são imperativos a ser sempre observados no processo de criação dessa lei periódica. São eles:

I - erradicação do analfabetismo;

II - universalização do atendimento escolar;

III - melhoria da qualidade do ensino;

IV - formação para o trabalho;

V - promoção humanística, científica e tecnológica do País.

VI - estabelecimento de meta de aplicação de recursos públicos em educação como proporção do produto interno bruto. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 59, de 2009)²⁵.

Alguns outros dispositivos, esparsos pelo texto constitucional, também se referem à educação. Para exemplificar, temos o artigo 22, inciso XXIV, que confere competência privativa à União para legislar sobre as diretrizes e bases da educação nacional; o artigo 227, que impõe à família, à sociedade e ao Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à educação, e o artigo 62 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que determinou a criação do Serviço Nacional de Aprendizagem Rural – SENAR.

CONCLUSÃO

Em síntese, fica estabelecido pela Constituição um regime educacional no qual são definidos os objetivos e os princípios da educação, as condições de funcionamento para instituições particulares de ensino, os componentes curriculares mínimos, a atuação dos sistemas de ensino, as bases para a política educacional e as fontes de recursos²⁶.

Os parâmetros conferidos constitucionalmente à educação deixam clara a relevância atribuída a este direito pelo ordenamento jurídico brasileiro e a intenção de marchar por um caminho onde se construa uma educação intrinsecamente conectada à igualdade, à justiça e ao bem estar social – a qual, por conseguinte, acabaria por contribuir grandemente na concretização dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.

Ao final, impende ressaltar que a importância da educação fica ainda mais evidente quando consideramos o papel desempenhado por ela na concretização de outros direitos humanos. Um indivíduo que teve acesso a processos educacionais torna-se um cidadão com maiores chances e maior propensão a realizar e a defender seus outros direitos humanos, como saúde, habitação, meio ambiente, participação política e etc.²⁷ Assim, tomada por essa perspectiva, a educação torna-se pressuposto para o desenvolvimento humano em sua mais plena compreensão.

²⁵ BRASIL, 1988.

²⁶ BOAVENTURA, 1995.

²⁷ HADDAD, S. *O direito à educação no Brasil*; Relatoria Nacional para o Direito Humano à Educação. Curitiba: DhESC Brasil, 2004. Disponível em: <<http://escoladegestores.mec.gov.br/site/3->

REFERÊNCIAS

BOAVENTURA, Edivaldo Machado. A constituição e a educação brasileira. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 32, n. 127, p. 29-42, jul./set.1995. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176348>>. Acesso em 22 maio 2017.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 26 Nov. 2017.

CANDAU, Vera Maria Ferrão. Direito à educação, diversidade e educação em direitos humanos. *Educação & Sociedade*, Campinas, v. 33, n. 120, p.715-726, Set. 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-73302012000300004&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 17 Abr. 2017.

DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 22ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

DUARTE, Clarice Seixas. A educação como um direito fundamental de natureza social. *Educação & Sociedade*, Campinas, v. 28, n. 100, p. 691-713, Out. 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-73302007000300004&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 17 Abr. 2017.

HADDAD, S. *O direito à educação no Brasil*, Relatoria Nacional para o Direito Humano à Educação. Curitiba: DhESC Brasil, 2004. Disponível em: <http://escoladegestores.mec.gov.br/site/3-sala_fundamentos_direito_educacao/viabilizacaodireitoeducacao_ul_atividade2.htm>. Acesso em: 23 Abr. 2017.

SCAFF, Elisângela Alves da Silva; PINTO, Isabela Rahal de Rezende. O Supremo Tribunal Federal e a garantia do direito à educação. *Revista Brasileira de Educação*, Rio de Janeiro, v. 21, n. 65, p. 431-454, Jun 2016. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-24782016000200431&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 09 Mar. 2017.

XIMENES, Salomão Barros. O Conteúdo Jurídico do Princípio Constitucional da Garantia de Padrão de Qualidade do Ensino: uma contribuição desde a teoria dos direitos fundamentais. *Educação & Sociedade*, Campinas, v. 35, n. 129, p. 1027-1051, Dez 2014. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-73302014000401027&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 10 Mar. 2017.

ROUPAGEM DE PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS E RESULTADOS: FRAUDE A LEGISLAÇÃO TRABALHISTA

Emily Garcia

Mestranda em Filosofia pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Especialista em Filosofia Política e Jurídica pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR). Advogada.

RESUMO: O presente artigo busca demonstrar como a participação nos lucros e resultados (PLR), muito embora com regulamentação do previsto no texto constitucional, destoa, na prática, do fim para o qual foi criada, que é a integração trabalho e capital. Na prática, conclui-se que a PLR funciona como maquiagem para que determinadas verbas salariais não constituam as parcelas devida do real salário do trabalhador, afastando-se, assim, a efetividade do texto constitucional.

PALAVRAS-CHAVE: Participação nos Lucros e Resultados. Trabalho. Capital.

ABSTRACT: This article aims to demonstrate how profit sharing (PLR), although regulated by the constitutional text, in practice, diverges from the end for which it was created, which is the integration of labor and capital. In practice, it is concluded that the PLR works as a make-up so that certain salary amounts do not constitute the due installments of the worker's real salary, thus moving away from the effectiveness of the constitutional text.

KEYWORDS: Participation in Profits and Results. Job. Capital.

INTRODUÇÃO

A Participação nos Lucros e Resultados (PLR) está em nosso ordenamento jurídico desde a Constituição Federal de 1946. Com previsão no artigo 7º da Constituição Federal de 1988 que dispõe que a PLR é um direito tanto do trabalho urbano quanto do trabalhador rural. Nesse sentido:

Art. 7º, CF/88 - São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

XI - participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei.

A PLR foi regulamentada apenas a partir da publicação da Lei 10.101, de 19 de dezembro de 2000, que passou a normatizar tal instrumento, o qual se traduz em um meio de integração entre capital e trabalho, além de um incentivo à produtividade, tendo em vista que o trabalhador ao participar dos lucros e resultados da empresa se torna mais motivado, sendo estes um

dos aspectos a fundamentar tal instituto, qual seja, fazer o empregado se sentir realmente integrado a empresa.

Será, a partir disso, realizada uma análise na Lei 10.102/2000, que regulamenta a previsão constitucional da PLR. Posteriormente, serão analisados casos práticos para, por fim, compreender a utilização da roupagem da PLR para isenção de obrigações trabalhistas por parte do empregador.

1 LEI 10.101/2000

De forma sintetizada, a Lei 10.101/2000 garante a regulamentação do direito previsto no artigo 7º, inciso XI, da Constituição Federal de 1988, ao normatizar, infraconstitucionalmente, a participação de trabalhadores nos lucros e resultados da empresa, desvinculando-os dos salários e das remunerações, em razão de estar a PLR vinculada ao aferimento de lucro pela empresa e por tratar-se de um incentivo ao trabalhador.

Vale ressaltar que a PLR não tem natureza salarial ou remunerativa, mas trata-se de um incentivo agregado à renda do empregado; vide artigo 1º da Lei 10.101/2000. Além disso, a participação de que trata o artigo 1º da Lei 10.101/2000, relativamente aos trabalhadores de empresas estatais, observa diretrizes específicas fixadas pelo Poder Executivo; vide artigo 5º da Lei 10.101/2000.

A participação de trabalhadores nos lucros e resultados da empresa é objeto de negociação entre a empresa e seus empregados, no qual as comissões, convenções, acordos, regras, prazos, critérios, condições, índices, metas, lucratividade da empresa, vedações, etc., serão definidos de comum acordo; vide artigo 2º da Lei 10.101/2000. No mais, a participação de trabalhadores nos lucros ou resultados de empresa não substitui ou complementa a remuneração devida a qualquer empregado, nem constitui base de incidência de qualquer encargo trabalhista, não se lhe aplicando o princípio da habitualidade; vide artigo 3º da Lei 10.101/2000.

Caso a negociação visando a PLR resultar em impasse, as partes poderão utilizar, como solução do litígio, a mediação, arbitragem de ofertas finais, utilizando-se, no que couber, os termos da Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996).

Quanto à autorização para a realização das atividades laborais, repouso semanal, normas de proteção ao trabalho e outras a serem estipuladas em negociações coletivas, estão normatizadas nos artigos 6º e 6º-A, da Lei 10.101/2000.

As infrações ao disposto nos artigos 6º e 6º-A, da Lei 10.101/2000, sofrerão as sanções dispostas no artigo 75 da CLT; vide artigo 6º-B da Lei 10.101/2000).

Art. 75 - Os infratores dos dispositivos do presente Capítulo incorrerão na multa de cinquenta a cinco mil cruzeiros, segundo a natureza da infração, sua extensão e a intenção de quem a praticou, aplicada em dobro no caso de reincidência e oposição à fiscalização ou desacato à autoridade.

Parágrafo único - São competentes para impor penalidades, no Distrito Federal, a autoridade de 1ª instância do Departamento Nacional do TRABALHO, nos Estados e no Território do Acre, as autoridades regionais do Ministério do TRABALHO, Industria e Comercio.

Verifica-se, desse modo, que a PLR se trata de um importante incentivo ao empregado e um benefício ao empregador, mantendo, se realizada nos moldes legais, a empresa em harmonia, visto que ambas as partes são beneficiadas com tal instrumento.

3 TEMAS RELACIONADOS À LEI 10.101/2000

3.1 Participação nos lucros e resultados

Em um primeiro momento, é possível se pensar que a PLR seja algo cabível apenas as grandes empresas com lucros exorbitantes, todavia, isso é uma inverdade, tendo em vista que a PLR gera um efeito benéfico inclusive para pequenas empresas, nas quais há maior contato e proximidade entre empregado e empregador, estreitando-se os laços de companheirismo no trabalho. Promove-se, dessa forma, a desejada integração trabalho e capital.

Na prática, estabelece o artigo 2º, incisos I e II, da Lei nº 10.101/2000, que a Participação nos Lucros e Resultados deve ser objeto de negociação coletiva, no âmbito interno da empresa, mediante comissão de empregados, sendo necessária a participação de representante sindical ou mediante convenção ou acordo coletivo.

3.2 Natureza salarial ou não das parcelas

Não há o que se falar em divergência de entendimentos doutrinários já que a natureza não salarial da Participação nos Lucros ou Resultados (PLR) é citada pela própria Constituição Federal vigente. Entretanto, nem sempre foi assim. Vejamos:

[...] a jurisprudência reconhecia natureza salarial à participação nos lucros, porém a Constituição Federal de 1988 (art. 7º, XI) altera essa orientação para desvinculá-la do salário. Com isso, o enunciado 251 do TST foi cancelado. (MASCARO, 2000, p. 346).

Neste mesmo entendimento, escreve Alice Monteiro de Barros:

Sob o prisma doutrinário, a participação nos lucros tem sido definida como “a atribuição facultativa ou obrigatória pelo empregador ao empregado, além do justo salário legal ou convencional a ele devido, de uma parte dos resultados líquidos, exclusivamente positivos da atividade econômica da empresa”. A Constituição de 1988 torna obrigatória a participação nos lucros ou resultados, conforme for definido em lei, mas deixa clara a sua natureza não salarial (art. 7º, XI, e art. 218, IV); em consequência cancelou-se a Súmula n. 251 do TST, que lhe atribuía feição retributiva. Sua natureza equivale a uma “técnica de incentivo” e, por força de preceito constitucional, não integra o salário, tampouco a remuneração para nenhum efeito legal. (BARROS, p. 629 e 630).

‘Complementa no seguinte sentido:

[...] a participação nos lucros ou resultados não substitui nem complementa a remuneração do empregado, nem sequer a integra para qualquer efeito trabalhista, não se aplicando o princípio da habitualidade (art. 3º da Lei n. 10.101, de 19 de dezembro de 2000, em consonância com o art. 7º, XI, da Constituição Federal de 1988). (BARROS, p. 633)

Portanto, “veda-se o pagamento de qualquer antecipação ou distribuição de valores a título de participação de lucros ou resultados da empresa em período inferior a um semestre civil, ou mais de duas vezes no mesmo ano civil” (BARROS, p. 633). Nesse sentido é o entendimento do Tribunal Superior do Trabalho (TST):

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS E RESULTADOS - INEXISTÊNCIA DE ADIANTAMENTO MENSAL - EMPRÉSTIMOS REALIZADOS A JUROS MAIS BAIXOS AMORTIZADOS COM A PLR SEMESTRALMENTE. PRETENSÃO DE NATUREZA SALARIAL DA PARCELA NÃO RECONHECIDA. DESPROVIMENTO. Diante da incidência das Súmulas 126 e 337, IV, c, do c. TST, e da ausência de violação dos dispositivos invocados, não há como admitir o recurso de revista. Agravo de instrumento desprovido. (TST - AIRR: 30259420105120039 3025-94.2010.5.12.0039, Relator: Aloysio Corrêa da Veiga, Data de Julgamento: 21/08/2013, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 23/08/2013)

Assim, conclui-se que a Participação nos Lucros ou Resultados é obrigatoriamente de natureza não salarial como previsto pela Constituição Federal, e não possui também o caráter de remuneração para fins trabalhistas.

3.3 Critérios de fixação

Conforme se depreende do tópico acima delineado a Participação nos Lucros e Resultados não possui natureza salarial, preceito decorrente de própria previsão constitucional, desse modo há de ser fixado os critérios para seu pagamento ao trabalhador de modo específico, visto que nem sempre a empresa auferir lucros para deles poder conceder participação aos empregados. Desse modo, surge o questionamento de como há de ser fixada tal participação.

É previsto na Lei 10.101 de 2000, que a PLR será objeto de negociação entre a empresa e os empregados seguindo os procedimentos que a lei estabelece, os quais consistem em comissão paritária escolhida pelas partes, integrada, também, por um representante indicado pelo sindicato da respectiva categoria – tal critério foi acrescido em 2013 – e presença também de convenção ou acordo coletivo. De tal negociação a ser realizada deverão, segundo previsão da mencionada lei, constar regras claras e objetivas quanto a fixação dos direitos substantivos da participação e das regras adjetivas, inclusive prevendo tal negociação mecanismos de acompanhamento das informações pertinentes ao negociado periodicidade da distribuição, período de vigência e prazos para revisão do acordo, podendo ser considerados, entre outros, os seguintes critérios e condições.

A citada lei, entretanto, não é taxativa no referente a fixação dos critérios para concessão da PLR, prevendo que podem ser negociados outros parâmetros para sua fixação, tais como índices de produtividade, qualidade ou lucratividade da empresa, programas de metas, resultados e prazos, pactuados previamente.

São mecanismos, enfim, para que o empregado possa acompanhar a situação econômica da empresa e colaborar nesse desenvolvimento, algo bem próximo a gestão. Competindo nesse caso, segundo Alice de Barros Monteiro (2013, p. 634-635), ao próprio Judiciário analisar casos em que a verba nominada PLR tenha natureza divergente, cabendo, assim, ao Judiciário lhe dar o correto enquadramento. Nesse sentido se verifica tal decisão:

HORAS EXTRAS. TRABALHO EXTERNO. A despeito de constar no Registro do Empregado que a Reclamante exercia atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho, depreende-se da prova oral produzida que o labor externo ocorria em poucos dias e com fiscalização, na medida em que havia necessidade de voltar à loja antes de

terminar o expediente, tendo o Coordenador tal controle. INTERVALO INTRAJORNADA. Hipótese em que a prova oral foi robusta em indicar que o Reclamante usufruía o intervalo intrajornada a menor. Incidência da Súmula 437 do TST. PLR. COMISSÕES POR FORA. A parcela cognominada PLR – participação nos lucros e resultados está regulamentada pela Lei 10.101/2000. Para tanto, a norma prevê critérios objetivos para sua implantação. Uma vez que a Reclamada pagou parcela intitulada PLR de forma completamente dissonante com os requisitos legais e considerando que a prova oral foi robusta em indicar que a referida verba visava pagar comissões, escorreito o entendimento do Juiz primário, que concluiu que tal parcela ostentava natureza salarial.(TRT-10 - RO: 1070201200310001 DF 01911-2011-010-10-00-8 RO, Relator: Desembargadora Flávia Simões Falcão , Data de Julgamento: 16/10/2013, 1ª Turma, Data de Publicação: 25/10/2013 no DEJT)

No julgado em análise, possível verificar que aquilo que a empresa denominava PLR na verdade era verba diferente, qual seja, destinada a pagar comissão. Sendo a comissão verba salarial, com tal previsão explícita na CLT:

Art. 457. Compreendem-se na remuneração do empregado, para todos os efeitos legais, além do salário devido e pago diretamente pelo empregador, como contraprestação do serviço, as gorjetas que receber.

§ 1º Integram o salário não só a importância fixa estipulada, como também as comissões, percentagens, gratificações ajustadas, diárias para viagens e abonos pagos pelo empregador.

Configurando, portanto, patente violação a legislação trabalhista. Nesse aspecto, na prática, segundo estudo realizado pelos professores VALTER DE SOUZA LOBATO, MÔNICA DE BARROS e NAYARA ATAYDE, são verificados os seguintes problemas na fixação da PLR segundo as fiscalizações:

Pois bem, exemplificando o âmbito das discussões comumente estabelecidas nos

autos de infração lavrados pela RFB para cobrança das contribuições sobre a PLR,

destacamos alguns dos fundamentos utilizados pelos fiscais nos autos de infração lavrados: *a)* a ausência de participação do sindicato dos trabalhadores na negociação (art. 2º da Lei 10.101/00); *b)* o ferimento à habitualidade da distribuição da verba (máximo de duas vezes ao ano, em período não inferior a um trimestre civil, nos termos do art. 3º, §2º da Lei 10.101/00); *c)* a existência de acordos e convenções coletivas firmados após o período de apuração; *d)* a diferenciação dos planos por categoria de empregados com critérios distintos de participação; *e)* a ausência de regras claras e objetivas quanto à fixação dos direitos substantivos da participação e das regras adjetivas, inclusive mecanismos de aferição das informações

pertinentes ao cumprimento do acordado, periodicidade da distribuição, período de vigência e prazos para revisão do acordo (art. 2º, §1º da Lei 10.101/00); *f*) a ausência de programas de metas, resultados e prazos, pactuados previamente (art. 2º, §1º, inciso II da Lei 10.101/00); *g*) a manutenção de planos espontâneos de participação nos lucros que venham a ser compensados com os valores negociados via convenção ou acordo coletivo (art. 3º, §3º da Lei 10.101/00), dentre outros.¹

Os critérios para fixação da PLR estão, como delineado, expressos na Lei responsável pela regulamentação da PLR, a qual há de ser na prática de apreciação do Judiciário no concernente as provas decorrentes do caso prático, pois, apesar de a PLR ser saudável para ambas as partes, tal instrumento não é ainda uma realidade aplicada conforme os parâmetros legais no Brasil.

3.4 Efeitos em relação aos inativos

Ao dispor o artigo 1º da Lei 10.101/2000 sobre a participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados da empresa, este expressa que a participação dos trabalhadores é instrumento de integração entre "capital" e o "trabalho", vide:

LEI 10.101/2000

Art. 1º Esta Lei regula a participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados da empresa como instrumento de integração entre o capital e o trabalho.

Destarte, no que se refere aos inativos estes não fariam jus ao benefício da Participação nos Lucros e Resultados, em razão de não mais disponibilizarem "força de trabalho". Pela razão expostas, observa-se que são raros os planos de participação nos lucros e resultados que estendem suas vantagens aos empregados inativos.²

Outrossim, as negociações coletivas estabelecem que somente os empregados em efetivo exercício durante um determinado período é que farão jus à vantagem, previsão essa que não comporta interpretação ampliativa de modo a estender o benefício aos aposentados.

¹ **A PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS E RESULTADOS.** DISPONÍVEL em: <http://sachacalmon.com.br/wp-content/uploads/2014/08/A-incid%C3%AAncia-das-contribui%C3%A7%C3%B5es-previdenciarias-na-PLR-e-stock-option.pdf>. Acesso em: 10 de set de 2014.

² **AS CONTROVÉRSIAS DA PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS E RESULTADOS.**

Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-mar-14/quais-sao-controversias-participacao-lucros-resultados?pagina=6> Acesso em: 15 de setembro de 2014.

Assim, os empregados afastados, salvo previsão expressa na norma coletiva, não poderão receber PLR por não estarem submetidos a metas, a objetivos e à produtividade. Isso porque, de uma forma geral, o instituto da PLR é incompatível com a situação dos aposentados ou afastados do serviço temporariamente, dada a impossibilidade de os mesmos cumprirem metas e resultados, sendo certo que a finalidade precípua da lei 10.101/2000 é promover a integração entre o capital e o trabalho, bem como incentivar a produtividade.

Sobre o tema, tem decidido os Tribunais:

Recurso de Revista. Participação nos Lucros. Norma Coletiva. A regra inserida em cláusula de instrumento coletivo, de que a vantagem só alcança os empregados em efetivo exercício em determinada data, há de ser respeitada e cumprida como restou convencionado, não comportando exegese elástica ou mitigadora. O disposto no artigo 7º, inciso XXVI da CF, estatui como direito fundamental dos trabalhadores o reconhecimento das Convenções e Acordos Coletivos de Trabalho. A norma coletiva traduz um acordo de vontades entre as partes, devendo, assim, ser rigorosamente cumprida. Recurso de revista provido. (TST- RR n. 776.754/2001.5- 1ª Turma- Rel. Min. Maria de Lourdes D'Arrochella Lima Salaberry- DJ em 06.12.2002- pág. 516)

Entretanto, como citado anteriormente, os inativos não farão jus ao benefício da Participação nos Lucros e Resultados salvo se previsão expressa constar da norma coletiva, permitindo-lhes a inclusão na PLR, como observa-se na decisão do Tribunal Regional do Trabalho de Minas Gerais, sobre o pagamento aos empregados aposentados de participação nos lucros e resultados, vide:

PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS E RESULTADOS. PAGAMENTO AOS EMPREGADOS APOSENTADOS. Se o estatuto e o regulamento da empresa garantem pagamento da parcela participação nos lucros e resultados também aos aposentados, o benefício se incorpora ao patrimônio jurídico-econômico dos ex-empregados, passando a integrar os respectivos contratos de trabalho, configurando direito adquirido, amparado pelo art. 5º, inciso XXVI, da CF, motivo pelo qual não pode ser alterado por norma posterior, ainda que por meio de negociação coletiva. Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso ordinário, interposto de decisão proferida pelo Juízo da 2ª Vara do Trabalho de Juiz de Fora, em que figuram, como recorrentes, XXXXX (Processo: 8. 000066-77.2011.5.03.0036 RO(00066-2011-036-03-00-4 RO. Órgão Julgador: Turma Recursal de Juiz de Fora Relator: Convocada Maria Raquel Ferraz Zagari Valentim Revisor: Heriberto de Castro. Vara de Origem: 2a. Vara do Trab.de Juiz de Fora. Publicação: 21/03/2013).

Nesse sentido, o direito do empregado de alterar ou revogar o regulamento instituído pelo próprio empregador não é ilimitado, pois os efeitos da inovação só serão oponíveis aos empregados contratados posteriormente à mudança, nos termos do artigo 468 da CLT e da Súmula 51, inciso I, do TST e, também, a Súmula 288 do TST.

4 FRAUDE A LEGISLAÇÃO TRABALHISTA

A utilização da PLR apenas para isenção de responsabilidades do empregador configura violação a legislação trabalhista. Esse tipo de fraude é comum e cabe ao judiciário o reconhecimento da fraude a legislação.

Recentemente³, um banco que realizou o pagamento de comissões com a roupagem de Participação nos Lucros e Resultados foi alvo de demanda judicial. Nesse caso, diante da confirmação da ocorrência de fraude, foi declarada a nulidade do procedimento adotado para o pagamento da PLR, configurando-se a natureza salarial, já que, tirando a maquiagem da PLR, restava a comissão, que possui, como é sabido, natureza salarial. Além disso, foi determinada a integração do valor da comissão a remuneração para todos os efeitos trabalhistas, como previsto no artigo 457 da CLT. No caso em análise, fundamental para constatação de fraude foi a discrepância no recebimento da verba, como informou o magistrado:

Diante da realidade noticiada nos autos, importa destacar que a forma de apuração da PLR, levando-se essencialmente em conta a produtividade do empregado, faz exsurgir a natureza salarial da verba, notadamente, quando a sua concessão encontra-se muito mais relacionada a uma forma de contraprestação pelo desempenho individual do que uma participação no resultado do empreendimento.

Desse modo, o conhecimento sobre a ocorrência da fraude no pagamento da PLR permite que a exigência por maior fiscalização nas relações de trabalho sejam pauta nas discussões trabalhistas. A subversão do texto constitucional demonstra a necessidade de maior acuidade no momento da negociação da PLR no âmbito empresarial, tendo em vista que, nessa situação, o problema não está na lei, mas na utilização subversiva que é realizada com o nome dela.

³ **JT reconhece natureza salarial de comissões pagas sob o disfarce de PLR.** Disponível em: <https://trt-3.jusbrasil.com.br/noticias/100470767/jt-reconhece-natureza-salarial-de-comissoes-pagas-sob-o-disfarce-de-plr> Acesso em 02 de out de 2017.

CONCLUSÃO

A Participação nos Lucros e Resultados (PLR) se constitui em um importante instrumento para integrar trabalho e capital, empregado e empregador.

Possuiu atual regulamentação – lei elaborada em 2000, com atualização em 2013 – do previsto no texto Constitucional, o qual fixa parâmetros objetivos e corrobora a vontade das partes para fixação da PLR.

É, de fato, uma enorme vantagem a instituição de tal mecanismo. No entanto, na prática, segundo o se extrai da análise dos julgados, conclui-se que pouco se aplica e quando aplicada se trata de mero fim para isenção de verba salarial, na qual maquam determinadas verbas salariais sobre o nome da PLR para que assim não constituam as parcelas devida do real salário ao trabalhador.

Há ainda muito o que avançar em termos de Participação nos Lucros e Resultados, a qual, hoje, é muito mais decorrente da ausência de uma cultura empresarial nesse sentido do que uma previsão legal de fato, visto já estar regulamentada, como mencionada, a previsão constitucional da PLR, direito social básico do trabalhador tanto urbano quanto rural.

REFERÊNCIAS

BARROS, Alice Monteiro. *Curso De Direito Do Trabalho*. 9ª ed. São Paulo: LTr, 2013.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro do. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2000.

AS CONTROVÉRSIAS DA PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS E RESULTADOS. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-mar-14/quais-sao-controversias-participacao-lucros-resultados?pagina=6>> Acesso em: 15 de setembro de 2014.

A PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS E RESULTADOS. DISPONÍVEL em: <http://sachalmon.com.br/wp-content/uploads/2014/08/A-incid%C3%Aancia-das-contribui%C3%A7%C3%B5es-previdenciarias-na-PLR-e-stock-option.pdf>. Acesso em: 10 de set de 2014.

JT RECONHECE NATUREZA SALARIAL DE COMISSÕES PAGAS SOB O DISFARCE DE PLR. Disponível em: <https://trt-3.jusbrasil.com.br/noticias/100470767/jt-reconhece-natureza-salarial-de-comissoes-pagas-sob-o-disfarce-de-plr> Acesso em 02 de out de 2017.

O ANTIGO SISTEMA DAS SATRÁPIAS DO PRIMEIRO IMPÉRIO PERSA E SUA CORRELAÇÃO COM O ATUAL SISTEMA FEDERALISTA BRASILEIRO

Gabriel Cavalcante Cortez

*Bacharelado em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL).
Estagiário do Ministério Público do Estado do Paraná – 20ª Promotoria
de Justiça de Londrina. E-mail: gabrieltortez442@gmail.com.*

RESUMO: O presente artigo científico propõem-se a analisar a correlação entre o antigo sistema das satrápias do Primeiro Império Persa com o atual sistema federalista brasileiro. Através da análise de fontes históricas, busca-se entender e compreender os motivos que levaram à criação deste método eficiente de divisão político-administrativa dentro do território aquemênida, bem como a sua presença no federalismo brasileiro. A atribuição de competências, oriunda da descentralização do poder, é discutida à luz dos princípios constitucionais expressos pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. O modelo federalista brasileiro, pautada em suas particularidades de formação, é investigado segundo a evolução aprimorada das satrápias, mantendo características essenciais e desenvolvendo peculiaridades próprias.

PALAVRAS-CHAVE: Satrápias. Persas. Federalismo. Administração. Constituição.

ABSTRACT: The present scientific article proposes to analyze the correlation between the ancient system of the satraps of the First Persian Empire with the current Brazilian federalist system. Through the analysis of historical sources, it is sought to understand and understand the reasons that led to the creation of this efficient method of political-administrative division within the Achaemenid territory, as well as its presence in Brazilian federalism. The attribution of competences, derived from the decentralization of power, is discussed in light of the constitutional principles expressed by the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988. The Brazilian federalist model, based on its particularities of formation, is investigated according to the improved evolution of the satellites, maintaining essential characteristics and developing their own peculiarities.

Keywords: Satrapy. Persians. Federalism. Management. Constitution.

I. INTRODUÇÃO

Pioneiramente, o Império de Ciro, mantido por Cambises, glorificado com Dário e começando a decair com Xerxes, foi o primeiro a criar um efetivo e importante sistema de controle das terras conquistadas, de modo que a concessão de “pedaços” do Império a funcionários reais de elevada estima e distinta consideração a fim de melhor administrar a política e a economia locais resultou no sucesso do que hoje conhecemos como sistema federalista brasileiro.

A desagregação do Estado em unidades político-administrativas menores com o intuito de melhor racionalizar os recursos econômicos locais e assegurar o controle sobre a população ainda em 550 a.C. é a base onde está assentado o princípio federalista expresso na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Voltando-se às origens, é possível compreender características a serem readequadas para o correto funcionamento da divisão dos poderes, o qual visa melhor atender os clamores regionais e locais.

O motivo para a realização deste trabalho gira em torno de resgatar as raízes históricas cuja finalidade preponderantemente é a de compreender a correlação entre duas realidades separadas por um grande lapso temporal, o motivo da adoção desta divisão do poder para estruturar a realidade e quiçá traçar linhas concretas para o modelo federalista continuar eficaz e eficiente em diretrizes futuras.

2 A FORMAÇÃO DO IMPÉRIO PERSA

A terminologia da palavra “império” tem origem romana, cuja criação e aplicação são posteriores aos antigos persas em questão e demais povos conquistadores já decaídos. À luz da época de Ciro, o Grande, a terminologia empregada para designar tamanha aglutinação de territórios provem do aramaico “*khasa*”, significando reino. Como os aquemênidas tinham grande apego a sua religião politeísta – zoroastrismo/madeísmo –, o significado de “*khasa*” estava vinculado a “rei deste mundo”. Destarte, tanto “reino” quanto “rei deste mundo” faziam referência ao conjunto de todos os pequenos, médios e grandes reinos e povos submetidos às ordens do Grande Rei persa.

As origens do Império Persa começam a datar pelo ano 1000 a.C., quando grupos nômades indo-europeus arianos vieram da região da atual Rússia meridional até o Planalto Iraniano. De lá, os medos ocuparam inicialmente a região nordeste, próximo ao Mar Cáspio, enquanto os persas dirigiram-se rumo ao sudoeste, em contato com os rios que desaguam no Golfo Pérsico. Como a área ocupada é caracterizada por desertos, clima semi-árido e poucas chuvas, bem como a existência de pequenos reinos fortes o suficiente para não permitir o ingresso de estrangeiros em seus limites territoriais, como no caso o reino de Elam, os persas foram obrigados a restringir-se a uma pequena área limítrofe com este reino e com o rio Tigre. As atividades inicialmente desenvolvidas consistiam na pequena área disponível à agricultura de subsistência, pecuária e nomadismo, além da prática do banditismo em face das caravanas de comerciantes rumo à Assur e Nínive, capitais neo-assírias¹, e mais

¹ Entende-se pelo termo império neo-assírio aquele correspondente à fase expansionista, cuja característica marcante era o emprego do terror, da barbárie, da destruição e da “deportação” de conquistados de sua região a outra completamente diferente.

tarde à Babilônia, capital caldeia². A estrutura política, por assim dizer, era comandada pelos chefes tribais sob o patriarcado hereditário ou do mais forte. Pagavam tributos ao império neo-assírio.

Os medos, por sua vez, conseguiram rapidamente estabelecer uma organização de Estado mais centralizada para que os interesses coletivos fossem assegurados. Dejoces (709 a.C. – 656 a.C.), o primeiro rei, foi o responsável pelo ajuntamento das tribos medas. Logo em seguida, o rei Ciaxáres (645 a.C. – 585 a.C.) aliou-se à potência da época, o Império Neo-Babilônico ou Caldeu, e auxiliou na derrota dos assírios, tomando e destruindo Assur, a capital mercantil, e Nínive, a capital sagrada. Em recompensa, ganhou as terras pertencentes ao Império Assírio. Assim, começou a expansão bélica aos reinos circunvizinhos, o que direcionou na anexação da Pérsia, região próxima ao Golfo Pérsico onde estavam situados os persas.

Cansados da dominação meda devido à exploração de Ciaxáres e de seu filho Astíages, um homem persa rebelou-se contra este sistema. Ciro, coroado mais tardiamente com o aposto de “o Grande” (559 a.C. – 530 a.C.), cuja ascendência em parte possui sangue real medo, fez um levante e derrotou Astíages. A consequência disso foi a unificação do império medo com a região da Pérsia, em 550 a.C., data da real criação do império, em rápida expansão militar rumo à anexação de seus vizinhos e para regiões ainda mais distantes. Derrotaram o decadente império neo-babilônico e tomaram para si suas áreas. As regiões costeiras onde haviam colônias gregas não foram diretamente conquistadas, embora estivessem sobre forte influência persa. Ao total, o Império Persa correspondia das margens orientais do Mar Mediterrâneo até às margens do rio Indo, na Índia.

Ciro ficou conhecido por ser “tolerante”³ com os povos conquistados, respeitando os seus costumes, tradições, culturas e religião, fornecendo subsídios inclusive para a construção de templos. Era uma forma de disfarçar a sujeição econômica ao Império Aquemênida⁴. Segundo CARDOSO (2009, p. 90),

Na Mesopotâmia, Ciro tratou com generosidade os povos escravizados pelos babilônios, permitindo que os hebreus submetidos ao cativo de Babilônia voltassem para a Palestina. Esse fato foi registrado na Bíblia pelo profeta Isaías, que não economizou elogios a Ciro.

A forma de legitimação do Estado persa deu-se com a revitalização da monarquia mesopotâmica, já adotada pelos reinos caídos de Assurbanipal (Assíria) e Nabucodonosor (Babilônia);

² O império caldeu também é conhecido como neo-babilônico. É dele atribuído o exílio da classe dirigente e erudita dos judeus da Palestina rumo à Babel/Babilônia, as chamadas “deportações cruzadas” herdadas dos neo-assírios.

³ Expressão anacrônica, isto é, seu uso e significado são posteriores ao emprego utilizado na época que se refere. Também veicula uma ideia atual que não era presente em outra realidade, anterior.

⁴ Império Aquemênida ou Primeiro Império Persa refere-se a terminologia ‘Aquemenes’, pai de Ciro, o Grande, responsável pela unificação dos medos e dos persas.

através da propaganda em baixo relevo⁵, a imagem paternal do monarca recebendo lealdade e gratidão por parte das elites (nobres e militares) fez perdurar por certo tempo no império a noção de que quaisquer levantes ou rebeliões não teriam sucesso na empreitada, já que não contavam com o apoio da classe social fundamental para o investimento em armas e o fornecimento de informações. Buscava associar à imagem do rei os ideais paternalista e de justiça.

Com sua morte em 530 a.C. em campo de batalha contra Tomíris, rainha da confederação dos pastores nômades da região entre os mares Cáspio e Aral, subiu ao trono seu filho, Cambises (? – 522 a.C.), monarca desequilibrado cuja façanha surpreendente baseou-se na vitória sobre o Egito com a batalha de Pelúsia, em 525 a.C. Retirou a “tolerância” política de seu pai a fim de impor o Madeísmo como culto obrigatório. Como não deixou filhos, o Conselho Real – conjunto de líderes que representavam as tribos as quais originaram o Império Persa – elegeu o general Dário I (550 a.C. – 486 a.C.), parente distante de Cambises, para assumir o trono de monarca persa. Ele foi conhecido por ser um excelente administrador e um rei justo, imparcial.

Dário imediatamente reforçou o respeito às tradições nacionais e locais, tentativa esta de assegurar a hegemonia dos conquistados pelo menos em um momento inicial de seu governo. Elevou o Império Persa ao seu auge. Aliou-se a fortes setores da nobreza a fim de garantir apoio necessário ao seu poder. Manteve os limites territoriais e incrementou no que tange à organização administrativa dos territórios. Racionalizou o sistema de tributação, que até então era algo aleatório, e fixou a contribuição mínima obrigatória de 20% (vinte por cento) da produção anual das províncias sendo a quantia destinada a fazer parte do tesouro nacional, na capital junto ao imperador. Também não foi adotada língua oficial, nem escrita ou religião, visto a gama de povos com culturas enraizadas, sendo que a substituição destas em uma que uniformizasse a ideologia persa seria um “tiro no pé” do déspota oriental.

Dividiu o Império em 20 (vinte) unidades administrativas, as chamadas *satrápias*, colocando no controle político local em cada uma delas um *sátrapa*, atualmente entendido como vice-rei ou governador. Segundo a COLEÇÃO REVISTA EM HISTÓRIA (1991, p. 09),

Em Persépolis [uma das três capitais], emissários de todos os estados [nobres do Egito, chefes nômades dos desertos orientais e rajás da Índia] e sátrapas pertencentes ao império persa [sátrapas da Mesopotâmia e da Ásia Menor] entregariam seus “presentes” de ano novo – a quantidade exata e a natureza dos tributos anuais haviam sido estipuladas pelo governo imperial – ao seu regente supremo, o Rei da Pérsia, o Grande Rei, o Rei dos Reis, o soberano mais poderosos na face da Terra

Bem ainda, a referida autoria ministra mais adianta (p. 26) que,

⁵ As representações nas rochas transmitiam a ideia de que o que fosse ali escrito ou desenhado seria perpetuado através dos tempos, sendo respeitado.

Embora nobres locais assumissem esses cargos [de sátrapas] em casos especiais, a maior parte dos sátrapas pertencia à aristocracia persa. Sempre que possível, contudo, mantinha-se o aparelho administrativo existente; as subdivisões das satrápias em geral eram governadas por chefes nativos.

O administrador escolhido pelo rei poderia ser o rei vencido, desde que constasse que sua administração até a presente conquista demonstrou-se eficiente. Exemplo disso foi o do rei Cresos, último rei da Lídia, elevado a coordenador da região por Ciro em 547 a.C.

Há de falar-se no sistema de dádivas, o micro sistema tributário existente entre quem detinha o poder. Como apenas uma pequena porcentagem da produção anual da província era destinada ao cofre nacional, cerca de 20% (vinte por cento), o restante iria parar nas mãos do corpo administrativo local. Segundo PEDRO & LIMA (2010, p. 116), nota-se que os tributos, mesmo quando pagos em moeda, eram devidos em espécie. Os pagamentos em espécie, principalmente em alimentos, predominavam.

Diante dessa situação, qualquer funcionário real poderia celebrar um contrato, dar, trocar ou simplesmente presentear outra pessoa com a artimanha de troca de favores, feitos ou empréstimos. Este nicho de corrupção visava a formação de alianças para as mais diversas situações.

As finalidades das satrápias eram diversas: a) disfarçar a dependência e dominação econômica perante às populações conquistadas; b) esmiuçar e melhor aplicar as leis dos medos-persas aos núcleos regionais, distantes do olhar do Poder Central do imperador; c) efetivar o controle sobre as regiões anexadas. Ademais, o controle das unidades administrativas do império aquemênida passou a ser transmitido por hereditariedade, como mais adiante no Medievo era feito.

Era delegado ao sátrapa a função de melhor organizar, explorar e efetivar a atividade econômica mais lucrativa da região, bem ainda receber a tributação oriunda dos súditos, fossem eles reinos distantes sucumbidos ao “pacto da vassalagem” para continuarem reinando, fossem os próprios vencidos, cuja finalidade era de apaziguar a população e enfraquecer a memória de que estava dominada. Correspondia a melhor aplicação do poder persa frente à realidade local, intensificando o controle e a produção econômica. Para coibir o autoritarismo e exercício de poder não outorgado, o imperador acoplou junto ao sátrapa um general de sua confiança com exército em nome próprio e um secretário conhecido como “os olhos e os ouvidos do rei”, ambos de sua confiança, com o intuito de fiscalizar o governo local e a ouvir as reclamações dos governados e dos governadores. Ambos também participavam de todas as decisões tomadas na província, juntamente com o corpo burocrático administrativo local.

A concessão de autonomia local visava desenvolver o potencial econômico da região, seja no pastoreio, na agricultura, na piscicultura ou na silvicultura, facilitando o comércio e

[re]colonizando áreas sem perspectiva. Dessa forma, leciona brilhantemente PEDRO & LIMA (2010, p. 114) que

Era uma tarefa difícil conseguir o equilíbrio entre os poderes locais e o poder central. Tratava-se de obter o máximo de cooperação, e isso significava a concessão de privilégios e de autonomia, sem provocar a fragmentação do império com a emancipação dos povos súditos. Era preciso devolver poderes para as áreas conquistadas militarmente sem provocar o desencadeamento de revoltas contra o poder central e o conseqüente desmembramento político.

Com o escopo de fazer circular as informações coletadas pelos “olhos e ouvidos do rei”, Dário criou um excelente e eficiente sistema de estradas pavimentadas cuja extensão interligava todo o império. Através de mensageiros reais, casas de monitoramento (pedágios sem a função de cobrar) e pavimentação a todo instante de trechos acidentados, as informações iam e vinham ao conhecimento do monarca persa com muita agilidade e rapidez nunca antes vista e/ou documentada. Heródoto, historiador grego, em sua obra “*História*”, no capítulo I – Clio, descreve que da cidade onde era situada a Média, de Palos-Meótis ao Faso e à Cólquida levava trinta dias de viagem para quem caminhava com muita rapidez (<http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/historiaherodoto.html>, 2006).

Assimilando ao nosso atual contexto, a satrápia corresponde ao estado, o sátrapa ao governador e as subdivisões, os municípios dirigidos pelos prefeitos municipais, não mais pelos chefes tribais locais.

2.1 A ESTRUTURA LEGISLATIVA DAS SATRÁPIAS

Quanto à modalidade legislativa, ocorria as seguintes situações. Podia o rei persa baixar qualquer lei de sua vontade para valer em todo o território imperial – formação do despotismo oriental –, como também acontecia acordos, pactos, negociações com os sátrapas.

Acontecia do sátrapa apresentar um termo legislativo a ser aplicado em sua satrápia ao rei, e para a medida valer, deveria ser aprovada pelo mesmo, e em consequência disso, passava a valer não só naquela, mas em todas as satrápias. Envolvia dos mais diversos assuntos. Exemplificando: em dada satrápia havia necessidade de regulamentar a pesca, devido a problemáticas lá existentes. Se o parecer legislativo dessa situação concreta fosse deferido pelo imperador, tal medida valeria para todas as satrápias, inclusive para aquelas que em seu território localizava-se longe das águas. Não havia proporcionalidade em relação as diferenças de culturas, climas e territórios.

Tal negociação, flexibilidade e mobilidade das satrápias muito se assemelha com a disposição dos estados federados brasileiros, podendo o governador, o deputado estadual, o senador e

demais cargos políticos estaduais pleitearem em âmbito regional ou federal medidas que melhor atendam aos clamores da população local. O controle das redes de estradas, das vias fluviais e marítimas aparentemente era do poder imperial (hoje federal), porém, como o controle direto do imperador dentro das delegações conferidas ao seu sátrapa era dificultoso, podendo ser encarado como invasão ao micro poder provincial, cabia aos administradores regionais fazerem o controle das mesmas. Fazendo-se um paralelo com a realidade, seria mais ou menos se dos pedágios das estradas federais (BRs) que cruzassem os estados a competência de monitorar o cumprimento dos mesmos, melhorar trechos acidentados e arrecadar as taxas fosse do ente estadual. Se pertence ao seu território, pertence a sua alçada.

O equilíbrio entre as satrâpias e o imperador era instável, dada as diferentes realidades de cada região, bem como o distanciamento do monarca oriental com as regiões, visto que seus interesses preponderavam na capital, além da ambição pelo poder por quem estivesse na administração delas. Com a derrota de Xerxes, na Grécia, o Império Aquemênida abalou-se, ensejando várias satrâpias a rebelarem-se contra o sistema de “vassalagem”⁶, em nome de independência e expansão próprias.

3 O SISTEMA FEDERALISTA BRASILEIRO

A forma do Estado corresponde à maneira em que o território de uma nação está dividido quanto à disposição do poder público. Isso quer dizer que o país pode optar por ser um ente só, simples, unitário, concentrando o poder nas mãos de poucos e aumentando a arbitrariedade do governante, o qual possuirá forte tendência a ser negligente, imperito ou omissivo. Também pode escolher pela forma federalista, adotada em nossa atual sociedade e consagrado como princípio não passível de alteração – cláusula pétrea – na Constituição da República Federativa do Brasil de 1998.

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

[...] § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado; [...].

Cláusulas pétreas nada mais são do que assuntos, princípios basilares do Estado Democrático de Direito em sua manifestação na forma de Estado e de governo. Alterá-las colocaria em risco todo o ordenamento jurídico edificado, gerando insegurança jurídica e consequências relacinadas

⁶ Era muito comum na Antiguidade Oriental reinos menores pagarem tributos e servirem a reinos maiores em troca de um pequeno poderio e comando dentro de seu reino. O sistema de satrâpias, ainda que vinculados com o império, não fugia à regra.

aos limites interpretativos protegidos pela Carta Magna, bem ainda ao arbítrio dos entes governamentais.

O federalismo comumente é reconhecido por Estado complexo, composto, no qual o poder político divide-se no espaço nacional, alocando entes para receberem medidas delegadas de direitos e deveres. Visa a não concentração do poder nas mãos de poucos, bem como melhor atender as realidades locais, as quais muitas vezes acabam distanciadas das políticas públicas. Segundo CARVALHO (1996, p. 256),

Em razão disso, há no Estado Federal, na concepção de Kelsen, uma ordem jurídica central e ordens jurídicas parciais, sendo que a primeira abrange todos os indivíduos que se encontram em território do Estado, e as outras, os que se acham no âmbito territorial dos entes federados. A reunião dessas duas ordenas jurídicas forma a terceira ordem jurídica, que é o Estado Federal, comunidade jurídica total.

Na lição de HOLTHE (2010, p. 94), federação é entendida da seguinte maneira: através de uma Constituição, a qual disciplina direitos e deveres comuns aos seres dotados de certa autonomia para a realização das atividades em nome da população, dois ou mais Estados preservam parte de sua autonomia para sujeitarem-se à soberania do Estado federal, ente novo dotado de personalidade jurídica. Os Estados-membros continuam dotados de autonomia política-administrativa, embora cedam suas soberanias ao ente federal, dividindo atribuições e incumbências.

O mesmo autor caracteriza o federalismo com alguns elementos essenciais a esta forma de organização do Estado, decorrendo da:

- a) Pluralidade de entidades governamentais, como decorrência lógica da fragmentação política, criam-se entes políticos conforme as necessidades de lugares e a capacidade administrativa na riqueza econômica melhor explorada. Delega-se o poder político a diferentes seres: União, Estados-membros, Municípios e Distrito Federal;
- b) Impossibilidade do direito de secessão: visto o tema ser princípio agasalhado sob título de cláusula pétra, é inadmissível a independência de um estado-membro;
- c) Existência de uma Constituição Federal: é certo de que os estados-membros gozam de autonomia política e administrativa mas os mesmos não estão sujeitos a comandos conforme seu bel prazer. O ente federal impõe democraticamente uma Constituição que serve de base para realizar, fundamentar e disciplinar as ações a serem desenvolvidas no âmbito estadual, municipal e distrital, além do próprio ramo federal. As matérias abordadas na Constituição Federal podem ser fielmente transcritas ao texto constitucional estadual, a qual subordinada à federal regulamentará casos, acontecimentos e situações próprias e/ou não tratadas na Carta Magna federal, desde que tais temas não sejam inconstitucionais total ou parcialmente. Assim, esta necessariamente será

rigída, com processos burocráticos de alteração justamente para que princípios fundamentais sejam respeitados e não transgredidos, havendo nesse caso ação de inconstitucionalidade.

- d) Soberania do Estado Federal: com o escopo de amarrar os estados-membros e formar uma rede interligada, compete exclusivamente ao Estado Federal ter e exercer a soberania (vide supremacia), que é a não submissão a qualquer outro ente no âmbito interno ou a nível externo. Graças à soberania, os estados-membros ficam protegidos em face de ameaças ou invasões internas e externas, e em contrapartida, deversão movimentar a economia, empregar toda a sua capacidade produtiva e reduzir ao máximo os recursos ociosos.
- e) Autonomia das entidades federativas: foi concedida capacidade de deliberação, organização, administração financeira-orçamentária e tributária aos estados-membros no afã de melhor entender e acoplar-se diante das realidades regionais. Respeitando o exposto na Constituição Federal, os entes federados podem organizar-se da maneira que melhor os atender. Desse modo, exemplifica o artigo 11 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias

Art. 11. Cada Assembléia Legislativa, com poderes constituintes, elaborará a Constituição do Estado, no prazo de um ano, contado da promulgação da Constituição Federal, obedecidos os princípios desta.

- f) Sistema de repartição de competências: diz respeito às responsabilidades ora exclusivas de um ente, ora concorrentes a todos os demais. Dessa maneira, preceitua os artigos 21 e 22 e seus incisos as matérias, as competências privativas da União, enquanto os artigos 23 e 24 distribui competências para três ou mais seres governamentais para legislar, ordenar, decidir, comandar, competir, discorrer, elaborar termo a respeito.
- g) Participação dos Estados-membros na formação da vontade nacional: os estados participam na elaboração das leis, como em quaisquer espécies legislativas, através de representantes eleitos pelo sufrágio democrático – os senadores –, os quais representam os interesses do Estado-membro enquanto ser dotado de necessidades e restrições políticas no exercício de sua vida administrativa.
- h) Guardiã da Constituição: devido à gama de espectros federais atuando mediante leis federais e regimentos próprios, é mister a criação de um Tribunal Superior – Supremo Tribunal Federal (STF) – para proger e garantir a supremacia da Constituição Federal, como preceitua o artigo 102 e incisos decorrentes

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

- a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; [...]

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar dispositivo desta Constituição;
- b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
- c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.

No Brasil, desde a Proclamação da República com o decreto nº. 1 de 15 de novembro de 1889, mantido em sua totalidade por todas as Constituições posteriores, com exceção da Constituição de 1967 cuja façanha foi de manter o federalismo meramente descrito na lei, de fachada, enquanto a usurpação e centralização do poder pelos militares ocorria às claras.

Atendo-se ao modelo brasileiro de 1988, neste em que estamos inseridos, faz-se necessário identificar algumas particularidades deste modelo. A forma como se deu a criação do modelo brasileiro é o de federação centrífuga, uma vez que o Estado uno dividiu-se, e juntamente com esta divisão descentralizou o poder em pequenas esferas. Além disso, o Estado já existente desagregou-se, com a intenção já mencionada de repartir as competências concorrentes. No tocante à separação de atribuições, a Carta Magna de 1988 deu preferência ao federalismo simétrico, cuja repartição de tarefas e tratamento entre os entes federativos é igual. Há, todavia, críticas a essa simetria, fundadas nas desigualdades culturais de nosso país próprias da grande extensão territorial. Nesse sentido, SOUZA (2014) entende que

No Brasil, não temos a questão da língua (ou, sob um aspecto mais amplo, problemas culturais), mas há outras diferenças drásticas entre os Estados, sob o ponto de vista socioeconômico (Estados do Sudeste x Estados do Norte, por exemplo); políticos, climáticos (seca no Nordeste ou no Sul x enchentes do Sudeste, por exemplo), entre outros. No nosso país, essas distinções regionais ensejam discussão sobre o federalismo assimétrico, se não para prever atribuições diferentes, ao menos para discutir programas diferenciados e direcionados às necessidades específicas de cada região e para a definição de políticas públicas com a finalidade de equacionar as desigualdades existentes.

Doravante, a repartição de atribuições, bem como o tratamento entre os entes governamentais deveria ser desigual, com o intuito de tratar os desiguais de forma desigual a fim de estabelecer a igualdade, máximo aristotélica. Deve-se considerar os diferentes níveis de integração culturais existentes dentro do país, sob forma de garantir uma base comum a todas elas para que ao menos as funções mínimas e essenciais sejam realizadas uniformemente.

Há ainda a escolha feita pelo federalismo cooperativo, no que tange à real possibilidade dos entes poderem auxiliarem-se em determinadas tarefas (artigos 23 e 24). É também

caracterizado segundo a denominação de federalismo tricotômico ou de segundo grau porque admite outras leis regentes (regional e local), desde que respeitem o contido no texto constitucional federal.

4 CORRELAÇÕES ENTRE A SATRÁPIA E O FEDERALISMO

Percebe-se que mesmo o grande lapso temporal que separa o sistema das satrápias com o federalismo brasileiro (550 a.C. – 1889 d.C.), a adoção pelo mesmo demonstra que há eficácia diretamente na administração pública. Aprimorado com o intuito de melhor vislumbrar as especificidades atuais, o federalismo brasileiro apresenta condições de trabalhar em uma divisão do poder mais igualitária, justa.

A começar com a característica da soberania do ente federal, nota-se que quem exercia a defesa nacional contra ameaças e invasões internas ou externas era o Poder Central, o qual corresponde ao Estado Federal. Somente a ele é permitido submeter-se a outro Estado soberano, a declarar guerra para defender os interesses e população nacionais, pois a finalidade da supramacia é essa, de um ente governamental ser mais forte do que outros em termos de proteção.

Em relação à autonomia, os sátrapas gozavam somente de declarações emanadas do próprio imperador persa, sem mais nem menos. Deveriam exercer exatamente aquilo que lhes fora encaminhados. No entanto, tinham a “flexibilização”, por assim dizer, de poderem emitir sugestões de modalidades legislativas ao imperador para que essas, se deferidas, valessem. Em paralelo com a nossa realidade, o governador possui maior autonomia política-administrativa, o qual somente deverá respeitar a Constituição Federal para dar prosseguimento a medidas e interesses que lhe entender cabíveis, claro que depende da aprovação do Poder Legislativo regional, a Assembleia Legislativa. A ele é permitido “controlar”, no sentido de fiscalizar e operar, os recursos produtivos. Também tem a tarefa de integrar povos e culturas, com o intuito de uniformizar o tratamento base para a sua população. Em troca da concessão de liberdades e benefícios, as pessoas devem contribuir com impostos, tributos e não transgredirem as normas, pois assim o sistema funcionará, em teoria, sem inviolabilização de recursos.

Quanto à pluralidade de entidades governamentais, na época Aquemênida coexistiam subordinadamente o Poder Central/Imperial, os Poderes Regionais (satrápias) e os micro poderes locais, exercidos por chefes tribais de pequenos vilarejos conquistados. Está expresso no artigo 1º da Constituição que

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...].

Desse modo, percebe-se a distinção de alguns elementos do modelo persa: a) os entes federais não estão mais subordinados, mas se apresentam em posição de igual para igual, isto é, têm poderes coordenados; b) a criação do Distrito Federal separada da União, é inovação, uma vez que antigamente a capital não passava da cidade onde o monarca estava hospedado, sendo entendida como o Estado, o Império em si.

A ideia de secessão continuou vista como impossível, com diferentes percepções. O sátrapa da Lídia, Oretes, tentou independência aproveitando-se do período entre a morte de Cambises e a ascensão de Dário. Quando este assumiu o trono, mandou executar Oretes para que a ordem interna não fosse quebrada, inadmitindo rupturas.

Evidentemente entre marzo de 522 (caída de Cambises) y septiembre del mismo año, Oretes hace gala de una libertad en sus acciones y decisiones, que lo ponen en el centro de las miradas. El asesinato del sátrapa de Dascilio, Mitrobates (Frígia Helespóntica) y de Polícrates de Samos, pueden ser ejemplo de ciertas aspiraciones de Oretes que excedían la de simplemente gobernar su satrapía. Tal vez, especulamos, con la idea de consolidar su poder en aquella región, y porque no, su independencia.

El interés de este sátrapa persa por la isla de Samos es referida en Herodoto con el acostumbrado aditamento de situaciones marcadas por la fantasía. El historiador griego ofrece dos alternativas por las cuales Oretes pone sus ojos en la isla.⁷

Em nosso contexto, a secessão é encarada com medida de intervenção federal no território em questão para restabelecer a ordem. É medida excepcional, pois

Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: [...]

IV - não-intervenção; [...].

[...]

Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para:

I - manter a integridade nacional;

⁷ <http://anabasis-historica.blogspot.com.br/2014/05/policrates-de-samos-540-522-ac-de.html> Obviamente, entre março de 522 (queda de Cambises) e setembro do mesmo ano, Oretes mostra uma liberdade em suas ações e decisões, que o colocam no centro dos olhares. O assassinato do sátrapa de Dascilius, Mitrobates (Frígia Helespóntica) e Polícrates de Samos, pode ser um exemplo de certas aspirações de Oretes que excederam o de simplesmente governar sua satrapía. Talvez, especulemos, com a ideia de consolidar seu poder nessa região, e por que não, sua independência.

O interesse deste sátrapa persa pela ilha de Samos é referido em Herodoto com a adição acostuada de situações marcadas pela fantasia. O historiador grego oferece duas alternativas pelas quais Oretes coloca os olhos na ilha (tradução livre).

II - repelir invasão estrangeira ou de uma unidade da Federação em outra;

III - pôr termo a grave comprometimento da ordem pública; [...].

A noção da correlação é presente em HONÓRIO (2012, p. 19), em seu Trabalho de Conclusão de Curso (TCC) feito na Universidade Católica de Brasília, o qual entende que

Entre os persas a ideia ‘federalista’ foi clara. Quando Ciro conquistou o Oriente deu autonomia religiosa aos povos conquistados, inclusive aos hebreus que eram nacionalistas, puderam adorar o Deus Iavé, mas tinham que contribuir com tributos para o tesouro real. Foi, no entanto, com Dário, que a dimensão federalista teve contornos mais nítidos, quando ele criou as Satrâpias para facilitar a administração do Império.

Há críticas em se tratando da direção em que o sistema federalista está caminhando. Juristas e doutrinadores entendem que a Constituição Federal está sufocando a autonomia dos estados, dos municípios e do Distrito Federal tendo em vista o sistema tributário nacional. Ao que entende, os estados transformaram-se em meros arrecadadores de tributos e fiscalizadores da ordem constitucional federal, “sacrificando” suas autonomias em prol do comando do ente federal. Em crítica ao atual modelo, LIMA (2013) notifica que

No diagnóstico das causas dos atuais conflitos federativos, Rezende disse que os entes federados perderam espaço para decidir sobre o uso de recursos orçamentários. Para ele, há crescente interferência do governo federal nas finanças estaduais e municipais, com a estipulação de pisos salariais a serem pagos por estados e municípios e desonerações que reduzem as transferências constitucionais.

Na presidência da reunião, o senador Luiz Henrique concordou com Rezende e disse que os estados brasileiros foram transformados em satrâpias – nome dado às províncias nos antigos impérios Aquemênida e Sassânida, da Pérsia. O parlamentar defendeu a restauração da autonomia dos estados, para que eles possam fazer política de desenvolvimento regional.⁸

Percebe-se o quão interligado está a atual forma de Estado por nós adotada – o federalismo – com sua origem, resultando no melhoramento e aprimoração conforme os ditames atuais. As origens jamais devem distanciar-se do estado em que se encontra o modelo, sob pena de macular toda uma evolução de pensamentos humanos.

5 CONCLUSÃO

⁸ Disponível em <<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2013/10/16/especialistas-defendem-novo-modelo-de-federalismo-fiscal>>

Diante do exposto, entende-se que o atual sistema federalista brasileiro, único devido a particularidades adotadas, é evolução aprimorada do arcaico sistema de satrápias do Império Aquemênida.

As revoluções tomadas por Ciro e Cambises serviram de sustentáculo para que Dário pudesse criar e fomentar a fragmentação política-administrativa do Império em províncias dotadas de certa autonomia, justamente para melhor administrar os interesses regionais e locais. A ideia em si deu tão certo que perdurou quase dois séculos sem nenhuma alteração substancial, tendo encontrado seu abrupto fim com o encerramento da dinastia selêucida que vigorava na Ásia. No entanto, serve como base para a formação do atual federalismo, seja ele o norte-americano ou o brasileiro, aqui analisado com profundidade. Dada as suas características peculiares, quais sejam a formação do Estado por desagregação e o tratamento simétrico de competências entre os entes federativos (o qual deveria ser assimétrico, consideradas as desigualdades para efetivamente garantir a igualdade constitucional), o federalismo brasileiro está assegurado em vários dispositivos constitucionais, sendo o mais expressivo o artigo 60, § 4º, I, garantido como cláusula pétrea – a que jamais deverá ser objeto de alteração – a forma federativa do Estado.

Percebe-se assentada a base do modelo federalista brasileiro no ainda expressivo sistema das satrápias persa, o qual ainda faça parte de evento histórico das civilizações humanas, ainda mantém expressividade ao servir de instrumento basilar para a formação da República Federativa do Brasil, fundada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal (e também o ente federativo União), conforme o exposto no cáput do artigo 1º da Constituição Federal de 1988.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2001.

CARDOSO, Oldimar. **Tudo é história**. São Paulo: Ática, 2009.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional Didático**. 4. ed. Belo Horizonte: Livraria Del Rey, 1996.

COLEÇÃO HISTÓRIA EM REVISTA. **A elevação do espírito: A Pérsia em seu auge. O desabrochar helênico. A aurora romana. A luz do Oriente**. São Paulo: Abril Livros, 1991.

COTRIM, Gilberto. **História Global: Brasil e geral – volume único**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

FIGUEIRA, Divalte Garcia; VARGAS, João Tristan. **Para entender a história: 6º ano**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

HOLTHE, Leo Van. **Direito Constitucional**. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2010.

HONÓRIO, Antônio Gonçalves. **Concretização do Direito Internacional Tributário por meio da Aplicação do Federalismo como Princípio Estruturante da Nova Ordem Internacional**. Universidade Católica de Brasília. Brasília – Distrito Federal, 2012. <<https://bdtd.ucb.br:8443/jspui/bitstream/123456789/271/1/Antonio%20Goncalves%20Honorio.pdf>> Acesso em: 10 set/2017.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LIMA, Djalba. Especialistas defendem novo modelo de federalismo fiscal. **Senado Notícias**. Brasília, 16 out/2013. Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2013/10/16/especialistas-defendem-novo-modelo-de-federalismo-fiscal>> Acesso em: 10 set/2017.

PEDRO, Antonio; LIMA, Lizânias de Souza. **História Sempre presente**. São Paulo: FTD, 2010.

SOUZA, Cristiane Castro Carvalho de. O federalismo simétrico e o federalismo assimétrico. **Conteúdo Jurídico**. 20 dez/2014. <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-federalismo-simetrico-e-o-federalismo-assimetrico,51580.html>> Acesso em: 10 set/2017.

VICENTINO, Cláudio. **História geral**. São Paulo: Scipione, 2002.

<<http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/historiaherodoto.html>> Acesso em: 03 set/2017.

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 10 set/2017.

<<http://anabasis-historica.blogspot.com.br/2014/05/policrates-de-samos-540-522-ac-de.html>> Acesso em: 10 set/2017.

DIREITO À SAÚDE

Giovana Ferreira Muraro

Acadêmica de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, em Londrina (PR).

RESUMO: Os Direitos Fundamentais apresentam-se como centro protetivo da dignidade da pessoa humana e resultam do progresso constitucional ocorrido no decorrer das décadas. Nestes termos, estas garantias necessitam da máxima proteção, sendo ela através da força normativa da Constituição, por serem os valores mais caros da existência humana. A garantia à saúde, prevista no artigo 197 da Constituição Federal de 1988, narra ser direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem a 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. Nestes termos, é de suma importância a presente pesquisa sobre o direito à saúde, bem como a pontuação de algumas formas que o Estado encontrou para efetivar o referido direito, tendo como propósito proporcionar condições dignas de vida para o cidadão..

PALAVRAS-CHAVE: Dignidade da Pessoa. Direitos Fundamentais. Estado. Saúde.

ABSTRACT: Fundamental Rights are presented as a protective center for the dignity of the human person and result from the constitutional progress that has taken place over the decades. In these terms, these guarantees need the maximum protection, being through the binding force of the Constitution, because they are the most expensive values of human existence. The health guarantee, provided for in article 197 of the Federal Constitution of 1988, states that it is right of everyone and the duty of the State, guaranteed by social and economic policies aimed at reducing the risk of illness and other diseases and universal and equal access to actions and services for their promotion, protection and recovery. In these terms, the present research on the right to health, as well as the punctuation of some forms that the State has found to effect the said right, with the purpose of providing decent living conditions for the citizen is of paramount importance.

KEYWORDS: Decent Living Conditions. Fundamental Rights. Health. State.

I INTRODUÇÃO

Os Direitos Fundamentais encontram-se no centro protetivo da dignidade da pessoa humana e são resultado do avanço constitucional ocorrido ao longo das décadas. Desta forma, estes Direitos merecem máxima proteção através da força normativa da Constituição, por serem os valores mais caros da existência humana.

Os Direitos de Segunda Geração surgem no Século XIX com a ocorrência da Revolução Industrial, momento em que as primeiras reivindicações por melhores condições sociais,

nascendo o Estado de bem-estar social, também conhecido como *Welfare State*, ocasião em que o Estado se obriga a buscar uma maior igualdade social e a garantir as condições básicas necessárias para uma vida digna.

Tema da Terceira Dimensão de Direitos Fundamentais surge no cenário pós Segunda Guerra Mundial, ocorrendo uma grande movimentação em favor da globalização dos Direitos e Garantias Individuais, tendo como finalidade a busca da dignidade do homem de uma forma global.

Neste contexto, passou a ser papel do Estado a garantia de direitos como a saúde, educação, alimentação, entre outros.

O Direito à saúde, previsto no artigo 197 da Constituição Federal de 1988, aponta ser direito de todos e dever do Estado, sendo garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem a 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.

Desta forma, o Direito à saúde, enquanto Direito Fundamental, está diretamente relacionado com a ideia de mínimo existencial, o qual consiste em um princípio que vincula ao Estado a obrigação em garantir condições básicas, necessárias e essenciais à existência digna do ser humano.

Neste trabalho será abordada a questão do acesso à saúde, Direito Fundamental expresso na Constituição Federal.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os Direitos Fundamentais são os grandes responsáveis pela evolução que o Direito Constitucional obteve ao decorrer dos anos, Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco¹ afirmam que:

A sedimentação dos direitos fundamentais como normas obrigatórias é resultado de maturação histórica, o que também permite compreender que os direitos fundamentais não sejam sempre os mesmos em todas as épocas, não correspondendo, além disso, invariavelmente, na sua formulação, a imperativos de coerência lógica.

Desta forma, é possível afirmar que os direitos fundamentais foram evoluindo de acordo com as necessidades da população, buscando supri-las de alguma forma.

José Afonso da Silva² preleciona que:

¹ MENDES. Gilmar Ferreira; BRANCO. Paulo Gustavo Gonet: **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 167

Direitos Fundamentais do homem constitui a expressão mais adequada a este estudo, porque, além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas.

No entanto, para que seja possível entender os ensinamentos dos autores supramencionados, é necessária uma análise quanto ao surgimento dos Direitos Fundamentais do Homem, o que será feito a seguir.

A Primeira Geração dos Direitos Fundamentais surgiu com a Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia, apresentando-se como a primeira declaração de Direitos Fundamentais, sendo esta de 12 de janeiro de 1776, ocorrendo anteriormente à Declaração de Independência dos Estados Unidos da América. As duas declarações possuem inspiração nos ideais de Rousseau, Montesquieu e Locke.

A Declaração de Virgínia constitui a estrutura dos direitos do homem, sendo as principais as seguintes: a igualdade dos homens, em sua essência, sendo estes livres e independentes; o governo deve, ou deveria ser, instituído para o bem comum, segurança e proteção da população; todo poder está investido no povo; os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário devem ser separados; as eleições dos representantes da população devem ser livres; assegurado o direito de defesa nos processos criminais, entre outros³.

É possível observar que o principal objetivo dessa presente Declaração é a busca de uma estrutura de governo democrático, adotando um sistema limitador do Poder da Administração pública. Assim resta demonstrado o propósito das Declarações de Direitos, caracterizando na limitação do poder estatal e colocando em um patamar de relevância os direitos naturais e imprescindíveis do homem.

A Declaração de Direitos de Virgínia, de 1776, e a Declaração Francesa, de 1789, são vistas como essenciais para a evolução dos Direitos Fundamentais, uma vez que a partir de suas promulgações os referidos direitos apresentaram o merecido destaque na vida social, sendo marco para a inversão tradicional da relação entre Estado e indivíduo.

Com a existência das supramencionadas Declarações, o ser humano passou a ter direitos em face do Estado, e este último passou a ter a função de suprir as necessidades da população da melhor maneira possível.

² SILVA. José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 36. ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2012. p. 180.

³ Ibid., 2012. p. 180.

Assim, os referidos Direitos passaram a figurar como centro protetivo da dignidade do indivíduo, sendo resultado do avanço constitucional referido, merecendo máxima proteção através da força normativa da Constituição.

Insta mencionar que os Direitos Fundamentais do Homem são inatos, absolutos, imprescritíveis e invioláveis/intransferíveis. Estes caracteres demonstram a importância e relevância dos mesmos.

Deste modo, os Direitos Fundamentais de Primeira Geração são a liberdade, a propriedade, a igualdade e os Direitos Políticos.

A Segunda Geração de Direitos Fundamentais surge no Século XIX com a ocorrência da Revolução Industrial, que resultou no desenvolvimento de técnicas de produção que impulsionaram o crescimento econômico, ainda inédito para a época.

É importante ressaltar que a industrialização trouxe em seu bojo consequências como o crescimento do poder econômico de uma minoria rica.

George Marmelstein⁴ aborda o tema alegando que:

No entanto, essa prosperidade ocorreu à custa do sacrifício de grande parcela da população, sobretudo dos trabalhadores, que sobreviviam em condições cada vez mais deploráveis. Não havia limitação para jornada de trabalho, salário mínimo, férias, nem mesmo descanso regular. O trabalho infantil era aceito e as crianças eram submetidas a trabalhos braçais como se adultos fossem.

Assim, ao tempo em que uma minoria da população vivia de forma próspera, grande maioria vivenciava situações de miséria, tais como a inanição, a falta de cuidados médicos, moradias precárias.

O Estado, enfraquecido, já não possuía condições de proporcionar o mínimo possível para a manutenção de uma vida digna, resultando na enorme insatisfação da classe trabalhadora, que se organizou em grupos politizados, surgindo, assim, as primeiras forças sindicais que impulsionou “as primeiras reivindicações visando à conquista de direitos que lhes proporcionassem melhores condições de trabalho”⁵.

Diante de inúmeras queixas nasce o Estado de bem-estar social, também conhecido como *Welfare State*, um novo modelo político, onde o Estado obriga-se a buscar uma maior igualdade social e a garantir as condições básicas necessárias para uma vida digna.

⁴ MARMELSTEIN. George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 6. ed. Atlas, 2016. E-book. p. 46.

⁵ MARMELSTEIN. George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 6. ed. Atlas, 2016. E-book. p. 46.

O Estado passa a comprometer-se a garantir os denominados direitos econômicos, sociais e culturais, sendo aqueles ligados a necessidade do indivíduo em particular, como a alimentação, saúde, educação, habitação, entre outros.

As primeiras constituições a garantirem tais direitos foram a mexicana de 1917 e a Constituição alemã de Weimar de 1919, estas são apontadas como “as bases jurídicas para o reconhecimento da igualdade econômica e social como diretriz imposta constitucionalmente”⁶.

No Brasil, a referida Geração de Direitos Fundamentais surge na Constituição de 1934 e, de maneira mais efetiva, na Constituição de 1946, caminhando para um Estado com características do bem-estar social, positivando vários direitos sociais, como a educação, a assistência social, entre outros, assim como também os direitos dirigidos aos trabalhadores, objetivando a sua proteção.

A Terceira Geração de Direitos Fundamentais ocorre no cenário pós Segunda Guerra Mundial, onde ocorreu um movimento a favor da globalização dos Direitos e Garantias Individuais, objetivando a busca da dignidade do homem de uma forma global.

Visando a proteção do gênero humano, os Direitos de Terceira Geração, como já mencionado, são inspirados na comoção global resultante do cenário pós Segunda Guerra Mundial. Desta forma, é possível citar como rol destes direitos o Direito ao Meio Ambiente, Direito ao Desenvolvimento, Direito do Consumidor, entre outros.

Neste contexto, em 1948 foi proclamada a Declaração Universal dos Direitos Humanos que “simbolizou e ainda simboliza o nascimento de uma nova ordem mundial, muito mais comprometida com os direitos fundamentais, que já se incorporou ao direito consuetudinário internacional”⁷.

Outro marco para a proteção destes Direitos foi o Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos, o também chamado de Pacto de Nova Iorque, promulgado em 1966, bem como o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, aderidos por várias Nações, inclusive o Brasil.

O Pacto de San José da Costa Rica, também conhecido como Convenção Americana de Direitos Humanos, foi firmado em 1969 e tem como principal propósito a efetivação normativa dos Direitos Humanos no âmbito da América Latina e Central, resultando em uma maior proteção destes Direitos.

⁶ Ibid., p. 48.

⁷ MARMELESTEIN. George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 6. ed. Atlas, 2016. E-book. p. 50.

Uadi Lammêgo Bulos⁸ afirma que:

Os Direitos difusos em geral, como o meio ambiente equilibrado, a vida saudável e pacífica, o progresso, a autodeterminação dos povos, o avanço da tecnologia, são alguns dos itens componentes do vasto catálogo dos direitos de solidariedade, prescritos nos textos constitucionais hodiernos, e que constituem a terceira geração dos direitos fundamentais.

Conforme mencionado, diante das graves consequências resultantes da Segunda Guerra Mundial, o humanismo e a universalidade deram os tons desta nova geração de Direitos Fundamentais, passando a ser o principal destinatário destes direitos o gênero humano.

Desta forma, as Gerações de Direitos Fundamentais mencionadas são essenciais para a compreensão do presente artigo, uma vez o foco principal do mesmo é a análise do Direito à Saúde em contrapartida ao papel exercido pelo Estado.

2.1 DIREITOS SOCIAIS

Tema da Segunda Geração de Direitos Fundamentais, os Direitos Sociais, Culturais e Econômicos correspondem aos direitos de igualdade.

Os Direitos Sociais, à luz dos ensinamentos de Alexandre de Moraes⁹:

São direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direitos, tendo por finalidade a melhoria de condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização de igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado democrático, pelo artigo 1º, IV da Constituição Federal.

Assim, passou a ser papel do Estado a garantia de direitos como a saúde, educação, alimentação, entre outros, tendo como objetivo a melhoria das condições de vida da população.

A Constituição Federal Brasileira¹⁰ de 1988 aduz em seu artigo 6º, que:

⁸ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 526.

⁹ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 203.

¹⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucao/constitucaocompilado.htm>. Acesso em: 10 de ago. 2017.

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

Deste modo, os Direitos em questão têm como propósito a minoração das desigualdades sociais existentes, tornando-os direitos à todas as classes sociais e obrigação do Estado em garantir, direta ou indiretamente, a sua máxima efetivação, buscando a igualização da população, ocorrendo a “adoção de critérios distributivos de recursos”¹¹.

No entanto, é importante ressaltar que o rol presente no artigo 6º da Constituição Federal é genérico, e não exaustivo. A Constituição de 1988 reserva especial tratamento aos direitos sociais, em capítulos específicos.

2.2 DIREITO À SAÚDE

Conforme já exposto, o artigo 6º da Constituição Federal vigente traz em seu rol exemplificativo a saúde como Direito Social, o classificando como Direito Fundamental.

De acordo com Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrana Nunes Júnior¹²: “Na verdade, o direito à saúde constitui um desdobramento do próprio direito à vida. Logo, por evidente, não poderia deixar de ser considerado como um direito fundamental do indivíduo”.

Desta forma, é possível concluir que o Direito à Saúde merece atenção especial do Estado, passando a ser papel deste a garantia do mencionado Direito.

Neste sentido, os artigos 196 e 197 da Constituição Federal de 1988¹³ positivam que:

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.

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

¹¹ MENDES. Gilmar Ferreira; BRANCO. Paulo Gustavo Gonet. 2014 .p. 774.

¹² ARAÚJO, Luiz Alberto David. **Curso de Direito Constitucional**. 20. ed. São Paulo: Editora Verbatin, 2016. p. 584.

¹³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucao/constitucaocompilado.htm>. Acesso em: 10 de ago. 2017.

Desta forma, resta evidente que o Direito à Saúde é universal e igualitário, cabendo ao Poder Público a sua regulamentação, fiscalização e controle, nos termos dispostos nos artigos transcritos acima.

Marcelo Novelino¹⁴ afirma que:

Por ser indissociável do direito à vida e da dignidade da pessoa humana, o direito à saúde possui um caráter de fundamentalidade que o inclui, não apenas dentre os direitos fundamentais sociais (CF, art. 6.º), mas também no seletivo grupo de direitos que compõem o mínimo existencial.

Assim, conforme abordado no trecho transcrito acima, o Direito à Saúde é essencial para a efetivação do Direito à Vida e para a Dignidade da Pessoa Humana, fazendo parte dos Direitos que compõem o chamado Mínimo Existencial.

É importante salientar ser um dever fundamental do Estado fornecer todos os subsídios necessários para um acesso igualitário e universal aos serviços de Políticas Públicas, concretizando a aplicação do Princípio Constitucional da Isonomia.

Deste modo, Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco¹⁵ salientam que:

A garantia mediante políticas sociais e econômicas ressalva, justamente, a necessidade de formulação de políticas públicas que concretizem o direito à saúde por meio de escolhas alocativas. É incontestável que, além da necessidade de se distribuírem recursos naturalmente escassos por meio de critérios distributivos, a própria evolução da medicina impõe um viés programático ao direito à saúde, pois sempre haverá uma nova descoberta, um novo exame, um novo prognóstico ou procedimento cirúrgico, uma nova doença ou a volta de uma doença supostamente erradicada.

É indiscutível a importância que o Estado detém de manter atualizada a prestação das políticas sociais, uma vez que as mesmas devem acompanhar as evoluções sociais e, conseqüentemente, o surgimento de novas necessidades. Desta forma, as Políticas têm por objetivo diminuir o risco de enfermidades, efetivando a necessidade e importância do caráter preventivo do Estado.

No que tange ao acesso igualitário e universal à saúde, é possível citar a implantação dos medicamentos genéricos no Brasil. Durante a década de 90, em 10/02/1999 foi aprovada a Lei 9.787, criando as condições para a implantação de medicamentos genéricos, em

¹⁴ NOVELINO, Marcelo. **Manual de Direito Constitucional**. Vol. Único. 9. edição. Método, 2014. E-book.

¹⁵ MENDES. Gilmar Ferreira; BRANCO. Paulo Gustavo Gonet. 2014. p. 789.

conformidade com as normas adotadas pela Organização Mundial da Saúde (OMS), Países da Europa, Estados Unidos da América e Canadá¹⁶.

A Lei 9.787/1999¹⁷ conceitua medicamento genérico como:

Medicamento similar a um produto de referência ou inovador, que se pretende ser com este intercambiável, geralmente produzido após a expiração ou renúncia da proteção patentária ou de outros direitos de exclusividade, comprovada a sua eficácia, segurança e qualidade, e designado pela DCB ou, na sua ausência, pela DCI;

No Brasil, os primeiros medicamentos a terem suas patentes quebradas foram os medicamentos para a HIV (vírus da imunodeficiência humana), tendo em vista a gravidade da doença e o alto índice de contaminados.

Fábio Ulhôa Coelho¹⁸ relata que:

Os bens industriais patenteáveis são a invenção e o modelo de utilidade. Não basta, contudo, que o inventor ou o criador do modelo tenha conseguido, em suas pesquisas científicas ou tecnológicas, um resultado original, para que tenha direito à patente. A lei (Lei 9.279/1996) estabelece diversas condições para a concessão do direito industrial, às quais se refere, neste caso, pelo neologismo “patenteabilidade”. São as seguintes: a) novidade; b) atividade inventiva; c) industriabilidade; d) desimpedimento. As mesmas condições são exigíveis da invenção e do modelo de utilidade, mas, por razões de ordem exclusivamente didáticas, com vistas a facilitar a exposição do tema, será feita referência somente à primeira.

Em síntese, a patente tem como principal objetivo a proteção da invenção e do modelo de utilidade, assegurando os direitos do inventor sobre a sua criação.

As patentes de invenção possuem duração de 20 (vinte anos) e a duração das de modelos de utilidade 15 (quinze anos), decorrido este prazo a patente passa a ser denominada de domínio público, o que permite que qualquer pessoa possa explorar o objeto e o inventor ou o titular nada poderá fazer em relação a isso¹⁹.

É importante ressaltar que a patente garante a exclusividade de produção de do produto protegido, no entanto esta exclusividade pode tornar o produto escasso e resultar na elevação de seu preço, o que afeta diretamente a população consumidora.

¹⁶ BRASIL. **Medicamentos Genéricos**. Disponível em: <<http://portal.anvisa.gov.br/genericos>>. Acesso em: 19 de ago. 2017.

¹⁷Id. **Lei nº 9.787/1999**. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9787.htm>. Acesso em: 18 de ago. 2017

¹⁸ COELHO. Fábio Ulhôa. **Curso de Direito Comercial**. vol. 1. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. E-book. p. 179 e 180.

¹⁹ Ibid. 2012. p. 204

A Lei Federal nº 9.279/1996²⁰, em seu artigo 71, prevê o licenciamento compulsório nos casos de emergência nacional ou interesse público, declarados em ato do Poder Executivo Federal, desde que o titular da Patente ou seu Licenciado não atenda a essa necessidade, poderá ser concedida, de ofício, licença compulsória, temporária e não exclusiva, para a exploração da patente, sem prejuízo dos direitos do respectivo titular. A Lei também previa que o ato de concessão da licença estabelecerá seu prazo de vigência e a possibilidade de prorrogação.

Posteriormente, houve a promulgação do Decreto nº 6.108 de 4 de maio de 2007²¹, o qual prevê a concessão, de ofício, de licenciamento compulsório por interesse público das patentes nos 1100250-6 e 9608839-7, nos seguintes termos:

Art. 1º [...]

§ 1º O licenciamento compulsório previsto no **caput** é concedido sem exclusividade e para fins de uso público não-comercial, no âmbito do Programa Nacional de DST/Aids, nos termos da Lei nº 9.313, de 13 de novembro de 1996, tendo como prazo de vigência cinco anos, podendo ser prorrogado por até igual período. (Prorrogação de prazo)

§ 2º O licenciamento compulsório previsto no **caput** extingui-se-á mediante ato do Ministro de Estado da Saúde, se cessarem as circunstâncias de interesse público que o determinaram.

O referido Decreto menciona também a remuneração do titular das patentes supracitadas, bem como as normas para a liberação:

Art. 2º A remuneração do titular das patentes de que trata o art. 1º é fixada em um inteiro e cinco décimos por cento sobre o custo do medicamento produzido e acabado pelo Ministério da Saúde ou o preço do medicamento que lhe for entregue.

Art. 3º O titular das patentes licenciadas no art. 1º está obrigado a disponibilizar ao Ministério da Saúde todas as informações necessárias e suficientes à efetiva reprodução dos objetos protegidos, devendo a União assegurar a proteção cabível dessas informações contra a concorrência desleal e práticas comerciais desonestas.

Parágrafo único. Aplica-se o disposto no art. 24 e no Título I, Capítulo VI, da Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996, no caso de descumprimento da obrigação prevista no **caput**.

²⁰ BRASIL. **Lei nº 9.279/1996**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9279.htm>. Acesso em: 19 de ago. 2017

²¹ BRASIL. **Decreto Lei nº 6.108/2007**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6108.htm>. Acesso em: 21 de ago. 2017

Ocorre que este fato resultou no descontentamento das indústrias farmacêuticas no que tange à proteção intelectual da composição dos medicamentos, uma vez que o impacto no faturamento destas indústrias é monstruoso, o que resulta, na grande maioria das vezes, na ausência de interesse das mesmas em abrirem filiais no País ou de fabricarem determinados medicamentos.

No entanto, é de suma importância destacar que o Estado possui dificuldades na implantação e manutenção desse direito social de forma efetiva, uma vez que para que isso ocorra devidamente é necessário um grande giro de orçamentos dos entes federativos.

Deste modo, Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco afirmam que “o problema não é de inexistência, mas de execução (administrativa) das políticas públicas pelos entes federados”²², enfatizando o verdadeiro empecilho ao Direito à Saúde.

Conforme relatado, a Constituição Federal traz o Direito à Saúde em seu rol exemplificativo, assim é importante ressaltar que ele é detalhadamente positivado e regulamentado pela Lei nº 8.080/1990, regulando, em todo o território nacional, as ações e serviços da saúde, executados isolada ou conjuntamente, em caráter permanente ou eventual, por pessoas naturais ou jurídicas de Direito Público ou Privado, nos termos do artigo 1º da mesma.

A referida Lei²³, em seu artigo 2º expõe que:

Art. 2º A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

§ 1º O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

§ 2º O dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade.

Assim, conforme exposto acima enfatiza o positivado pela Constituição Federal, assegurando à população o Direito Fundamental à Saúde, colocando mais uma vez o Estado como responsável pela sua garantia, consistindo na formulação e execução de programas e políticas que tenham por objetivo a redução de doenças ou outras epidemias que coloquem em risco a saúde coletiva.

O Sistema Único de Saúde (SUS) é a efetivação do papel do Estado quanto à proteção e acesso ao Direito à Saúde, sendo previsto e regulamentado pela Lei nº 8.080/1990.

²² MENDES. Gilmar Ferreira; BRANCO. Paulo Gustavo Gonet. 2014. p. 790.

²³ BRASIL. Lei nº 8.080/1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm>. Acesso em: 20 de ago. 2017.

O Sistema Único de Saúde é o conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações federais mantidas pelo Poder Público, estando incluídas as instituições públicas federais, estaduais e municipais de controle de qualidade, pesquisa e produção de insumos, medicamentos, inclusive de sangue e hemoderivados, e de equipamentos para a saúde, conforme expresso no artigo 4^a da Lei supracitada.

É importante destacar que a iniciativa privada pode participar do Sistema Único de Saúde, mas somente em caráter complementar, apresentando-se como caráter principal a iniciativa pública.

O Sistema Único de Saúde observa, além das diretrizes previstas no artigo 198 da Constituição Federal, os princípios previstos no artigo 7^o da Lei 8.080/1990²⁴, sendo estes:

Art. 7^o As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios:

I - universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência;

II - integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema;

III - preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral;

IV - igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie;

V - direito à informação, às pessoas assistidas, sobre sua saúde;

VI - divulgação de informações quanto ao potencial dos serviços de saúde e a sua utilização pelo usuário;

VII - utilização da epidemiologia para o estabelecimento de prioridades, a alocação de recursos e a orientação programática;

VIII - participação da comunidade;

IX - descentralização político-administrativa, com direção única em cada esfera de governo:

a) ênfase na descentralização dos serviços para os municípios;

b) regionalização e hierarquização da rede de serviços de saúde;

²⁴ BRASIL. Lei nº 8.080/1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm>. Acesso em: 20 de ago. 2017.

X - integração em nível executivo das ações de saúde, meio ambiente e saneamento básico;

XI - conjugação dos recursos financeiros, tecnológicos, materiais e humanos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios na prestação de serviços de assistência à saúde da população;

XII - capacidade de resolução dos serviços em todos os níveis de assistência; e

XIII - organização dos serviços públicos de modo a evitar duplicidade de meios para fins idênticos.

XIV - organização de atendimento público específico e especializado para mulheres e vítimas de violência doméstica em geral, que garanta, entre outros, atendimento, acompanhamento psicológico e cirurgias plásticas reparadoras, em conformidade com a Lei nº 12.845, de 1º de agosto de 2013. (Redação dada pela Lei nº 13.427, de 2017)

É possível notar nos princípios transcritos acima a positivação de Direitos e Princípios Fundamentais resultantes das Gerações de Direitos Fundamentais já abordadas, e existentes na Constituição Federal de 1988.

A Lei 8.080/1990 também estabelece que os medicamentos ou produtos devem passar por uma avaliação quanto à sua eficácia, segurança, efetividade e custo-efetividade visando a proteção da população que vier a ser afetada pelo consumo destes.

Assim, a Constituição Federal de 1988 apenas cita o Direito à Saúde de forma exemplificativa, deixando para a Lei 8.080/1990 regulamentá-lo de forma mais aprofundada e detalhada.

3 CONCLUSÃO

Os Direitos Fundamentais são essenciais para a efetivação da dignidade da pessoa humana, apresentando-se como o resultado do avanço constitucional e social ocorrido ao decorrer as décadas.

A Segunda Dimensão de Direitos Fundamentais traz como tema os Direitos Sociais, Culturais e Econômicos, bem como os Direitos Coletivos correspondem aos direitos de igualdade. Assim, o Estado passou a exercer o papel de garantidor de direitos como a saúde, educação, alimentação, entre outros.

A Constituição Federal de 1988 vincula ao Estado o dever de garantir medidas políticas sociais e econômicas que objetivem a redução do risco de enfermidade e de outros agravos,

bem como ao acesso universal e igualitário aos serviços e ações para a sua promoção, proteção e recuperação, apresentando como elementos essenciais para uma existência digna da população.

Uma grande forma de propiciar a população o acesso universal ao supracitado Direito foi a quebra das patentes dos medicamentos realizada na década de 90, momento em que houve a implantação dos medicamentos genéricos no Brasil.

A Lei nº 8.080/90 regulamenta de forma mais detalhada todos os serviços que devem ser prestados pelo ente público, bem como a responsabilidade de cada um. Esta lei também determina que os medicamentos ou produtos devem passar por uma avaliação para averiguar a sua eficiência, segurança, efetividade e custo-efetividade, objetivando a proteção da população que será afetada por eles.

Pelo exposto, resta evidente que o Direito à Saúde é universal e igualitário, cabendo ao Poder Público a sua regulamentação, fiscalização e controle, fornecendo à população todos os subsídios necessários para a efetivação do mesmo, nos moldes mencionados neste artigo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David. *Curso de Direito Constitucional*. 20. ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2016

BRASIL. *Aumentam os gastos públicos com judicialização da saúde*. Disponível em: <<http://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/aumentam-os-gastos-publicos-com-judicializacao-da-saude.htm>>. Acesso em: 19 de out. 2017

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 de ago. 2017

_____. *Decreto Lei nº 6.108/2007*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6108.htm>. Acesso em: 21 de ago. 2017

_____. *Lei nº 8.080/1990*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm>. Acesso em: 20 de ago. 2017

_____. *Lei nº 9.279/1996*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9279.htm>. Acesso em: 19 de ago. 2017

_____. *Lei nº 9.787/1999*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9787.htm>. Acesso em: 18 de ago. 2017

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

COELHO, Fábio Ulhôa. *Curso de Direito Comercial*. vol. 1. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. E-book

MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. 6. ed. Atlas, 2016. E-book

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014

NOVELINO, Marcelo. **Manual de Direito Constitucional**. Vol. Único. 9. edição. Método, 2014. E-book

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 36. ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2012

A POLÊMICA SOBRE O IPTU COM OS VALORES DO LOTE ORIGINÁRIO

José Roberto Reale

Procurador do Município de Londrina, lotado no Setor de Ações em Massa da Justiça do Trabalho - SAMJT. Especialista em Metodologia de Ensino Superior pela Universidade Norte do Paraná – UNOPAR. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Londrina - UEL

Paulo Nobuo Tsuchiya

Procurador do Município de Londrina, lotado no Setor de Ações em Massa da Justiça do Trabalho - SAMJT. Especialista pela Escola da Magistratura do Paraná - EMAP. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Londrina - UEL

Quando da edição da lei que previu a planta genérica de valores, os lotes, individualizados, sequer existiam juridicamente.

Muitos contribuintes, de forma equivocada, induzidos a erro por seus advogados, pleiteavam em milhares de ações contra a Fazenda Pública Municipal, que fosse aplicado aos imóveis deles o mesmo valor atribuído ao m² do lote originário (que não mais existe!). Tal pleito não comporta acolhimento, pois **juridicamente impossível**.

Ora, como se aplicar a um novο imóvel, um valor genérico, arbitrado há mais de uma década, para o lote mãe (hoje inexistente). Não se tem mais aquele parâmetro da lei de 2001, e foi justamente por isso que foi arbitrado, mediante a confecção de um **laudo de avaliação individualizado**, um valor ao m² do NOVO LOTE, condizente com o ATUAL valor venal do bem imóvel, base de cálculo do IPTU.

Ressalte-se que esse valor do IPTU, elaborado através de uma Pauta de Valores fica bem abaixo do chamado valor de mercado.

Assim, a tese autoral da ilegalidade do lançamento é afrontosa, pois o art. 33 do CTN versa que a **base de cálculo do imposto é o valor venal do bem**.

Em síntese, descoberto o valor venal do bem, extrai-se a base de cálculo para o lançamento do imposto. A sistemática é simples. Respeitado está o princípio da legalidade, insculpido no art. 150, I da CF. Veja, Excelência, não se está aumentando o valor de tributo sem lei que o estabeleça, pelo contrário, apurou-se, mediante laudo individualizado, o valor venal do lote, não se aumentou valor algum, pois o lote NÃO EXISTIA.

Inexiste a possibilidade jurídica de se aplicar ao NOVO lote, o valor original hoje inexistente.

Não se tem mais o parâmetro originário, com o valor do m² de “lote mãe”, que inexistente mais a partir do desmembramento em vários outros lotes novos.

Impossível, dessarte, a aplicação do valor constante em Planta Genérica para lote que não guarda nenhuma correspondência com lote hoje inexistente.

Em Londrina, por exemplo, vários novos bairros surgiram, basta ver a chamada Gleba Palhano, a região dos Condôminos Fechados, que não existiam na totalidade como é hoje.

A utilização da chamada PAUTA DE VALORES não traz nenhuma violação ao princípio da estrita legalidade, já que não criam tributo e não o elevam, eis que todos os elementos definidores do IPTU, constantes na Lei da Planta Genérica de Valores.

Em síntese, descoberto o valor venal do bem, extrai-se a base de cálculo para o lançamento do imposto. A sistemática é simples. Respeitado está o princípio da legalidade, inculcado no art. 150, I da CF.

A chamada Pauta de Valores em nenhum momento eleva o valor de tributo, o que só pode ser modificado através de Lei.

Através da Pauta de Valores, apura-se mediante laudo individualizado, o valor venal do lote, não se aumentou valor algum, pois o lote NÃO EXISTIA.

Percebe-se então, que não se trata de majoração de tributo, mas de seu lançamento em conformidade com a existência jurídica dos lotes, que, incontroversamente, segundo a inicial, somente vieram a possuir existência própria e individualizada após o desmembramento realizado pelos interessados, o que ocorreu em Londrina, após, a edição da Lei Municipal 8.672/2001, que instituía a Planta Genérica de Valores, vigente até setembro de 2017, quando foi instituída nova Planta pela Lei nº 12.575, de 29 de setembro de 2017.

Nessa situação assim, como ao tempo da Lei que institui a Planta de Valores, os imóveis simplesmente não existiam – e, portanto, não poderiam ser imaginados pelo legislador local – o que houve foi a atribuição de valor venal através de avaliação expressa em avaliação, formulada por servidores fiscais, não para os imóveis a que se referem os requerentes, mas sim para aquele lote resultante de subdivisão do lote originário.

No momento em que o novo lote é registrado no Cartório do Registro Imobiliário competente, conforme projeto aprovado pelo Município e executado pelo requerente, não há mais que se

falar no lote originário. Aquele previsto na Planta Genérica de Valores, foi substituído por outros. Fala-se agora de novo imóvel com matrícula nova e independente.

Tais imóveis são legalmente e fisicamente diferentes daquele de que se originaram, pois possuem novas matrículas, novas confrontações, novas metragens, aparelhamentos urbanos (ruas, praças, escoamento pluvial, rede elétrica etc., inclusive com novo endereço) e se colocam disponíveis à transmissão, autonomamente para que sejam registrados em nome de novos proprietários, sem qualquer vínculo com o lote de que se originaram.

Dispõe a Lei de Registros Públicos:

Art. 176. O Livro nº 2 - Registro Geral - será destinado, à matrícula dos imóveis e ao registro ou averbação dos atos relacionados no art. 167 e não atribuídos ao Livro nº 3.

§ 1º A escrituração do Livro nº 2 obedecerá às seguintes normas:

I - Cada imóvel terá matrícula própria, que será aberta por ocasião do primeiro registro a ser feito na vigência desta Lei;

Diante disso, os imóveis novos, não estão obviamente previstos na Planta Genérica de Valores), pois, passaram a existir posteriormente a ela, decorrendo disso, que após a criação da matrícula individualizada no Cartório do Registro Imobiliário, passaram a existir legalmente e também entraram autonomamente no campo de incidência do Imposto Predial e Territorial Urbano, demandando uma primeira avaliação para que, uma vez fixado o valor venal, que é a base de cálculo do tributo, pudessem ter seus lançamentos efetuados.

É de observar que os valores constantes na avaliação municipal não fazem qualquer referência ao lote originário. Ela trata de cada um dos imóveis integrantes do loteamento e atribui valores por metro quadrado a cada um deles, variando de acordo com as quadras nas quais se localizam.

Incorreto, a posição de muitos advogados, portanto, falar-se em majoração.

Como o lote originário não mais existe e por isso mesmo não foi avaliado, nem tão pouco possui lançamento de Imposto Predial e Territorial Urbano.

Ademais, a lei municipal é bem clara, determinando a avaliação dos novos imóveis que entrarem no campo de incidência do Imposto Predial e Territorial Urbano:

Lei nº 7.303/97 (Código Tributário do Município).

Art. 171. A inscrição no Cadastro Imobiliário é obrigatória e far-se-á a pedido ou de ofício, devendo ser instruída com os elementos necessários para o lançamento do Imposto Predial e Territorial Urbano, tendo sempre como titular o proprietário ou possuidor a qualquer título.

Parágrafo único. A cada unidade imobiliária autônoma caberá uma inscrição.

Art. 176. O valor dos imóveis será apurado com base nos dados fornecidos pelo Cadastro Imobiliário levando em conta, a critério da repartição, os seguintes elementos:

I - No caso de terrenos:

- a) o valor declarado pelo contribuinte;
- b) o índice médio de valorização correspondente à região em que esteja situado o imóvel;
- c) os preços dos terrenos nas últimas transações de compra e venda;
- d) a forma, as dimensões, os acidentes naturais e outras características do terreno;
- e) existência de equipamentos urbanos tais como água, esgoto, pavimentação, iluminação, limpeza pública e outros melhoramentos implantados pelo Poder Público;
- f) quaisquer outros dados informativos obtidos pela Administração e que possam ser tecnicamente admitidos.

(...)

§ 5º Os critérios previstos nos incisos I e II serão utilizados para apurar o valor venal dos imóveis não previstos na Planta Genérica de Valores à época do lançamento do tributo.

Inexiste qualquer lesão aos Princípios Constitucionais Tributários, uma vez que os lançamentos tributários na forma prevista pelo ordenamento jurídico nacional e municipal.

Vê-se, portanto, que o lançamento e sua notificação são regulares.

A elaboração da pauta de valores é realizada, no Município de Londrina, por meio de Decreto do Chefe do Executivo com expressa autorização em lei para tanto, sendo que tal regulamentação que edita a Planta Genérica de Valores não está adstrita aos princípios da anterioridade e da reserva legal, para o caso sendo atendidos os preceitos legais relativos à fixação da base de cálculo do IPTU.

Neste caso, não se pode falar em majoração de imposto, mas sim em revisão dos lançamentos realizados pela modificação de sua fática (extinção do lote originário, e criação de novos

lotes), sendo que, em tais situações, o posicionamento pacífico do STJ a respeito do tema é diametralmente oposto àquele consignado na decisão agravada.

Na realidade, no caso em comento não se aplica o disposto na Súmula 160/STJ!

O entendimento sumulado pelo STJ diz respeito à atualização dos valores de lançamento do IPTU acima do índice de atualização monetária utilizado pela Fazenda Pública (IPCA, no caso Municipal) sem lei que o defina. Neste caso, haveria incremento na base de cálculo do imposto sem lei anterior, o que por certo é vedado constitucionalmente.

Mas essa não é a hipótese tratada, em que a planta genérica de valores, que foi instituída por Decreto do Prefeito, não sofreu qualquer alteração, inexistindo, portanto, majoração da base de cálculo, apenas sua atualização.

Quando houver apenas a aplicação da correção monetária no período, nada obsta a possibilidade de que seja feita a atualização monetária do valor venal do imóvel por decreto. Desse modo, devem ser utilizados como base de cálculo do tributo os valores venais apurados pelo Município à época do lançamento.

O Decreto que edita a Planta Genérica de Valores não está adstrito aos princípios da anterioridade e da reserva legal, para o caso sendo atendidos os preceitos legais relativos à fixação da base de cálculo do IPTU. Nesse sentido:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE. IPTU REFERENTE AOS EXERCÍCIOS DE 1998 E 1999. CURITIBA. LEI 6.202/80 (COM ALTERAÇÃO DA LEI 7.832/91). (...). ATUALIZAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO MEDIANTE PORTARIA (PLANTA GENÉRICA DE VALORES). AUSÊNCIA DE TRANSGRESSÃO AOS PRINCÍPIOS DA ANTERIORIDADE E RESERVA LEGAL. (...) (TJPR - 2ª C.Cível - ACR 0385069-9 - Foro Central da Região Metropolitana de Curitiba - Rel.: Juiz Conv. Pericles Bellusci de Batista Pereira - Unanime - J. 15.05.2007) – grifo nosso.

TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS à EXECUÇÃO FISCAL. IPTU. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE NÃO CONFIGURADA. CÁLCULO DO IPTU. PLANTA GENÉRICA DE VALORES. INEXISTÊNCIA DE AFRONTA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. LEI MUNICIPAL Nº 8353/1999 DO MUNICÍPIO DE CURITIBA. ISENÇÃO FISCAL. CARÁTER CONDICIONAL. NECESSIDADE DE REQUERIMENTO E PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS PREVISTOS EM LEI.

Recurso não provido.

(TJPR - 1ª C.Cível - AC 0636763-7 - Foro Central da Região Metropolitana de Curitiba - Rel.: Des. Ruy Cunha Sobrinho - Unânime - J. 27.04. 2010).

Vê-se, portanto, que havendo a prévia previsão legal determinando que os lançamentos sejam realizados, enquanto não procedida a fiscalização in loco dos imóveis, com arrimo na denominada Planta Genérica de Valores, sendo que para os casos em que os imóveis sejam criados ou incorporados à urbe posteriormente à lei que instituiu tal forma de lançamento por estimativa, não há qualquer ilegalidade na atualização de seu valor.

É fato incontroverso que com a criação dos novos lotes que houve a repartição do terreno original em diversos lotes individualizados, cuja aprovação necessita de inspeção técnica que tem o condão de indicar a alteração no valor venal do imóvel.

Necessário ressaltar que se trata de fixação da base de cálculo para o IPTU do novo imóvel não previsto na Planta Genérica de Valores e não majoração do valor venal do antigo terreno.

A controvérsia alegada pelos advogados nos vários processos tramitando nas Varas de Fazenda Pública, cinge-se na necessidade de elaboração de lei para estabelecer o valor venal para base de cálculo deste novo imóvel individualizado.

Da leitura do Código Tributário Municipal de Londrina tem-se que:

“Art. 173 A base de cálculo do imposto é o valor venal do imóvel.

Art. 176 O valor dos imóveis será apurado com base nos dados fornecidos pelo Cadastro Imobiliário, levando

em conta, a critério da repartição, os seguintes elementos:

I - no caso de terrenos:

f) quaisquer outros dados informativos obtidos pela Administração e que possam ser tecnicamente admitidos.

§ 5º Os critérios previstos nos incisos I e II serão utilizados para apurar o valor venal dos imóveis não previstos na Planta Genérica de Valores à época do lançamento do tributo”.

Ora, do ponto de vista do Cadastro Imobiliário Municipal, de cunho estritamente tributário (art. 94, I, da Lei Municipal n. 7.303-97, o Código Tributário Municipal - CTM¹), *a efetiva existência dos novos imóveis, agora de ciência da autoridade fazendária municipal, gera efeitos e deve ser observada.*

Com efeito, prevê o art. 171, do CTM:

Art. 171. A inscrição no Cadastro Imobiliário é obrigatória e far-se-á a pedido ou de ofício, devendo ser instruída com os elementos necessários para o

¹ “Art. 94. O cadastro fiscal da Prefeitura é composto:

I - do cadastro das propriedades imobiliárias, nos termos desta Lei; [...]”

lançamento do Imposto Predial e Territorial Urbano, tendo sempre como titular o proprietário ou possuidor a qualquer título.

Parágrafo único. A cada unidade imobiliária autônoma caberá uma inscrição.

Desta forma, existe na legislação municipal a previsão acerca do estabelecimento da base de cálculo de novo imóvel, razão pela qual, em se tratando de novo registro de imóvel, inexistem as ilegalidades indicadas nos milhares de ações interpostas.

A premissa básica é que a obrigação tributária nasce no exato momento da ocorrência do fato gerador e no caso dos lotes novos, com a aprovação pelo Município de novos loteamentos, surge a obrigação de se pagar o IPTU de forma individual para cada lote, já que o lançamento é feito lote por lote.

A definição do valor a ser cobrada é feita pelo lançamento, com base na Planta Genérica de Valores e no caso dos Lotes Novos, por Decreto, através das chamadas Pauta de Valores.

O Código Tributário Nacional O CTN fala sobre o lançamento no artigo 142 e o conceitua como:

- Um procedimento administrativo; tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação;
- Determinar a matéria tributável (base de cálculo);
- Calcular o montante do tributo devido;
- Identificar o sujeito passivo.

Esse ato, do lançamento é privativo da Autoridade Administrativa, que em razão do desmembramento dos lotes, é obrigado a se valer da Pauta de Valores, elaborada de forma técnica pelos agentes fazendários, especialistas nessa área.

É dever da autoridade efetuar o lançamento, sob pena de improbidade administrativa e renúncia de receita, o que causa inúmeros prejuízos aos cofres públicos.

Desse modo, a chamada Pauta de valores é o valor referencial definido pela Secretaria da Fazenda mediante rigorosa avaliação técnica para ser utilizado como base de cálculo nas situações previstas na legislação tributária.

Tem por fundamento o princípio da praticidade e, por objetivo, orientação e controle fiscal.

Com efeito, o reajuste do valor venal dos imóveis para fim de cálculo do IPTU não dispensa a edição de lei, a não ser no caso de correção monetária.

Muitas vezes com formato atual das leis que regulamentam a cobrança do IPTU, engessa o município, que fica à mercê da câmara municipal, que por populismo ou animosidade, muitas vezes mantém o imposto defasado.

Com a Constituição de 1988, os Municípios tiveram pouca participação no bolo tributário, basicamente vivendo do IPTU, ISS e ITBI, além dos repasses legais, ficando como podemos observar em muitos lugares em situação de penúria.

Com a chamada Pauta de Valores o agente fazendário faz nada mais nada menos que avaliar individualmente o imóvel (não previsto na lei da planta genérica de valores à época de sua promulgação), chegando ao valor venal do imóvel, base calculada da exação, haja vista que a criação do imóvel (por sua subdivisão) deu-se em momento posterior à edição da lei local onde se previu a planta geral de valores de IPTU, seria realmente um contrassenso jurídico imaginar-se que naquela norma legal haveria a previsão do valor venal de imóvel que sequer existia ao tempo da edição da lei!

Assim, a atuação da Fazenda Municipal é para verificar, individualmente, qual o valor venal do imóvel em questão, para fins de lançamento de IPTU, o que de modo algum é vedado (muito ao contrário, seria, num mundo ideal, o procedimento a ser adotado em todos os lançamentos, o que entretanto é fisicamente impossível em cidades de considerável porte, o que importa na edição de leis com uma ficção [previsão] do valor venal por áreas, a chamada “planta geral de valores”), e muito menos importa em modificação na sua base de cálculo por ato infralegal!

Em primeiro lugar, deve-se colacionar que uma das formas de se lançar o IPTU é a partir de PLANTA GENÉRICA DE VALORES. A tese é antiga e foi endossada pelos Tribunais Superiores. Em suma, pela Planta Genérica, apura-se um valor estimado dos lotes para a incidência de alíquota aplicável.

No caso de Londrina, a lei da Planta Genérica previu os valores, repise-se, estimados, com o fim de agilizar e simplificar os lançamentos tributários, mormente nos lotes não edificados. No caso em tela, a parte autoral reputa que houve um “salto” no valor da base venal do imóvel sem previsão legal. Contudo, nada mais equivocado.

Conclui-se: existia um lote sem melhorias que era tributado (no todo) por um valor previsto (de modo estimado, mas com procedimento com arrimo em lei.

Posteriormente, o lote foi desmembrado, dando origem a um condomínio, com todas as benfeitorias possíveis, tais como iluminação, água, pavimentação etc. Ora, evidente que o valor venal de cada lote, agora individualizado, com avaliação específica (conforme documentação de

prova anexa) será maior, pois o lançamento tributário foi efetivado NÃO POR ESTIMATIVA, mas por AVALIAÇÃO TÉCNICA DE ENGENHARIA, de forma individualizada, ou seja, de modo mais adstrito à lei tributária.

CONCLUSÃO

Posto isso, conclui-se que é perfeitamente legal o lançamento do IPTU em lotes novos, através da chamada pauta de valores.

Referências

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

BRASIL. Lei nº 5.172, DE 25 DE OUTUBRO DE 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios.

BRASIL. Lei nº 6015, de 31 de dezembro de 1973. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 1º jan. 1976. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16015.htm>. Acesso em 07 nov. 2014.

LONDRINA. Lei Municipal nº 7.303 de 30 de dezembro de 1997. Dispõe sobre o Código Tributário Municipal. Disponível em: <http://www.londrina.pr.gov.br>.

LONDRINA. Lei Municipal 8.672 de 22 de dezembro de 2001. Dispõe sobre a Planta de Valores de terrenos e preços básicos por metro quadrado de construção, para efeito de lançamento do imposto predial e territorial urbano do Município de Londrina Disponível em: <http://www.londrina.pr.gov.br>.

LONDRINA. Lei Municipal nº 12.575, de 29 de setembro de 2017 Dispõe sobre Planta de Valores de terrenos e preços básicos por metro quadrado de construção, para efeito de lançamento do Imposto Predial e Territorial Urbano do Município de Londrina. Disponível em: <http://www.londrina.pr.gov.br>.

LONDRINA. Lei Municipal nº 12.575, de 29 de setembro de 2017 dispõe sobre a nova Planta de Valores do Município de Londrina. Disponível em: <http://www.londrina.pr.gov.br>.

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO SOB A ÓTICA DAS ESCOLAS DO DIREITO E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Uliana Ferreira Lara do Espírito Santo

Advogada, Inventariante Judicial, Pós Graduada em Prática Criminal com ênfases: Direito Penal, Direito Processual Penal, Criminologia e Execuções Criminais, Perícias Criminais e Medicina Forense, pela Faculdade Arthur Thomas (LLM Master of Laws), Pós Graduanda em Perícia, Contabilidade e Auditoria pela Universidade do Norte do Paraná (UNOPAR), Graduada em Direito pela Faculdade Arthur Thomas.

RESUMO: Este estudo tem como objetivo descrever os crimes de perigo abstrato foram trazidos pelo legislador na ânsia de proteger os cidadãos brasileiros da forma mais eficaz possível, pela antecipação. Uma vez que o legislador puna atos que não chegam a lesar bens jurídicos que tanto a Lei protege, está agindo precocemente. Nesta situação, é necessário averiguar se é lícito condenar por atos que não prejudiquem direitos assegurados, assim se fazendo a inconstitucionalidade, já que o Estado escolheu por não punir atos anteriores ao cometimento do crime, ou se é possível a penalização de condutas que não deturpem direito alheio, mas que sua mera possibilidade lesiva já seja suficiente para caracterizar um delito. Das duas vertentes, a constitucionalidade ou não, devem ser verificadas sob a ótica das escolas do Direito, bem como sob os Princípios Constitucionais que estão fortemente vinculados ao Direito Penal, sendo o seu principal – o da ofensividade.

PALAVRAS-CHAVE: Crimes. Perigo Abstrato. Constitucionalidade. Ofensividade.

ABSTRACT: This study has as objective to describe the abstract danger crimes were brought by the legislator in eagerness to protect Brazilian citizens as effectively as possible, by anticipation. Once the legislator punishes acts that do not come to harm legal assets that so much the law protects, it is acting prematurely. In this situation, it is necessary to establish whether it is permissible to convict for acts that do not harm guaranteed rights, thus making it unconstitutional, since the state chose not to punish previous acts to the commission of the crime, or if it is possible the penalization of behaviors that do not misrepresent right oblivious, but its more damaging possibility is already enough to characterize an offense. Of the two strands, the constitutionality or not, should be checked from the standpoint of the schools of law, and under the Constitutional Principles which are strongly linked to criminal law, being its main - the offensiveness.

KEYWORDS: Crimes. Abstract Danger. Constitutionality. Offensiveness.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal Brasileira, constituição conhecida como “cidadã”, veio a trazer dispositivos legais fundamentais que protegessem a todos os bens jurídicos nela pautados, a fim de proporcionar não só segurança pública, mas também, a jurídica.

Além dos bens protegidos pela Constituição, estão os bens jurídicos também assegurados pela Legislação Penal, que estabeleceu condutas ilícitas, na Parte Especial de seu Código, bem como toda a classificação do tipo penal, e com isso, vê-se que, os crimes sempre são acompanhados de sujeito ativo e passivo, sendo sempre possível determinar a ofensividade de quem sofre o ato.

Na situação discutida, os crimes de perigo abstrato fogem dessa realidade porque não chegam a lesar bens jurídicos que estão pautados na Legislação, mesmo o Princípio Constitucional da Ofensividade que resguarda a necessidade de infligir outrem para a propositura da ação penal.

Necessário se faz conhecer do cenário desde o início, nas escolas do Direito, bem como, na base da Constituição no que tange à Premissas Fundamentais e Princípios norteadores.

2. CRIMES DE PERIGO ABSTRATO

São crimes que não exigem a lesão a um bem jurídico ou a colocação do bem tutelado em risco real. São tipos penais que descrevem apenas um comportamento, uma conduta, sem apontar um resultado específico como elemento expresso da ilicitude.

São condutas tipificadas em delitos de mera desobediência e sem vínculo imediato com bens jurídicos. É como se o Estado tivesse presumindo o resultado, punindo a conduta que pode chegar a um resultado lesivo, mas sem necessariamente chegar a tanto.

Nas sábias palavras de Nucci (2009, p. 180)

Os delitos de dano são os que se consumam com a efetiva lesão a um bem jurídico tutelado. Trata-se da ocorrência de um prejuízo efetivo e perceptível pelos sentidos humanos. Os crimes de perigo são os que se contentam, para a consumação, com a mera probabilidade de haver um dano. Os delitos de perigo dividem-se ainda em: a) perigo individual [...] b) perigo coletivo...

Um exemplo clássico dessa tipificação é o artigo 276 da Lei n. 9.503/1997 – Código de Trânsito Brasileiro –que apenas pressupõe a punibilidade no agente que se encontrar conduzindo

veículo automotor com quantidade de álcool no sangue, sequer pressupõe se haverá morte/lesões a outrem ou danos materiais, mas já pune a mera ameaça de acontecê-lo.

E mais, o artigo 28 da Lei de Drogas (n. 11.343/2006), que caracteriza crime portar e outros verbos de ação – drogas para consumo pessoal é considerado crime abstrato, pois não lesa ninguém além do próprio agente. Neste caso, um princípio que é por demais defendido nesta seara é o da auto lesividade, pois lesa o indivíduo que consome drogas, o que, como todos neste âmbito, pode levar a lesar outras pessoas.

Nesta perspectiva, Araújo Junior (2013, p.242)“Para parte da doutrina, o porte de drogas para uso próprio configura autolesão, que não pode ser punida diante dos princípios da alteridade penal e da ofensividade”. Ainda mais, diante de ser crime autolesivo, estaria o agente utilizando em ambiente privado, não podendo o Estado intervir-lhe na sua intimidade, ainda que querendo resguardar a saúde pública.

Adiante, tem-se o delito de associação criminosa (art. 288 do Código Penal), que diga-se, o mais abstrato possível, pois pune associar-se a outras pessoas com o intuito de cometer crimes, com a finalidade para o ilícito. Não precisa chegar a cometer, apenas ter esta finalidade. Então o legislador passa de finalista no Direito Penal e torna-se presumista, pois a teoria que se defende é a positivada em Lei é que não se pune atos anteriores ao crime, tais como atos preparatórios, apenas a tentativa ou consumação.

Por fim, mas não que seja o último, o crime do artigo 253 do Código Penal, considera-se crime de perigo abstrato, como bem descreveu Nucci (2013, p. 483) “trata-se de crime [...] de perigo comum abstrato (aquele que coloca um número indeterminado de pessoas em perigo, sendo presumido pelo legislador)”, aqui, neste tipo penal, o perigo nem sequer há a necessidade de causar dano, apenas a vontade de gerar um risco intolerável a terceiros, é suficiente para enquadrar o sujeito ativo.

E desta feita, tem-se o julgado do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

Explosivo – Armazenamento – Emprego – Ausência de autorização legal e regulamentar – Crime – Condenação – Confirmação – Recurso não provido. Se os Réus, com unidade de desígnios, armazenavam e empregavam material explosivo sem autorização regulamentar, não se há de falar em absolvição pela prática do delito de possuir, deter e empregar artefato explosivo sem autorização. (TJMG – AC 1.0621.00.002199 – 6/001 – 2ª C. Crim. – Rel. Des. José Antonino Baía Borges – j. 03.02.2005)

Diante do que se tem, há outros tantos crimes que ameaçam a lesão a bem tutelado pelo Estado, e esta é a discussão que segue entre doutrinadores, uma vez que, a própria Lei Penal prega a lesividade como princípio norteador da punibilidade da conduta, porém, o próprio Legislador trouxe a punibilidade para crimes que não afetam de fato um bem específico assegurado.

3. A CONSTITUCIONALIDADE

O lado plausível de se criar esta proteção excessiva do Estado é que antecipa o acontecimento de um delito, e neste exemplo, salva vidas. O legislador provavelmente enxergou a necessidade de se punir condutas que levassem ao cometimento de crimes, que são aqueles que a conduta ilícita em alguns casos, precede a ocorrência de um ilícito penal mais grave.

Portanto, visando resguardar ainda mais a vida, integridade física e a segurança pública, o legislador decidiu criar tipos penais que a mera ocorrência não lesa um bem juridicamente tutelado, porém é ainda assim punível porque pode levar a ameaça de um direito.

Segundo ensina Prado (2013, p. 44) “num sentido objetivista, Welzel considera o bem jurídico com um bem vital da comunidade ou indivíduo, que por sua significação social é protegido juridicamente”. E é destes bens abarcados e protegidos pela Lei Maior, pela característica vital destes, que o jurista se reportou, bem como a implícita autorização ao Estado de protegê-los, mesmo sem a necessidade de lesão direta.

Ainda que pareça frágil e sem sentido o legislador ter criado a norma penal que pune o “pode levar a cometer delito pior”, onde também criou a lei para punir condutas que de fato lesam bens jurídicos, não é por demais este cuidado com o cidadão brasileiro, pois se trata inclusive de norma preventiva, uma vez que prevê o cometimento de delito mais grave.

Não é comum encontrarmos normas preventivas, e é por mais essa razão que o Estado não tem estrutura suficiente para a reclusão dos indivíduos apenados, a norma repressiva tem tomado liderança no desenvolvimento constitucional de criação legislativa, tão bem condenando e aplicando pena que o sistema carcerário está beirando à falência.

Mas neste caso, os crimes de perigo abstrato podem ser tratados como norma penal preventiva, uma vez que, tendo cometido qualquer dos ilícitos elencados, e sendo a pessoa detida por força policial, pode-se ter evitado a ocorrência de crime de maior lesão.

4. ESCOLAS DO DIREITO

Antes de falar em inconstitucionalidade, pautado no princípio da lesividade, é preciso antes determinar a teoria penal em qual se baseia princípios constitucionais, para tanto necessário se faz recordar das escolas teóricas do Direito Penal, objetivando elencar os pontos positivos e negativos, desde os tempos remotos até os dias de hoje no Direito Penal brasileiro.

A Escola Positiva Italiana defendia que o indivíduo que cometia crimes já nascia com o status de criminoso, por suas características físicas e gene hereditário. No entendimento dos defensores dessa escola – Cesare Lombroso e Rafael Garófalo, crime seria uma doença, o médico Cesare Lombroso defende essa teoria na obra de sua autoria, publicada em 1876 - “O homem delinquente”.

A escola positiva francesa defendia que o indivíduo nascia propenso a cometer crimes, mas só cometeria caso fosse influenciado pelo meio em que vivia, sendo o principal expoente dessa ideia, Émile Durkheim e Alexandre Lacassagne. São teorias minimalistas, sob o enfoque sociológico.

A Teoria Ecológica da criminalidade - defendida pela Escola de Chicago, em principal William I. Thomas e Florian Znaniecki - pregava que o indivíduo cometia crime devido a sua marginalização urbana, a migração motivada pelas grandes indústrias seria a gênese da criminalidade nos guetos.

Por sua vez, a Teoria da Associação diferencial de Edwin H. Sutherland, sugere que o crime pode ocorrer em qualquer classe social, tem-se dessa forma o “crime dos guetos” e o “crime do colarinho branco”. Na visão da Teoria da Anomia, seriam o rompimento dos valores sociais e morais os responsáveis pelos crimes de ordem pública. Como por exemplo: o terrorismo.

O Abolicionismo defendido por Louk Hulsman prevê a extinção do direito penal por qualquer outro administrativo, questionando o fato punitivo já existente em crimes de menor grau. Prega por exemplo, que o usuário de drogas, não deve ser encarcerado, e sim, curado. Sugere um controle informal aos pequenos delitos através da família, igreja e a mídia. Os críticos dessa ideia temem o retorno à lei do Talião, “olho por olho, dente por dente”.

Contraopondo o abolicionismo tem-se a tese maximalista - Neorealismo de Esquerda - o poder coercitivo do Estado, deve ser elevado ao máximo. Com ramificações: Tolerância

Zero – todas as infrações, por menor que sejam, devem ter sanções rigorosas; três infrações de pequeno porte acarretam em uma sanção mais grave e finalmente Teoria do Direito Penal do Inimigo.

A teoria do doutrinador alemão “Günter Jakobs”, chamada como “Direito Penal do Inimigo” preconiza que os inimigos perdem o direito às garantias legais, sempre que não se mostrarem capazes de adaptar-se às regras da sociedade, deve ser afastado, ficando sob a tutela do Estado, perdendo o status de cidadão.

Diante de vasta gama de teorias surge o minimalismo defendido por Luigi Ferrajoli, o sistema Garantista. Tal expressão é nova no mundo jurídico. A expressão garantismo é nova no mundo jurídico. Ela foi introduzida na Itália, no âmbito penal (TRINDADE, 2013). Conforme ensina o mesmo autor:

Todavia, acredito que possa ser estendida a todo o sistema de garantias dos direitos fundamentais. “Nesse sentido, o garantismo é sinônimo de Estado Constitucional de Direito”. Na verdade, tal expressão vem publicada, em 1970, no Grande Dizionario della Lingua Italiana, de Salvatore Battaglia, em que são apresentados os seguintes significados, que entre eles se relacionam: 1) Característica própria das mais evoluídas constituições democrático-liberais, consistente no fato de elas estabelecerem dispositivos jurídicos cada vez mais seguros e eficientes a fim de garantir a observância das normas e do ordenamento por parte do poder político; 2) Doutrina político-constitucional que propugna uma cada vez mais ampla elaboração e introdução de tais dispositivos no ordenamento jurídico.

O reflexo do minimalismo, defendido por Ferrajoli, se encontra no meio termo entre o Abolicionismo Liberal e o Neorealismo Antiliberal. É uma política criminal que utiliza o chamado “Sistema Garantista (SG)” com dez axiomas básicos ligados à pena, delito e processo. Princípios utilizados pelos melhores doutrinadores de Direito Penal e Direito Processual Penal.

Estefam e Gonçalves (p. 42, 2012) afirmam que “a dogmática penal deve ser influenciada pela política criminal. O penalista tem de construir um sistema penal teleologicamente orientado para a consecução da função do direito Penal”.

Neste ponto, salienta-se que o cidadão através do “contrato” abre mão de parte de seus direitos para submeter-se ao poder delegado ao Estado, para, por sua vez administrar buscando o efetivo equilíbrio para atingir o bem comum.

Os autores supracitados trazem em sua obra os esclarecimentos de Antonio Carlos da Ponte, onde, destaca o duplo sentido da expressão “política criminal”, esclarecendo que ela deve significar, de um lado, atividade do Estado e, de outro, a atividade científica. Explica Estefam e Gonçalves (*apud* GONÇALVES, 2012, p. 43)

"A atividade do Estado, faz parte da política geral, tendo como finalidade a convivência fraterna e harmônica entre as pessoas. Ao estabelecer condutas proibidas caracterizadoras das infrações penais e as sanções penais correspondente, o estado estará exercendo sua política criminal, que não se restringe apenas a direito penal, posto que a prevenção do delito também se dá por meio de medidas extrapenais, como saneamento básico, iluminação pública, urbanização de favelas, proibição de funcionamento de bares durante a madrugada, melhor distribuição de renda, emprego, educação, incursão da escola no cotidiano das pessoas, etc. Como atividade científica, prossegue o autor, a apolítica criminal estabelece o modelo de sistema punitivo a ser seguido e os fins que o mesmo procura alcançar por intermédio do Direito penal, que se submete a Princípios limitadores.

Os mesmos autores lecionam que a criminologia da Escola Clássica surgiu na Itália e se espalhou para o mundo, podendo ser dividida entre dois períodos: a) teórico ou teórico filosófico; b) prático ou ético jurídico. Sua grande marca foi o método empregado na ciência do direito penal, de fundo dedutivo, em que o jurista deveria partir do abstrato (direito positivo) para então, passar ao concreto.

Os clássicos invocavam o ideal de justiça, adotando princípios absolutos e se sobrepunham às leis em vigor, leis draconianas, excessivamente rigorosas, de penas desproporcionais, de tipos penais vagos, enfim, de uma situação de violência, opressão e iniquidade.

O marco inicial da Escola Clássica é Beccaria, na segunda fase tem-se Francesco Carrara e Enrico Pessina. Estefam e Gonçalves (p. 48, 2012) analisam os axiomas básicos, que se dividem em dez e que se relacionam com a pena, o delito e o processo penal, do sistema garantista (SG), que será necessário vincular os mais importantes à possibilidade de ser inconstitucional o crime ser lesividade:

- a) *Nulla Poena Sine Crimine* (não há pena sem crime) - Princípio da retributividade: o Estado somente pode punir se houver prática da infração penal.
- b) *Nullum Crimen Sine Lege* (não há crime sem lei) - Princípio da legalidade: que por si só, já afirma que só pode penalizar uma conduta se estiver dentro da Legislação Penal.
- c) *Nulla Lex Poena Lissine Necessitate* (não há lei penal sem necessidade) - Princípio da intervenção mínima: devendo ser tratado como a derradeira opção sancionatória no combate aos comportamentos humanos indesejados. *Ultima ratio*.
- d) *Nulla Necessitas Sine Injuria* (não há necessidade de lei penal sem lesão) - Princípio da lesividade ou ofensividade: desse axioma decorre a inconstitucionalidade dos crimes de perigo em abstrato ou presumido.

e) *Nulla Injuria Sine Actione* (não há lesão sem conduta) - Princípio da exterioridade da ação, que proíbe a criação de tipos penais que punam o modo de pensar, o estilo de vida. Há somente a punição pela ação ou omissão do homem, pois o direito penal é do fato e não do autor.

Desta teoria, verifica-se que tanto os princípios arcaicos quanto os contemporâneos positivam que só é possível julgar alguém na máxima legalidade possível, como também, só condenar na extrema convicção de culpabilidade, pois, diante da situação carcerária hodierna, é preferível absolver um culpado a condenar um inocente.

4.1 FUNDAMENTOS DO ESTADO BRASILEIRO

Um dos fundamentos do Estado brasileiro é a dignidade da pessoa humana. É o que dispõe o art. 1º, inciso III da Constituição Federal:

A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III – a dignidade da pessoa humana.

O Parágrafo único do mesmo artigo personifica a afirmação de que todo cidadão deve abrir mão de parte do seu direito em prol de um bem maior, isto é, a coletividade. Ao afirmar que: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”, o Estado reconhece que tem o dever-poder de gerenciar a vida de todos os cidadãos respeitando a individualidade de cada um, sem, no entanto, prejudicar a coletividade.

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana é a base de todos os direitos fundamentais do homem. Neste sentido, são as afirmações de Silva (2002, p.72), “a dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida”.

Nas afirmações de Fachin (2012, p. 02) “a Constituição é o ápice da pirâmide jurídica, ou a base do ordenamento jurídico do Estado”. Partindo deste pressuposto afirmado pelo jurista e pelo disposto no inciso III do artigo primeiro da Magna Carta, tem-se que a Dignidade da Pessoa Humana carece ser entendida nos mesmos moldes da teoria garantista, defendida por Ferrajoli.

No que tange à ciência penal, tem-se que a dignidade humana possui íntima relação com o Direito Penal Garantista. Este, por sua vez, é defendido pela doutrina criminológica de aplicação processual penal, difundida pelo jurisconsulto Luigi Ferrajoli, como resposta ao exacerbado

poder punitivo conferido ao Estado, como um freio que tem o poder de limitar o poder punitivo do Estado nos estritos ditames legais.

Juridicamente, o Garantismo Penal tem por escopo viabilizar um sistema que garanta os direitos dos cidadãos perante a imposição do Estado de forma clara, objetiva e delineada de forma a não deixar dúvidas quanto à sua aplicação.

O pai desta teoria apresenta, na sua obra, um modelo de aplicação da lei penal, visando a ampliação da liberdade do homem em detrimento da restrição do poder estatal, buscando minimizar o poder punitivo estatal. Trata-se de uma solução para a histórica antítese entre liberdade do homem e poder estatal (FERRAJOLI, 2002, p. 29 - 33).

Com base nos ensinamentos do pai desta Teoria, o Garantismo Penal pode ser conceituado como um modelo de direito que consiste em liberdade regrada, um meio termo entre o pensamento abolicionista de LoukHulsman e o Estado liberal.

Neste diapasão, o Garantismo Penal está intimamente atrelado ao princípio da Dignidade da pessoa Humana. Neste sentido, ensina Canotilho (2009, p. 41)

“[...] relacionando a dignidade humana com o Direito Penal, estatui que sendo a dignidade humana o fundamento máximo do modelo de Estado de Direito, não há que se ter dúvida quanto a aplicação da sanção penal apenas quando há uma concreta lesão ou perigo para o bem jurídico protegido pela norma.

“Sendo o Direito Penal o cerne do sistema repressivo do Estado” (FACHIN, 2012, p.24), imprescindível é que nenhuma de suas normas principiológicas possa ferir o disposto na Lei Maior.

Conforme assevera Fachin (2012, p.24) “a humanidade, no decorrer do tempo, viveu horrores praticados contra pessoas acusadas de terem cometido algum delito”; esses horrores praticados pelo Estado, vai de encontro ao constitucionalismo moderno, que tem a missão de humanizar o Direito Penal.

Neste sentido, Fachin cita as palavras de Prado (2012, p. 24)

O legislador ordinário deve sempre ter em conta as diretrizes contidas na Constituição e os valores nela consagrados para definir os bens jurídicos, em razão do caráter limitativo da tutela penal. [...] Encontram-se, portanto, na norma constitucional, as linhas substanciais prioritárias para a incriminação

ou não de condutas. O fundamento primeiro da ilicitude material deita, pois suas raízes no texto magno.

A virtude da Norma constitucional constituir os fundamentos e os valores da época vivente, onde não se cria os valores à norma legal, mas se limita a proclamá-los e dar-lhes um especial tratamento jurídico (PRADO, 2003, p. 93). Como bem assevera Fachin (2012, p. 24) “O legislador Penal está vinculado às Normas constitucionais, (regras e princípios), dela não podendo se afastar”.

Nada mais relevante do que unir o Garantismo Penal à ideia de inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato, porque afinal, buscando apenas a *ultima ratio*, a Lei não pode julgar condutas que não lesam bens jurídicos, sob a responsabilidade de julgar quem não teve a intenção de prejudicar, e ainda mais, agir na esfera do livre arbítrio do indivíduo, uma vez que este pode escolher praticar um ato ilícito ou não.

4.2 PRINCÍPIOS DO DIREITO PENAL

Segundo o dicionário acadêmico de Direito Aquaviva (1999, p. 331) “Princípio é um pressuposto lógico imprescindível da norma legislativa e constitui o espírito da legislação, mesmo quando não expresso em seu corpo [...]”. Mas, o que seria Princípios? Sobre “Princípios”, disserta Morvan (2008, p. 3)

A primeira noção, metafísica, foi inaugurada por Aristóteles, atribuindo à filosofia a missão de importar os "primeiros princípios" (arché) das ciências, princípios estes que estão ao alcance apenas de uma razão intuitiva criada pela indução [...]. Por outro lado, os juristas modernos (WINDSCHEID, IHERING, GÉNY, BOULANGER, BASDEVANT, BATIFFOL e POUND) não consideram mais o princípio como uma proposição geral indutora de regras particulares (fonte de novas deduções), produto puro de um pensamento indutivo, com frequência confundida com a *ratio juris* que resulta da analogia. Esta acepção comum mostra ser fortemente reducionista: mesmo no estreito terreno da lógica jurídica o princípio reveste uma dimensão mais ampla. A segunda vertente estende-se nos domínios da lógica jurídica, no interior da ciência do direito. Os princípios da lógica designam, por um lado, um corpo de regras resultantes de uma elaboração metódica, refletida (pensada), dispostas em uma ordem sistemática e, de outro lado, os axiomas fundantes deste edifício racional. [...] O princípio normativo, de acordo com a última vertente, não descreve um objeto ou uma forma de conhecimento (ou seja, sob ponto de vista ontológico, relevante para a filosofia), nem um axioma ou sistema de regras construídas pela razão (ou seja, sob o ponto de vista lógico, relevante para ciência do direito), mas, sim, descreve uma norma jurídica que estabelece um dever-ser (assim, sob ponto de vista normativo, relevante somente ao Direito).

Logo, tem-se que um princípio normativo estabelece um dever ser, um dever cumprir o que por este é determinado, na Lei Maior que rege o perfil do Estado que a transcreveu. A

ordem utilizada na parte especial do Código Penal demonstra o perfil do Estado que o editou (PRADO, 2009, p. 18). Segundo este mesmo autor "Código penal de 1940, na parte especial cuida especificamente dos crimes contra a pessoa". Sobre o CP vigente, afirma Prado (2009, p. 19)

Não se pode negar, entretanto, que a sequência dos bens jurídicos na parte especial de um código tende a refletir a opção do legislador quanto a determinação do grau de importância da pessoa humana em face do Estado.

Faz-se necessário esclarecer que o tipo penal é o instrumento utilizado pelo Estado para que determinado bem de relevo possa, efetivamente, ser protegido. Sendo por meio do tipo penal que são criadas as infrações penais, proibindo-se ou impondo-se certas condutas, sob a ameaça de sanção (GRECO, 2009, p. 19).

Entretanto, não basta somente observar a legalidade do ato, é preciso que se observe se o ordenamento proposto está em conformidade com a Lei maior. Por Greco (2009, p. 20)

Incontestável a conquista obtida mediante a exigência da legalidade. Contudo, hoje em dia, não se sustenta um conceito de legalidade de cunho meramente formal, sendo necessária, outrossim, investigar a respeito de sua compatibilidade material com o texto que lhe é superior, vale dizer a constituição. [...] Não basta que o legislador ordinário tenha tomado as cautelas necessárias no sentido de observar o procedimento legislativo correto, a fim de permitir a vigência do diploma legal por ele editado. Deverá, outrossim, verificar se o conteúdo, a matéria objeto da legislação penal, não contradiz os princípios expressos e implícitos constantes de nossa Lei Maior.

De sorte que, no Estado Democrático de Direito em que vivemos, se os tipos penais criados pelo legislador ordinário não se submeterem ao que determina a Legislação Maior, este estará invalidado, por ser inconstitucional. Neste sentido afirma Ferrajoli (*apud* GRECO, 2009, p. 21)

No Estado de direito o princípio da sujeição não só formal como também material da lei (ordinária) à lei (constitucional) possui um valor teórico geral, do qual resulta a diferente estrutura lógica das implicações mediante as quais formulamos o princípio de mera e o de estrita legalidade. Esta sujeição substancial concretiza-se nas diferentes técnicas garantistas por meio das quais o legislador e os demais poderes públicos são colocados a serviço, por meio de proibições ou obrigações impostas sob pena de invalidade, da tutela ou satisfação dos diferentes direitos da pessoa.

Nesta seara, imperioso destacar o fundamento do Princípio da Legalidade, nascido da Revolução Francesa, das ideias iluministas, com fundamento político, assentando-se no conceito de que existe uma razão comum a todos os homens que encontram expressão comum na lei e carecem de decisão que não dependam unicamente da vontade, mas que tenha por bases preceitos predeterminados.

O Princípio da legalidade impõe particularidades no que se relaciona a competência para a criação de normas penais incriminadoras e normas penais favoráveis, impõe a exigência da intervenção judicial na aplicação ou na apreciação da responsabilidade criminal e a proibição de uma dupla condenação pelo mesmo fato.

Desta forma a garantia dos direitos individuais está amparada no Princípio da Legalidade, porquanto limita o poder de punir do Estado e determina de que forma este pode exercer seu poder punitivo.

O Estado tem o freio do poder punitivo através dos princípios decorrentes do Princípio da Legalidade: Princípio da Intervenção Mínima, Princípio da Proporcionalidade, Princípio da Humanidade, Princípio da Culpabilidade, que nas palavras de Mirabete e Fabbrini (2010, p. 41) “forma um todoindivisível [...] imprescindível [...] em um Direito Penal com fundamentos materiais do Estado Democrático de Direito”.

Fernando Capez (2004, p.14) afirma que “decorrem do Princípio da dignidade da pessoa humana, os Princípios orientadores e limitadores do Direito Penal”. Desta forma, tem-se que o convívio entre os indivíduos de uma sociedade exige o estabelecimento de regras indispensáveis, com base em normas disciplinadoras.

A esse conjunto de Normas dá-se o nome de Direito Positivo, predeterminado por Princípios Constitucionais, e positivados no Código Penal e Código de Processo Penal.

Neste ponto necessário se faz transcrever o conceito formal de crime, proveniente da ciência do Direito Penal, cujo aspecto científico é notório. Os elementos oriundos da fragmentação analítica do conceito formal são o Fato Típico, o Antijurídico, o Culpável e Punível.

Para a teoria finalista da ação, que foi a adotada pelo Código Penal vigente, será típico o fato praticado pelo agente se este atuou com dolo ou culpa na sua conduta, se o fato é típico, culpável e punível.

Nesta seara destacam-se os elementos que integram a culpabilidade para a teoria adotada pelo Código Penal, que são: imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa. Não presente algum desses elementos, estará isento de pena o agente, ou seja, praticou crime, mas não é culpável, assim, não lhe é aplicada a sanção. O Princípio da ofensividade vem agregar o quesito valor ao conceito de crime.

5. A INCONSTITUCIONALIDADE E O PRINCÍPIO DA OFENSIVIDADE (LIMITADOR DO JUS PUNIENDI)

O Brasil está sob a égide de um Estado pluralista, laico, onde os cidadãos são livres para fazer ou deixar de fazer tudo o que a Lei não proíbe. Um dos valores mais em voga hodiernamente é a tolerância, dada a nossa diversidade de credos e etnias, sem considerar a diversidade em outras áreas do relacionamento humano. Preza-se o respeito pelas diferenças.

A frase “todo poder emana do povo” é típica de um Estado constitucional que reconhece no ser humano a dignidade como valor inviolável. O preceito expresso no inciso I do art. 3º da constituição “é objetivo fundamental da República Federativa do Brasil construir uma sociedade livre, justa e solidária”. Tais pressupostos não condizem com um Direito Penal que contemple a presunção como fato punível.

Desta forma o Direito Penal em respeito á constituição deve ter como instrumento a proteção de bens jurídicos tutelados, um delito concreto, definido, que ofenda a esses bens jurídicos na forma de lesão ou perigo concreto de lesão.

O Direito Penal, com supedâneo no Princípio da ofensividade vai ao encontro da pena mínima necessária para reparar e prevenir delito futuro, se aproximando do ideal de Beccaria e outros doutrinadores do Iluminismo.

Nas palavras de Gomes (*et al*, 2015, p. 33)

O fato cometido formalmente típico (adequado à letra da Lei), para se transformar em crime também deve afetar o bem jurídico protegido pela norma penal; a norma penal não é apenas impositiva (determinativa); antes de tudo ela é valorativa (existe para proteger um bem jurídico, que foi valorado positivamente); se a norma protege um valor que se transforma (no direito penal) em bem jurídico, não ha crime sem lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado.

Assim sendo, a tipicidade será formada por novo requisito, qual seja o da ofensa ao bem jurídico tutelado de forma valorativa. Sobre este diapasão, Gomes (*et al*, 2015, p. 33) “ninguém pode ser punido por mera intenção. A propecta concepção da culpabilidade é o limite subjetivo da responsabilidade penal. A ofensividade é o patamar mínimo para que isso aconteça”.

O perigo abstrato, presumido, vai de encontro ao Princípio da ofensividade, fere o Princípio da presunçãode inocência, portanto, inconstitucional.

Neste sentido, são as palavras de Gomes (*et al*, 2015, p. 33):

Em virtude do Princípio da ofensividade está proibido no direito penal o perigo abstrato presumido. [...] No perigo abstrato o legislador passa a cumprir papel processual, dispensando a acusação de provar a perigosidade (ou lesividade) real da conduta do agente. O legislador sai do campo da delimitação do âmbito do proibido para interferir na esfera probatória. Trata-se de uma atividade imprópria e inconstitucional, por violação ao Princípio da presunção de inocência (que somente pode ser derrubada quando há prova da culpabilidade do agente).

Kazmierczak (2007) aduz que “no direito penal regido pelo dogma da ofensividade não basta comprovar a idoneidade lesiva da conduta. Também é mister verificar a real afetação do bem jurídico, que constitui o desvalor do resultado”.

Sobre um dos axiomas do modelo garantista *nullanecessitassine injuria* - não há necessidade de lei penal sem lesão, partindo do pressuposto que as normas penais são normas de valoração e a ofensividade é requisito *si nequa non*. Neste sentido, Gomes (2011):

Se as normas penais são, primordialmente, normas de valoração e se a ofensividade é requisito imprescindível ao conceito de delito (de acordo com a teoria constitucionalista do delito), não há como admitir qualquer fato punível sem ofensa ao bem jurídico, isto é, sem resultado jurídico (que significa lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico protegido).

Nullanecessitassine injuria está ligado ao Princípio da ofensividade do fato, do qual o agente se defende, devendo se irradiar sobre a interpretação da letra da lei. Conforme se posiciona Gomes (2007, p. 474):

Por força do princípio da ofensividade não se pode conceber a existência de qualquer crime sem ofensa ao bem jurídico [...] tal princípio irradia consequências tanto no aspecto da política criminal (devendo incidir sobre a criação das leis) quanto no dogmático-interpretativo e de aplicação da lei penal.

Tem-se dessa forma que o crime em abstrato, presumível, não lesa bem jurídico tutelado pelo Direito Penal, uma vez que não exige um resultado lesivo ao bem protegido.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A realidade demonstrada não se trata em considerar certo ou errado a falta de ofensividade aos bens jurídicos do sujeito passivo no cometimento de um ilícito considerado de perigo abstrato, considerar possível ou impossível, legítimo ou ilegítimo; trata-se de inconstitucionalidade.

A inconstitucionalidade existe quando uma norma que está abaixo da Constituição (onde todas estão) vem a confrontá-la no sentido em que, existindo deliberação constitucional – no

caso, o Princípio da Ofensividade – esta venha a positivar situação onde o direito fundamental de outrem fique deturpado – aqui, o do sujeito ativo.

Veja-se que, considera conduta lesiva, aquela que de fato, lesa direito de outrem, não havendo quem tenha sofrido com uma conduta, o único que paga pelo ato é quem praticou, mesmo não tendo prejudicado ninguém.

Ainda que se use a premissa de que, “é melhor prevenir do que remediar”, o Estado não pode intervir no livre arbítrio dos cidadãos, uma vez que, o Estado não tem poder de adentrar no pensamento humano e saber quem está prestes a cometer um ilícito, tornando-se obsoleto julgar apenas alguns crimes como de perigo abstrato.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Dicionário Acadêmico de Direito**. Jurídica Brasileira: São Paulo, 1999.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. São Paulo: Almedina, 2009.

FACHIN, Zulmar. **Curso de Direito Constitucional**. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense Jurídica, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Título Original: Diritto e ragione, tradutores etall. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice; DAHER, Flávio. **Princípios Constitucionais Penais: à luz da Constituição e dos Tratados Internacionais**. LivroeNet. Atualidades do Direito. 2015.

_____. **Não há crime sem ofensa ao bem jurídico**. Publicado em 11 de junho de 2011. Disponível em: <<http://institutoavantebrasil.com.br/nao-ha-crime-sem-ofensa-ao-bem-juridico/>>. Acesso em outubro de 2015.

_____. (coord.); MOLINA, Antonio García-Pablos de; BIANCHINI, Alice. **Direito Penal – introdução e princípios fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte especial**, vol. II. 6.ed. Niterói, RJ: Ímpetos, 2009.

JAKOBS, Gunther; MELIÁ, Manoel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal: Parte Geral**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. **Princípio da ofensividade como pressuposto sobre Jus Puniendi: enfoque sobre o conceito Material do Delito à luz da Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <<http://www.direitopositivo.com.br/modules.php?name=Content&pa=showpage&pid=35>>. 2007. Acesso: outubro de 2015.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e constituição**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. _____. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 11.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato. **Manual do Direito Penal**. 26.ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MORVAN, Patrick; NASCIMENTO, Carlos Eduardo Bistão (trad.). **O que é um princípio? Pensando Direito**, São Paulo. 2008. Disponível em: <<http://carlosnascimento.over-blog.com/article-24392282.html>>. Acesso em: outubro de 2015.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. **Manual de Direito Penal**. 4.ed. São Paulo: revista dos Tribunais, 2008

_____. _____. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

REALE JUNIOR, Miguel. **Instituição de Direito Penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

STEFAN, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Penal Esquematizado**. São Paulo. Saraiva, 2012.

TRINDADE, André Karam. **Raízes do garantismo e o pensamento de Luigi Ferrajoli**. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jun-08/diario-classe-raizes-garantismo-pensamento-luigi-ferrajoli>>. Acesso em outubro de 2015.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. **O inimigo no direito penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

CRITÉRIO ESPACIAL DA HIPÓTESE DA NORMA TRIBUTÁRIA

Valterlei A. da Costa

Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. Ex-Técnico de Finanças de Controle da Procuradoria da Fazenda Nacional. Advogado em Curitiba (PR). E-mail: costa.valterlei@gmail.com

RESUMO: A linguagem trata do que é o caso, o mundo, com também da possibilidade de estados de coisas. E, para ser precisa, a linguagem deve, dentro do que pode ser ou do que é o mundo, precisar, no espaço - no caso das possibilidades, espaço lógico -, um lugar. Como são díspares, mundo que é e possibilidade de mundo, a linguagem deve ser formulada de forma diversa, já que não estamos falando do mesmo espaço e do mesmo lugar. Nessa linha, a norma tributária em sentido estrito, que trata da tributação de forma abstrata, cuja hipótese é uma possibilidade, deve ser diversa da norma tributária concreta, que aponta um caso no mundo. Se é o caso, o fato, no mundo, então falamos do lugar-geográfico do fato tributário. Por sua vez, se o que temos é uma possibilidade de estados de coisas, que pode ou não vir a ser, defrontamo-nos com uma figuração, aqui, figuração tributária, que, no espaço lógico (espaço das possibilidades), possui um lugar-geométrico.

PALAVRAS-CHAVE: Direito tributário – Norma tributária – Critério espacial da hipótese tributária – Lugar-geométrico e lugar-geográfico – Figuração e fato

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. A doutrina tributária e o critério espacial - 3. Conceito filosófico de espaço - 3.1. A natureza do espaço - 3.2. A realidade do espaço - 3.3. A estrutura métrica do espaço - 4. Os fatos no espaço lógico são o mundo - 5. Lugar-geométrico e lugar-geográfico - 6. Figuração e fato - Referências bibliográficas.

1. Introdução

Questão à parte se todas as normas jurídicas apresentam a mesma estrutura sintática, certo é que a norma jurídica tributária em seu sentido estrito¹ apresenta forma bímembre, composta de hipótese e consequência. A concatenação da hipótese à consequência dá-se por meio do sincategorema

¹ “[...] nada mais congruente do que designar por *norma tributária em sentido estrito* àquela que marca o núcleo do tributo, isto é, a regra-matriz da incidência fiscal, e de *normas tributárias em sentido amplo* a todas as demais”.

Paulo de Barros Carvalho, **Curso de direito tributário**, p. 252 (itálicos constam do original).

dever-ser (Sollen)². Simbolicamente, temos: $njt \equiv [(D) p \rightarrow q]$ (norma jurídica tributária equivale a se p , então deve-ser q , onde: p é uma conduta lícita reveladora de capacidade contributiva; q a conduta prescrita de levar dinheiro ao Estado). Destrinchando os categoremas dessa estrutura da norma tributária *stricto sensu*, verificamos que tanto a hipótese como a consequência são formadas de critérios³. Sem polemizar aqui quais são eles, os critérios, diremos, neste artigo, que: 1) na hipótese tributária, há os critérios *material*, formado por verbo e complemento, *espacial* e *temporal*; 2) na consequência, há os critérios *pessoal*, sujeitos ativo e passivo, e *quantitativo*, composto por base de cálculo e alíquota. Com as devidas abstrações:

“D{[Cm(v.c).Ce.Ct]→[Cp(Sa.Sp).Cq(bc.al)]}. Explicando os símbolos dessa linguagem formal, teremos: “D” é o dever-ser neutro, interproposicional, que outorga validade à norma jurídica, incidindo sobre o conectivo implicacional para juridicizar o vínculo entre a hipótese e a consequência. “[Cm(v.c).Ce.Ct]” é a hipótese normativa, em que “Cm” é o critério material da hipótese, núcleo da descrição fáctica; “v” é o verbo, sempre pessoal e de predicação incompleta; “c” é o complemento do verbo; “Ce” é o critério espacial; “Ct” o critério temporal; e “.” é o conectivo conjuntor. “→” é o símbolo do conectivo condicional, interproposicional; e “[Cp(Sa.Sp).Cq(bc.al)]” é o consequente normativo, onde “Cp” é o critério pessoal; “Sa” é o sujeito ativo da obrigação; “Sp” é o sujeito passivo; “bc” é a base de cálculo; e “al” é alíquota”⁴.

Desses critérios, o que aqui será estudado, melhor detalhado, é o *critério espacial da hipótese tributária*. Para tanto, valer-nos-emos das concepções filosóficas de *espaço*, bem como de seu derivativo, *lugar*, com as correspondentes distinções entre as demarcações abstratas e concretas de um lugar no espaço, conforme se trate de uma possibilidade ou de um caso no mundo.

2. A doutrina tributária e o critério espacial

² “O dever-ser tem a categoria sintática de um *sincategorema*, quer dizer, é uma significação ou conceito incompleto, não por-si-bastante para perfazer um esquema ou fórmula bem construída. [...] [...] é um conceito ou termo lógico funcional. O dever-ser é o modal específico das proposições normativas, uma das subclasses sendo as do direito”.

Lourival Vilanova, **As estruturas lógicas e o sistema de direito positivo**, p.69 (itálicos constam do original).

³ “[...] a matéria-prima de que dispomos são os critérios para a identificação de um fato (hipótese tributária) e os critérios para o reconhecimento de uma relação jurídica (consequência tributária)”.

Paulo de Barros Carvalho, **Teoria da norma tributária**, p.109.

⁴ Paulo de Barros Carvalho, A regra-matriz de incidência do imposto sobre importação de produtos estrangeiros, In: Eurico Marcos Diniz de Santi (coord.), **Curso de direito tributário e finanças públicas**, p.524-525.

Não se pode dizer que o critério espacial da hipótese tributária não goze na doutrina do devido respeito. Afinal, não faltam os que dizem ser o mesmo da maior relevância⁵, nem quem lhe negue o caráter de simplório, apesar de afirmar que, na aparência, possa o ser⁶. De nossa parte, temos que o critério espacial possui relevo, é da maior relevância, envolto em enorme complexidade, qualquer que seja o ângulo pelo qual se olhe, já que, no fundo, pressupõe um conceito de espaço, com todas as dificuldades que isso traz.

De forma geral, a doutrina define o critério espacial da hipótese tributária como o lugar, local, localização de um acontecimento, de uma ocorrência. Há, portanto, dois grupos a serem estudados no trato do critério espacial. Um, formado pelos termos “lugar”, “local” e “localização”. Seriam, v.g., essas palavras sinônimas? Poderiam ser usadas de forma cambiável? Além disso, devemos perscrutar de que modo estão conectadas a um outro vernáculo muito mais forte, ao menos na filosofia, qual seja, espaço. Há o binômio Espaço-Lugar. Na outra agremiação, ficam “acontecimento” e “ocorrência”. Existe a mesma questão da sinonímia, mas o foco principal, nesse caso, deve ser a passagem do abstrato para o concreto. Afinal, esses verbetes têm a força da substancialidade⁷.

⁵ “Releva o estudo do critério espacial das hipóteses tributárias [...]”.

Paulo de Barros Carvalho, **Teoria da norma tributária**, p.131.

“O elemento espacial do fato gerador é de maior relevância [...]”.

Zelmo Denari, **Curso de direito tributário**, p.172.

⁶ “A aparente simplicidade do critério não encontra respaldo na complexidade da vida política e social contemporânea”.

Renato Lopes Becho, **Lições de direito tributário**, p.145.

⁷ Combinando lugar e acontecer-acontecimento:

“As *coordenadas de lugar* podem condicionar que o núcleo e elementos adjetivos devam acontecer todos no mesmo lugar ou cada um em distintos lugares [...]”.

Alfredo Becker, **Teoria geral do direito tributário**, p.333 (itálico consta do original).

“Inexistem fatos situados fora do *espaço*; assim também, o fato gerador do tributo é um acontecimento que ocorre em algum *lugar*”.

Luciano Amaro, **Direito tributário brasileiro**, p.267 (itálicos constam do original).

Agrupando lugar e ocorrer-ocorrência:

“[critério espacial] indica o lugar em que terá que ocorrer o fato gerador [...]”.

Vittorio Cassone, **Direito tributário**, p.144.

“O aspecto espacial entende como o lugar onde ocorre o fato gerador da obrigação tributária”.

Ricardo Lobo Torres, **Curso de direito financeiro e tributário**, p.255.

“[...] critério espacial encerra os elementos que nos permitirão reconhecer a circunstância de lugar que limita, no espaço, a ocorrência daquele evento”.

Paulo de Barros Carvalho, **Teoria da norma tributária**, p.131.

3. Conceito filosófico de espaço

Em relação à primeira questão (lugar, local, localização), podemos começar o estudo pelo conceito de “espaço”. A disputa em torno do que seja espaço é tão antiga quanto à filosofia. Ao negar o movimento, ZENÃO de ELÉIA valeu-se de uma ideia de infinita divisão do espaço⁸. ABBAGNANO, com seu poder único de síntese, cobrindo vasto campo da história da filosofia, expôs que a noção de espaço dá origem a três ordens de problemas: “[...] 1ª a respeito da natureza do E.; 2ª a respeito da realidade do E.; 3ª a respeito da estrutura métrica do E”⁹. Vejamos, separadamente, cada uma dessas questões.

3.1. A natureza do espaço

Quanto ao primeiro ponto, da natureza do espaço, pode ser tratada de duas formas, conforme sintetizado por EINSTEIN, em prefácio à obra *Concepts of Space*, de Max Jammer: espaço como qualidade de posição do mundo de objetos materiais e espaço como recipiente de todos os objetos materiais. Como qualidade da posição dos objetos matérias, temos as negativas do vácuo, pois não há espaço sem objeto. Já como invólucro, o espaço é algo diferente do objeto que nele se encontra

Com a variação localização, ao lado de ocorrência:

“Para a exata configuração da norma tributária, imprescindível é a determinação da localização da ocorrência fática impulsionador da tributação”.

Renato Lopes Becho, **Lições de direito tributário**, p.145.

Na linha abstrato/concreto, ao lado de lugar, temos:

“Esse aspecto [espacial] diz respeito ao lugar da concretização do fato qualificado como suficiente para desencadear o nascimento da obrigação tributária”.

Kiyoshi Harada, **Direito financeiro e tributário**, p.512.

“Designa-se por aspecto espacial a indicação de circunstâncias de lugar, contidas explicitamente ou implicitamente na h.i., relevantes para a configuração do fato impositivo”.

Geraldo Ataliba, **Hipótese de incidência tributária**, p.104.

⁸ “O que se move deve atingir uma determinada meta; este caminho é um todo. Para percorrer o todo, o que é movido deve antes ter percorrido metade. Agora a meta é o fim desta metade. Mas esta metade é novamente um todo, este espaço possui assim uma metade; deve, portanto, ter atingido antes metade desta metade, e assim até o infinito. Zenão toca aqui na divisibilidade infinita do espaço”.

Georg W.F. Hegel, *Preleções sobre a história da filosofia*, In: **Os pré-socráticos: vida e obra**, p.151.

⁹ Nicola Abbagnano, **Dicionário da filosofia**, p.348.

e, assim, em certo ponto, superior¹⁰. A posição de PLATÃO sobre o “espaço”, após dizer tratar-se de “[...] um tipo difícil e obscuro [...]”, é bem conhecida: “[...] ser o receptáculo e, por assim dizer, a ama de tudo quanto devém”¹¹. Por uma linha de interpretação, encontra-se esse entendimento em harmonia com o legado deixado por LEUCIPO¹² e por seu famoso aluno, DEMÓCRITO, para quem o vazio arrebatava o ser:

“[...] a natureza das coisas eternas consiste em pequenas substâncias, infinitas em quantidade, e para elas propõe um local, distinto delas e infinito em extensão. E chama o lugar pelos nomes de ‘vazio’, ‘nada’ e ‘infinito’; e cada uma das substâncias ele chama ‘coisa’, ‘sólida’ e ‘ser’. [...]. Os átomos se debatem e são arrebatados pelo vazio em razão de dessemelhanças [...] e ao serem arrebatados colidem e se unem num entrelaçamento que faz com que se toquem e se tornem mutuamente contíguos, mas que não produz genuinamente nenhuma outra natureza a partir deles, porquanto seria total ingenuidade conceber que duas ou mais coisas possam vir a se tornar uma só”¹³.

De todo modo, é certo dizer que para o fundador da Academia, ao tratar da “natureza que recebe todos os corpos” (chôra), “[...] ela não perde, de modo algum, as suas propriedades: recebe sempre tudo, e nunca em circunstância alguma assume a forma que seja semelhante a algo que nela entra [...]”¹⁴. Prosseguindo, uma narrativa e classificação da posição de ARISTÓTELES sobre o espaço não é tarefa simples, talvez em razão do uso que faz ele do método dialético¹⁵. Afinal, o nascido em

¹⁰ “The two concepts of space may be contrasted as follows: (a) space as positional quality of the world of material objects; (b) space as container of all material objects. In case (a), space without a material object is inconceivable. In case (b), a material object can only be conceived as existing in space; space then appears as a reality which in a certain sense is superior to the material world”.

Albert Einstein, Foreword, In: Max Jammer, **Concepts of space: the history of theories of space in physics**, p.XIV.

¹¹ Platão, **Timeu** (49a), p.131.

¹² “Aristóteles considera Leucipo o criador da teoria dos átomos, depois desenvolvida por Demócrito”.

Remberito Francisco Kuhnen, Dados biográficos, In: **Os pré-socráticos: fragmentos, doxografia e comentários**, p.243.

¹³ Simplicio, Comentário a sobre os céus (294.30-295.22), In: Jonathan Barnes, **Filósofos pré-socráticos**, p.290-291.

¹⁴ Platão, **Timeu** (50b), p.134.

¹⁵ “[...] Aristóteles usa, para explicar esta noção [lugar], uma espécie de método dialético, afirmando e negando ao mesmo tempo a subsistência ontológica do lugar. Com efeito, afirma que o lugar é separável (uma vez que, de contrário, se deslocaria juntamente com os corpos). Mas afirma também que não é inteiramente separável (pois se o fosse poderia identificar-se com o espaço no sentido de Demócrito, isto é, com o vazio). Afirma, ao mesmo tempo, que o lugar não equivale à massa do corpo (uma vez que permanece quando a massa do corpo se põe em movimento). Mas afirma também que há lugares naturais para as coisas (por exemplo, lugares naturais para os quatro elementos: fogo, terra, água e ar) e, portanto, a que, de certo modo, é equivalente à

Estágira trata os conceitos de lugar e espaço de tal forma promíscua que para uns são termos idênticos. Para outros, há diferença. Se prevalece a ideia de que são idênticos, então a posição aristotélica se aproxima da de qualidade como posição de mundo. Por sua vez, se temos conceitos distintos, então o lugar seria algo contido no espaço. Uma passagem que poderia dar essa impressão é aquela que põe o espaço como “[...] el límite del cuerpo continente <que está en contacto con el cuerpo contenido>”¹⁶. E um reconhecimento expresso de ARISTÓTELES à posição de PLATÃO ajuda na confusão¹⁷. No entanto, essa vinculação só ocorre porque parte o aluno da posição de que, com alguma ressalva, o seu mestre ateniense identifica matéria e espaço. Algo totalmente polêmico¹⁸. Ao lembrarmos do famoso afresco de Rafael Sanzio, *A Escola de Atenas*, somos levados a seguir um caminho que põe em pontos diversos os dois grandes filósofos:

“[...] se o lugar aristotélico merece ser chamado espaço, o é unicamente enquanto equivale a um campo onde as coisas são particularizações. Ora, uma vez que, de acordo com o conceito de lugar, não é possível conceber as coisas sem o seu espaço, o espaço não pode ser, como postulava Platão, um mero receptáculo. Também não é viável, por conseguinte, a concepção dos atomistas que conceberam o espaço como o vazio”¹⁹.

massa dos corpos. Aristóteles declara que qualquer corpo sensível tem um lugar e que pode falar-se de seis espécies de lugar: alto e baixo, diante e detrás, direita e esquerda”.

José Ferrater Mora, **Dicionário de filosofia**, vernáculo “lugar”, p.61-62.

¹⁶ Aristóteles, **Física** (212a, 6), p.127.

¹⁷ “De ahí que Platón diga en el Timeo que la materia y el espacio son lo mismo, pues lo participable y el espacio son una y misma cosa —aunque hable de diferente manera sobre lo «participable» en las llamadas Enseñanzas no escritas, identificó sin embargo el lugar y el espacio. Todos dicen que el lugar es algo, pero sólo él intentó decir qué es”.

Aristóteles, **Física** (209b, 10-20), p.117-118.

A passagem a que ARISTÓTELES faz referência, provavelmente, é:

“[...] é inevitável que tudo quanto é seja num determinado lugar, e que aquilo que não é em nenhum sítio da Terra nem do céu não é”.

Platão, **Timeu** (52b), p.138.

¹⁸ “[...] Aristóteles que [...] atribui a Platão a identificação entre espaço (chôra) e matéria (hylê). Apesar de convidativa, enferma de dois problemas fundamentais. Em primeiro lugar, esta categoria é absolutamente estranha ao sistema platónico; tanto assim é que o termo hylê só começa a ter este sentido filosófico justamente a partir de Aristóteles. Em segundo, e não menos importante, o facto de aquela passagem da Física assentar em grande parte nas chamadas doutrinas não escritas – um grupo de postulados que Platão terá sustentado oralmente, mas de que não deixou registo nos diálogos. Ora, ainda que a sua reconstituição seja possível e até verosímil [...], esta linha de interpretação parece-nos exclusivamente vocacionada para esclarecer o Platão hipotético e não o dos diálogos. O nosso propósito esgota-se nesta segunda orientação”.

Rodolfo Lopes, Introdução, In: Platão, **Timeu-Critias**, p.47.

¹⁹ José Ferrater Mora, **Dicionário de filosofia**, vernáculo “espaço”, p.

A posição de ARISTÓTELES, que identifica espaço e lugar, é extraída da afirmação: “[...] así como todo cuerpo está en un lugar, así también en todo lugar hay un cuerpo”²⁰. Não há vazio, pois todo o corpo sempre está em contato com outro corpo²¹. Em relação ao corpo, “Aristóteles declara que qualquer corpo sensível tem um lugar e que pode falar-se de seis espécies de lugar: alto e baixo, diante e detrás, direita e esquerda”²². Apesar de um certo flete em uma ou outra passagem com a teoria de que algo contém e algo está contido, a melhor leitura é pôr a ala aristotélica entre aquelas que vêm espaço na linha de lugar, como uma posição de mundo. Com efeito, “[...] o lugar aristotélico não existe antes dos corpos, mas nasce da ordem e disposição dos corpos”²³. E essa igualdade entre espaço e lugar acaba sendo aceita e recolocada por DESCARTES, para quem “O espaço ou o lugar interior e o corpo, compreendido neste espaço, só são diferentes para o nosso pensamento. Com efeito, a mesma extensão em comprimento, largura e altura que constitui o espaço também constitui o corpo”²⁴⁻²⁵. Segue-se disso que “[...] a distinção entre um corpo e o espaço que ele ocupa é, para Descartes, apenas conceitual, e não real [...]”²⁶.

Parecia prevalecer a ideia de que não há espaços vazios, pois o espaço seria o lugar dos corpos, estando os corpos em contato com outros corpos. NEWTON mudou tudo isso com sua formulação do espaço absoluto, mesmo tendo sofrido forte crítica de LEIBNIZ. O filósofo alemão foi resoluto ao dizer o que “[...] o espaço não é senão uma ordem das coisas [...] e de modo algum um ser absoluto”²⁷. Não haveria possibilidade de se compreender o espaço independentemente da situação das coisas a não ser nas ideias de Deus: “[...] é essa ordem [situação dos corpos] que faz com que os corpos sejam situáveis e pela qual eles têm uma situação entre si ao existirem juntos [...]”. Se não

²⁰ Aristóteles, **Física** (209a, 25-30), p.115.

²¹ “Y porque, como lo contenido y dividido puede cambiar una y otra vez, permaneciendo el continente (por ej., el agua respecto del recipiente), puede parecer que la extensión entre los extremos es algo, como si fuese una cosa independiente del cuerpo desplazado. Pero no hay tal cosa; lo que sucede es que un cuerpo cualquiera entre los desplazados entra en el continente y está por naturaleza en contacto con outro”.

Aristóteles, **Física** (211b, 15-20), p.126.

²² José Ferrater Mora, **Dicionário de filosofia**, vernáculo “lugar”, p.

²³ Henri Bergson, **O que Aristóteles pensou sobre o lugar**, p.161.

²⁴ René Descartes, **Princípios da filosofia** (II.10), p.63.

²⁵ A posição de um corpo é relativa, pois “[...] uma mesma coisa muda e não muda de lugar ao mesmo tempo. Por exemplo, se vemos um homem sentado na popa de um barco que o vento leva para fora do ponto e se só fixamos o barco, parecer-nos-á que este homem não muda de lugar, porque vemos que se mantém sempre na mesma posição relativamente às partes do barco em que está; mas se fixarmos as terras vizinhas, parecer-nos-á que este homem muda continuamente de lugar porque se afasta de uma e aproxima-se de outras”.

René Descartes, **Princípios da filosofia** (II.13), p.64-65.

²⁶ John Cottingham, **Dicionário Descartes**, vernáculo “espaço”, p.60.

²⁷ Gottfried Wilhelm Leibniz, Quarta carta de Leibniz a Clarke, In: **Novos ensaios sobre o entendimento humano**, vol. II, p.253.

houvesse, porém, criaturas, o espaço e o tempo não existiriam senão nas idéias de Deus”²⁸. Disso, nada poderia ser mais diferente que o entendimento de NEWTON, para quem haveria um espaço absoluto, o que implica independência de qualquer outra coisa, ou seja, dos corpos que nele existem:

“O espaço absoluto, por sua natureza, sem nenhuma relação com algo externo, permanece sempre e imóvel; o relativo é certa medida ou dimensão móvel desse espaço, a qual nossos sentidos definem por sua situação relativamente aos corpos, e que a plebe emprega em vez do espaço imóvel, como é a dimensão do espaço subterrâneo, aéreo ou celeste definida por sua situação relativamente à terra”²⁹.

Questão à parte a experiência do balde³⁰, o certo é que a teoria do espaço absoluto granjeou larga adesão. O espaço passa a ser tido como imóvel e independente. Isso não significa que essa posição beirou à unanimidade, mas o caso é que somente foi abandonada com a formulação da Teoria da Relatividade por EINSTEIN. Sem, aqui, entramos em maiores detalhes, a Teoria da Relatividade é adjetivada de Espacial e de Geral³¹. Mas, o ponto de realce é: as dimensões do espaço passam agora a ser quatro e não mais três. Fala-se, então, em tempo-espaço:

“O que não estejamos useiro e vezeiro a conceber o mundo neste sentido como um conceito quadridimensional se deve a que o tempo desempenhou

²⁸ Gottfried Wilhelm Leibniz, Quarta carta de Leibniz a Clarke, In: **Novos ensaios sobre o entendimento humano**, vol. II, p.252.

²⁹ Isaac Newton, Definições: escólio, In: **Princípios matemáticos da filosofia natural**, p.156.

³⁰ A experiência do balde consiste em prendê-lo a uma corda fixa no teto, dar muitas voltas na corda, então enchê-lo d'água e, após, permitir que a corda relaxe. De início, a superfície da água será plana, mas logo ficará curva, formando uma figura côncava, até que igualará no tempo a revolução com o balde e voltará e ficar em descanso. Isso, para NEWTON, prova que “Só há um verdadeiro movimento circular de qualquer corpo que gira, correspondendo ao único esforço, como seu efeito próprio e adequado [...]”.

Isaac Newton, Definições: escólio, In: **Princípios matemáticos da filosofia natural**, p.160.

No entanto, “Em relação à experiência do balde, sustentava [Ernst Mach] que apenas movimentos relativos são observados e, portanto, apenas eles devem entrar nas leis da física”.

André K. T. Assis, Comparação entre mecânica relacional e a relatividade geral de Einstein, In: Osvaldo Pessoa Jr (org.), **Fundamentos da Física 2**: Simpósio David Bohm, p.31.

³¹ “Albert Einstein, (1879-1955), físico alemão, desenvolveu a Teoria da Relatividade em duas etapas: em 1905 ele publicou um trabalho que mais tarde ficou conhecido pelo nome de Teoria da Relatividade Especial, que tratava o movimento uniforme; e em 1915, publicou a Teoria da Relatividade Geral, que tratava o movimento acelerado e a gravitação”.

Carlos Roberto Nogueira de Freitas, Notas do tradutor, In: Albert Einstein, **Teoria da relatividade especial e geral**, p.3.

na física pré-relativista um papel diferente, mais independente, frente às coordenadas espaciais, pelo qual nos habituamos a tratar o tempo como contínuo independente. [...]. A Teoria da Relatividade serve de bandeja a visão quadridimensional do mundo, pois segundo esta teoria o tempo é despojado de sua independência [...]"³².

Em breve síntese, em relação à natureza do espaço, o espaço se aproxima de lugar, sendo indicado por meio de quatro coordenadas (x, y, z e w), comprimento, largura, altura e tempo. Por certo que “O não matemático se sente coagido por um arrepió místico ao ouvir a palavra quadridimensional [...]”³³, mas isso não é motivo para ignorá-la. Muito menos para desconhecer outras teorias que tratem do espaço num número ainda maior de dimensões, apesar da ausência de confirmação³⁴. Entretanto, é sempre bom frisar que, na maioria das vezes, a não ser em casos muito específicos, o aumento de dimensões não causa uma mudança concreta no resultado do estudo promovido. Basta lembrarmos que a geometria plana trabalha apenas com duas coordenadas: comprimento e largura. Assim, a adoção de posição do espaço além da tridimensional deve vir acompanhada de uma justificativa dos ganhos que advirão, sob pena de ser mero apêndice.

3.2. A realidade do espaço

Passemos agora à segunda discussão, qual seja, sobre a realidade do espaço. De forma breve, podemos afirmar que o ponto fulcral da discussão é se o espaço é algo físico, usado aqui no sentido de exterior, ou algo interno, subjetivo, do próprio sujeito. A questão ganha especial interesse, verdadeira peça, provocação filosófica, quando sabemos que os empiristas a disseminaram. Sendo consabida a diferença entre ideia e impressão formulada por HUME³⁵, vemos, claramente, que o

³² Albert Einstein, **Teoria da relatividade especial e geral**, p.40.

³³ Albert Einstein, **Teoria da relatividade especial e geral**, p.40.

³⁴ Por certo que “[...] só reconhecerei um sistema como empírico ou científico se ele for passível de comprovação pela experiência”.

Karl Popper, **A lógica da pesquisa científica**, p.42.

No entanto, não se deve olvidar que apenas em 1919, observando um eclipse, é que foi comprovado o desvio da luz de acordo com a lei da gravitação formulada pela Teoria da Relatividade Geral: “Quando de um eclipse do sol, ocorrido no hemisfério sul, uma expedição organizada pelos ingleses conseguiu realizar observações tecnicamente difíceis. As medidas feitas comprovaram o acerto de afirmações até então aparentemente fantásticas, devido a um sábio alemão, Einstein [...]”.

Karl Jaspers, **Introdução ao pensamento filosófico**, p.15.

³⁵ “[...] podemos aqui dividir todas as percepções da mente em duas classes ou espécies que se distinguem por seus diferentes graus de força e vivacidade. As que são menos fortes e vivazes são comumente denominadas *pensamentos* ou *idéias*. A outra espécie [...] [v]amos [...] chamá-las *impressões* [...]. [...] todas as nossas

espaço, ao ser tratado como uma ideia, foi tido como algo do sujeito, um atribuidor de ordem, ou seja, “[...] a ideia de espaço ou extensão não é senão a ideia de pontos visíveis ou tangíveis distribuídos segundo uma certa ordem [...]”³⁶. E se as formulações humenianas não bastassem *de per se*, ainda tiveram o mérito de despertar o gigante KANT de seu “sonho dogmático”. Não se está com isso a dizer que este foi discípulo daquele. Conforme o ângulo que se olhe, a distância entre ambos pode ser abismal³⁷. Apenas que, como o próprio senhor da Crítica da Razão Pura diz, “Quando se parte de um pensamento fundamentado, embora não pormenorizado, que outro nos transmitiu, pode esperar-se, graças a uma meditação contínua, ir mais longe do que o homem subtil a quem se deve a primeira centelha desta luz”³⁸. De certo temos que o conceito de espaço kantiano acabou desembocando numa subjetividade transcendental³⁹. No entanto, antes dessa posição, da subjetividade transcendental, foi tortuoso o traçado do que jaz na hoje cidade russa de Kaliningrado. Inicialmente, seu foco não estava voltado

percepções mais vívidas, sempre que ouvimos, ou vemos, ou sentimos, ou amamos, ou odiamos, ou desejamos ou exercemos nossa vontade”.

David Hume, **Investigações sobre o entendimento humano** (seção 2), p.34 (itálicos constam do original)

³⁶ David Hume, **Tratado da natureza humana** (livro 1, parte 2, seção 5), p.81 (itálicos constam do original).

³⁷ “Ao longo de sua formação, Kant fora levado a acreditar na razão e a esperar que, mediante o uso da razão, os homens conheceriam os deveres que deles se esperavam e saberiam o que era certo fazer na vida. Hume parecia desvalorizar essas crenças [...]”.

Wayne Morrison, **Filosofia do direito: dos gregos ao pós-modernismo**, p.156 (itálico consta do original).

³⁸ A ideia completa é: “Confesso francamente: foi a advertência de David Hume que, há muitos anos, interrompeu o meu sono dogmático e deu às minhas investigações no campo da filosofia especulativa uma orientação inteiramente diversa. Eu estava muito longe de admitir as suas conclusões, que resultavam simplesmente de ele não ter representado o problema em toda a sua amplitude, mas de o ter abordado apenas por um lado que, se não se tiver em conta o conjunto, nada pode explicar. Quando se parte de um pensamento fundamentado, embora não pormenorizado, que outro nos transmitiu, pode esperar-se, graças a uma meditação contínua, ir mais longe do que o homem subtil a quem se deve a primeira centelha desta luz”.

Immanuel Kant, **Prolegómenos a toda a metafísica futura**: que queira apresentar-se como ciência (Introdução), p.17.

³⁹ Ao tratar do critério espacial da hipótese tributária, VIEIRA já havia chamado a atenção para o estudo das lições kantianas: “[...] é chegado agora o momento [...] de acusar o disparate de uma ação humana fora do espaço e do tempo. Depois de EMMANUEL KANT, o filósofo de Königsberg, essas duas condições não mais estão no mundo mas no próprio ser humano, indissociáveis dele como **requisitos de apreensão das realidades** [...]”.

José Roberto Vieira, **A regra-matriz de incidência do IPI**: texto e contexto, p.63 (negritos constam do original).

Trilhando a senda apontada pelo mestre, VALLE alargou a picada aberta por VIEIRA, o que lhe valeu honroso reconhecimento: “[...] enquanto fizemos isso [apontar os critérios de tempo e espaço, kantianamente, como condições ‘a priori’ do ser humano para a apreensão da realidade] em um único parágrafo, o autor lhe dedicou numerosas páginas [...], aprofundando muito a reflexão e explicitando minuciosamente a visão do filósofo de Königsberg”.

José Roberto Vieira, Prefácio, In: Maurício Dalri Timm do Valle, **Princípios constitucionais e regras-matrizes de incidência do imposto sobre produtos industrializados – IPI**, p.XXXVIII.

E, como conclusão de seus apontamentos, assim VALLE resumiu a posição de KANT sobre o espaço: “[...] i) o ‘espaço’ não existe nas coisas a não ser enquanto as percebemos; e ii) só se deve falar de ‘espaço’ desde o ponto de vista humano. É a condição humana que possibilita sermos afetados por objetos da forma que o somos”.

Maurício Dalri Timm do Valle, **Princípios constitucionais e regras-matrizes de incidência do imposto sobre produtos industrializados – IPI**, p.196-197.

para a tese da subjetividade, que, segundo ABBAGNANO, teve como seu primeiro expoente HOBBS⁴⁰. Sua atenção ligava-se, primeiramente, à crítica de LEIBNIZ a DESCARTES, depois, a disputa daquele com NEWTON. Com efeito, “Em seus escritos pré-críticos das décadas de 1740 e 1750, os pensamentos de Kant a respeito de espaço estavam, de um modo geral, de acordo com a tradição da crítica de Leibniz a Descartes”⁴¹. A mudança brusca de direção deu-se com *Sobre o primeiro fundamento da distinção de direções no espaço*, de 1768, no qual afirma que “[...] apenas por meio dele [espaço absoluto e originário] a relação com as coisas corpóreas é possível [...]”⁴²⁻⁴³. No entanto, esse período newtoniano é curto. Com *Forma e o princípios do mundo sensível e inteligível*, de 1770, tem ele que “El espacio no es algo objetivo y real; ni sustancia ni accidente ni relación; sino algo objetivo e ideal, y proveniente de la naturaleza de la mente según ley estable, cual esquema para coordinar para sí absolutamente todo lo externamente sensible”⁴⁴. Ao que parece, estão dadas as bases para a futura concepção de espaço presente em *Crítica da Razão Pura*, de 1781-1787⁴⁵⁻⁴⁶.

Então, à sua obra suprema, *Crítica da Razão Pura*. Antes, um aviso. A doutrina kantiana presente nessa obra não pode “[...] ser convertida em um conjunto cerrado de princípios. O criticismo

⁴⁰ “A tese da subjetividade do E. foi apresentada pela primeira vez por Hobbes [...]”.

Nicola Abbagnano, **Dicionário de filosofia**, verbete “espaço”, p.351.

⁴¹ Howard Caygill, **Dicionário Kant**, p.119

⁴² Immanuel Kant, **Sobre o primeiro fundamento da distinção de direções no espaço**, p.75.

⁴³ “Kant pretende no artigo não apenas refutar a concepção leibniziana, mas provar a realidade do ‘espaço absoluto’. Não é necessário, entretanto, que se veja seu argumento como uma adoção da concepção newtoniana do espaço (que rivalizara com a de Leibniz na primeira metade do século XVIII), embora o fato de falar em “espaço absoluto” e citar Euler (um defensor conhecido da concepção newtoniana) como tendo procurado realizar a mesma prova, porém de modo a posteriori, leve a crer que Kant viveu, de fato, um período newtoniano [...]”.

Rogério Passos Severo, Tradução de “Von dem ersten Grunde des Unterschiedes der Gegenden im Raume” [Sobre o primeiro fundamento da distinção de direções no espaço] de Immanuel Kant, In: **Cadernos de filosofia alemã**, n.2, p.61-62.

⁴⁴ Immanuel Kant, *Forma y principios del mundo sensible e inteligible*, In: **Disertaciones latinas de Kant**, p.41.

⁴⁵ “Sem dúvida, há em 1770 uma cosmologia. Seu objeto é duplo: o fenômeno e a coisa em si. Kant, ao conceber o objeto como coisa em si, o insere na perspectiva do realismo transcendental, buscando só pela razão conhecer a totalidade do mundo e suas partes simples. Compreendendo seu objeto como fenômeno, antecipa apenas as antíteses das antinomias matemáticas. A idéia do conflito da razão consigo mesma está ausente”.

Orlando Bruno Linhares, *Ciência e metafísica na Dissertação de 1770*, In: **Kant e-prints**, série 2, v. 2, n. 2, p.144.

⁴⁶ “[...] a *Crítica da Razão Pura*, redigida apressadamente em quatro ou cinco meses, foi editada em Riga, por Hartknoch, no ano de 1781. [...]. Kant não ficou satisfeito com a recepção do seu livro. [...] na segunda edição da *Crítica*, hin und wieder verbesserte (1787), suprime, acrescenta, encurta, altera, com finalidade de melhor esclarecer a sua doutrina”.

Alexandre F. Mourão, Prefácio da tradução portuguesa, In: Immanuel Kant, **Crítica da razão pura**, p.VI-VII (itálicos constam do original).

é antes um método, uma atitude ou posição espiritual”⁴⁷. Assim, vamos nos limitar a breves passagens do conceito de espaço, segundo a exposição feita por KANT, entendendo-se “[...] por *exposição* (expositivo) a apresentação clara (embora não pormenorizada) do que pertence a um conceito [...]”⁴⁸. Exposição essa que pode se dar de duas formas: Diz-se “[...] *metafísica* quando contém o que representa o conceito enquanto dado *a priori*”⁴⁹. Por outro lado, chama-se de “[...] *transcendental* a explicação de um conceito como um princípio, a partir do qual se pode entender a possibilidade de outros conhecimentos sintéticos *a priori*”⁵⁰. No plano da metafísica, “O espaço não é um conceito empírico, extraído de experiências externas. [...]. O espaço é uma representação necessárias, *a priori*, que fundamenta todas as intuições externas”⁵¹. Isso nos leva, sem dúvidas, a ter o espaço como condição do fenômeno e não algo que dele dependa. A subjetividade é patente. Por fim, o espaço não é um conceito, mas uma intuição porque “[...] nenhum conceito [...] pode ser pensado como se encerrasse *em si* uma infinidade de representações. Todavia é assim que o espaço é pensado (pois todas as partes do espaço existem simultaneamente no espaço infinito)”⁵². Já se pensarmos o espaço como um princípio, ou seja, transcendentalmente, vemos que ele, de igual modo, não pode ser um conceito. Com efeito, “O espaço tem de ser originalmente uma intuição, porque de um simples conceito não se podem extrair proposições que ultrapassem o conceito, o que acontece, porém, na geometria”⁵³. Intuição essa subjetiva e *a priori*, que não advém da experiência, e, portanto, é pura. Uma passagem de *Crítica da Razão Pura* pode ser tomada como resumo:

“a. O espaço não representa qualquer propriedade das coisas em si, nem essas coisas nas suas relações recíprocas; [...]. b. O espaço não é mais do que a forma de todos os fenômenos dos sentidos externos, isto é, a condição subjetiva da sensibilidade, única que permite a intuição externa”⁵⁴.

Seja a exposição do conceito de espaço metafísica ou transcendental⁵⁵, leva-nos ao mesmo lugar: intuição *a priori* pura. Essa forma de conceber o espaço, por mais interessante e genial que seja,

⁴⁷ Miguel Reale, A doutrina de Kant no Brasil (notas à margem de um estudo de Clóvis Beviláqua). In: **Revista da Faculdade de Direito**, v.42, p.55.

⁴⁸ Immanuel Kant, **Crítica da razão pura** (I, primeira parte, § 2), p.64 (itálico consta do original).

⁴⁹ Immanuel Kant, **Crítica da razão pura** (I, primeira parte, § 2), p.64 (itálicos constam do original).

⁵⁰ Immanuel Kant, **Crítica da razão pura** (I, primeira parte, § 3), p.66 (itálicos constam do original).

⁵¹ Immanuel Kant, **Crítica da razão pura** (I, primeira parte, § 2), p.64. (itálicos constam do original).

⁵² Immanuel Kant, **Crítica da razão pura** (I, primeira parte, § 2), p.66 (itálicos constam do original).

⁵³ Immanuel Kant, **Crítica da razão pura**, p.66.

⁵⁴ Immanuel Kant, **Crítica da razão pura**, p.67 (itálicos constam do original).

⁵⁵ REALE nos dá sua interpretação do que seja a transcendentalidade em KANT: “[...] tôda vez que se pensa a experiência em geral, ou qualquer tipo de experiência particular, em função de suas necessárias ‘condições *a priori* de possibilidade’, sem se extrapolar essa funcionalidade, ou seja, sem se entetizarem os seus nexos

na verdade, tangencia os problemas postos por ARISTÓTELES, ao desviar a discussão para o plano subjetivo, sem, na verdade, tratar da natureza do espaço⁵⁶. É hora de passarmos ao terceiro significado do termo espaço, como estrutura métrica, que será, aqui, no estudo do critério espacial da hipótese tributária, mais útil.

3.3. A estrutura métrica do espaço

A EUCLIDES de ALEXANDRIA é credita a criação da geometria, sendo, no entanto, o correto, sem que isso implique retirada de qualquer mérito, atribuir-lhe a função de sistematizador do que era conhecido até então, reunindo-o no célebre *Os elementos*⁵⁷. Obra, formada por treze livros, que trata de geometria, aritmética e álgebra. Entretanto, se fosse possível destacar algo, de supetão, nesse clássico da humanidade, não passaria despercebido o método axiomático⁵⁸. Ou seja, a partir de axiomas e postulados⁵⁹⁻⁶⁰, ou outras proposições ou teoremas que são verdadeiros (pois já provados),

relacionais (como se as condições de possibilidade existissem em si e por si), configura-se uma teoria de cunho transcendental, acepção que este termo passou a ter a partir de Kant”.

Miguel Reale, **O direito como experiência**, p.11 (itálicos constam do original).

⁵⁶ “[...] a posição crítica de Kant [...] deixa por resolver, sob muitos aspectos, as dificuldades aristotélicas relativas à natureza do espaço. O alinhamento do espaço como uma forma de intuição com a receptividade passiva leva a problemas na concepção de como o espaço pode coordenar passivamente objetos dos sentidos. Kant não segue a sugestão de Aristóteles de concentrar-se no espaço como limite, preferindo destacar o seu caráter coordenativo, mas compartilha claramente da sua dificuldade de não ser capaz de distingui-lo de forma convincente da matéria e da forma”.

Howard Caygill, **Dicionário Kant**, vernáculo “espaço”, p.122.

⁵⁷ Há relatos de que um homem chamado Apollonius é o verdadeiro autor de *Os elementos*, tendo Euclides apenas organizado esses escritos e apostou seu nome: “Equally remarkable are the Arabian accounts of the relation of Euclid and Apollonius. According to them the Elements were originally written, not by Euclid, but by a man whose name was Apollonius, a carpenter, who wrote the work in 15 books or sections’. In the course of time some of the work was lost and the rest became disarranged, so that one of the kings at Alexandria who desired to study geometry and to master this treatise in particular first questioned about it certain learned men who visited him and then sent for Euclid who was at that time famous as a geometer, and asked him to revise and complete the work and reduce it to order. Euclid then re-wrote it in 13 books which were thereafter known by his name”.

Thomas L. Heath, *Euclid and the traditions about him*, In: **The thirteen books of Euclid’s elements**, vol.I, p.5.

⁵⁸ “Método axiomático: o que emprega a formalização e utiliza os recursos da lógica formal para derivar a verdade que pretende estabelecer a partir de uma relação de termos primitivos (indefiníveis) e de um conjunto de axiomas que servem de ponto de partida para a demonstração. Exemplo clássico: a geometria de Euclides”.

Hilton Japiassú e Danilo Marcondes, **Dicionário básico de filosofia**, vernáculo “método”, p.

⁵⁹ “Nos livros da Antigüidade Clássica, era habitual distinguir axiomas e postulados. Axiomas seriam ‘verdades gerais’, independentes do tema em foco, aplicáveis em quaisquer casos. De outra parte, postulados seriam ‘verdades temáticas’, ou seja, verdades específicas, aplicáveis em circunstâncias determinadas e limitadas”.

Leonidas Hegenberg, **Dicionário de lógica**, p.18 (grifos constam do original).

seria possível provar a verdade de uma proposição ou teorema. E é essa forma de *demonstrar* a verdade de uma proposição que difere de *convencer* alguém da verdade da mesma proposição⁶¹, sendo tratada, a demonstração, em minúcias por ARISTÓTELES⁶². De todo modo, a geometria possui por objeto de estudo algo que sempre existiu⁶³, mas que não possui qualquer essência⁶⁴. Geometria é, portanto, a ciência, palavra usada em sentido amplo, que estuda a possibilidade de se medir o espaço⁶⁵.

Podemos classificar a geometria como euclidiana e não-euclidiana. A título de síntese, entre outras coisas, as geometrias não-euclidianas não aceitam o V postulado de Euclides⁶⁶. Também é comum adjetivar a geometria de plana ou de espacial. A geometria plana trata da figura em duas dimensões, num plano. Já a geometria espacial foca a figura em três dimensões. Aqui, entretanto, o foco será a geometria analítica com suas coordenadas. Sem nos esquecermos de Pierre de Fermat, o mérito do desenvolvimento ou mesmo da criação da geometria analítica cabe a DESCARTES. A preocupação do francês era simples: possuir um método para tudo estudar. Promoveu, então, a criação do método e ele mesmo o aplicou para mostrar sua correção⁶⁷. O método cartesiano que começa por

⁶⁰ HUME, o empirista entre os empiristas, não atribuía à geometria um caráter de perfeição, apesar de minimizar seus erros: “Seus erros nunca chegam a ser consideráveis; aliás, ela jamais erraria, se não aspirasse a uma perfeição absoluta” (p.71). E a razão da não perfeição é ser ela, a geometria, construída sobre axiomas e postulados: “Ora, já que essas ideias são tão vagas e incertas, eu gostaria que algum matemático me respondesse em que consiste sua segurança infalível não apenas acerca das proposições mais intrincadas e obscuras de sua ciência, mas também acerca dos princípios mais vulgares e óbvios”.

David Hume, **Tratado da natureza humana**, p.78.

⁶¹ “Uma distinção clássica opõe os meios de convencer aos meios de persuadir, sendo os primeiros concebidos como racionais, os segundos como irracionais, dirigindo-se uns ao entendimento, os outros à vontade”.

Chaïm Perelman e L. Olbrechts-Tyteca, *Lógica e retórica*, In: Chaïm Perelman, **Retóricas**, p.59.

⁶² “Que A seja necessariamente predicado (afirmado) de B e B de C e, então, a conclusão de que A se aplica a C é também necessária. Mas quando a conclusão não é necessária, tampouco o pode ser o termo médio. Suponhamos que A se aplica necessariamente a B, mas não se aplica a C, e que B se aplica necessariamente a C. Então A se aplicará necessariamente a C”.

Aristóteles, **Órganon**: analíticos posteriores, livro I, VI, 75a 5-15, p.256.

⁶³ “[Sócrates] – Não devemos ainda concordar no seguinte? [Gláucon] – Em quê? [Sócrates] - Que se tem em vista o conhecimento do que existe sempre, e não do que a certa altura se gera ou se destrói. [Gláucon] – É fácil de concordar [...] uma vez que a geometria é o conhecimento do que existe sempre”.

Platão, **A república** (livro VII, 527b), p.336.

⁶⁴ “[...] é esta ciência [astronomia] que empreende seu estudo sobre essências que, embora sensíveis, são eternas, ao passo que as demais ciências matemáticas, isto é, a ciência dos números e a geometria, não estudam essência alguma”.

Aristóteles, **Metafísica** (livro XII, 1073b1), p.214.

⁶⁵ “espaço (lat. spatium: área, extensão) I. Em seu sentido geométrico, concepção abstrata de um ambiente vazio de todo conteúdo sensível e caracterizado pela continuidade, homogeneidade e tridimensionalidade”.

Hilton Japiassú e Danilo Marcondes, **Dicionário básico de filosofia**, vernáculo “espaço”, p.

⁶⁶ Postulado das paralelas: “Se uma reta cortar duas retas de modo que a soma dos dois ângulos internos de um mesmo lado seja menos que dois ângulos retos, então as duas outras retas se cruzam, quando suficientemente prolongadas, do lado da primeira reta em que se acham os dois ângulos”.

EUCLIDES, **Os elementos** (primeiro livro, V postulado), p.

⁶⁷ “[...] O objetivo do Discurso, segundo a confissão do próprio Descartes, não é expor seu método, mas chamar sobre ele a atenção de quem lerá os Ensaíes (Dióptrica, Meteoros e Geometria) que o seguem. Estes são

duvidar de tudo, para então concluir sobre a existência daquele que pensa - penso, logo sou; *cogito, ergo sum*⁶⁸, implica o conhecimento da verdade, “[...] se detiver minha atenção sobre as coisas que conceber perfeitamente, e se as separar das outras que só compreendo com confusão e obscuridade”⁶⁹. Não há dúvidas, “O método é necessário para a busca da verdade”⁷⁰. E ao aplicar seu método, entendeu não poderem a aritmética e a geometria andar separadas⁷¹. Com efeito, o que é aplicado a uma, também o é aplicável a outra. O plano cartesiano é composto de dois eixos: um, vertical, simbolizado por *y*, eixo das ordenadas; outro, horizontal, simbolizado por *x*, eixo das abscissas. Disso resultam quatro quadrantes. Por sua vez, onde coincidem os eixos, chamamos de ponto de origem, simbolizado por (0,0). Aí está a geometria analítica. Podemos, agora, identificar qualquer ponto no espaço. Se pensarmos não nos eixos das ordenadas e abscissas, mas em latitude (linha do Equador) e longitude (meridiano de Greenwich), temos, então, a possibilidade de identificarmos qualquer ponto na Terra⁷².

4. Os fatos no espaço lógico são o mundo

Continuando, temos algo óbvio, mas que precisa ser dito. Uma coisa é a realidade, outra é a figuração da realidade. Há, evidentemente, algo em comum entre ambas, a *realidade* (Wirklichkeit) e sua *figuração* (Bild). Isso, no entanto, não nos permite igualar os dois, realidade e figuração.

realmente aplicações do método e, como método é mais questão de prática que de teoria, é sobretudo através deles que Descartes pensa fazer com que o conheçam”.

J.M. Fateaud, Prefácio, In: René Descartes, **Discurso do método**, p.XXVI.

⁶⁸ “[...] enquanto queria assim pensar que tudo era falso, era necessariamente preciso que eu, que pensava fosse alguma coisa. E, notando que esta verdade – *penso, logo existo* – era tão firme e tão certa que todas as mais extravagantes suposições dos cépticos não eram capazes de a abalar, julguei que podia admiti-la sem escrúpulo como o primeiro princípio da filosofia que buscava”.

René Descartes, **Discurso do método** (quarta parte), p.38 (itálicos constam do original).

⁶⁹ René Descartes, **Meditações metafísicas** (meditação quarta), p.96.

⁷⁰ René Descartes, **Regra para a orientação do espírito** (regra IV), p.19 (itálicos constam do original).

⁷¹ “Como toda a Aritmética consiste apenas em quatro ou cinco operações, a saber, adição, subtração, multiplicação, divisão e a extração das raízes, que pode ser considerada um tipo da divisão, assim também não há outra coisa a fazer em Geometria, com respeito às linhas que se desejam conhecer, senão a elas adicionar ou subtrair outras para prepará-las para serem conhecidas ou, ainda, tomando uma |, que chamarei de unidade a fim de relacioná-la o melhor possível com os números, a qual pode em geral ser escolhida arbitrariamente, e conhecendo outras duas, encontro uma quarta que esteja para uma dessas duas como a outra está para a unidade, que é o mesmo que a multiplicação; ou ainda encontrar uma quarta que esteja para uma dessas duas como a unidade está para a outra, o que é o mesmo que a divisão; ou, enfim, encontrar uma, duas ou várias medias proporcionais entre a unidade e alguma outra linha, o que é o mesmo que extrair a raiz quadrada, ou cúbica, etc. E não temerei introduzir esses termos da Aritmética na Geometria para me fazer compreender melhor”.

René Descartes, **A geometria**: primeiro livro [369.8-370.14], p.222-223.

⁷² Há, aqui, uma simplificação, por óbvio. Todo planisfério apresenta distorções.

WITTGENSTEIN é bem claro: “A figuração é um modelo da realidade”⁷³. Claro que há um vínculo, pois “O fato, para ser uma figuração, deve ter algo em comum com o afigurado”⁷⁴. Mas esse algo em comum não é a verdade: “O que a figuração representa é seu sentido”⁷⁵. Ou seja, “[...] sua representatividade [da figuração] independe de sua correção e consiste inteiramente em que seus elementos substituem elementos de um fato possível e a forma desse fato é identificada como a própria forma da representação”⁷⁶. Afinal, “É óbvio que um mundo imaginário, por mais que difira do mundo real, deve ter algo – uma forma – em comum com este”⁷⁷. Deixando de lado as dificuldades em conciliarmos *mundo* (Welt), que é o caso⁷⁸, e *realidade* (Wirklichkeit), a existência e a inexistência de estado de coisas⁷⁹, pois vai isso de encontro ao senso comum, temos que “A figuração representa uma situação possível no espaço lógico”⁸⁰. Percebemos, então, que a *possibilidade* dos estados de coisas é diferente de estados de coisas; “[...] do contrário, o sentido de uma proposição dependeria de ela ser verdadeira”⁸¹. Com efeito, “O que é o caso, o fato, é a existência de estados de coisas”⁸². E esses estados de coisas são representados pela proposição que, por sua vez, tem a realidade como comparação⁸³. A verdade ou falsidade é, desse modo, da proposição⁸⁴. Em suma, “A verdade da tautologia é certa; a da proposição é possível; a da contradição, impossível”⁸⁵. E se não é nem falsa nem verdadeira, então é um contrassenso e, portanto, não deve ser dita (muss man schweigen)⁸⁶.

⁷³ Ludwig Wittgenstein, *Tractatus logico-philosophicus* (2.12), p.143.

⁷⁴ Ludwig Wittgenstein, *Tractatus logico-philosophicus* (2.16), p.143.

⁷⁵ Ludwig Wittgenstein, *Tractatus logico-philosophicus* (2.221), p.147.

⁷⁶ Luiz Henrique Lopes dos Santos, A essência da proposição e a essência do mundo, In: Ludwig Wittgenstein, *Tractatus logico-philosophicus*, p.64.

⁷⁷ Ludwig Wittgenstein, *Tractatus logico-philosophicus* (2.022), p.139.

⁷⁸ “1. O mundo é tudo que é o caso”.

Ludwig Wittgenstein, *Tractatus logico-philosophicus*, p.135.

⁷⁹ “2.06. A existência e a inexistência de estados de coisas é a realidade. (À existência de estados de coisas, chamamos também um fato positivo; à inexistência, um fato negativo”.

Ludwig Wittgenstein, *Tractatus logico-philosophicus*, p.141.

⁸⁰ Ludwig Wittgenstein, *Tractatus logico-philosophicus* (2.202), p.145.

⁸¹ Hans-Johann Glock, *Dicionário Wittgenstein*, vernáculo “fato”, p.160.

⁸² Ludwig Wittgenstein, *Tractatus logico-philosophicus* (2), p.135.

⁸³ “4.05. A realidade é comparada com a proposição”.

Ludwig Wittgenstein, *Tractatus logico-philosophicus*, p.173.

⁸⁴ “Es evidente que no se da división alguna de los hechos en verdaderos y falsos; sólo hay hechos a secas. Sería un error, por supuesto, decir que todos los hechos son verdaderos. Sería un error puesto que verdadero y falso son correlativos, y únicamente se dirá de algo que es verdadero cuando por su naturaleza le cupiese la *posibilidad* de ser falso, Un hecho no puede ser ni verdadero ni falso”.

Bertrand Russel, La filosofía del atomismo lógico, In: *Lógica y conocimiento*, p.294 (itálico consta do original).

⁸⁵ Ludwig Wittgenstein, *Tractatus logico-philosophicus* (4.464), p.199.

⁸⁶ O último aforisma do *Tractatus* é um primor: “7. Sobre aquilo de que não se pode falar, deve-se calar”.

Ludwig Wittgenstein, *Tractatus logico-philosophicus*, p.281.

Basta compará-lo com um texto de SCHILICK, que reflete a mesma ideia, para percebemos a força do estilo de WITTGENSTEIN: “Quem pensar [...] em um sentido não constatável, deve reconhecer que neste ponto só lhes resta *uma* atitude: calar-se totalmente”.

Moritz Schlick, Positivismo e realismo, In: *Coletânea de textos*, p.52.

São essas passagens do vienense em seu esplendor. No entanto, ao que parece, esse primeiro WITTGENSTEIN encontra-se, ao menos para parte do mundo filosófico, no ostracismo, vejam só, em razão dele mesmo, ou melhor, de um segundo WITTGENSTEIN. Em sua obra, de publicação póstuma, *Investigações Filosóficas*, boa parte do *Tractatus* ou foi tida por incompleta ou, mesmo, relegada. Na sua primeira fase, “A proposição é a figuração da realidade”⁸⁷. Em sua segunda fase, diz que não é só isso, que há uma totalidade formada pela linguagem e pelas atividades com que ela vem entrelaçada. Totalidade essa que foi chamada de *jogo de linguagem* (*Sprachspiel*)⁸⁸. Ocorre que se as ideias de *Tractatus* são ou errôneas ou incompletas, elas passam a não servir, ao menos, por si só. AYER dá-nos nota de que o próprio WITTGENSTEIN queria o *Tractatus* como um preâmbulo de *Investigações*⁸⁹. Ficamos, entretanto, entre aqueles que vêm no professor de Cambridge duas obras independentes, para ficarmos só nesses dois livros, sendo que uma não anula nem corrige a outra, podendo ser lidas autonomamente, mesmo que *Investigações* faça várias referências ao *Tractatus*.

De todo modo, a obra escrita nas trincheiras da primeira guerra⁹⁰ dá-nos o espaço lógico (logischer Raum)⁹¹. A saber, “A proposição determina um lugar no espaço lógico”⁹². E a totalidade dos fatos, ou seja, dos estados de coisas, no espaço lógico, é o mundo⁹³. Por sua vez, esse lugar lógico

No entanto, ironia das ironias, o *Tractatus* é algo que não pode ser dito: “[...] as coisas que têm que ser ditas para se conduzir o leitor a entender a teoria do Sr. Wittgensteins são, todas elas, coisas que a própria teoria condena como desprovidas de significação”.

Bertrand Russel, Introdução, In: Ludwig Wittgenstein, *Tractatus logico-philosophicus*, p.117.

⁸⁷ Ludwig Wittgenstein, *Tractatus logico-philosophicus* (4.01), p.165.

⁸⁸ “Mostro-lhe como se faz, ele faz como lhe mostro; e eu o influencio mediante manifestações de consentimento, de rejeição, de expectativa, de animação. Deixo-o fazer, ou impeço-o de fazer; etc. Imagine se você testemunhasse uma tal instrução. Nenhuma palavra seria explicada por si mesma, não se faria nenhum círculo lógico”.

Ludwig Wittgensteins, *Investigações filosóficas* (208), p.116.

⁸⁹ “[...] so much so indeed that Wittgenstein is said to have favoured the idea of reprinting the *Tractatus* as a prelude to the *Investigations*, in their German texts”.

A.J. Ayer, *Wittgenstein*, p.67-68

⁹⁰ *Tractatus* é um daqueles livros maravilhosos não só pelo que traz, mas, também, pelas várias histórias que o cercam. Uma muito interessante é a aquela na qual WITTGENSTEIN, ao voltar a Cambridge, lembrando que ele tinha abandonado os estudos, submeteu o livro como tese de doutoramento. Isso no ano de 1929, quando o livro já era famoso. A banca era formada por Russell e G. E. Moore: “No exame oral, quando chegou o momento de Wittgenstein ser questionado a respeito dos argumentos de sua tese, os três conhecidos ficaram um tempo conversando até que Russel se virou para Moore e disse: ‘Vá em frente, você tem de lhe fazer algumas perguntas – você é o professor’. Seguiu-se uma discussão desconexa, finda a qual Wittgenstein levantou-se, bateu nos ombros dos examinadores e disse: ‘Não se preocupem, eu sei que vocês nunca vão entender’”.

David Edmonds e John Eidinow, *O atizador de Wittgenstein*, p.61.

⁹¹ “O *Tractatus* não define o termo ‘espaço lógico’, mas este se refere ali, claramente, ao conjunto total de possibilidades lógicas”.

Hans-Johann Glock, *Dicionário Wittgenstein*, vernáculo “espaço lógico”, p.136 (itálico consta do original).

⁹² Ludwig Wittgenstein, *Tractatus logico-philosophicus* (3.4), p.163.

⁹³ “1.13. Os fatos no espaço lógico são o mundo”.

(logischer Ort) é a conjunção do sinal da proposição e das coordenadas lógicas⁹⁴. Confluem, assim, lugar geométrico e lugar lógico⁹⁵. Fica, dessa forma, claro que o fato, como caso (Fall), e possibilidade de estados de coisas (Sachverhalten) são diferentes. “Os objetos devem preencher alguma região do espaço lógico, isto é, concretizar algo no espaço de possibilidades; o lugar exato que de fato preenche é, no entanto, uma questão empírica”⁹⁶. Temos, agora, dadas as condições para cuidarmos do critério espacial da hipótese da norma tributária.

5. Lugar-geométrico e lugar-geográfico

Uma coisa são estados de coisas como possibilidades. Outra, totalmente diferente, é o caso. Se esses diversos vão expressos em linguagem, por óbvio, as expressões devem ser diferentes sob pena de não refletirem a disparidade. Cabe, então, a primeira conclusão, o critério espacial da hipótese da norma tributária *stricto sensu* está a tratar de estados de coisas possíveis e não de um fato. Há, portanto, um espaço lógico, o das possibilidades de todos os estados de coisas. O legislador seleciona, nesse espaço, um lugar, demarcando-o. Esse lugar é o lugar lógico que aqui chamaremos de *lugar-geométrico*. Empiricamente, o fato também possui um lugar. Nada, no entanto, diz-nos que dada a possibilidade dos estados de coisas advenha o estado de coisas. Ambos, possibilidade e caso, são independentes. Assim, um lugar-geométrico nem sempre tem um corresponde lugar empírico, que aqui chamaremos de *lugar-geográfico*.

O lugar-geométrico só existe em razão da proposição abstrata posta pelo legislador. Por sua vez, o lugar-geográfico é ou não é. E disso nos dará conta uma proposição concreta. Logo, não há um porquê confundir as entidades. Uma, a proposição abstrata que dá um lugar-geométrico, que pode ser, mas que não traz nenhuma informação se é ou não; outra, uma proposição concreta que nos diz que um fato, um caso, deu-se em determinado lugar, lugar-geográfico. Com a palavra, VILANOVA:

Ludwig Wittgenstein, *Tractatus logico-philosophicus*, p.135.

⁹⁴ “3.41. O sinal proposicional e as coordenadas lógicas: isso é o lugar lógico”.

Ludwig Wittgenstein, *Tractatus logico-philosophicus*, p.163.

⁹⁵ “3.411 O lugar geométrico e o lógico coincidem em serem ambos a possibilidade de uma existência”

Ludwig Wittgenstein, *Tractatus logico-philosophicus*, p.163.

⁹⁶ Hans-Johann Glock, *Dicionário Wittgenstein*, vernáculo “espaço lógico”, p.137.

“O fato é topicamente um aqui-e-agora. O fato típico, *como classe* (ou *conjunto*, em sentido matemático), inexistente como dado existencial: é uma construção conceptual, objetiva, sim, mas que não oferece a resistência das coisas e dos fatos que compõem o meu mundo circundante”⁹⁷.

O critério espacial da hipótese da norma tributária em sentido estrito trata do lugar-geométrico. A abstração não permite que seja diferente. Está-se no campo das possibilidades. A norma concreta, lançamento tributário ou declaração do contribuinte⁹⁸, por sua vez, cuida do lugar-geográfico. Nessa, com todas as letras, tem-se a afirmação de um caso, de um específico estado de coisas.

Feita essa diferenciação entre geométrico e geográfico, cabe, ainda, uma última observação sobre o termo “lugar”. Temos nós, neste trabalho, sem explicação, usado “lugar”. A doutrina, sem maiores detalhes, usa, além de lugar, local e localidade. Estaremos diante de sinônimos? Sempre é possível tentarmos uma distinção⁹⁹. Também pode ser que, na prática, v.g., por uma questão afetiva, seja preferível um termo a outro, pois um despertaria algo que o outro não. Não vamos, em razão disso, defender que se trate de uma sinonímia completa, mas de uma sinonímia incompleta, aquela “[...] limita à denotação”¹⁰⁰. Ademais, não é demais ressaltar que WITTGENSTEIN, ao falar de espaço e lugar, usa, respectivamente, *Raum* e *Ort*. Só que uma ida a um dicionário alemão-português nos põe no mesmo ponto, pois é “*Ort sm* o lugar; a localidade; o local”¹⁰¹. A origem das palavras, de igual modo, leva-nos à sinonímia, ao menos, à incompleta¹⁰². Por essa linha, no estudo do critério espacial da hipótese tributária, são intercambiáveis, sem qualquer perda, os termos “lugar”, “local” e “localização”. Por uma questão de preferência pessoal, optamos por lugar. E, apesar de serem os termos intercambiáveis, sendo possível a escolha de qualquer um deles, não se recomenda o uso de ora uma

⁹⁷ Lourival Vilanova, **Causalidade e relação no direito**, p.144 (itálicos constam do original)

⁹⁸ “Há duas espécies de crédito tributário: uma, formalizada por ato-norma administrativo, editado por agente público competente; outra, formalizada em linguagem prescritiva por ato-norma expedido pelo próprio particular [...]”.

Eurico Marcos Diniz de Santi, **Lançamento tributário**, p.185.

⁹⁹ “*Local* é ponto em que uma coisa tem seu assento, o lugar próprio para nele ser colocado. *Localidade* é espaço circunscrito, considerado no que tem de especial. *Lugar* é o ponto em que uma coisa existe ou pode existir”.

Antenor Nascentes, **Dicionário de sinônimos**, p.30 (itálicos constam do original).

¹⁰⁰ Jean Dubois *et al.*, **Dicionário de lingüística**, vernáculo “sinonímia”, p.555 (itálicos constam do original).

¹⁰¹ Edel Helga Kick Ehlers, **MICHAELIS TECH**: dicionário de economia e direito alemão-português. Português-alemão, p.160 (negrito e itálico consta do original).

¹⁰² “**lugar** *sm.* ‘espaço ocupado, localidade, cargo, posição’ | XIII, *logar* XIII | Do lat. *locālis*, de *locus* || **local** XV. Do lat. *locālis* || **localIDADE** 1803 || **localIZ·AÇÃO** 1873 [...]”.

Antônio Geraldo da Cunha, **Dicionário etimológico da língua portuguesa**, p.395 (itálicos e negritos constam do original).

palavra ora outra, já que qualquer ganho estilístico que advenha, pode ser facilmente afastado por uma eventual perda de precisão.

6. Figuração e fato

Não basta, no entanto, dizer que o critério espacial da hipótese tributária é o lugar-geométrico. Pelo menos, não para a doutrina, para quem o termo “lugar” deve vir acompanhado de “ocorrência” ou de “acontecimento”. Passemos, agora, à segunda conclusão. Esses apontamentos não precisam, entre si, ser distinguidos. Isso porque tem-se por *acontecimento*: “[...] o que acontece; fato, ocorrência [...]”¹⁰³; “[...] Aquilo que acontece; sucesso. [...] Episódio, sucesso, ocorrência [...]”¹⁰⁴; “[...] fato sucedido ou que sucede [...]”¹⁰⁵; “[...] o que acontece [...]”¹⁰⁶. Já por *ocorrência*: “[...] o que ocorre; acontecimento, acaso, sucesso [...]”¹⁰⁷; “[...] Acontecimento, sucesso, acaso [...]”¹⁰⁸; “[...] Acontecimento; algo que ocorre [...]”¹⁰⁹; “[...] ação ou efeito de ocorrer. [...] Acontecimento, fato sucedido; eventualidade [...]”¹¹⁰. Encontramo-nos, novamente, diante de uma sinonímia. Isso não significa, sem embargo, que a notação, seja ela “ocorrência” ou “acontecimento”, não tenha problemas. Podemos tratar os vocabulários como sinônimos, mas isso não elimina uma grave há ambiguidade.

Ao elaborar sua classificação dos signos, fê-la PEIRCE “[...] dividindo-os [signos] segundo três tricotomias, a saber: a relação signo-meio S(M), signo-objeto S(O) e signo-interpretante S(I)”¹¹¹. Em relação ao meio, os signos podem ser uma mera qualidade (tone), algo concreto (token) ou uma regra geral (type). No caso da qualidade, dá-se o nome de *qualissigno*. A lei geral denomina-se *legissigno*. Por fim, no caso concreto individual, usa-se *sinsigno*: “[...] (onde a sílaba *sin* é considerada em seu significado de ‘uma única vez’, como *singular*, *simples*, no Latim *semel*, etc.) é uma coisa ou evento existente e real que é um signo”¹¹². Os termos “acontecimento” ou “ocorrência”, grosso modo, poderiam tanto ligarem-se a um *type* como a um *token*. Com essa ambiguidade, os termos “acontecimento” e “ocorrência”, aqui tomados como iguais, num trabalho científico, beiram o imprestável. POPPER acusou o problema, mas resolveu manter a palavra “ocorrência” (occurrence), diferenciando-a de

¹⁰³ Antonio Houaiss e Mauro de Salles Villar, **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**, p.64.

¹⁰⁴ Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, **Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa**, p.39.

¹⁰⁵ Luiz Antonio Sacconi, **Grande dicionário Sacconi**, p.52.

¹⁰⁶ Caldas Aulete, **Dicionário contemporâneo da língua portuguesa**, I volume, p.66.

¹⁰⁷ Antonio Houaiss e Mauro de Salles Villar, **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**, p.2047.

¹⁰⁸ Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, **Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa**, p.1426.

¹⁰⁹ Luiz Antonio Sacconi, **Grande dicionário Sacconi**, p.1474.

¹¹⁰ Caldas Aulete, **Dicionário contemporâneo da língua portuguesa**, IV volume, p.2822.

¹¹¹ Issac Epstein, **O signo**, p.48.

¹¹² Charles S. Peirce, **Semiótica**, p.52.

“evento” (event). Assim, valeu-se do “[...] termo ‘evento’, para denotar o que pode apresentar-se como *típico ou universal* acerca de uma ocorrência, ou aquilo que numa ocorrência, pode ser descrito com o auxílio de nomes universais”¹¹³. De nossa parte, seja ocorrência, seja acontecimento, é, no mínimo, inútil, para não dizermos prejudicial, o emprego desses vocábulos no trato do critério espacial da hipótese tributária. Expliquemo-nos. A ocorrência ou o acontecimento é algo que ocorreu ou aconteceu. Para esse caso, o direito já possui um termo específico, qual seja, “fato”. Fato, portanto, nada mais é que um acontecimento ou ocorrência. Redundante, portanto, falarmos em ocorrência ou acontecimento do fato. Basta fato.

Há, aqui, uma concretude. Assim, podemos identificar que na norma concreta temos, de forma clara, sem circunlóquios, o lugar-geográfico do fato (tributário). Nem mais nem menos, *tout court*. No mesmo sentido, se a norma abstrata traz algo que é possível que ocorra, aconteça, mas que não é certo, não marcado, não faz sentido usarmos “ocorrência” ou “acontecimento”. O que pode acontecer ou ocorrer não é um acontecimento ou ocorrência, pode vir a ser, mas não é. Preferimos, então, *figuração*. A figuração guarda uma forma de afiguração com o afigurado, mas não é ele. Com figuração, separamos os dois planos. Logo, a linguagem que trata de um possível mundo não é a que trata do mundo. Espaços diferentes, lugares diferentes. Assim, a norma tributária em sentido estrito, sua estrutura lógica, é formada, na hipótese, entre outros critérios, pelo espacial que corresponde ao lugar-geométrico da figuração (tributária).

Referências bibliográficas

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. Tradução de Alfredo Bosi *et al.* 4.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ARISTÓTELES. *Física*. Traducción y notas: Guillermo R. de Echandía. Madrid: Editorial Gredos, 1995.

_____. *Metafísica* (livro XII). Tradução de Lucas Angioni. In: Cadernos de história e filosofia da ciência (CHFC), série 3, v.15, n.1. Campinas-SP, jan-jun 2005.

_____. *ÓRGANON*. Tradução de Edson Bini. Bauru-SP: EDIPRO, 2005.

¹¹³ Karl Popper, *A lógica da pesquisa científica* (23), p.94 (itálico consta do original).

ASSIS, André K. T. Comparação entre mecânica relacional e a relatividade geral de Einstein. In: PESSOA JR, Osvaldo (org.). *Fundamentos da Física 2: Simpósio David Bohm*. São Paulo: Editora Livraria da Física – USP, 2001.

ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

AULETE, Caldas. *Dicionário contemporâneo da língua portuguesa*. Volumes I a V. 5.ed. Rio de Janeiro: Delta, 1964.

BECHO, Renato Lopes. *Lições de direito tributário: teoria geral constitucional*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do direito tributário*. 3.ed. São Paulo: Lejus, 2002.

BERGSON, Henri. *O que Aristóteles pensou sobre o lugar*. Tradução de Anna Lia A. de Almeida Prado. Campinas, SP: Unicamp, 2013.

CARVALHO, Paulo de Barros. A regra-matriz de incidência do imposto sobre importação de produtos estrangeiros. In: SANTI, Eurico Marcos Diniz de (coord.), *Curso de direito tributário e finanças públicas: do fato à norma, da realidade ao conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. *Curso de direito tributário*. 18.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Teoria da norma tributária*. 5.ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

CASSONE, Vittorio. *Direito tributário: fundamentos constitucionais da tributação, definição de tributos e suas espécies, conceitos e classificação dos impostos, doutrina, prática e jurisprudência*. 22.ed. São Paulo: Atlas, 2011.

CAYGILL, Howard. *Dicionário Kant*. Tradução de Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2000.

COTTINGHAM, John. *Dicionário Descartes*. Tradução de Helena Martins. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1995.

CUNHA, Antônio Geraldo. *Dicionário etimológico da língua portuguesa*. 4.ed. Rio de Janeiro: Lexikon, 2010.

DENARI, Zelmo. *Curso de direito tributário*. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

DESCARTES, René. *A geometria: primeiro livro* [369.8-370.14]. Tradução de José Portugal dos Santos. In: *Cadernos de história e filosofia da ciência (CHFC)*, série 3, v.19, n.2. Campinas-SP, jul-dez 2009, p.221-250.

- _____. **Discurso do método**. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- _____. **Meditações Metafísicas**. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 3.ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2001.
- _____. **Princípios da filosofia**. Tradução de João Gama. Lisboa: Edições 70, s/d.
- _____. **Regras para a orientação do espírito**. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 3.ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.
- DUBOIS, Jean *et al.* **Dicionário de lingüística**. 8.ed. Tradução de: Frederico Pessoa de Barros *et al.* São Paulo: Cultrix, 2001.
- EDMONDS, David; EIDINOW, John. **O atizador de Wittgenstein**: a história de uma discussão de dez minutos entre dois grandes filósofos. Tradução de Pedro Jorgensen Jr. Rio de Janeiro: DIFEL, 2003.
- EHLERS, Edel Helga Kick. **MICHAELIS TECH**: dicionário de economia e direito alemão-português, português-alemão - Worterbuch Für Wirtschaft und Recht Deutsch-Portugiesisch, Portugiesisch-Deutsch. São Paulo: Companhia Melhoramentos, 1995.
- EINSTEIN, Albert. **A teoria da relatividade especial e geral**. Tradução de Carlos Roberto Nogueira de Freitas. Rio de Janeiro: Contraponto, 1999.
- _____. Foreword. In: JAMMER, Max. **Concepts of space: the history of theories of space in physics**. Harvard University Press: Cambridge-Massachusetts, 1954.
- EPSTEIN, Issac. **O signo**. 7.ed. São Paulo: Ática, 2001.
- EUCLIDES. **Os elementos**. Tradução de Irineu Bicudo. São Paulo: UNESP, 2009.
- FATEAUD, J.M. Prefácio. In: DESCARTES, René. **Discurso do método**. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa**. 4.ed. Curitiba: Positivo, 2009.
- FREITAS, Carlos Roberto Nogueira de. Notas do tradutor. In: EINSTEIN, Albert. **A teoria da relatividade especial e geral**. Tradução de Carlos Roberto Nogueira de Freitas. Rio de Janeiro: Contraponto, 1999.
- GLOCK, Hans-Johann. **Dicionário Wittgenstein**. Tradução de Helena Martins. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1998.
- HARADA, Kiyoshi. **Direito financeiro e tributário**. 21.ed. São Paulo: Atlas, 2012.

HEATH, Thomas L. Euclid and the traditions about him. In: **The thirteen books of Euclid's elements**, vol.I, 2.ed. Dover Publications: New York, 1956.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. Preleções sobre a história da filosofia. In: **Os pré-socráticos: vida e obra**. Tradução de Ernildo Stein. São Paulo: Nova Cultura, 2000.

HEGENBERG, Leônidas. **Dicionário de lógica**. São Paulo: EPU, 1995.

HOUAISS, Antonio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

HUME, David. **Investigações sobre o entendimento humano e sobre os princípios da moral**. Tradução de José Oscar de Almeida Marques. São Paulo: UNESP, 2004.

_____. **Tratado da natureza humana: uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais**. Tradução Débora Danowski. 2.ed. São Paulo: UNESP, 2009.

JAPIASSÚ, Hilton; MARCONDES, Danilo. **Dicionário básico de filosofia**. 3.ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.

JASPERS, Karl. **Introdução ao pensamento filosófico**. Tradução de Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 2011.

KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura**. Tradução de Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. 5.ed Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001.

_____. Forma y principios del mundo sensible e inteligible. In: **Disertaciones latinas de Kant**. Traducidas por Juan David Garcia Bacca. Universidad Central de Venezuela, 1974.

_____. **Prolegómenos a toda a metafísica futura: que queira apresentar-se como ciência**. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, s/d.

_____. **Sobre o primeiro fundamento da distinção de direções no espaço**. Tradução de Rogério Passos Severo. In: **Cadernos de filosofia alemã**, n.2. São Paulo: USP-FFLCH, jan-jun 1997, p.61-75.

KUHNEN, Remberto Francisco. Dados biográficos. In: **Os pré-socráticos: vida e obra**. Tradução de Ernildo Stein. São Paulo: Nova Cultura, 2000.

LEIBNIZ, Gottfried Wilhelm. **Novos ensaios sobre o entendimento humano**. Vol. 2. Tradução Luiz João Baraúna e Carlos Lopes de Mattos. São Paulo: Nova Cultural, 1988.

LINHARES, Orlando Bruno. Ciência e metafísica na *Dissertação* de 1770. In: **Kant e-prints**, série 2, v.2, n.2. Campinas-SP: Unicamp, jul-dez 2007, p.143-163.

LOPES, Rodolfo. Introdução. In: PLATÃO. **Timeu-Críticas**. Tradução de Rodolfo Lopes. Coimbra: CECH, 2011.

MORA, José Ferrater. **Dicionário de filosofia**. Tradução de António José Massano e Manuel Palmeirim. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1978.

MORRISON, Wayne. **Filosofia do direito: dos gregos ao pós-modernismo**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2.ed. São Paulo. WMF Martins Fontes, 2012.

MOURÃO, Alexandre Fradique. Prefácio da tradução portuguesa. KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura**. Tradução de Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. 5.ed Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001.

NASCENTES, Antenor. **Dicionário de sinônimos**. 3.ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1981.

NEWTON, Isaac. **Princípios matemáticos da filosofia natural**. Tradução de Carlos Lopes de Mattos e Pablo Rubén Mariconda. São Paulo: Nova Cultural, 1987.

PEIRCE, Charles Sanders. **Semiótica**. Tradução de José Teixeira Coelho Neto. 3.ed. São Paulo: Perspectiva, 2003.

PERELMAN, Chaïm. **Retóricas**. Tradução de Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo. Martins Fontes, 1997.

PLATÃO. **A república**. Tradução de Maria Helena da Rocha Pereira. 9.ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001.

_____. **Timeu-Crítias**. Tradução de Rodolfo Lopes. Coimbra: CECH, 2011.

POPPER, Karl. **A lógica da pesquisa científica**. Tradução de Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. 11.ed. São Paulo: Cultrix, 2004.

REALE, Miguel. A doutrina de Kant no Brasil (notas à margem de um estudo de Clovis Bevilacqua). In: **Revista da Faculdade de Direito**, v.42. São Paulo: USP, jan.1947, p.51-96.

_____. **O direito como experiência**. São Paulo: Saraiva, 1968.

RUSSELL, Bertrand. Introdução. In: WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tractatus logico-philosophicus**. Tradução de Luiz Henrique Lopes dos Santos. 3.ed. São Paulo: USP, 2001.

_____. **Lógica y conocimiento**. Traducción de Robert Charles Marsh. Barcelona: RBA Libros, 2013.

SACCONI, Luiz Antonio. **Grande dicionário Sacconi: da língua portuguesa: comentado, crítico e enciclopédico**. São Paulo: Nova Geração, 2010.

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

SANTOS, Luiz Henrique Lopes dos. A essência da proposição e a essência do mundo. In: WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus logico-philosophicus*. Tradução de Luiz Henrique Lopes dos Santos. 3.ed. São Paulo: USP, 2001.

SCHILICK, Moritz. *Coletânea de textos*. Tradução de Luiz João Baraúna. São Paulo: Abril Cultural, 1980.

SEVERO, Rogério Passos. Tradução de “Von dem ersten Grunde des Unterschiedes der Gegenden im Raume” [Sobre o primeiro fundamento da distinção de direções no espaço] de Immanuel Kant. In: *Cadernos de filosofia alemã*, n.2. São Paulo: USP-FFLCH, jan-jun 1997, p.61-75.

SIMPLÍCIO. *Comentários a sobre os céus*. In: BARNES, Jonathan Barnes. *Filósofos pré-socráticos*. Tradução de Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

TORRES. Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*. 17.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

VALLE, Maurício Dalri Timm do. *Princípios constitucionais e regras-matrizes de incidência do IPI*. São Paulo: Noeses, 2016.

VIEIRA, José Roberto. *A regra-matriz de incidência do IPI: texto e contexto*. Curitiba: Juruá, 1993.

_____. Prefácio. In: VALLE, Maurício Dalri Timm do. *Princípios constitucionais e regras-matrizes de incidência do IPI*. São Paulo: Noeses, 2016.

VILANOVA, Lourival. *Casualidade e relação no direito*. 4.ed. São Paulo: RT, 2000.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. Tradução de Marcos G. Montagnoli. 9.ed. Petrópolis-RJ: Vozes, 2014.

_____. *Tractatus logico-philosophicus*. Tradução de Luiz Henrique Lopes dos Santos. 3.ed. São Paulo: USP, 2001.

A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NO DIREITO BRASILEIRO

Vivian Carla da Costa

Acadêmica de Direito do Centro Universitário Unicuritiba/PR

RESUMO: O presente artigo busca explorar a evolução histórica da responsabilidade civil do Estado e seu consequente dever de indenizar os particulares, diante da prática de condutas que violam direitos alheios. Atualmente, a Constituição/88 dispensa a análise do elemento volitivo na responsabilidade do Estado, contudo, o tema ainda abarca inúmeras divergências doutrinárias, haja vista que as concepções jurídicas evoluem na medida das transições histórico-sociais. Nesta linha, propõe-se compreendê-las, garantindo uma justa e adequada interpretação de casos concretos.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Administrativo – Responsabilidade Civil – Responsabilidade do Estado – Nexo de Causalidade – Dever de Indenizar

ABSTRACT: This article aims exploring the historical evolution of the State's civil responsibility and it's duty to indemnify the particular when there are practices a that violates the others rights. Nowadays, the Constitution/88 dismisses the analysis of the willing element in the State's responsibility, yet, the theme still takes innumerable doctrinal divergences, seen that the juridical designs evolve in the same way that the historical-social transitions happen. In this line, it's proposed to comprehend them, granting a fair and adequate interpretation of the concrete cases.

KEYWORDS: Administrative Law – Civil Responsibility – State's Responsibility – Casual Link – Duty to Indemnify.

SUMÁRIO: 1. Introito - 2. Teorias da Responsabilidade do Estado - 2.1. Teoria da Irresponsabilidade - 2.2. Teoria Civilista: Atos de Império e Atos de Gestão - 2.3. Teoria Civilista: Responsabilidade Subjetiva do Estado - 2.4. Teoria Publicista: Culpa Administrativa - 2.5. Teoria Publicista: Responsabilidade Objetiva do Estado - 3. Responsabilidade Objetiva do Estado: Teoria do Risco Integral e Teoria do Risco Administrativo - 4. Teoria da Responsabilidade Pressuposta - 5. À Guisa de Síntese - Referências Bibliográficas.

I. Introito

A responsabilidade civil do Estado¹⁻² é tema que ainda gera diversas discussões no âmbito doutrinário, pois, a despeito de seu atual caráter objetivo, com a dispensa do elemento

¹ "Trate-se de dano resultante de comportamentos do Executivo, do Legislativo ou do Judiciário, a responsabilidade é do Estado, pessoa jurídica; por isso é errado falar em responsabilidade da Administração Pública, já que esta não tem personalidade jurídica, não é titular de direitos e obrigações na ordem civil". Maria Sylvia Zanella Di Pietro, **Direito administrativo**, p. 815.

vontade, consagrado pela Constituição Federal de 1988, ainda há controvérsias acerca de sua aplicação ao caso concreto, o que implica a suscitação de diversas teorias.

Tais controvérsias decorrem da própria figura do Estado que, ao longo da história, nem sempre ocupou a posição de responsável pelos atos praticados pelos seus representantes. Portanto, atualmente, para se garantir a melhor aplicação da lei aos casos concretos, faz-se necessário, inicialmente, promover uma análise histórica acerca da evolução do instituto da responsabilidade civil do Estado, o que o presente artigo se propõe, modestamente, a fazer.

Antes de restringir o instituto da responsabilidade civil ao âmbito estatal, devem ser tecidas algumas considerações gerais acerca da responsabilidade civil extracontratual propriamente dita. A responsabilidade extracontratual determina que, a partir de um dano causado a terceiro, independentemente de sua natureza, gera-se o dever de reparação a fim de se aproximar do *status quo ante*, desde que comprovado o nexo de causalidade entre a conduta do agente e o dano sofrido. Isso com base nos ensinamentos de Sílvio Venosa, para quem “[o]s princípios da responsabilidade civil buscam restaurar um equilíbrio patrimonial e moral violado”³.

A responsabilidade civil do Estado parte das mesmas premissas. Neste sentir, merece distinguir, sucintamente, a atuação do Estado como ente social e que, diante da lesão de direito alheio tem o dever de repará-lo, da atuação do Estado, agente munido de prerrogativas de poder para a satisfação do interesse público, como interveniente na propriedade privada, sacrificando o particular em prol de um bem maior e, portanto, ensejando indenização, prévia e justa, v.g., desapropriação, servidão administrativa, requisição e ocupação temporária. Trataremos, no presente artigo, tão somente da responsabilidade civil extracontratual, qual seja, decorrente de violação de direito alheio por ato ilegal.

2. Teorias da Responsabilidade do Estado

Superado o breve introito, destaca-se que o instituto da responsabilidade civil do Estado abarca diversas teorias e classificações, conforme sua evolução histórico- doutrinária. Por didática, adota-se, aqui, a categorização promovida pela renomada jurista Maria Sylvania di Pietro⁴, qual seja: teoria da irresponsabilidade; teorias civilistas: teoria dos atos de império e gestão e teoria da responsabilidade subjetiva (ou teoria da culpa civil); teorias publicistas: teoria da culpa administrativa

² “A responsabilidade civil do Estado consiste no dever de compensar os danos materiais e morais sofridos por terceiros em virtude de ação ou omissão antijurídica imputável ao Estado”.

Marçal Justen Filho, **Curso de direito administrativo**, p. 1730.

³ Sílvio de Salvo Venosa, **Responsabilidade civil**, p. 1.

⁴ Maria Sylvania Zanella Di Pietro, **Direito administrativo**, p. 816.

(ou culpa do serviço público) e teoria da responsabilidade objetiva (teoria do risco integral ou administrativo). Vamos a elas então!

2.1. Teoria da Irresponsabilidade

A teoria da irresponsabilidade, que não teve repercussão no ordenamento brasileiro, mas tão somente em países com regimes monárquicos-absolutistas consolidados, consagrou, sob a primazia da soberania estatal, o princípio *The king can do not wrong*, ou seja, o rei não pode errar. Sob a égide de tal teoria, o Estado, mesmo como agente violador de direito alheio, jamais seria responsabilizado, pois gozava de “[...] prerrogativa de ampla irrestrita imunidade”⁵. Imunidade essa que conduzia à insegurança jurídica, pois o Estado, ao passo que não tinha qualquer responsabilidade sob a ótica jurídica, era, curiosamente, o responsável por tutelar o direito e garantir sua eficácia perante à sociedade. Entendia-se que, por ser o Estado o criador do Direito, não poderia este ser admoestado por aquele, sua criatura. No entanto, “[s]e o Estado é o guardião do Direito, como deixar ao desamparo o cidadão que sofreu prejuízos por ato próprio do Estado?”⁶. Passamos a ter um Estado de Direito, ou seja, um Estado submetido ao Direito.

2.2. Teoria Civilista: Atos de Império e Atos de Gestão

A exemplo deste questionamento, a irresponsabilidade do Estado foi, aos poucos, perdendo força e, finalmente, caiu por terra com o julgamento do caso de Agnès Blanco, no Tribunal de Conflitos, na França, em 01/02/1873, em que a jurisdição administrativa foi julgada competente para processar o pedido indenizatório decorrente de falha na prestação do serviço público. E é neste viés que a primeira Constituição Brasileira, outorgada em 1824, previu, ainda que timidamente, em seu art. 179, inciso XXIX, a responsabilidade dos funcionários públicos por atos que causassem danos a terceiros⁷.

Ainda quanto ao caso Blanco, o julgado, além de ser considerado um marco histórico na evolução da responsabilidade civil do Estado, contribuiu, também, para a transição para as teorias civilistas, que elevam a culpa como elemento determinante para caracterização da responsabilidade. Nesta linha, portanto, merece destaque que, no Brasil, a Constituição promulgada

⁵ Romeu Felipe Bacellar Filho, **Direito administrativo e o novo código civil**, p. 203.

⁶ Sergio Cavalieri Filho, **Programa de responsabilidade civil**, p. 283.

⁷ “Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte. [...]

XXIX. Os Empregados Publicos são strictamente responsaveis pelos abusos, e omissões praticadas no exercicio das suas funcções, e por não fazerem effectivamente responsaveis aos seus subalternos”.

em 1891⁸, ainda que mantendo o entendimento da responsabilidade subjetiva, deixando-a pairar tão somente sob os funcionários públicos, acrescentou a necessidade de análise subjetiva da conduta. Assim, só configuraria a responsabilidade do Estado se provado que este agiu com negligência, imprudência ou, ainda, imperícia.

Entretanto, o elemento culpa só era avaliado se a conduta praticada pelo funcionário público fosse considerada – e comprovada – como mero ato de gestão (*iure gestionis*), ou seja, praticada em similitude com particular. Em contrapartida, se a conduta fosse qualificada como ato de império (*iure imperii*), não havia que se falar em responsabilidade do Estado, haja vista que praticada sob a égide da soberania – Teoria dos Atos de Império e Atos de Gestão. Contudo, tal distinção não produzia qualquer efeito prático, de modo que o Estado permanecia isento de qualquer responsabilidade. Afinal, nas palavras de Washington de Barros Monteiro, “[...] realizando um ou outro, o Estado é sempre Estado”⁹.

2.3. Teoria Civilista: Responsabilidade Subjetiva do Estado

A inovação no conceito de responsabilidade civil do Estado adveio com a vigência do Código Civil de 1916 que, em seu art. 15¹⁰, trouxe, finalmente, a responsabilização da pessoa jurídica de direito público pelos atos praticados pelos seus representantes, ressalvado o direito de regresso da entidade estatal, introduzindo, assim, a Teoria da Responsabilidade Subjetiva do Estado. As posteriores Constituições (1934¹¹ e 1937¹²), a despeito de manterem a responsabilidade do funcionário público, trouxeram, ainda que timidamente, a possibilidade de responsabilidade subjetiva do Estado de forma solidária, desde que restasse inequívoca a culpa, sendo o ônus da prova exclusivamente do lesado.

Todavia, tal teoria mostrou-se utópica quanto ao âmbito da justiça, “[...] na medida em que impunha aos cidadãos lesados um encargo muito penoso, consubstanciado na obrigação de comprovar o dano e o comportamento culposo do agente estatal”¹³. De mais a mais, mostrou-se

⁸ “art. 82. Os funcionários públicos são estritamente responsáveis pelos abusos e omissões em que incorrerem no exercício de seus cargos, assim como pela indulgência ou negligência em não responsabilizarem efetivamente os seus subalternos”.

⁹ Washington de Barros Monteiro, **Curso de direito civil**: parte geral, p. 105.

¹⁰ “Art. 15. As pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos dos seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano”.

¹¹ “Art 171 - Os funcionários públicos são responsáveis solidariamente com a Fazenda nacional, estadual ou municipal, por quaisquer prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício dos seus cargos”.

¹² “Art 158 - Os funcionários públicos são responsáveis solidariamente com a Fazenda nacional, estadual ou municipal por quaisquer prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício dos seu cargos”.

¹³ Romeu Felipe Bacellar Filho, **Direito administrativo e o novo código civil**, p. 208.

igualmente insuficiente, pois não previa soluções para questões atinentes à falta ou falha do serviço público.

2.4. Teoria Publicista: Culpa Administrativa

As falhas da Teoria da Responsabilidade Subjetiva do Estado ensejaram a ascensão da Teoria da Culpa Administrativa (ou culpa do serviço público). Diante disso, a Constituição de 1946, em seu art. 194¹⁴, responsável pela redemocratização do país, revolucionou a concepção de responsabilidade civil do Estado, tratando-a, pela primeira vez no ordenamento jurídico brasileiro, como objetiva, em atenção ao princípio da hipossuficiência do cidadão em face do Estado, bastando constatar o nexo de causalidade entre a conduta do agente estatal e o dano sofrido pelo particular, ressalvado o direito de regresso. Este raciocínio, uma vez inserido no ordenamento brasileiro, teve a força de se manter durante o período Militar, com as Constituições de 1967¹⁵ e 1969¹⁶ que resguardaram o caráter objetivo da responsabilidade civil estatal.

2.5. Teoria Publicista: Responsabilidade Objetiva do Estado

Por fim, a Constituição de 1988, em seu art. 37, § 6º¹⁷, vigente até os dias de hoje, acolheu a responsabilidade civil do Estado em seu caráter objetivo, bem como o Código Civil de 2002, em seu art. 43¹⁸, consagrando a Teoria da Responsabilidade Objetiva do Estado, pelas razões muito bem expostas pelo consagrado civilista Rui Stoco:

“É que os administrados não têm como se evadir ou conjurar os perigos de danos por ação do Estado, ou contrário do que ocorre nas relações privadas, na medida em que é ele quem dita os termos de sua presença no seio da comunidade, estabelecendo os termos e condições de seu relacionamento com os membros do corpo social. E essa intervenção do Estado vem se

¹⁴ “Art. 194. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros”.

¹⁵ “Art 105 - As pessoas jurídicas de direito público respondem pelos danos que es seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros. Parágrafo único - Caberá ação regressiva contra o funcionário responsável, nos casos de culpa ou dolo”.

¹⁶ “Art. 107. As pessoas jurídicas de direito público responderão pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causarem a terceiros. Parágrafo único. Caberá ação regressiva contra o funcionário responsável, nos casos de culpa ou dolo”.

¹⁷ “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 e, também, ao seguinte:[...] § 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

¹⁸ “Art. 43. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo”.

acentuando cada vez mais, exigindo que se permita à sociedade obter garantias mínimas de convivência com essa realidade”¹⁹.

Todavia, merece-se ressaltar que, mesmo diante do caráter objetivo, o dever de indenizar do Estado só surge se a conduta praticada – e que culminou na violação de direito alheio – for oriunda do exercício da atividade administrativa, ou seja, “[...] não responde [...] o Estado [...] por dano causado por alguém que [...] por ocasião do dano, não estava no desempenho das atribuições do seu cargo, função ou emprego público”²⁰. Na mesma linha, o renomado jurista Marçal Justen Filho expôs que a responsabilidade objetiva do Estado também não se aplica “[...] quando as atividades administrativas forem desenvolvidas por entidades estatais dotadas de personalidade jurídica de direito privado, exploradora de atividade econômica”²¹.

3. Responsabilidade Objetiva do Estado: Teoria do Risco Integral e Teoria do Risco Administrativo

Em complemento ao que foi anteriormente exposto, cabe elucidar que a responsabilidade objetiva do Estado se subdivide em duas espécies, em que se analisa, substancialmente, o risco pressuposto pela atividade administrativa, quais são: **teoria do risco integral** e **teoria do risco administrativo**, brilhantemente diferenciadas pelo renomado jurista Romeu Felipe Bacellar Filho:

“[...] a evolução constitucional e doutrinária culminou por desenvolver a teoria do risco, que acolhe duas espécies: risco integral e risco administrativo. Ambas adotam o princípio da responsabilização objetiva. A primeira consagra a responsabilização objetiva de modo integral, isto é, sem qualquer abrandamento e sem acolher qualquer tipo de excludente. A segunda, mais consentânea com a razoabilidade, é submissa à objetividade na responsabilização, mas admite algumas excludentes (culpa da vítima, força maior, caso fortuito)”²².

Por óbvio, a teoria do risco integral, por não admitir nenhuma excludente de responsabilidade, raramente encontra aplicabilidade na prática²³, em razão de sua natureza extremista, de modo que a teoria que prevalece, hodiernamente, é do risco administrativo (ou

¹⁹ Rui Stoco, **Tratado de responsabilidade civil**, p. 1336.

²⁰ Diógenes Gasparini, **Direito administrativo**, p. 1142.

²¹ Marçal Justen Filho, **Curso de direito administrativo**, p. 1738.

²² Romeu Felipe Bacellar Filho, **Direito administrativo e o novo código civil**, p. 217.

²³ “[...] pode-se identificar a adoção da teoria do risco integral na responsabilidade por danos nucleares (art. 21, XXIII, d, da CF, - alínea renumerada pela EC 49/2006) e por danos causados por atentados terroristas, atos de guerra ou eventos correlatos, contra aeronaves de matrícula brasileira operadas por empresas brasileiras de transporte aéreo público (Lei 10.774, de 09.10.2003)

Rui Stoco, **Tratado de responsabilidade civil**, p 1336.

mitigado), que admite situações atenuantes ou até mesmo excludentes da responsabilidade estatal, tais como culpa da vítima ou caso fortuito/força maior.

Entretanto, engana-se quem considera que o tema “responsabilidade civil do Estado” restou esgotado e que todas as controvérsias foram superadas. Apesar de sua previsão legal, ainda há divergência na doutrina brasileira, v.g., o jurista Celso Antônio Bandeira de Mello, que defende a necessidade de análise do aspecto dolo/culpa em atos omissivos do Estado. Inspirado na doutrina francesa, que trata a omissão do Estado como “*faute du service*”²⁴, o doutrinador defende uma nova teoria, com a reunião de aspectos da responsabilidade objetiva e da subjetiva:

“Ocorre a culpa do serviço ou ‘falta do serviço’, quando este não funciona, devendo funcionar, funciona mal ou funciona atrasado. Esta é a tríplice modalidade pela qual se apresenta e nela se traduz um elo entre a responsabilidade tradicional do direito civil e a responsabilidade objetiva”²⁵.

José Cretella Junior, com a propriedade que lhe é peculiar, igualmente defende a necessidade de averiguação do elemento culpa em situações de omissão da atividade do Estado:

“Se cruza os braços ou não se não vigia, quando deveria agir, o agente público omite-se, empenhando a responsabilidade do Estado por inércia ou incúria do agente. Devendo agir, não agiu. Nem como o *bonus pater familiae*, nem como o *bonus administrator*. Foi um negligente. Às vezes imprudente e até imperito. Negligente, se a solércia o dominou; imprudente, se confiou na sorte; imperito, se não previu as possibilidades da concretização do evento. Em todos os casos, culpa, ligada à ideia da inação, física ou mental”²⁶.

Portanto, tal nova modalidade “[...] vinculou o Estado a um dever de indenizar sempre que a lesão sofrida emanasse de um fato material oriundo do funcionamento passivo do serviço público”²⁷. Ou seja, o Estado deverá ser responsabilizado sempre que, em sua posição de provedor do bem-estar social, fornecer serviço público precário, ou, ainda, deixar de fornecê-lo, falhando em sua atenção ao interesse público, mas desde que comprovada a sua negligência, imperícia ou imprudência.

Entretanto, como já era esperado, tal teoria encontra resistência. Nessa linha, Flávio Tartuce, civilista, defende que a responsabilidade subjetiva por atos omissivos do Estado restringe o dever de indenizar e, na sociedade atual, abre brechas para injustiça, haja vista a

²⁴ “Segundo a teoria da *faute du service*, a responsabilidade civil pela omissão do Estado é subjetiva, ou seja, exige uma culpa especial da Administração, razão pela qual também é conhecida como teoria da culpa administrativa”.

Hely Lopes Meirelles, *Direito administrativo brasileiro*, p. 615 (itálicos constam do original).

²⁵ Celso Antônio Bandeira de Mello, *Ato administrativo e direitos dos administrados*. São Paulo: RT, 1981, n. 28, p. 133.

²⁶ José Cretella Júnior, *Tratado de Direito Administrativo*, p. 210.

²⁷ Romeu Felipe Bacellar Filho, *Direito administrativo e o novo código civil*, p. 214.

hipossuficiência do cidadão em face do Estado²⁸. Entretanto, a mesma desperta apoio, já que “[...] quanto mais o Estado tiver que indenizar, mais se onera a própria sociedade que sustenta a Administração com impostos cada vez mais extorsivos”²⁹. Indo, inclusive, outros, como Reinaldo Couto, além: “A responsabilidade civil objetiva é exceção, logo não pode ser presumida e deve ser estabelecida em lei, sendo certo que o § 6º do art. 37 da CF/88 somente a utiliza nos casos de prestação de serviço público e de *omissão do Estado*”³⁰.

4. Teoria da Responsabilidade Pressuposta

Porém, a despeito das inúmeras teorias aqui elencadas, certo que todas convergem a um ponto comum: o nexo de causalidade entre a conduta praticada e o dano causado³¹. Quanto ao resto, aspecto culposo e forma de sua presença, ainda se mostra insuficiente para dirimir as demais questões. Neste sentir, evolui-se, ainda que vagarosamente, para uma nova modalidade teórica, na qual centraliza-se o dano – e o indivíduo que o suportou –, deixando, para um segundo momento, a análise do nexo causal. É a **Teoria da Responsabilidade Pressuposta**³², que eleva o princípio da dignidade da pessoa humana e defende que primeiro repara-se o dano, depois verifica-se a culpa.

5. À guisa de Síntese

O dever de reparação de danos causados a terceiros em razão de prática de conduta ilícita é concepção antiga, enraizada no ordenamento jurídico brasileiro. Entretanto, quando a ilicitude provém de entidade estatal, o dever de reparação nem sempre foi claro.

Sucintamente, durante a evolução do instituto da responsabilidade civil do Estado, sucederam as teorias: teoria da irresponsabilidade, em que vigorava o princípio da soberania; as

²⁸ “[...] pensamos que essa teoria de responsabilização mediante culpa do Estado, em caso de omissão, deve ser revista, principalmente nos casos envolvendo falta de segurança, mormente as balas perdidas”.

Flávio Tartuce, **Direito das obrigações e responsabilidade civil**, p. 482.

²⁹ Sílvio Salvo Venosa, **Responsabilidade civil**, p. 123.

³⁰ Reinaldo Couto, **Curso de direito administrativo**, p. 520 (itálicos constam do original).

³¹ “Na realidade, qualquer que seja o fundamento invocado para embasar a responsabilidade objetiva do Estado (risco administrativo, risco integral, risco-proveito), coloca-se como pressuposto primário da determinação daquela responsabilidade a existência de um nexo de causalidade entre a atuação ou omissão do ente público, ou de seus agentes, e o prejuízo reclamado pelo particular”.

Yussef Cahali, **Responsabilidade civil do estado**, p. 44-45.

³² “É preciso visualizar novos horizontes para a responsabilidade civil, muito além da discussão de culpa (responsabilidade subjetiva) ou da existência de riscos (responsabilidade objetiva). Nesse contexto, deve-se pensar, antes de qualquer coisa e em primeiro lugar, em indenizar as vítimas, para depois verificar, em um segundo plano, quem foi o culpado ou quem assumiu os riscos de sua atividade”.

Flávio Tartuce. **Direito das obrigações e responsabilidade civil**, p. 486.

civilistas, na qual, em um primeiro momento, analisava-se a intenção da conduta na subteoria dos atos de império e de gestão e; já na teoria da responsabilidade subjetiva, analisava-se o aspecto dolo/culpa. De mais a mais, vigorou as teorias publicistas, em que o risco assumido se tornou o definidor da responsabilização do Estado, nas teorias da culpa administrativa e da responsabilidade objetiva. Como novidade, surgiu, há pouco, a teoria da responsabilidade pressuposta, que representa alteração significativa do conceito de responsabilidade civil do Estado, haja vista que centraliza o dano como fator determinante para a caracterização do dever de indenizar.

Referências Bibliográficas

- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito administrativo e o novo código civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 1995.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 11.ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- CRETILLA JÚNIOR, José. *Tratado de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1970.
- COUTO, Reinaldo. *Curso de direito administrativo*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Di Pietro. *Direito administrativo*. 30.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo [livro eletrônico]*. 4.ed. São Paulo: RT, 2016.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 33.ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Ato administrativo e direitos dos administrados*. São Paulo: RT, 1981
- _____. *Curso de direito administrativo*. 17.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil – parte geral*. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 1975.
- STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 10.ed. São Paulo: RT, 2014.
- TARTUCE, Flávio. *Direito das obrigações e responsabilidade civil*. 8.ed. São Paulo: Método, 2013.
- VENOSA, Sílvio de Salvo Venosa. *Responsabilidade civil*. 16.ed. São Paulo: Atlas, 2016.

O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE CERRADA NO ÂMBITO DO ICMS – DECRETO ESTADUAL 442/2015

Washington Aparecido Pinto

Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pelo Complexo Educacional Damásio de Jesus. Pós -Graduando em Direito Tributário pelo Complexo Educacional Damásio de Jesus. Graduado em Direito pela Universidade Norte do Paraná - UNOPAR. Assessor no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná

RESUMO: A tributação no Estado Democrático de Direito, está ligado intimamente com o próprio conceito de democracia e por consequência, com o conceito de legalidade nesta perspectiva do direito público. A legalidade concebida no âmbito tributário possui diversas distinções para com a legalidade na esfera privada, ante a necessidade de maiores limites ao Estado tributante, configurando-se assim o denominado conceito de legalidade estrita. A legalidade em matéria tributária nasce com a repreensão da população/cidadãos que começam a exigir autorização pessoal para as exações fiscais do Estado, retirando do alvitre do poder absolutista do monarca tal prerrogativa até então hegemônica. O marco dessa revolução autorizativa é com a Magna Carta de 1215 que estabelece a necessidade de anuência da população para a instituição de novos tributos, ressalvada as exceções previstas no próprio documento histórico. Neste contexto, apenas haveria a possibilidade das exações com a autorização por parte da burguesia da época. Hodiernamente, a legalidade em matéria tributária é o postulado que estabelece a necessidade de lei, ou seja, de consentimento da própria população para a exigência tributária, sendo que nos atuais modelos de democracia republicana tal autorização é realizada através de seus representantes eleitos pelo voto direto dos habilitados politicamente, para a criação ou aumento da exação. Destarte, apesar desta exigência, que nasce como verdadeira limitação ao poder de tributar do Estado, em muitos casos o Poder Executivo, na sua atividade de regulamentar a lei com a utilização de decretos regulamentares (442/2015), mecanismos previstos na Constituição Federal, acaba por muitas vezes exorbitando tais poderes, incorrendo em flagrante ilegalidade, quando verdadeiramente deixam de apenas esmiuçar conceito legais e passam a prever verdadeiras hipóteses de incidência. Diante disso, irá se abordar exemplos casuísticos de tais ocorrências no Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) e de possíveis formas de sua defesa jurídica, no âmbito do devido processo legal, a fim de combater tais ilegalidades e inconstitucionalidades.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Tributário; Princípio da Legalidade; Decretos Executivos; ICMS

ABSTRACT: Taxation in the Democratic State of Law is intimately linked with the very concept of democracy and, as a consequence, with the concept of legality in this perspective of public law. The legality conceived in the tax area has several distinctions for legality in the private sphere, given the need for greater limits to the taxing State, thus configuring the so-called concept of strict legality. The legality in tax matters is born with the rebuke of the population / citizens who begin to demand personal authorization for the tax exemptions of the State, removing from the dictates of the absolutist power of the monarch that hitherto

hegemonic prerogative. The milestone of this authoritative revolution is with the Magna Carta of 1,215 which establishes the need for consent of the population for the institution of new taxes, except for the exceptions foreseen in the historical document itself. In this context, there would be only the possibility of expropriations with the permission of the bourgeoisie of the time. The legality in tax matters is the postulate that establishes the need for a law, that is, the consent of the population itself to the tax requirement, and in the current models of republican democracy, such authorization is made through its representatives elected by direct vote of the politically qualified, for the creation or increase of the tax. Thus, in spite of this requirement, which arises as a true limitation to the power to tax the State, in many cases the Executive Branch, in its activity of regulating the law with the use of regulatory decrees (442/2015), mechanisms provided for in the Federal Constitution, ends up often exaggerating such powers, incurring flagrant illegality, when they truly fail to just scrutinize legal concepts and begin to foresee real hypotheses of incidence. In view of this, it will be possible to address casuistic examples of such occurrences in the Tax on the Circulation of Goods and Services (ICMS) and possible forms of legal defense, within the scope of due legal process, in order to combat such illegalities and unconstitutionality.

KEYWORDS: A Tax Law; Principle of Legality; Executive Decrees; "ICMS".

INTRODUÇÃO

O Direito Tributário está calcado desde os primórdios da vida em sociedade como uma forma de fomentar a atividade estatal, através da solidariedade de seus componentes em favor do Estado, com o desiderato precípua de contribuir para a atividade tributante do mesmo.

A atividade de tributação do Estado já teve diversos momentos históricos, passando através das mais remotas formas de monarquia absolutista até as mais modernas democracias vigentes nos Estados Democráticos de Direito. A atividade de tributação estatal inexoravelmente visa o patrocínio das atividades do Estado por meio de contribuições compulsórias dos cidadãos de determinado Estado.

No princípio, a tributação se baseava unicamente na vontade do Rei/Monarca que em várias vezes promovia a seu bel prazer a tributação em face de seus súditos possuindo como único critério a sua consciência, na qual, não eram raras as vezes que a tributação se demonstrava extremamente exacerbada.

Com o advento das Monarquias constitucionalistas, quais sejam, aquelas que apesar da concentração de poder na pessoa do monarca, se baseavam em constituições, a ideia de tributação ficou extremamente atrelada à noção de autorização popular para sua incidência, ao passo da pertinência e da plena vinculação das exações pelas população que sofreria seus impactos na esfera patrimonial.

Autorização popular, no sentido que o povo, seja de forma direta ou através de seus

representantes eleitos é que poderiam autorizar o Monarca a promover a tributação, mediante a expedição de leis autorizativas que inicialmente era de incidência anual, o que originou o princípio da anualidade orçamentária, atualmente mitigado apenas na esfera do orçamento público.

O marco histórico deste modo de tributação é a famosa Magna Carta de 1215 do Rei “João em Terra”, onde os Barões e demais membros da burguesia exigiram o respeito à vontade dos cidadãos burgueses para que pudesse a monarquia promover a tributação dos súditos.

Tais cobranças de tributos, não poderiam se dar sem o prévio consentimento dos cidadãos, havendo a necessidade de tal observância, sob pena de afronta à ilegalidade e até mesmo de colocar em cheque a governabilidade do Poder Monarquista.

Nascia aí os elementos do princípio da legalidade hodiernamente conhecido em nosso ordenamento jurídico, como corolário da segurança jurídica em matéria de direito tributário.

As noções de legalidade possuem denotações distintas nos âmbitos do direito privado e do direito público.

O Direito Tributário como ramo eminentemente publicista possui como cerne a legalidade estrita ou a legalidade denominada como legalidade cerrada/fechada, sendo que a mesma deve ser analisada de forma particular no âmbito das relações Fisco e Contribuinte, pois há uma relação de império e totalmente vertical no âmbito de poder Estado/Contribuinte.

Na esfera privada e nos ramos do Direito que possuem caráter preponderantemente privados, é dada as partes a possibilidade de promover avenças e condutas de forma livres, desde que a lei não impeça explicitamente o comportamento jurídico aventado e buscado pelas partes, consagrado no Art. 5, II, CRFB/88.

Conquanto haja tal postulado, no ramo do Direito Tributário, a legalidade possui um escopo distinto. A princípio, todas as relações em que o particular é confrontado em suas liberdades mais relevantes em face da soberania estatal, há uma enorme cautela por parte das regras e dos corolários de regem as relações de poder, ao fundamento de que hajam arbitrariedades, considerando que em regra o indivíduo sempre possui menos poder que o Estado.

Isso ocorre no Direito Penal por exemplo, onde só é passível de punição em persecução penal, a conduta do indivíduo que esteja expressamente tipificada em lei, sob pena de afronta aos mencionados fundamentos alhures, não merecendo guarida a conduta estatal que não observa ou mesmo exacerba a autorização legislativa.

Na esfera tributária, de igual sorte há diretrizes similares, pois, a Administração só poderá exigir um tributo com prévia autorização legal, ou seja, através da vontade soberana do povo,

que irá ser representada por escolhidos através da democracia direta no estado brasileiro.

Desta ideia nascera o princípio da anualidade, que inicialmente era aplicável ao Direito Tributário, pois havia a necessidade de anualmente a exação fiscal constar nas leis orçamentárias, sob pena de impossibilitar sua tributação no ano respectivamente posterior.

Posteriormente, as exações não mais eram exigidas autorização para sua exigência anual, caindo por terra a ideia de anualidade tributária, restando afeto o mencionado princípio apenas na esfera do Direito Financeiro.

De sorte do acima, mesmo sem a necessidade e observância do princípio da anualidade em matéria tributária, o princípio da legalidade, que pode ser concebido como aquele no qual há uma autorização da própria camada de contribuintes para que autorize a atividade tributante, continuou e continua a vigorar no ordenamento jurídico pátrio.

Destarte, ante a tal instituto, que conforme consta na doutrina possui divergência se seria um princípio ou uma regra de envergadura constitucional, só é lícito à entidade tributante, promover a exação de acordo com autorização legal.

Nada obstante ao corolário acima, existem matérias e meios onde há margem para exegese, pois a lei nem sempre na qualidade de veículo introdutório no ordenamento jurídico, tem o condão de prever todas as nuances necessárias.

Desta limitação, nasce o termo tido na doutrina e na própria lei denominado “legislação”, que são mecanismos introdutórios distintos das leis, tais como: decretos, resoluções, instruções normativas, deliberações, portarias etc.

Ocorre que, tal necessidade em muitos casos é utilizada de maneira deturpada pela autoridade fiscal, uma vez que essas espécies infralegais só poderiam esmiuçar a legislação e não aumentar/criar qualquer forma de gravame tributário.

Nesta esteira, questiona-se a validade do Decreto 442/2015 do Estado do Paraná publicado em 09.02.2015, que regulamentou as regras de recolhimento de ICMS em operações interestaduais, regulamentando a Lei n.º 17.444/2012 e em última análise a Emenda à Constituição da República Federal do Brasil sob n.º 87/2015 de 17.04.2015 que trata da sistemática de cobrança do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação incidente sobre as operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final, contribuinte ou não do imposto, localizado em outro Estado da Federação.

Diante disso, irá se questionar neste trabalho, a legalidade e constitucionalidade do

Decreto Estadual, bem como, decisões judiciais que apreciam tais vícios a nível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

LIMITAÇÃO AO PODER DE TRIBUTAR – PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Antes mesmo de adentrar a análise dos limites ao poder de tributar, mister se faz traçar um panorama no Direito Tributário, tendo a legalidade como verdadeiro limite ao poder de exação tributária exercido pelo Estado.

Na acepção jurídica, o Texto da República de 1988, traz diversas formas da limitação do poder de tributar, que são ensinadas na doutrina como:

A Constituição Federal arrola as limitações ao poder de tributar em seus arts. 150 a 152. Algumas são gerais (art. 150), outras específicas para a União (art. 151) e outras para os Estados e Municípios (art. 152).

Há limitações que configuram verdadeiras normas negativas de competência tributária, ou seja, imunidades, como é o caso das imunidades genéricas a impostos de cuida o art. 150, VI, da CF. Outras estabelecem cláusulas fundamentais a serem observadas quando do exercício da tributação, de modo que restem preservadas a segurança jurídica, a igualdade, a unidade da Federação e liberdades públicas que constituem garantias individuais.¹

Tais garantias e imunidades não são propriamente marcadas pela ausência do encargo financeiro, mas sim, possuem como desiderato precípua proteger valores e fundamentos do próprio Estado democrático, tais como, corolários da preservação da segurança, da justiça tributária, da liberdade e do próprio federalismo previsto na CRFB/88.

Nas palavras de Leandro Paulsen, “As limitações ao poder de tributar visam preservar valores fundamentais para o cidadão contribuinte. O papel das garantias outorgadas ao contribuinte e das imunidades tributárias normalmente diz respeito à preservação da segurança...”².

Por seu turno, o professor Hugo de Brito Machado³, concebe as mesmas, pelas seguintes palavras:

Cada uma das pessoas jurídicas de direito público, vale dizer, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tem sua competência tributária, que é, como já foi dito, uma parcela do poder de tributar. O exercício dessa competência, porém, não é absoluto. O Direito impõe limitações à competência tributária, ora no interesse do cidadão, ou da comunidade, ora no interesse do relacionamento entre as próprias pessoas jurídicas titulares de competência tributária.

E arremata quando aduz:

¹ PAULSEN, Leandro. Curso de direito tributário completo. 8. ed. São Paulo: Saraiva. 2017. p. 127.

² PAULSEN, Leandro. Curso de direito tributário completo. 8. ed. São Paulo: Saraiva. 2017. p. 128.

³ MACHADO, Hugo de Brito. Curso de direito tributário. 27. ed. Fortaleza: Malheiros Editores. 2006. p. 286.

Em sentido amplo, é possível entender-se como limitação ao poder de tributar toda e qualquer restrição imposta pelo sistema jurídico às entidades dotadas desse poder. Aliás, toda atribuição de competência implica necessariamente limitação. A descrição da competência atribuída, seu desenho, estabelece os limites.⁴

Esses valores consagrados pelo Texto Constitucional, possuem relevante papel na construção de uma sociedade regida por marcos democráticos e não tirânicos, tais quais ocorriam nas monarquias absolutistas.

A legalidade por seu turno, demonstra uma real garantia ao sujeito passivo da obrigação tributária, que vai muito além do conceito de legalidade existente nos ramos privatistas do direito como ciência.

O professor Hugo de Brito Machado⁵ ensina que:

No Brasil tais princípios residem na Constituição Federal, e o princípio da legalidade (art. 150, inc. I), certamente o mais importante deles, impede a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios exijam tributos que não tenham sido estabelecidos por lei.

A legalidade que mais se conhece é a existente no Art. 5º, II, CF/88, consagrada como a não obrigatoriedade de conduta, seja ela omissiva ou comissiva para a realização de algo não defesa na vontade soberana do povo através de seus parlamentares.

Nas palavras de Afonso Heck, tal norma interpretativa sequer necessitaria de previsão “*porquanto resulta do próprio princípio do Estado de direito*”⁶ sendo preterível, pois a liberdade nasce com o escopo de garantir o que não é impedido pela vontade soberana da democracia, seja ela direta ou por via de representantes eleitos.

Outrossim, o contexto do princípio da legalidade, antes mesmo do seu atingimento como norma de aplicação, deve primeiramente coadunar-se com o contexto fático e disciplinar posto a exame, obtendo várias interpretações em dadas situações jurídicas.

Contudo, apesar dessa visão mais privatista, a acepção da legalidade em ramos do direito que visam a segregação de direitos do indivíduo, como liberdade de locomoção no direito penal e o próprio patrimônio/renda no direito tributário, demandam maiores garantias e privilégios, pois inerente a própria condição de cidadão contribuinte de cada pessoa que sofre exações do Estado.

Em matéria tributária forma distinta não poderia ser concebida, umas vez que haverá a cobrança vinculada e totalmente obrigatória a ser desempenhada pelo Poder Público/Fisco,

⁴ MACHADO, Hugo de Brito. Curso de direito tributário. 27. ed. Fortaleza: Malheiros Editores. 2006. p. 286.

⁵ MACHADO, Hugo de Brito. Curso de direito tributário. 27. ed. Fortaleza: Malheiros Editores. 2006. p. 288.

⁶ HECK, Luís Afonso. O tribunal constitucional federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais: Contributo para uma compreensão da jurisdição constitucional federal alemã. Porto Alegre: Fabris. 1995, p. 200.

adentrando ao patrimônio do Devedor, que nesta altura é caracterizado como sujeito passivo da relação jurídico-tributária.

O dever de pagar tributos, além das próprias normas internas, possui guarida em texto humanistas inclusive. Na Declaração Francesa de 1789 de Direitos do Homem e do Cidadão já concebia tal obrigação social, *in verbis*: “Para a manutenção da força pública e para as despesas da administração é indispensável uma contribuição comum que deve ser repartida entre os cidadãos de acordo com as suas possibilidades”⁷.

Dessarte, o professor Alessandro Mendes Cardoso, destaca com maestria e classifica como dever fundamental o adimplemento das exações tributárias estatais, vejamos sua lição neste semblante:

o cumprimento desse dever está diretamente vinculado à possibilidade concreta de efetivação dos direitos fundamentais assegurados aos cidadãos brasileiros. Ao invés de uma dualidade direito x dever, tem-se na verdade uma interface, em que o dever de contribuir de cada um corresponde a um direito dos demais. Trata-se de uma verdadeira responsabilidade social e não mais de simples dever em face do aparato estatal. Ao se sonegar tributos devidos, o contribuinte não está apenas descumprindo uma exigência legal exigível pelas autoridades fazendárias, mas também, e principalmente, quebrando o seu vínculo de responsabilidade com a sociedade.⁸

Diante dessa obrigação, seja no aspecto legal ou até mesmo moral, há a pertinência e própria necessidade da existência de balizas de limitação, das quais se destaca a própria legalidade.

A legalidade no âmbito tributário, muito mais do que a inserida no cerne das relações privadas, é concebida de maneira mais rígida e seletiva, utilizando-se de veículos normativos que a própria Constituição Federal prevê em seu bojo, também denominada e legalidade estrita.

De forma ampla, a mesma pode ser engendrada da seguinte maneira:

Os princípios jurídicos da tributação funcionam como limitações ao poder de tributar. Como é sabido, o Direito é um sistema de limites. Toda norma jurídica constitui alguma forma, de alguma forma, a conduta de alguém. O poder de tributar, como exceção da soberania nacional...⁹

A doutrina de Leandro Paulsen conceitua-a da seguinte forma:

Como se vê, a legalidade tributária exige que tributos sejam instituídos não apenas com base em lei ou por autorização legal, mas pela própria lei. Só a lei é permitido dispor sobre os aspectos da norma tributária impositiva: material, espacial e temporal, pessoal e quantitativo. A legalidade tributária

⁷ NABAIS, José Cabalta. O dever fundamental de pagar tributos. Coimbra: Almedina, 2004, p. 45. Nota 76.

⁸ CARDOSO, Alessandro Mendes. O dever fundamental de recolher tributos no Estado democrático de direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 147.

⁹ MACHADO, Hugo de Brito. Curso de direito tributário. 27. ed. Fortaleza: Malheiros Editores. 2006. p. 287.

implica, pois, reserva absoluta de lei, também designada de legalidade estrita.¹⁰

Diante disso, é de ponderar que apenas é possível a instituição ou majoração de tributos através de veículo normativo formal, ou seja, a lei. Ato contínuo, à lei é outorgada a capacidade da previsão dos elementos mínimos para a confecção de hipótese de incidência tributária com todos os seus aspectos estruturais, sendo eles: material, espacial e temporal, pessoal e quantitativo.

Neste viés:

Recorde-se que o princípio da legalidade é, no plano do Direito Constitucional, o princípio pelo qual *ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*. No Direito Tributário tem-se uma especificação desse princípio, que se costuma chamar princípio da legalidade tributária, significando que nenhum tributo pode ser criado, aumentado, reduzido ou extinto sem que o seja por lei.¹¹

Ocorre que, muito conquanto os aspectos estruturais da norma de incidência tributária devam estar devidamente previstos em lei¹², ao Direito Tributário, da mesma forma que ocorre em outros ramos do Direito Público (v.g. Direito Penal), igualmente é lícito a utilização dos designados “tipos abertos” que parte da doutrina clássica compreende como conceitos indeterminados, sem que haja direta afronta à limitação ao poder de tributar através do princípio da legalidade estrita.

Neste diapasão:

Não há impedimento à utilização de norma tributária de tipos abertos e de conceitos jurídicos indeterminados, até porque todos os conceitos são mais ou menos indeterminados, desde que tal não viole a exigência de determinabilidade quanto ao surgimento, sujeitos e conteúdo da relação jurídico-tributária, não se admitindo que a sua utilização implique delegação indevida de competência normativa ao Executivo.¹³

E arremata a doutrina de Paulsen: “*Também não é vedada a utilização de norma tributária em branco que exija a consideração de simples dados fáticos ou técnicos necessários a sua aplicação...*”.

¹⁰ PAULSEN, Leandro. Curso de direito tributário completo. 8. ed. São Paulo: Saraiva. 2017. p. 130.

¹¹ MACHADO, Hugo de Brito. Curso de direito tributário. 27. ed. Fortaleza: Malheiros Editores. 2006. p. 100.

¹² Segundo o art. 97 do CTN, somente a lei pode estabelecer:

- a) a instituição de tributos, ou a sua extinção;
- b) a majoração de tributos ou sua redução, com as ressalvas que indica;
- c) a definição do fato gerador da obrigação principal e do seu sujeito passivo;
- d) a fixação da alíquota do tributo e de sua base de cálculo, com as ressalvas que menciona;
- e) a cominação de penalidades para as ações ou omissões contrárias a seus dispositivos, ou para outras infrações nela definidas;
- f) as hipóteses de exclusão, suspensão e extinção de créditos tributários, ou dispensa ou redução de penalidades.

¹³ PAULSEN, Leandro. Curso de direito tributário completo. 8. ed. São Paulo: Saraiva. 2017. p. 131.

APLICAÇÃO DO DECRETO ESTADUAL DO PARANÁ – Decreto 442/2015

Apesar da existência da Lei Complementar 123/2006, que estabeleceu o regime de tributação denominado SIMPLES NACIONAL¹⁴, onde dentre outras previsões e benefícios de envergadura constitucional, outorga a possibilidade da opção das pequenas empresas de serem tributadas de maneira simplificada e unificada¹⁵, vários Estados membros da Federação começaram a exigir o crédito tributário relativo ao diferencial de alíquota quando da ocorrência do fato gerador do ICMS¹⁶ com produtos emanados de outros Estados, vindos por exemplo de operações de importação¹⁷, exigidos no caso do Estado do Paraná, com esteio no Decreto nº 442/2015, do Poder Executivo do Estado do Paraná, nas operações realizadas.

O mencionado decreto¹⁸ infralegal, prevê:

Decreto Nº 442 DE 06/02/2015. Publicado no DOE em 9 fev 2015

Introduz no Regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto nº 6.080, de 28 de setembro de 2012, a alteração que especifica. O Governador do Estado do Paraná, no uso das atribuições que lhe confere o art. 87, inciso V, da Constituição Estadual, Considerando o disposto na Lei nº 17.444, de 27 de dezembro de 2012 e tendo em vista o contido no protocolo nº 13.494.327-0,

Decreta:

¹⁴ BRASIL. Lei complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006. Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte. Brasília (DF): dez 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp123.htm>. Acesso em 11 set. 2017.

Art. 1º Esta Lei Complementar estabelece normas gerais relativas ao tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, especialmente no que se refere [...].

¹⁵ BRASIL. Lei complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006. Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte. Brasília (DF): dez 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp123.htm>. Acesso em 11 set. 2017. Fica instituído o Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional. Parágrafo único. (VETADO). (Incluído pela Lei Complementar nº 155, de 2016) Produção de efeito Art. 13. O Simples Nacional implica o recolhimento mensal, mediante documento único de arrecadação, dos seguintes impostos e contribuições.

¹⁶ CARRAZZA, Roque Antonio. ICMS. 11. ed. São Paulo: Malheiros. 2006. p. 39. “*que tal circulação só pode ser jurídica (e não meramente física). A circulação jurídica pressupõe a transferência (de uma pessoa para outra) da posse ou da propriedade da mercador*”.

¹⁷ PEIXOTO, Marcelo Magalhães; MELO, Fábio Soares de (Orgs). ICMS: questões fundamentais. São Paulo: MP Ed. 2006, p. 11. A Constituição Federal de 1988 determinou, de início, que competia aos Estados e ao Distrito Federal instituir imposto sobre operações relativas a circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação (art. 155, I, b), sublinhando que o tributo incidiria sobre a entrada de mercadoria importada do exterior, ainda quando se tratasse de bem destinado a consumo ou “ativo fixo” (sic) do estabelecimento...

¹⁸ BRASIL. Introduz no Regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto nº 6.080, de 28 de setembro de 2012, a alteração que especifica. Brasília (DF): fev 2015. Disponível em: <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=280990>>. Acesso em 17 set. 2017.

Art. 1º Ficam introduzidas no Regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto nº 6.080, de 28 de setembro de 2012, as seguintes alterações: Alteração 522ª Fica acrescentado o § 7º ao art. 5º:

"§ 7º Será exigido o pagamento antecipado do imposto correspondente à diferença entre as alíquotas interna e interestadual, relativamente a operações que tenham origem em outra unidade federada, observado o disposto no art. 13-A (§ 6º do art. 5º da Lei nº 11.580, de 1996, com redação dada pela Lei nº 17.444, de 27.12.2012).".

Alteração 523ª Fica acrescentado o art. 13-A:

"Art. 13-A. Na hipótese do § 7º do art. 5º, o imposto a ser recolhido por antecipação, pelo contribuinte ou pelo responsável solidário, no momento da entrada no território paranaense de bens ou mercadorias destinadas à comercialização ou à industrialização oriundos de outra unidade federada, corresponderá à diferença entre as alíquotas interna e interestadual, aplicada sobre o valor da operação constante no documento fiscal.

§ 1º O disposto neste artigo:

I - somente se aplica às operações interestaduais sujeitas à alíquota de 4% (quatro por cento):

II - não se aplica às operações submetidas ao regime da substituição tributária;

§ 2º Em substituição ao pagamento do imposto no momento da entrada dos bens ou das mercadorias no território paranaense:

I - tratando-se de contribuinte sujeito ao regime normal de apuração, o imposto devido poderá ser lançado em conta-gráfica no próprio mês em que ocorrer a entrada da mercadoria no Estado;

II - tratando-se de contribuinte optante pelo Simples Nacional, o imposto devido poderá ser pago em GR-PR até o vigésimo dia do mês subsequente ao da entrada da mercadoria no Estado.

§ 3º O imposto lançado na forma do inciso I do § 2º poderá ser apropriado como crédito pelo estabelecimento destinatário enquadrado no regime normal de apuração juntamente com o imposto destacado no documento fiscal."

Art. 2º Este Decreto entra em vigor na data da sua publicação. Curitiba, 06 de fevereiro de 2015, 194º da Independência e 127º da República.

CARLOS ALBERTO RICHA Governador do Estado

EDUARDO FRANCISCO SCIARRA Chefe da Casa Civil

MAURO RICARDO MACHADO COSTA Secretário de Estado da Fazenda.
(g.n.).

Tal exigência de exação fiscal, faz com que haja uma espécie de recolhimento antecipado do imposto, referente à diferença entre as alíquotas internas e interestadual nas operações com bens e mercadorias sujeitas à alíquota de 4% (importação), havendo violação das normas

constitucionais da legalidade estrita tributária, isonomia, tratamento diferenciado das micro e pequena empresas, sujeição passiva e aspecto temporal tributários. Ademais, a incidência da exação fiscal nestes casos se demonstra obrigatória apenas quando o aludido tributo for para destinatário final dos produtos adquiridos.

Em que pese à regulamentação por parte dos sujeitos ativos da relação tributária do ICMS, a doutrina de forma maciça realiza diversas críticas quanto a tal forma de exação tributária, mesmo após o advento da Emenda Constitucional 87/2015.

Dentre argumentos relevantes, temos o do professor Guilherme Casulo Velho¹⁹, *in verbis*:

... o recolhimento do ICMS, sem redução, por via de antecipação tributária, representa bi tributação, uma vez que o estabelecimento já recolhe o imposto na forma prevista na Lei do Simples Nacional e não pode repassar ao consumidor o que recolheu de forma complementar na entrada do produto no estado.

O mencionado Decreto Estadual desrespeita à norma constitucional uma vez que o Decreto (sob n.º 442/2015-Pr) inova no ordenamento jurídico, pois traz em seu bojo a obrigatoriedade do recolhimento do ICMS para todos os contribuintes, independentemente da caracterização de destinatário final ou não, ao arrepio da norma constitucional até então vigente.

Destaca-se que a incidência do tributo é plenamente válida, mas desde que seja o produto para utilização na qualidade de destinatário final e não em qualquer e toda hipótese, conforme determinada na norma infralegal e especialmente em detrimento das empresas optante pelo sistema unificado de arrecadação.

Para a conceituação de destinatário final mister se faz promover uma exemplificação didática:

Uma empresa prestadora de serviços agrícolas, quando compra material de escritório, utiliza-o na qualidade de consumidora final, pois os produtos não seguirão na cadeia produtiva de forma direta. Por outro lado, uma empresa do ramo de papelaria, quando da compra do mesmo material de escritório, em regra, utilizará o produto/bem em sua atividade principal, qual seja, o comércio/revenda, sendo que neste caso não há que se falar em consumidora final.

Azado consignar, em complementação ao exemplo supra, que quando um contribuinte adquire mercadorias para imobilizar, igualmente será conceituado como consumidor

¹⁹ VELHO, Guilherme Casulo. A inconstitucionalidade frente ao Simples da nova exação de antecipação de ICMS/RS. Tributário. Disponível em: <<https://tributario.com.br/guicv/a-inconstitucionalidade-frente-ao-simples-da-nova-exacao-de-antecipacao-de-icmsrs/>>. Acesso em 18 out. 2017.

final, pois não utilizará de forma direta na sua atividade, em que pese em muitos casos a sua natureza essencial para o desempenho das mesmas.

É defensável, portanto a tese de ilegalidade do Decreto do Poder Executivo do Paraná, quando o contribuinte não figurar como consumidor final nas operações que deram azo ao hipotético fato gerador objeto da exação cuja ilegalidade fica patente na seara tributária.

De outra banda, em que pese haver a possibilidade de uma interpretação econômica para afastar a ilegalidade sustentada, não há como se afastar, no plano tributário, a conceituação e definição do direito privado quanto à configuração do que seja ou não consumidor final, mormente, pela exigência de conformação das normas tributárias à compatibilidade constitucional, material e formal.

O Código Tributário Nacional²⁰ expressa:

Art. 110. A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias.

A doutrina comenta o mencionado preceito legal, sob o seguinte enfoque:

Se um conceito jurídico, seja legal ou doutrinário, é utilizado pela Constituição, não poderá ser alterado pelo legislador, nem muito menos pelo intérprete. O art. 110 do CTN determina que “a lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas do Direito privado, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar as competências tributárias”. Não o pode a lei, vale repetir, **nem muito menos o intérprete**. A razão é simples. Se a Constituição referiu-se a um instituto, conceito ou forma de Direito privado para definir ou limitar competências tributárias, obviamente esse elemento não pode ser alterado pela lei. Se a Constituição dala de *mercadoria* ao definir a competência dos Estados para instituir e cobrar o ICMS, o conceito de mercadoria há de ser o existente no Direito Comercial. Admitir-se que o legislador pudesse modificá-lo seria permitir ao legislador alterar a própria Constituição Federal, modificando as competências tributárias ali definidas.²¹

O consumidor final para fins tributários é aquele que utiliza os produtos adquiridos de forma administrativa ou no caso de pessoas físicas que utilizam os produtos para fins de consumo final, ou seja, havendo o seu consumo jurídico.

²⁰ BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de Outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Brasília (DF): mar 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172Compilado.htm>. Acesso em 01 out. 2017.

²¹ MACHADO, Hugo de Brito. Curso de direito tributário. 27. ed. Fortaleza: Malheiros Editores. 2006. p. 130.

Entender de forma distinta, realizando uma interpretação com outros ramos do direito, como por exemplo o direito do consumidor, estar-se-ia diante de interpretação em detrimento do sujeito passivo da relação tributária.

Neste sentido, Luciano Amaro²² ensina que:

A questão mais séria, ligada a essa temática (interpretação econômica do direito tributário), atém-se, porém, à interpretação de institutos, conceitos e formas do direito privado, quanto transpostos para o campo do direito tributário, questionando-se sobre se eles permanecem com a mesma configuração ou perdem (ou podem perder) seu figurino original. Noutras palavras, manteriam esses institutos, conceitos e formas, quando utilizados pelo direito tributário, o mesmo sentido e alcance que possuem no direito privado?

Em suma, quando a Constitucional aduz que a tributação deverá incidir apenas quando o destinatário final for consumidor final, não se vislumbra a possibilidade de norma infraconstitucional ou infralegal, como é o caso do Decreto Estadual em evidência, atribuir outras hipóteses de incidência (também chamada de regra matriz de incidência do tributo²³) ou mesmo elastecer o conceito, não cabendo ao interprete da norma o fazer.

Leandro Paulsen em sua obra Curso de Direito Tributário preleciona que:

O domínio do Direito Constitucional é fundamental para a compreensão do Direito Tributário, absolutamente condicionado constitucionalmente no que diz respeito às possibilidades de tributação e ao modo de tributar, bem como aos princípios que regem a tributação. (pg. 22).

Eis o texto constitucional antes do advento da Emenda Constitucional 87/2015:

155º. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993) § 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte: [...] VII - em relação às operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final localizado em outro Estado, adotar-se-á: a) a alíquota interestadual, quando o destinatário for contribuinte do imposto; b) a alíquota interna, quando o destinatário não for contribuinte dele; VIII - na hipótese da alínea "a" do inciso anterior, caberá ao Estado da localização do destinatário o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual;

Já com redação dada pela EC 87/2015, ficou disposto:

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993) I - transmissão causa mortis e doação, de quaisquer bens ou direitos; (Redação dada pela

²² AMARO, Luciano. Direito Tributário Brasileiro. 12. ed. São Paulo: Saraiva. 2013. p. 223.

²³ CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de direito tributário. 14. ed. São Paulo: Saraiva. 2002. p. 235

Emenda Constitucional nº 3, de 1993) II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993) § 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte: VII - nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final, contribuinte ou não do imposto, localizado em outro Estado, adotar-se-á a alíquota interestadual e caberá ao Estado de localização do destinatário o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna do Estado destinatário e a alíquota interestadual; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 87, de 2015) a) (revogada); (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 87, de 2015) b) (revogada); (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 87, de 2015) VIII - a responsabilidade pelo recolhimento do imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual de que trata o inciso VII será atribuída: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 87, de 2015) (Produção de efeito) a) ao destinatário, quando este for contribuinte do imposto; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 87, de 2015) b) ao remetente, quando o destinatário não for contribuinte do imposto; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 87, de 2015).

Neste passo, vislumbra-se que nem a legislação infraconstitucional, nem tampouco o interprete da norma jurídica poderá realizar interpretação que traga onerosidade ao sujeito passivo, devendo ser reconhecido a situação de não consumidor final da mercadoria nas situações de não consumo, conforme a delineada alhures.

Ademais, em casos práticos, haverá a comprovação mediante documentação idônea que os produtos adquiridos não serão adquiridos com o supedâneo de consumo (CFOPs²⁴), e sim com o intuito de comercialização/revenda/industrialização.

Nos termos do comando constitucional, resta fixada a responsabilidade tributária nos tributos do ICMS entre operações interestaduais quando realizada entre consumidores finais, atribuindo ao consumidor final contribuinte ou não, a sujeição passiva, na condição de contribuinte, pelo que a legislação infraconstitucional, seja do legislador ordinário ou da autoridade administrativa (está na edição de ato administrativo normativo), não têm espaço para atribuir responsabilidades a outras pessoas, sob pena de incompatibilidade com a Carta Magna de 1988 e desrespeito ao princípio da legalidade em matéria tributária.

Destarte, para fins de exigibilidade, do diferencial de alíquota de que trata o Decreto nº 441/2015, as disposições do LC 123/2006 (art. 13, XIII²⁵, "g" e "h") não encontram

²⁴ S/AUTOR. Código Fiscal de Operações e Prestações (CFOP). Disponível em: <https://www.sitecontabil.com.br/tabelas/cfop/pag_um.html>. Acesso em 17 set. 2017.

²⁵ Art. 13. O Simples Nacional implica o recolhimento mensal, mediante documento único de arrecadação, dos seguintes impostos e contribuições: [...]

XIII - ICMS devido:

a) nas operações ou prestações sujeitas ao regime de substituição tributária;

ressonância no art. 155, II, § 2º, VII e VIII, da CF, com redação atual ou anterior, por não ser as empresas consumidoras finais, via de regra, nas operações interestadual que geraram o débito tributário.

Destaco, outrossim, que na ADI MC nº 5464/DF, o relator Min. Dias Toffoli, suspendeu os efeitos da cláusula 9º, do Convênio nº 93/2015²⁶-CONFAZ, sob fundamento de que as

a) nas operações sujeitas ao regime de substituição tributária, tributação concentrada em uma única etapa (monofásica) e sujeitas ao regime de antecipação do recolhimento do imposto com encerramento de tributação, envolvendo combustíveis e lubrificantes; energia elétrica; cigarros e outros produtos derivados do fumo; bebidas; óleos e azeites vegetais comestíveis; farinha de trigo e misturas de farinha de trigo; massas alimentícias; açúcares; produtos lácteos; carnes e suas preparações; preparações à base de cereais; chocolates; produtos de padaria e da indústria de bolachas e biscoitos; sorvetes e preparados para fabricação de sorvetes em máquinas; cafés e mates, seus extratos, essências e concentrados; preparações para molhos e molhos preparados; preparações de produtos vegetais; rações para animais domésticos; veículos automotivos e automotores, suas peças, componentes e acessórios; pneumáticos; câmaras de ar e protetores de borracha; medicamentos e outros produtos farmacêuticos para uso humano ou veterinário; cosméticos; produtos de perfumaria e de higiene pessoal; papéis; plásticos; canetas e malas; cimentos; cal e argamassas; produtos cerâmicos; vidros; obras de metal e plástico para construção; telhas e caixas d'água; tintas e vernizes; produtos eletrônicos, eletroeletrônicos e eletrodomésticos; fios; cabos e outros condutores; transformadores elétricos e reatores; disjuntores; interruptores e tomadas; isoladores; para-raios e lâmpadas; máquinas e aparelhos de ar-condicionado; centrifugadores de uso doméstico; aparelhos e instrumentos de pesagem de uso doméstico; extintores; aparelhos ou máquinas de barbear; máquinas de cortar o cabelo ou de tosquiá; aparelhos de depilar, com motor elétrico incorporado; aquecedores elétricos de água para uso doméstico e termômetros; ferramentas; álcool etílico; sabões em pó e líquidos para roupas; detergentes; alvejantes; esponjas; palhas de aço e amaciantes de roupas; venda de mercadorias pelo sistema porta a porta; nas operações sujeitas ao regime de substituição tributária pelas operações anteriores; e nas prestações de serviços sujeitas aos regimes de substituição tributária e de antecipação de recolhimento do imposto com encerramento de tributação; (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014) (Produção de efeito)

b) por terceiro, a que o contribuinte se ache obrigado, por força da legislação estadual ou distrital vigente;

c) na entrada, no território do Estado ou do Distrito Federal, de petróleo, inclusive lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, bem como energia elétrica, quando não destinados à comercialização ou industrialização;

d) por ocasião do desembaraço aduaneiro;

e) na aquisição ou manutenção em estoque de mercadoria desacobertada de documento fiscal;

f) na operação ou prestação desacobertada de documento fiscal;

g) nas operações com bens ou mercadorias sujeitas ao regime de antecipação do recolhimento do imposto, nas aquisições em outros Estados e Distrito Federal:

1. com encerramento da tributação, observado o disposto no inciso IV do § 4º do art. 18 desta Lei Complementar;

2. sem encerramento da tributação, hipótese em que será cobrada a diferença entre a alíquota interna e a interestadual, sendo vedada a agregação de qualquer valor;

h) nas aquisições em outros Estados e no Distrito Federal de bens ou mercadorias, não sujeitas ao regime de antecipação do recolhimento do imposto, relativo à diferença entre a alíquota interna e a interestadual...

²⁶ https://www.confaz.fazenda.gov.br/legislacao/convenios/2015/cv093_15 - CONVÊNIO ICMS 93, DE 17 DE SETEMBRO DE 2015. Publicado no DOU de 21.09.15, pelo Despacho 180/15. Vide cláusula terceira do Conv. ICMS 152/15, que trata de inscrição estadual e de procedimento fiscal. Vide Conv. ICMS 153/15, que dispõe sobre a aplicação dos benefícios fiscais de isenção e redução da base de cálculo de ICMS. Vide Convs. ICMS 81/93, 92/15 e 155/15, relativamente ao regime de substituição tributária e antecipação de recolhimento do ICMS. Vide ADI 5.439 no STF, relativa à disposição da cláusula segunda. Vide ADI 5.464 no STF, relativa à disposição da cláusula nona (concedida liminar suspendendo a sua eficácia). Republicado no DOU de 11.03.16, para inserir nota à cláusula nona, e 27.04.16 por motivo de incorreção do texto publicado no DOU de 11.03.16.

microempresas e empresas de pequeno porte, aderentes do SIMPLES NACIONAL, não se sujeição ao pagamento do ICMS nos termos gizados na EC 87/2015, justamente por malferir os valores inerentes à atividade empresariais tais.

Eis assertiva de lavra do Min. Relator:

"(...) O simples fato de a Emenda Constitucional nº 87/2015 não ter feito qualquer referência ou exceção à situação dos optantes do SIMPLES NACIONAL não autoriza o entendimento externado pelos estados e pelo Distrito Federal por meio da cláusula nona do Convênio nº 93/2015. Ao lado da regência constitucional dos tributos, a Carta Magna consagra o tratamento jurídico diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte, conforme arts. 179 e 170, inciso IX, prevendo, no âmbito tributário, que lei complementar defina esse tratamento, o que inclui regimes especiais ou simplificados, no caso do ICMS (Constituição, art. 146, m, d), não tendo havido qualquer modificação dessa previsão constitucional com o advento da Emenda Constitucional nº 87/2015."

(<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI5464.pdf>, capturado em 11/09/2017, às 15h30).

No âmbito do Tribunal de Justiça local, já houve o seguinte julgamento acerca da ilegalidade do mencionado decreto, pois a possibilidade de tributação neste caso se demonstra ilegal e totalmente desarrazoada em detrimento do ordenamento constitucional vigente.

Vejamos decisão neste sentido:

APELAÇÃO CÍVEL N. 1611621-9, DA 3ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DO FORO CENTRAL DA COMARCA DA REGIÃO METROPOLITANA DE CURITIBA. APELANTE: ALTA VOLTAGEM COMÉRCIO DE ROUPAS LTDA. APELADO: ESTADO DO PARANÁ. RELATOR: DES. SALVATORE ANTONIO ASTUTI. Tributário. Mandado de Segurança. ICMS. Antecipação. Diferencial de alíquota. Regulamentação. Decretos. Impossibilidade. Ofensa ao princípio da legalidade. Antecipação do surgimento da obrigação tributária. Inexistindo o dever de pagar não se fala em prazo de pagamento. Alteração do próprio fato gerador. Leis estaduais e LC 123/2006 que apenas preveem a possibilidade da exigência do pagamento antecipado. Decretos que definem o fato gerador. Elemento da regra matriz da incidência tributária. Exigência de lei. Ilegalidade. Inconstitucionalidade. Sentença reformada. Segurança concedida. Apelação Cível provida. n. 1611621-9, da 3ª Vara da Fazenda Pública do Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba, em que é apelante ALTA VOLTAGEM COMÉRCIO DE ROUPAS LTDA. e apelado ESTADO DO PARANÁ. RELATÓRIO. Trata-se de Apelação Cível interposta por ALTA VOLTAGEM COMÉRCIO DE ROUPAS LTDA. em face da sentença

Retificação no DOU de 14.03.16, para excluir o termo despacho (179/16) que constava na republicação. Vide Convs. ICMS 152/15 e 9/16, respectivamente, cláusulas terceira-A e segunda, relativamente a prazo de recolhimento do DIFAL Vide alíquota interna: Despachos 231/15 (DF), 239/15 (SE), 241/15 (SP), 250/15 (BA), 252/15 (MS), 21/16 (ES), 26/16 (PI), 108/17 (ES). Alterado pelo Conv. ICMS 88/17.

proferida nos autos de Mandado de Segurança n. 0004490-13.2015.8.16.0004 Curitiba, 21 de fevereiro de 2017. Des. Salvatore Antonio Astuti Relator.²⁷

Destarte, a jurisprudência do Egrégio Tribunal de Justiça Estadual, apesar de ainda oscilante, tende a abarcar a tese do contribuinte, em homenagem aos princípios constitucionais e da própria segurança jurídica que deve nortear as relações jurídicas tributárias, ao arrepio do entendimento fazendário.

O PROCESSO DA AÇÃO EXACIONAL TRIBUTÁRIA INIBITÓRIA

Malgrado os amantes do direito material por um longo período terem colocados em segundo plano a ciência de instrumentalização dos direitos, o processo na atual conjuntura e desde outrora, possui relevância singular na obtenção do provimento jurisdicional, apto a realizar uma prestação da jurisdição positiva, com o desiderato de se alcançar, na presente vertente a reparação do dano estatal, operando como verdadeiro instrumento a serviço da paz e do bem estar social.

Relembra Dinamarco, citando Carnelutti a este respeito leciona que:

Falar em instrumentalidade do processo, pois, não é falar somente nas suas ligações com a lei material. O Estado é responsável pelo bem-estar da sociedade e dos indivíduos que a compõem: e, estando o bem-estar social turbado pela existência de conflitos entre pessoas, ele se vale do sistema processual para, eliminando os conflitos, devolver à sociedade a paz desejada. O processo é uma realidade desse mundo social, legitimada por três ordens de objetivos que através dele e mediante o exercício da jurisdição o Estado persegue: *sociais, políticos e jurídico*. A consciência dos escopos da jurisdição e sobretudo do seu escopo social magno da *pacificação social* constitui fator importante para a compreensão da instrumentalidade do processo, em sua conceituação e endereçamento social e político.²⁸

Nesta senda, entender o processo como mecanismo capaz de diminuir discrepâncias ocasionadas pelas mais diversas contingências da vida em sociedade, é outorgar ao mesmo a devida singularidade e pertinência em seu estudo, havendo nítida correlação entre a busca instrumental do bem da vida, com o próprio provimento jurisdicional de direito material.

Na esfera tributária tal como ocorre em demais áreas onde prepondera o interesse público, não pode deixar de respeitar os corolários constitucionais e de todo o sistema jurídico tributário, em favor de sistemas coercitivos de tributação, especialmente havendo uma relação de intervenção na propriedade do particular.

Assim argumenta a doutrina neste sentido, vejamos:

²⁷S/AUTOR. Apelação TJPR - apelação cível n. 1611621-9. Disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/425980372/andamento-do-processo-n-1611621-9-apelacao-civil-03-02-2017-do-tjpr?ref=topic_feed. Acesso em 10 out. 2017.

²⁸GRINOVER, Ada Pellegrini. *op. cit.*, p. 47.

O direito processual é, assim, do ponto-de-vista de sua função jurídica, um instrumento a serviço do direito material: todos os seus institutos básicos (jurisdição, ação, exceção, processo) são concebidos e justificam-se no quadro das instituições do Estado pela necessidade de garantir a autoridade do ordenamento jurídico. O objeto do direito processual reside precisamente nesses institutos e eles concorrem decisivamente para dar-lhe sua própria individualidade e distingui-lo do direito material.²⁹

Muito além de mera aglutinação de procedimentos, o processo é capaz e tido como uma ciência autônoma, uma vez que é *conditio sine qua nom*, para o desempenho de direitos e prerrogativas inerentes aos jurisdicionados. Outrossim, insta salientar nesse mesmo diapasão que direitos meramente materiais, não são capazes por si só de realizarem as mutações buscadas por aqueles que se sentem lesionados pelos atos estatais, sejam omissivos ou comissivos na esfera tributária. Indubitavelmente, as interpretações existentes na esfera do ordenamento jurídico pátrio são mais complexas que apenas a análise dos aspectos tidos no direito substantivo.

Neste prisma, a grei dos juristas que entendiam ser suficiente o aspecto material do direito, capaz de suprir as demandas e anseios sociais, vem sendo extirpada diuturnamente, haja vista, a necessidade que se impõe na procedimentalização e não somente na busca material do “bem da vida” sem qualquer método.

O método ou mesmo o instrumento capaz de se fazer efetivar tais direitos, vem sendo cada vez mais aceito e necessário para a plena efetivação do acesso justiça, é o processo.

Neste sentido cabe colacionar a doutrina de Tardin:

A doutrina hodierna levanta a bandeira da instrumentalidade do processo. Pensar no processo sob a óptica instrumental é pensar num mecanismo cuja finalidade é efetivar o direito material. O Estado, quando consagra regras de conduta nos mais variados diplomas, precisa de instrumentos hábeis, caso as normas por ele traçadas não sejam atendidas espontaneamente.³⁰

Em face dessa situação, pertinente se faz abordar a forma pela qual é capaz de se efetivarem os direitos fundamentais à tributação justa, em especial de propriedade e do naco confisco. Tal estudo se desdobrará em duas facetas, uma de cunho preventivo e outra de cunho repressivo.

Na fase preventiva, abordar-se-á institutos que visam resguardam de maneira concreta a plena efetividade das garantias e prerrogativas asseguradas constitucionalmente. Tais mecanismos podem ser substanciados em ações de obrigações de fazer ou *nom facere*, externados por, Mandados de Segurança, Exceção de Pré-Executividade, Embargos à Execução, dentre outros.

²⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. Teoria geral do processo. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 46.

³⁰ ARDIN, Luiz Gustavo. Funcionalidade das tutelas de urgência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 34.

Já na segunda fase, os procedimentos repressivos, ficam adstritos de maneira mais própria no campo da repetição de indébito a ser realizada no prazo prescricional de 05 (*cinco*) anos, ou seja, aqui a conduta ilícita já se concretizou na irregular tributação. Via de consequência, visa-se tutelar a reparação de danos pela ação do Estado, seja repetitória ou obrigação específica de abstenção da exação fiscal.

COMPETÊNCIA

A doutrina realiza uma diferenciação entre os tipos de ações, podendo ser elas ações reais a ações de direito pessoal, sendo esta última a natureza jurídica do feito anti exacional relativo à tributação de forma ilícita perpetrada pelo Poder Público estadual, quando da cobrança do tributo relativo ao diferencial de alíquota (ICMS).

O processo de visa a repetição do indébito sempre terá em um dos lados da relação jurídico-processual a figura da Fazenda Pública, seja em qual esfera for. Desta feita, mesmo havendo as prerrogativas ou privilégios nos prazos para contestação e para recorrer³¹, a Fazenda Pública não possui o denominado foro privilegiado, estando incursa nas regras de competência ordinárias, devidamente disciplinadas pelo Código de Processo Civil.

Ademais, quando da utilização do *writ* o legitimado passivo será a autoridade coatora, nos termos da Lei Federal 12.016/09³², sendo lícito ao ente Federativo, qual seja, o Estado do Paraná, a habilitação nos autos do Mandado de Segurança.

INTERVENÇÃO MINISTERIAL

Com baldrame no artigo 178, do Código de Processo Civil de 2015, o órgão ministerial, deverá atuar em demandas onde, se vislumbre e se tenha, interesse de incapazes, bem como nas causas de estado e ainda nas questões relativas a litígios coletivos originários de posse, dentre outras.

Na hodierna conjectura de atuação ministerial reside na possibilidade do agente ministerial promover a participação ativa em feitos onde fica evidenciado o interesse público primário,

³¹ BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acessado em: 11 nov. 2017.

³² BRASIL. Lei n. 12.016, de 07 de agosto de 2009.

Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12016.htm>. Acessado em: 11 nov. 2017.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:
Art. 1º Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça...

ao passo que sua atuação institucional cinge-se na possibilidade da participação e até mesmo da recorribilidade em processos de tal natureza e envergadura constitucional.

Vejamos:

Art. 178. O Ministério Público será intimado para, no prazo de 30 (trinta) dias, intervir como fiscal da ordem jurídica nas hipóteses previstas em lei ou na Constituição Federal e nos processos que envolvam:

I - interesse público ou social;

II - interesse de incapaz;

III - litígios coletivos pela posse de terra rural ou urbana.

Parágrafo único. A participação da Fazenda Pública não configura, por si só, hipótese de intervenção do Ministério Público.³³

Não obstante a tal mandamento legal, considerando a necessidade de racionalização da intervenção do ente ministerial, bem como, o aumento vertiginoso dos processos enquadrados na hipótese abstrata da legislação, o CNMP - Colendo Conselho Nacional do Ministério Público³⁴, expediu Recomendação a seus membros, na qual faculta, respeitada a independência funcional, a intervenção do órgão ministerial em causas na seara cível, quando o agente vislumbrar não se tratar de interesse público primário.

Sobre esta temática, cabe frisar sobre as diferenças doutrinárias e jurisprudenciais acerca do interesse público primário e interesse público secundário.

No primeiro caso, estamos diante do interesse público propriamente dito, ou seja, o interesse público tutelado em prol de toda a sociedade, não bastando haver tão somente um interesse por parte do Estado (*lato sensu*) apenas de cunho patrimonial.

Denota-se que o eventual prejuízo em não realizar a intervenção ministerial na qualidade de *custus legis*, vai muito além que um prejuízo patrimonial ao Estado que é amparado pelos seus órgãos de representação judicial e consultiva, como exemplo, as Procuradorias Estaduais. O prejuízo pode ser extensivo além da esfera patrimonial, tendo índole social e de abrangência relevante,

³³ BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acessado em: 11 nov. 2017.

³⁴ <http://www.cnmp.mp.br/portal/conheca-o-cnmp>>. Acessado em: 21 jul. 2017. O Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) atua em prol do cidadão executando a fiscalização administrativa, financeira e disciplinar do Ministério Público no Brasil e de seus membros, respeitando a autonomia da instituição. O órgão foi criado em 30 de dezembro de 2004, pela Emenda Constitucional nº 45, e tem sede em Brasília (DF). Formado por 14 membros, que representam setores diversos da sociedade, o CNMP tem como objetivo imprimir uma visão nacional ao MP. Ao Conselho cabe orientar e fiscalizar todos os ramos do MP brasileiro: o Ministério Público da União (MPU), que é composto pelo Ministério Público Federal (MPF), Ministério Público Militar (MPM), Ministério Público do Trabalho (MPT) e do Distrito Federal e Territórios (MPDFT); e o Ministério Público dos Estados (MPE).

contribuindo para a segurança de valores reais para o Estado e para a sociedade que se serve do mesmo, até mesmo em decorrência da representação do governo através da coisa pública, ou seja, administrando-a.

Nesta senda, vejamos a posição doutrinária de Vigliar:

Interesse público é o pertinente a toda a sociedade personificada no Estado. É o interesse à preservação permanente dos valores transcendentais desta sociedade. Não é, assim, o interesse de um, de alguns, de um grupo ou de uma parcela da comunidade; nem mesmo é o interesse só do Estado, enquanto pessoa jurídica empenhada na consecução de seus fins. É o interesse de todos, abrangente e abstrato. E por ser de todos, não é de ninguém.³⁵

Por seu turno, o interesse público secundário, fica adstrito aos interesses do Estado, quanto sujeito individual. Evidente que não há uma abstenção das prerrogativas inerentes aos entes públicos. Aqui o próprio órgão de representação jurídica do ente público, é capaz por seus meios, somados às prerrogativas e garantias outorgadas ao Estado, exercer e buscar a defesa do interesse público. Como maneira ilustrativa, temos as execuções fiscais e ações a elas correlatas (embargos de execução, objeção de pré-executividade etc.), onde conforme entendimento já cristalizado, se faz desnecessária a participação do órgão ministerial no feito, salvo se houver algum nuançe que justifique a manifestação do *Parquet*.

Neste sentido a Súmula 189, do Superior Tribunal de Justiça é expressa “É desnecessária a intervenção do Ministério Público nas execuções fiscais³⁶”. Ademais a jurisprudência da Corte Federal já se posicionou no seguinte sentido, vejamos:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS A EXECUÇÃO FISCAL. MINISTERIO PUBLICO. INTERVENÇÃO: DESNECESSARIA. PRECEDENTES. RECURSO NÃO CONHECIDO. I - E DESNECESSARIA A INTERVENÇÃO DO MINISTERIO PUBLICO NAS CAUSAS FISCAIS, POIS O "INTERESSE PUBLICO" INSERTO NO INC. III DO ART. 82 DO CPC NÃO EQUIVALE A "INTERESSE DA FAZENDA PUBLICA". II - PRECEDENTES DE AMBAS AS TURMAS DE DIREITO PUBLICO DO STJ: RESP 48.771/RS, RESP 63.529/PR E RESP 52.318/RS. III - PRECEDENTE DO EXTINTO TFR: AC 55.662/PR. IV - RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO. (REsp 30150/PR, Rel. Ministro ADHEMAR MACIEL, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/12/1996, DJ 03/02/1997, p. 685).

Após essa breve explanação, não parece pairar dúvidas, que em se tratando de ação de indenização em face do Estado, oriundo da responsabilidade civil extracontratual, a intervenção

³⁵ VIGLIAR. José Marcelo Menezes. Tutela jurisdicional coletiva. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1999. p. 143.

³⁶ <http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/enunciados.jsp?&b=SUMU&p=true&t=&l=10&i=321> Acessado em: 21 set. 2017.

ministerial se torna imperativo de legalidade, cujo o alicerce possui escopo na supremacia do interesse público quando estiver diante do heroico remédio constitucional.

Em feitos de jurisdição ordinária, como exemplo em ações de simples repetição ou mesmo no bojo de Embargos à Execução e até mesmo através de objeções, petição de cunho incidental, sem previsão legislativa, mas amplamente aceita pela doutrina e jurisprudência, a intervenção do órgão ministerial se demonstra prescindível, pois amparado apenas direitos e interesses da Administração Pública de cunho secundário (*interesse público secundário*).

O interesse público secundário é pautado em interesses eminentemente patrimoniais, havendo a defesa por parte dos órgãos de representação, tais como as Procuradorias Estaduais, através de seu corpo jurídico.

CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS LEGAIS

Com a entrada em vigência da Lei nº 11.960/2009, houve a alteração da redação do artigo 1º-F da Lei nº 9.494/1997³⁷, sendo que nas condenações em desfavor à Fazenda Pública, sejam elas órgãos da administração direta ou indireta, independentemente de sua natureza jurídica, partindo de questões previdenciárias até mesmo questões cíveis, e para fins de correção, bem como, remuneração de capital e compensação da mora, existirá a incidência, uma única vez, até o efetivo adimplemento, dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à poupança.

O Colendo Supremo Tribunal Federal, há muito, já sinalizava que a TR (taxa referencial), não é índice de correção monetária materialmente, havendo inúmeros feitos onde contribuintes e até mesmo particulares contestando o aludido índice, em face da inexpressividade da atualização do valor da moeda.

A manifestação da Procuradoria-Geral da República, referido pelo Ministro Moreira Alves, relator, no julgamento da ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 493, ressaltou que a TR se reveste da natureza de indexador tão somente para o mercado financeiro de títulos e valores mobiliários, não se materializando, portanto, índice que reflita a variação do poder aquisitivo da moeda.

Relevante trazer à baila referido ementário:

³⁷ BRASIL. Lei n. 9.494, de 10 de setembro de 1997. Disciplina a aplicação da tutela antecipada contra a Fazenda Pública, altera a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9494.htm>. Acessado em: 21 jul. 2017. Art. 1º-F. Nas condenações impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza e para fins de atualização monetária, remuneração do capital e compensação da mora, haverá a incidência uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança. (Redação dada pela Lei nº 11.960, de 2009).

Ação direta de inconstitucionalidade. - Se a lei alcançar os efeitos futuros de contratos celebrados anteriormente a ela, será essa lei retroativa (retroatividade mínima) porque vai interferir na causa, que é um ato ou fato ocorrido no passado. - O disposto no artigo 5, XXXVI, da Constituição Federal se aplica a toda e qualquer lei infraconstitucional, sem qualquer distinção entre lei de direito público e lei de direito privado, ou entre lei de ordem pública e lei dispositiva. Precedente do S.T.F.. - Ocorrência, no caso, de violação de direito adquirido. A taxa referencial (TR) não é índice de correção monetária, pois, refletindo as variações do custo primário da captação dos depósitos a prazo fixo, não constitui índice que reflita a variação do poder aquisitivo da moeda. Por isso, não há necessidade de se examinar a questão de saber se as normas que alteram índice de correção monetária se aplicam imediatamente, alcançando, pois, as prestações futuras de contratos celebrados no passado, sem violarem o disposto no artigo 5, XXXVI, da Carta Magna. - Também ofendem o ato jurídico perfeito os dispositivos impugnados que alteram o critério de reajuste das prestações nos contratos já celebrados pelo sistema do Plano de Equivalência Salarial por Categoria Profissional (PES/CP). Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente, para declarar a inconstitucionalidade dos artigos 18, "caput" e parágrafos 1 e 4; 20; 21 e parágrafo único; 23 e parágrafos; e 24 e parágrafos, todos da Lei n. 8.177, de 1 de maio de 1991. (ADI 493, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 25/06/1992, DJ 04-09-1992 PP-14089 EMENT VOL-01674-02 PP-00260 RTJ VOL-00143-03 PP-00724).³⁸

Por este entendimento o relator, em sua decisão, assinalou que seria a TR índice de correção monetária e, portanto, índice de desvalorização da moeda, se inequivocamente fosse constituída apenas do valor correspondente à desvalorização esperada da moeda em virtude da inflação, não configurando desta feita, meio hábil de retribuir e recompor a desvalorização do crédito que o particular possui em face do poder público.

Com base em tais razões, o pleno do Supremo Tribunal Federal reconheceu, em julgamento ocorrido nas ADIs 4.357 e 4.425, e seguindo o entendimento do Eminentíssimo Ministro Luiz Fux, pela inconstitucionalidade do parágrafo 12 do artigo 100 da Constituição Federal, redação que lhe fora dada pela Emenda Constitucional nº 62/2009³⁹, no que compete à escolha do índice da caderneta de poupança como taxa de correção monetária dos precatórios, por ficar pacificado que ele não é suficiente para recompor as perdas inflacionárias, que a moeda poderá sofrer no decorrer de uma ação indenizatória, como exemplo.

O entendimento do Ministro foi no sentido de que a adoção do referido índice fere o direito fundamental à propriedade, previsto no artigo 5º, XXII, da Constituição Federal, ao passo que, por ser fixado em momento posterior e ser sempre muito inferior a índices de inflação como o IPC

³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 493, Tribunal Pleno, Brasília, DF, 25 de junho de 1992. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000104231&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 24 jul. 2017.

³⁹ STF julga parcialmente inconstitucional emenda dos precatórios.

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=233520>> Acesso em: 24 jul. 2017.

(Índice de Preços ao Consumidor), permitira a destruição lenta dos créditos pela inflação, oriundos das condenações em face da fazenda pública, não sendo suficiente para recompor o seu valor. A declaração de inconstitucionalidade atingiu, por arrastamento⁴⁰, o artigo 1º-F da Lei nº 9.494/1997, com a redação que lhe fora atribuída pela Lei nº 11.960/2009.

A recalcitrância por parte do ente tributante em realizar a recomposição de maneira justa, vai em descompasso com as normas constitucionais do próprio critério de igual e capacidade contributiva, tão prestigiados pela doutrina e jurisprudência do direito público.

Diante disso, sendo a ação de repetição de tributos, os valores referente à correção monetária e juros, dever-se-á ser realizado nos mesmos moldes da cobrança realizada pela Fazenda Pública, em homenagem à isonomia.

A situação em discussão é gerada em homenagem além da isonomia dos demais direitos inerentes ao contribuinte na qualidade de contribuinte, pois uma tributação justa vai muito além da observância de formas consagradas na doutrina e nos tribunais superiores, cingindo ainda em corolários inerentes ao devido processo tributário e à tributação justa e equânime.

Não sendo relação tributária, os valores da recomposição das condenações em face da Fazenda Pública, deverão observar os ditames da recente decisão do Colendo Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

Tese

A primeira tese aprovada, referente aos juros moratórios e sugerida pelo relator do recurso, ministro Luiz Fux, diz que “O artigo 1º-F da Lei 9.494/1997, com a redação dada pela Lei 11.960/2009, na parte em que disciplina os juros moratórios aplicáveis a condenações da Fazenda Pública, é inconstitucional ao incidir sobre débitos oriundos de relação jurídico-tributária, aos quais devem ser aplicados os mesmos juros de mora pelos quais a Fazenda Pública remunera seu crédito tributário, em respeito ao princípio constitucional da isonomia (CRFB, art. 5º, *caput*); quanto às condenações oriundas de relação jurídica não-tributária, a fixação dos juros moratórios segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança é constitucional, permanecendo hígido, nesta extensão, o disposto no artigo 1º-F da Lei 9.494/1997 com a redação dada pela Lei 11.960/2009.”

Já a segunda tese, referente à atualização monetária, tem a seguinte redação: “O artigo 1º-F da Lei 9.494/1997, com a redação dada pela Lei 11.960/2009, na parte em que disciplina a atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança,

⁴⁰ LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado. 10º Ed. São Paulo: Método, 2006. p. 130. Pela referida teoria da inconstitucionalidade por 'arrastamento' ou 'atração' ou 'inconstitucionalidade consequente de preceitos não impugnados', se em determinado processo de controle concentrado de constitucionalidade for julgada inconstitucional a norma principal, em futuro processo, outra norma dependente daquela que foi declarada inconstitucional em processo anterior – tendo em vista a relação de instrumentalidade que entre elas existe – também estará eivada de vício de inconstitucionalidade 'consequente', ou por 'arrastamento' ou 'atração'.

revela-se inconstitucional ao impor restrição desproporcional ao direito de propriedade (CRFB, art. 5º, XXII), uma vez que não se qualifica como medida adequada a capturar a variação de preços da economia, sendo inidônea a promover os fins a que se destina.”

O caso

O RE foi ajuizado pelo INSS contra acórdão da 4ª Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região que, mantendo concessão de benefício de prestação continuada (Lei 8.742/93, artigo 20) a um cidadão, apontou que não caberia a aplicação da Lei 11.960/2009 no tocante aos juros e à correção monetária, ao argumento de que o STF, no julgamento das ADIs 4357 e 4425, reconheceu, por arrastamento, a inconstitucionalidade do artigo 5º da Lei 11.960/2009, que deu nova redação ao artigo 1º-F da Lei nº 9.494/97.

O julgamento do caso teve início em dezembro de 2015. Na ocasião, o relator explicou que quando considerou inconstitucional o uso da taxa de remuneração básica da caderneta de poupança (TR) para fim de correção de débitos do Poder Público, no julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) 4425 e 4357, o STF o fez apenas com relação aos precatórios, não se manifestando quanto ao período entre o dano efetivo (ou o ajuizamento da demanda) e a imputação da responsabilidade da Administração Pública (fase de conhecimento do processo). Uma vez constituído o precatório, seria então aplicado o entendimento fixado pelo STF, com a utilização do Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E) para fins de correção monetária.

O ministro reafirmou seu entendimento contrário ao uso da TR para fim de correção monetária, uma vez que se trataria de índice prefixado e inadequado à recomposição da inflação, e votou no sentido de dar parcial provimento para manter a concessão de benefício de prestação continuada atualizado monetariamente segundo o IPCA-E, desde a data fixada na sentença. E, para evitar qualquer lacuna sobre o tema e com o propósito de guardar coerência e uniformidade com a decisão do STF ao julgar a questão de ordem nas ADIs 4357 e 4425, o ministro disse entender que devem ser idênticos os critérios para a correção monetária de precatórios e de condenações judiciais da Fazenda Pública.

Acompanharam esse entendimento, na ocasião, os ministros Edson Fachin, Luís Roberto Barroso e Rosa Weber. O ministro Teori Zavascki (falecido) votou pelo provimento do recurso, mantendo a TR como índice de correção monetária durante todo o período, e o ministro Marco Aurélio votou pelo desprovimento total do recurso. O ministro Dias Toffoli pediu vista dos autos na ocasião e, quando trouxe o caso novamente para análise do Pleno, votou pelo provimento integral do recurso, sendo acompanhado pela ministra Cármen Lúcia.

Na sessão desta quarta-feira, o ministro Gilmar Mendes votou pelo provimento do recurso, por entender que não existe, do ponto de vista constitucional, violação que impossibilite a aplicação da TR aos juros moratórios e à correção monetária sobre as condenações judiciais impostas à Fazenda Pública, nos termos do artigo 1º-F da Lei 9.494/1997.

Já o ministro Ricardo Lewandowski acompanhou o relator para dar parcial provimento ao recurso, fixando o IPCA-E como índice de correção monetária a todas as condenações impostas à Fazenda Pública. Esse foi o mesmo

entendimento do ministro Celso de Mello, que concordou com o relator no sentido do uso do IPCA-E tanto na correção monetária dos precatórios quanto nas condenações judiciais da Fazenda Pública, para evitar qualquer lacuna sobre a matéria e para guardar coerência com as decisões do STF na Questão de Ordem nas ADIs 4357 e 4425.⁴¹

Portanto, os traçados para a incidência dos valores corrigidos quando do recebimento de ações a título de repetição de indébito, deverá observar tais balizas, sob pena de inserção em desrespeito à decisão da Corte Suprema, outorgando a prerrogativa do ajuizamento de eventual Reclamação constitucional, nos termos da jurisprudência remansosa do Pretório Excelso.

“RECURSO” DE OFÍCIO – REMESSA *EX OFFICIO*

Conforme se pode denotar do Código de Processo Civil vigente, a Fazenda Pública possui prerrogativas e privilégios processuais distintos dos particulares, que em muitos casos, pode se dizer que é a própria exteriorização do princípio da supremacia do interesse público.

Outrossim, apesar de parte da doutrina entender que o instituto da remessa necessária ser uma espécie recursal, a melhor doutrina e a corrente majoritária compreende que tal instituto não caracteriza-se como uma espécie recursal propriamente dita, pois fere o princípio da taxatividade recursal, no qual prevê a possibilidade de recursos apenas nos casos elencados na legislação processual.

Desta maneira, o instituto é tido como apenas mecanismo em prol do interesse público, não se vinculando às espécies recursais.

Entretanto, tais mecanismos que visam resguardar a atuação do estado-parte na *lide* não podem estar a serviço da morosidade processual, e da utilização mal intencionada por parte do ente público, sob pena de restar configurado um verdadeiro atentado aos “direitos fundamentais processuais⁴²”.

Neste sentido, a doutrina processualista, realiza severas críticas aos privilégios e prerrogativas da fazenda pública, aduzindo em alguns casos sobre a incompatibilidade com a nova

⁴¹ STF Plenário do STF define teses sobre índices de correção e juros em condenações contra Fazenda Pública. <

<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=870947&classe=RE&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>> Acesso em: 11 nov. 2017.

⁴² DIDIER Jr. Fredie. Curso de direito processual civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento vol. 1, 9ª. ed., Salvador: Editora Jus Podivm. 2008. p. 28.

ordem constitucional trazida pela Constituição de 1988, em especial no que concerne ao acesso à justiça.

Vejamos posição doutrinária:

Quanto mais se fala de acesso à justiça e na sua necessária e expedita saída, mais há regras, constitucionais e infraconstitucionais, que inviabilizam, para os casos em que há pessoas de direito público envolvidas, a realização desse valor constitucional.⁴³

Corroborando com esse entendimento, em tom de crítica, Candido Rangel Dinamarco aduz:

Repudio os privilégios dados pela lei processual ao Estado, que reputo de índole fascista; sou um crítico do Estado-Inimigo, que litiga e resiste em juízo com a consciência de não ter razão, abusando do direito de recorrer com o objetivo de postergar a satisfação de suas vítimas...⁴⁴

Noutra banda, há aqueles que defendem a existência das prerrogativas processuais, uma vez que o Estado em sua missão social, deve estar acima de seus administrados no que compete às possibilidades de manejo processual. Equivalendo a dizer que, a supremacia do interesse público, aliado com a necessidade estatal da gestão processual, legitima a uma igualdade material em relação a parte adversa, razão pela qual, tais prerrogativas processuais sob o aspecto principiológico e instrumental são compatíveis com a ordem constitucional vigente.

Assim leciona José dos Santos Carvalho Filho:

Se é evidente que o sistema jurídico assegura aos particulares garantias contra o Estado em certos tipos de relação jurídica, é mais evidente ainda que, como regra, deva respeitar-se o interesse coletivo quando em confronto com o interesse particular. A existência de direitos fundamentais não exclui a densidade do princípio. Este é, na verdade, o corolário natural do regime democrático, calcado, como por todos sabido, na preponderância das maiorias.⁴⁵

Isto posto, a remessa de ofício ou o já conhecido *ex officio*, possui embasamento legal no Art. 496 do *Códex* de processo civil. Tal previsão se exterioriza como mandamento legal comissivo, sendo um dever ao magistrado de primeiro grau, de realizar a remessa dos autos para nova apreciação, quando o mérito da decisão jurisdicional for contrário aos interesses da União, Estados, Municípios e suas autarquias/fundações, independentemente de recurso próprio ou não, sob pena do presidente do tribunal competente avocá-los.

⁴³ BUENO, Cassio Scarpinella. O Poder público em juízo. 4ª. ed., São Paulo: Editora Saraiva. 2008. p. 320

⁴⁴ DINAMARCO, Candido Rangel. Relativizar a coisa julgada. Rio de Janeiro: América Jurídica. 2002. p. 71.

⁴⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo, 24ª. ed., Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris. 2007. p. 61.

Entretanto, por permissivo legal, as condenações que não excederem a valores previstos na legislação, não estão sujeitas ao duplo grau de jurisdição.

Resta assim, colacionar-se os referidos dispositivos legais, *in verbis*:

Art. 496. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:

I - proferida contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público;

II - que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução fiscal.

§ 1º Nos casos previstos neste artigo, não interposta a apelação no prazo legal, o juiz ordenará a remessa dos autos ao tribunal, e, se não o fizer, o presidente do respectivo tribunal avocá-los-á.

§ 2º Em qualquer dos casos referidos no § 1º, o tribunal julgará a remessa necessária.

§ 3º Não se aplica o disposto neste artigo quando a condenação ou o proveito econômico obtido na causa for de valor certo e líquido inferior a:

I - 1.000 (mil) salários-mínimos para a União e as respectivas autarquias e fundações de direito público;

II - 500 (quinhentos) salários-mínimos para os Estados, o Distrito Federal, as respectivas autarquias e fundações de direito público e os Municípios que constituam capitais dos Estados;

III - 100 (cem) salários-mínimos para todos os demais Municípios e respectivas autarquias e fundações de direito público.

§ 4º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em:

I - súmula de tribunal superior;

II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

IV - entendimento coincidente com orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público, consolidada em manifestação, parecer ou súmula administrativa.⁴⁶

Ao passo que, a responsabilidade civil do Estado, ações de repetições etc, salvo na hipótese de exceção em razão do valor da condenação e das demais causas enumeradas alhures, o

⁴⁶ BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acessado em: 11 nov. 2017.

administrado na qualidade de contribuinte, quando do manejo de eventual ação repetitória ou mesmo inibitória em face do Estado, ficará sujeito a esta condição, para iniciar a fase executória de sua pretensão.

Tal pretensão executória, depende necessariamente da comprovação do trânsito em julgado da eventual condenação ou mesmo da ação declaratória anti exacional, sob pena de afronta ao devido processo legal em face da Fazenda Pública Estadual.

CONCLUSÃO

O Decreto Paranaense que supostamente regulou a Emenda Constitucional n. 87/2015 à Constituição da República Federativa do Brasil, nitidamente extrapolou o poder regulamentar do Poder Executivo, uma vez que exacerbou conceitos e nomenclaturas próprias de outros ramos do direito, tais quais, o direito civil e o próprio conceito de contribuinte do direito tributário.

Tal vedação conforme demonstrada alhures, é oriunda das próprias normas de direito tributários e dos demais ramos do direito público, onde encontra-se vedada o desvirtuamento de institutos intrínsecos aos demais ramos do direito, seja ele privado ou mesmo de cunho híbrido em alguns casos, a depender da teoria adotada.

Não paira-se qualquer laivo de dúvidas, que a interpretação estendendo o conceito de sujeito passivo de obrigação tributária demanda um manifesto excesso de exação fiscal, na medida em que, há a tributação de situações e de pessoas que *a priori* não podem ser caracterizadas como contribuintes do ICMS pela simples edição de uma decreto regulamentar que não possui força vinculante de lei em sentido formal e estrito, cujo dever de adimplir o tributo não se estende ao destinatário final do bem/produto.

A espécie normativa “Decreto” encontra-se inserida no conceito de “legislação tributária” podendo, quando no muito, inserir obrigações acessórias aos contribuintes, havendo vedação expressa constitucional para que promova qualquer inovação legislativa tendente a constituir ou mesmo elastecer hipóteses de obrigação tributária principal, qual seja, a criação de exação tributária ilegal.

Em verdade, qualquer interpretação distinta acerca da ilegalidade da mencionada norma em cotejo, contribui de maneira ilegal e inconstitucional à cobrança de tributos de empresas que em muitos casos são inclusive optantes pelo regime de tributação diferenciado, estatuído pela Lei

Complementar 123/2006, também conhecido como o Estatuto das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte e/ou “Simples Nacional”, ou seja, empresas pequenas, porém que respondem grande parte pela geração de empregos no país.

Dessarte, a incidência tributária nesses casos além de possuir contornos de manifesta ilegalidade, contribuem para a tributação de forma mais onerosa e não igualitária entre empresas do mencionado sistema de tributação, sistema do simples nacional, para com empresas de maior porte, que não estão enquadradas no mencionado sistema tributário. A mencionada desigualdade reside no fato de haver a plena possibilidade de empresas não optante pelo regime de tributação diferenciado, poderem se creditar dos valores decorrentes das operações antecedentes, descontando o montante já adimplido na cadeia de produção, quando da saída de suas mercadorias e/ou serviços. Por seu turno, no caso das empresas optante pelo simples nacional, a teor do que preleciona e mencionada lei em questão, denominada estatuto das micro e pequenas empresas, não existe a possibilidade de tal compensação, onerando de maneira totalmente superior aos demais casos acima referenciados.

A garantia do princípio da legalidade em matéria tributária contribui para a qualificação de tributações corretas sob o aspecto democrático, não podendo o Administrador Público, notadamente as autoridades fazendárias, promoverem o elastecimento de conceitos e regras, sob o escrutínio da suposta mera regulamentação de lei em sentido formal, inexistente ou que não preveja expressamente as nuances materiais para a configuração da exação tributária do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços. Entrementes, não há como conceber a existência de norma infralegal, que não regula qualquer obrigação acessória, ao revés, que estatui verdadeira hipótese de incidência tributária, sem afrontar diretamente a legalidade em matéria tributária.

De mais a mais, conceber de maneira diversa, faz com que haja enorme insegurança jurídica no exercício da plena atividade econômica, evidenciando desta maneira, um enorme abismo entre o contexto constitucional de tratamento diferenciado às micro e pequenas empresas, para com as demais empresas de grande porte, que por sua própria natureza, já são competidores diferenciados e totalmente superiores aos optante pelo regime de tributação simplificado.

Neste diapasão, existem inúmeros mecanismos processuais adequados a depender da fase e do próprio desiderato que busca o contribuinte para ver sanadas as patentes irregularidades e arbitrariedades na exação fiscal do mencionado pagamento do diferencial de alíquota do tributo estadual, ICMS.

Conforme demonstrado ao longo deste trabalho, o contribuinte pode lançar mão de inúmeros instrumentos processuais.

Por instrumentos processuais, é possível se entender como os meios adequados dentro do ordenamento jurídico nacional, a fim de viabilizar a concretização de direitos, sendo no presente caso, o direito a ter uma tributação e/ou exação tributária justa e de acordo com os corolários constitucionais.

Dentre os principais instrumentos processuais adequados e aptos a ensejar uma forma de defesa e de própria resistência à exação perpetrada pelo fisco, conforme demonstrado ao longo do presente trabalho, o que irá impactar na própria escolha da ação cabível é a fase do crédito tributário ou mesmo, da sua falta de constituição, podendo ser manejado ações de cunho preventivo, uma vez que a Constituição Federal alberga a possibilidade de tutela da ameaça de lesão.

A título de exemplo, é cabível ações declaratórias de inexistência de relação jurídica na seara tributária, ou mesmo, mandado de segurança, regulado pela Lei Federal 12.016/09 como forma hábil a amparar direito líquido e certo dos contribuintes.

Tal colocação vem inclusive, sendo chancelada pelo próprio Poder Judiciário, nas mais variadas decisões em âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, conforme se demonstrara outrora ao longo deste trabalho as decisões em segunda instância que afastaram a incidência tributária, quando o destinatário final não se qualificar como contribuinte final daquele produto, seja de origem nacional ou ainda nos casos de importação.

Portanto, cabe ao contribuinte lesado, até o momento em que houver uma maturidade do próprio Poder Executivo, de buscar seus direitos seja na esfera do processo tributário administrativo ou mesmo perante o próprio Poder Judiciário, uma vez que o ímpeto da tributação não pode existir sem um mínimo de aparato legal e de respeito aos corolários e garantias constitucionalmente previstos, sob pena de fazer letra morta do próprio Texto Constitucional.

A busca pelo direito tutelado ou pela tentativa em esvaziar a pretensão exacional irregular do Estado se dá pela utilização dos meios hábeis colocados à disposição do contribuinte, levando em consideração o momento em que o crédito tributário em cobrança encontra-se, a fim de verificar qual a melhor possibilidade processual de impugnação ou até mesmo de impugnação pela via administrativa.

Uma vez não observado o comando constitucional que assegura a todos o acesso à justiça no âmbito tributário, o Estado tributante incorre em nítida afronta com o princípio da legalidade estrita, quando lança mãos de veículos normativos impróprios para a cobrança de seus cidadãos, já penalizados pela exação ao consumo e não a própria renda, como ocorre em países mais desenvolvidos que o Brasil.

REFERÊNCIAS

AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 12. ed. São Paulo: Saraiva. 2013.

BRASIL. **Convênio ICMS 93, de 17 de setembro de 2015**. Dispõe sobre os procedimentos a serem observados nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final não contribuinte do ICMS, localizado em outra unidade federada. Brasília (DF): set 2016. Disponível em: <https://www.confaz.fazenda.gov.br/legislacao/convenios/2015/cv093_15>. Acesso em 17 set. 2017.

BRASIL. **Decreto nº 442 de 06/02/2015**. Introdz no Regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto nº 6.080, de 28 de setembro de 2012, a alteração que especifica. Brasília (DF): fev 2015. Disponível em: <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=280990>>. Acesso em 17 set. 2017.

BRASIL. **Lei complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006**. Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte. Brasília (DF): dez 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp123.htm>. Acesso em 11 set. 2017.

BRASIL. **Lei nº 5.172, de 25 de Outubro de 1966**. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Brasília (DF): mar 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172Compilado.htm>. Acesso em 01 out. 2017.

CARDOSO, Alessandro Mendes. **O dever fundamental de recolher tributos no Estado democrático de direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

CARRAZZA, Roque Antonio. **ICMS**. 11. ed. São Paulo: Malheiros. 2006.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 14. ed. São Paulo: Saraiva. 2002.

HECK, Luís Afonso. **O tribunal constitucional federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais**: Contributo para uma compreensão da jurisdição constitucional federal alemã. Porto Alegre: Fabris. 1995

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. 27. ed. Fortaleza: Malheiros Editores. 2006. p. 130.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Teoria da imposição tributária**. São Paulo: Saraiva, 1983.

NABAIS, José Cabalta. **O dever fundamental de pagar tributos**. Coimbra: Almedina, 2004.

PAULSEN, Leandro. **Curso de direito tributário completo**. 8. ed. São Paulo: Saraiva. 2017.

PEIXOTO, Marcelo Magalhães; MELO, Fábio Soares de (Orgs). **ICMS: questões fundamentais**. São Paulo: MP Ed. 2006.

SABBAG, Eduardo. **Manual de direito tributário**. 4^a ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

S/AUTOR. **Apelação TJPR - apelação cível n. 1611621-9**. Disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/425980372/andamento-do-processo-n-1611621-9-apelacao-civel-03-02-2017-do-tjpr?ref=topic_feed. Acesso em 10 out. 2017.

S/AUTOR. **Código Fiscal de Operações e Prestações (CFOP)**. Disponível em: https://www.sitecontabil.com.br/tabelas/cfop/pag_um.html. Acesso em 17 set. 2017.

VELHO, Guilherme Casulo. **A inconstitucionalidade frente ao Simples da nova exação de antecipação de ICMS/RS**. Tributário. Disponível em: <https://tributario.com.br/guicv/a-inconstitucionalidade-frente-ao-simples-da-nova-exacao-de-antecipacao-de-icmsrs/>. Acesso em 18 out. 2017.

PARECER: POSSIBILIDADE DE CANCELAMENTO ADMINISTRATIVO DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO EXECUTADO, CONSTATADA A PRESCRIÇÃO E/OU ILEGITIMIDADE PASSIVA¹

Ana Lucia Costa

Procuradora do Município de Londrina, lotada na Gerência de Assuntos Fiscais e Tributários – GAFT. Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários – IBET. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Londrina – UEL.

EMENTA: DIREITO TRIBUTÁRIO. CANCELAMENTO ADMINISTRATIVO DE INSCRIÇÃO DE DÍVIDA ATIVA. PERMISSIVO LEGAL. AUTOTUTELA ADMINISTRATIVA. MINORAÇÃO DE ÔNUS. POSSIBILIDADE.

I - Síntese da consulta

Consulta a Gerência de Execução Fiscal acerca da possibilidade de cancelamento administrativo de inscrição de Dívida Ativa, quando constatados casos de prescrição e/ou ilegitimidade passiva, oportunizado pelo juízo da execução fiscal a manifestação e providência prévias pela Fazenda Municipal.

Ante o posicionamento contrário da Secretaria Municipal de Fazenda, a Gerência de Execução Fiscal formulou a presente consulta jurídica, com o objetivo de pacificação da matéria em prol do interesse público.

Passemos à orientação.

II – Considerações

a) Das hipóteses de ocorrência de prescrição

¹ A presente publicação é parte do Parecer Jurídico n. 1258/2017, exarado em 10/11/2017.

São duas as ocorrências mais frequentes que fulminam o crédito tributário executado: ocorrência de prescrição e ilegitimidade passiva.

Muito embora a prescrição seja instituto de direito material, a sua ocorrência pode se dar de duas formas: antes do ajuizamento do executivo fiscal e no curso do processo executivo (intercorrente).

Antes do ajuizamento, a declaração de prescrição se dá por não observância ao prazo fixado no Código Tributário Nacional:

Art. 174. A ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva.

Parágrafo único. A prescrição se interrompe:

I – pelo despacho do juiz que ordenar a citação em execução fiscal;

Ou seja, entre a constituição definitiva (escoado o prazo do contribuinte de impugnação do lançamento; ou impugnado com o esgotamento das instâncias administrativas) e o despacho do juiz que ordenar a citação, não poderá transcorrer cinco anos. Ultrapassado tal lapso, o crédito tributário estará extinto (Art. 156, V, CTN).

No Município de Londrina, até meados do ano de 2010, para contagem do prazo estabelecido no Art. 174, considerava-se também o disposto no § 3º do Art. 2º, da Lei nº 6.830/80:

§ 3º - A inscrição, que se constitui no ato de controle administrativo da legalidade, será feita pelo órgão competente para apurar a liquidez e certeza do crédito e suspenderá a prescrição, para todos os efeitos de direito, por 180 dias, ou até a distribuição da execução fiscal, se esta ocorrer antes de findo aquele prazo.

Na prática, o Órgão Fazendário Municipal desconsiderava a data da constituição definitiva e efetuava a contagem de cinco anos a partir da inscrição em dívida ativa, crente na suspensão por mais 180 dias.

Outra disposição da Lei de Execução Fiscal, francamente favorável à Fazenda Pública, era aplicada:

Art. 8º - [...]

§ 2º - O despacho do Juiz, que ordenar a citação, interrompe a prescrição.

Esse entendimento inclusive era albergado pelo Tribunal de Justiça do Paraná nas questões relativas aos créditos fiscais, o que implicava dizer que, além dos 5 (cinco) anos haveria esses 180 dias a mais para a contagem do prazo.

A jurisprudência posterior se firmou (e se tornou prevalente) no sentido de afastar a disposição do § 3º, do art. 2º da Lei nº 6.830/80, lei ordinária, que não teria o condão de modificar a previsão do Código Tributário Nacional, Lei Complementar.

Somente a partir de 09 de junho de 2005 é que entrou em vigência o disposto na Lei Complementar nº 118/2005, que alterou a redação do Art. 174 do CTN e estabeleceu como marco interruptivo do lustro prescricional o despacho inicial do juiz, determinando a citação.

Como consequência, milhares e milhares de executivos fiscais ajuizados antes de 2005 (considerando a suspensão de 180 dias e interrupção da prescrição pelo despacho inicial do juiz) foram extintos, com imposição de ônus sucumbenciais ao Município de Londrina, o que motivou a edição da Lei Municipal nº 11.584/2012, que dispôs:

Art. 1º Fica autorizado o Município de Londrina, através da Secretaria Municipal de Fazenda, a reconhecer, de ofício, a extinção de créditos tributários, cobrados judicialmente ou não, nos termos do artigo 156, inciso V, da Lei Federal nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, e art. 60, inciso V, da Lei nº 7.303, de 30 de dezembro de 1997, procedendo ao cancelamento das respectivas inscrições, na forma do regulamento, observadas ainda as disposições contidas nesta lei.

A essência da Justificativa do Projeto, que culminou na aprovação da Lei nº 11.584/2012, foi justamente a minoração dos ônus consequentes dos reveses que o Município já vinha sofrendo e continuaria a experimentar:

“Por conta dessa situação fática, faz-se necessária a busca de formas de se otimizar a cobrança de créditos tributários, seja para se evitar desnecessárias despesas para o Município, como para poder focar a cobrança e movimentação dos processos que possuem seus créditos exigíveis.

O art. 26 da LEF permite a baixa do crédito sem custas para o Município, com grande economia e permitindo a priorização da cobrança nos casos em que inexistente prescrição.

Tal medida é adotada por outros entes federativos, uma vez que, com base na LRF, nada impede a Fazenda Pública que, após sopesar se o ônus supera o bônus decorrente da cobrança de determinados créditos, deixe de promovê-la, sem que isso configure renúncia de receita. Ademais, tendo em vista que, no Direito Tributário, a prescrição extingue o crédito fazendário, nos termos do art. 156, inciso V, do CTN, não há que se falar de renúncia de receita já extinta, sendo obrigação do ente público excluí-la de seus cadastros.”

O norte, portanto, foi que o ônus não deve superar o bônus, sob pena de restar malferida a Lei de Responsabilidade Fiscal:

Art. 14. A concessão ou ampliação de incentivo ou benefício de natureza tributária da qual decorra renúncia de receita deverá estar acompanhada de estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva iniciar sua vigência e nos dois seguintes, atender ao disposto na lei de diretrizes orçamentárias e a pelo menos uma das seguintes condições:

[...]

§ 3º O disposto neste artigo não se aplica:

[...]

II - ao cancelamento de débito cujo montante seja inferior ao dos respectivos custos de cobrança.

Nas hipóteses de constatação de prescrição do crédito tributário, estar-se-ia diante de um crédito inexistente, montante “zero” e custo de cobrança de 100%, porque a sentença judicial de extinção acarreta a condenação integral do Município em custas e honorários.

O mesmo raciocínio se aplica aos casos de verificação de prescrição no curso da execução (intercorrente). Uma vez que o ajuizamento tempestivo não afasta em definitivo o risco de prescrição; podendo ocorrer por paralisação do feito executivo, por culpa exclusiva da Fazenda Pública, ou não localização de bens penhoráveis, como tem entendido a jurisprudência:

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. TRIBUTÁRIO. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE RECONHECIDA. O PEDIDO DE DILIGÊNCIA FEITO PELA EXEQUENTE NÃO INTERROMPE O PRAZO PRESCRICIONAL, PARA NÃO SE DEIXAR O EXECUTADO EXPOSTO INDEFINIDAMENTE A PROTELAÇÕES DA PRESCRIÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. O processo foi suspenso em 14/02/02 e ficou sem movimentação por tempo razoável, até que a Fazenda Pública requereu determinada diligência, sendo a mesma infrutífera. Em 24/02/2010, mais de oito anos depois de suspenso o processo, o Magistrado sentenciante reconheceu a prescrição intercorrente.

2. A diligência requerida não tem o condão de suspender a execução fiscal, impedindo a incidência da prescrição intercorrente, isso porque o contribuinte ficaria exposto a suportar execuções estéreis e perenes, já que na véspera de se encerrar o prazo prescricional, a exequente poderia requerer qualquer diligência, que suspenderia o prazo, o que não se admite por ofensa ao princípio da eficiência e da segurança jurídica; além disso, os pedidos de diligências poderiam se renovar, um após o outro, e transformar o processo em algo interminável, o que não pode ser admitido nesta Corte Superior de Justiça.

3. Agravo Regimental a que se nega provimento.”

(STJ - AgRg no AREsp 228307 GO 2012/0191837-3, PRIMEIRA TURMA, Publicação DJe 24/10/2013, Relator Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO)

A Lei Municipal nº 11.584/2012 também previu a possibilidade de reconhecimento da prescrição intercorrente; contudo o fez de maneira inversa, nas hipóteses em que não seria admitida:

Art. 2º A extinção será reconhecida, nos casos em que não existirem embargos à execução fiscal ou exceção de pré-executividade opostos pelo executado, se houver a fluência do prazo a que alude o art. 75 da Lei nº 7.303, de 30 de dezembro de 1997, observado o seguinte:

[...]

IV – no caso dos créditos objeto de execução fiscal proposta no prazo fixado para o seu exercício, analisar-se-á se houve demora na prática de atos judiciais por motivos inerentes ao mecanismo da Justiça, caso em que não se reconhecerá a ocorrência da prescrição.

O que está em consonância com o disposto na Súmula 106-STJ:

“Proposta a ação no prazo fixado para o seu exercício, a demora na citação, por motivos inerentes ao mecanismo da justiça, não justifica o acolhimento da arguição de prescrição ou decadência.”

E permite concluir que não havendo falha dos mecanismos da Justiça, o reconhecimento da prescrição intercorrente estaria autorizado, o que demanda, obviamente, análise casuística.

Tanto na constatação da prescrição antes do ajuizamento da execução, quanto no curso desta, compete à Procuradoria Geral do Município a identificação dos casos, hipótese em que deverá comunicar o Órgão Fazendário, conforme expressamente previu o Decreto nº 1349/2012:

Art. 2º.

[...]

§ 4º. A Procuradoria Geral do Município, quando observar a ocorrência das situações previstas na Lei nº 11.584/2012 e neste regulamento, suficientes para ensejar o reconhecimento da extinção do crédito tributário por prescrição, enviará comunicado à Secretaria Municipal de Fazenda, com a identificação do débito, para que as anotações de cancelamento sejam efetivadas.

Art. 4º.

[...]

§ 2º. Após ser informada pela Secretaria Municipal de Fazenda do cancelamento da dívida ativa, a Procuradoria Geral do Município pedirá o arquivamento dos correspondentes autos, bem como a baixa na distribuição.

Art. 5º Os casos omissos serão regulamentados através de portaria da Secretaria Municipal de Fazenda e da Procuradoria Geral do Município, no âmbito de atuação de cada órgão.

Como historiado, há sólido embasamento legal e jurisprudencial a justificar a antecipação do cancelamento do crédito tributário fulminado pela prescrição.

b) Das hipóteses de ilegitimidade passiva

Foram duas as hipóteses exemplificativas reportadas na consulta jurídica: ilegitimidade por óbito ou transmissão do bem imóvel antes da ocorrência do fato gerador; ao lado da prescrição, as situações mais frequentes a fulminar o crédito fiscal executado.

Consoante dispõe o Código Tributário Municipal, Lei 7.303/1997:

Art. 170. Para todos os efeitos legais, considera-se ocorrido o fato gerador no dia primeiro de cada ano.

Conforme dispõe o Código Tributário Nacional, com relação ao imposto sobre propriedade predial e territorial urbana:

Art. 34. Contribuinte do imposto é o proprietário do imóvel, o titular do seu domínio útil, ou o seu possuidor a qualquer título.

Para a validade do lançamento, no dia primeiro de cada ano será identificado o sujeito passivo contribuinte da obrigação, critério pessoal do consequente da norma de incidência tributária.

Há que se ter em mente a exata diferenciação entre sujeito passivo, contribuinte e responsável. Pela redação do CTN tem-se que:

Art. 121. Sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária.

Parágrafo único. O sujeito passivo da obrigação principal diz-se:

I - contribuinte, quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador;

II - responsável, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei.

O sujeito passivo pode ser o contribuinte ou o responsável e, nas palavras de Leandro Paulsen:

“O contribuinte é aquele que realiza o fato gerador do tributo, normalmente revelador da sua própria capacidade contributiva”

“Conforme o CTN, sujeito passivo, qualificado como responsável, pode ser um sucessor ou um terceiro e responder solidária ou subsidiariamente, ou ainda por substituição. O CTN, neste artigo, pois, cuida de uma responsabilidade tributária em sentido amplo, abrangendo tanto o instituto da responsabilidade tributária em sentido estrito como o da substituição tributária.”

(in Direito Tributário: Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da Jurisprudência. 12. Ed. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; ESMAFE, 2010 – p. 924)

Se no primeiro dia de janeiro foi identificado corretamente o sujeito passivo, posterior modificação da propriedade, seja por morte seja alienação do imóvel, não impactará na cobrança do crédito tributário, porque o espólio, na primeira hipótese, e o adquirente na segunda, serão os sujeitos passivos responsáveis, passando a ser os responsáveis pelo pagamento dos tributos não pagos, também por disposição expressa do CTN:

Art. 128. Sem prejuízo do disposto neste capítulo, a lei pode atribuir de modo expresso a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação.

Art. 129. O disposto nesta Seção aplica-se por igual aos créditos tributários definitivamente constituídos ou em curso de constituição à data dos atos nela referidos, e aos constituídos posteriormente aos mesmos atos, desde que relativos a obrigações tributárias surgidas até a referida data.

Discorrendo sobre o art. 129, Leandro Paulsen, citando Alfredo Augusto Becker, esclarece:

“Caso haja transmissão sucessiva de propriedade e conste do lançamento o novo proprietário, este dado - segundo Becker - em nada altera a realidade jurídica, pois os 'novos proprietários, durante o ano civil, são os responsáveis legais tributários: a) ou solidários com aquele que fora proprietário, no dia 1º de janeiro, o qual continua com o seu original dever jurídico tributário; b) ou isoladamente, por lhes ter sido transmitido,

sucessivamente, o dever jurídico tributário preexistente, com a consequente liberação do primitivo devedor. A escolha dentre estas soluções fica ao arbítrio do legislador."

(Impostos federais, estaduais e municipais / Leandro Paulsen, José Eduardo Soares de Melo. 8 ed. rev. atual. - Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013 - p.325)

Melhor esclarecendo:

"O Código afirma que as regras sobre responsabilidade dos sucessores são aplicáveis 'aos créditos tributários definitivamente constituídos ou em curso de constituição à data dos atos nela referidos, e aos constituídos posteriormente aos mesmos atos'. Ora, o legislador tributário acabou por asseverar que as regras se aplicam ao antes, ao durante e ao depois. É lícito afirmar, portanto, que o momento da constituição do crédito tributário (lançamento) é dado absolutamente irrelevante para definir a aplicabilidade da legislação sobre sucessão, pois o que realmente importa é a data do surgimento da obrigação (ocorrência do fato gerador), como inequivocamente aponta a cláusula final do confuso dispositivo ('desde que relativos a obrigações tributárias surgidas até a referida data')."
(Alexandre, Ricardo. Direito Tributário Esquemático – 2. Ed. atual. ampl. São Paulo: Método, 2008 – p. 321/322)

Nas palavras do doutrinador, o contribuinte do IPTU que o era no momento da ocorrência do fato gerador "continua com o seu dever jurídico tributário"; situação que será transferida ao responsável, nas hipóteses de sucessão ou transferência, conforme dispõe o CTN:

Art. 130. Os créditos tributários relativos a impostos cujo fato gerador seja a propriedade, o domínio útil ou a posse de bens imóveis, e bem assim os relativos a taxas pela prestação de serviços referentes a tais bens, ou a contribuições de melhoria, subrogam-se na pessoa dos respectivos adquirentes, salvo quando conste do título a prova de sua quitação.

Parágrafo único. No caso de arrematação em hasta pública, a sub-rogação ocorre sobre o respectivo preço.

Art. 131. São pessoalmente responsáveis:

I - o adquirente ou remitente, pelos tributos relativos aos bens adquiridos ou remidos;

II - o sucessor a qualquer título e o cônjuge meeiro, pelos tributos devidos pelo de cujus até a data da partilha ou adjudicação, limitada esta responsabilidade ao montante do quinhão do legado ou da meação;

III - o espólio, pelos tributos devidos pelo de cujus até a data da abertura da sucessão.

Não há questões maiores. Identificado corretamente o contribuinte no momento da ocorrência do fato gerador, e efetuado o regular lançamento, eventual mudança de titularidade da propriedade obrigará o sucessor ou adquirente, bastando que se postule a transferência do polo passivo da execução fiscal.

O problema do Fisco Municipal surge quando a situação é diversa: óbito do contribuinte ou transmissão da propriedade, com registro na matrícula do imóvel, antes da ocorrência do fato gerador e o lançamento é efetivado em nome de quem já não é mais o proprietário.

Em situações tais, em que o critério pessoal da regra matriz de incidência não foi atendido, porque identificada pessoa diversa do real proprietário, tem-se concretamente que o fato gerador não ocorreu em nome de quem sofreu o lançamento, porque houve alteração do critério pessoal, no antecedente da norma de incidência tributária.

Conclui-se, assim, que o crédito lançado é *natimorto*, porque identificado sujeito passivo contribuinte incorreto; eventual cobrança judicial não alcançará seu fim e gerará ônus sucumbenciais à Fazenda Municipal, que estará demandando pessoa diversa, pois no momento do fato gerador já não era mais o contribuinte do imposto.

E tal desfecho já se encontra pacificado na jurisprudência, com a matéria inclusive sumulada:

Súmula 392/STJ,

“A Fazenda Pública pode substituir a certidão de dívida ativa (CDA) até a prolação da sentença de embargos, quando se tratar de correção de erro material ou formal, vedada a modificação do sujeito passivo da execução.”

Significa dizer que não se pode corrigir o lançamento, com alteração do sujeito passivo e substituição da CDA no curso do executivo fiscal.

Ajuizada a execução contra determinada pessoa, não sendo ela a contribuinte do imposto, por falecimento ou transferência do imóvel antes da ocorrência do fato gerador, fulminado estará o executivo fiscal; e, se estiver expirado o prazo decadencial de cinco anos para lançamento contra o contribuinte correto, fulminado também estará o crédito tributário correspondente.

c) Autotutela Administrativa

As considerações supra são importantes para historiar os fatos, diferenciar a evolução legislativa e principalmente a jurisprudencial; que foram a realidade da cobrança da Dívida Ativa, nos últimos 10 (dez) anos no Município de Londrina.

Contudo, o cerne da consulta jurídica é como proceder diante de um passado consolidado e que segue gerando ônus à Municipalidade. Não é possível mudar o passado, fato. Mas o futuro sim; e, se o regaste dos créditos executados se torna inviável, a Administração Fazendária não tem apenas a faculdade, mas o dever de minorar os prejuízos.

E os Juízes das Varas de Execuções Fiscais têm tido essa sensibilidade, que não pode ser desprezada; quando abrem oportunidade de prévia manifestação à Municipalidade, é porque já identificaram que o executivo fiscal não tem mais possibilidade de prosseguir, seja porque já se operou a prescrição, seja porque comprovada ilegitimidade passiva, por juntada de certidão de óbito do executado nos autos, ou matrícula que demonstra de forma inequívoca a transferência da propriedade; fatos e atos jurídicos verificados antes da ocorrência do fato gerador.

Ato sequente, a Procuradoria provoca a manifestação do Órgão Fazendário, para análise e decisão administrativa de cancelamento do crédito executado; e, se dentro do prazo decadencial (nas hipóteses de ilegitimidade) efetuar novo lançamento.

Tais providências são amparadas, não só pela legislação, mas principalmente pelo princípio da eficiência administrativa, que foi elevado à categoria de princípio constitucional:

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 e, também, ao seguinte:

Isto porque a Lei de Execução Fiscal prevê a extinção sem ônus do processo, se a inscrição de Dívida Ativa for cancelada administrativamente:

Art. 26 - Se, antes da decisão de primeira instância, a inscrição de Dívida Ativa for, a qualquer título, cancelada, a execução fiscal será extinta, sem qualquer ônus para as partes.

Além disso, outra alteração legislativa desaconselha a inércia Fazendária; o antigo Código de Processo Civil continha critério de fixação da verba honorária por apreciação equitativa do julgador:

Art. 20. A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Esta verba honorária será devida, também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria.

[...]

§ 4º Nas causas de pequeno valor e nas de valor inestimável, bem como naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz atendidas as normas das letras a, b e c do parágrafo anterior.

Os honorários advocatícios da parte adversa, em desfavor da Fazenda Pública poderiam ser fixados em valores baixos. Contudo, tal norma não mais subsiste; a fixação da verba honorária foi tarifada pelo Novo Código de Processo Civil, e assim é aplicada pelo julgador:

Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.

[...]

§ 3º Nas causas em que a Fazenda Pública for parte, a fixação dos honorários observará os critérios estabelecidos nos incisos I a IV do § 2º e os seguintes percentuais:

I - mínimo de dez e máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido até 200 (duzentos) salários-mínimos;

II - mínimo de oito e máximo de dez por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 200 (duzentos) salários-mínimos até 2.000 (dois mil) salários-mínimos;

III - mínimo de cinco e máximo de oito por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 2.000 (dois mil) salários-mínimos até 20.000 (vinte mil) salários-mínimos;

IV - mínimo de três e máximo de cinco por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 20.000 (vinte mil) salários-mínimos até 100.000 (cem mil) salários-mínimos;

V - mínimo de um e máximo de três por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 100.000 (cem mil) salários-mínimos.

A consequência é que a fixação terá relação direta com o valor do proveito econômico, em percentuais balizados na Lei Processual, não sendo mais possível a condenação em valores módicos.

Com esse quadro cabe à Fazenda Pública, em exercício de autotutela, cancelar administrativamente os créditos identificados como inviáveis, tanto por prescrição, quanto por ilegitimidade passiva; possibilidade aceita pela jurisprudência, matéria também sumulada:

Súmula 346/STF

“A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PODE DECLARAR A NULIDADE DOS SEUS PRÓPRIOS ATOS.”

Súmula 473/STJ

“A ADMINISTRAÇÃO PODE ANULAR SEUS PRÓPRIOS ATOS, QUANDO EVITADOS DE VÍCIOS QUE OS TORNAM ILEGAIS, PORQUE DELES NÃO SE ORIGINAM DIREITOS; OU REVOGÁ-LOS, POR MOTIVO DE CONVENIÊNCIA OU OPORTUNIDADE, RESPEITADOS OS DIREITOS ADQUIRIDOS, E RESSALVADA, EM TODOS OS CASOS, A APRECIÇÃO JUDICIAL.

O princípio da autotutela permite que a Administração controle seus próprios atos, anulando-os quando ilegais, ou revogando-os por motivo de conveniência ou oportunidade. Tal princípio foi, inclusive, positivado na Lei Federal nº 9.784/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal:

Art. 53. A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos.

Veja que o legislador foi além da jurisprudência e determinou uma obrigação exposta na locução verbal “deve anular”.

Trata-se, antes de qualquer outro elemento, de controle de legalidade por parte da Administração Fazendária, seja atuando de ofício, seja por provocação do julgador; tudo objetivando a eficiência da cobrança da Dívida Ativa, minorando ônus, quando inevitáveis, e concentrando esforços onde os créditos são certos e exigíveis.

Conclui-se assim, que a Administração Fazendária não só pode como tem o dever de agir preventivamente, e sempre que provocada pelo julgador analisar a possibilidade de cancelamento administrativo de créditos fiscais fulminados pela prescrição ou pela ilegitimidade de parte, tudo objetivando evitar ônus desnecessários à Fazenda Municipal, tendo amplo amparo legal para tal conduta, sendo exemplos: artigos 34, 121, 128, 129, 130, 131, 156, V, 174, I do CTN; artigos 1º e 2º da Lei Municipal nº 11.584/2012; artigo 26 da Lei de Execução Fiscal; artigo 14, § 3º, II, da Lei de Responsabilidade Fiscal; artigos 2º, 4º e 5º do Decreto Municipal nº 1.349/2012; artigo 170 do Código Tributário Municipal; artigo 37 da CF/88; artigo 85 do Novo Código de Processo Civil; artigo 53 da Lei Federal nº 9.784/99; e jurisprudencial: Súmula 106, 392 e 473 do STJ; súmula 346 do STF.

III – Conclusão

Ante a conclusão sobre o tema, tem-se que Administração Fazendária tem o dever de agir preventivamente na análise da viabilidade da cobrança do crédito fiscal, com o respectivo cancelamento da inscrição de Dívida Ativa, quando for o caso e sempre que provocada, objetivando a minoração de ônus para a Fazenda Municipal.

São as considerações que se submete à apreciação superior.

Ao GAB/PGM, para ratificação.

Londrina, 10 de novembro de 2017.

ANA LUCIA COSTA

Procuradora do Município de Londrina

Matrícula 14.296-4 / OAB/PR 25.063

Recebido nesta data o Parecer. Ratifico-o. Tendo em vista o contido na Portaria nº 20/2014-PGM, encaminho ao Gabinete para ratificação. Data supra.

AMANDA CASADO RIBAS

Gerente de Assuntos Fiscais e Tributários – Matrícula 15.444-0

RATIFICO.

JOÃO LUIZ MARTINS ESTEVES

Procurador-Geral do Município de Londrina

PARECER: IMPACTOS DA LEI 13.019/2014 EM PROJETOS CULTURAIS E AMBIENTAIS¹

Celso Zamoner

Procurador do Município de Londrina, atuando no Setor de Licitações, Convênios e Contratos Administrativos - SLCCA. Especialista em Direito do Estado pela Universidade Estadual de Londrina – UEL e Especialista em Psicanálise pela Faculdade Pitágoras em Londrina (PR). Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Londrina – UEL.

EMENTA – Direito Constitucional. Direito Civil. Direito Administrativo. Processos seletivos de projetos culturais e ambientais. Impacto produzido pela Lei Nacional nº 13.019/2014 (Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil). Instrumentos de parcerias pendentes de formalização. Não incidência dos institutos do direito adquirido e do ato jurídico perfeito. Imperiosidade de instauração de novos processos seletivos (Chamamento Público), em conformidade com as disposições da Lei nº 13.019/2014.

1. Consulta.

A Procuradoria-Geral foi provocada pelas Secretarias Municipais de Cultura e do Ambiente, para efeito de analisar o impacto provocado pelo advento da Lei nº 13.019/2014, cognominada marco regulatório das organizações da sociedade civil, em relação a processos seletivos de projetos culturais e ambientais instaurados sob a égide das Leis Municipais 8984/2002 (PROMIC) e 12.330/2015 (PROVERDE).

Acresça-se que o nó górdio da problemática reside na viabilidade da Administração Pública celebrar instrumentos de parceria com fundamento nas leis domésticas derogadas pela aludida lei de abrangência normativa nacional.

2. Análise.

¹ A presente publicação é parte do Parecer Jurídico n. 123/2017, exarado em 13/02/2017.

A abordagem da problemática subjacente à presente consulta deve se operar inicialmente ao lume do Direito Intertemporal, haja vista que cumpre elucidar o alcance do diploma legal cognominado marco regulatório das organizações da sociedade civil (Lei nº 13.019, de 31 de julho de 2014), em relação aos termos de cooperação cultural (PROMIC) e ambiental (PROVERDE) disciplinados por legislação doméstica.

No âmbito do ordenamento jurídico pátrio, as regras nucleares do Direito Intertemporal jazem vertidas na Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, mais precisamente no art. 6º. Confira-se:

Art. 6º A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

Deflui da dicção legal que a lei nova não alcança relações jurídicas constituídas sob a égide de norma primária anterior, homenageando-se o princípio da segurança jurídica. Esse axioma consagra o denominado princípio da irretroatividade das leis, o qual está ancorado objetivamente nos institutos do ato jurídico perfeito, do direito adquirido e da coisa julgada, os quais estão delimitados conceitualmente nos §§ 1º e 2º do supracitado art. 6º, *in verbis*:

“§ 1º Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou.

§ 2º Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixo, ou condição pré-estabelecida inalterável, a arbítrio de outrem”.

Trilhando essa linha de raciocínio, afigura-se imperioso averiguar se os processos seletivos instaurados na esfera das Secretarias Municipais de Cultura e do Ambiente e os instrumentos negociais que derivariam dos mesmos, foram ou não colhidos pela Lei nº 13.019/2014. Em outro expressar: os atos administrativos em comento estão ou não salvaguardados pelo ato jurídico perfeito ou pelo direito adquirido?

No que tange aos atos convocatórios disciplinados pelas Leis Municipais 12.330/2015 (PROVERDE) e 8984/2002 (PROMIC), afigura-se incontroverso que devem

ser reputados atos jurídicos perfeitos, pelo singelo motivo de que se consumaram em conformidade com a legislação em vigor no ano pretérito, ou seja, antes do advento da Lei 13.019/2014.

Por sua feita, em relação aos termos de cooperação corolários dos editais, o panorama que se divisa é diverso. De efeito, não há que se falar em ato jurídico perfeito, pelo singelo motivo de que os atos negociais em tela não foram subscritos pelas partes convenientes, o que equivale a dizer que não foram consumados. Mas restaria ainda trazer à baila o instituto do direito adquirido. Sob essa perspectiva, emergiria a seguinte indagação: os proponentes dos projetos culturais e ambientais de que tratam as Leis Municipais 12.330/2015 (PROVERDE) e 8984/2002 (PROMIC), podem brandir o direito adquirido concernentemente à formalização dos respectivos termos de cooperação?

No caso vertente, tendo em mira a similitude existente entre os editais de chamamento público em tela e o processo licitatório, promover-se-á a análise da questão atinente aos primeiros ancorando-se analogicamente nos preceitos aplicáveis ao segundo.

Pois bem, a propósito do tema importa registrar que o art. 49 do Estatuto Licitatório (Lei nº 8.666/1993), deixa entrever que a adjudicação do objeto da licitação ao vencedor confere-lhe mera expectativa de direito de contratar, ou seja, findo o processo licitatório, a Administração Pública não pode ser compelida a contratar. Colha-se, a respeito, pronunciamentos doutrinários e jurisprudenciais pertinentes, *in verbis*:

“149. Concluído o procedimento com sucesso, a Administração, em princípio, estará obrigada a contratar. Foi dito “com sucesso” porque todas as propostas podem ter sido desconformes com o edital ou insatisfatórias, caso em que deverão ser desclassificadas (art. 48), assim como pode ter ocorrido alguma invalidade em seu transcurso, hipótese na qual a licitação terá de ser anulada (art. 49).

150. Foi dito “em princípio” porque, se ocorrer motivo superveniente, em razão do qual a Administração tenha justificativas de interesse público bastantes para não contratar, poderá, mediante ato fundamentado, “revogar” a licitação, assegurados, previamente, o contraditório e ampla defesa do vencedor do certame, interessado em firmar solução contrária.

O entendimento exposto está arrimado no art. 49, dispositivo de extrema importância que, rompendo a tradição normativa anterior e a tendência doutrinária dantes prevalente, fixou orientação clara na matéria, ao estabelecer: “A autoridade competente para a aprovação do procedimento somente poderá revogar a licitação por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, devendo anulá-la por ilegalidade, de ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e fundamentado”. De seu turno, o § 3º implantou a exigência de ouvida do interessado, ao dispor: “No caso de desfazimento do processo licitatório, fica assegurado o contraditório e a ampla defesa” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 609).

No mesmo diapasão vibra o entendimento sufragado na esfera do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

“PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO.PREGÃO. REVOGAÇÃO. CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE. ART. 49, DA LEI 8.666/93. CONSUMAÇÃO DO CERTAME. SUPERVENIENTE CARÊNCIA DO INTERESSE DE AGIR. EXTINÇÃO DO FEITO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO.

1. A conclusão de procedimento licitatório no iter procedimental de Mandado de Segurança, por não lograr êxito a tentativa paralisá-lo via deferimento de pleito liminar, enseja a extinção do writ por falta de interesse de agir superveniente (art. 267, VI, do CPC). Precedentes do STJ: RMS 23.208/PA, DJ 01.10.2007 e AgRg no REsp 726031/MG, DJ 05.10.2006.

2. In casu, a Administração Pública do Estado do Rio Grande do Sul realizou Licitação, sob a forma de Pregão Presencial n.º 005732-24.06/06/8, para fins de contratação de serviços de telefonia de longa distância nacional e de longa distância internacional, no qual sagrou-se vencedora a empresa Brasil Telecom, por ter ofertado o melhor preço, tendo sido

adjudicado o objeto do certame, consoante se infere dos autos da MC 11.055/RS.

3. Ad argumentandum tantum, a pretensão veiculada no Mandado de Segurança ab origine, qual seja, suspensão dos efeitos do Pregão 047/SEREG/2005, com a conseqüente restauração e manutenção do Termo de Registro de Preços 066/2005, firmado entre a EMBRATEL e a Administração Pública do Estado do Rio Grande do Sul, não revela liquidez e certeza amparáveis na via mandamental.

4. A exegese do art. 49, da Lei 8.666/93, denota que a adjudicação do objeto da licitação ao vencedor confere mera expectativa de direito de contratar, sendo certo, ainda, que eventual celebração do negócio jurídico subsume-se ao juízo de conveniência e oportunidade da Administração Pública. Precedentes: RMS 23.402/PR, SEGUNDA TURMA, DJ 02.04.2008; MS 12.047/DF, PRIMEIRA SEÇÃO, DJ 16.04.2007 e MC 11.055/RS, PRIMEIRA TURMA, DJ 08.06.2006.

5. In casu, a revogação do Pregão nº 001/SEREG/2005, no qual a empresa, ora Recorrente, se sagrara vencedora, decorreu da prevalência do interesse público, ante a constatação, após a realização do certame, de que o preço oferecido pela vencedora era superior ao praticado no mercado.

6. Recurso ordinário desprovido.” (RMS 22447 / RS, relator Ministro LUIZ FUX, Julgamento: 18/12/2008, Publicação: DJe 18/02/2009)

Uma vez fixada a premissa de que o adjudicatário do objeto licitado é detentor de mera expectativa de direito em face da Administração Pública e aplicando-se analogicamente esse raciocínio nos lindes processuais, assoma conclusão no sentido de que os proponentes de projetos patrocinados pelas leis municipais 12.330/2015 (PROVERDE) e 8.984/2002 (PROMIC), não incorporaram ao seu patrimônio jurídico o direito subjetivo de celebrarem termos de cooperação ou símile com o Município de Londrina. Sendo assim, inexistente o direito adquirido, não há como se reconhecer a ultratividade² dos aludidos diplomas legais domésticos, inviabilizando, por via de lógica consequência, a subscrição de termos de cooperação regidos pela legislação revogada.

² Diz-se que uma [lei](#) é ultrativa quando é aplicada posteriormente ao fim de sua vigência

Saliente-se que bem diversa seria a situação caso os instrumentos houvessem sido subscritos à luz dos raios crepusculares de 2016, porquanto, nesta hipótese, concorreriam os institutos do ato jurídico perfeito e do direito adquirido. Deveras, nesta linha de elucubração, é bem de ver que a entrada em vigor da Lei 13.019/2014 não afetaria os atos administrativos produzidos sob os influxos da legislação doméstica revogada.

A análise ora empreendida não estaria completa se não fosse abordado o princípio da legalidade em face do exercício da função administrativa. A esse propósito, impende averbar que os atos administrativos são engendrados na esfera infralegal, o que equivale a afirmar que a Administração Pública só pode fazer o que a lei permite. Desse modo, tendo em mira que um dos elementos constituintes do ato administrativo é precisamente o motivo legal, qual seja, o pressuposto de Direito que o lastreia, uma vez soçobrado o fundamento legal, por evidente que o Poder Público se queda impossibilitado de produzi-lo. Assim sendo, considerando-se que as leis municipais 12.330/2015 (PROVERDE) e 8.984/2002 (PROMIC) restaram derogadas em virtude da entrada em vigor do marco regulatório das organizações sociais (Lei 13.019/2014), emerge a conclusão insofismável de que soçobrou o motivo legal dos termos de cooperação técnica e financeira em comento, o que representa óbice intransponível para a sua formalização.

Nesta paragem, proceder-se-á à análise das questões suscitadas pelo Senhor Procurador-Geral e que dizem respeito às disposições introduzidas pela Lei nº 13.019/2014 que repercutem nos processos seletivos implementados pelos órgãos consulentes.

O novel diploma legal trata no art. 22 do conteúdo básico que deve ostentar o Plano de Trabalho. Infere-se das disposições que o legislador se inspirou no princípio constitucional da eficiência, vez que parte do pressuposto que não basta a execução do ajuste, faz-se imperioso que o mesmo alcance as finalidades específicas. Por essa razão, exige-se a descrição da realidade que será objeto da parceria; descrição das metas a serem atingidas; definição dos parâmetros a serem utilizados para a aferição do cumprimento das metas. É bem de ver que o plano de trabalho de projetos patrocinados na esfera local, padecem dessa especificidade, impondo-se, por via de consequência, a sua adequação.

No que tange às exigências relativas aos proponentes, o art. 33 da Lei nº 13.019/2014, elenca determinados requisitos, a saber:

“Art. 33. Para celebrar as parcerias previstas nesta Lei, as organizações da sociedade civil deverão ser regidas por normas de organização interna que prevejam, expressamente

I - objetivos voltados à promoção de atividades e finalidades de relevância pública e social;

III - que, em caso de dissolução da entidade, o respectivo patrimônio líquido seja transferido a outra pessoa jurídica de igual natureza que preencha os requisitos desta Lei e cujo objeto social seja, preferencialmente, o mesmo da entidade extinta;

IV - escrituração de acordo com os princípios fundamentais de contabilidade e com as Normas Brasileiras de Contabilidade;

V - possuir

a) no mínimo, um ano de existência, com cadastro ativo, comprovados por meio de documentação emitida pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, com base no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica - CNPJ, conforme, respectivamente, a parceria seja celebrada no âmbito dos Municípios, do Distrito Federal ou dos Estados e da União, admitida a redução desses prazos por ato específico de cada ente na hipótese de nenhuma organização atingi-los;

b) experiência prévia na realização, com efetividade, do objeto da parceria ou de natureza semelhante;

c) instalações, condições materiais e capacidade técnica e operacional para o desenvolvimento das atividades ou projetos previstos na parceria e o cumprimento das metas estabelecidas”.

A propósito do tema, é bem de ver que o ato convocatório dos processos seletivos alusivos ao PROMIC e PROVERDE não preveem os referidos requisitos, notadamente os pertinentes ao período de existência da organização social e experiência prévia na realização do objeto da parceria.

No que diz respeito à Comissão de seleção, o art. 27 do diploma legal em comento estatui no § 2º do art. 27 que será impedida de participar dessa instância colegiada pessoa que, nos últimos cinco anos, tenha mantido relação jurídica com, ao menos, uma das entidades participantes do chamamento público. Sob esse prisma, importa observar que os editais dos programas municipais não agasalham disposição obstativa similar.

Afigura-se imperioso destacar que a disciplina legal que implica em maior discrepância em relação aos editais de seleção domésticos, é precisamente o alijamento das pessoas físicas do regime jurídico das parcerias. De efeito, a Lei 13.019/2014 restringe a celebração de parcerias às cognominadas organizações da sociedade civil. Destarte, apenas pessoas jurídicas poderão concorrer aos chamamentos públicos de que trata o diploma legal em tela. Poder-se-ia redarguir a propósito do tema, que subsistiria a legislação local acerca das parcerias formalizadas com pessoas físicas. Acentue-se acerca dessa questão, que a Lei nº 13.019/2014 estatui normas gerais para as parcerias instauradas entre a administração pública e as organizações da sociedade civil. Isto significa que os entes federados poderão estabelecer normas específicas para reger suas parcerias. Saliente-se, todavia, que os regramentos produzidos na órbita de competência legislativa da unidade federativa, não poderão por evidente contrariar as normas gerais. Sendo assim, considerando-se que a Lei nº 13.019/2014 não prevê parceria tendo por signatário pessoa física, qualquer disposição legal específica que dispuser em sentido contrário, inequivocamente estará afrontando a norma geral, mormente considerando-se que a formalização de parcerias com pessoas naturais não pode ser levada em conta de peculiaridade do ente federado passível de ser regrada em lei específica.

Saliente-se que, conquanto a Administração Pública deva prestar vassalagem aos princípios da razoabilidade, economicidade e boa-fé, não se pode perder de vista, contudo, que todos os atos emanados do Estado necessariamente deverão se curvar ao princípio da legalidade, sob pena de lhe falecer o atributo da juridicidade.

Diante do cenário precedentemente delineado, logra-se concluir que à luz do princípio da legalidade, restou inviabilizada a formalização de parcerias lastreadas nos diplomas legais domésticos que disciplinam o PROMIC e o PROVERDE. Ademais, tendo em mira as especificidades trazidas pela Lei nº 13.019/2014, em relação ao edital de chamamento público e requisitos exigidos dos proponentes, não se vislumbra a possibilidade de serem aproveitados os atos de seleção levados a efeito preteritamente pelas Secretarias de Cultura e do Ambiente. O mesmo raciocínio se aplica às minutas dos instrumentos de parceria que houveram sido aprovadas, ou seja, lamentavelmente não são suscetíveis de adequações em face do novel diploma legal (Lei nº 13.019/2014).

Para o deslinde da questão retratada na consulta, cai a lanço atentar para a regra de transição que o legislador ordinário inseriu no artigo 121 da Lei nº 8.666/1993, no sentido de que o referido diploma legal não se aplicaria

“(...) às licitações instauradas e aos contratos assinados anteriormente à sua vigência (...)”. Ora, estabelecendo-se um paralelo analógico entre o Estatuto Licitatório (Lei nº 8.666/1993) e o denominado marco regulatório das organizações da sociedade civil, não é açodado afirmar que apenas

os processos de seleção e os termos de cooperação assinados anteriormente à vigência da Lei nº 13.019/2014 é que restariam salvaguardados de sua abrangência normativa.

Igualmente oportuno registrar que no Curso “Início de Mandato”, no módulo “Transferências Voluntárias”, ministrado pelo analista de controle do Tribunal de Contas do Estado do Paraná, Senhor Felipe Vidi, no dia 09 de fevereiro p.p, o referido preletor, à guisa de resposta a indagações formuladas pela douta Procuradora do Município Maria Cristina Conde Alves Frasson, desfilou as considerações seguintes:

1ª. No que tange à viabilidade jurídica de subscrever termos de cooperação relativos a processos de seleção de projetos instaurados no ano pretérito, o ministrante do curso exarou entendimento categórico no sentido negativo, ou seja, todos os termos deveriam haver sido formalizados no apagar das luzes de 2016, sob pena de serem colhidos pela novel legislação disciplinadoras das parcerias entre o Estado e as organizações da sociedade civil.

2ª. Por sua feita, concernentemente à possibilidade de ocorrerem transferências voluntárias para pessoas físicas, mediante termos de parceria, o referido analista do TCE-PR professou o entendimento de que a Lei nº 13.019/2014 não contemplou essa possibilidade, ou seja, os termos de fomento e de colaboração são passíveis de serem celebrados exclusivamente com pessoas jurídicas.

A título de remate, insta acentuar que os aspectos controvertidos resultantes da aplicação da Lei nº 13.019/2014, não foram ainda suficientemente alvos de abordagem nas searas doutrinária e jurisprudencial, tendo em mira sua recentíssima vigência no mundo jurídico. De qualquer sorte, envidaram-se todos os esforços no escopo de equacionar as controvérsias à luz dos princípios e institutos tradicionais do Direito e do entendimento emanado dos órgãos de controle externo da Administração Pública.

Em remate: em que pese as ponderações patrocinadas pelas Secretaria de Cultura e do Ambiente, com o escopo de preservar os processos seletivos instaurados e concluídos no ano findo, de sorte a viabilizar a formalização dos instrumentos de parcerias correlatos, não se lobriga outra alternativa a não ser instaurar novos processos administrativos de seleção de projetos nas áreas de cultura e meio ambiente, mediante publicação de editais de chamamento público, cuja formatação seja simétrica às disposições da Lei nº 13.019/2014.

São estas as considerações acerca do tema proposto pelo Gabinete desta Procuradoria e Secretarias de Cultura e do Ambiente. À apreciação superior.

Londrina, 13 de fevereiro de 2017.

Celso Zamoner

Procurador do Município

OAB – PR nº 11.894 - Matrícula 12.754-0

Ratifico o Parecer supra.

Em __/__/2017

João Luiz Martins Esteves

Procurador-Geral do Município de Londrina

PARECER: RETENÇÃO DE IMPOSTO DE RENDA EM PAGAMENTO DE PRECATÓRIOS/RPVS¹

Fábio César Teixeira

Procurador do Município de Londrina, ocupante da função de Gerente de Assuntos Legislativos e Normativos - GALN. Especialista em Direito Constitucional e em Direito Penal e Processual Penal. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Londrina – UEL.

EMENTA: DIREITO TRIBUTÁRIO. DIREITO FINANCEIRO. IMPOSTO DE RENDA. RETENÇÃO NA FONTE. PAGAMENTO DE PRECATÓRIOS E RPV'S PELO MUNICÍPIO DE LONDRINA.

I. RELATÓRIO.

A Secretaria Municipal de Fazenda indaga acerca da possibilidade de retenção de Imposto de Renda, cujo repasse seja destinado ao Erário Municipal, na ocasião dos pagamentos de Precatórios e RPVs, formulando os seguintes questionamentos pontuais:

- 1- *Em que momento se procederá a retenção do IMPOSTO DE RENDA a favor do Município de Londrina no pagamento de PRECATÓRIOS?*
- 2- *Somente serão efetuadas as retenções quando o JUIZ definir isto na sentença?*
- 3- *Quais informações as diversas Varas do TJ/PR são obrigadas a fornecer ao Município de Londrina?*
- 4- *Quais as formas adequadas para que o Município de Londrina possa fiscalizar essa receita?*
- 5- *Na eventualidade de valores não recolhidos para o Município de Londrina, devido a não solicitação de emissão de DAM e recolhidos diretamente por meio de DARF à Receita Federal do Brasil, poderá ser solicitado junto a RFB o repasse desses valores?*

¹ A presente publicação é parte do Parecer Jurídico n. 523/2017, exarado em 16/05/2017.

- 6- *Existe a possibilidade de firmar um convênio com o TJ/PR para emissão dessas guias a favor do Município de Londrina?*
- 7- *Nos pagamentos de RPVs, quais os procedimentos adequados para que o Município de Londrina, também, retenha o Imposto de Renda na Fonte?*

Não foram apresentados documentos. Passemos à orientação.

2. NOSSAS CONSIDERAÇÕES.

Inicialmente, cumpre destacar que o Imposto de Renda é de competência federal (art. 153, III, da CF/88), sendo que, nalgumas situações constitucionalmente asseguradas, há o repasse financeiro do produto de sua arrecadação diretamente à Fazenda Municipal, *ad litteram*:

Art. 158. Pertencem aos Municípios:

I - o produto da arrecadação do imposto da União sobre renda e proventos de qualquer natureza, incidente na fonte, sobre rendimentos pagos, a qualquer título, por eles, suas autarquias e pelas fundações que instituírem e mantiverem.

Destaque-se, por oportuno, a discussão jurídica existente sobre o alcance da expressão “rendimentos pagos” constante no Texto Constitucional, devidamente abordada pelo Parecer nº 184/2016-GAFT/PGM, para o qual remetemos a leitura, apenas destacando que, para a Receita Federal do Brasil, por sua IN 1599/2015, tal expressão restringe-se aos valores derivados de pagamentos feitos à servidores públicos municipais (rendimentos = proventos), enquanto que pela opinião da PGM (corroborada, no mais, por diversas decisões judiciais nesse sentido), a expressão abrange quaisquer pagamentos, destacando-se que “o sentido possível do texto constitucional não vai além de ‘todos os rendimentos pagos’, ou ‘rendimentos pagos seja qual for a razão’... em suma, quaisquer rendimentos pagos, a qualquer um”.

Alerte-se, portanto, que o alcance dos questionamentos realizados passa, necessariamente, pela decisão administrativa que foi tomada com base do Parecer 184/2016 da PGM. Se a SMF, naquela época, concordou com o fundamento da RFB, então estamos falando, aqui, apenas de retenção de IR em precatórios/RPVs relativas *aos pagamentos de servidores e empregados deste Município, suas respectivas autarquias e fundações*. De outra banda, se o entendimento da SMF converge para aquele defendido pela PGM no sobredito parecer, então o alcance das retenções seria bastante mais expressivo, englobando *todos os precatórios/RPVs onde haja, efetivamente, incidência de Imposto de Renda*.

Vencida essa importante advertência preliminar, insta observar o regramento do Imposto de Renda para, concretamente, verificar-se se existe o dever de retenção de IR na hipótese de pagamento de RPVs e Precatórios.

Inicialmente, dispõe o Decreto-Lei 5.844/1943:

Art. 99. A retenção do imposto, de que tratam os arts. 95 e 96, compete à fonte e será feita no ato do crédito ou pagamento do rendimento.

Também importante destacar-se os arts. 7º e 12 da Lei 7.713/1998; e art. 46 da Lei 8.541/1992:

Art. 7º Ficam sujeito à incidência do imposto de renda na fonte, calculado de acordo com o disposto no art. 25 desta Lei:

I - os rendimentos do trabalho assalariado, pagos ou creditados por pessoas físicas ou jurídicas;

II - os demais rendimentos percebidos por pessoas físicas, que não estejam sujeitos à tributação exclusiva na fonte, pagos ou creditados por pessoas jurídicas.

Art. 12-A. Os rendimentos recebidos acumuladamente e submetidos à incidência do imposto sobre a renda com base na tabela progressiva, quando correspondentes a anos-calendário anteriores ao do recebimento, serão tributados exclusivamente na fonte, no mês do recebimento ou crédito, em separado dos demais rendimentos recebidos no mês.

§ 1º O imposto será retido pela pessoa física ou jurídica obrigada ao pagamento ou pela instituição financeira depositária do crédito e calculado sobre o montante dos rendimentos pagos, mediante a utilização de tabela progressiva resultante da multiplicação da quantidade de meses a que se refiram os rendimentos pelos valores constantes da tabela progressiva mensal correspondente ao mês do recebimento ou crédito.

* * * * *

Art. 46. O imposto sobre a renda incidente sobre os rendimentos pagos em cumprimento de decisão judicial será retido na fonte pela pessoa física ou jurídica obrigada ao pagamento, no momento em que, por qualquer forma, o rendimento se torne disponível para o beneficiário.

§ 1º Fica dispensada a soma dos rendimentos pagos no mês, para aplicação da alíquota correspondente, nos casos de:

I - juros e indenizações por lucros cessantes;

II - honorários advocatícios;

III - remuneração pela prestação de serviços de engenheiro, médico, contador, leiloeiro, perito, assistente técnico, avaliador, síndico, testamenteiro e liquidante.

§ 2º Quando se tratar de rendimento sujeito à aplicação da tabela progressiva, deverá ser utilizada a tabela vigente no mês de pagamento.

Especificamente para precatórios pagos no âmbito da Justiça Federal, existe a seguinte regra própria, disposta na Lei 10.833/2003:

Art. 27. O imposto de renda sobre os rendimentos pagos, em cumprimento de decisão da Justiça Federal, mediante precatório ou requisição de pequeno valor, será retido na fonte pela instituição financeira responsável pelo pagamento e incidirá à alíquota de 3% (três por cento) sobre o montante pago, sem quaisquer deduções, no momento do pagamento ao beneficiário ou seu representante legal.

§ 1º Fica dispensada a retenção do imposto quando o beneficiário declarar à instituição financeira responsável pelo pagamento que os rendimentos recebidos são isentos ou não tributáveis, ou que, em se tratando de pessoa jurídica, esteja inscrita no SIMPLES.

§ 2º O imposto retido na fonte de acordo com o caput será:

I - considerado antecipação do imposto apurado na declaração de ajuste anual das pessoas físicas; ou

II - deduzido do apurado no encerramento do período de apuração ou na data da extinção, no caso de beneficiário pessoa jurídica.

Tem-se, portanto, uma regra específica de retenção de IR para pagamentos por precatórios/RPVs derivados de decisões da Justiça Federal; e uma regra geral para os demais pagamentos derivados de condenações judiciais.

Veja-se que a regra geral (art. 46 da Lei 8.541/1992) determina a retenção como incumbência da pessoa obrigada ao pagamento da condenação, enquanto que a regra específica (art. 27 da Lei 10.833/2003) atribui tal competência à instituição financeira responsável pelo pagamento.

No caso dos precatórios pagos pelo TJPR, parece incidir a regra geral, acima transcrita, de modo que o ônus pela retenção, em princípio, seria do Município.

Todavia, considerando que a vigência da EC 62/2009, e, posteriormente, da EC 94/2016, verifica-se que a competência de pagamento dos precatórios passou a ser da Presidência dos Tribunais de Justiça, incumbindo aos entes políticos devedores, apenas, depositar um percentual de sua receita corrente líquida em conta mantida especificamente para tal finalidade.

Assim, a gestão administrativa de tais valores, bem como a definição da ordem cronológica de pagamentos, as hipóteses de exceções, e os pagamentos propriamente ditos, são atualmente realizados pela Presidência do TJPR, e não pela Administração Municipal.

Disso deriva que a norma legal acima transcrita (art. 46 da Lei 8.541/1992), editada antes das Emendas Constitucionais, *deve ser interpretada de acordo com o atual regime constitucional*, que, em nossa visão, deve se dar no sentido de que haja a devida intimação do ente político do momento em que o rendimento se torne disponível para o beneficiário, ou seja, quando de seu pagamento pela Vara de Origem, de onde derivou a condenação.

Veja-se: havendo o trânsito em julgado de condenação imposta ao Município de Londrina, é expedido o precatório requisitório para a Presidência do TJPR, que o inclui na ordem cronológica de pagamentos.

Chegando sua posição na lista de pagamentos, a Presidência do TJPR deposita o valor correspondente em conta vinculada ao processo originário, e determina a remessa dos autos ao Juízo de 1º Grau, que, então, deverá intimar as partes – para se ultimar o levantamento do valor e extinguir-se o processo judicial.

Quer nos parecer que, nessa data – retorno dos autos para o 1º Grau – é que deveria haver a intimação do Município de Londrina para que dê cumprimento ao disposto no art. 46 da Lei 8.541/1992, ou seja, para que apresente os valores que devem ser eventualmente retidos a título de IR do montante a ser pago ao credor, entendimento esse que, inclusive, vem sendo adotado pelo MM. Juízo da 2ª Vara da Fazenda Pública de Londrina:

“Assim, salvo melhor juízo, conclui-se que cabe à fonte pagadora – no caso, Município de Londrina –, apurar eventuais retenções na fonte devida a título de imposto de renda e/ou contribuições previdenciárias, expedindo-se as respectivas guias ou indicando conta bancária para a transferência da importância referente à retenção a ser retida na fonte (vide a respeito, do procedimento para recolhimento, a ‘Informação nº 1097520-TP/OE/P/DG/DEF/DEF-DF’, prestada em 03/08/2016 no procedimento administrativo protocolado no ‘SEI/TJPR’ nº 0042436-39.2016.8.16.6000” (decisão nos autos nº 0012522-36.1999.8.16.0014).

Já quanto às Requisições de Pequeno Valor (RPVs), considerando que não existe o procedimento de pagamento decorrente das ECs 62 e 94, sendo a gestão de sua quitação realizada integralmente no âmbito do Município de Londrina, não vislumbramos motivos para a não aplicação direta do art. 46 da Lei 8.541/1992, ou seja, para que, no ato do depósito judicial do valor devido, apurado pelos procedimentos administrativos próprios desta municipalidade, já sejam glosadas as quantias necessárias para o pagamento do Imposto de Renda eventualmente devido pelo beneficiário/contribuinte.

Vencidas, portanto, essas considerações, passemos às respostas específicas dos questionamentos realizados, à guisa de conclusão.

3. CONCLUSÃO.

1- *Em que momento se procederá a retenção do IMPOSTO DE RENDA a favor do Município de Londrina no pagamento de PRECATÓRIOS?*

Nos termos do art. 46 da Lei 8.541/1992, a retenção do imposto de renda devido em decorrência de condenação judicial deve ser realizada pelo Município no ato de sua disponibilização ao credor, o que, em nosso entender, *salvo melhor juízo*, no procedimento inaugurado pela EC 62/2009 e seguido pela EC 94/2016, deve ser entendido como o ato do depósito de seu valor, pela Presidência do TJPR, junto aos autos originários.

2- *Somente serão efetuadas as retenções quando o JUIZ definir isto na sentença?*

Não. A retenção é obrigação acessória legal do devedor de condenação judicial, na forma do mencionado art. 46 da Lei 8.541/1992, de forma que, independentemente de ordem judicial específica nesse sentido, a pessoa física ou jurídica obrigada ao pagamento deve procedê-la.

3- *Quais informações as diversas Varas do TJ/PR são obrigadas a fornecer ao Município de Londrina?*

As informações processuais, de modo geral, são públicas, e acessíveis às partes a qualquer momento. Portanto, a rigor, as varas não detêm qualquer obrigação de repassar informações à parte condenada no processo (Município).

A única providência que nos parece necessária pelas Varas de Origem, para compatibilizar a aplicação do art. 46 da Lei 8.541/1992 com o novo regime constitucional de pagamento de precatórios inaugurado pela EC 62/209, seria o de, no momento do depósito judicial da condenação por parte da Presidência do TJPR, intimar o Município de Londrina para apresentar os valores a serem eventualmente retidos, a título de IR, sobre o pagamento a ser realizado ao credor.

4- *Quais as formas adequadas para que o Município de Londrina possa fiscalizar essa receita?*

O procedimento delineado pelo MM. Juízo da 2ª Vara da Fazenda Pública de Londrina, resumido no item anterior, parece ser a forma correta de fiscalização de tais receitas.

5- *Na eventualidade de valores não recolhidos para o Município de Londrina, devido a não solicitação de emissão de DAM e recolhidos diretamente por meio de DARF à Receita Federal do Brasil, poderá ser solicitado junto a RFB o repasse desses valores?*

Cuidando-se de valores que, financeiramente, devem ser objeto de repasse da União ao ente municipal por imperativo constitucional, não se verifica motivo para que assim não se proceda, no âmbito administrativo. Sugerimos assim a realização de consulta ao Fisco Federal, arguindo tal possibilidade.

Todavia, cumpre destacar o entendimento consolidado no âmbito da RFB no sentido do alcance restrito da norma do art. 158, I, da CF/88 – objeto do Parecer 184/2016-GAFT/PGM, de modo que, fatalmente, tais repasses serão minimizados àqueles valores reconhecidos

administrativamente como devidos (verbas decorrentes de ações judiciais de servidores e empregados públicos)

6- *Existe a possibilidade de firmar um convênio com o TJ/PR para emissão dessas guías a favor do Município de Londrina?*

A questão não é, propriamente, jurídica, mas sim de política pública, sobre a qual não compete à PGM opinar. Existe tal possibilidade, a depender da vontade política do TJPR padronizar tal procedimento – englobando, assim, não só esse Município, mas todos os entes públicos que figuram nas listas de precatórios mantidas e gerenciadas pela Presidência do Tribunal.

Sugerimos que tal questionamento seja encaminhado ao Comitê Estadual de Precatórios, órgão que compete deliberar acerca de tais assuntos no âmbito do TJPR.

7- *Nos pagamentos de RPVs, quais os procedimentos adequados para que o Município de Londrina, também, retenha o Imposto de Renda na Fonte?*

No caso das RPVs, sendo o processo de seu pagamento todo realizado no âmbito administrativo desta municipalidade, o procedimento adequado seria a aplicação direta do art. 46 da Lei 8.541/1992, através da revisão, se caso for, do fluxo administrativo atualmente seguido, a fim de se incluir fase relativa a (i.) verificação da incidência, ou não, de IR sobre a verba a ser paga; (ii.) caso positivo, verificação da alíquota e valor incidentes, para fins de retenção; e (iii.) depósito do valor devido após a glosa do IR devido.

É o parecer que se submete à apreciação superior.

Reiteramos que sua ponderação pela autoridade competente deve levar em conta as orientações contidas no PARECER 184/2016-GAFT/PGM, cuja cópia segue acostada.

Ressalte-se que o presente opinativo somente passa a ter validade jurídica após sua apreciação, concordância e assinatura pelo Gabinete da PGM, sem o que cuidar-se-á de mera minuta de parecer.

Londrina, 16 de maio de 2017.

FABIO CESAR TEIXEIRA

Procurador do Município de Londrina – Matrícula 14168-2

Recebido nesta data o Parecer nº 523/2017. Ratifico-o. Tendo em vista o contido na Portaria nº 20/2014-PGM, encaminhado ao Gabinete para ratificação.

AMANDA CASADO RIBAS

Gerente de Assuntos Fiscais e Tributários

RATIFICO. Em ____ / ____ / ____.

JOÃO LUIZ MARTINS ESTEVES

Procurador-Geral do Município de Londrina

PARECER: FORMA DE APURAÇÃO DE ILÍCITO ADMINISTRATIVO NO CASO DE EMPREGADO PÚBLICO¹

Laís Rissi

Procuradora do Município de Araçatuba (SP). Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Londrina – UEL.

O Ilmo Diretor do Departamento de Recursos Humanos encaminha-nos o expediente e solicita orientação quanto às providências a serem adotadas, no presente caso, em que a empregada pública, cargo de Agente de Endemias, tem faltado injustificadamente reiteradas vezes.

Encaminhado o presente Ofício ao Corregedor Geral, este se declarou incompetente para apurar eventual falta disciplinar, uma vez que o cargo de Agente de Endemias é contratado conforme as regras previstas na CLT, e, portanto, não seria aplicável o Estatuto dos Servidores do Município de Araçatuba.

Retorna-nos para parecer acerca de quais providências a serem adotadas. É a síntese do necessário.

Da Legalidade

1) Da Natureza Jurídica do Empregado Público

Para encontrarmos a solução adequada no presente caso, precisamos enfrentar a natureza jurídica do empregado público e suas implicações.

Ensina a ilustríssima Maria Sylvia Zanella Di Pietro²:

“A Constituição de 1988, na seção II do Capítulo concernente à Administração Pública, emprega a expressão Servidores Públicos para

¹ A presente publicação é parte do Parecer Jurídico n. 523/2017, exarado em 16/05/2017.

² Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. Servidores Públicos na Constituição de 1988 / Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Fabrício Motta, Luciano de Araújo Ferraz – São Paulo: Atlas, 2011. P.1

designar as pessoas que prestam serviços, com vínculo empregatício, à Administração direta, autarquias e fundações públicas. É o que se infere dos dispositivos contidos nessa seção”.

Prossegue explicando:

“(…) significa que “servidor público” é expressão empregada ora em sentido amplo, para designar todas as pessoas físicas que prestam serviços ao Estado e às entidades da Administração Indireta, com vínculo empregatício, ora em sentido menos amplo, que exclui os que prestam serviços às entidades com personalidade jurídica de direito privado”.

A dedicada doutrinadora ainda destaca que

“São servidores públicos, em sentido amplo, as pessoas físicas que prestam serviços ao Estado e às entidades da Administração Indireta, com vínculo empregatício e mediante remuneração paga pelos cofres públicos.

Compreendem:

1. Os **servidores estatutários**, sujeitos ao regime estatutário e ocupantes de cargo público.
2. Os **empregados públicos**, contratados sob o regime da legislação trabalhista e ocupantes de **emprego público**.
3. Os servidores temporários, contratados por tempo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público (art. 37, IX, da Constituição); eles exercem função, sem estarem vinculados a cargo ou emprego público.”

Finaliza sua lição acerca dos empregados públicos:

“(...) são contratados sob regime da legislação trabalhista, que é aplicável com alterações decorrentes da Constituição Federal; não podem Estados e Municípios derrogar outras normas da legislação trabalhista, já que não têm competência para legislar sobre direito do trabalho, reservada privativamente à União (art. 22, I, da Constituição). Embora sujeitos à CLT, submetem-se a todas as normas constitucionais referentes a requisitos para investidura, acumulação de cargos, vencimentos, entre outras previstas no Capítulo VII, do Título III da Constituição.”

Concluimos assim, conforme os ensinamentos da ilustríssima doutrinadora, que os empregados públicos, ainda que regidos pela CLT, encontram-se submetidos também a todas as normas constitucionais que regem a Administração Pública, uma vez que exercem função pública e devem atuar observando a consecução do atendimento ao Interesse Público.

2) Do Emprego Público de Agente Comunitário de Saúde e de Agente de Combate a Endemias

No âmbito do Município de Araçatuba, a Lei Complementar nº 215/2011, criou os empregos públicos de Agente Comunitário de Saúde e de Agente de Combate a Endemias. Vejamos:

Art. 1º Ficam criados na estrutura funcional direta do Poder Executivo, vinculados às atividades de saúde, os empregos públicos de Agente Comunitário de Saúde e de Agente de Endemias, destinados ao cumprimento das atribuições definidas nesta Lei, exclusivamente no âmbito do Sistema Único de Saúde.

Parágrafo único - O titular do emprego público submete-se ao regime jurídico da Consolidação das Leis Trabalhistas – CLT e ao Regime Geral da Previdência Social, gerido pelo Instituto Nacional de Previdência Social – INSS.

Considerando ainda que o empregado público não goza da mesma estabilidade funcional que o servidor público estatutário, a lei também previu as hipóteses de dispensa motivada:

Art. 4º O Executivo Municipal somente poderá rescindir unilateralmente o contrato de Agente Comunitário de Saúde ou do Agente de Combate a Endemias, na ocorrência de uma das seguintes hipóteses:

I – prática de falta grave, dentre as enumeradas no art. 482 da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT

II – acumulação ilegal de cargos, empregos ou funções públicas.

III - necessidade de redução de quadro de pessoal, por excesso de despesa, nos termos da Lei Federal nº 9.801, de 14 de Junho de 1999;

IV – insuficiência de desempenho, apurada em procedimento no qual se assegurem pelo menos um recurso hierárquico dotado de efeito suspensivo, que deverá ser apreciado em trinta dias, e o prévio conhecimento dos padrões mínimos exigidos pela continuidade da relação de emprego, obrigatoriamente estabelecidos de acordo com as peculiaridades das atividades exercidas.

Parágrafo único. O contrato do Agente Comunitário de Saúde também poderá ser rescindido unilateralmente na hipótese de não atendimento ao disposto no inciso I, do § 2º, do art. 2º, ou em função de apresentação de declaração falsa de residência.

Colaciona-se também o supracitado art. 482 da CLT:

Art. 482 - Constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador:

a) ato de improbidade;

b) incontinência de conduta ou mau procedimento;

c) negociação habitual por conta própria ou alheia sem permissão do empregador, e quando constituir ato de concorrência à empresa para a qual trabalha o empregado, ou for prejudicial ao serviço;

- d) *condenação criminal do empregado, passada em julgado, caso não tenha havido suspensão da execução da pena;*
- e) *desídia no desempenho das respectivas funções;*
- f) *embriaguez habitual ou em serviço;*
- g) *violação de segredo da empresa;*
- h) *ato de indisciplina ou de insubordinação;*
- i) *abandono de emprego;*
- j) *ato lesivo da honra ou da boa fama praticado no serviço contra qualquer pessoa, ou ofensas físicas, nas mesmas condições, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem;*
- k) *ato lesivo da honra ou da boa fama ou ofensas físicas praticadas contra o empregador e superiores hierárquicos, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem;*
- l) *prática constante de jogos de azar.*

Parágrafo único - Constitui igualmente justa causa para dispensa de empregado a prática, devidamente comprovada em inquérito administrativo, de atos atentatórios à segurança nacional.

Temos, portanto, que os Agentes Comunitários de Saúde e os Agentes de Combate a Endemias não são dotados da mesma estabilidade atribuída aos servidores estatutários. E a Administração Pública tem a prerrogativa de aplicar sanções disciplinares, bem como rescindir unilateralmente quando devidamente comprovado que o empregado público incorreu em uma das condutas elencadas no art. 4º da LC nº 215/2011, bem como no art. 482 da CLT.

Contudo, ressaltamos que os empregados públicos também estão sujeitos às normas constitucionais que regem a Administração Pública, de modo que, antes de lhes aplicar alguma sanção ou mesmo rescindir unilateralmente, devem ser-lhes garantidos os direitos constitucionais ao contraditório, à ampla defesa e ao devido processo legal.

É o que já decidiu o Supremo Tribunal Federal:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. DEMISSÃO DE SERVIDOR PÚBLICO NÃO ESTÁVEL. GARANTIA DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. INOBSERVÂNCIA. 1. Servidor público não estável. Demissão por motivo de conveniência administrativa e interesse público. Inexistência de processo administrativo. Nulidade do ato de dispensa por inobservância da garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa. Agravo regimental não provido.

(RE 223927 AgR, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Segunda Turma, julgado em 10/10/2000, DJ 02-03-2001 PP-00006 EMENT VOL-02021-02 PP-00293)

E também tem julgado o Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região:

EMPREGADO PÚBLICO NÃO ESTÁVEL. NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO PARA A SUA DISPENSA. Ao administrador público não é dado proceder à dispensa de servidor independentemente do regime jurídico ao qual se vincula (estatutário ou celetista) e independentemente de ser ou não detentor da estabilidade prevista na Constituição Federal, sem a necessária motivação a justificá-la, eis que a Administração Pública encontra-se submetida aos princípios insculpidos no caput do art. 37 da Carta Magna, aplicáveis indistinta.

(TRT-15 - RO: 52410 SP 052410/2005, Relator: LORIVAL FERREIRA DOS SANTOS, Data de Publicação: 04/11/2005)

Complementamos nesse ponto, o entendimento de que os empregados públicos, contratados pela CLT, também estão sujeitos a todos os Princípios Constitucionais que regem a Administração Pública. E, portanto, devem sujeitar-se a regime disciplinar, que lhes assegure o direito ao contraditório e à ampla defesa, seja para aplicação das penalidades ou até mesmo a pena de demissão.

3) Da Competência da Corregedoria do Município em apurar os agentes públicos em exercício da função pública

Chegamos nesse ponto convictos da natureza jurídica do empregado público, que contratado pela CLT, obedece também aos Princípios Constitucionais. E, por consequência, toda infração disciplinar deve ser apurada em sede de procedimento administrativo que assegure o contraditório e a ampla defesa dos envolvidos.

Resta ainda a dúvida de qual a autoridade competente para conduzir o procedimento para apuração dos fatos e eventual aplicação das penalidades cabíveis. Seria competente a Corregedoria Geral do Município?

Passemos a analisar suas atribuições estabelecidas pela Lei Complementar nº 206, de Junho de 2010:

Art. 44. A Corregedoria Geral do Município é órgão responsável pelo controle interno da atuação dos servidores públicos no exercício da sua função pública, e tem por objetivo, proteger o interesse público, assessorando o Executivo Municipal nas decisões que envolvem sindicâncias e processos administrativos e aconselhando sobre formas de sanar falhas.

Interpretando a expressão “servidores públicos” em seu sentido mais amplo, de forma a abranger também os empregados públicos, uma vez que exercem função pública, temos a competência da Corregedoria Geral do Município para apurar fatos que os envolva.

De outra maneira, estaríamos na inconcebível situação em que agente público, no exercício da função pública, não se sujeitaria a qualquer regime disciplinar para apurar suas eventuais faltas funcionais, bem como contrariaria todos os Princípios Constitucionais que norteiam e moralizam a Administração Pública.

Podemos concluir que, no que diz respeito às regras processuais, seguir-se-ão as normas municipais, bem como a praxe administrativa já consolidada.

E acerca do direito material, que versa sobre as eventuais penas e providências, seriam aplicadas todas as disposições da Lei Complementar nº 2015/2011 e da CLT.

Conclusão

Considerando a natureza híbrida do empregado público, que contratado conforme a CLT, deve observar também todos os Princípios Constitucionais que regem a Administração Pública;

Considerando a previsão constitucional que garante o direito ao contraditório, à ampla defesa e ao devido processo legal;

Considerando o conselho jurídico extraídos das jurisprudências colacionadas;

Considerando a competência atribuída à Corregedoria do Município de Araçatuba pelo art. 44 da Lei Complementar nº 206/2010;

Sugiro o encaminhamento do presente expediente à Corregedoria Geral do Município, órgão com competência atribuída por lei para apurar as infrações disciplinares e outras providências cabíveis.

Essa é a análise jurídica e que submeto à sua apreciação.

Araçatuba, 25 de Julho de 2017.

Laís Rissi

Procuradora Municipal

PARECER: IMPOSSIBILIDADE DE CONTROLE DE JORNADA POR PONTO ELETRÔNICO PARA O CARGO DE PROCURADOR DO MUNICÍPIO¹

Sergio Correa

Procurador do Município de Londrina, ocupante da função de Gerente de Assuntos de Pessoal - GAP. Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela Universidade Estadual de Londrina – UEL. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Londrina – UEL.

I. Relatório

O presente SEI foi encaminhado a essa Gerência de Assuntos de Pessoal para a emissão de Parecer Jurídico, ante sua competência regimental para tanto.

A consulta decorre dos Ofícios 20/2017, do Observatório de Gestão Pública de Londrina, e 05/2017 do Conselho Municipal de Transparência e Controle Social de Londrina, e solicitam a adoção de controle eletrônico de ponto para todos os servidores do Município de Londrina, em especial para os ocupantes do cargo de Procurador do Município (PMUU01), o que, segundo ofícios, seria essencial para se assegurar o respeito ao princípio da isonomia.

Os documentos informam que o controle eletrônico não inviabilizaria a realização de jornada flexível, podendo ser adaptado aos horários e condicionantes de cada categoria, sugerindo ainda que a instituição de tratamento diferenciado visaria atender a interesses meramente corporativos, colocados “acima do interesse público e dos princípios legais”.

Há igualmente a preocupação com eventuais prejuízos ao erário decorrentes de horas extras não pagas.

O observatório solicita ao Prefeito Municipal “que *determine à Controladoria Geral do Município a realização de uma Auditoria no ‘controle de ponto’ da Procuradoria Geral do Município, a fim de averiguar sua adequação às normas legais*”, bem como a implantação do controle eletrônico de jornada aos Procuradores do Município.

Por sua vez, o CMTCS, expõe o entendimento de que a Controladoria-Geral teria competência para dispor sobre a matéria, solicita igualmente a que este órgão verifique a questão.

¹ A presente publicação é parte do Parecer Jurídico n. 265/2017, exarado em 28/03/2017.

2. Nossas considerações

2.1 Da singularidade da atividade dos advogados públicos

O fundamento mais amplamente divulgado acerca da impossibilidade de fixação de controle de ponto aos advogados públicos^[1] é o caráter estritamente intelectual de suas atividades.

Por certo que tal afirmação, feita sem melhores explicações, pode gerar compreensões equivocadas, inclusive abrindo oportunidade para alegações de favorecimentos corporativos, o que certamente não se verifica.

O correto entendimento acerca das atividades desenvolvidas pela advocacia pública e seu caráter intrincado traz a certeza de que há absoluta impossibilidade técnica, constitucional, legal e lógica, que possibilite a instituição de controle ponto aos advogados públicos, e que tal fato se presta justamente à garantia do interesse público.

Especificamente quanto às razões técnicas, há que se esclarecer como são desenvolvidas as atividades dos Procuradores Municipais, demonstrando assim, a regularidade da forma de controle aplicada amplamente à advocacia pública, não só no Município de Londrina.

De início, temos que é incontroverso que sua atividade não se restringe ao recinto da repartição, dada a necessidade de participação em audiências judiciais e extrajudiciais, viagens para sustentações orais perante tribunais, conversas diretas com magistrados, consulta a autos físicos nas secretarias dos juízos, reuniões, acompanhamento do cumprimento de mandados (como reintegrações de posse), pesquisas, estudos, dentre outros.

Indiscutível, portanto, que a **flexibilidade** é inerente à atividade desenvolvida, como reconheceu recentemente o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro: “*É consabido que o Procurador desloca-se durante o horário de expediente para realizar audiências ou representar a administração além das fronteiras do espaço físico que ocupa na seção de trabalho. O exercício da advocacia tem como pressuposto a maleabilidade*”^[2]

Além da **maleabilidade**, que leva à **flexibilidade**, existe ainda uma infinidade de atribuições decorrentes da própria atividade, fazendo com que esta seja indissociável da **imprevisibilidade**, e afastando qualquer possibilidade lógica e técnica de controle de ponto.

Exemplos não faltam, cabendo aqui trazer apenas alguns.

No âmbito contencioso, ligado ao acompanhamento das ações judiciais, nos últimos anos tem havido um aumento significativo na propositura de demandas em face da Administração Pública, agravado em momentos de crise financeira, quando então o Estado se vê

obrigado a reduzir a amplitude dos serviços públicos prestados, rever contratos já celebrados, aumentar a carga tributária, modificar a política de concursos públicos e demais questões funcionais etc.

No âmbito do Município de Londrina, esse acréscimo é acompanhado de forma detalhada pela Procuradoria-Geral, através de dados estatísticos que permitem gerenciar a prestação do serviço jurídico de forma pontual.^[3]

Quanto à crescente judicialização, esta é facilmente constatada em todas as áreas de atuação da Procuradoria-Geral, em especial, nas questões ligadas à prestação de serviços públicos que enfrentam um acréscimo natural decorrente do aumento das competências executivas municipais.

Além disso, como tem sido amplamente noticiado, um número cada vez maior de pessoas tem se deparado com a impossibilidade de arcar com os custos dos planos de saúde, de medicamentos ou de escolas particulares, buscando socorro junto à rede pública.

No entanto, muitas vezes o Município não tem como se antecipar ao acréscimo inesperado de demanda, com a prévia realização de estudos técnicos e alocação de recursos para fazer frente às necessidades que se apresentam, o que leva os cidadãos a buscarem o Poder Judiciário.

Diante desse panorama, o Município dependerá do suporte jurídico prestado pela Procuradoria-Geral, que, no desempenho de seu papel, buscará garantir que o direito individual de cada cidadão seja compatibilizado com o interesse público. Como consequência, a imprevisibilidade que atinge o Município é, em grande parte, suportada pela atuação dos seus advogados públicos.

Importante destacar que, na imensa maioria dessas demandas, há a concessão de liminares, com a imposição de pesadas multas para o caso de descumprimento, sendo imprescindível a atuação imediata dos Procuradores para assegurar seu cumprimento e buscar sua reversão em grau de recurso, prevenindo a aplicação de sanções pecuniárias à Fazenda Pública.

Destaque-se também a imprevisibilidade inerente à própria atividade da advocacia (pública e privada), manifestada nas mais diversas situações impostas diariamente aos profissionais do direito.

O advogado jamais poderá prever o volume de intimações judiciais que serão publicadas em determinado momento (agravadas pela crescente judicialização) e, dada a fatalidade do prazo judicial, que pode ser estipulado em horas, o “final do expediente”, não significa o encerramento do trabalho.

O advogado é tarefeiro, estando sujeito ao cumprimento de metas. A instituição de controles temporais ao exercício de suas atribuições vai na contramão da eficiência imposta pelo art. 37 da Constituição como princípio da Administração Pública.

Com relação às audiências, uma das muitas atividades externas desempenhadas, não raras vezes ocorrem atrasos que ultrapassam o minimamente razoável, o que não exclue a necessidade de o Procurador, após o retorno, dar continuidade aos trabalhos do dia, independentemente do horário.

O Procurador Municipal submete-se à dupla sujeição fiscalizatória (Estatuto Municipal e OAB). Caso furte-se às suas responsabilidades, deixando de apresentar defesa ou qualquer manifestação judicial sob o argumento de que sua jornada se encerrou, poderá ser responsabilizado nos termos da Lei.

Ademais, qualquer intercorrência ocorrida no Poder Judiciário ou em outros órgãos refletem diretamente no serviço do Procurador. Exemplificativamente, quando ocorrem paralisações de servidores do Poder Judiciário, ou interrupções técnicas dos sistemas eletrônicos, após a retomada das atividades há um número acima da média de publicações para serem cumpridas independentemente da jornada ordinária de trabalho.

Temos ainda outras questões de ordem técnica que exigem que ao advogado seja conferida a possibilidade de suas atribuições da forma que entender mais eficiente. Citemos algumas situações.

No Tribunal de Justiça do Estado do Paraná - que concentra a maior parte das demandas do Município de Londrina - atualmente é adotado o sistema PROJUDI para a tramitação eletrônica das ações judiciais. Em que pese a implementação do sistema eletrônico ter trazido avanços no trabalho dos Procuradores, algumas de suas particularidades impedem qualquer forma de controle de ponto.

Todas as novas demandas sujeitas à competência da Justiça Estadual de primeiro grau tramitam exclusivamente em meio eletrônico. No entanto, os mesmos processos, quando submetidos ao Tribunal, são convertidos ao meio físico, tendo em vista que o sistema ainda não foi implementado em segundo grau.

Nesse panorama, quando surge a necessidade de interposição de recursos, o processo, que até então tramitava em meio eletrônico, deve ser impresso para seu encaminhamento ao tribunal. A ferramenta utilizada para tanto é a “exportação”. Ocorre que o sistema PROJUDI somente permite que essa operação seja realizada entre das 06h às 11h e das 20h às 23h.

✘ Alguns erros foram encontrados:
• O sistema está fora do horário de exportação de processos. Tente novamente mais tarde entre os períodos: das 6h às 11h e 20h às 23h.

A mesma sistemática é adotada pelo PROJUDI para a disponibilização de download dos arquivos de áudio e vídeo, como os depoimentos prestados em audiência, muitas vezes imprescindíveis para a elaboração de razões finais ou recursos.

✘ Alguns erros foram encontrados:
• O sistema está fora do horário disponível para reprodução ou download de arquivos de áudio/vídeo. Tente novamente mais tarde entre os períodos: das 6h às 11h e 20h às 23h.

Voltar

Ressalte-se que o momento em o uso dessas ferramentas (exportação, download de vídeos) será necessário é igualmente imprevisível, sendo essencial que se adeque a jornada do cargo a tais situações.

Além disso, a facilidade que traz o processo eletrônico muitas vezes é superada pelas dificuldades técnicas que ele apresenta, e que fogem ao controle dos procuradores.^[4]

Atualmente existe quase uma dezena de interfaces de processo eletrônico nos mais diversos tribunais, além de sistemas vinculados à Receita Federal, essenciais para a satisfação de créditos da Fazenda Pública. Tais sistemas não são uniformizados, e a compatibilização dos computadores para um deles pode levar à incompatibilização para outro. Essa situação, rotineira e imprevisível, pode decorrer da simples atualização de um navegador de internet, levando à necessidade da conclusão e protocolo de determinado prazo judicial em casa ou em uma das salas da OAB perante os foros.

Além disso, muitas vezes há a necessidade da revisão do trabalho ou protocolo de manifestações após o expediente ordinário, o que não raro decorre do envio tardio da documentação à PGM. Para essas situações a Lei Federal 11.419/2006, que instituiu o processo eletrônico, traz a possibilidade do cumprimento dos prazos processuais até às 24 horas do último dia^[5], se adequando à realidade da atividade da advocacia.

Nesse sentido traz decisão judicial proferida pelo Juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Laguna/ SC.^[6]

(...) os membros da advocacia pública não são servidores burocratas que ao completar a sua jornada de trabalho diária interrompem o que está a fazer já que, por exemplo, os membros da carreira não podem deixar de

apresentar uma defesa cujo prazo está para se encerrar porque o seu horário de expediente diário terminou, sob pena de responsabilidade civil, administrativa e criminal

Assim é porque não há um tempo exato para a realização de um trabalho de elaboração de uma defesa, de um recurso, de uma decisão em processo administrativo – justamente por exigir atividade cognitiva intelectual

*A instituição do controle de horário, além de apequenar a função de Advogado Público, promoverá apenas e tão-somente a submissão à Administração Pública, circunstância **flagrantemente comprometedora de sua autonomia e independência***

Quanto à sua rotina administrativa, há uma miríade de situações que se apresentam inesperadamente e que demonstram a total incompatibilidade do exercício do cargo com o controle de ponto.

Por seu papel fundamental à orientação da Administração Pública na tomada de decisões, diariamente se faz necessária a presença de um ou mais procuradores (a depender do tema tratado) em reuniões, que nem sempre permitem o prévio agendamento. Isso sem falar nos atendimentos realizados pessoalmente ou por meio telefônico, consultas urgentes, apenas para citar apenas alguns exemplos.

Não se perca de vista que o trabalho dos advogados possui natureza estritamente intelectual. Sua produção é obtida através de argumentação lógica e racional da realidade dos fatos, devidamente embasada no ordenamento jurídico. O Procurador, via de regra, não trabalha com produção em série, mas sim com o cumprimento de suas obrigações. A eficiência de seu trabalho não pode ser mensurado pela frequência ou pela pontualidade estabelecidas externamente, mas sim pelos resultados obtidos em sua atuação contenciosa e consultiva.

Além disso, é consabido que o direito é uma ciência em constante transformação, acompanhando as mutações sociais, cada vez mais rápidas. Esse fato se traduz no surgimento das mais variadas correntes doutrinárias, além de constantes alterações legislativas e jurisprudenciais, fazendo com que se exija dos advogados estudo incessante para a construção de sólida base de conhecimento a ser aplicada na solução dos mais variados e complexos problemas submetidos ao seu crivo.

O estudo é igualmente essencial na medida em que ao Procurador são apresentadas questões relativas às mais diversas áreas do saber, e que exigem pesquisa específica para a correta atuação. É indiscutível que o produto de seu labor não exige a limitação a espaços físicos predeterminados, e nem assim deve ser mensurado.

Nesse sentido a Consultoria-Geral da União já se manifestou, esclarecendo que eventual pesquisa realizada em ambiente diverso da repartição, e que é direcionado justamente à busca do melhor cumprimento do trabalho, é sim atividade externa, que impõe o respeito à independência técnica e funcional, não se compatibilizando com o controle de ponto:

Parecer GQ-24 - Consultoria-Geral da União

10. A sujeição dos advogados servidores públicos federais à carga horária, por força de lei, não imprime convicção de que estejam compelidos a cumpri-la exclusivamente no recinto da repartição. *É consentâneo com o princípio da independência profissional entender-se compreendido no período de trabalho o afastamento da repartição para a realização de pesquisas, que se reputam como de serviços externos, com o que se garante o exercício da profissão de forma a proporcionar o resultado visado com a execução do trabalho.* A positividade da disciplina específica dos servidores públicos, na condição de advogados, *não lhes tolhe a isenção técnica ou independência da atuação profissional.*

11. Inobstante versar sobre a exoneração de funcionário em período de experiência, a decisão, por unanimidade, do TFR, adotada no Recurso Ordinário n. 6.419, guarda consonância com o entendimento exposto no item anterior. Senão, atente-se para o seguinte excerto da ementa do acórdão, relativo à ação em que se interpôs o Recurso, *ipsis litteris*:

"- Não constitui ineficiência ou inaptidão para o cargo de advogado o fato de o bacharel, em período de experiência, produzir seus pareceres com cuidados de pesquisa, fora do local de trabalho, em face da especialização da matéria sob seu exame".

12. O voto do Ministro-Relator, em que se louvou o Tribunal para decidir sobre o pedido, consigna: "... Lembro Savigny, ao observar que, *em direito, é preciso que nossa teoria tenha muito de prática e que nossa prática seja científica* - para considerar que o reclamante, afeito mais às questões de direito financeiro ou de contabilidade pública, teria que adquirir prática em matérias tão diversas quanto às relativas ao crédito e à moeda, ou a operações com o exterior. Daí valer-se não só da pesquisa, mas da experiência do próprio grupo a que se integrava, para que seu desempenho alcançasse o nível dos advogados mais antigos.

Do cuidado do reclamante em pesquisar antes de emitir seus pareceres, não se pode concluir em desfavor de sua eficiência. Nem mesmo os mais altos juízes podem fugir da necessidade da busca, da meditação e da organização de elementos para os votos que proferem em causas de maior complexidade".

(...)

Ainda sobre o tema, sendo inafastável o caminho ao processo judicial eletrônico eficiente, sua implementação em todas as instâncias judiciárias vem a confirmar a maleabilidade do exercício do cargo, voltada justamente à busca da eficiência.

Por tal razão aponta-se atualmente a advocacia como uma das profissões mais fortemente vocacionadas ao teletrabalho^[7]. Essa forma de trabalho tem se mostrado na prática^[8], extremamente vantajosa, importando em economia e aumento da produtividade, dando cumprimento ao princípio constitucional da eficiência.^[9]

Sobre o tema, assim julgou o Tribunal Regional Federal da 1ª Região:

1. O controle eletrônico de frequência e pontualidade para procuradores autárquicos é incompatível com a natureza de suas atribuições e com os princípios da administração gerencial (eficiência e controle de resultados), instituídos pela Emenda Constitucional n.19/98.” (AMS 1998.01.00.058772-9/PI. Rel. Juiz Plauto Ribeiro, Rel. Convocado Juiz João Batista Gomes Moreira in DJ de 27.11.2000, p. 32).

2. O ato impugnado representa, a bem da verdade, mais uma amostra de uma Administração burocratizada, apegada a rotinas formalistas, destituídas de utilidade e que têm por escopo dificultar a atuação de seus agentes, com prejuízo a todos. Administração moderna e socialmente útil equivale a Administração livre para agir nos termos da lei.

(...)^[10]

Ainda o TRF da 1ª Região, assim decidiu nos autos 19802-45.2012.4.01.3800:

No caso examinado, sustenta-se que as medidas veiculadas no ato censurado afiguram-se dissonantes da realidade acerca da atuação dos profissionais do Direito nos dias atuais, acompanhadas por significativas mudanças na legislação vigente, de que são exemplos os processos eletrônicos (CPC, art. 154, § 2º) e a admissão do trabalho à distância para fins de configuração da relação de emprego (art.6º, da CLT), arrematando por dizer a independência funcional dos membros da Procuradoria do Estado diante da natureza dos trabalhos inerentes ao cargo, no presente caso, há de ser reconhecida mediante a dispensa do controle de ponto biométrico ou eletrônico, até mesmo porque as suas atividades peculiares, como deslocamento para fora da sede de sua repartição, a militar nos foros, estão a recomendar seja arredada a exigência impugnada.

(...)

Impõe-se registrar, por pertinente, que os membros da advocacia pública não são servidores burocratas que ao completar a sua jornada de trabalho diária interrompem o que está a fazer já que, por exemplo, os membros da carreira não podem deixar de apresentar uma defesa cujo prazo está para se encerrar porque o seu horário de expediente diário terminou, sob pena de responsabilidade civil, administrativa e criminal.

(...)

Destarte, da mesma forma que a lei lhes atribui responsabilidade pessoal pelos atos que praticar ou deixar de praticar, é de se lhe ser concedida também a prerrogativa de utilizar o tempo e escolher o local que entender adequado para pesquisar, refletir e praticar os atos jurídicos na defesa do interesse público, tendo em conta que o referido profissional deve estar disponível para cumprir suas tarefas dentro do prazo legal sob pena de responsabilização, independentemente do término ou não de sua jornada de trabalho motivo pelo qual a sua submissão ao controle de ponto lhes subtrai substantiva parcela significativa das condições apropriadas para o exercício pleno da função, em flagrante desacordo com o disposto no § 1º, do art. 31, da Lei 8906, de 1994.

(...)

Além disso, o Procurador do Estado não pode deixar de terminar o recurso ou a defesa no prazo legal, ou abandonar a audiência, simplesmente porque a sua jornada de trabalho diário se encerrou, o que só vem a reforçar a incompatibilidade de sua atividade profissional com o controle de jornada de trabalho por meio eletrônico ou biométrico, com registrados de horários de entrada e saída.

Verifica-se assim que não há como se limitar a atividade dos advogados, impondo controle de ponto, sem que isso desnature o caráter intelectual e intrincado da atividade, mostrando-se contraproducente, contrária ao interesse público e, ofensiva à dignidade da advocacia pública, nos termos do art. 6º, parágrafo único da Lei 8.904/1994:

Art. 6º Não há hierarquia nem subordinação entre advogados, magistrados e membros do Ministério Público, devendo todos tratar-se com consideração e respeito recíprocos.

(...)

Parágrafo único. As autoridades, os servidores públicos e os serventuários da justiça devem dispensar ao advogado, no exercício da profissão, tratamento compatível com a dignidade da advocacia e condições adequadas a seu desempenho.

Nesse sentido, na busca da defesa das prerrogativas essenciais para a atuação dos advogados públicos, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil editou a súmula 09, que assim dispõe:

Súmula 09 - O controle de ponto é incompatível com as atividades do Advogado Público, cuja atividade intelectual exige flexibilidade de horário.

Ressalte-se que esse é o entendimento amplamente majoritário perante o Poder Judiciário, cumprindo aqui reproduzir apenas algumas decisões:

Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

(...) Impossibilidade de imposição aos procuradores municipais de submissão ao controle de frequência por meio de ponto eletrônico através de decreto. Violação ao princípio da legalidade. Controle de advogado público por meio de ponto eletrônico que é incompatível com a sua atividade laboral. Enunciado sumular nº 9 do Conselho Federal da OAB. Precedente do TRF da Terceira Região. Inexistência de violação ao princípio da igualdade. Não submeter os procuradores ao ponto eletrônico implica tratar os desiguais de forma desigual, na exata proporção de sua desigualdade. Características do ofício da advocacia, que não se coaduna com o controle de frequência por meio de ponto eletrônico. Segurança concedida. [\[11\]](#)

Tribunal Regional Federal da 5ª Região:

É defeso o controle eletrônico de frequência para os procuradores autárquicos, submetendo-se, apenas, ao controle manual de assiduidade e pontualidade, na forma do parágrafo 4º do art. 6º do decreto 1.590/95 C/C art. 3º do decreto 1.867/96. [\[12\]](#)

Tribunal Regional Federal da 1ª Região:

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. PROCURADORES AUTÁRQUICOS DO INCRA. CONTROLE ELETRÔNICO DE FREQUÊNCIA E PONTUALIDADE. INCOMPATIBILIDADE COM O EXERCÍCIO DAS FUNÇÕES. 1. Cabendo aos procuradores a defesa judicial e extrajudicial da autarquia a que se vinculam, é forçoso reconhecer que o controle eletrônico de frequência é incompatível com o desempenho normal de suas funções, haja vista que a carga horária não é cumprida apenas no recinto da repartição mas também em atividades externas. Precedentes desta Corte. 2. Apelação e remessa oficial a que se nega provimento.^[13]

Tribunal Regional Federal da 3ª Região:

“ADMINISTRATIVO. SERVIDOR. PROCURADOR AUTÁRQUICO. CONTROLE ELETRÔNICO DE PONTO. DECRETOS 1.590/95 E 1867/86.

1. A instituição de controle eletrônico de ponto para procuradores, por óbvio, não se compatibiliza com o exercício da atividade voltado para a advocacia.
2. O exercício da advocacia tem como pressuposto a maleabilidade. Neste contexto, a submissão dos procuradores a ponto eletrônico de frequência desnatura a singularidade do ofício e promove restrição indevida da atuação do profissional.
3. Os Decretos 1.590/95 e 1867/86 bem dispõem sobre diversa forma de controle de frequência para os servidores que exercem suas atividades em ambiente externo.
4. Apelação e remessa oficial improvidas.^[14]

Com especial destaque, cita-se decisão proferida pelo Juiz Federal Itelmar Raydan Evagelista, proferida apelação em mandado de segurança^[15] em decisão que foi confirmada pelo Superior Tribunal de Justiça:

Não se trata de desprezar a necessidade de controle de frequência nem isto foi determinado pela sentença. Mas trata-se de compatibilizar a necessidade de controle do exercício responsável da atividade com método razoável para aferi-la. Importa destacar, inicialmente, a ausência de razoabilidade na regulamentação determinada pelo citado, ao desconsiderar que a atividade de procurador autárquico não se mensura pela frequência e pontualidade no âmbito interno da autarquia. O procurador, na condição de advogado e assim prestar serviço essencial à justiça, na defesa dos interesses da instituição que representa, trabalha com resultados que se expressam como consequência da atividade de consultoria, representação judicial contenciosa, dentre outras diversas atividades que devem nortear a necessária aplicabilidade dos Princípios Constitucionais a que a Administração Pública está subordinada (art. 37 da CF/88).

A estas razões, acresça-se o fato de a atividade se dar, em regra, no âmbito externo da autarquia, assim prestada onde os interesses jurídicos que o profissional representa são objeto de discussão e solução, qual seja, onde se exercita a jurisdição.

(...)

Trata-se de atividade jurídica que em face da responsabilidade que representa, **desatende ao interesse público sua submissão cega à forma de controle instituída pelo ato coator (...)**

Essencial ainda se destacar a posição do Ministério Público do Estado do Paraná, em parecer expedido pelo Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Proteção ao Patrimônio Público, órgão Estadual do MP com atribuição para orientar a atuação de seus membros.

Em consulta formulada, assim se posicionou o MPPR, em parecer firmado pela Promotora em Segundo Grau, Monica Sakamori, bem como pelo Procurador de Justiça Arion Rolim Pereira, então coordenador do CAOP, atual Corregedor-Geral do MP do Paraná e presidente do Conselho Nacional dos Corregedores-Gerais do MP.

(...)

Ao advogado público aplicam-se as mesmas prerrogativas previstas no Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, verbis:

“Art. 3º

§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 da administração indireta e fundacional.”

Nessa perspectiva, e especificamente acerca da questão ora versada, a Comissão Nacional da Advocacia Pública, do Conselho Federal da OAB, editou a Súmula 9, nos seguintes termos:

“O controle de ponto é incompatível com as atividades do Advogado Público, cuja atividade intelectual exige flexibilidade de horário.”

E esse entendimento vem sendo prestigiado pelos tribunais.

Nos autos nº 040.13.000407-3, o juiz da 2ª Vara Cível da Comarca de Laguna/SC deferiu liminar aos advogados públicos municipais, ordenando a abstenção do controle de suas jornadas por meio de “relógio ponto” ou “registro biométrico”:

“DEFIRO, em parte, os pedidos emergenciais formulados nos autos do presente MANDADO DE SEGURANÇA, processo n 040.12.005993-2, por vislumbrar, prima facie, o fumus boni iuris do direito líquido e certo e o indispensável periculum in mora. Em decorrência, CONCEDO, initio litis e inaudita altera parte, a ORDEM MANDAMENTAL tendente a ORDENAR que os Senhores SECRETÁRIO MUNICIPAL DE ADMINISTRAÇÃO E SERVIÇOS PÚBLICOS e PROCURADOR DO MUNICÍPIO, in continenti a intimação, ABSTENHAM-SE de exigir que dos impetrantes o controle de sua jornada diária de trabalho através do "relógio ponto" ou "registro biométrico", sem prejuízo de seus subsídios, bem como de qualquer tipo de controle da frequência diária dos impetrantes na Procuradoria Municipal.”

(...)

De tudo quanto exposto e em resposta, objetivamente, à consulta:

(...)

- 1) *a priori, não há óbice a que o Procurador Jurídico Municipal exerça suas funções fora do prédio da Prefeitura (in casu, em escritório localizado em outro Município distante 30Km);*
- 2) *o Procurador Jurídico Municipal não está sujeito a controle rigoroso de ponto;*
- 3) *a quantidade e qualidade do trabalho do Procurador Jurídico Municipal, bem como seu comprometimento e dedicação ao interesse público, são sujeitos à verificação.* [\[16\]](#)

Dada a complexidade de seu labor, o advogado convive com o caos, não sendo crível ou admissível a imposição de controle de ponto, sob pena de se contrariar a própria lógica.

Pelas mesmas razões, no âmbito da Magistratura, assim entendeu o Conselho Nacional de Justiça:

A liberdade conferida ao magistrado, no que diz respeito à frequência e ao horário de trabalho, já foi reconhecida por este Conselho Nacional de Justiça no julgamento do Pedido de Providências n.º 2007.10.00.001006-7, conforme se infere do seguinte trecho do eminente relator Conselheiro José Adonis Callou de Araújo Sá:

(...)

Dessas premissas não se pode inferir, todavia, que o juiz esteja submetido à jornada fixa de trabalho. O compromisso do juiz é com a tarefa de dar solução aos inúmeros casos que lhe são submetidos. O cumprimento dessa tarefa exige mais que mera presença na sede do juízo no horário de atendimento ao público. A preparação de atos decisórios exige estudo de autos de processos e dos temas jurídicos subjacentes aos casos submetidos à solução judicial. Em síntese, as atividades realizadas pelo juiz no cumprimento de seus deveres funcionais não se restringem e não se exaurem na observância do horário do expediente do órgão judiciário.” (Plenário, j. 50.ª Sessão Ordinária, em 23.10.2007, DJU em 09.11.2007).

(...) o controle, por meio de telefone, da frequência e dos horários de trabalho dos Juízes de Direito vinculados ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte, instituído pela Corregedoria daquele Tribunal, limita, inquestionavelmente, a sua liberdade de escolha da melhor forma e o melhor horário para o exercício de suas atividades, dentro das peculiaridades do Juízo em que atuam.

(...)

Assim, não há razão fática, lógica ou jurídica para a manutenção do Provimento em questão, devendo, pois, serem asseguradas a autonomia e independência dos Juízes de Direito vinculados ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte, no que concerne à frequência e aos horários de trabalho nos juízos em que atuam

2.2 Da posição constitucional da advocacia e da importância da advocacia pública. Imperativo de independência funcional.

Além de todas as peculiaridades atinentes ao labor do advogado público, importante que se tenham algumas considerações acerca de suas prerrogativas, o que permitirá que se verifique não haver qualquer ilegalidade, irregularidade, imoralidade ou favorecimento corporativo no controle de frequência dos Procuradores do Município de Londrina.

Nesse intento, cumpre de plano sedimentar que o texto da Constituição Federal traz a advocacia em posição destacada, prevendo expressamente que, ao lado do Ministério Público e da Defensoria Pública, é **função essencial à Justiça**.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 3026-DF, ao apreciar a importância da OAB, ressaltou que a atividade dos Advogados é “constitucionalmente privilegiada”, porquanto indispensáveis à administração da Justiça, nos termos do art. 133 da Constituição Federal.

Especificamente com relação à advocacia pública, sua importância é verificada na prática, porquanto, no desempenho do papel assessoria jurídica, confere o suporte e respaldo necessários para a concretização dos fins estatais, tornando-se “verdadeiro controlador interno da legalidade administrativa, na medida em que, com exercício de função preventiva, buscará reduzir o número de demandas judiciais em face do Estado.”^[17]

Não há contrato ou convênio nos Municípios que prescindam da análise jurídica, que deve ser isenta, independente. A receita municipal advém em grande volume da execução fiscal e da defesa tributária, seja de forma direta ou indireta na economia feita aos cofres públicos no contencioso judicial. A gestão tributária é feita com a participação das Procuradorias municipais, o que se aplica em outras áreas.^[18]

Nesse sentido, a Ministra Carmen Lúcia, do STF, ressaltou a necessidade de respeito à independência funcional do advogado público, o que assegura o seu fortalecimento e a defesa estrita do interesse público. Nos dizeres da Ministra, “o advogado público tem vínculo jurídico específico e compromisso peculiar com o interesse público posto no sistema jurídico, o qual há de ser legalmente concretizado pelo governante e pelo administrador público. Tal interesse não sucumbe nem se altera a cada quatro anos aos sabores e humores de alguns administradores ou de grupos que, eventualmente, detenham maiorias parlamentares e administrativas. Por isso mesmo é que o advogado não pode ficar sujeito a interesses subjetivos e passageiros dos governantes”.^[19]

Destaque-se ainda a posição constitucional autônoma da advocacia pública com relação aos demais poderes de Estado (título IV, capítulo IV) é reconhecida pelo próprio STF, conforme consignou o Min. Dias Toffoli em voto proferido no RE 558.258/SP:

Temos que tanto o Ministério Público, quanto a Advocacia Pública, quanto a Defensoria Pública são instituições que não integram nenhum dos Três Poderes. Eles estão separados tanto do Legislativo quanto do Executivo, quanto do Judiciário.

Também perante o STF, assim se manifestou o Min. Ayres Britto

A prerrogativa estampada no art. 133 da Constituição Federal se põe como uma condição mesma de exercício ativo e desembaraçado com independência funcional e desassombro pessoal, portanto. Razão de ser da estruturação da atividade advocatícia em lei necessariamente especial ou orgânica (Lei nº 8.906/94). -

No mesmo sentido o Ministério Público do Estado do Paraná:

A Constituição Federal inseriu a Advocacia Pública dentre as funções essenciais à justiça e conferiu-lhe posição autônoma em relação aos poderes do Estado (Título IV, Capítulo IV).^[20]

Essa autonomia é consubstanciada na **independência funcional**, que se justifica na medida em que o advogado público age em prol da sociedade, o que não se confunde com o interesse do ente ou órgão a que está vinculado. Sua atividade é de Estado, não de governo. Seu compromisso é com a lei e com a defesa do Estado Democrático de Direito, buscando sempre o aprimoramento da ordem jurídica.^[21]

Em suma, havendo colidência entre o interesse do governo e a ordem jurídica, esta deverá prevalecer, sendo indiscutível a necessidade de se assegurar ao advogado público garantias para que possa exercer sua atividade com liberdade, recusando professar entendimento diverso de sua convicção e, acima de tudo, do interesse público.^[22]

Na prática, a autonomia do advogado público se verifica na possibilidade de conduzir sua atividade pautada pelo interesse público, podendo escolher os fundamentos jurídicos e

mecanismos processuais para sua atuação judicial e administrativa. Além disso, e com ainda mais razão, o advogado público deve ter a **mais absoluta liberdade** para exercer sua atuação consultiva, consubstanciada na emissão de pareceres e orientações aos órgãos públicos a que está vinculado.^[23]

O advogado público parecerista tem o **dever** de esclarecer a correta aplicação do ordenamento jurídico e recomendar aos órgãos públicos as quais está administrativamente vinculado o estrito cumprimento da lei na tomada de decisões.

Não raro, o parecer emitido por um advogado público de forma independente tem potencial para gerar inconformismos e descontentamento, porquanto seu entendimento nem sempre coincide com o do administrador, que busca na consulta formulada, sustentação jurídica para seu agir.

Ocorre que, esse agir não necessariamente estará conforme a lei e os princípios, o que não poderá ser ignorado por aqueles que tem compromisso constitucional com a legalidade.

Especialmente relevante para o tema a lição da eminente jurista Maria Sylvia Zanella Di Pietro, professora titular aposentada de direito administrativo da USP, e uma das mais importantes administrativistas brasileiras:

*São muitas as hipóteses em que a autoridade competente para praticar determinado ato administrativo depende da prévia manifestação de órgão jurídico. Na quase totalidade dos processos administrativos, a autoridade administrativa, para fundamentar a sua decisão, depende de pareceres jurídicos emitidos por advogados públicos, **que exercem a atividade de consultoria com fundamento nos artigos 131 e 132 da Constituição.***

(...)

*É importante ressaltar que os pareceres jurídicos exigem trabalho de interpretação de leis, muitas delas passíveis de divergências quanto ao seu sentido, exigindo a aplicação de variados métodos de exegese. Por isso mesmo, é **perfeitamente possível que a interpretação adotada pelo advogado público (que, na função consultiva, participa do controle interno de legalidade da Administração Pública) não seja coincidente com a interpretação adotada pelos órgãos de controle externo.** Seria inteiramente irrazoável pretender punir o advogado só pelo fato de sua opinião não coincidir com a do órgão controlador, até mesmo levando em consideração que **nem sempre os técnicos e membros dos tribunais de contas têm formação jurídica que os habilite a exercer atividade de consultoria, assessoria e direção jurídicas, que é privativa da advocacia, nos termos do artigo 1º, inciso II, do Estatuto da OAB.** Mesmo em se tratando de controle exercido por membros do Ministério Público, nada existe em suas atribuições institucionais que lhes permita censurar ou corrigir opinião emitida lícitamente por qualquer advogado, seja público ou privado. Por isso mesmo, sua*

responsabilização depende da demonstração de que o advogado, ao proferir sua opinião, agiu de má-fé, com culpa grave ou erro grosseiro. *De outro modo, faltarão aos advogados o mínimo de segurança jurídica para o exercício de suas funções, consideradas essenciais à justiça pelos artigos 131 e 133 da Constituição Federal, com a garantia da inviolabilidade por seus atos e manifestações no exercício da profissão.*

(...)

Temos realçado, em diferentes oportunidades, *que a advocacia pública, quando na função consultiva, participa ativamente do controle interno que a Administração Pública exerce sobre seus próprios atos. Isto porque, no exercício desse controle, as autoridades socorrem-se da advocacia pública.*

Esta não age por iniciativa própria. Ela não exerce função de auditoria, de fiscal da autoridade administrativa. *Ela se limita a responder a consultas que lhe são formuladas pelas autoridades, quer sobre atos que ainda vão praticar (e, nesse caso, o controle é prévio), quer sobre atos já praticados, sobre os quais surjam dúvidas quanto à legalidade (e, nesse caso, o controle, é posterior).*

A regra é que as autoridades administrativas, mesmo quando revelem inconformismo com a submissão à lei e ao Direito – que muitas vezes constituem entraves aos seus objetivos – consultem a advocacia pública, ainda que a lei não exija sempre essa consulta. Mesmo quando quer praticar um ato ilícito, a autoridade quer fazê-lo com base em parecer jurídico; para esse fim, ela pede e pressiona o órgão jurídico para obter um parecer que lhe convenha (daí a importância da inserção da advocacia pública fora da hierarquia administrativa, para fins de exercício de suas funções institucionais; daí também a importância da estabilidade dos membros da advocacia pública). A autoridade quer, na realidade, dar aparência de legalidade a um ato ilegal e, para esse fim, quer refugiar-se atrás de um parecer jurídico, até para ressaltar a sua responsabilidade. O advogado público que cede a esse tipo de pressão amesquinha a instituição e corre o risco de responder administrativamente por seu ato. Estará agindo de má-fé e poderá ser responsabilizado.

O papel do advogado público que exerce função de consultoria não é o de representante de parte. O consultor, da mesma forma que o juiz, tem de interpretar a lei para apontar a solução correta; ele tem de ser imparcial, porque protege a legalidade e a moralidade do ato administrativo; ele atua na defesa do interesse público primário, de que é titular a coletividade, e não na defesa do interesse público secundário, de que é titular a autoridade administrativa. (...)^[24]

Destaque-se que a mesma independência funcional é igualmente assegurada às demais carreiras jurídicas (Magistratura, Ministério Público e Defensoria Pública), somente se concebendo estrutura hierárquica nas respectivas carreiras de ordem estritamente administrativa, e não técnica.^[25]

Cabe como uma luva aqui a lição de Cristiane da Costa Nery

Os municípios são diariamente demandados por órgãos e instituições organizadas, estruturadas e com prerrogativas constitucionais para questionar as políticas implementadas e a cobrar posturas e responsabilidades. Como as municipalidades e seus gestores podem dar conta de responder sem um corpo jurídico estruturado, permanente e especializado, com as mesmas prerrogativas constitucionais, a fim de tratarem as questões em igualdade de condições?^[26]

O principal instrumento assecuratório do livre exercício da advocacia pública são as prerrogativas funcionais, previstas pela Lei Federal 8.906/1994^[27].

Tais prerrogativas costumam equivocadamente ser tratadas como privilégios, o que não se admite, na medida em que instituídas para assegurar o cumprimento da missão constitucionalmente atribuída ao advogado, o que se mostra ainda mais relevante quando se debate o papel do advogado público. A prerrogativa é instrumento de cidadania, sendo garantia do interesse que representa, e não só do profissional.

Novamente, citemos Cristiane da Costa Nery:

A independência e autonomia no trabalho desenvolvido pelos advogados públicos, assim como nas demais carreiras de estado, como se vê, são fundamentais para que as políticas a serem implementadas o sejam com isenção e correção, pois legitimadas por profissionais com comprometimento técnico e orgânico, sem qualquer vinculação com compromissos político partidários, mas sim com o serviço público, com políticas de Estado.

A defesa das prerrogativas da função pública, portanto, nada mais é do que a defesa da própria instituição administrativa para satisfação do interesse público e da efetivação dos princípios constitucionais da impessoalidade e da eficiência.

As garantias de independência são a garantia da institucionalização do ente de Estado que ele representa, quer seja União, Estado, Município, pois torna efetiva a ação controladora sobre a juridicidade dos atos do Poder Público. E toda e qualquer usurpação das prerrogativas do cargo deve ser combatida, seja mediante ações judiciais, seja mediante a busca da independência e autonomia funcionais, o que deve ser a base da atuação da advocacia pública, haja vista a sua importância para a justiça e o Sistema Federativo Brasileiro.

Deve, portanto, o Advogado Público possuir autonomia, a fim de expressar seu entendimento à luz do direito, salvaguardando os interesses coletivos de forma compromissada com os dispositivos e princípios constitucionais e legais que norteiam sua atuação. O servidor de carreira não está inserido na luta pelo poder político-partidário, mas sim vinculado à causa institucional do ente que representa como expressão do seu trabalho.^[28]

Qualquer tentativa de intimidação ou frustração ao exercício das prerrogativas funcionais é, indubitavelmente, uma ofensa aos ditames constitucionais e ao interesse público e deve ser combatida.^[29]

O Procurador Público é a manifestação do Estado presente no controle interno e sua autonomia e independência funcional são garantias da sociedade e da indisponibilidade do interesse público.^[30]

2.3 Da leitura Constitucional do princípio da isonomia

Diante do panorama delineado, verifica-se que há justificativas de fundo legal e constitucional para haja manutenção do controle de frequência nos moldes atualmente praticados para os Procuradores do Município. Trata-se de prerrogativa decorrente da essencialidade da advocacia à manutenção do Estado Democrático de Direito.

No entanto, à míngua de uma melhor compreensão de seu conteúdo, poder-se-ia apressadamente concluir que essa sistemática enseja violação ao princípio da isonomia. Justifica-se, portanto, que seja destinado tópico específico ao esclarecimento dessa questão.

Iniciemos com a lição de Rui Barbosa:

A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualem. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são

desvarios da inveja, do orgulho, ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real. Os apetites humanos conceberam inverter a norma universal da criação, pretendendo, não dar a cada um, na razão do que vale, mas atribuir o mesmo a todos, como se todos se equivalessem. Esta blasfêmia contra a razão e a fé, contra a civilização e a humanidade, é a filosofia da miséria, proclamada em nome dos direitos do trabalho; e, executada, não faria senão inaugurar, em vez da supremacia do trabalho, a organização da miséria.^[31]

A lição contida no pequeno excerto é valiosa, trazendo todo o conteúdo do princípio em poucas palavras.

Mas para que haja ainda mais clareza, podemos dividir a igualdade em seu aspecto formal e material.

Diante da igualdade formal, ou “igualdade perante a lei”, qualquer tratamento diferenciado representaria favorecimento ou desigualdade. A igualdade formal não estabelece qualquer distinção entre as situações, “medindo a todos com a mesma régua”, sendo que o resultado de sua aplicação, pura e simples, é a própria desigualdade.

A igualdade material (isonomia), por sua vez, é o instrumento de concretização da igualdade formal. Ao contrário daquela, que reside exclusivamente no campo da abstração, volta-se à realidade, conferindo à frieza da lei, interpretação que se amolde às peculiaridades sociais e individuais.

Nesse contexto, a igualdade material mostra-se extremamente relevante, não só por assegurar oportunidades iguais, mas também por limitar a conduta tendentes a impedir o exercício de direitos.

Sobre o tema, assim se posiciona o STF:

(...) O atentado à isonomia consiste em se tratar desigualmente situações iguais, ou em se tratar igualmente situações diferenciadas, de forma arbitrária, e não fundamentada. É na busca da isonomia que se faz necessário tratamento diferenciado, em decorrência de situações que exigem tratamento distinto, como forma de realização da igualdade. (...) Razões de ordem jurídica podem impor o tratamento diferenciado. O STF admite esse tratamento, em favor da Fazenda Pública, enquanto prerrogativa excepcional ([AI 349.477 AgR/PR](#) – rel. min. Celso de Mello, DJ de 28-2-2003.) Esta Corte, à vista do princípio da razoabilidade, já entendeu, por maioria, que a norma

inscrita no art. 188 do CPC é compatível com a CF/1988 ([RE 194.925 ED-EDv](#), rel. min. Ilmar Galvão, DJ de 19-4-2002). (...) Não é, porém, a questão que se põe nos presentes autos. O conceito de isonomia é relacional por definição. O postulado da igualdade pressupõe pelo menos duas situações, que se encontram numa relação de comparação. Essa relatividade do postulado da isonomia leva, segundo Maurer, a uma inconstitucionalidade relativa (*relative Verfassungswidrigkeit*) não no sentido de uma inconstitucionalidade menos grave. É que inconstitucional não se afigura a norma A ou B, mas a disciplina diferenciada (*die Unterschiedlichkeit der Regelung*). A análise exige, por isso, modelos de comparação e de justificação. Se a lei trata igualmente os credores da Fazenda Pública, fixando os mesmos níveis de juros moratórios, inclusive para verbas remuneratórias, não há falar em inconstitucionalidade do art. 1º-F da Lei 9.494, de 1997. Se os trata de modo distinto, porém justificadamente, também não há cogitar de inconstitucionalidade da norma legal aqui discutida. Por fim, justificar-se-ia a identificação de inconstitucionalidade no art. 1º-F da Lei 9.494, de 1997, se comprovada a existência de tratamento não razoável. A análise da situação existente indica não haver qualquer tratamento discriminatório, no caso, entre os credores da Fazenda Pública, que acarretem prejuízo para servidores e empregados públicos. [[RE 453.740](#), voto do rel. min. Gilmar Mendes, j. 28-2-2007, P, DJ de 24-8-2007.]

Transmutando a lição para o caso em comento, verifica-se que, sem que se assegure o respeito às prerrogativas, dentre elas a independência funcional, ainda que haja igualdade formal (perante à lei), não haverá igualdade material (substancial).

Não se perca de vista que, conforme já exposto de forma satisfatória, eventual diferenciação não decorre de favorecimento, sendo garantia de cumprimento do interesse público. A constatação destas diferenças não diz respeito ao ocupante do cargo, mas à função constitucional do cargo em si.

Essa diferenciação decorre de seu papel essencial na estrutura da administração, como detentor da exclusividade da representação judicial e extrajudicial e do assessoramento jurídico.

Diogo de Figueiredo classifica o advogado público como “órgão individual” (unipessoal), pela natureza institucional da função. Assim sendo, possui a atribuição de expressar uma vontade imputável ao ente público, o que é garantido pelas suas prerrogativas funcionais de independência e inviolabilidade. Tal atribuição o difere sobremaneira dos demais agentes públicos.^[32]

Especificamente no tocante ao modelo proposto, com controle de ponto para os Procuradores Municipais, a partir da compreensão das singularidades do ofício exercido, bem como da necessidade de respeito às suas prerrogativas, voltadas à defesa do interesse público, chega-se à conclusão inafastável de que sua instituição representa ofensa à isonomia.

Desta feita, encontra-se no princípio da igualdade mais um fundamento que assegura o respeito à independência funcional. Há razões de ordem pública que justificam tais prerrogativas, sendo verdadeira ferramenta de consecução da igualdade material.

Sobre o tema, segue trecho de acórdão recente do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

(...) o princípio da igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata proporção de suas desigualdades. É de se frisar que o caso observa tal princípio, pois exatamente pelas características da profissão de procurador, ou seja, a desigualdade do ofício exercido pelos procuradores em relação aos demais servidores municipais, é que aqueles não devem se submeter ao controle de ponto eletrônico.^[33]

Na mesma linha, o Tribunal Regional Federal da 5ª Região:

1. A adoção do ponto eletrônico, para o controle da assiduidade dos servidores públicos federais, foi contemplada, no Decreto Nº 1.867/96, que previu a sua implantação gradativa, admitindo que, apenas excepcionalmente, fossem empregados outros mecanismos.

2. Não há ilegalidade alguma na aplicação de tal sistema somente em alguns setores da Universidade Federal Do Rio Grande Do Norte - UFRN, considerando que, até em função do elevado custo dos equipamentos, não seria possível implantá-lo, de imediato, em toda a instituição.

3. O ponto eletrônico, reclamado em face do princípio constitucional da eficiência e da necessidade de emprego de técnicas de administração gerencial no setor público, pode deixar de ser utilizado para aqueles que desempenham determinadas atividades, em razão de suas peculiaridades e complexidade, sem que, por isto, se tenha como afrontado o princípio da isonomia.

4. APELAÇÃO IMPROVIDA.^[34]

2.4 Da não incidência de horas extras ordinárias

O modelo de controle de frequência atualmente adotado para os Procuradores do Município, decorre de fundamento jurídico sólido.

Em que pese os tais servidores estejam submetidos à jornada mínima de 30 horas semanais, dada a natureza da atividade e o modo como esta é desenvolvida, não há mecanismo eficiente de controle de horários de trabalho que com tal situação se compatibilize.

Desta feita, em havendo eventual extrapolamento de jornada, bem como o trabalho realizado aos finais de semana ou à noite, não autorizam, em regra e institucionalmente, o pagamento de horas extras ou adicional noturno.

Assim, não havendo controle compatível de jornada, exclui-se, por consequência lógica, o **cômputo ordinário** de horas extras para os Procuradores Municipais.

Essa situação se assemelha àquela disciplinada pela legislação trabalhista^[35], que exclui do direito à percepção de horas-extras os trabalhadores com atividades incompatíveis com controle de jornada, **cuja atividade é voltada ao atingimento de metas, a entrega de resultados, independentemente do momento, do modo e do local em que a atividade seja exercida.**

Verifica-se, portanto, que **nem sempre o extrapolamento de jornada ensejará o pagamento de horas extras**, desde que a atividade seja incompatível com controle e que não haja fiscalização por parte do empregador. Do contrário, havendo fiscalização, por qualquer mecanismo que seja, desnatura-se a regra do dispositivo, passando a gerar o direito à percepção de horas extras:

Nos termos do artigo 62 , inciso I , da CLT , não fazem jus ao pagamento de horas extras os empregados que exercem atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho. A norma atual do artigo 62 da CLT , dada pela redação da Lei nº 8.966 , de 27.12.1994, alude à incompatibilidade e não apenas de ausência de fixação de horário de trabalho, como se dava na lei anterior. Recurso da ré ao qual se nega provimento.^[36]

*Para que o empregado se enquadre na hipótese prevista no artigo 62, inciso I, da CLT, não basta que exerça atividades externas. **Necessário se faz que a função desempenhada seja incompatível com a fixação de horário de trabalho. O que interessa à configuração da hipótese legal é a ausência de fiscalização constante, efetiva, o que de fato se observa na presente hipótese.***^[37]

Por certo que a regra prevista na CLT não possui aplicabilidade à situação, mas seu fundamento é perfeitamente compatível com o caso em comento.

Simplificando a hermenêutica jurídica, há que se ter em mente que o arcabouço de dispositivos legais e principiológicos que constituem o ordenamento jurídico devem ser sempre interpretados de forma a se buscar sua compatibilidade com o texto constitucional.

Nesse sentido, reforça-se o papel constitucional da advocacia pública, como instrumento de proteção ao interesse público primário, razão pela qual a ela são asseguradas prerrogativas instituídas pela própria constituição e por legislação específica, que justificam, ao lado das razões decorrentes da própria lógica, a absoluta impossibilidade de se instituir controle de ponto eletrônico aos Procuradores do Município.

Por certo que há hierarquia entre as normas, de forma que a legislação Municipal não poderia dispor de forma contrária à Constituição Federal ou à legislação específica.

O Estatuto dos Servidores Públicos Municipais de Londrina, ao dispor sobre a jornada dos Servidores, respeita claramente essa premissa, senão vejamos:

SUBSEÇÃO ÚNICA - DAS JORNADAS, HORÁRIOS E REGIMES DE TRABALHO Art. 36. Compete ao Município de Londrina, em legislação específica, disciplinar, dentro dos limites constitucionais, do direito administrativo e do direito comparado, os assuntos que dizem respeito a jornadas, horários e regimes de trabalho de seus servidores.

Diga-se de passagem que nem haveria necessidade de o Estatuto assim ter disposto, porquanto trata-se de regra implícita, decorrente do próprio ordenamento jurídico. Aliás, qualquer disposição em sentido contrário padeceria de inconstitucionalidade formal ou material, não possuindo eficácia.

Por fim, ainda que estejam os Procuradores Municipais excluídos do controle de jornada de forma ordinária, faz-se ressalva quanto a eventuais atividades excepcionais, sujeitas à controle específico, que, em regra, permitem anotação em banco de horas.

Tratam-se de plantões, mutirões ou outras atividades realizadas nos moldes do que dispõe o art. 189 do Estatuto, destinados a atender situações excepcionais, com prévia convocação e autorização da chefia imediata.

2.5 Consequências advindas da imposição de controle por meio de ponto

Em qualquer forma que possa se apresentar, a instituição de controle de ponto aos Procuradores Municipais implica na desfiguração do labor exercido pelo advogado público, impondo-lhe a sujeição a regras que não lhes são pertinentes.

Atualmente, dada a incompatibilidade com controle, não há cômputo das horas extras ordinárias, tão somente nas situações excepcionais já indicada. Por outro lado, havendo controle, surge o direito, na mesma *ratio* do que dispõe o art. 62 da CLT, aqui citado somente para fins didáticos.

Surgindo o direito à percepção de horas extras, caso estas não sejam devidamente pagas pela administração, abre-se a possibilidade para sua cobrança pela via judicial, de forma indenizada, acrescidas de custas processuais, juros de mora, correção monetária e honorários de sucumbência, o que certamente representa gravame indesejado aos cofres públicos.

Indiscutível, portanto, que a manutenção do modelo adotado, além de não implicar em qualquer ilegalidade, representa economia para o Município, na medida em que a desnaturação do cargo e das atividades realizadas, afora representar violação a garantias constitucionais e legais, pode gerar o direito à percepção de horas extras, o que atualmente não ocorre de forma ordinária

O que se pode afirmar sem medo é que, diante da realidade atual, em que a tecnologia da informação é instrumento de produtividade, não só pelas facilidades técnicas, mas pela flexibilidade que ela traz, permitindo que o trabalho seja desenvolvido em qualquer parte do mundo, eventual mensuração da atividade do advogado público pela sua presença física em local específico, parece ir contra à necessidade de desburocratização do serviço público, que deve estar atento às reais necessidades da sociedade que representa.

2.6 Legalidade do controle de frequência adotado

Atualmente, ante todas as razões fáticas e jurídicas já expostas, o controle de frequência dos Procuradores Municipais é feito por meio do preenchimento de formulário padronizado para a anotação de intercorrências, como concessões, licenças, afastamentos, férias, dentre outros, tudo devidamente anotado em registro funcional e acompanhado da documentação necessária, nas hipóteses em que estas forem exigidas, e remetido mensalmente à Secretaria Municipal de Recursos Humanos, a quem compete a supervisão formal.

O modelo é corroborado pelo entendimento dos Tribunais, da doutrina e do próprio Ministério Público do Estado do Paraná, adequando-se ao que dispõe a Súmula 09 da Comissão de Advocacia Pública Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil:

Súmula 09 - O controle de ponto é incompatível com as atividades do Advogado Público, cuja atividade intelectual exige flexibilidade de horário.

Destaque-se ainda que a Competência da Controladoria-Geral do Município em que pese tratar-se de órgão com atribuições fiscalizatórias, não detém competência para a verificação da a verificação da legalidade de tais atos, mas tão somente de **questões contábeis, financeiras e orçamentárias**, nos exatos termos da Constituição Federal, Lei Municipal 8.834/2002, Lei Municipal 9.698/2004 e Decreto 375/2012 (Regimento Interno da CGM).

Por fim, é importante ressaltar que, ao lado das prerrogativas existem obrigações e responsabilidades, cabendo à Corregedoria-Geral do Município, ao Conselho de Ética da Ordem dos Advogados do Brasil e ao Poder Judiciário eventual imposição de sanção caso se verifiquem irregularidades de conduta.

4. Conclusão

Diante de tudo que se expos, verifica-se não haver qualquer ilegalidade no modelo de controle de frequência adotado para os ocupantes do cargo de Procurador do Município, muito pelo contrário, há imperativo constitucional e legal que assegura tal liberdade como forma de prerrogativa, voltada precipuamente à realização do interesse público primário, pertencente ao Estado e não ao Governo.

Por fim, destaque-se que o parecer aqui exposto é nitidamente facultativo, não sendo essencial para a formulação de qualquer medida administrativa. Ressalte-se que o STF já pacificou o entendimento de que o parecer opinativo não vincula a autoridade. O poder de decisão não se altera. E ainda que se tratasse de parecer essencial (o que não é o caso), jamais poderia ser, obrigatório quanto a seu acolhimento. Não existem pareceres vinculantes no ordenamento jurídico brasileiro, na medida em que o administrador sempre poderá motivadamente recusá-lo.^[38]

[1] Dentre os quais se inserem os membros da Advocacia Geral da União, Procuradores dos Estados e do Distrito Federal e Procuradores Municipais.

[2] Mandado de Segurança Nº 0003133-89.2016.8.19.0000

[3] O controle é feito por todas as unidades da PGM, e leva em conta o número de novas ações propostas, recursos interpostos, petições diversas, pareceres, despachos, dentre outros.

[4] Os problemas do sistema são de amplo conhecimento. O atual presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, Cláudio Lamachia, afirmou que, diante das dificuldades encontradas, “o advogado quase tem que fazer uma faculdade de internet e tecnologia da informação para que ele possa se adaptar a todos os sistemas”.

[5] Art. 10. A distribuição da petição inicial e a juntada da contestação, dos recursos e das petições em geral, todos em formato digital, nos autos de processo eletrônico, podem ser feitas diretamente pelos advogados públicos e privados, sem necessidade da intervenção do cartório ou secretaria judicial, situação em que a autuação deverá se dar de forma automática, fornecendo-se recibo eletrônico de protocolo.

§ 1º Quando o ato processual tiver que ser praticado em determinado prazo, por meio de petição eletrônica, serão considerados tempestivos os efetivados até as 24 (vinte e quatro) horas do último dia.

[6] Autos 040.13.000407-3

[7] CASTRO, Aldemario Araujo - Conselho Seccional do Distrito Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - Parecer 2/OAB/DF-AAC

[8] No âmbito da Justiça Federal - como na Justiça Federal do Paraná -, em que há regulamentação específica acerca do teletrabalho, o acréscimo de produtividade estabelecido para os servidores em teletrabalho tem sido sistematicamente superado, conforme constatou o Conselho Nacional de Justiça.

<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/82662-servidores-em-teletrabalho-superam-metas-de-productividade-nos-tribunais>

[9] A Portaria 53/2015, do Tribunal Regional da 4ª Região, disciplina o teletrabalho em 1º e 2º Graus, destacando as **vantagens e benefícios para a administração, para o servidor e para a sociedade**, que

se mostra ferramenta de respeito ao **princípio constitucional da eficiência**, além do direito à saúde e à segurança no trabalho.

O documento destaca ainda que a **Lei nº 12.551/2011** reconhece a equiparação dos efeitos jurídicos do trabalho realizado a distância àqueles decorrentes da atividade laboral exercida mediante subordinação pessoal e direta.

[10] (TRF1, MAS 199801000531250, Relator (a) JUIZ NEY BELLO (CONV), PRIMEIRA TURMA SUPLEMENTAR, DJ DATA: 11/03/2002 PAGINA: 130)

[11] Mandado de segurança nº 0003133-89.2016.8.19.0000 Impetrante: Associação Dos Procuradores Do Município De São João De Meriti Impetrado: Município De São João De Meriti Autoridades Apontadas Como Coatoras: Prefeito Do Município De São João De Meriti E Outros Relator: Desembargador Alexandre Freitas Câmara

[12] 67643 SE 99.05.28461-3, Relator: Desembargador Federal Ubaldo Ataíde Cavalcante, Data de Julgamento: 24/ 10/ 2002, Primeira Turma, Data de Publicação: Fonte: Diário da Justiça - Data: 30/ 07/ 2003 - Página: 655

[13] TRF1, AMS1999.01.00.008899-0/DF, DJ 16/ 01/ 2003, P. 87

[14] MS 200003990653417; 2ª TURMA, DJ 18/05/2007, P.518.

[15] 2000.01.00.081670-1/DF,

[16] Parecer 10/2013 - AUTOS: Prot. CAOPPPOT 0343/2012 e Prot. CAOPPPOT 0069/2013 CONSULENTE: Promotoria de Justiça da Comarca de Barbosa Ferraz (Inquéritos Cíveis MPPR-0015.12.000121-7, MPPR-0015.12.000122-5 e MPPR-0015.11.000005-4)

[17] Parecer emitido pela Comissão da Advocacia Pública - Ordem dos Advogados do Brasil - Seccional de São José dos Pinhais.

[18] NERY, Cristiane da Costa. A constitucionalização da carreira do Procurador Municipal: função essencial e típica do Estado. Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 12, n. 60, p. 250, mar./abr. 2010

[19] ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos, São Paulo: Saraiva, 1999, p. 25

[20] DINIZ, Cláudio Smirne. ADVOCACIA PÚBLICA NOS MUNICÍPIOS: participação no controle interno e estruturação da carreira. http://www.ceaf.mppr.mp.br/arquivos/File/advocacia_publica.pdf

[21] Lei 8.904/1994:

Art. 31. O advogado deve proceder de forma que o torne merecedor de respeito e que contribua para o prestígio da classe e da advocacia.

§ 1º O advogado, no exercício da profissão, deve manter independência em qualquer circunstância.

§ 2º Nenhum receio de desagradar a magistrado ou a qualquer autoridade, nem de incorrer em impopularidade, deve deter o advogado no exercício da profissão.

Provimento 114/2006 - Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.:

Art. 5.º É dever do advogado público a independência técnica, exercendo suas atividades de acordo com suas convicções profissionais e em estrita observância aos princípios constitucionais da administração pública.

[22] Realmente, os Advogados de Estado não necessitarão de autorização hierárquica ou de beneplácito superior para atuarem, de acordo com sua ciência e sua consciência, como órgãos tecnicamente independentes, pois que o são, do contrário, teriam frustrada sua missão de controle da juridicidade plena (compreendida a legalidade, a legitimidade e a licitude) e de mantenedores e aperfeiçoadores da ordem jurídica, funções essas que devem desempenhar como agentes constitucionais essenciais à justiça. No caso, a essencialidade dessa atuação não será a de decidir de direito, tarefa que cabe aos agentes ativos da Administração, mas será sempre, e em qualquer circunstância, a que lhes é típica e inalienável: a desustentar o direito”. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A Advocacia de Estado revisitada: essencialidade ao Estado Democrático de Direito. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 43.)

[23] O STF, no julgamento da ADIN 4.261, assim consignou: “(...). Isso como condição de qualificação técnica e independência funcional. Independência e qualificação que hão de presidir a atuação de quem desenvolve as atividades de orientação e representação jurídica, tão necessárias ao regular funcionamento do Poder Executivo. Tudo sob critérios de absoluta tecnicidade, portanto, até porque tais atividades são constitucionalmente categorizadas como 'funções essenciais à Justiça' (Capítulo IV do Título IV da CF). - Min. Ayres Britto”

[24] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella - Responsabilização dos advogados públicos pela elaboração de pareceres

[25] Destaque-se que eventual revisão de entendimento pelo ocupante de cargo hierarquicamente superior não implica em qualquer desrespeito à independência funcional, na medida em que, a busca

pela uniformização de teses e procedimentos justifica-se por razões de interesse público, porquanto voltadas à segurança jurídica e à redução da litigiosidade do Estado.

[26] NERY, Cristiane da Costa. A constitucionalização da carreira do Procurador Municipal: função essencial e típica do Estado. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 12, n. 60, p. 250, mar./abr. 2010

[27] Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB).

[28] NERY, idem.

[29] CFOAB - **Súmula 2** - A independência técnica é prerrogativa inata à advocacia, seja ela pública ou privada. A tentativa de subordinação ou ingerência do Estado na liberdade funcional e independência no livre exercício da função do advogado público constitui violação aos preceitos Constitucionais e garantias insertas no Estatuto da OAB.

[30] CARVALHO, Ana Luísa Soares, e Cristiane da Costa Nery, em artigo *A Carreira do Procurador do Município no contexto da Federação Brasileira*, publicado em 2008, edição de junho do jornal da Associação Nacional dos Procuradores Municipais/ANPM.

[31] BARBOSA, Rui - *Obras Completas* - V. 48, t. 2, 1921. p. npb

[32] NERY, Idem

[33] Mandado de Segurança Nº 0003133-89.2016.8.19.0000

[34] TRF-5 - AMS: 78344 RN 0011704-54.2000.4.05.8400, *Relator: Desembargador Federal Élio Wanderley de Siqueira Filho (Substituto)*, *Data de Julgamento: 28/05/2002, Segunda Turma, Data de Publicação: Fonte: Diário da Justiça - Data: 21/02/2003 - Página: 551*

[35] Art. 62 - Não são abrangidos pelo regime previsto neste capítulo:

I - os empregados que exercem atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho, devendo tal condição ser anotada na Carteira de Trabalho e Previdência Social e no registro de empregados;

[36] TRT-9 - 2633200825905 PR 2633-2008-25-9-0-5 (TRT-9)

[37] TRT-6 - RO 208200692009506

^[38] MENDONÇA, José Vicente Santos de – A responsabilidade pessoal do parecerista público em quatro standards

SERGIO CORRÊA

Procurador do Município de Londrina

Gerente de Assuntos de Pessoal - Matrícula 15801-1 – OAB/PR 38.572

Ratifico.

JOÃO LUIZ MARTINS ESTEVES

Procurador-geral do Município de Londrina

PARECER: CASOS DE NÃO INCIDÊNCIA DA LEI N. 13.019/2014¹

Sérgio Veríssimo de Oliveira Filho

Procurador do Município de Londrina, atuante no Setor de Licitações, Convênios e Contratos Administrativos - SLCCA. Especialista em Direito Constitucional e Municipal. Advogado.

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. PARCERIAS. LEI N. 13.019/2014. NORMAS GERAIS. REGULAMENTAÇÃO PELOS ENTES FEDERADOS. PROGRAMA DE ESTÁGIO DE ESTUDANTES. LEI FEDERAL ESPECÍFICA. REGULAMENTAÇÃO PELO MUNICÍPIO. CREDENCIAMENTO DE INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS, ASSOCIAÇÕES DE CLASSE E SINDICATO DOS SERVIDORES PÚBLICOS MUNICIPAIS PARA CONSIGNAÇÕES FACULTATIVAS EM FOLHA DE PAGAMENTO. COMPETÊNCIA DO MUNICÍPIO PARA LEGISLAR SOBRE O REGIME JURÍDICO ÚNICO DOS PRÓPRIOS SERVIDORES. APLICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA. NÃO INCIDÊNCIA DA LEI N. 13.019/2014.

I - CONSULTA

A Secretaria Municipal de Recursos Humanos solicita parecer desta Procuradoria acerca das situações narradas nas SCJ (...). Em síntese, questiona sobre a aplicação das regras da Lei n. 13.019/2014 aos ajustes (então convênios) firmados com instituições de ensino, visando a realização de estágio curricular obrigatório e não obrigatório por seus alunos nos entes e órgãos públicos municipais, bem como com instituições financeiras, associações de classe e sindicato, para consignações facultativas em folha de pagamentos dos servidores públicos.

II - ANÁLISE

¹ Publicado na forma de artigo doutrinário no portal Consultor Jurídico em 29/06/2017 (<https://www.conjur.com.br/2017-jun-29/sergio-verissimo-implicacoes-lei-130192014-municipios>) e na Revista Zênite ILC n. 282, agosto/2017. Parte do Parecer Jurídico n. 667/2017.

1.

Até 31/12/2016 a celebração de convênios - acordo de vontades em que pelo menos uma das partes integra a Administração Pública, por meio do qual são conjugados esforços e/ou recursos visando disciplinar a atuação harmônica e sem intuito lucrativo das partes, para o desempenho de competências administrativas - era regida pela Lei nº 8.666/93, que em seu art. 116 previa a aplicação de suas normas aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração:

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 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.

Em em 1º de janeiro de 2017, contudo, entrou em vigor para os Municípios a Lei n. 13.019/2014, que estabelece o regime jurídico das parcerias entre a administração pública e as organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco, mediante a execução de atividades ou de projetos previamente estabelecidos em planos de trabalho inseridos em termos de colaboração, em termos de fomento ou em acordos de cooperação; define diretrizes para a política de fomento, de colaboração e de cooperação com organizações da sociedade civil.

Vê-se que o legislador estabeleceu normas gerais para a celebração de parcerias entre a administração pública e as organizações da sociedade civil, em substituições à figura do convênio, cuja celebração, a partir da entrada em vigor da lei, passa a ser admitida somente entre entes públicos (art. 84-A) ou quando houver legislação específica que trate do tema (como nas hipóteses mencionadas no art. 3º).

Impende saber, assim, qual dos diplomas legais regerá os ajustes mencionados na consulta, sejam os já existentes à época do advento da novel legislação (convênios), sejam os que se pretende firmar a partir de então (parcerias).

2.

A Lei n. 13.019/2014 assim dispõe:

Art. 1º Esta Lei institui normas gerais para as parcerias entre a administração pública e organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco, mediante a execução de atividades ou de projetos previamente estabelecidos em planos de trabalho inseridos em termos de colaboração, em termos de fomento ou em acordos de cooperação. [\(Redação dada pela Lei nº 13.204, de 2015\)](#)

(...)

Art. 83. As parcerias existentes no momento da entrada em vigor desta Lei permanecerão regidas pela legislação vigente ao tempo de sua celebração, sem prejuízo da aplicação subsidiária desta Lei, naquilo em que for cabível, desde que em benefício do alcance do objeto da parceria.

(...)

Art. 88. Esta Lei entra em vigor após decorridos quinhentos e quarenta dias de sua publicação oficial, observado o disposto nos §§ 1º e 2º deste artigo. [\(Redação dada pela Lei nº 13.204, de 2015\)](#)

§ 1º Para os Municípios, esta Lei entra em vigor a partir de 1º de janeiro de 2017. [\(Incluído pela Lei nº 13.204, de 2015\)](#)

(...)

Como se vê, o legislador decidiu que para os Municípios a lei só entraria (como de fato entrou) em vigor em 1º de janeiro de 2017. Contudo, ressaltou que os ajustes existentes no momento da entrada em vigor da lei continuariam a ser regidos pela legislação vigente ao tempo de sua celebração (no caso, pela Lei n. 8.666/93), sem prejuízo da aplicação subsidiária das novas regras, naquilo em que for cabível, desde que em benefício do alcance do objeto da parceria.

Importante mencionar o que estabelece o Decreto-lei n. 4.657/1942 (mais conhecido como Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, cuja atual redação foi dada pela Lei n. 12.376/2010):

Art. 1º Salvo disposição contrária, a lei começa a vigorar em todo o país quarenta e cinco dias depois de oficialmente publicada.

(...)

Art. 6º A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

§ 1º Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou

(...)

Portanto, os convênios existentes na data em que a Lei n. 13.019/2014 entrou em vigor para os Municípios continuarão regidos pela legislação vigente à época de sua celebração (Lei n. 8.666/93 e leis municipais específicas).

3.

A nova lei estabelece uma série de novas exigências a serem observadas pelos entes públicos e instituições interessadas em estabelecer parcerias para a execução de objetos imbuídos de

finalidades de interesse público e recíproco. Dentre elas, duas se destacam: a primeira é a realização prévia de um chamamento público, procedimento semelhante a uma licitação que tem por finalidade selecionar a instituição que será a parceira da administração pública na execução de determinado projeto (art. 2º, XII e art. 23). A realização do chamamento público é a regra, havendo hipóteses excepcionais em que poderá ser dispensado (art. 30) ou se mostrará inexigível (art. 31), sempre mediante justificativa do administrador público (art. 32).

A segunda exigência a ser observada é que as parcerias sejam celebradas somente com **organizações da sociedade civil** (art.2º, I), assim consideradas: a) entidade privada sem fins lucrativos que não distribua entre os seus sócios ou associados, conselheiros, diretores, empregados, doadores ou terceiros eventuais resultados, sobras, excedentes operacionais, brutos ou líquidos, dividendos, isenções de qualquer natureza, participações ou parcelas do seu patrimônio, auferidos mediante o exercício de suas atividades, e que os aplique integralmente na consecução do respectivo objeto social, de forma imediata ou por meio da constituição de fundo patrimonial ou fundo de reserva; b) as sociedades cooperativas previstas na Lei nº 9.867, de 10 de novembro de 1999; as integradas por pessoas em situação de risco ou vulnerabilidade pessoal ou social; as alcançadas por programas e ações de combate à pobreza e de geração de trabalho e renda; as voltadas para fomento, educação e capacitação de trabalhadores rurais ou capacitação de agentes de assistência técnica e extensão rural; e as capacitadas para execução de atividades ou de projetos de interesse público e de cunho social; c) as organizações religiosas que se dediquem a atividades ou a projetos de interesse público e de cunho social distintas das destinadas a fins exclusivamente religiosos.

Outrossim, o referido diploma legal prevê três modalidades de parcerias, a saber: termo de colaboração (art. 2º, VII e art. 16), termo de fomento (art. 2º, VIII e art. 17), e acordo de cooperação (art. 2º, VIII-A), neste último caso, quando não envolver a transferência de recursos financeiros.

4.

Analisadas as situações narradas nas consultas à luz do ordenamento jurídico em vigor, professamos os seguintes entendimentos.

4.1

No que tange ao exposto na SCJ (...) - ajustes (então convênios) firmados com instituições de ensino, visando a realização de estágio curricular obrigatório e não obrigatório por seus alunos nos entes e órgãos públicos municipais - não se aplicam as regras da Lei n. 13.019/2014.

Como se sabe, o estágio de estudantes é regulado pela Lei Federal n. 11.788/2008 que em seu art. 9º permite às pessoas jurídicas de direito privado e aos órgãos da administração pública direta, autárquica e fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como profissionais liberais de nível superior devidamente registrados em seus respectivos conselhos de fiscalização profissional, o oferecimento de estágio, observadas as condições que estabelece, dentre as quais a celebração de termo de compromisso entre o educando, a parte concedente e a instituição de ensino.

Já o art. 8º do referido diploma legal assim dispõe:

*Art. 8º É facultado às instituições de ensino celebrar com entes públicos e privados **convênio de concessão de estágio**, nos quais se explicitem o processo educativo compreendido nas atividades programadas para seus educandos e as condições de que tratam os arts. 6º a 14 desta Lei.*

A referida lei federal é regulada, no âmbito desta municipalidade pelo Decreto n. 1.285/2010 (cria critérios de aplicabilidade do Programa de Estágio no âmbito do serviço público municipal e dá outras providências), que em seu art. 3º assim estabelece:

Art. 3º Somente poderão integrar o Programa de Estágio, os estudantes regularmente matriculados e com frequência regular em cursos oferecidos por instituições públicas ou privadas de educação superior, de pós graduação, de educação profissional, de ensino médio, de nível técnico (pós-médio) ou tecnológico (superior na área tecnológica), da educação especial e dos anos finais do ensino fundamental, na modalidade profissional da educação de jovens e adultos, credenciadas pelo órgão competente e conveniadas com esta municipalidade.

(...)

§2º As Instituições de Ensino interessadas em possibilitar aos seus alunos a realização de estágio, nos termos deste decreto, bem como as Associações de Pais e Mestres das Unidades de Ensino Estaduais, para os casos de estágio de educação profissional, de ensino médio, de nível técnico (pós-médio), da educação especial e dos anos finais do ensino fundamental, na modalidade profissional da educação de jovens e adultos, deverão propor a formalização de convênio com o Município.

Como se vê, a legislação que trata do tema "estágio de estudantes", Lei federal n. 11.788/2008, prevê a formalização de *convênio* entre a instituição de ensino e o ente público. Por essa razão, tratando-se de lei específica, e tendo em consideração o **princípio da especialidade da norma**², suas disposições prevalecem sobre as da Lei n. 13.019/2014 (que trata, de forma mais genérica, das parcerias entre a administração pública e as organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco). Em outras palavras, a Lei n. 13.019/2014 trata das parcerias (sem especificar os possíveis objetos), ao passo que a Lei n. 11.788/2008 regula as 'parcerias' (mediante convênio) cujo objeto seja o "estágio de estudantes".

Tal interpretação sistemática, salvo melhor juízo, mostra-se como mais consentânea com o interesse público, na medida em que permite que alunos de instituições de ensino com fins lucrativos continuem realizando estágio em entes e órgãos públicos.

Por fim, embora a disposição legal prevista no art. 8º da Lei n. 11.788/2008 estabeleça a formalização do convênio entre a instituição de ensino e a administração pública apenas como uma faculdade, nos termos do Decreto n. 1.285/2010 essa formalização é obrigatória. Contudo, embora a nomenclatura esteja em consonância com aquela previsto na Lei n. 11.788/2008, para que não haja confusão entre instrumentos a serem utilizados em cada caso, haja vista que a figura do convênio ficou restrita aos ajustes entre entes públicos, sugere-se a alteração do Decreto n. 1.285/2010, para substituir o termo "convênio" para "termo de cooperação".

² O princípio da especialidade revela que a norma especial afasta a incidência da norma geral. *Lex specialis derogat legi generali*. A norma se diz especial quando contiver os elementos de outra (geral) e acrescentar pormenores. Não há leis ou disposições especiais ou gerais, em termos absolutos. Resultam da comparação entre elas, da qual se aponta uma relação de espécie a gênero. A norma será preponderante quando especial. O tipo de homicídio dispõe: "Matar alguém" (artigo 121 do Código Penal). O infanticídio, por seu turno, é: "Matar, sob influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após" (artigo 123 do Código Penal). O confronto dessas normas demonstra que o infanticídio envolve os elementos essenciais do homicídio e adiciona outros dados: a) o sujeito ativo é a mãe; b) o sujeito passivo, o próprio filho; c) a influência do estado puerperal; d) a circunstância temporal, durante o parto ou logo após. Em resumo, o infanticídio é "matar alguém", nos termos mencionados.

Assim, e em resposta aos questionamentos formulados:

a) As instituições de ensino, com fins lucrativos, que já possuem convênio firmado com o município poderão solicitar Termo Aditivo para alteração de dados da instituição e/ou inclusão de cursos e, principalmente, solicitar prorrogação da vigência do convênio?

R: Sim, tratando-se de ajuste ao qual não se aplica a Lei n. 13.019/2014, as alterações poderão ser formalizadas, inclusive eventual prorrogação, nos termos da Lei n. 11.788/2008 e do Decreto n. 1.285/2010.

b) Visto que na cidade de Londrina grande parte das Instituições de Ensino são pessoas jurídicas com fins lucrativos, sendo que muitos de nossos estagiários pertencem a estas instituições e que a Administração Pública tem interesse de que seja oportunizado estágios a todos os alunos vinculados as Instituições, inclusive as com fins lucrativos, é possível que seja analisado quanto a liberação de parcerias com instituições de ensino com fins lucrativos, através de Acordo de Cooperação, já que não há repasse financeiro por parte do município?

R: Sim, os ajustes com instituições que tenham fins lucrativos poderão ser celebrados com fundamento na Lei n. 11.788/2008 e no Decreto Municipal n. 1.285/2010.

c) Ainda sobre este tema, face a vigência da Lei nº 13019/2014 será necessária à Administração proceder eventual alteração no Decreto 1285/2010, especificamente no que tange a celebração de "CONVÊNIOS", inclusive pela substituição desta modalidade de parceria?

R: Sugere-se apenas a substituição do termo "convênio" para "termo de cooperação".

[...]

4.3

Passando à análise das dúvidas constantes da SCJ (...), a solução não é diferente da que fora acima apresentada. Tratando-se de convênios celebrados com entidades financeiras (com fins lucrativos,

portanto), associações de servidores e o Sindicato (...), para realização de consignações facultativas em folha de pagamento, decorrentes de empréstimos pessoais ou pagamento de contribuição/mensalidade associativa, sem repasse de recursos públicos a essas instituições, prevalece o disposto na legislação municipal, não se aplicando as disposições da Lei n. 13.019/2014.

Isso porque a Constituição Federal (art. 39, caput) confere a cada Município competência para estabelecer o regime jurídico único dos seus servidores públicos, do qual fazem parte eventuais regras que tratem de descontos em sua folha de pagamento.

No âmbito desta municipalidade "as averbações das consignações em folha de pagamento dos servidores públicos da Administração Direta, Autárquica e Fundacional do Poder Executivo do Município de Londrina, nos termos do parágrafo único, artigo 147, da Lei Municipal nº 4.928, de 17 de janeiro de 1992" são regulamentadas pelo Decreto Municipal n. 658, de 15 de maio de 2014, que assim estabelece:

Lei n. 4.928/1992:

Art. 147. Salvo por imposição legal, ou mandado judicial, nenhum outro desconto, além dos permitidos pelo artigo anterior, incidirá sobre o vencimento, provento ou pensão.

Parágrafo único. O servidor, mediante manifestação expressa, poderá autorizar, bem como desautorizar, a feitura de descontos em sua remuneração ou provento a favor da Fazenda Pública Municipal e de entidade sindical, associação classista e recreativa, companhias de seguro, cooperativas e convênios.

Decreto n. 658/2014:

Art. 1º As consignações provenientes de empréstimos pessoais junto a instituições financeiras e as demais consignações ensejadoras de desconto em folha de pagamento, referentes aos servidores públicos municipais ativos, inativos e pensionistas da Administração Direta, Autárquica e Fundacional de Londrina, ficam regulamentadas segundo as disposições deste Decreto, permanecendo válidos os atos praticados na vigência dos Decretos Municipais n. 337, de 05 de abril de 2011, e n. 110, de 04 de março de 2005.

Art. 2º Considera-se, para fins deste Decreto:

I. consignatária: pessoa física ou jurídica de direito público ou privado, conveniada com o Município destinatária dos créditos resultantes das consignações compulsórias ou facultativas, decorrentes de relação jurídica estabelecida por contrato com o consignante;

II. Município: órgão da Administração Direta, Autárquica e Fundacional do Município de Londrina, que efetua os descontos em favor da consignatária, mediante carga da averbação na folha de pagamento;

III. consignante: servidor público ativo, inativo e pensionista do Município que, por contrato, tenha estabelecido com a consignatária relação jurídica comercial que autorize o desconto consignado;

IV. consignação compulsória: desconto incidente sobre a remuneração, provento ou benefício de pensão do consignante, efetuado por força de lei ou determinação judicial;

V. consignação facultativa: desconto incidente sobre a remuneração, provento e benefício de pensão do consignante, mediante autorização prévia e formal do interessado, na forma deste Decreto.

(...)

Art. 4º As consignações facultativas compreendem:

I. mensalidades instituídas para custeio de associações classistas e recreativas de servidores públicos municipais;

II. mensalidades e despesas autorizadas pelo consignante em favor das entidades sindicais e associativas, para repasses a terceiros e;

III. parcelas referentes a empréstimos pessoais, concedidos por instituições financeiras credenciadas.

(...)

Art. 6º A administração do sistema de consignações dos servidores municipais da Administração Direta, Autárquica e Fundacional do Município de Londrina será realizada pela Secretaria Municipal de Recursos Humanos - SMRH, em conjunto com as unidades de recursos humanos das Autarquias e Fundações Municipais.

§ 1º Compete exclusivamente à SMRH aprovar e autorizar o cadastramento das consignatárias no sistema informatizado de consignações, inclusive quando relativos às autarquias e fundações públicas municipais.

§ 2º *A habilitação para processamento das consignações facultativas, de que trata o art. 4º, incisos I e II, deste Decreto, ocorrerá mediante requerimento das entidades interessadas à Secretaria Municipal de Recursos Humanos, na forma e prazos estabelecidos em portaria a ser expedida pela SMRH, que será analisado nos termos do parágrafo anterior.*

§ 3º *A habilitação para processamento das consignações facultativas, de que trata o art. 4º, inciso III, deste Decreto, dependerá de prévio procedimento licitatório, cuja homologação ensejará o pertinente cadastramento.*

§ 4º *O cadastramento, nas hipóteses dos §§ 2º e 3º deste artigo, será precedido de assinatura de termo de convênio, cujas cláusulas serão definidas previamente e a critério da Administração Municipal, **com prazo de vigência de até 60 (sessenta) meses**, renovável, quando for o caso, nos termos da Lei Federal n. 8.666/1993.*

(...)

(destacamos)

Como se vê, a averbação na folha de pagamento dos servidores e posterior repasse aos consignatários de valores descontados facultativamente sobre a remuneração, provento ou benefício de pensão depende, necessariamente, da existência de 'convênio' entre a consignatária e o Município, cuja duração pode ser de até 60 (sessenta) meses, não havendo discriminação, no que tange à hipótese do art. 4º, III, entre instituições com e sem finalidades lucrativas.

Também aqui faz-se a mesma sugestão feita no item 4.I: para que não se crie uma confusão entre os institutos, haja vista que a figura do convênio agora está restrita aos ajustes entre entes públicos, sugere-se a alteração do Decreto n. 658/2014, para substituir o termo "convênio" para "termo de cooperação" (nas hipóteses do art. 4º, inc. I e II) e "termo de credenciamento" (na hipótese do art. 4º, inc. III).

Outrossim, a não ser que a Administração pretenda credenciar apenas uma instituição em detrimento de outras, sugere-se providenciar a alteração do art. 6º do Decreto, com a exclusão do seu § 4º (que prevê a necessidade de prévio procedimento licitatório) e inclusão da hipótese no § 2º. Isso porque cabe exclusivamente ao servidor escolher de qual instituição financeira tomará empréstimo (tal como se dá, por exemplo, com os usuários do Plano de Saúde da Caapsml, que

escolhem, dentre os profissionais credenciados juntos à Autarquia, com qual deseja se consultar). Por isso, todas as que mostrarem interesse em disponibilizar empréstimos consignados aos servidores e atenderem às exigências de habilitação deverão ser credenciadas pelo ente público, não se mostrando necessário certame licitatório, ante a inviabilidade competição entre as instituições.

Sugere-se, ainda, a inclusão, no § 1º do art. 13 do Decreto, dos documentos necessários à habilitação jurídica e fiscal da instituição, em respeito aos princípios da isonomia e da impessoalidade (lembrando que, por não haver repasse de recursos públicos, a exigência de comprovação de regularidade fiscal tal qual prevista no art. 29 da Lei n. 8.666/93 se mostra desarrazoada, podendo ser dispensada a apresentação de documentos que se forem considerados desnecessários, assim como faz o prevê o §§ 1º e 7º do art. 32 da referida lei).

Assim, e em resposta aos questionamentos formulados:

1. É possível realizar Aditivos de Termos vigentes com as Instituições Financeiras, realizando alteração de Aditivo de Termo de Credenciamento para Acordo de Cooperação?

R: Sim, é possível. Contudo, ante à não aplicação da Lei n. 13.019/2014, sugere-se manter a denominação atual (Termo de Credenciamento).

2. É possível realizar Chamamento Público, já que não temos nenhum aberto, para firmar Acordo de Cooperação entre o Município de Londrina e Instituições Financeiras, afim de realizar empréstimo consignado em folha de pagamento para os servidores, ativos aposentados e pensionistas?

R: Sim. Nesse caso, sugere-se que a realização do chamamento público também esteja previsto no Decreto (substituindo a realização de licitação).

3. É possível realizar Acordo de Cooperação com Associação de Servidores e o Sindicato (...), já que estes são sem fins lucrativos?

R: Sim. Contudo, ante à não aplicação da Lei n. 13.019/2014, sugere-se utilizar a denominação "termo de cooperação".

III - CONCLUSÃO

Sendo essas as considerações, retorne-se à Consulente.

À ratificação do Gabinete (Portaria n. 20/2014).

Londrina, 20 de junho de 2017.

Sérgio Veríssimo de Oliveira Filho

Procurador do Município de Londrina

Ratifico.

João Luiz Martins Esteves

Procurador-Geral do Município

