

# **Cadernos da Ejef**

Série Produção Acadêmica nº 1  
Direito Público

Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes - TJMG  
Belo Horizonte - 2006

Projeto gráfico:ASCOM/COVIC  
Diagramação, formatação e revisão: EJEF/GEDOC/COTEC  
Marcos Aurélio Rodrigues  
Maria Célia da Silveira  
Tadeu Rodrigo Ribeiro

Cadernos da EJEF: Série Produção Acadêmica: Direito Público - n. 1 (2006) - . -  
Belo Horizonte, Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, Escola Judicial  
Des. Edésio Fernandes, 2006 - .

n.

Irregular.

Monografias apresentadas no Curso de Atualização em Direito Público, TJMG,  
2005.

1.Direito público .I. MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Escola Judicial Des.  
Edésio Fernandes.

CDU: 342  
CDD: 341

## Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

### **Presidente**

Des. Hugo Bengtsson Júnior

### **Primeiro Vice-Presidente**

Des. Orlando Adão de Carvalho

### **Segundo Vice-Presidente**

Des. Sérgio Antônio de Resende (até 02.03.2006)

Des. Antônio Hélio Silva (a partir de 03.03.2006)

### **Terceiro Vice-Presidente**

Des. Mário Lúcio Carreira Machado

### **Corregedor-Geral de Justiça**

Des. Roney Oliveira

## Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes

### **Superintendente**

Des. Sérgio Antônio de Resende (até 02.03.2006)

Des. Antônio Hélio Silva (a partir de 03.03.2006)

### **Superintendente Adjunto**

Des.<sup>a</sup> Jane Ribeiro Silva (até 02.03.2006)

Des. Geraldo Augusto de Almeida (a partir de 03.03.2006)

### **Diretora Executiva**

Maria Cecília Belo

### **Assessora Jurídica**

Heloísa C. Monteiro de Moura

### **Gerente de Documentação, Pesquisa e Informação Especializada**

Pedro Jorge Fonseca

### **Coordenadora de Comunicação Técnica**

Eliana Whately Moreira

### **Gerente de Formação Permanente e Acompanhamento de Magistrados e Servidores**

Thelma Regina Cardoso

### **Coordenadora de Formação Permanente de Magistrados e Servidores**

Eliane Melo

## PUC-MG - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

### **Grão Chanceler**

Dom Walmor Oliveira de Azevedo

### **Reitor**

Prof. Eustáquio Afonso Araújo

### **Vice-Reitor**

Dom Joaquim Giovani Mol Guimarães

### **Pró-Reitor de Pesquisa e Pós-graduação**

Prof. João Francisco de Abreu

## IEC - Instituto de Educação Continuada

### **Diretor**

Prof. Marcos André Silveira Kutova

### **Assessor Técnico**

Prof. João Antônio Lima Castro

### **Coordenadora do Curso de Especialização em Direito Público**

Prof.<sup>a</sup> Dayse Starling Lima Castro

Apresentação .....	7
Considerações sobre a discricionariedade do administrador quanto à escolha do pregão como modalidade licitatória .....	9
ALINE SILVEIRA DE MELO	
Direito administrativo - Mitigação da discricionariedade em prol da prevalência dos princípios constitucionais da legalidade, razoabilidade, proporcionalidade e motivação do ato administrativo ..	25
ANA CÉLIA OLIVEIRA DINIZ VILELA	
Considerações a propósito do adicional trintenário previsto no Estatuto dos Servidores Públicos Militares do Estado de Minas Gerais e suas alterações legislativas .....	31
CHARLES PIRES	
A possibilidade de alteração do prenome e do sexo no assentamento civil do transexual que se submeteu a cirurgia de transgenitalização .....	43
ELMA MARQUES DE SOUZA COSTA	
A Lei Complementar nº 118/2005 e a decadência no direito tributário .....	57
FERNANDA CRISTINA PAZ VIEIRA	
(In)constitucionalidade da taxa de incêndio .....	65
FERNANDA FIGUEIREDO FERRARI	
A incidência do ISSQN sobre a locação de bens móveis .....	73
IVAN DUTRA DOEHLER	
Agências reguladoras: uma abordagem jurídica frente ao direito pátrio .....	81
ÍVINA OFÉLIA BELTRÃO SILVA	
O sistema de precatórios no direito pátrio: uma análise jurídico-constitucional pautada na crítica científica .....	87
JOÃO EDUARDO DE SALES	
Interrupção terapêutica da gravidez de feto anencéfalo .....	101
JULIANA BARROSO DE PINHO	
Controle de constitucionalidade das decisões judiciais transitadas em julgado .....	111
LIVIA MARIA DE ARAÚJO LADEIRA	
Invalidação dos atos administrativos: limites impostos pelos princípios constitucionais .....	117
MAÍRA CESAR MARTINS	
Planejamento orçamentário: instrumento para coibir a paralisação de obras públicas .....	127
MARCÉLIO NOGUEIRA DE OLIVEIRA	
A cobrança da taxa de incêndio no Estado de Minas Gerais .....	145
MARCELO DE MELO SIQUEIRA	
O instituto da prescrição na ação de improbidade administrativa .....	151
MARCO TÚLIO DE VASCONCELOS SANTOS	
Ponderação de princípios constitucionais no direito brasileiro .....	159
MELISSA APARECIDA SIQUEIRA DE OLIVEIRA EMÍDIO	

Limites à declaração de inconstitucionalidade no controle concentrado - repercussões . . . . .	165
MICHELE PATRÍCIA DE PÁDUA MOREIRA VIGNOLI	
Súmula vinculante: avanço ou retrocesso? . . . . .	179
NATÁLIA JAFFAR OLIVEIRA CHELOTTI	
Cooperativas e o direito de participação em licitações . . . . .	187
PATRÍCIA SANTOS FIRMO	
Da compatibilidade das suspensões de liminares, de tutelas e de sentenças proferidas contra o Poder Público com a Constituição Federal e da necessidade de se proceder a um exame, ainda que perfunctório, das teses agitadas na lide . . . . .	199
SILVANA TOURINHO LIMA	
Os fundamentos da República Federativa do Brasil como princípios fundamentais na Constituição . . . . .	215
TATIANA MIRIAM MOURÃO MESQUITA	
Possibilidade de reconhecimento de ofício da prescrição em execução fiscal . . . . .	225
DUPIN LUSTOSA TERESINHA	

## APRESENTAÇÃO

A ciência do Direito, constituída por meio da interação social, é extremamente dinâmica, impõe aos juristas um constante repensar do Direito e dos institutos jurídicos, a fim de acompanhar a evolução das relações sociais e, conseqüentemente, da própria ciência jurídica.

A busca constante pelo conhecimento, a necessidade de rever os (pre)conceitos, a mudança de paradigmas e o incessante anseio pelo justo é que conferem vida à Ciência do Direito e a aproxima ainda mais dos seus agentes criadores e transformadores - o ser humano -, aprofundando no estudo dessa arte que é viver em sociedade.

Os tempos atuais nos impingem a discutir conceitos fundamentais como liberdade, poder, justiça, equidade, lei, moral, proibidade, relações entre ética e direito, entre direito e política, entre direito e sociedade, entre o público e o privado, entre o individual e o coletivo.

Toda essa discussão é permeada pelo problema da efetividade dos direitos, nos fazendo voltar a atenção para um questionamento há muito posto por Ferdinand Lassale: quais são os *fatores reais de poder* existentes na sociedade que impedem a implementação de um verdadeiro Estado Democrático de Direito e a efetivação dos direitos e garantias fundamentais?

Vivenciamos um momento de crise do Direito e do Estado, com reflexos diretos no Poder Judiciário e na implementação dos direitos. Para Lenio Luiz Streck *visivelmente há uma crise que, antes de mais nada, precisa ser descoberta "como" crise. Essa crise ocorre porque o velho modelo de Direito (de feição liberal-individual-normativista) não morreu, e o novo modelo (forjado a partir do Estado Democrático de Direito) não nasceu ainda* (Jurisdição Constitucional e Hermenêutica, 2004:2).

É nesse espírito de questionamento e de deixar vir o novo à presença, de solidificar e implementar uma Constituição Democrática – *campo necessário de luta para implantação das promessas modernas (igualdade, justiça social, respeito aos direitos fundamentais, etc.)* (STRECK, 2004:15), que o curso de especialização em Direito Público foi concebido, e a parceria do Instituto de Educação Continuada da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais com o Tribunal de Justiça de Minas Gerais foi gerada e desenvolvida, apresentando como um dos frutos desse primoroso trabalho algumas das reflexões e estudos dos servidores e juizes deste Tribunal, especialistas em Direito Público, que ora tenho a grata satisfação de apresentar.

Os artigos que compõem a 1ª Série de Produção Acadêmica dos Cadernos da EJEJ abordam temas ligados às três grandes áreas do Direito Público - Direito Constitucional, Direito Administrativo e Direito Tributário - com reflexões sobre assuntos pertinentes e atuais.

Ao apresentar os trabalhos elaborados por especialistas em Direito Público pelo Instituto de Educação Continuada da PUC Minas, em convênio com o TJMG, esperamos contribuir para o desenvolvimento de uma sociedade mais justa e solidária, pelo respeito ao Estado Social Democrático de Direito, estendendo os debates travados no meio acadêmico para toda a comunidade, com vista ao bem comum.

**Prof.ª Dayse Starling Lima Castro**  
Coordenadora do curso



**PUC Minas**  
**INSTITUTO DE**  
**EDUCAÇÃO CONTINUADA**



*Sumário: 1 Introdução. 2 O pregão como nova modalidade de licitação. 2.1 Conceito e objeto. 2.2 Valor da contratação. 2.3 Fase interna. 2.4 O pregoeiro. 2.5 Fase externa. 2.6 Recursos. 2.7 Adjudicação e homologação. 2.8 Sanções. 3 Conclusão. 4 Referências bibliográficas.*

## **1 Introdução**

Consiste a licitação, num conjunto de atos realizados pela Administração Pública, especificados em lei e regulamentados pelo respectivo edital, previamente à contratação da realização do serviço ou fornecimento do objeto que o interesse público reclama.

A finalidade do procedimento licitatório é dupla: obter o contrato que melhor atenda aos interesses da Administração e assegurar o direito de participação em condições de igualdade, entre todos os licitantes, possíveis contratados.

Não se pretende defender a tese de que o procedimento licitatório, da forma como está atualmente previsto em lei, constitui mera burocracia ou entrave à celeridade, cujo alcance deve ser almejado pelo administrador.

É justamente para que o interesse público seja resguardado que o texto da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e suas posteriores alterações impõem tantos condicionamentos para a realização da licitação e ingresso dos licitantes no certame.

Contudo, a utilização da mais nova modalidade de licitação, o pregão, caracterizada pela inversão das fases do procedimento, pela flexibilização das exigências relativas à habilitação e, sobretudo, pela celeridade do modo com que se realiza, tem trazido bons resultados à Administração.

No presente trabalho, questiona-se a discricionariedade do administrador quanto à escolha do pregão como modalidade licitatória, quando é possível a utilização de modalidade diversa.

Busca-se demonstrar que a utilização do pregão acarreta o mesmo resultado prático que o emprego de qualquer outra modalidade de licitação - qual seja, a contratação do objeto buscado, sem ocasionar lesão aos princípios norteadores do procedimento licitatório, e, ainda, proporciona economia significativa de tempo e recursos financeiros para a Administração.

Assim, far-se-á uma abordagem geral sobre o pregão presencial, dadas a necessidade de delimitação do tema e as especificidades do pregão eletrônico, para concluir que, em certos casos, a expressão “poderá” constante do art.1º da Lei nº 10.520/02 denota verdadeira imposição.

## **2 O pregão como nova modalidade de licitação**

O pregão, como modalidade licitatória diversa daquelas elencadas pelo art. 22 da Lei nº 8.666/93, foi inicialmente instituído pela Medida Provisória nº 2.026, de 04 de maio de 2000, renu-

---

\* Professor-orientador: Fabricio Veiga Costa.

merada como MP-2.108/00 e alterada para 2.182, esta última reeditada até a sua 18ª publicação, quando, finalmente, foi convertida na Lei nº 10.520, em 17 de julho de 2002.

Desde a publicação da MP-2.026/01, o texto original vinha sofrendo diversas e sucessivas modificações a cada reedição, sem contudo afastar os aspectos simplificadores que caracterizam essa inovadora modalidade licitatória.

No Brasil, o desenvolvimento do instituto em análise operou-se no âmbito da ANATEL, através da Lei 9.472/97, Lei Geral de Telecomunicações, e da Resolução nº 005/98.

Contudo, como bem acentua Justen Filho, referidas disposições legais não constituem fontes normativas do pregão. Eventuais falhas ou omissões existentes na legislação própria da modalidade em comento serão suprimidas pelas disposições da Lei nº 8.666/93, que deve ser aplicada em caráter subsidiário, conforme determina o art. 9º da Lei nº 10.520/02 (JUSTEN FILHO, 2000, p. 674).

A finalidade do pregão é a mesma das demais modalidades de licitação, ressalvadas as peculiaridades de cada uma delas: constatada a necessidade de contratação pela Administração, instaura-se o procedimento licitatório para viabilizar a seleção da proposta mais vantajosa e que melhor atenderá ao interesse público.

Os principais aspectos que diferem o pregão das demais modalidades licitatórias podem ser assim resumidos: a inversão das fases do procedimento e a oralidade da apresentação das propostas.

A fase externa do pregão envolve a realização de audiência pública, em que as propostas, inicialmente entregues na forma escrita, podem ser progressivamente melhoradas, dentro de um tempo “prudencial”, através do oferecimento de novos lances realizados pelos licitantes concorrentes.

Discorrendo sobre a necessidade de demarcar o mencionado “tempo prudencial”, Motta (2001) apresenta-nos o curioso sistema das velas acesas (MOTTA, 2001, p.57).

Na Itália, o acendimento de três velas inaugura a audiência pública de oferta das propostas. A licitação será deserta, caso as velas queimem até o final, sem que sejam apresentadas propostas. Ouvidas as propostas, acende-se uma quarta vela e, caso estas sejam progressivamente melhoradas, podem ser acesas uma quinta e uma sexta. Quando essas últimas se apagam, declara-se vencedor o licitante que ofertar a proposta mais vantajosa.

Na França, segundo o mesmo autor, esse sistema foi utilizado com apenas três velas, o que levava os proponentes a cometer verdadeiros disparates na apresentação das ofertas, pelo medo de perder o negócio, ao expirar da última vela.

Dentre as várias críticas e indagações formuladas em relação ao pregão, uma delas diz respeito, justamente, à mencionada oralidade. A possibilidade de apresentação oral das propostas acarretaria ofensa ao disposto no art. 37, XXI, da Constituição Federal? Para Compartilhado Motta, não há qualquer ofensa, porquanto a oralidade é inerente ao próprio conceito do pregão (MOTTA, 2001).

A exigência de observância ao princípio constitucional da igualdade entre os participantes não é rompida pela simples possibilidade de comunicação direta entre os mesmos. Isso porque todos eles, inclusive os que não se cadastraram previamente, têm assegurada a possibilidade de apresentar a proposta que julgar mais vantajosa. Além disso, a seleção da melhor proposta não impli-

ca, necessariamente, a outorga do objeto do certame ao seu autor. Esta poderá ser discutida e até mesmo afastada por meio de recurso, cuja possibilidade de interposição é garantida constitucionalmente a qualquer licitante (art. 5º, LV). Assim, concluímos que, observadas as disposições legais e editalícias a esse respeito, não ocorre qualquer violação ao art. 37, XXI, da Constituição da República.

Apenas para adiantar, outra crítica traçada em relação à citada oralidade diz respeito à possibilidade de que a expectativa do licitante em contratar com a Administração, aliada ao calor da discussão, predominante na audiência pública, conduzam-no à apresentação de proposta que seja, na prática, inexequível. Tal aspecto será abordado mais adiante.

## 2.1 Conceito e objeto

Adota-se no presente estudo a conceituação formulada por Gasparini, para quem o pregão pode ser assim definido:

Modalidade licitatória posta à disposição da Administração Pública, destinada a selecionar, de preponentes que tenham atendido ao seu chamamento, pelo critério do menor preço, a melhor proposta escrita e oral de venda de bens e serviços comuns de seu interesse (GASPARINI, 2002:121)

O art.1º da Lei nº 10.520/02 apresenta a seguinte redação: “Art.1º Para aquisição de bens e serviços comuns, poderá ser adotada a licitação na modalidade de pregão, que será regida por esta Lei”.

O pregão tem por objeto a aquisição de bens e serviços comuns, cuja definição é dada pelo parágrafo único do artigo retrotranscrito, que considera bens e serviços comuns aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado.

Inicialmente, cumpre destacar a impropriedade terminológica da expressão “aquisição de serviços” empregada na redação do dispositivo em comento, porquanto estes são prestados, e não adquiridos pela Administração. Assim, a redação do *caput* do art. 1º, segundo a melhor técnica gramatical, deveria ter-se referido à aquisição de bens e prestação de serviços comuns.

Outro ponto que merece destaque é a vaga conceituação legal de bens e serviços comuns, cujas interpretações, muitas das vezes, geram dúvidas.

O desempenho a que se refere o parágrafo único do art. 1º encontra estrita vinculação ao princípio da eficiência, expressamente previsto no *caput* do art. 37 da Constituição Federal. Assim, o bem ou serviço com o critério de desempenho almejado será aquele que eficientemente atender à necessidade da Administração que ensejou a contratação.

A qualidade diz respeito ao atributo do bem ou serviço que lhe define a natureza e o distingue dos demais existentes. A qualidade do produto é fator determinante para sua aceitação ou recusa pela Administração.

É preciso atentar para o fato de que nem sempre é possível descrever objetivamente, no edital, quais são os padrões de desempenho e qualidade do objeto da licitação, dada a sua complexidade. Em tais casos, mencionados padrões deverão constar do projeto básico.

O inciso I do § 2º do art. 7º da Lei 8.666/93 prevê a existência de projeto básico como pressuposto para a licitação de todo serviço e obra, o que poderia levar à conclusão de inexistência de serviços comuns e, por via de consequência, da impossibilidade de utilização do pregão para a contratação de serviços.

A maior parte da doutrina<sup>1</sup>, no entanto, diante da necessidade de interpretação sistemática do texto legal e de se atender ao critério da eficiência, vem consolidando o entendimento de que nem todos os serviços necessitam de projeto básico, o que possibilitaria a contratação por meio de pregão. É o caso, por exemplo, dos serviços de pintura de sala de aula e de vigilância.

Todos os bens móveis (visto que a aquisição de bens imóveis é feita por leilão) seriam, em princípio, comuns, desde que sua caracterização pudesse ser feita objetivamente no edital da licitação, porquanto a definição do objeto da compra não é feita por meio de projetos especiais.

Outro fator característico dos bens e serviços comuns é a desnecessidade de avaliação técnica como critério de julgamento. Isso porque o critério fundamental para a contratação por meio do pregão é o menor preço, não a melhor técnica.

Sendo o preço do bem ou serviço fator determinante para o julgamento das propostas, tem-se que está impossibilitada a utilização do pregão nos casos em que as extremadas variações de qualidade constituam óbice à comparação dos preços.

Fernandes destaca que o pregão não poderá ser utilizado nos casos de alienação de bens, aos serviços de engenharia, ressalvados aqueles que, mesmo inseridos nas normas do respectivo conselho de classe, continuem sendo definidos por parâmetros absolutamente comuns e invariáveis, obras em geral e objetos que devam ser definidos por melhor técnica (FERNANDES, 2000:129).

Assim, conclui-se que os bens e serviços comuns são todos aqueles encontrados no mercado comum, cuja definição quanto aos critérios de desempenho e qualidade possa ser alcançada, independentemente da existência de projeto básico, e cujo julgamento da proposta não envolva valoração de ordem técnica e não seja obstado por extremadas variações de preço.

O parágrafo único do art. 1º da nova lei confere aos Estados, Municípios e ao Distrito Federal a possibilidade de criar seus próprios regulamentos, e, assim procedendo, poderão os demais entes da Federação considerar quaisquer bens e serviços como comuns, desde que estes possam adequar-se à conceituação especificada no mencionado parágrafo.

Assim, para que a nova modalidade de licitação tenha plena eficácia, necessária a regulamentação do que seriam os bens e serviços comuns, no âmbito de cada ente da Federação.

## **2.2 Valor da contratação**

O *caput* do art. 2º da Lei 10.520/02 previa expressamente a possibilidade de utilização do pregão pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, conforme disposto em regulamento, independentemente do valor da contratação, apenas vedando sua utilização como meio de contratação de serviços de transporte de valores e de segurança privada e bancária.

Foi vetada a parte final do dispositivo, que impossibilitava a contratação de serviços de transporte de valores e de segurança privada e bancária.

As razões de veto apresentadas pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, explicitaram não existir impedimento de ordem técnica para que mencionadas contratações fossem realizadas por meio de pregão e destacaram que tal procedimento é adotado nestes casos, com sucesso, desde a edição da Medida Provisória nº 2.026/00. Informaram já terem sido realizados 103 pregões para contratação de serviços de vigilância em 30 órgãos, o que representa

---

<sup>1</sup> Ver Joel de Menezes Niebuhr. Anotações à modalidade pregão. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 29, p. 170-171, 2000.

valores de R\$ 37,86 milhões, e concluíram que esses dados constituíam consistente evidência da conveniência e viabilidade de aplicação da nova modalidade de licitação aos serviços de vigilância.

Por imposição do § 2º do art. 66 da Constituição Federal, que estabelece que o veto parcial somente abrangerá texto integral de artigo, de parágrafo, de inciso ou de alínea, todo o dispositivo foi vetado.

Surgiram, então, dúvidas a respeito da limitação do valor das contratações realizadas mediante pregão.

Segundo Mukai, na falta de limitação de valor, devem ser aplicados aqueles fixados no art. 23 da Lei nº 8.666/93. Para o autor, a utilização do pregão está suspensa e qualquer que seja o objeto da licitação, deverão ser levados em conta os valores que fazem parte das definições de concorrência, tomada de preços e convite (MUKAI, 2002:879).

A solução mais adequada, ao que parece, é a proposta por Szklarowsky, que entende não ser o valor da contratação empecilho para a realização do pregão. O autor ressalta que tanto o texto da medida provisória quanto o do projeto de lei vetado permitiam a contratação pelo pregão, independentemente do valor e, por essa razão, não devem ser aplicadas as regras dos arts. 22 e 23 da Lei nº 8.666/93 (SKLAROWSKY, 2002, p. 570/571).

O noticiado veto do Presidente da República ao *caput* do art. 2º da Lei 10.520/02 foi motivado exclusivamente pela irrelevância da parte final do dispositivo, que impossibilitava a contratação de serviços de transporte de valores e de segurança privada e bancária por meio do pregão.

Assim, tendo em vista que, na interpretação da norma jurídica, deve-se buscar o alcance pretendido pelo legislador e que um dispositivo de lei não pode ser interpretado isoladamente de seu contexto, conclui-se que o pregão poderá ser utilizado como modalidade de licitação, sempre que o interesse público assim exigir, independentemente do valor do objeto a ser licitado.

### 2.3 Fase interna

Na fase preparatória do pregão, assim como nas fases preparatórias das demais modalidades de licitação, a necessidade de se compatibilizar o ato administrativo às exigências legais assume contornos de maior relevância, visto que eventual irregularidade ocorrida na fase inicial do certame, e não sanada oportunamente, poderá macular todo o procedimento e culminar, até mesmo, na sua anulação.

As exigências legais impostas para a fase preparatória do pregão estão especificadas no art. 3º da Lei nº 10.520/02.

A primeira delas consiste na apresentação de justificativa pela autoridade competente que explicita a necessidade de contratação.

Ficam ainda a cargo da autoridade competente as atribuições relativas à definição do objeto do certame, das exigências de habilitação, dos critérios de aceitação das propostas, das sanções por inadimplemento e das cláusulas do contrato, inclusive com fixação dos prazos para fornecimento.

O objeto a ser licitado deverá ser um bem ou serviço comum, devendo ser sua definição clara e precisa.

As exigências para a habilitação dos licitantes estão elencadas nos arts. 27 a 31 da Lei nº 8.666/93 e deverão ser aplicadas ao pregão, no que couberem. Dadas as características básicas do pregão, marcado pela celeridade e eficiência, impõe-se a simplificação dos requisitos de habili-

tação. Porém, a simplificação não pode ser entendida como justificativa para o descumprimento de qualquer preceito legal ou editalício.

O orçamento da compra ou serviço é necessário para que se possa verificar a consonância dos custos, insumos, salários e tributos com o mercado. O orçamento realizado pela Administração será adotado como parâmetro no processo de avaliação das propostas e lances, nos termos do que determina o art. 48 da Lei de Licitações, aqui aplicada em caráter subsidiário.

A Lei de Responsabilidade Fiscal - Lei Complementar nº 101/00 - estabeleceu novos requisitos para o desenvolvimento dos procedimentos licitatórios em geral, cuja observância é imposta também no caso do pregão.

Motta atenta para o fato de que, a partir da promulgação da Lei Complementar nº 101/00, além dos requisitos estabelecidos pelos arts. 7º, 14 e 38 da Lei nº 8.666/93, passou a ser exigida, como condição para a realização da licitação, a estimativa do impacto econômico-financeiro daquele aumento de despesa (ou seja, do valor daquele objeto específico) no exercício em que deva entrar em vigor e nos dois subseqüentes, além da declaração do ordenador de despesa de que o aumento está compatibilizado às três instâncias básicas do processo orçamentário: a lei orçamentária, a Lei de Diretrizes e a Lei do Plano Plurianual (MOTTA, 2001, p. 34).

O agente administrativo que deixar de observar essas normas ficará sujeito a sanções administrativas e penas, bem como à Lei de Improbidade Administrativa.

Ainda na fase interna do procedimento é elaborado o edital do pregão, que deve conter normas claras e objetivas no que concerne ao objeto da proposta, e as cláusulas editalícias devem procurar atender, no que couberem, às exigências do art. 40 da Lei de Licitações e Contratos, ressaltadas as particularidades da nova modalidade em estudo.

Qualquer modificação editalícia posterior à divulgação do edital deverá atender ao disposto no art. 21, § 4º, da Lei nº 8.666/93. Sua divulgação se dará pela mesma forma com que foi divulgado o texto original, e deverá ser reaberto o prazo inicialmente estabelecido nos casos em que a mudança implicar modificação na formulação das propostas.

A fase interna do pregão tem seu encerramento marcado pela designação do pregoeiro.

## **2.4 O pregoeiro**

No pregão, as atividades de recebimento das propostas e lances, a análise de sua aceitabilidade e a sua classificação, bem como a habilitação e a adjudicação do objeto do certame ao licitante vencedor são atribuídas ao pregoeiro, que as desempenha assessorado por uma equipe de apoio, designada para minimizar eventuais entraves e dificuldades que possam surgir no decorrer do certame.

Referidas atribuições estão especificadas no inc. IV do art. 3º da Lei nº 10.520/02, apenas a título exemplificativo, o que significa que, a despeito das atividades expressamente estipuladas no texto legal, poderá o pregoeiro desempenhar outras atribuições que a situação reclamar. Uma vez designado, a condução do pregão caberá exclusivamente ao pregoeiro, sendo-lhe vedada a possibilidade de delegação de competência, mesmo que aos membros da equipe de apoio.

O pregoeiro deve ser servidor vinculado à entidade que deseja utilizar-se do pregão, e sua designação é ato administrativo formal, podendo ser feita para um único pregão ou para pregões que vierem a acontecer no futuro.

A exigência de qualificação técnica do pregoeiro, antes posta pelo art.7º do Decreto nº 3.555/00, não foi elencada pela Lei nº 10.520/02.

Referida exigência decorre da necessidade de que o mesmo seja dotado de dinamismo, capacidade para a condução de reuniões e para a tomada de decisões rápidas e eficientes. Não se pretende relacionar qualificação técnica com formação compatível com o objeto do pregão, mesmo porque as qualidades que se esperam de um pregoeiro têm a ver com sua personalidade, seu temperamento e suas aptidões.

Contudo, a designação de um pregoeiro desqualificado pode ensejar a ocorrência de danos à Administração, aos licitantes e ao próprio erário. A responsabilidade atribuída ao pregoeiro é tamanha, que Motta chega a afirmar que este desempenha uma "superfunção" (MOTTA, 2001:55).

## 2.5 Fase externa

A fase externa do pregão tem seu início a partir da convocação dos interessados em participar da licitação. Referida convocação, conforme dispõe o inciso I do art. 4º da Lei nº 10.520/02, será efetuada por meio de publicação de aviso em diário oficial do respectivo ente federado ou, não existindo, em jornal de circulação local e, facultativamente, por meios eletrônicos, e, conforme o vulto da licitação, em jornal de grande circulação.

O aviso é a síntese do edital do pregão e tem por finalidade divulgar informações gerais sobre o certame. No aviso, por imposição do inciso II do já mencionado art. 4º da Lei nº 10.520/02, deve constar, obrigatoriamente, a definição do objeto da licitação, a indicação do local, os dias e os horários em que poderá ser lida ou obtida a íntegra do edital.

A Lei nº 10.520/02 estabeleceu que o aviso deve ser divulgado com antecedência mínima de oito dias da data da realização da audiência pública, mas não especificou a forma de contagem de tal prazo. A doutrina tem afirmado que o prazo deve ser computado em dias úteis, devendo ser aplicadas as regras de processo civil para a contagem dos prazos comuns.

É vedada a exigência de aquisição do edital, como condição para participação no certame. Uma cópia do edital deverá estar sempre disponível para consulta, porquanto a ausência de disponibilidade do edital é infração grave, que pode conduzir à invalidade do certame. Os custos estipulados para a aquisição do edital não poderão ultrapassar o valor despendido pela Administração para sua reprodução gráfica.

Eventual impugnação relativa ao edital deve ser oposta anteriormente à realização da audiência pública, porquanto a participação do licitante acarreta a presunção de concordância em relação às regulamentações editalícias.

No local, dia e data designados para a realização da audiência pública, terá início a fase preliminar, para que os interessados em participar do certame se identifiquem e, se for o caso, comprovem a existência dos necessários poderes para formulação de propostas e para a prática de todos os demais atos inerentes ao certame.

A prova da condição de sócio ou representante legal é feita pela apresentação do estatuto social ou contrato. O representante credenciado deverá apresentar procuração específica, com outorga expressa de poderes para a prática dos atos que a licitação exigir. Em qualquer caso, os documentos deverão ser apresentados juntamente com as respectivas cédulas de identidade.

Apresentada a documentação exigida para esta fase, deverão os presentes firmar as respectivas declarações de que atendem aos requisitos exigidos para a habilitação. Mencionada

imposição legal tem a finalidade de que um sujeito que não disponha dos requisitos para a habilitação participe do certame. Caso tal hipótese se implemente, estará configurado o ilícito administrativo, devendo ser aplicadas as sanções cabíveis ao autor da conduta repudiada.

Uma vez firmadas as declarações, passa-se à entrega dos envelopes, que deverão conter a indicação do objeto e do preço oferecidos.

Cumpra esclarecer que o pregoeiro não está obrigado a receber envelopes que se apresentem em desconformidade com as especificações formais previstas pelo edital, nem aqueles oferecidos por interessados que tenham impedimento de participar do certame, objetivamente constatado pela Administração, como é o caso do sujeito que teve suspenso o direito de licitar.

O interessado que se sentir lesado pela recusa do pregoeiro em receber os envelopes por ele apresentados deverá tomar as providências cabíveis para impugnar a decisão e exigir que os envelopes se mantenham em poder do pregoeiro.

Um dos meios de resguardar o direito de entrega dos envelopes seria através de decisão liminar, obtida por meio de mandado de segurança, nos casos em que o interessado fizesse prova pré-constituída do direito alegado.

Logo após o seu recebimento, os envelopes são abertos, para que se verifique a conformidade das propostas com os requisitos elencados pelo edital.

Passa-se, então, ao julgamento das propostas escritas. Num primeiro momento, é verificada a conformidade das propostas com as exigências editalícias, sendo desclassificadas aquelas que não se apresentarem em conformidade com o edital.

Das propostas que atenderem às exigências previstas para o seu recebimento, será classificada aquela de menor preço e todas as que apresentarem em relação à primeira aumento percentual de até 10% (dez por cento).

Aos licitantes que passarem por esta pré-seleção será facultada a oportunidade de apresentação de lances verbais, para que possam, progressivamente, melhorar suas propostas, até que a menor oferta seja alcançada.

Caso não atingido o patamar de, no mínimo, três lances ofertados pelos licitantes pré-classificados, será concedida a até três licitantes que apresentaram o menor preço superior ao limite de 10% (dez por cento) em relação à melhor proposta escrita a oportunidade de oferecimento de lances orais.

Caberá então ao pregoeiro classificar as propostas oferecidas em ordem crescente, inclusive aquelas apresentadas por licitantes que se recusaram a oferecer lances verbais.

O inciso XI do art. 4º da Lei do Pregão determina que, uma vez obtida a proposta de menor preço, deverá o pregoeiro examiná-la quanto ao objeto e valor, para que possa decidir motivadamente a respeito da sua aceitabilidade.

No exame da aceitabilidade da proposta de menor preço, deve ser aferida a compatibilidade do preço ofertado com o valor de mercado anteriormente cotado pela Administração. Caso o preço ofertado apresente extrema variação a menor ou a maior do preço de mercado, a oferta deverá ser recusada porque inexequível ou excessiva.

Caso o menor preço ofertado seja considerado excessivo, todo o certame estará irremediavelmente comprometido, porquanto os demais preços, mais elevados que o primeiro, logicamente, também irão se revelar excessivos.

Constatada a inexecuibilidade de proposta de menor valor, ao licitante que a ofertou será concedida a oportunidade de demonstrar a exequibilidade de sua proposta, mediante apresentação da composição dos preços. Não ocorrendo a demonstração de que o preço ofertado é exequível, a proposta será desclassificada, devendo ser analisada a que foi classificada em primeiro lugar.

Logo no início do presente trabalho, afirmou-se que uma das críticas relativas à oralidade que marca a fase de apresentação de lances no pregão diz respeito à possibilidade de que a expectativa do licitante em contratar com a Administração, aliada ao calor da discussão, predominante nesta fase, conduzam-no à apresentação de proposta que seja, na prática, inexecuível.

É certo que, como dito, existem procedimentos que evitam a implementação de tal hipótese, como a realização de prévia cotação do valor de mercado do objeto licitado, a verificação da adequação da proposta aos critérios editalícios e a restrição de oferecimento de lances orais, a princípio, apenas em relação aos interessados que apresentarem propostas de variação até 10% (dez por cento) superior em relação àquela de menor preço.

Uma vez certificado que o menor preço é inexecuível, deve o pregoeiro abrir o envelope de documentação entregue pelo licitante autor da proposta e verificar se o mesmo atende aos requisitos exigidos para a habilitação.

Ocorrida a inabilitação do licitante autor da proposta classificada em primeiro lugar, deverá ser convocado aquele que ofereceu a segunda melhor proposta e, assim, sucessivamente.

Obtida a proposta de menor preço, o licitante que a ofertou será declarado vencedor do certame, se preenchidos os requisitos legais para a habilitação.

## 2.6 Recursos

Na modalidade de licitação do tipo pregão, a possibilidade de interposição de recurso é atribuída aos licitantes, na fase final do procedimento, a partir da declaração do vencedor. Assim, no curso do certame, deverá o licitante interessado em recorrer anotar as irregularidades que observar e expressá-las por meio de recurso, no momento oportuno.

Muito já se discutiu acerca dessa particularidade do pregão, que admite a interposição do recurso apenas após a declaração do licitante vencedor. Para alguns doutrinadores, a impossibilidade de recorrer assim que constatada a irregularidade poderia, em princípio, ocasionar ofensa ou limitação aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Hoje, contudo, é pacífico o entendimento de que a concentração da fase recursal não viola tais princípios constitucionalmente assegurados. Mesmo porque, a faculdade de interposição de recurso é estendida a todos os licitantes, inclusive àqueles que tiveram sua proposta desclassificada na fase inicial do certame.

Qualquer ato do pregoeiro ou de seus auxiliares é passível de ser impugnado, e todos os demais licitantes poderão, oportunamente, contra-arrazoar o recurso apresentado.

Assim, não mais subsistem dúvidas acerca da conformidade dessa particularidade do pregão com os princípios do contraditório e da ampla defesa. Mencionada concentração manifesta-se como verdadeira expressão da necessidade de simplificação e da celeridade do procedimento.

Uma vez declarado o licitante vencedor, cabe ao pregoeiro, de forma clara e inequívoca, questionar os demais presentes a respeito do eventual interesse em recorrer. Caso assim não proceda, caberá recurso posterior, de modo a sanar o vício do procedimento.

O licitante interessado no recurso deve manifestar sua vontade imediatamente, e tal manifestação deve-se fazer acompanhar da respectiva motivação. A exigência de motivação não obriga o recorrente a detalhar as razões de recurso, cabendo-lhe apenas delimitá-las. O que não se admite são motivações vagas e genéricas.

A necessidade de manifestação imediata decorre do fato de que sua ausência provocará a decadência do direito de recurso e a automática adjudicação do objeto da licitação pelo pregoeiro ao licitante vencedor, conforme determina o inciso XX do artigo 4º da Lei nº 10.520/02.

Uma vez manifestado o interesse em recorrer, será concedido ao licitante o prazo de três dias para a apresentação das razões recursais, em forma de memorial, podendo os demais licitantes ter vista aos autos e apresentar contra-razões em igual número de dias, cujo termo inicial terá seu cômputo iniciado após o término do prazo do recorrente.

A Lei nº 10.520/02 não especifica as etapas da fase recursal, devendo, portanto, ser aplicadas as disposições do art. 109 da Lei nº 8.666/93, no que couberem, em caráter subsidiário.

Ultrapassado o prazo de manifestação dos interessados, caberá ao pregoeiro proceder à revisão do ato, caso acatadas as razões recursais, ou exarar decisão de indeferimento do recurso.

Após, procede-se à remessa dos autos para a autoridade superior competente, a quem competirá aplicar ao caso a decisão final. As decisões deverão ser obrigatoriamente motivadas e apoiadas nos ditames da Lei nº 10.520/02 ou, subsidiariamente, da Lei nº 8.666/93.

Acolhidas as razões recursais, apenas os atos insuscetíveis de aproveitamento serão anulados, convalidando-se os demais.

Transcorrida a fase recursal, passa-se à adjudicação do objeto da licitação ao licitante vencedor.

## **2.7 Adjudicação e homologação**

Após julgados os recursos que porventura tenham sido interpostos, caberá à autoridade competente, aqui entendida como aquela que julgou os recursos, proceder à adjudicação do objeto da licitação ao licitante vencedor.

Meirelles assim definiu a adjudicação e seus respectivos efeitos:

Adjudicação é o ato pelo qual se atribui ao vencedor o objeto da licitação para a subsequente efetivação do contrato. São efeitos jurídicos da adjudicação: a) aquisição do direito de contratar com a Administração nos termos em que o adjudicatário venceu a licitação; b) a vinculação do adjudicatário a todos os encargos estabelecidos no edital e aos prometidos na proposta; c) a sujeição do adjudicatário às penalidades previstas no edital e normas legais pertinentes se não assinar o contrato no prazo e condições estabelecidas; d) o impedimento de a Administração contratar o objeto licitado com outrem; e) a liberação dos licitantes vencidos de todos os encargos da licitação e o direito de retirarem os documentos e levantarem as garantias oferecidas, salvo se obrigados a aguardar a efetivação do contrato por disposição do edital ou norma legal (MEIRELLES, 1997:281).

A designação do agente que promoverá a adjudicação dependerá da existência ou não de recurso. Caso estes não tenham sido interpostos, a adjudicação do objeto ao licitante vencedor caberá ao próprio pregoeiro. Do contrário, será ato de competência da autoridade superior.

Como efeito obrigatório do ato de adjudicação, decorre a convocação do adjudicatário para assinar o contrato administrativo, dentro do prazo previsto pelo edital, conforme já destacado.

Ao contrário do que acontece nas demais modalidades de licitação, a adjudicação não afasta a expectativa de contratação dos demais licitantes, que poderão, dentro do prazo de validade das propostas e lances, ser convocados pela Administração, caso o adjudicatário se recuse a celebrar o contrato. É o que prevê o inciso XXIII do art. 4º da Lei nº 10.520/02. Cabe destacar que a recusa não exime o licitante de ser responsabilizado e sancionado por eventuais danos resultantes de sua conduta.

Ocorrendo a mencionada recusa, o objeto da licitação deverá ser adjudicado aos demais licitantes, obedecida a ordem de classificação.

Outra particularidade do pregão reside no fato de que os licitantes convocados no caso de recusa do primeiro não estarão vinculados à proposta apresentada por aquele, mas às suas próprias propostas.

O art. 6º da Lei nº 10.520/02 estabelece que, inexistindo diversa disposição no edital, o prazo de validade das propostas será de sessenta dias.

Constatada a regularidade dos atos ocorridos no curso do procedimento licitatório, ocorrerá sua homologação, que será realizada pela autoridade competente, a quem são atribuídos poderes para representar a entidade promotora da licitação.

Somente após a homologação é que a adjudicação produzirá seus efeitos.

Uma vez operada a homologação, o licitante vencedor deverá ser convocado para celebrar o contrato com a Administração, no prazo previsto pelo edital.

## 2.8 Sanções

O art.7º da Lei nº 10.520/02 apresenta a seguinte redação:

Quem, convocado dentro do prazo de validade da sua proposta, não celebrar o contrato, deixar de entregar ou apresentar documentação falsa exigida para o certame, ensejar o retardamento da execução de seu objeto, não mantiver a proposta, falhar ou fraudar na execução do contrato, comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude fiscal, ficará impedido de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios e, será descredenciado no Sicafe, ou nos sistemas de cadastramento de fornecedores a que se refere o inciso XIV do art. 4º desta Lei, pelo prazo de até 5 (cinco) anos, sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais.

A primeira crítica que se pode traçar a respeito do texto do citado artigo diz respeito à previsão de cumulatividade das sanções, aplicadas a uma só conduta ilícita. Além do aditivo “e” empregado entre as sanções previstas, deveria ter sido utilizada a conjunção “ou”, de forma a permitir ao aplicador da norma optar pela imposição de uma pena de maior ou menor gravidade, de acordo com a forma com que o caso concreto se apresentasse.

Outro ponto que merece destaque se refere ao agrupamento de condutas não tão graves e que podem ocorrer até mesmo em virtude de divergências interpretativas, como, por exemplo, deixar de entregar certa documentação exigida pelo edital, com outras cujo ordenamento jurídico deve buscar reprimir com maior rigor, como cometer fraude fiscal.

A doutrina é mais ou menos unânime, ao afirmar que as sanções especificadas pela Lei do Pregão podem-se revelar desarrazoabilizadas ou por demais severas, quando de sua aplicação ao caso concreto.

Niebuhr, atentando para a gravidade das penas previstas, recomenda seja observado o princípio da proporcionalidade, como meio de restrição à incidência plena das mesmas em consonância à gravidade da conduta do agente (NIEBUHR, 2000, p.178).

Mukai afirma que: "Salvo na hipótese de inidoneidade e fraude fiscal, a sanção de impedimento de licitar e contratar com a Administração, pelo prazo de até 5 (cinco) anos, é esdrúxula e desproporcional" (MUKAI, 2002:880).

Para se evitar a injusta aplicação da penalidade, o intérprete da lei deve buscar reprimir a conduta repudiada pela ordem jurídica, pautando-se nos critérios da proporcionalidade e da razoabilidade, para melhor aferir os aspectos objetivos e subjetivos da conduta do agente.

O aspecto objetivo é caracterizado pela desconformidade da atitude do licitante em relação às exigências legais e editalícias. O licitante sujeito às penalidades elencadas no rol do art. 7º da Lei nº 10.520/02 será aquele que, objetivamente, praticar as condutas nele especificadas.

No que concerne à avaliação do aspecto subjetivo da conduta do licitante, Justen Filho afirma que deve ser apurada, no mínimo a ocorrência de conduta culposa de sua parte. Segundo o autor, o licitante não pode ser punido pelos resultados decorrentes de uma interpretação errônea, se estava convicto de que preenchia os critérios legais e editalícios (JUSTEN FILHO, 2000, p.722).

Em todo o caso, por imposição do já mencionado inc. LIV do art. 5º da Constituição Federal, a aplicação da penalidade deverá ser precedida da instauração do devido processo administrativo, garantindo-se ao licitante acusado os direitos ao contraditório e à ampla defesa.

Por fim, tem-se que o rol de sanções especificadas pelo art. 7º da Lei nº 10.520/02 não é taxativo, podendo ser aplicadas outras sanções administrativas ou penais, conforme a conduta do agente ensejar.

### **3 Conclusão**

O art.1º da Lei nº 10.529/02 estabelece que, para aquisição de bens e serviços comuns, poderá ser adotada a licitação na modalidade pregão.

Vasconcelos afirma que, nos termos da nova legislação, a opção pela escolha do pregão como modalidade de licitação é facultativa, cabendo ao agente público, diante do caso concreto, optar ou não pelo uso da nova modalidade (VASCONCELOS, 2000, p.216/217).

A análise das considerações traçadas no presente trabalho evidencia que a utilização do pregão nas hipóteses em que a lei assim o faculta e o administrador opta pela escolha da modalidade em comento coaduna-se perfeitamente com os princípios insertos na norma do art. 37 da Constituição Federal, quais sejam: a legalidade, a impessoalidade, a moralidade, a publicidade e, por fim, a eficiência.

A imposição de legalidade será atendida, à medida que forem estritamente observados a Lei nº 10.520/02, o edital do certame e, subsidiariamente, a Lei nº 8.666/93, de forma a vincular todos os atos da Administração e dos licitantes. Aqui também se insere o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, já que todas as exigências constantes do edital, regulador da licitação, devem ser observadas sob pena de nulidade do certame.

A observância da impessoalidade, que aqui se manifesta como garantia de igualdade de condições de participação entre os licitantes, é garantida, porquanto ao pregoeiro é defeso praticar atos em proveito próprio ou em favor de quaisquer participantes. O caráter competitivo do pregão é mantido pela possibilidade de qualquer interessado participar do certame (desde que, por óbvio, atenda aos requisitos legais e editalícios) e melhorar, progressivamente, a proposta inicialmente apresentada, o que contribui significativamente para afastar eventual margem de favorecimento. Não fosse isso, os critérios de julgamento são estritamente objetivos, porquanto

será declarado vencedor o licitante que oferecer a proposta de menor valor em relação às demais apresentadas (desde que esta se revele, na prática, exequível, segundo critérios já especificados).

A divulgação antecipada do edital, a publicidade característica da audiência de oferta de lances e julgamento das propostas e a possibilidade de interposição de recurso contra o ato de adjudicação do objeto ao licitante vencedor e demais irregularidades verificadas no decorrer do certame garantem a lisura e a honestidade do procedimento. Assim, atendidos os critérios da publicidade e da moralidade, já que, a um só tempo, todos os interessados tomam ciência dos fatos ligados à licitação, facultando-se aos mesmos, na fase oportuna, manifestar sua discordância em relação a eventual irregularidade constatada.

A inversão das fases do procedimento relativamente às outras modalidades previstas na Lei nº 8.666/93 contribui de modo substancial para a celeridade do certame. No pregão, não há como um licitante impugnar a habilitação de outro que não aquele declarado vencedor pelo pregoeiro. Isso impede a suspensão do certame em decorrência de eventuais impugnações administrativas ou judiciais, opostas em relação a um licitante que não teria sua proposta sequer classificada. A implementação de tal hipótese, a exemplo do que pode ocorrer em outras modalidades licitatórias, constitui verdadeiro entrave à celeridade e eficiência do procedimento, bem assim à necessidade de contratação que motivou a Administração a licitar.

Por óbvio, a simplificação do procedimento e a diminuição do tempo total da licitação favorecem a redução dos custos relativos ao certame, o que acarreta maior economia para a Administração.

A oralidade característica do pregão manifesta, principalmente, pela apresentação de lances verbais e possibilidade de comunicação direta entre os participantes contribui para acirrar a competição e, conseqüentemente, para a progressiva redução das propostas inicialmente apresentadas.

Como o valor da contratação não é critério para a escolha do pregão, visto que a modalidade é empregada para a aquisição de bens e a prestação de serviços comuns, independentemente de seu valor, tem-se que o campo de aplicação dessa modalidade é bastante amplo, o que permite que os benefícios decorrentes de sua utilização sejam estendidos a grande parte das contratações administrativas.

Por essas razões e por tudo o que mais foi explanado no decorrer deste estudo, defende-se que, em se tratando de bens e serviços comuns, não há margem discricionária para a escolha do pregão como modalidade de licitação. Isso porque, uma vez determinado que a licitação será destinada à aquisição de bens ou à prestação de serviços comuns, não mais subsistem quaisquer critérios subjetivos que dariam margem a uma atuação discricionária do administrador, para que esse pudesse optar por outra modalidade licitatória.

Não há como optar, por exemplo, entre concorrência e pregão, quando esta última modalidade de licitação pode ser empregada. O resultado final obtido pelo uso das duas modalidades será o mesmo, qual seja, a contratação do objeto cujo interesse público reclama, o que, em princípio, cederia espaço a uma atuação discricionária por parte do administrador.

Contudo, conforme restou amplamente demonstrado, utilizando-se o pregão, esse mesmo resultado será obtido em menor espaço de tempo, o procedimento licitatório ensejará menores gastos para a Administração, e não haverá qualquer violação aos princípios constitucionais e legais aplicáveis ao processo de licitação.

A título exemplificativo, observam-se os dados constantes das tabelas seguintes, relativamente aos pregões realizados pela administração direta, autárquica e fundacional do Poder Executivo do Estado de Minas Gerais, no ano de 2004.<sup>3</sup>

Qtde pregões	Valor homologado	Valor referência	Economia média	% Economia
3.868	593.881.099	890.698.641,39	296.817.542,16	33,32

Tipo	Qtde	Valor referência (R\$)	Valor menor proposta (R\$)	Valor adjudicado (R\$)	Economia média (R\$)	Economia (%)
Eletrônico	272	52.577.225,33	44.133.099,56	38.862.604,43	5.270.495,13	11,94
Presencial	3.596	838.160.777,11	596.171.727,29	555.024.072,17	41.147.655,12	6,90
Total	3.868	890.738.022,44	640.304.826,86	593.886.676,60	46.418.150,26	7,25

Não cabe argumentar que a concorrência deveria ser empregada nos casos em que o alto valor da contratação exigisse maiores cautelas no pertinente à habilitação dos licitantes e à avaliação das propostas, de forma a obstar maiores prejuízos para a Administração, decorrentes de eventual descumprimento do contrato. O procedimento estabelecido pelo pregão sujeita o licitante que violar as disposições legais e contratuais às sanções aplicáveis à espécie, e a utilização de modalidade diversa não tem o condão de evitar o indesejado descumprimento. Não se pode prever futuro comportamento do contratado, e tanto a Administração quanto os administrados estão sujeitos às oscilações de mercado e demais fatores que possam interferir negativamente em relação ao contrato firmado.

Deve a Administração cercar-se dos cuidados para que os efeitos de eventual descumprimento sejam os menores possíveis e que o responsável responda pelo prejuízo, proporcionalmente ao dano provocado por sua conduta. Tais providências são asseguradas pela Lei do Pregão e, subsidiariamente, pela Lei nº 8.666/93.

Contudo, defende-se neste trabalho o entendimento de que mencionada facultatividade é relativa, uma vez que se encontra vinculada ao critério da discricionariedade, limitador do poder de escolha do administrador aos parâmetros previamente estabelecidos em lei.

Faria ressalta que, na prática, nem sempre é possível prever, de antemão, qual opção legal melhor atenderá à necessidade da Administração, dado o subjetivismo que norteia o comportamento do autor do ato e do que o controla (FARIA, 2001, p. 244).

Como é sabido, a atuação do agente público deve ser direcionada para o atendimento do interesse público que a reclama. Assim, uma vez constatado que a utilização do pregão será

<sup>3</sup>Fonte: Armazém de Informações do Sistema Integrado de Administração de Materiais e Serviços do Estado de Minas Gerais - SIAD.

Foram considerados somente os processos com ano de encerramento 2004.

Foram desprezados 17 processos por divergências de valores entre o sistema SIAD e Licitanet.

Economia média = Média (valor total da menor proposta - valor total adjudicado).

mais oportuna e conveniente para a Administração, impõe-se que a licitação se realize por meio dessa modalidade.

Cabe destacar a sempre oportuna doutrina de Motta:

A propósito ainda do *caput* do art. 1º da MP, cumpre destacar que a expressão 'poderá' significa, literalmente, uma faculdade conferida ao administrador. Entretanto, esta converte-se em 'poder-dever', na medida em que a modalidade pregão, comparativamente com as demais modalidades previstas no art. 22 da Lei 8.666/93, evidenciar-se mais ágil e menos onerosa (MOTTA, 2001, p. 66).

Constata-se que, revelando-se o pregão no caso concreto como modalidade que melhor atenda aos princípios da economicidade e eficiência, sua aplicação perde o caráter facultativo, transformando-se em medida imperativa e cogente.

#### 4 Referências bibliográficas

FARIA, Edimur Ferreira de. *Curso de direito administrativo positivo*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

GASPARINI, Diógenes. *Comissões de licitação*. 2. ed. São Paulo: Editora NDJ, 2002.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 7. ed. São Paulo: Dialética, 2000.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 22. ed. Rio de Janeiro: Malheiros, 1997.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Gestão fiscal e resolutividade nas licitações*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

\_\_\_\_\_. Inconsistência de preço apresentado em pregão - Desatendimento ao edital - Inexequibilidade da proposta - Violação do devido processo legal. *Fórum de Contratação e Gestão Pública*, Belo Horizonte, v.1, n. 10, p. 1189-1197, out. 2002.

\_\_\_\_\_. *Pregão: teoria e prática: nova e antiga idéia em licitação pública*. São Paulo: NDJ, 2001.

MUKAI, Toshio. A Lei do Pregão: novidades na conversão da MP nº 2.182/8. *Fórum de Contratação e Gestão Pública*, Belo Horizonte, v.1, n. 8, p. 879-881, ago.

NIEBUHR, Joel de Menezes. Anotações à modalidade pregão. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 29, p. 168-179, 2000.

SZKLAROWSKY, Leon Frejda. Aspectos polêmicos do pregão. *Boletim de Licitações e Contratos*, São Paulo, v.15, n. 9, p. 568-580, set. 2002.

VASCONCELOS, Pedro Barreto. Pregão: nova modalidade de licitação. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 222, out./dez., 2000.



*Sumário: 1 Introdução. 2 Limitação da discricionariedade administrativa. 3 Considerações finais. 4 Referências bibliográficas.*

## **1 Introdução**

O objetivo do presente artigo científico é discutir a possibilidade de o Judiciário adentrar os limites do mérito administrativo quando constatar violação aos princípios constitucionais da moralidade, legalidade, proporcionalidade, razoabilidade e motivação na elaboração de qualquer ato administrativo. Após tantos escândalos de repercussão até internacional - que dizem respeito a atos arbitrários e inidôneos de agentes públicos das várias esferas, no País - a opinião pública e o povo passaram a exigir um posicionamento mais contundente do Judiciário, o que levou os magistrados a ingressarem na análise de matérias até então restritas à apreciação do administrador, como forma de sanear inúmeras ilegalidades - até então perpetradas e mantidas com a complacência do Judiciário - ao argumento da impossibilidade de se adentrar a análise do mérito administrativo, matéria circunscrita à órbita de atuação do agente público. Este artigo versa alguns aspectos das recentes decisões dos tribunais pátrios sobre o tema, mostrando a evolução do pensamento dos órgãos judicantes quando se trata da aplicação dos princípios constitucionais da legalidade, razoabilidade, proporcionalidade e motivação, em detrimento da preservação do "mérito administrativo".

## **2 Limitação da discricionariedade administrativa**

Merece destaque a evolução que se constata na interpretação dos princípios que norteiam o direito administrativo pelos tribunais deste País, ao exercer o controle judicial dos atos administrativos.

Não há dúvida de que o controle judicial desses atos, juntamente com o princípio da legalidade é que fundamentam o Estado Democrático de Direito. Esse controle se fundamenta no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, que proíbe a lei excluir do Poder Judiciário a apreciação de lesão ou ameaça a direito de forma una.

Há pouco tempo, constatava-se que, em nome da discricionariedade do ato administrativo, o Judiciário acabava por resguardar ou proteger atos despidos de qualquer conteúdo moral do administrador, que se utilizava, segundo a lição contemporânea de Maria Sylvia Zanella di Pietro, "de meios lícitos para atingir finalidades metajurídicas irregulares", com patente violação aos princípios da moralidade, razoabilidade, proporcionalidade, motivação, impessoalidade, dentre outros.

Aliás, recentemente (03.08.2004) extraiu-se do teor de acórdão do Superior Tribunal de Justiça a seguinte ementa: "*Impossibilidade de qualquer incursão, por parte do Poder Judiciário, no mérito administrativo a fim de aferir o grau de conveniência e oportunidade*" ( RMS 15.734/PR - 5ª Turma do STJ, Rel. Ministro Gilson Dipp).

Essa obediência de forma cega a texto legal vem cedendo espaço a interpretações mais con-

---

\* Assessora do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Especialista em Direito Público junto ao Instituto de Educação Continuada da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais em parceria com o Tribunal de Justiça. Professor-orientador: Fabricio Veiga Costa.

dizentes com a nova realidade, permitindo-se tais "incursões", mormente quando se constata violação a princípios constitucionais, na edição de atos administrativos. Exemplificando, a Constituição do Estado de São Paulo, seguindo lição de Gordilho, inovadoramente, consignou dentre os princípios que regem a administração estadual, aquele que denominou de razoabilidade, "como mais uma das tentativas de impor-se limitações à discricionariedade administrativa, ampliando-se o âmbito de apreciação do ato administrativo pelo Poder Judiciário" (DI PIETRO, 2003: 80). Zanella acrescenta que, segundo este princípio, uma decisão é "irrazoável", quando:

a) não dê os fundamentos de fato ou de direito que a sustentam ou; b) não leve em conta os fatos constantes do expediente ou públicos e notórios; ou c) não guarde uma proporção adequada entre os meios que emprega e o fim que a lei deseja alcançar, ou seja, que se trate de uma medida desproporcionada, excessiva em relação ao que deseja alcançar.

Celso Antônio Bandeira de Mello (1996:63), de forma bem lúcida, afirma que serão jurisdicionalmente invalidáveis

as condutas desarrazoadas, bizarras, incoerentes ou praticadas com desconsideração às situações e circunstâncias que seriam atendidas por quem tivesse atributos normais de prudência, sensatez e disposição de acatamento às finalidades da lei atributiva da discricionariedade.

Acrescenta o renomado autor não há se falar em "invasão" do mérito do ato administrativo, a correção judicial de atos, com fulcro neste princípio, porque a liberdade conferida pela lei à Administração - quando a autoriza a decidir segundo seus critérios de conveniência e oportunidade, é uma liberdade "restrita", dentro dos contornos da lei, e que uma providência desarrazoada extrapola estes contornos, tornando-se ilegal.

Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari (2002: 56) afirmam:

Está totalmente superado o entendimento segundo o qual a discricionariedade que a lei confere ao agente legitima qualquer conduta e - pior que isso - impede o exame pelo Poder Judiciário. (...) Em síntese, o que se quer dizer é que a discricionariedade não é nem um cheque em branco, nem uma palavra mágica. *O Poder Judiciário pode e deve julgar a legalidade de atos praticados no exercício de competência discricionária.* Não cabe ao juiz dizer qual é a melhor solução, mas lhe cabe, sim, anular o ato, declarando sua ilegalidade, quando se patentear um evidente conflito entre o ato da autoridade e a discricionariedade que lhe foi conferida (grifo nosso).

Considera-se equívoco que doutrinadores mais antigos admitiam que a moral administrativa se relacionava à disciplina interna da Administração e por isso a sua apreciação estava excluída do controle judicial; ao Judiciário só era autorizada a análise da legalidade, e não do mérito ou a moralidade do ato, cuja iniciativa era atividade *interna corporis* da Administração. Nesse sentido, as instâncias superiores excluía da apreciação judicial muitas questões - na verdade de conteúdo legal, mas nitidamente imoral - sob pretexto de integrarem o mérito administrativo, infenso, até então, às críticas. Fundamentavam suas decisões ao argumento de que a averiguação da oportunidade e conveniência do ato era exclusivamente do administrador, por versar o próprio mérito administrativo. A propósito:

Contrato temporário de prestação de serviços a município, sob regime do direito administrativo - Art. 37, IX, da CF e lei local pertinente - Rescisão unilateral cabível - Direito ao pagamento pelos serviços prestados - Inaplicabilidade da CLT. - Cabível é a contratação pelo Poder Público, por tempo determinado, para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, nos termos do inciso IX do art. 37 da CF e de lei ordinária pertinente. *Legal é a rescisão unilateral do contrato pela Administração Pública, por seu interesse e conveniência, fazendo jus o contratado ao pagamento pelos serviços prestados, nos termos ajustados, descabendo as verbas rescisórias previstas na CLT (Apel. nº 167.306-0/00(1) do TJMG, publicado em 25.02.2000).* (Grifo nosso.)

A análise mais contemporânea da moralidade administrativa, em consonância com a lição de

Dallari, é forte tendência dos pretórios em se estender o controle judicial a todo ato que de alguma forma venha a repugnar o senso comum.

Atribui-se hoje - após vários escândalos de proporção nacional - maior relevo aos princípios da moralidade, da razoabilidade, da proporcionalidade, dentre outros, mitigando-se os efeitos da discricionariedade conferida pela lei ao agente público, como tentativa de se realizar uma mudança de cultura, no que diz respeito ao trato da coisa do povo, com o incentivo da opinião pública.

Sempre que em matéria administrativa se verificar que o comportamento da Administração ou do administrado que com ela se relaciona juridicamente, embora em consonância com a lei, ofende a moral, os bons costumes, as regras de boa administração, os princípios de justiça e de eqüidade, a idéia comum de honestidade, estará havendo ofensa ao princípio da moralidade administrativa (Di Pietro, 2003: 79).

Com efeito, não pode a lei autorizar a quem exerce atividade administrativa a adoção de providências ilógicas - apenas para atender a um interesse imediato e oportunista - sob pena de violação aos princípios elementares de direito. Isso porque o poder do agente administrativo é apenas instrumental; ele deve buscar o atendimento do objetivo da norma. Caso extrapole esses limites, estará extravasando a competência do agente, mostrando-se inválido diante da desproporção entre os motivos e o comportamento que visa assegurar. O administrador público, no exercício do seu mister, é o encarregado de gerir interesses coletivos, e não individuais, tendo por isso o dever de agir idoneamente em prol da coletividade, e se considera que assim faz, quando busca estritamente as finalidades contidas na lei. Nesse sentido, necessário ressaltar o que disseram as urnas, nas últimas eleições municipais de 2004: demonstraram a opção do eleitorado pelos candidatos que denotavam um perfil técnico, com aptidão gerencial, afastando aqueles que possuíam um discurso - cada vez mais considerado retrógrado - de caráter paternalista e demagogo.

Celso Antônio Bandeira de Mello (1998: 96) acrescenta que no Estado de Direito

repugnaria ao senso normal dos homens que a existência de discricção administrativa fosse um salvo-conduto para a Administração agir de modo incoerente, ilógico, desarrazoado e o fizesse precisamente a título de cumprir uma finalidade legal, quando - conforme se viu - a discricção representa, justamente, margem de liberdade para eleger a conduta mais clarividente, mais percuciente ante as circunstâncias concretas, de modo a satisfazer com a máxima precisão o escopo da norma que outorgou esta liberdade.

Em consonância com essa nova leitura dos princípios administrativos, recentes decisões do eg. Tribunal de Justiça de Minas Gerais, sobre o tema:

Direito administrativo. Vício quanto ao motivo do ato administrativo de dispensa de servidor público concursado. Ausência de interesse público. Segurança concedida. Sentença confirmada em reexame necessário. - Há vício quanto ao motivo do ato administrativo, quando o administrador dispensa um servidor público concursado para nomear, sem concurso, um afilhado político. Não é crível que o interesse público que teria motivado a dispensa da impetrante, em razão da desnecessidade do cargo, pudesse, em data anterior, gerar a necessidade de contratação de terceiro para o exercício da mesma função na área de contabilidade. Um administrador não pode, baseado em sua vontade, capricho e arbítrio, prejudicar servidor público regularmente concursado, burlar o interesse público, desprezar o texto constitucional e se valer de motivos falsos para atender e privilegiar os interesses de seus apadrinhados. (Apel. 282.957-0/00(1) da relatoria da Des.<sup>a</sup> Maria Elza, publicado em 25.10.2002) (grifei).

No julgamento dessa apelação a Desembargadora, ao constatar a nulidade do ato, de forma incisiva assinalou:

É lamentável que um prefeito municipal, no exercício de importante e nobre função, persiga a finalidade privada em detrimento do interesse público. Um prefeito não pode, baseado em sua vontade, capricho e arbítrio, prejudicar servidores públicos regularmente concursados, burlar o interesse público, desprezar o texto constitucional e se valer de motivos falsos para atender e

privilegiar os interesses de seus apadrinhados. Atitudes como essas não encontram chancela no ordenamento jurídico brasileiro, já que administrar é prover aos interesses públicos, assim caracterizados em lei, fazendo-o na conformidade dos meios e formas nela estabelecidos ou particularizados segundo as suas disposições. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, p. 52.) Configurado um vício quanto ao motivo do ato administrativo, pode-se declará-lo inválido, não havendo nisso qualquer impedimento, pois, segundo Maria Sylvania Zanella Di Pietro, 'o Poder Judiciário pode apreciar os aspectos da legalidade e verificar se a Administração não ultrapassou os limites da discricionariedade; neste caso, pode o Judiciário invalidar o ato, porque a autoridade ultrapassou o espaço livre deixado pela lei e invadiu o campo da ilegalidade' (*Direito administrativo*. 14.ed. São Paulo: Editora Atlas, p. 209).

Extraí-se ainda, desse exemplo, com nitidez, ter a Julgadora detectado violação frontal ao princípio da impessoalidade, consignado no art. 37 da Constituição brasileira de 1988. Tal princípio relaciona-se com a finalidade pública, que deve ser o cerne de todo ato emanado do administrador. "*Significa que a Administração não pode atuar com vistas a prejudicar ou beneficiar pessoas determinadas, uma vez que é sempre o interesse público que tem que nortear o seu comportamento*"(Di Pietro, 2003:71).

Consta ainda uma outra situação em que um servidor foi transferido, sem o seu conhecimento prévio e, ainda, sem que o administrador motivasse de forma convincente o seu ato. No Tribunal de Justiça de Minas Gerais, o Desembargador/Relator, apesar de entender pela inexistência de garantia estatutária e nem mesmo constitucional de inamovibilidade de servidor público, e que, por essa razão, a Administração poderia remover seus funcionários por conveniência do serviço, ressaltou não ter sido, neste caso específico, observado pelo administrador público o teor do art.13, § 2º, da Constituição Mineira, que determina ao agente público motivar o ato administrativo, indicando-lhe o fundamento legal, o fático, além da sua finalidade, sob pena de configurar arbitrariedade.

Como se vê, a motivação é regra obrigatória que possibilita a defesa do servidor e a sua ausência configura arbitrariedade, que não se pode admitir. (...) A respeito, confira-se lição de Hely Lopes Meirelles: 'atos discricionários são os que a Administração pode praticar com liberdade de escolha de seu conteúdo, de seu destinatário, de sua conveniência, de sua oportunidade e do modo de sua realização'. Entretanto, adverte o autor: '... não pode prescindir de certos requisitos, tais como a competência legal de quem o pratica, a forma prescrita em lei ou regulamento e o fim indicado no texto legal em que o administrador se apóia' (*Direito administrativo brasileiro*, 14. ed., p. 146/147). Por sua vez, Celso Antônio Bandeira de Melo assevera: 'A motivação deve ser prévia ou contemporânea à expedição do ato. Em algumas hipóteses de atos vinculados, isto é, naquele em que há aplicação quase automática da lei, por não existir campo para interferência de juízos subjetivos do administrador, a simples menção do fato e da regra de Direito aplicada pode ser suficiente, por estar implícita a motivação. Naqueles outros, todavia, em que existe discricionariedade administrativa ou em que a prática do ato vinculado depende de apurada apreciação e sopesamento dos fatos e das regras jurídicas em causa, é imprescindível motivação detalhada' (*Curso de direito administrativo*, 11. ed., p. 69, grifos meus). (...). Assim, sem qualquer valor os motivos dados agora pela autoridade coatora, por não serem contemporâneos ao ato. (Apelação nº 326.960-2, da relatoria do Des. José Francisco Bueno do TJMG.)

Com efeito, toda decisão emanada de administrador público que seja desproporcional, desarrazoada e sem motivação deve ser anulada, sob pena de o Judiciário compactuar com a arbitrariedade. Nesse sentido, a recente posição do STJ:

[...]- 2. A atuação da Administração Pública deve seguir os parâmetros da razoabilidade e da proporcionalidade, que censuram o ato administrativo que não guarde uma proporção adequada entre os meios que emprega e o fim que a lei almeja alcançar. - 3. A razoabilidade encontra ressonância na ajustabilidade da providência administrativa consoante o consenso social acerca do que é usual e sensato. Razoável é conceito que se infere a *contrario sensu*; vale dizer, escapa à razoabilidade 'aquilo que não pode ser. A proporcionalidade, como uma das facetas da razoabilidade, revela que nem todos os meios justificam os fins. Os meios conducentes à consecução das finalidades, quan-

do exorbitantes, superam a proporcionalidade, porquanto medidas imoderadas em confronto com o resultado almejado' (REsp 443.310/RS, STJ, Relator Min. Luiz Fux, 21.10.2003).

Sobre a necessidade de motivação do ato já disse Celso Antônio (1998: 98): "A exteriorização das razões que justificam o ato é a sua motivação". A autoridade judiciária, ao decidir uma questão - de natureza administrativa - levada à sua apreciação, necessita fazer referência à base legal em que se sustenta, bem como aos fatos ou circunstâncias sobre os quais se apóia. Quando o ato for discricionário, deverá demonstrar a relação de pertinência lógica entre seu supedâneo fático e a medida tomada, de forma a se poder entender sua idoneidade para atingir a finalidade legal. A motivação é, pois, a justificativa do ato, daí a sua imprescindibilidade.

Mais recentemente, ressalta-se a decisão proferida por uma magistrada de primeiro grau que decretou a nulidade do ato administrativo - da lavra de um prefeito municipal - através do qual contratou novos servidores temporários em substituição a servidoras mais antigas (também temporárias), lotadas no serviço municipal de saúde, ao argumento (da autoridade administrativa) de que ainda perdurava a necessidade do serviço, apesar de não existir nenhuma notícia de mau desempenho das servidoras antigas. Além de declarar nulo aquele ato administrativo, a juíza condenou o Município ao pagamento dos salários das autoras, bem como ao pagamento dos ônus sucumbenciais, com fixação de multa diária em caso de descumprimento da determinação. Referida decisão ensejou o inconformismo do Município, que buscou a sua reforma sob alegação primordial de que a não-renovação dos contratos temporários de trabalho das apeladas se enquadrava na discricionariedade da Administração "não tendo as mesmas qualquer direito à perpetuação daquilo que é efêmero". Julgando a apelação que recebeu o número 306.732-9, no TJMG, o Relator Des. Márcio Antônio Abreu Corrêa de Marins, de forma lúcida e contemporânea, assim ementou, *verbis*:

O ato administrativo de não-renovação de contrato temporário de trabalho, quando a sua necessidade ainda perdura, mostra-se violador dos princípios administrativos da motivação, impessoalidade, razoabilidade e da finalidade do ato administrativo que deve ser voltada para o bem comum. O princípio da discricionariedade deve ser mitigado, para que o Judiciário aprecie o ato, quando há indícios de desvio de poder por parte do gestor da coisa pública.

Do seu voto se extraem ainda importantes lições sobre a possibilidade de se ampliar o controle jurisdicional dos atos administrativos, amenizando-se os efeitos da discricionariedade quando esta violar normas e princípios de direito, *verbis*:

Não há dúvida a respeito de que a investidura em emprego público só pode ocorrer mediante aprovação prévia em concurso público, pois que assim preconiza o art. 37, II, da CF. No caso das apeladas, inequívoco terem sido contratadas por tempo determinado, como autorizado pelo art. 37, IX, da CF, para exercer a função de agente de saúde, 'em caráter de excepcionalidade, para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público'. Assim ocorrendo, tenho como incontestado que a renovação da contratação das apeladas ficaria dentro da discricionariedade da Administração. No entanto, como a douta Magistrada a *qua*, concluí que esta discricionariedade tem um limite: a finalidade do ato administrativo. A não-contratação do servidor temporário só ocorrerá se sobrevier a desnecessidade do serviço e quando atentar contra o bem comum. Além disso, deverá ser sempre motivada. *In casu*, o que se extrai dos autos é que a Administração simplesmente deixou de renovar o contrato de trabalho com as apeladas - apesar de não realizar concurso para o preenchimento daquelas vagas -, mas contratando outros 'servidores' para o desempenho das mesmas funções, sem qualquer justificativa, ou seja, de acordo com a sua conveniência pessoal, afastando-se do princípio da impessoalidade, que deve nortear os atos administrativos. Do seu ato de contratar terceiros para os mesmos cargos, extrai-se que a necessidade do serviço perdura. Se a necessidade temporária, de excepcional interesse público, prevalece e se o administrador não detectou qualquer falha ou negligência das apeladas no exercício da função - pelo menos nada foi comprovado neste sentido nos autos que pudesse legitimar a não-contratação, nada justifica a conduta da Administração, na forma como perpetrada. À minha ótica, a renovação dos contratos com as apeladas se mostrava imprescindível, para atender aos imperativos da necessidade pública, sob pena de nulidade do ato de nomeação de terceiros, que me pareceu desmotivado e ilegal, posto que feito dentro da conveniência pessoal do administrador(...). Tenho que a ati-

tude do Município-apelante, ao não renovar o contrato temporário com as apeladas, sem qualquer motivo plausível, mostra sim violadora dos princípios da motivação, impessoalidade, razoabilidade e da finalidade do ato administrativo, que deve ser voltada para o bem comum. A razoabilidade, porque hoje a valoração subjetiva do administrador deve ser feita de forma tal que esteja em consonância com aquilo que seja aceitável perante a lei, para o senso comum. Como salientou a MM. Juíza, estamos vivenciando um período em que o administrador público não pode ser mais visto como mero empregador, proprietário, que emprega e desemprega, contrata e exonera a seu livre arbítrio. A discricionariedade, analisada de forma contemporânea, não mais possui a elasticidade que lhe pretendem atribuir os gestores da coisa pública, pelo menos na forma como vinha sendo feita. Sobre o tema, leciona a administrativista Maria Sylvia Zanella Di Pietro: '*Começa a surgir no direito brasileiro forte tendência no sentido de limitar ainda mais a discricionariedade administrativa, de modo a ampliar-se o controle judicial. Essa tendência verifica-se com relação às noções imprecisas que o legislador usa com frequência para designar o motivo e a finalidade do ato (interesse público, conveniência administrativa, moralidade, ordem pública, etc.). (...) Essa tendência que se observa na doutrina, de ampliar o alcance da apreciação do Poder Judiciário, não implica invasão na discricionariedade administrativa; o que se procura é colocar essa discricionariedade em seus devidos limites, para distingui-la da interpretação (apreciação que leva a uma única solução, sem interferência da vontade do intérprete) e impedir as arbitrariedades que a Administração Pública pratica sob o pretexto de agir discricionariamente'* (grifei) (apud *Direito administrativo*, 15. ed., Editora Atlas, 2003, p. 211/212). Pelo exposto e por entender que a r. decisão recorrida analisou de forma acurada a situação exposta, dando-lhe acertado desate, nego provimento ao recurso voluntário, para confirmá-la integralmente, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Louvável esta nova visão dos magistrados e dos tribunais pátrios.

Num País onde a imoralidade, o descaso com a coisa pública, o "fisiologismo e clientelismo" - porque não dizer o "coronelismo" - do administrador e a troca de benesses ainda imperam nos vários escalões da administração, serve de alento esta nova e eficaz abordagem dos princípios constitucionais e administrativos, como forma de moralizar e dignificar a função pública, tão combatida pelos últimos acontecimentos, que trouxeram como protagonistas os maiores e mais renomados gestores da coisa pública neste País: presidente, governadores, senadores, deputados, prefeitos, vereadores, magistrados, etc.

Cabe ao Judiciário, através de suas decisões, ao povo, por intermédio do voto e de movimentos populares, e à opinião pública incutir moralidade na nova geração de gerentes públicos, para que este País expurgue de vez o estigma de "País de Terceiro Mundo" e integre, amparado por sua extensão e seu potencial natural e humano, a galeria das grandes nações civilizadas e desenvolvidas deste planeta.

#### 4 Referências bibliográficas

FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo administrativo*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

\_\_\_\_\_. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. 3. tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

[www.tjmg.gov.br](http://www.tjmg.gov.br) - sítio do Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

[www.stj.gov.br](http://www.stj.gov.br) - sítio do Superior Tribunal de Justiça.

-:::-

*Sumário: 1 Introdução. 2 A composição legal da remuneração do militar. 3 A natureza jurídica do adicional trintenário. 4 O Estatuto dos Servidores Públicos Militares do Estado de Minas Gerais até o advento da Lei Delegada nº 37/89. 5 O conteúdo próprio do Estatuto dos Militares e o adicional trintenário. 6 A extinção do adicional trintenário como matéria reservada à lei complementar estadual. 7 A inconstitucionalidade parcial do art. 1º, § 2º, da Lei Delegada Estadual nº 43/00. 8 A legislação superveniente à Lei Delegada nº 43/00, possíveis desdobramentos. 9 Conclusão. 10 Referências bibliográficas.*

## **1 Introdução**

O presente estudo volta-se para o regime jurídico da composição da remuneração/vencimentos do servidor militar no âmbito do Estado de Minas Gerais, mais precisamente para o adicional trintenário previsto no art. 64 da Lei Estadual nº 5.301, de 16.10.69, a respeito do qual o legislador mineiro tem editado espécies normativas variadas, sem a observância do disposto nos arts. 65, § 2º, e 72, § 1º, ambos da Constituição do Estado de Minas Gerais.

Não se trata de esgotar o tema proposto, nem de expurgar as dúvidas atinentes à matéria relativa ao adicional trintenário em comento, mas de lhe esclarecer a natureza jurídica, relacionando-a ao fato de, no âmbito do Estado de Minas Gerais, a matéria disciplinada no Estatuto dos Servidores Públicos Militares do Estado haver sido reservada à lei complementar, realçando-se, ainda, os efeitos e a validade jurídica dos atos normativos editados posteriormente à CEMG/89, para, ao final, concluir-se pela sobrevida ou não-permanência daquela vantagem pecuniária no regime jurídico de composição da remuneração do servidor militar.

Aspira-se, assim, à problematização do tema proposto e à apresentação de algum subsídio útil ao desenvolvimento posterior de trabalhos técnico-científicos e ao aperfeiçoamento da atuação legislativa com vista a adequá-las aos ditames constitucionais vigentes.

## **2 A composição legal da remuneração do militar**

Na lição de José Afonso da Silva<sup>1</sup>, a remuneração do servidor público compõe-se essencialmente do *vencimento*, a “retribuição devida ao funcionário pelo efetivo exercício do cargo, emprego ou função, correspondente ao símbolo ou ao nível e grau de progressão funcional ou padrão, fixado em lei”, e das *vantagens pecuniárias*, representadas por uma gama de hipóteses de acréscimos legais denominados indenizações, gratificações ou adicionais.

A composição da remuneração do servidor da administração pública, em suas diversas esferas, deve ser fixada com observância da matriz conformada pelas regras básicas da Constituição da República de 1988 e terá como instrumento próprio lei emanada do ente constitucionalmente investido da competência legislativa para tratar do regime jurídico estipendiário de seus agentes públicos, mas a fórmula de cálculo da remuneração será, basicamente, a soma entre o vencimento e as vantagens pecuniárias.

\*Professor-orientador: Fabricio Veiga Costa

<sup>1</sup> *In Curso de direito constitucional positivo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 625.

Quanto à remuneração do militar, pode-se afirmar a correspondência de sua lógica de composição à mencionada no parágrafo anterior, com a ressalva de que se denomina *soldo* a retribuição que, para o servidor público civil, a lei designa vencimento.

De toda sorte, o soldo não assume, para os fins deste artigo, papel de grande importância, visto que a atenção se concentra sobre uma das espécies de vantagem pecuniária, qual seja o adicional por tempo de serviço.

### 3 A natureza jurídica do adicional trintenário

De fato, as chamadas vantagens pecuniárias definem-se a partir da lei que as prevê, originando-se de fatos variados relacionados à natureza da atividade desenvolvida pelo agente ocupante do cargo, ou do tempo de permanência no serviço público, ou, ainda, em decorrência de qualificação pessoal do agente, dentre outras possibilidades. Associados ao que dispuser a lei, tais fatores são capazes, também, de determinar o caráter permanente ou transitório daquelas vantagens.

A propósito, o escólio de Hely Lopes Meirelles<sup>2</sup> sistematiza:

Vantagens pecuniárias são acréscimos ao vencimento do servidor, concedidas a título definitivo ou transitório, *pela decorrência do tempo de serviço (ex facto temporis)*, ou pelo desempenho de funções especiais (*ex facto officii*), ou em razão das condições anormais em que se realiza o serviço (*propter laborem*), ou, finalmente, em razão de condições pessoais do servidor (*propter personam*). As duas primeiras espécies constituem os adicionais (adicionais de vencimento e adicionais de função), as duas últimas formam a categoria das gratificações (gratificações de serviço e gratificações pessoais). (Grifos não constam do original.)

Por sua vez, o art. 64 da Lei Estadual nº 5.301/69 já previa, desde a sua redação original, que “completando o militar 30 (trinta) anos de serviço, terá direito ao adicional de 10% (dez por cento) de seus vencimentos”, razão pela qual, como dito, o referido adicional inclui-se na categoria dos *adicionais por tempo de serviço* - vantagens pecuniárias a que o servidor tem direito em decorrência do simples decurso de tempo no serviço público.

Ainda quanto ao adicional trintenário em tela, pode-se afirmar sua natureza de vantagem permanente, conforme se constata da lição de Diógenes Gasparini<sup>3</sup>, para quem o adicional por tempo de serviço incorpora-se, por sua natureza, definitivamente à remuneração do servidor beneficiado, salvo para fins de incidência dos novos adicionais. Nesse sentido:

O adicional por tempo de serviço, concedido ao servidor pelo simples decurso do tempo de serviço, é somado ao padrão e a ele adere para todos os efeitos (férias, licença, aposentadoria, disponibilidade), salvo para novos adicionais. Assim são os biênios, triênios e quinquênios, concedidos a cada dois, três ou cinco anos de serviço dedicados à entidade a que o servidor está vinculado. Sua razão é o exercício já prestado ao longo de um certo tempo. Cada estatuto, segundo critério discricionário, acolhe este ou aquele tempo para outorgar a vantagem.

Pelo exposto, a vantagem prevista no art. 64 da Lei nº 5.301/69 tem natureza de adicional por tempo de serviço, sendo originalmente conferido à base de 10% dos vencimentos do servidor militar que tenha completado 30 (trinta) anos de serviço militar, e incorpora-se aos vencimentos daquele servidor a partir da concessão.

---

<sup>2</sup> In *Direito administrativo brasileiro*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 449.

<sup>3</sup> In *Direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 179.

#### 4 O Estatuto dos Militares do Estado de Minas Gerais desde sua edição até o advento da Lei Delegada nº 37/89

Editado sob a égide da Constituição da República de 1967, com as modificações promovidas por atos institucionais baixados em 1968 e pela Emenda Constitucional de 1969, o “Estatuto do Pessoal da Polícia Militar do Estado de Minas Gerais” entrou em vigor em 16.10.69, dispondo sobre “direitos, prerrogativas, deveres do policial militar” (art. 1º), forma de ingresso nos quadros da PMMG, formação (arts. 5º ao 7º), carreira (arts. 8º e segs.), vencimentos e vantagens (arts. 35º e segs.), inatividade (arts. 130 e segs.) e exclusão da praça (art. 146 e segs.), dentre outras matérias essenciais à configuração do regime jurídico específico do militar integrante dos quadros daquela corporação mineira.

Especialmente quanto à remuneração, o estatuto em comento assegurava expressamente ao militar o direito à “percepção de soldo e vantagens, na forma” prevista naquele diploma e nas demais leis em vigor (art. 26, inc. II), explicitando, ainda, a composição dos vencimentos, nos seguintes termos: “Art. 35. Vencimentos ou vencimento é o quantitativo em dinheiro devido ao militar em serviço ativo. Parágrafo único - Os vencimentos compreendem: I) soldo; II) vantagens constantes”.

Vê-se que a lei em comento dispunha, desde a sua redação original, sobre os vencimentos como resultado da soma do soldo - fixado em lei especial, segundo o art. 39 da Lei nº 5.301/69 - e das “vantagens constantes”, equiparadas às vantagens permanentes mencionadas no item anterior do presente trabalho.

Entretanto, a Lei nº 5.301/69 não se limitara a tratar das “vantagens constantes”, estabelecendo, em seus arts. 58 e 59, descrição minuciosa atinente àquelas vantagens e aos acréscimos pecuniários “transitórios” e “ocasionais”, *in verbis*:

Art. 58. Para os efeitos deste Estatuto, as vantagens são consideradas: I - *constantes*: as que, satisfeitas as condições legais para sua concessão inicial, são devidas ao servidor, em qualquer situação em que estiver, ressalvadas as restrições desta lei; II - *transitórias*: as devidas durante a execução de determinados serviços, em *situações especiais*; III - *ocasionais*: as devidas em consequência de fatos ou situações que somente ocorrem eventualmente. § 1º. As condições e a forma de incorporação das vantagens são as fixadas nesta lei ou nos regulamentos próprios. § 2º. As *vantagens transitórias não são incorporáveis*.

Art. 59. São as seguintes as vantagens atribuídas ao pessoal da Polícia Militar, nas condições estabelecidas neste Estatuto ou regulamento próprio: I - constantes: a) *adicionais por quinquênio vencido e adicional de 30 (trinta) anos de serviço*; b) gratificação de tempo integral; c) função militar; II - transitórias: vantagens de campanha. III - Opcionais: a) risco de vida ou saúde; b) localidade especial; c) gratificação de gabinete; d) abono familiar; e) gratificação por trabalho técnico-científico; f) auxílio-moradia; g) especiais: 1 - de exercício das funções de Comandante-Geral, Chefe do Estado Maior e de Chefe do Gabinete Militar; 2 - de exercício das funções previstas no artigo 70 deste Estatuto; h) representação; i) abono de fardamento; j) diárias; l) ajuda de custo; m) etapas; n) transporte; o) hospitalização, serviços médicos e congêneres; p) quantitativo para funeral. (Grifos não constam do original.)

Conforme asseverado no item III, o adicional trintenário foi tratado no art. 64 do diploma legal de 1969 como adicional por tempo de serviço de cunho permanente.

Mais tarde, já sob a égide da Constituição de 1988, porém antes da promulgação da Constituição do Estado de Minas Gerais, a estrutura remuneratória descrita na Lei nº 5.301/69 foi significativamente alterada pela Lei Delegada nº 37, de 13.01.89, nos seguintes termos:

Art. 3º. Nesta lei, são adotadas as seguintes definições: I - Remuneração é o quantitativo devido ao militar da ativa em função de seu posto ou graduação, de condições pessoais de tempo de serviço, habilitação profissional e encargos de família, e de condições que lhe sejam impostas para

a prestação de serviço; II - Vencimento é o quantitativo mensal, em dinheiro, devido ao militar da ativa em função do seu posto ou graduação, tempo de serviço, regime de tempo integral e dedicação exclusiva e condições pessoais de habilitação profissional; III - Provento é o quantitativo mensal, em dinheiro, devido ao militar inativo; IV - Soldo é a parcela básica da remuneração ou do provento do militar, fixada em função de seu posto ou graduação; V - Gratificações são parcelas do vencimento atribuídas ao militar como estímulo por atividades profissionais, regime de tempo integral e dedicação exclusiva e condições pessoais de habilitação, bem como pelo tempo de serviço; VI - Indenização é o quantitativo em dinheiro devido ao militar para ressarcimento de despesas impostas pelo exercício de suas atividades e atribuições, bem como valores devidos à família do militar, para cobertura de despesas com seu sepultamento, e a pensão acidentária estabelecida em virtude de seu falecimento em serviço. Parágrafo único. Nesta lei, a referência 'militar' abrange todos os postos e graduações da hierarquia militar; quando o dispositivo se restringir a determinado círculo, posto ou graduação, a ele fará referência especial.

Além da forma de composição, a lei delegada cuidou também de enumerar, em seu art. 6º, as gratificações devidas aos servidores militares da PMMG, sendo elas: a) gratificação de tempo de serviço (arts. 8º e 9º); b) gratificação de habilitação profissional (arts. 10 e 11); c) gratificação de tempo integral (art. 12); d) gratificação de tropa (art. 13); e) gratificação de gabinete (art. 14); f) gratificação de substituição temporária (arts. 15 e 16); e g) gratificação de honorários (art. 17).

Quanto ao adicional trintenário do art. 64 da Lei nº 5.301/69, a Lei Delegada nº 37/89 trouxe inovação, ao prever, no art. 9º, a mesma vantagem, com requisito temporal idêntico exigido no Estatuto, denominando-a "gratificação adicional" e modificando, exclusivamente, a base de cálculo daquela parcela; o que antes incidia sobre os "vencimentos" do servidor incidiria, a partir dali, sobre o soldo. Eis a redação do referido artigo 9º: "Art. 9º. Ao completar 30 (trinta) anos de serviço, o militar terá direito à *gratificação adicional* de 10% (dez por cento) do *soldo*". (Grifos não constam do original.)

Aparentemente, ante a falta de qualquer impedimento oposto pelo ordenamento jurídico vigente à época da edição da LD nº 37/89, teria havido a simples revogação do art. 64 do Estatuto pelo art. 9º da lei posterior, em razão de haver tratado integralmente da matéria atinente ao adicional.

Conquanto não se possa negar tenha havido o fenômeno da revogação da disposição estatutária por força da lei delegada, à sua vez recepcionada pelo novo ordenamento constitucional, os desdobramentos atinentes ao adicional trintenário sofrem a interferência determinante da Constituição do Estado de Minas Gerais de 1989 e do que se pode chamar de essencial natureza estatutária daquela vantagem.

## **5 O conteúdo essencial do Estatuto dos Militares e o adicional trintenário**

Como visto, apesar de não haver dúvidas a respeito de permanência do adicional trintenário no regime jurídico dos servidores militares mineiros, sob a tarja equivocada de "gratificação adicional" - registre-se -, a redação do art. 9º da Lei Delegada nº 37/89 inaugurou celeuma de sérias implicações de ordem prática sobre a validade formal do art. 1º, § 2º, da Lei Delegada nº 43, de 7.06.00, que aparentemente teria revogado aquele adicional, após transcorridos 31 (trinta e um) anos desde sua origem legal.

Com efeito, instalou-se discussão, a partir da edição da Lei Delegada de 1989, sobre os efeitos da revogação do art. 64 da Lei nº 5.301/69 por aquela lei, tomando-se em conta a possibilidade de a referida lei delegada tão-somente haver alterado a redação de dispositivo relativo à norma de caráter essencialmente estatutário, determinando-lhe nova redação sem lhe retirar a natureza de regra própria de estatuto.

Sem dúvida, a discussão assumiu papel relevante na configuração do regime jurídico do servidor militar, em decorrência de a CR/88, precedente à edição da Lei Delegada nº 37/89, utilizar-se da expressão “estatuto” associada a servidor público e, ainda, devido ao fato de a Constituição do Estado de Minas Gerais haver conferido maior estabilidade normativa, em 21.09.89, ao então derogado “Estatuto do Pessoal da Polícia Militar”, recepcionando-o como lei complementar, nos seguintes termos:

Art. 65. A iniciativa de lei complementar e ordinária cabe a qualquer membro ou comissão da Assembléia Legislativa, ao Governador do Estado, ao Tribunal de Justiça, ao Tribunal de Contas, ao Procurador-Geral de Justiça e aos cidadãos, na forma e nos casos definidos nesta Constituição. § 1º A lei complementar é aprovada por maioria de membros da Assembléia Legislativa. § 2º Consideram-se lei complementar, entre outras matérias previstas nesta Constituição: (...) III - O Estatuto dos Servidores Públicos Civis e o Estatuto dos Servidores Públicos Militares. (Grifos não constam do original.)

Retomando a discussão central, a atenção volta-se para a indagação sobre se o adicional trintenário fora recepcionado, como lei complementar, pelo artigo transcrito acima, ainda que a Lei Delegada nº 37/89 tenha deslocado para si a matriz legal daquela vantagem pecuniária prevista originalmente no Estatuto do Pessoal da Polícia Militar de Minas Gerais.

Para dirimir a controvérsia, duas hipóteses se apresentam defensáveis.

A primeira considera que a matéria a ser veiculada por meio de estatuto de pessoal é a que o legislador escolhe como tal, não havendo que se falar em conteúdo próprio daquela espécie de diploma legal constitucionalmente tipificada.

Segundo tal raciocínio, o art. 9º da LD nº 37/89, tendo praticamente repetido a redação original de 1969, e disposto integralmente a respeito do adicional em tela, acabou por retirar a matéria do âmbito do Estatuto, impedindo que a CEMG/89, posteriormente, atribuisse maior estabilidade normativa ao adicional trintenário.

Neste caso, o fato de o adicional trintenário ter figurado originalmente entre os direitos do militar previstos no Estatuto é concebido como um evento casual, negando-se-lhe o caráter lógico-sistemático de composição normativa. Sob essa ótica, a configuração de um estatuto de pessoal militar traduzir-se-ia em um aglomerado de normas anexadas genericamente, entre si, pelo simples fato de serem normas sobre o militar do Estado de Minas Gerais.

A segunda hipótese constrói-se como derivação lógica da Constituição da República, de 5.10.88 - vigente à época da edição da Lei Delegada nº 37/89 -, que associa a noção de estatuto de pessoal à idéia de um conteúdo essencial de institutos jurídicos, variável conforme sejam os perfis das inúmeras categorias tuteladas por suas regras estatutárias específicas e pelo disposto na Matriz Constitucional, o núcleo estatutário fundamental.

Como exemplo, realçam-se as prescrições da CR/88 sobre o “Estatuto da Magistratura” (art. 93) e sobre os estatutos de cada Ministério Público dos Estados-membros e da União (art. 128), erigindo, à condição de garantias, a vitaliciedade, a inamovibilidade e a irredutibilidade de vencimentos.

É certo que os regimes estatutários referidos no parágrafo anterior comportam, *a priori*, uma gama considerável de institutos jurídicos que guarda relação com cada espécie de agente, mas há que identificar, neste universo de normativos e de institutos, as matérias essenciais à formação de um diploma legal voltado para, no mínimo, dispor, em suplementação ou complementarmente à CR/88, sobre a forma de ingresso na carreira, limitações e vedações, desligamento, espécies de vantagens asseguradas e direitos mínimos, observada a matriz fundamental.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto<sup>4</sup>, ao lecionar sobre o “regime estatutário civil” e sobre “institutos básicos dos estatutos de servidores públicos”, distingue vasto rol de matérias cuja essência se identifica com a lógica de composição daquela espécie de diploma legal.

Nesse sentido:

Embora existam, em todos os Estatutos vigentes no País, e, potencialmente, naqueles que venham a ser baixados, amplas margens conceituais sobre as quais se possam estender e diversificar os respectivos regimes, há, todavia, duas classes de conceitos e normas estáveis que formam como que a estrutura comum a todos os estatutos da função pública no Brasil, quais sejam: 1º - os consolidados na chamada doutrina estatutária e 2º - os de necessária observância, fixados nas normas constitucionais da função pública. (...) Há um elenco de institutos básicos, doutrinariamente consolidados, sobre os quais, com ligeiras modificações, são estruturados os estatutos de servidores públicos. Não são muitos, mas devem ser considerados básicos, até mesmo para que os princípios e preceitos constitucionais, de obrigatória observância, em função deles ganhem sentido e coerência.<sup>5</sup>

Não se olvida que, na lição do insigne professor citado, o termo “estatuto” foi utilizado, por vezes, na acepção da “teoria do estatuto” de Duguit, Hauriou e D’Alessio<sup>6</sup>, mas as mencionadas considerações a respeito de um mínimo configurador do regime jurídico estatutário esclarecem as imbricações e os propósitos do ordenamento jurídico pátrio de destacar a expressão “estatuto” com a finalidade lógica de abranger determinados institutos próprios do servidor público.

Com a devida vênia de opiniões contrárias, uma parte do vasto conjunto das normas formadoras do regime estatutário de servidores unidos pelo mesmo estatuto - instrumento legal - é composta de normas voltadas para reforçar garantias funcionais e remuneratórias daqueles servidores, as quais, por essência, devem estar tratadas naquele diploma específico como normas de caráter *estatucional*<sup>7</sup>, ou seja, além de integrarem o regime estatutário, obrigatoriamente devem estar previstas no estatuto de pessoal específico dos respectivos agentes públicos.

Não e à toa que o art. 39, §10, da CEMG exige originalmente que “os direitos, deveres, garantias e vantagens do servidor militar e as normas sobre admissão, promoção, estabilidade, limites de idade e condições de transferência para a inatividade serão estabelecidos no *estatuto*”.

Por óbvio, algumas daquelas matérias estatucionais corresponderão a temas normatizados em textos legais específicos como os organizadores de estrutura administrativa estatal, as leis especiais fixadoras de vencimento, as leis previdenciárias, mas tal interseção não permite a conclusão de que ocorra mutação na característica essencial de um *direito de estatuto* quando ele seja abordado em outro diploma legal.

---

<sup>4</sup> *In Curso de direito administrativo*: parte introdutória, parte geral, parte especial. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 287.

<sup>5</sup> Moreira Neto, *op. cit.*, p. 288.

<sup>6</sup> “Os arquitetos dessa teoria, Duguit, Hauriou e D’Alessio, frisam o fato de não ser a Administração quem fixa ou ajusta as condições de desempenho de serviço e de pagamento de remuneração com seus servidores, nem unilateralmente, nem, muito menos, como queriam os mais antigos, contratualmente, mas de ser o Estado, que, ao atuar por seu Poder Legislativo, sob critérios político-administrativos, sobrepõe a realização do interesse público a qualquer outro” (Moreira Neto, *op. cit.*, p. 287).

<sup>7</sup> Sinônimo de estatutário, considerado em desuso pelo Dicionário Aurélio. 3. ed. Editora Positivo. Termo utilizado para fins de diferenciação jurídica entre o regime jurídico estatutário e a matéria a ser disposta, por sua essência, em estatuto de servidor público.

Também não há dúvidas de que, conforme os agentes sejam membros da magistratura, do Ministério Público, da defensoria pública, advogados, agentes federais, estaduais ou militares, o conteúdo próprio de seus estatutos de pessoal poderá assumir feições específicas em vista dos ditames constitucionais. Entretanto, temas como férias, as espécies de vantagens pessoais a que o agente faz jus, a estabilidade, a licença e o afastamento são, por natureza, matérias comuns aos estatutos, pois dispõem sobre a situação estatutária pessoal do agente.

Assim, ao resgatar a discussão atinente ao adicional trintenário do art. 64 da Lei nº 5.301/69, conclui-se, nesta etapa de raciocínio, pela manutenção de sua essencialidade estatucional - a ser disposta necessariamente em estatuto de pessoal - por se tratar de vantagem pecuniária pessoal.

Por óbvio, as vantagens pecuniárias, como componentes da remuneração, estão inseridas em zona intercessora entre o estatuto e a lei reguladora dos vencimentos, matéria que não está exclusivamente reservada aos estatutos. Contudo, cabe ao estatuto, no mínimo enumerar as espécies de vantagens relacionadas à situação estatutária pessoal do servidor - *v. g.*, adicional por tempo de serviço -, não se admitindo que diploma legal outro, salvo o de força constitucional, extinga aquela espécie de vantagem em contrariedade ao disposto no estatuto.

No Estado de Minas Gerais, essa obrigatoriedade é expressa e não se restringe às vantagens de caráter pessoal, pois a CEMG fala em estatuto para “vantagens do servidor militar”.

No caso da vantagem em tela, embora a lei delegada a tenha deslocado para instrumento legal diverso do Estatuto em comento, aquele adicional por tempo de serviço manteve sua característica material de norma estatucional relativa aos militares do Estado de Minas Gerais.

## **6 A extinção do adicional trintenário como matéria reservada a lei complementar estadual**

Admitindo-se, como visto, que o adicional trintenário - vantagem pecuniária de caráter pessoal - seja matéria própria de estatuto de pessoal, não há dúvidas de que a Constituição do Estado de Minas Gerais acabou por recepcionar, com *status* de lei complementar, os dispositivos que, embora previstos em leis esparsas, tinham aquela característica estatucional.

A leitura do art. 65, § 2º, da CEMG/89 não deixa dúvidas, ao dispor que “considera-se lei complementar, entre outras matérias previstas na Constituição”, o Estatuto dos Servidores Públicos Militares, que, por sua vez, abrange “direitos, deveres, garantias e vantagens do servidor militar e as normas sobre admissão, promoção, estabilidade, limites de idade e condições de transferência para a inatividade” (art. 39, § 10).

Com efeito, o mandamento constitucional não se presta a resguardar o instrumento formal por si, mas o objeto de estabilização priorizado pela vontade popular e o conjunto material contido naquele diploma normativo.

Interpretação contrária, permitiria ao legislador ordinário o ardil de esvaziar de conteúdo o Estatuto de Servidores Militares vigente, editando lei complementar posterior de alcance mínimo, dotada de dispositivo expresso revogador do estatuto precedente. Dessa maneira, o agente político competente estaria livre para legislar, por processo legislativo menos rígido, sobre matéria de ressaltada importância constitucional.

Destarte, seja o art. 64 da Lei nº 5.301/69, seja o art. 9º da Lei Delegada nº 37/89, a natureza estatucional do adicional trintenário prevaleceu, o que implicou sua recepção constitucional com o *status* de lei complementar. Logo, a revogação daquele dispositivo, após a CEMG/89, somente poderia ocorrer por meio de lei complementar ou por emenda constitucional.

## 7 A inconstitucionalidade parcial do art. 1º, § 2º, da Lei Delegada Estadual nº 43/00

Após anos de concessão regular do adicional trintenário aos militares do Estado de Minas Gerais preenchedores dos requisitos legais, a Lei Delegada Estadual nº 43, de 07.06.00 - que reestruturou novamente o sistema remuneratório da Polícia Militar e do Corpo de Bombeiros Militar do Estado e dispôs sobre gratificações, adicionais e vantagens previstas no Estatuto daqueles agentes e na Lei Delegada nº 37/89 - revogou o adicional trintenário sob exame, ao prever:

Art. 1º - A remuneração básica do pessoal da Polícia Militar e do Corpo de Bombeiros Militar do Estado, a partir de 1º de junho de 2000, é a constante da tabela prevista no Anexo desta Lei.

§1º - Nos valores previstos na tabela a que se refere este artigo estão incorporadas as gratificações previstas nos incisos II, III, IV e V do artigo 6º da Lei Delegada nº 37, de 13 de janeiro de 1989, e os valores das parcelas de que tratam os artigos 1º, 3º e 4º da Lei Delegada nº 38, de 26 de setembro de 1997.

§ 2º - Sobre a remuneração básica prevista na tabela referida incidem exclusivamente o adicional de dez por cento (10%), a que se refere o parágrafo único do artigo 31, o adicional sobre a remuneração de que trata o inciso VI deste artigo da Constituição do Estado, neste caso para o militar que teve o direito adquirido, e o percentual previsto no artigo 204 da Lei nº 5.301, de 16 de outubro de 1969, e alterações posteriores. (Grifos não constam do original.)

Na verdade, o artigo em tela incorporou as gratificações enumeradas nos incs. II a V do art. 6º da Lei Delegada nº 37/89 ao vencimento básico dos militares e cuidou de restringir, a três hipóteses, as parcelas incidentes sobre a remuneração básica, sendo elas: a) o quinquênio; b) o adicional trintenário para o militar que o tivesse adquirido até 07.06.00; e c) o percentual previsto no art. 204 da Lei nº 5.301/69.

Dessa forma, o adicional trintenário foi extinto para os servidores militares que completassem os trinta anos de serviço após a entrada em vigor da lei delegada ulterior, havendo, portanto, efeitos derogatórios a serem examinados sob o ponto de vista da constitucionalidade formal do instrumento revogador, à luz dos arts. 65, § 2º, inc. III, e 72, § 1º, ambos da Constituição Estadual mineira.

A propósito, sabe-se, como asseverado alhures, que a Constituição da República e a Constituição do Estado de Minas Gerais somente admitem seja revogada lei complementar por outra lei de mesma espécie.

Agrega-se a essa restrição a impossibilidade formal de o Poder Legislativo deste Estado-membro promover delegação legislativa de matérias reservadas, pelo texto constitucional, à lei complementar, nos seguintes termos:

Art. 72. As leis delegadas serão elaboradas pelo Governador do Estado, por solicitação à Assembléia Legislativa.

§1º Não podem constituir objeto de delegação os atos de competência privativa da Assembléia Legislativa, a matéria reservada a lei complementar e a legislação sobre: (grifos não constam do original).

São essas as razões pelas quais não poderia a Lei Delegada nº 43/00 extinguir direito próprio do Estatuto dos Servidores Públicos Militares, contrariamente ao que dispõem os arts. 65, § 2º, inc. III, e 72, § 1º, da CEMG/89, recaindo a pecha de inconstitucionalidade formal sobre a expressão “neste caso para o militar que teve o direito adquirido”, prevista no § 2º do art. 1º da indigitada lei delegada.

## 8 A legislação superveniente à Lei Delegada nº 43/00, possíveis desdobramentos

Ocorre que, após a vigência do dispositivo cuja inconstitucionalidade foi apontada no item anterior, a Administração Pública Estadual deixou de conceder o adicional trintenário aos servidores militares que não tinham completado 30 (trinta) anos de serviço até 07.06.00<sup>8</sup>.

A celeuma retornou, então, à Assembléia Legislativa Estadual sob a forma de Projeto de Emenda Constitucional, que originou a EC nº 59/03 promulgada em 20.12.03, nos seguintes termos:

Art. 1º O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição do Estado fica acrescido do seguinte artigo: Art. 122. Ao militar que tenha ingressado no serviço público estadual até a data da publicação da emenda que instituiu este artigo e que, nessa data, esteja no serviço ativo fica assegurada a percepção do adicional de 10% (dez por cento) sobre seu vencimento básico quando completar trinta anos de serviço ou, antes disso, se implementado o interstício necessário para a aposentadoria voluntária integral, o qual se incorpora ao vencimento para fins de aposentadoria.

A redação do artigo acrescentado ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias inaugurou nova fase atinente ao adicional trintenário. Se o legislador delegado incorrera em vício de inconstitucionalidade formal no ano de 2000 - extinguindo a vantagem para todos que não tivessem preenchido os requisitos legais até 07.06.00 - em 2003, o Poder Constituinte Derivado encerrou, para alguns, a controvérsia, ao assegurar a todos os servidores militares estaduais em atividade até a promulgação da EC nº 59/03 os 10% (dez por cento) adicionais sobre o vencimento básico a partir de quando eles completassem 30 (trinta) anos de serviço.

Poder-se-ia pensar que, pela mesma emenda constitucional, ocorrera a extinção definitiva do adicional trintenário para os servidores militares que tenham ingressado ou que viessem a ingressar no serviço público estadual após a promulgação daquela emenda constitucional.

Não é, contudo, razoável essa leitura, pois se estaria interpretando como perene dispositivo constitucional de caráter essencialmente transitório, destinado a regular conflito de leis no tempo e circunstâncias de interseção entre regimes constitucionais que se sucedem.

De fato, a EC nº 59/03 não solucionou a questão para os servidores investidos na carreira militar após a promulgação do art. 122 do ADCT, quando muito se mostrou contrária aos interesses do servidor transferido à condição de inativo até 20.12.03, que tivesse completado 30 (trinta) anos de serviço após a vigência da Lei Delegada nº 43/00.

Para os servidores que ingressaram na carreira militar após a promulgação da EC nº 59/03 subsiste, destarte, o interesse jurídico na tese da inconstitucionalidade formal do art. 1º, § 2º, da Lei Delegada nº 43/00, embora a configuração do efetivo prejuízo daqueles servidores aguarde, na melhor das hipóteses, até 20.12.03.

Todavia, quanto aos servidores transferidos à reserva remunerada no período compreendido entre a data da publicação da Lei Delegada nº 43/00 e a Promulgação da EC nº 59/03, o interesse na tese de inconstitucionalidade descrita no presente trabalho persiste sobretudo quanto à pretensão de cobrança dos adicionais não pagos durante o período delimitado neste parágrafo.

Por fim, o legislador estadual lançou mão da Lei nº 15.436, de 11.01.05, no intuito de incluir parcialmente alguns dos servidores militares esquecidos pela EC nº 59/03 no rol dos servidores beneficiados com o adicional trintenário do art. 64 da Lei nº 5.301/69.

Dispôs o art. 3º da Lei nº 15.436/05:

Art. 3º A partir de 1º de fevereiro de 2005, o direito ao pagamento de adicional trintenário será estendido aos militares que tenham completado trinta anos de serviço e que tenham se

<sup>8</sup> Data da entrada em vigor da Lei Delegada nº 43/00.

transferido para a reserva remunerada em data anterior à publicação da Emenda à Constituição nº 59, de 19 de dezembro de 2003.

Admitindo-se a constitucionalidade do art. 1º, § 2º, da Lei Delegada nº 43/00, a EC nº 59/03 disporia contrariamente à concessão do adicional trintenário para os servidores indicados naquele novel dispositivo, o art. 3º citado acima, como lei ordinária, não poderia, portanto, revogar o texto constitucional transitório.

Lado outro, considerando-se inválido o dispositivo da Lei Delegada nº 43/00, a EC nº 59/03 não poderia impedir o militar de adquirir direito ao adicional em tela no período anterior à promulgação do art. 122 do ADCT, em vista do que dispunha o Estatuto dos Servidores Públicos Militares do Estado de Minas Gerais (art. 64), sob pena de afronta ao art. 5º, inc. XXXVI, da CR/88.

## 9 Conclusão

Ao recepcionar o Estatuto do Pessoal da Polícia Militar do Estado de Minas Gerais com *status* de lei complementar, a Constituição do Estado de Minas Gerais pretendeu atribuir maior estabilidade normativa a determinadas matérias relativas aos direitos e deveres do servidor, as quais, por sua natureza, devem ser consideradas objetos de cunho *estatucional* - inerente ao estatuto do servidor.

Por essa razão, o art. 9º da Lei Delegada nº 37/89 fora recepcionado com o mesmo *status* do Estatuto dos Servidores Públicos Militares do Estado de Minas Gerais, não sujeito, por sua vez, ao efeito revogatório das leis delegadas ou ordinárias posteriores à Constituição do Estado de Minas Gerais.

Nesta senda, há inconstitucionalidade formal da expressão “neste caso para o militar que teve o direito adquirido” - contida no art. 1º, § 2º, da Lei Delegada nº 43/00 - , permanecendo vigente, assim, o adicional por tempo de serviço previsto originalmente no art. 64 da Lei nº 5.301/69.

A prevalência da tese atinente à inconstitucionalidade material daquele normativo e a subsistência legal do adicional trintenário, ora examinado, não retiram a utilidade das normas editadas posteriormente sobre a matéria - art. 122 do ADCT à CEMG e art. 3º da Lei nº 15.436/05 -, considerando-se o fato de que a Administração cessou as concessões daquele adicional por tempo de serviço após a edição da Lei Delegada nº 43/00.

Ainda, considerado vigente o normativo que estabelece o adicional trintenário, não se poderia atribuir efeito retroativo à EC nº 59/03 - art. 122 do ADCT - nem afastar direitos anteriormente adquiridos sob a égide do art. 64 do Estatuto dos Servidores Públicos Militares do Estado de Minas Gerais.

De toda sorte, se se considerasse válida a norma contida no art. 1º, § 2º, da Lei Delegada nº 43/00, o art. 3º da Lei ordinária nº 15.436/05 contrariaria disposição constitucional do art. 122 do ADCT, sendo inconstitucional aquele dispositivo.

## 10 Referências bibliográficas

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.  
GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

JAYME, Fernando Gonzaga. *Tribunal constitucional: exigência democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MELO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral, parte especial*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

-:-:-



# A possibilidade de alteração do prenome e do sexo no assentamento civil do transexual que se submeteu a cirurgia de transgenitalização

ELMA MARQUES DE SOUZA COSTA\*

Cadernos  
da EJEJ

*Sumário: 1 Introdução. 2 Breve relato do constitucionalismo contemporâneo. 3 A supremacia da Constituição. 4 A problemática do nome do transexual e a possibilidade de sua alteração conforme a lei e a jurisprudência. 5 Conclusão. 6 Referências bibliográficas.*

## 1 Introdução

Muito se tem falado a respeito dos direitos da personalidade, especialmente após o advento do Código Civil Brasileiro (CCB) de 2002, que inseriu capítulo especial para salvaguarda desses direitos, com especial proteção ao nome e à imagem da pessoa.

A nova ordem civil veio se conformar com a Constituição Federal, que preserva a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado de Direito. E personalidade é elemento que integra a dignidade e dela não se dissocia.

A partir desses novos paradigmas, verificam-se situações incompatíveis com a nova ordem de valoração, como a do indivíduo que se submete a uma cirurgia de mudança de sexo, assumindo uma nova identidade física e sexual, diferente daquela que consta de seu registro civil de nascimento, especialmente no que concerne ao nome e ao sexo declarados no momento do nascimento.

É fácil imaginar os vários constrangimentos aos quais está sujeito o indivíduo nessa situação, quando no dia-a-dia necessita de apresentar um documento de identidade cujo conteúdo se torna incompatível com sua imagem e postura atuais.

Este estudo se propõe a verificar a possibilidade de alteração do registro civil de nascimento do transexual que se submete à cirurgia de mudança de sexo, a partir da análise dos dispositivos de lei ordinária que regulam a mudança de nome e seus aspectos constitucionais, como forma de preservar e efetivar a garantia de existência digna no meio social.

## 2 Breve relato do constitucionalismo contemporâneo

Em sua evolução ao longo da história, o constitucionalismo passou por três fases: o naturalismo ou jusnaturalismo, o positivismo jurídico e a era posterior, que se convencionou chamar pós-positivismo.

Ensina Barroso (2000:41) que a idéia básica do direito natural

consiste no reconhecimento de que há, na sociedade, um conjunto de valores e de pretensões humanas legítimas que não decorrem de uma norma jurídica emanada do Estado, isto é, independentemente do direito positivo. Esse direito natural tem validade em si, legitimado por uma ética superior, e estabelece limites à própria norma estatal.

---

\*Assessora Judiciária no Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais Vianna Júnior. Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela Faculdade Estácio de Sá. Professor-orientador: Fabrício Veiga Costa.

De acordo com o aludido autor, a fase remonta à antiguidade clássica, chegando à idade moderna com mudança de ênfase: no início, acreditava-se que a lei seria oriunda da vontade de Deus. Posteriormente, a ênfase passa a ser ditada pela natureza e pela razão humanas.

Sobreveio a essa idéia do direito natural, a era positivista, a partir do século XIX. Funda-se na tese de que a ciência é o único conhecimento verdadeiro; o conhecimento científico é objetivo, e o método científico empregado nas ciências naturais se estende a todos os campos de conhecimento.

Para o positivismo, o direito se confunde com a própria norma. A ciência jurídica se confunde com o conjunto de normas, considerado um sistema perfeito que não necessita de outra justificação, além da própria existência. É a era da certeza, da segurança jurídica.

Todavia, a história demonstra que a idéia positivista serviu para justificar e legitimar autoritarismos variados. Daí poder-se afirmar que a derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha coincide com a queda do positivismo, diante do crescimento da idéia de dignidade da pessoa humana, que passou ao centro dos valores constitucionais.<sup>1</sup>

A era pós-positivista propõe um retorno aos valores éticos, que se materializam em princípios abrigados implícita ou explicitamente na Constituição. Alguns deles já existentes de longa data, e outros que surgem e são introduzidos na Constituição como novos valores, mas já incorporados na comunidade. O essencial é que, com o reconhecimento do valor normativo dos princípios, deu-se um importante passo na superação do legalismo abstrato, na busca da concretização dos valores e na efetivação do ideal de Justiça.

O Brasil não ficou à margem dessa evolução, pois, com o advento da Constituição Federal de 1988, o constitucionalismo nacional deu um grande salto, provocando grande revolução na interpretação do fenômeno jurídico e político. Segundo Barroso (2000: 47):

Os princípios constitucionais, portanto, explícitos ou não, passam a ser a síntese dos valores abrigados no ordenamento jurídico. Eles espelham a ideologia da sociedade, seus postulados básicos, seus fins. Os princípios dão unidade e harmonia ao sistema, integrando suas diferentes partes e atenuando tensões normativas. De parte isto, servem de guia para o intérprete, cuja atuação do princípio maior que rege o tema apreciado, descendo do mais genérico ao mais específico, até chegar à formulação da regra concreta que vai reger a espécie. Estes os papéis desempenhados pelos princípios: a) condensar valores; b) dar unidade ao sistema; c) condicionar a atividade do intérprete.

---

<sup>1</sup> "O positivismo pretendia ser uma teoria do Direito, na qual o estudioso assumisse uma atitude cognoscitiva (de conhecimento), fundada em juízos de fato. Mas resultou sendo uma ideologia, movida por juízos de valor, por ter se tornado não apenas um modo de entender o Direito, como também de querer o Direito. O fetiche da lei e o legalismo acrílico, subprodutos do positivismo jurídico, serviram de disfarce para autoritarismos de matizes variados. A idéia de que o debate acerca da justiça se encerrava quando da positivação da norma tinha um caráter legitimador da ordem estabelecida. Qualquer ordem.

Sem embargo da resistência filosófica de outros movimentos influentes nas primeiras décadas do século, a decadência do positivismo é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha. Esses movimentos políticos e militares ascenderam ao poder dentro do quadro da legalidade vigente e promoveram a barbárie em nome da lei. Os principais acusados de Nuremberg invocaram o cumprimento da lei e a obediência a ordens emanadas da autoridade competente. Ao fim da Segunda Guerra Mundial, a idéia de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos e da lei como uma estrutura meramente formal, uma embalagem para qualquer produto, já não tinha mais aceitação no pensamento esclarecido.

A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica e a teoria dos direitos fundamentais." (Luís Roberto Barroso. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional Brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós positivismo). *Revista Trimestral de Direito Público*, nº 29. p. 45/46, São Paulo, Malheiros, 2000.)

Contudo, os princípios não suprimem as regras. Antes, com ela convivem, promovendo uma integração do sistema jurídico, que, todavia, se torna mais aberto e voltado à realização dos direitos fundamentais e do ideal de Justiça.

Princípios e regras são idéias distintas. Partindo-se da idéia da norma jurídica como gênero dela seriam espécies os princípios e as regras. Conforme propõe Robert Alexy, citado por Dias (2004: 120): "*a distinção entre regras e princípios, é, pois, uma distinção entre dois tipos de normas*". O autor, após ressaltar a controvérsia doutrinária na diferenciação entre princípios e regras, ainda citando Alexy, conclui:

Ao que se percebe dessa doutrina contemporânea colacionada - é o que nos interessa acentuar para o prosseguimento do presente trabalho - os princípios são havidos como proposições fundamentais do direito e, via de conseqüência, como normas jurídicas, as quais, ao lado das regras, com idêntica força vinculativa, integram o ordenamento jurídico [...]

Desse modo, ainda segundo o citado autor, os princípios são responsáveis por desempenhar diversas e destacadas funções no ordenamento jurídico, quais sejam: a) a função interpretativa, segundo a qual, como fonte formal do direito, compete contribuir para a exata compreensão de alguma regra incorporada no ordenamento jurídico, traduzindo-lhe a essência e o sentido de forma integrada ao direito; b) na função supletiva, atuam os princípios como fontes subsidiárias, suprimindo lacunas e omissões nas regras de direito; c) desempenhando a função normativa própria, fundamenta o ordenamento jurídico em toda a sua extensão.

Essa função maior dos princípios gerais ou essenciais do direito, agora realçada pela doutrina, sobrepondo-se às duas funções anteriores mais tradicionais, leva os doutrinadores a qualificá-los como 'superfonte ou fonte das fontes' (Arce Flórez-Valdeés), como verdadeiros 'mandados de otimização' (Alexy) ou como 'normas jurídicas impositivas de otimização' (Canotilho) (DIAS, 2000: 122/123).

Diante disso, infere-se que não existe hierarquia entre os princípios, que coexistem entre si e demandam aplicação pelo sistema da proporcionalidade<sup>2</sup> e ponderação de valores e interesses, diante do caso concreto.<sup>3</sup>

<sup>2</sup> O princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade, termos aqui empregados de modo fungível, não está expresso na Constituição, mas tem seu fundamento nas idéias de devido processo legal substantivo e na de justiça. Trata-se de um valioso instrumento de proteção dos direitos fundamentais e do interesse público, por permitir o controle da discricionariedade dos atos do Poder Público e por funcionar como a medida com que a norma deve ser interpretada no caso concreto para a melhor realização do fim constitucional nela embutido ou decorrente do sistema. Em resumo sumário, o princípio da razoabilidade permite ao Judiciário invalidar atos legislativos ou administrativos quando: a) não haja adequação entre o fim perseguido e o instrumento empregado (adequação); b) a medida não seja exigível ou necessária, havendo meio alternativo menos gravoso para chegar ao mesmo resultado (necessidade/vedação do excesso); e c) não haja proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, o que se perde com a medida é de maior relevo do que aquilo que se ganha (proporcionalidade em sentido estrito). O princípio pode operar, também, no sentido de permitir que o juiz gradue o peso da norma, em uma determinada incidência, de modo a não permitir que ela produza um resultado indesejado pelo sistema, assim fazendo a justiça do caso concreto." (Luís Roberto Barros, obra citada, p. 496/497)

<sup>3</sup> Ensina Barroso, obra citada, p. 49, fundado em Robert Alexy, que: "A denominada ponderação de valores ou ponderação de interesses é a técnica pela qual se procura estabelecer o peso relativo de cada um dos princípios contrapostos. Como não existe um critério abstrato que imponha a supremacia de um sobre o outro, deve-se, à vista do caso concreto, fazer concessões recíprocas, de modo a produzir um resultado socialmente desejável, sacrificando o mínimo de cada um dos princípios ou direitos fundamentais em oposição. O legislador não pode, arbitrariamente, escolher um dos interesses em jogo e anular o outro, sob pena de violar o texto constitucional. Seus balizamentos devem ser o princípio da razoabilidade e a preservação, tanto quanto possível, do núcleo mínimo do valor que esteja cedendo passo. Não há aqui a superioridade formal de nenhum dos princípios em tensão, mas a simples determinação da solução que melhor atende ao ideário constitucional na situação apreciada."

No Direito Constitucional pátrio, embora não ensejem enumeração taxativa, podemos enumerar diversos princípios que orientam todo o ordenamento jurídico, dentre os quais a legalidade, a moralidade, a igualdade, a razoabilidade, a proporcionalidade, a supremacia da Constituição, além da dignidade da pessoa humana, que não só se apresenta como princípio, mas como fundamento da República Federativa do Brasil, conforme se extrai do disposto no artigo 1º, III, da Constituição Federal de 1988.<sup>4</sup>

Isso significa que todo o sistema jurídico deve ser lido e interpretado de forma a alcançar este valor-maior, que veio a se tornar paradigma, por constituir-se em um dos ideais republicanos.

Dignidade é um conceito amplo que traduz idéia de respeito, honra, honestidade, decoro, autoridade. É, pois, composta de um conjunto de valores intimamente ligados aos direitos fundamentais do homem, imprescindíveis para a garantia de um "mínimo existencial". Para Barroso (2000: 52):

O princípio da dignidade da pessoa humana identifica um espaço de integridade moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo. É um respeito à criação, independente da crença que se professe quanto à sua origem. A dignidade relaciona-se tanto com a liberdade e valores do espírito como com as condições materiais de subsistência. O desrespeito a este princípio terá sido um dos estigmas do século que se encerrou e a luta por sua afirmação um símbolo do novo tempo. *Ele representa a superação da intolerância, da discriminação, da exclusão social, da violência, da incapacidade de aceitar o outro, o diferente, na plenitude de sua liberdade de ser, pensar e criar* (grifo nosso).

### 3 A supremacia da Constituição

Ao lado do princípio da dignidade da pessoa humana, destaca-se, como de crucial importância para o desenvolvimento do tema, a compreensão do princípio da supremacia da Constituição.<sup>5</sup>

Num sistema jurídico em que a Constituição é classificada como rígida como o nosso, é de extrema relevância o reconhecimento da superioridade hierárquica das normas e princípios constitucionais, de modo que todo o ordenamento jurídico infraconstitucional deva com ela se conformar, tanto na dimensão formal quanto na dimensão material. No aspecto formal, as normas integrantes do ordenamento jurídico devem obedecer ao processo legislativo de elaboração prescrito na Constituição Federal, enquanto que, no aspecto material, a conformação se dá com a adequação do conteúdo material da norma legal, tanto com os princípios quanto com as regras constitucionais.

---

<sup>4</sup>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: [...] III - a dignidade da pessoa humana."

<sup>5</sup> "Desde a original teoria da pirâmide jurídica, elaborada por Kelsen, concebendo uma estrutura hierarquizada para as normas jurídicas, a Constituição passou a ser colocada no vértice do sistema normativo, fundamentando a unidade de todo o ordenamento jurídico. Referida teoria descreveu a ordem jurídica como uma pirâmide de normas hierarquizadas, de modo que cada uma dessas regras extraísse sua força obrigatória em razão de sua conformidade com a norma imediatamente superior. Ainda segundo a teoria de Kelsen, no topo da pirâmide, depois de uma norma fundamental misteriosa, estaria a Constituição. Essa teoria, assim pensamos, foi o ponto de partida para se considerar a Constituição uma ordenação normativa fundamental revestida de supremacia em relação às demais normas (regras e princípios) que compõem o ordenamento jurídico do Estado. Logo, é pela observância do conseqüente princípio da supremacia normativa da Constituição - notadamente em relação às normas constitucionais declaratórias de direitos e garantias fundamentais - que o primado do Estado Democrático de Direito encontra sua primeira e maior expressão.

Nesse passo, como lembra Simone Gouyard-Fabre, a idéia-força que domina a concepção jurídica do constitucionalismo "é a afirmação da supremacia do texto constitucional, que é visto como o fundamento de toda a ordem jurídica". (Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Responsabilidade civil do Estado pela função jurisdicional*. Belo Horizonte. Del Rey: 2004: 132)

A supremacia da Constituição significa, pois, a compreensão da Constituição como norma fundamental garantidora do Estado Democrático de Direito. Daí a necessidade de adotar mecanismos de controle de constitucionalidade, apriorísticos ou posteriores ao ato legislativo.

O controle de constitucionalidade, conforme o órgão que o exerce, será político, jurisdicional ou misto. É político o controle de constitucionalidade do ato legislativo, quando verificado por órgão político distinto do Judiciário: pelo próprio Legislativo ou pelo chefe do Executivo, como se dá com o Conselho Constitucional francês; jurisdicional ou jurídico é o controle de constitucionalidade efetivado pelo Poder Judiciário; e, por derradeiro, misto, o controle de constitucionalidade exercido por órgão especial constituído tanto por membros do Poder Judiciário quanto por elementos estranhos a este Poder.

Interessa aqui o controle jurisdicional posterior, a cargo do Poder Judiciário, que tem origem histórica nos EUA, com o famoso caso *Marbury x Madison*, em 1803, ocasião em que o juiz Marshall decidia que “cabendo ao juiz as leis na solução dos conflitos, deve ele, antes do mais, verificar se elas estão em harmonia com a Constituição, porque só assim serão tidas como leis” (Fiuza, 1995: 88).

No Brasil, o controle judicial de constitucionalidade pode ser: a) difuso ou concreto: é aquele efetivado por qualquer juiz ou tribunal, no caso concreto, hipótese em que fará coisa julgada apenas entre as partes; b) concentrado ou abstrato: efetivado por meio das ações diretas de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade, na esfera federal, de competência originária do Supremo Tribunal Federal, que é o guardião da Constituição. Essa competência está prevista na alínea a do inciso I do art. 102 da Constituição Federal.<sup>6</sup>

Existe ainda a inconstitucionalidade por omissão, também de competência do STF, integrando o controle concentrado, além da “interpretação conforme a Constituição”, que tanto pode servir de recurso de interpretação como forma de controle difuso de constitucionalidade.

Como corolário da supremacia da Constituição, resulta o compromisso e a necessidade de efetivação de suas normas, especialmente no tocante aos direitos e garantias fundamentais, impondo-se para tanto uma re-leitura das normas infraconstitucionais. Barroso (2000: 55) defende:

A Constituição passa a ser assim, não apenas um sistema em si - com sua ordem, unidade e harmonia, mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito. Este fenômeno, identificado por alguns autores como *filtragem constitucional*, consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição de modo a realizar os valores nela consagrados. A constitucionalização do direito infraconstitucional não identifica apenas a inclusão na Lei Maior de normas próprias de outros domínios, mas sobretudo a reinterpretação de seus institutos sob uma ótica constitucional.

#### **4 A problemática do nome do transexual e a possibilidade de sua alteração conforme a lei e a jurisprudência**

O transexualismo pode ser definido como uma disfunção sexual, na qual o indivíduo, embora possua constituição sexual genética e física de um sexo, na realidade possui identidade psicológica do sexo oposto.

<sup>6</sup> Dispõe o art. 102, inciso I, alínea a, da Constituição Federal de 1988: "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".

Conforme Arnaldo Chaves, citado por Martins<sup>7</sup>, o transexual é definido como

aquele indivíduo que, mesmo sabendo-se homem ou mulher, biologicamente normal, encontra-se profundamente inconformado com o seu sexo biológico e desejoso de modificá-lo para passar a pertencer ao sexo oposto. Ele se sente, concebe a si mesmo e quer a todo custo se afirmar socialmente, inclusive em seu papel sexual como pertencente ao sexo oposto. Assim, rejeita seu próprio corpo de modo tal a impingir-lhe um sofrimento capaz de desequilibrá-lo psicologicamente. Por vezes, essa rejeição, que tem início na infância, leva o adulto à mutilação e ao suicídio.

O transexual não se confunde com o homossexual ou travesti. De acordo com Frago (1979: 25-34), distinguem-se estas três espécies de anomalias sexuais da que possui características peculiares:

Os homossexuais convivem com o próprio sexo e estão certos de pertencer a ele. Os costumes e vestuários próprios do sexo masculino não os agridem psicologicamente, embora alguns prefiram uma aparência bizarra e excêntrica, afetada e efeminada. Outros, ao contrário, desejam uma aparência máscula, cultivando atributos masculinos (barba, bigode, costeletas) e vestuário adequado. Os transexuais, ao contrário, sentem-se como indivíduos 'fora do grupo' desde o início, não participando com espontaneidade e integração do ambiente por eles freqüentado.

Por seu turno, os travestis, de um modo geral, podem levar vidas duplas, apresentando-se ora como indivíduos do sexo masculino, ora travestidos. Há uma 'tolerância' em relação a ambos os comportamentos em que há predominância de um ou de outro por um período variável, às vezes de certa maneira cíclica ou temporária, ocasional.

Do travesti difere o transexual fundamentalmente no desejo compulsivo de reversão sexual, que os travestis não apresentam, e no comportamento mais feminino

O transexualismo é considerado uma patologia, cujo tratamento terapêutico consiste na cirurgia de transgenitalismo, que vulgarmente chamamos de "mudança de sexo", cujo propósito é adequar a genitália do paciente ao seu sexo psicológico.

No Brasil, a cirurgia foi regulamentada pela Resolução nº 1.652/2002, do Conselho Federal de Medicina -CFM, que enumera os requisitos necessários para definição do transexualismo e que são: o desconforto com o sexo anatômico natural, o desejo expresso de eliminar os genitais, perder as características primárias e secundárias do próprio sexo e ganhar as do sexo oposto, a permanência desses distúrbios de forma contínua e consistente por, no mínimo, dois anos e ausência de outros transtornos mentais.

No art. 4º, dispõe a resolução que a seleção de pacientes para cirurgia de transgenitalismo obedecerá à avaliação de equipe multidisciplinar constituída por médico psiquiatra, cirurgião, endocrinologista, psicólogo e assistente social, obedecendo aos critérios de diagnóstico médico, idade superior a 21 anos e ausência de características físicas inapropriadas para a cirurgia, além, obviamente, do consentimento expresso do paciente "livre e esclarecido", conforme disposto no art. 7º.

Realizada a cirurgia, o paciente assume as características físicas do sexo psicológico.

Importante registrar que a cirurgia de transgenitalização do sexo masculino para o feminino consiste na neocolpovulvoplastia, ao passo que a transgenitalização do sexo feminino para o masculino é denominada neofaloplastia. Enquanto a primeira consiste na retirada do pênis e dos

---

<sup>7</sup>Transexualismo - Aspectos Jurídicos e Bioéticos - Rode Anélia Martins/ Mestranda UFSC. Disponível em [www.tj.sc.gov.br/cejur/doutrina/transexualismo/rtf](http://www.tj.sc.gov.br/cejur/doutrina/transexualismo/rtf). Acesso em 07.02.2005.

testículos do paciente, seguindo-se em construção da vulva e canal vaginal, a segunda consiste na reconstrução do canal vaginal, de modo a implantar os órgãos genitais característicos do sexo masculino. A reconstrução é externa e não altera os órgãos internos próprios, como útero e ovários.

Mas, se por um lado a cirurgia, por assim dizer, resolve a questão física, surgem outras questões de ordem prática na vida deste indivíduo de diversas naturezas: civis, penais, éticas, etc. Limitaremos nosso estudo à abordagem da questão relacionada a seu registro civil de nascimento, que, assim como nos outros documentos de identidade, estará constando o nome que lhe foi dado de acordo com o sexo verificado na época do nascimento. É fácil imaginar, por exemplo, que o indivíduo submetido à cirurgia de neocolpovulvoplastia enfrentará constrangimentos de toda ordem no dia-a-dia, pois apresentará as características físicas do sexo feminino, mas terá documento de identidade e registro civil no qual constam nome e sexo masculinos, situação esta no mínimo vexatória e ensejadora de discriminação e exclusão social, em patente ofensa à dignidade humana.

É natural que a próxima providência a tomar, após a realização com êxito da cirurgia, será a pretensão de alterar seu registro civil de nascimento, de modo a adotar um nome de conformidade com as novas características sexuais, bem como alterar o registro de forma que, onde consta o sexo masculino, passe a constar o sexo feminino, pretensão essa que não pode ser levada a efeito sem a correspondente autorização judicial.

A pretensão é justificável, se não lógica, pois o nome é um dos principais atributos da personalidade humana, que por sua vez integra a dignidade, a qual, como se viu, é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.

O nome é uma forma de identificação e individualização do homem e perdura mesmo após sua morte, distinguindo-o dos demais. É direito de todos e encontra previsão no art. 16 do CCB/2002, que estatui: "*Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome*". Pelo prisma do Direito Público, o Estado encontra no nome fator de estabilidade e segurança para identificar as pessoas; pelo lado do direito privado, o nome é essencial para o exercício regular dos direitos e do cumprimento das obrigações (Venosa, 2003: 208).

Do estatuído no art. 16 do CCB, extrai-se que o nome é composto pelo prenome e pelo sobrenome, este também chamado de patronímico ou nome de família.

Evidentemente que a mudança que interessa ao indivíduo na situação em exame é a do prenome, visto que o nome patronímico ou de família, em princípio, não traria os reflexos vexatórios que ora se supõem ocorrer, motivo pelo qual nos ateremos à apreciação da questão relativa à mudança do prenome.

Acontece que a legislação pátria, como regra geral, proibia a mudança no prenome, sendo que o art. 58 da Lei de Registros Públicos (Lei 6.015, de 31.12.73) dispunha de início ser o prenome imutável. Posteriormente, com o advento da Lei 9.708, de 18.11.98, a redação do art. 58 da Lei 6.015/73 inseriu uma primeira exceção à regra geral da imutabilidade do nome, passando então a vigor com a seguinte redação: "*O prenome será definitivo, admitindo-se, todavia, a sua substituição por apelidos públicos notórios*".

Excepcionando também a regra da definitividade do prenome, tem-se aquela que admite a mudança do prenome na evidência de erro gráfico, bem como a possibilidade de alteração do

nome, como tal entendidos o prenome e o sobrenome, que exponha seu portador ao ridículo, impondo-se nessa hipótese a recusa do oficial de Registro Civil em efetuar o registro, nos termos do art. 55 da Lei 6.015/73.<sup>8</sup>

A regra de vedação absoluta, baseada no princípio da imutabilidade, criado com finalidade social, passa a ser flexibilizada, proporcionando melhor adequação à atual realidade social.

Merece igual registro a regra do *caput* do art. 57 da mencionada Lei dos Registros Públicos, segundo o qual "*Qualquer alteração posterior de nome, somente por exceção e motivadamente, após audiência do Ministério Público, será permitida por sentença do juiz a que estiver sujeito o registro, arquivando-se o mandado e publicando-se a alteração pela imprensa*".

Parece indubitável que o indivíduo que se submeteu à cirurgia de transgenitalização e por isso pretende alteração de seu nome encontra amparo legal no disposto no art. 57, já que a nova realidade fática, sem dúvida, caracteriza a situação excepcional prevista em lei. Ademais, presume-se que a manutenção do prenome constante no registro civil, por não corresponder a sua atual imagem, é capaz de expor o portador ao ridículo, situação essa repelida tanto pela lei ordinária quanto pela dignidade da pessoa humana.

Todavia, não é assim que têm entendido os tribunais pátrios, embora já estejam sobressaindo vozes em defesa de tese contrária.

Aponta-se como precedente jurisprudencial a decisão da 8ª Câmara Cível do TJRJ, na Apelação Cível 6.617/93, Relator Desembargador Geraldo Batista, julgamento datado de 18 de março de 1997, que confirmou por unanimidade a decisão de primeiro grau que indeferiu o pedido de retificação do registro civil do autor, submetido a cirurgia de mudança de sexo em Milão, cujo aresto tem o seguinte teor:

Retificação no Registro Civil. Mudança de nome e de sexo. Impossibilidade. Sentença mantida. - O homem que almeja transmutar-se em mulher, submetendo-se a cirurgia plástica reparadora, extirpando os órgãos genitais, adquire uma 'genitália' com similitude externa ao órgão feminino, não faz jus à retificação de nome e de sexo porque não é a medicina que decide o sexo, e sim a natureza. Se o requerente ostenta aparência feminina, incompatível com a sua condição de homem, haverá de assumir as conseqüências, porque a opção foi dele. O Judiciário, ainda que em procedimento de jurisdição voluntária, não pode acolher tal pretensão, visto que a extração do pênis e a abertura de uma cavidade similar a uma neovagina não têm o condão de fazer do homem, mulher. Quem nasce homem ou mulher morre como nasceu. Genitália similar não é autêntica. Autêntico é o homem ser do sexo masculino e a mulher do feminino, a toda evidência. (MSL)

Do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, colacionam-se, sobre o tema, as seguintes ementas:

Ementa: 250342:

Registro civil - Alteração de sexo jurídico - Pretensão manifestada por transexual que se submeteu a cirurgia de mudança de sexo - Admissibilidade, pois patente o constrangimento cada vez que se identifica como pessoa de sexo diferente daquela que aparenta ser - Observância dos princípios da

---

<sup>8</sup> Lei 6.015, de 31 de dezembro de 1973:

"Art. 55. Quando o declarante não indicar o nome completo, o oficial lançará adiante do prenome escolhido o nome do pai, e, na falta, o da mãe, se forem conhecidos e não o impedir a condição, salvo reconhecimento no ato.

Parágrafo único. Os oficiais do registro civil não registrarão prenomes suscetíveis de expor ao ridículo os seus portadores. Quando os pais não se conformarem com a recusa do oficial, este submeterá por escrito o caso, independente da cobrança de quaisquer emolumentos, à decisão do juiz competente".

inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas - Interpretação do art. 5º, X, da CF (TJSP) - RT, 790/155.

Ementa: 107891:

Registro civil - Assento de nascimento - Retificação para mudança de sexo e nome - Admissibilidade apenas nos casos de intersexualidade - Despojamento cirúrgico do equipamento sexual e reprodutivo e sexo psicologicamente diverso das conformações e características somáticas ostentadas que, configurando transexualismo, não permitem a alteração jurídica (TJSP) - RT, 672/108.

Ementa: 245036:

Registro civil - Retificação - Transexual submetido à cirurgia de mudança de sexo - Pretendida alteração do assento civil para dele constar prenome e sexo feminino - Procedência - Sentença mantida - Recurso não provido (Apelação Cível nº 86.851-4 - São José do Rio Pardo - 5ª Câmara de Direito Privado - Relator: Rodrigues de Carvalho - 10.02.00 - v.u.).

Na Apelação Cível 209.101-4, assim decidiu o TJSP:

Registro civil - Retificação - Assento de nascimento - Transexual - Alteração na indicação do sexo - Deferimento - Necessidade da cirurgia para a mudança de sexo reconhecida por acompanhamento médico multidisciplinar - Concordância do Estado com a cirurgia que não se compatibiliza com a manutenção do estado sexual originalmente inscrito na certidão de nascimento - Negativa ao portador de disforia do gênero do direito à adequação do sexo morfológico e psicológico e à consequente redesignação do estado sexual e do prenome no assento de nascimento que acaba por afrontar a Lei Fundamental - Inexistência de interesse genérico de uma sociedade democrática em impedir a integração do transexual - Alteração que busca obter efetividade aos comandos previstos nos artigos 1º, III, e 3º, IV, da Constituição Federal - Recurso do Ministério Público negado, provido o do autor para o fim de acolher integralmente o pedido inicial, determinando a retificação de seu assento de nascimento não só no que diz respeito ao nome, mas também no que concerne ao sexo (Apelação Cível n. 209.101-4 - Espírito Santo do Pinhal - 1ª Câmara de Direito Privado - Relator: Elliot Akel - 09.04.02 - v.u.).

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais, ao negar provimento ao recurso nos Embargos Infringentes nº 1.0000.00.296076-3/001, rejeitou o pedido de alteração do nome e do sexo do registro de nascimento do autor, submetido a cirurgia de transgenitalização, conforme ementa que se transcreve, publicada em 08 de junho de 2004, Relator Des. Almeida Melo:<sup>9</sup>

Civil - Sexo - Estado individual - Imutabilidade. - O sexo, como estado individual da pessoa, é informado pelo gênero biológico. A redefinição do sexo, da qual derivam direitos e obrigações, procede do Direito e não pode variar de sua origem natural sem legislação própria que a acautele e discipline. Rejeitam-se os embargos infringentes.

Ressaltou o Des. Almeida Melo em parte de seu voto que:

O sexo integra os direitos da personalidade e não existe previsão de sua alteração; a identidade sexual deve ser reconhecida pelo homem e pela mulher, por dizer respeito à afetividade, à capacidade de amar e de procriar, à aptidão de criar vínculos de comunhão com os outros. A diferença e a complementação físicas, morais e espirituais estão orientadas para a organização do casamento e da família. A diferença sexual é básica na criação e na educação da prole. Embora homem e mulher estejam em perfeita igualdade, como pessoas humanas, são também iguais em seu respectivo ser-homem e ser-mulher. A harmonia social depende da maneira como os sexos convivem a complementação, a necessidade e o apoio mútuos.

<sup>9</sup> Disponível em [www.tjmg.gov.br](http://www.tjmg.gov.br). Acesso em 20.12.2004.

Com a finalidade de demonstrar a controvérsia que paira sobre o tema, vale citar a ementa proposta no voto vencido do Relator Des. Carreira Machado no processo em epígrafe, do seguinte teor:

Embargos infringentes - Transexual - Retificação de registro - Nome e sexo. - Negar, nos dias atuais, não o avanço do falso modernismo que sempre não convém, mas a existência de um transtorno sexual reconhecido pela medicina universal, seria pouco científico. Embargos acolhidos para negar provimento à apelação, permitindo, assim, a retificação de registro quanto ao nome e sexo do embargante.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, na Apelação Cível 5913496-4, Relator: Des. Tael João Selistre, em julgamento datado de 28.08.97, assim decidiu:<sup>10</sup>

Ementa: Registro público - Alteração de registro de nascimento - Nome e sexo - Transexualismo - Sentença indeferitória do pedido. - Embora sendo transexual e tendo se submetido a operação para mudança de suas características sexuais, com a extirpação dos órgãos genitais masculinos, biológica e somaticamente continua sendo do sexo masculino. Inviabilidade da alteração, em face da inexistência de qualquer erro ou falsidade no registro e porque não se pode cogitar dessa retificação para solucionar eventual conflito psíquico com o somático. Apelação não provida. Voto vencido. (Apelação nº 59713496-4, Terceira Câmara Cível. Tribunal de Justiça do RS, Relator Des. Tael João Selistre, julgado em 28.08.1997.)

Já na Apelação Cível 597156728, julgada em 18.12.1997, e na 595178963, julgada em 28.12.1995, o TJRS autorizou, por meio de sua Terceira Câmara Cível, a alteração no registro civil, mas determinando a averbação do termo transexual no registro civil do nascimento, conforme ementa seguinte:

Ementa: Registro público. Alteração do registro do nascimento. Nome e sexo. Transexualismo. Sentença acolhendo o pedido de alteração do nome e do sexo, mas determinando segredo de justiça e vedando no fornecimento de certidões referência à situação anterior. Recurso do Ministério Público se insurgindo contra a mudança de sexo, pretendendo que seja consignado como transexual masculino e contra a não-publicidade do registro. Embora sendo transexual e tendo se submetido a operação para mudança de suas características sexuais, com a extirpação dos órgãos genitais femininos e a implantação de prótese peniana, biológica e somaticamente, continua sendo do sexo masculino. Inviabilidade da alteração, sem que seja feita referência à situação anterior, ou para ser consignado como sendo transexual masculino, providência que não encontra embasamento mesmo nas legislações mais evoluídas. Solução alternativa para que, mediante averbação, seja anotado que o requerente modificou o seu prenome e passou a ser considerado como sexo masculino em virtude de sua condição transexual, sem impedir que alguém possa tirar informações a respeito. Publicidade do registro preservada. Apelação provida, em parte. Voto vencido. ( Apelação Cível 597156728, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator Tael João Selistre, julgado em 18.12.1997).

O Supremo Tribunal Federal<sup>11</sup>, no Agravo de Instrumento 82517/SP, em julgamento datado de 28 de abril de 1981, Relator Min. Cordeiro Guerra, afastou a alegação de ofensa ao princípio da legalidade e considerou juridicamente impossível o pedido de retificação do assento de nascimento para alteração de sexo e nome em decorrência de “cirurgia plástica”:

Pedido de retificação de assento de nascimento para alteração de sexo e nome, em decorrência de operação plástica. Impossibilidade jurídica do pedido. Inocorrência de ofensa ao princípio constitucional da legalidade. Recurso especial indeferido por duplo fundamento. AGRG improvido.

---

<sup>10</sup> www.tj.rs.gov.br. Acesso em 20.02.2005.

<sup>11</sup> www.stf.gov.br. Acesso em 21.02.2005.

Dos precedentes jurisprudenciais citados pode-se inferir que a questão é bastante controversa e para solução da problemática têm sido adotadas três diferentes alternativas: a) indeferimento do pedido de alteração do prenome e do sexo no registro civil de nascimento do transexual, por impossibilidade jurídica do pedido e falta de previsão legal. A justificativa seria a de que o sexo é definido no momento do nascimento e porque, ainda que esteja a apresentar aparência externa do sexo oposto, a cirurgia de transgenitalização não teria o condão de alterar o sexo biológico da pessoa, que continuaria com os órgãos internos e com a formação genética do sexo definido no momento do nascimento; b) o deferimento da alteração do nome, mas de inalteração do sexo declarado no assentamento civil, ao qual deve ser averbada expressão "transexual" e por derradeiro; c) o deferimento de ambos os pedidos, autorizando a mudança do prenome e do sexo constantes do registro de nascimento, diante da nova realidade após a cirurgia de transgenitalização.

Com referência ao segundo posicionamento acima aludido, algumas considerações merecem ser feitas: num primeiro momento, a alternativa parece ofender o direito de intimidade e constituir inegável forma de discriminação. Todavia, os defensores dessa tese partem do raciocínio de que o indivíduo submetido a cirurgia de mudança do sexo que conseguir a alteração do nome e do sexo no assentamento civil poderá vir a contrair núpcias com terceira pessoa, dela omitindo o fato. Desse modo, a alternativa preservaria a segurança jurídica e a veracidade do registro público.

Todavia, entendemos que o terceiro na situação ora suposta já possui proteção legal, diante da possibilidade de anulação do casamento por erro essencial quanto à pessoa do outro, conforme previsão legal expressa contida no art. 1.556 do CCB/2002.<sup>12</sup>

O posicionamento segundo o qual é possível a alteração do registro civil tanto do nome quanto do sexo do transexual encontra fundamento no plano constitucional, na esfera do direito à dignidade da pessoa humana, conforme doutrina de Venosa (2003: 222/223):

No entanto, sob esse prisma, comprovada a alteração do sexo, impor a manutenção do nome do outro sexo à pessoa é cruel, sujeitando-a a uma degradação que não é consentânea com os princípios de justiça social. Como corolário dos princípios que protegem a personalidade, nessas situações o prenome deve ser alterado. Nesse sentido, observa Elimar Szaniawski (1999:255) que 'o transexual não redesignado vive em situação de incerteza, de angústias e de conflitos, o que lhe dificulta, se não o impede, de exercer as atividades dos seres humanos'. Desse modo, a alteração do prenome para o sexo biológico e psíquico reconhecido pela Medicina e pela Justiça harmoniza-se com o ordenamento não só com a Constituição, mas também com a Lei dos Registros Públicos, não conflitando com seu art. 58.

Por fim, deve-se registrar que o avanço trazido ao tema pela recente decisão da Juíza Leise Rodrigues, veiculada no *Diário da Tarde*, de 16.03.2005<sup>13</sup>, na qual autorizou o reconhecimento como mulher de Roberta Gambine Moreira, conhecida como Roberta Close, submetida a cirurgia de transgenitalização em 1989, cujo texto se transcreve:

A Juíza Leise Rodrigues, da 9ª Vara de Família do Rio, decidiu na semana passada que a transexual Roberta Gambine Moreira, 40 anos, a Roberta Close, é, na verdade, uma mulher. Segundo a Juíza, ao nascer, apresentava quase todas as características femininas, que acabaram não sendo percebidas na época em virtude dos poucos recursos da medicina. Em virtude disso, de acordo com a Magistrada, acabou sendo registrada como homem.

<sup>12</sup> Dispõe o art. 1.556 do CCB/2002:

"Art. 1.556. O casamento pode ser anulado por vício de vontade, se houve por parte de um dos nubentes, ao consentir, erro essencial quanto à pessoa do outro".

<sup>13</sup> Notícias em Destaque - TJMG, ASCOM. 16.03.2005, p. 12.

Com a decisão da Justiça, Roberta poderá tirar todos os demais documentos com o novo nome, como carteira de identidade, CPF e passaporte. Ela realizou a cirurgia para mudança de sexo em 1989. Três anos depois, conseguiu autorização da Justiça para tirar os documentos com o novo nome, apesar de no item sexo vir escrito 'feminino (operado)'.

A mudança no sexo foi negada em 1997 pelo STF (Supremo Tribunal Federal) e forçou seus advogados a mudarem o pedido. Em vez de alterar o sexo, solicitaram o reconhecimento como mulher, o que ocorreu agora. Roberta vive atualmente na Suíça ao lado do marido Roland Granacher."

## 5 Conclusão

De todo o exposto, considerando que o ordenamento jurídico contemporâneo se orienta por regras e princípios consagrados na Constituição; considerando que nosso sistema constitucional é rígido e requer o reconhecimento da Constituição como norma suprema; considerando que a supremacia da Constituição impõe a releitura de todo o ordenamento jurídico infraconstitucional, não só como regra de interpretação, mas também como forma efetiva de controle de constitucionalidade; considerando que a dignidade da pessoa humana foi elevada a fundamento da República Federativa do Brasil; considerando que a cirurgia de transgenitalização é realizada no transexual com o propósito de conformar sua anatomia física à identidade psicológica, as quais integram o ser humano como um todo; considerando que a pretensão de alterar o nome e sexo constantes do seu assentamento civil não é feita por mero capricho ou com intuito de burlar terceiros: é situação imposta à sua nova realidade e de suma importância como forma de evitar situações; considerando, por derradeiro, que a norma infraconstitucional do art. 57 da Lei dos Registros Públicos contém permissivo legal para situações excepcionais, pode-se concluir que a pretensão de alteração do prenome e do sexo no assentamento civil do transexual que se submeteu a cirurgia de transgenitalização é juridicamente possível e deve ser autorizada como forma de conferir efetividade ao direito de personalidade e preservar a dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil.

## 6 Referências bibliográficas

BARCELLOS, Ana Paula de; BARROSO, Luís Roberto. *O começo da história. Crises e desafios da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional Brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). *Revista Trimestral de Direito Público* nº 29. São Paulo: Malheiros, 2000.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução 1.652/2002. Dispõe sobre a cirurgia de transgenitalismo e revoga a Resolução CFM nº 1.482/97. [www.portalmedico.org.br](http://www.portalmedico.org.br). Acesso em 17.02.2005.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. São Paulo: Saraiva, 2002.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional Positivo. Teoria Geral do Estado e da Constituição*. 10. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

FIUZA, Ricardo Arnaldo Malheiros. O controle de constitucionalidade das leis (Direito comparado). *Revista da Faculdade de Direito Milton Campos*. Belo Horizonte, v. 1, nº 2, p. 83-102, 1995.

FRAGOSO, Cláudio Heleno. Transexualismo - cirurgia - lesão corporal. *Revista de Direito Penal* nº 25, Rio Janeiro: Forense, 1979. Disponível em [www.fragoso.com.br/cgi.bin/heleno.artigos/arquivo/27](http://www.fragoso.com.br/cgi.bin/heleno.artigos/arquivo/27). Acesso em 27.02.2005.

JÚNIOR, Edílson Pereira Nobre. O Direito brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana. Disponível em [www.jus.com.br/doutrina/texto](http://www.jus.com.br/doutrina/texto). Acesso em 20.12.2004.

MARTINS, Rode Amélia. Transexualismo - Aspectos jurídicos e bioéticos. Disponível em [www.tj.sc.gov.br/cejur/doutrina/transexualismo/rtf](http://www.tj.sc.gov.br/cejur/doutrina/transexualismo/rtf). Acesso em 07.02.2005.

NERY JÚNIOR. Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil anotado e legislação extravagante*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*. Parte Geral. 3. ed. v. I. São Paulo: Atlas, 2003.

-:-:-



*Sumário: 1 Introdução. 2 O lançamento. 3 A decadência na constituição de crédito tributário. 4 O posicionamento do Superior Tribunal de Justiça e a teoria dos cinco mais cinco. 5 A Lei Complementar 118/2005 e a constituição do crédito tributário. 6 Conclusão. 7 Referências bibliográficas.*

## **1 Introdução**

A Lei Complementar 118, de 09 de fevereiro de 2005, determinou em seu artigo 3<sup>o</sup> que, para fins de interpretação do artigo 168 do CTN, a extinção do crédito tributário ocorre, no caso de tributo sujeito a lançamento por homologação, no momento do pagamento antecipado de que trata o § 1<sup>o</sup> do artigo 150 da referida norma.

Por meio de tal dispositivo, foi reduzido o prazo prescricional para a o ajuizamento da ação de repetição de indébito, que seria de 10 (dez) anos, em decorrência da aplicação da teoria dos cinco mais cinco construída pelo Superior Tribunal de Justiça, para 5 (cinco) anos (consoante previsto no Código Tributário Nacional).

Com efeito, o presente artigo pretende demonstrar que a mencionada redução também será aplicada no prazo para a constituição do crédito tributário, que, no caso de tributos sujeitos ao lançamento por homologação, consoante sedimentado pelo Superior Tribunal de Justiça, é de 10 (dez) anos (em virtude da aplicação da teoria dos cinco mais cinco), e não de 5 (cinco) anos, conforme previsto no Código Tributário Nacional.

Ora, ao se estabelecer que a extinção do crédito tributário ocorre, no caso de tributo sujeito ao lançamento por homologação, no momento do pagamento antecipado, admite-se que, ao contrário da tese criada pelo Superior Tribunal de Justiça, não é possível cumular o prazo previsto no inciso I do artigo 173 do CTN com aquele do § 4<sup>o</sup> do artigo 150 da mesma norma, tendo em vista o fim da teoria dos cinco mais cinco.

## **2 O lançamento**

Para uma melhor compreensão da constituição do crédito tributário, é preciso ter em mente o conceito de lançamento, previsto no artigo 142 do CTN, segundo o qual:

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível. Dessume-se da mencionada norma que o lançamento é, em outras palavras, o ato ou pro-

---

\*Advogada. Especialista em Direito Público pelo Instituto de Educação Continuada da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. E-mail: fepaz@tjmg.gov.br

<sup>1</sup>Art. 3<sup>o</sup> Para efeito de interpretação do inciso I do art. 168 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional, a extinção do crédito tributário ocorre, no caso de tributo sujeito a lançamento por homologação, no momento do pagamento antecipado de que trata o § 1<sup>o</sup> do art. 150 da referida lei.

cedimento administrativo por meio do qual a Administração verifica a ocorrência da incidência normativa sobre o fato jurídico tributário e a correspondente relação jurídica tributária, constituindo, assim, o crédito tributário.

Registre-se, ainda neste particular, que o lançamento é um poder-dever da Administração Pública que possui efeitos declaratórios e constitutivos, sendo que para a sua efetivação a atuação da Administração Pública pode ou não ser considerada essencial à constituição e extinção do crédito tributário.

O Código Tributário Brasileiro prevê a existência de três tipos de lançamento: por declaração, de ofício e por homologação. O lançamento por declaração é aquele em que o sujeito passivo informa à Administração a matéria fática necessária para a realização do lançamento, e essa, a partir dessas informações, verifica a incidência da norma e calcula o tributo devido, identificando o sujeito passivo e notificando-o.

O lançamento de ofício é aquele em que a Administração verifica os elementos fáticos e a respectiva constituição da relação jurídica tributária, a partir de incidência normativa e calcula o tributo devido, identificando o sujeito passivo e notificando-o.

Observa-se que nessas duas modalidades a atuação da Administração Pública na realização do lançamento é imprescindível para a exigibilidade do crédito tributário.

O lançamento por homologação é aquele em que o sujeito passivo verifica a matéria fática, e a constituição da relação jurídica tributária calcula e paga o tributo devido. Assim e em se considerando a data da ocorrência do fato gerador, é após o fim do prazo legalmente definido para o seu pagamento que o tributo se torna exigível, independentemente de atuação da Administração Pública.

Como se vê, nos tributos sujeitos ao lançamento por homologação, a atuação da Administração não é essencial para a constituição e extinção do crédito tributário, valendo registrar ainda que, conforme acima demonstrado, não se podem confundir as regras referentes ao lançamento por homologação com aquelas do lançamento de ofício, por se tratar de institutos distintos e independentes.

Porém, tal fato não enseja a conclusão de que tais tributos se encontram excluídos do poder-dever da Administração de efetuar o lançamento do crédito tributário, que, uma vez não satisfeito, resultará na constituição de um título executivo judicial (CDA).

A partir de tal premissa (prescindibilidade da atuação administrativa para a ocorrência do lançamento, nos tributos de lançamento por homologação), tem-se que a verificação do crédito tributário deve ocorrer com base nas normas previstas no próprio Código Tributário Nacional, ou seja, dentro do método e prazo previstos para o lançamento por homologação.

Dessa forma, a homologação ocorrerá paralelamente ao ato de lançamento, que representa a verificação de existência ou não do crédito tributário. Assim, verificada a existência de crédito tributário não pago, a Administração deverá efetuar o lançamento de ofício do crédito remanescente.

A inexistência poderá ser constatada mediante a realização de qualquer uma das situações jurídicas determinantes da extinção do crédito tributário, previstas no artigo 156 do CTN<sup>2</sup>, dentre as quais se encontra o pagamento.

### **3 A decadência na constituição do crédito tributário**

---

<sup>2</sup> "Art. 156. Extinguem o crédito tributário: I - o pagamento; II - a compensação; III - a transação; IV - a remissão; V - a prescrição e a decadência; VI - a conversão de depósito em renda; VII - o pagamento antecipado e a homologação do lançamento nos termos do disposto no artigo 150 e seus §§ 1º e 4º; VIII - a consignação em pagamento, nos termos do disposto no § 2º do artigo 164; IX - a decisão administrativa irreformável, assim entendida a definitiva na órbita administrativa, que não mais possa ser objeto de ação anulatória; X - a decisão judicial passada em julgado; XI - a dação em pagamento em bens imóveis, na forma e condições estabelecidas em lei. Parágrafo único. A lei disporá quanto aos efeitos da extinção total ou parcial do crédito sobre a ulterior verificação da irregularidade da sua constituição, observado o disposto nos artigos 144 e 149."

Assim e em se tratando de constituição do crédito tributário, é imperioso ressaltar que a Administração possui um prazo para exercer o seu poder-dever de efetuar o lançamento tributário.

Nesse particular, é importante registrar que o Código Tributário Nacional prevê como regra geral o disposto no artigo 173, segundo o qual:

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados: I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado; II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado. Parágrafo único. O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento.

Contudo, no que diz respeito aos tributos sujeitos ao lançamento por homologação, o referido código estabelece regra específica no § 4º do artigo 150, nos seguintes termos:

Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa. (...) § 4º Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Observa-se que a norma geral se aplica aos tributos cujo ato de lançamento representa elemento essencial para a constituição e exigibilidade do crédito, quais sejam: o de ofício e o de declaração. O que não ocorre com os tributos sujeitos ao lançamento por homologação.

Depreende-se ainda de tais dispositivos que os prazos decadenciais previstos no CTN são de 5 (cinco) anos, sendo que, no casos dos tributos sujeitos ao regime de lançamento de ofício e por declaração, o termo *a quo* será o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado e, no caso dos tributos sujeitos ao regime de lançamento por homologação, o termo *a quo* será a data da ocorrência do fato gerador.

#### 4 O posicionamento do Superior Tribunal de Justiça e a teoria dos cinco mais cinco

Porém e contrariamente ao disposto no Código Tributário Nacional e à grande parte da doutrina, o Superior Tribunal de Justiça, ao analisar a questão, se manifestou pela aplicação do prazo de 10 (dez) anos para a constituição do crédito tributário dos tributos sujeitos ao sistema de lançamento por homologação, interpretando cumulativamente o disposto no inciso I do artigo 173, com o § 4º do artigo 150 do Código Tributário Nacional.

A aplicação de tal entendimento teve como *leading case* o julgamento do REsp 58.918-5/RJ, de relatoria do Ministro Humberto Gomes de Barros, cuja ementa segue abaixo:

Tributário - Empréstimo compulsório - Consumo de combustível - Repetição de indébito - Decadência - Prescrição - Inocorrência. - O tributo arrecadado a título de empréstimo compulsório sobre o consumo de combustíveis é daqueles sujeitos a lançamento por homologação. Em não havendo tal homologação, faz-se impossível cogitar em extinção do crédito tributário. - À falta de homologação, a decadência do direito de repetir o indébito tributário somente ocorre, decorridos cinco anos, desde a ocorrência do fato gerador, acrescidos de outros cinco anos, contados do termo final do prazo deferido ao Fisco, para apuração do tributo devido (REsp 42.720/RS, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, 1ª Seção, j. em 14.03.1995, DJ de 17.04.1995).

Assim e diante da sedimentação de tal posicionamento, o Superior Tribunal de Justiça, de

forma coerente, aplicou a regra dos cinco mais cinco na constituição do crédito tributário, como se pode depreender dos julgados abaixo:

EREsp 170.834/SP - Embargos de Divergência do Recurso Especial 1998/0063019-8 - Fonte: *DJ* de 15.03.1999 - Relator Ministro Garcia Vieira (1082) - Ementa: Tributário - Lançamento por homologação - Decadência - Prazo. - Já é pacífico no STJ o entendimento de que o prazo decadencial de 05 anos deve ser contado a partir da homologação do lançamento do crédito tributário; e, se a lei não fixar prazo para a homologação, será ele de 05 anos a contar da ocorrência do fato gerador. - Embargos recebidos.

EREsp 151.163/SP; Embargos de Divergência no Recurso Especial 1998/0024943-5, Fonte *DJ* de 22.02.1999, p. 00059, Relator Ministro Demócrito Reinaldo (1095). Ementa: Processual Civil e Tributário - Embargos de divergência - Contribuição previdenciária - Tributo sujeito a lançamento por homologação - Execução fiscal - Prosseguimento - Decadência não configurada - Contagem do prazo decadencial - Interpretação conjunta dos arts. 173, I, e 150, § 4º, do CTN. - De acordo com o artigo 173 do CTN, o direito da Fazenda de constituir o crédito tributário extingue-se em (5) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Tendo sido, na espécie, o lançamento realizado em 1984, os créditos relativos ao período de 1978 não se encontram atingidos pela decadência. Embargos de divergência recebidos. Decisão unânime.

Depreende-se do acórdão acima mencionado que, para a aplicação do prazo de 10 (dez) anos para a constituição do crédito tributário, considerou o mencionado acórdão que a decadência do direito ao lançamento do crédito tributário somente ocorre 5 (cinco) anos após o prazo de 5 (cinco) anos para a efetivação do ato de homologação.

Vale dizer, após o transcurso do prazo de 5 (cinco) anos contados da data da ocorrência do fato gerador, se a Administração efetuar a verificação da apuração do crédito tributário e constatar a existência de crédito, terá mais 5 (cinco) para realizar o lançamento de ofício do valor não recolhido por considerar tal procedimento uma revisão de lançamento.

Observa-se que tal entendimento foi desenvolvido com base na premissa de que é necessária a atuação da Administração para a homologação do lançamento dos tributos sujeitos ao regime de lançamento por homologação, tendo em vista o disposto no inciso I do artigo 150 do Código Tributário Nacional<sup>3</sup>.

Registre-se, ainda neste tocante, que tal posicionamento restou sedimentado na 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, como se vê do REsp 552.496/RS, de relatoria do Min. José Delgado:

(...) Está uniforme na 1ª Seção do STJ que, no caso de lançamento tributário por homologação e havendo silêncio do Fisco, o prazo decadencial só se inicia após decorridos 5 (cinco) anos da ocorrência do fato gerador, acrescidos de mais um quinquênio, a partir da homologação tácita do lançamento. Estando o tributo em tela sujeito a lançamento por homologação, aplicam-se a decadência e a prescrição nos moldes acima delineados. (...) Aplica-se, assim, o prazo prescricional nos moldes em que pacificado pelo STJ, *id est*, a corrente dos cinco mais cinco. A ação foi ajuizada em 30.10.2001. Valores recolhidos, a título da exação discutida, entre 10/91 e 12/95. Não transcorreu, entre o prazo do recolhimento (contado a partir de 10/1991) e o do ingresso da ação em juízo, o prazo de 10 (dez) anos. Inexiste prescrição sem que tenha havido homologação expressa da Fazenda, atinente ao prazo de 10 (dez) anos (5 + 5), a partir de cada fato gerador da exação tributária, contados para trás, a partir do ajuizamento da ação. (...) (AEREsp 552.496/RS, 1ª Seção, Rel. Min. José Delgado, DJ de 9.8.2004).

---

<sup>3</sup> "Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa. § 1º O pagamento antecipado pelo obrigado nos termos deste artigo extingue o crédito, sob condição resolutória da ulterior homologação do lançamento".

## 5 A Lei Complementar 118/2005 e a constituição do crédito tributário

Ocorre que, com a edição da Lei Complementar 118, de 9 de fevereiro de 2005, estabeleceu o seu artigo 3º que, para fins de interpretação do artigo 168 do Código Tributário Nacional, a extinção do Código Tributário ocorre, no caso de tributo sujeito a lançamento por homologação, no momento do pagamento antecipado de que trata o § 1º do artigo 150 da referida lei.

Ao que se vê, reconheceu o legislador que, independentemente de ulterior homologação, o crédito tributário se extingue pelo pagamento.

Em que pese a existência de discussões a respeito do caráter interpretativo ou não do mencionado dispositivo, o Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do AgRg no Ag 633.462, Relator Ministro Teori Albino Zavaski, T1 - Primeira Turma, j. em 17.03.2005, DJ de 04.04.2005, manifestou entendimento no sentido de aplicar a norma em questão, consoante abaixo demonstrado.

Tributário. Repetição de indébito. Tributo sujeito a lançamento por homologação. Prescrição. Orientação firmada pela 1ª Seção do STJ, na apreciação do EREsp 435.835/SC. LC 118/2005: natureza modificativa (e não simplesmente interpretativa) do seu artigo 3º. Inconstitucionalidade do seu art. 4º, na parte que determina a aplicação retroativa. Entendimento consignado no voto do EREsp 327.043/DF. - 1. A 1ª Seção do STJ, no julgamento do EREsp 435.835/SC, Rel. p/ o acórdão Min. José Delgado, sessão de 24.03.2004, consagrou o entendimento segundo o qual o prazo prescricional para pleitear a restituição de tributos sujeitos a lançamento por homologação é de cinco anos, contados da data da homologação do lançamento, que, se for tácita, ocorre após cinco anos da realização do fato gerador - sendo irrelevante, para fins de cômputo do prazo prescricional, a causa do indébito. Adota-se o entendimento firmado pela Seção, com ressalva do ponto de vista pessoal, no sentido da subordinação do termo *a quo* do prazo ao universal princípio da *actio nata* (voto-vista proferido nos autos do EREsp 423.994/SC, 1ª Seção, Min. Peçanha Martins, sessão de 08.10.2003). - 2. O art. 3º da LC 118/2005, a pretexto de interpretar os arts. 150, § 1º, 160, I, do CTN, conferiu-lhes, na verdade, um sentido e um alcance diferente daquele dado pelo Judiciário. Ainda que defensável a 'interpretação' dada, não há como negar que a lei inovou no plano normativo, pois retirou das disposições interpretadas um dos seus sentidos possíveis, justamente aquele tido como correto pelo STJ, intérprete e guardião da legislação federal. Portanto, o art. 3º da LC 118/2005 só pode ter eficácia prospectiva, incidindo apenas sobre situações que venham a ocorrer a partir da sua vigência. - 3. O artigo 4º, segunda parte, da LC 118/2005, que determina a aplicação retroativa do seu art. 3º, para alcançar inclusive fatos passados, ofende o princípio constitucional da autonomia e independência dos Poderes (CF, art. 2º) e o da garantia do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada (CF, art. 5º, XXXVI). Ressalva, no particular, do ponto de vista pessoal do Relator, no sentido de que cumpre ao órgão fracionário do STJ suscitar o incidente de inconstitucionalidade perante a Corte Especial, nos termos do art. 97 da CF. - 4. Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no Ag 633.462. Relator Ministro Teori Albino Zavaski, T1 - Primeira Turma, j. em 17.03.2005, DJ de 04.04.2005).

Logo e diante de tal entendimento, pode-se concluir que o Superior Tribunal de Justiça encampou a tese de prescindibilidade da atuação da Administração para a ocorrência do lançamento, o que, também por uma questão de coerência, deve ser aplicado na constituição do crédito tributário, colocando, assim, um fim na aplicação da teoria dos cinco mais cinco.

## 6 Conclusão

Com efeito, consoante demonstrado, o Superior Tribunal de Justiça, ao sedimentar a aplicação da teoria dos cinco mais cinco, partiu da premissa equivocada, no sentido de ser necessária a atuação da Administração para a homologação do lançamento dos tributos sujeitos ao regime de lançamento por homologação, tendo em vista o disposto no parágrafo 1º do artigo 150 do Código Tributário Nacional:

Com a edição da Lei Complementar 118/2005, restou estabelecido que, no momento do pagamento antecipado a que se refere o § 1º do artigo 150, ocorre a extinção do crédito tributário, no caso dos tributos que se submetem ao sistema de lançamento por homologação.

Ou seja, se a extinção do crédito tributário se opera no momento do pagamento do tributo, não há falar na condição resolutória de ulterior homologação do lançamento. Logo, restou sedimentada a desnecessidade da atuação da Administração para que seja operado o lançamento, o que põe por terra a teoria dos cinco mais cinco criada pelo Superior Tribunal de Justiça, aplicada, inicialmente, à repetição de indébito e posteriormente à constituição do crédito tributário.

Assim e também por uma questão de coerência, com o fim da aplicação da teoria dos cinco mais cinco na contagem do prazo prescricional para a ação de repetição de indébito, não há falar em alargamento do prazo para a constituição do crédito tributário em mais 5 (cinco) anos.

Trata-se, como se vê, da aplicação do princípio da isonomia tendo em vista a impossibilidade de se interpretar o mesmo dispositivo legal (§ 1º do artigo 150 do CTN) de forma mais benéfica ao Fisco e maléfica ao contribuinte.

Ora, o Código Tributário Nacional regulamenta de forma clara que o prazo decadencial para a constituição do crédito tributário é de 5 (cinco) anos, e não 10 (dez), como quer o Superior Tribunal de Justiça.

Portanto e diante da manifestação do próprio legislador a respeito da correta interpretação a ser dada ao mencionado dispositivo, não há falar em aplicação de interpretação diversa, pois, onde o legislador não distingue, não cabe ao intérprete fazê-lo.

Nesse sentido é o entendimento de Júlio César Rossi em seu artigo publicado na *Revista Dialética de Direito Tributário*, 116/2005:

A Lei Complementar 118/2005 trouxe, inexoravelmente, uma conseqüência indireta no cômputo do prazo decadencial em se tratando de crédito tributário sujeito a lançamento por homologação na forma tácita. (...). É que a interpretação conferida pelo c. Superior Tribunal de Justiça com relação ao § 4º do artigo 150 do Código Tributário Nacional sempre sinalizou a tese dos cinco mais cinco anos, que não mais se justifica à luz da Lei Complementar 118, de 9 de fevereiro de 2005. Isto porque, por um lado, para que o contribuinte maneje a ação de restituição de tributos sujeitos a lançamento por homologação, o prazo prescricional, nos termos do artigo 168, I, do Código Tributário Nacional, passou a ser de cinco anos, contados da extinção do crédito tributário (CTN, art. 150, § 4º, primeira parte).

Conclusão diversa conduziria a um tratamento não isonômico entre o direito de constituir o crédito tributário pelo Fisco (dez anos) e o direito de restituir os créditos relativos ao mesmo tipo de lançamento pelo contribuinte (cinco anos).

"Acredita-se que a lei complementar efetivamente direcionou a uma interpretação única a respeito de tema que há muito vem-se mostrando hesitante na jurisprudência" (ROSSI, Júlio César. Lei Complementar 118/2005: efeitos na prescrição e decadência dos tributos sujeitos a lançamento por homologação. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 116, p. 90/98).

É imperioso registrar que o Superior Tribunal de Justiça, ao analisar o dispositivo em comentário (AgRg no AG 633462. Relator Ministro Teori Albino Zavaski, T1 - Primeira Turma, j. em 17.03.2005, DJ de 04.04.2005), não reconheceu a sua inconstitucionalidade, mas apenas firmou orientação sobre a sua aplicabilidade, conforme demonstrado alhures, o que em nada prejudica a aplicação do prazo de 5 (cinco) anos para a constituição do crédito tributário.

Portanto, com a edição da Lei 118/2005, reconheceu o legislador que, independentemente de ulterior homologação, o crédito tributário se extingue pelo pagamento, ou pelo transcurso do prazo de cinco anos após a ocorrência do fato gerador, o que significa, em outras palavras, a prescindibilidade da atuação do Fisco para a ocorrência do lançamento, no caso dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação.

Ou seja, ocorrido o fato gerador, a Fazenda Pública possui o prazo de 5 (cinco) anos, para sobre ele se pronunciar, sob pena de se considerar homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito tributário.

## 7 Referências bibliográficas

BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

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

BRASIL. *Código Tributário Nacional*.

CARRAZZA, Roque Antônio. *ICMS*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

\_\_\_\_\_. *Princípios constitucionais tributários e competência tributária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Manual de direito tributário*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

DECOMAIN, Pedro Roberto. *Anotações do Código Tributário Nacional*. São Paulo: Saraiva, 2001.

MELO, José Eduardo Soares de; LIPPO, Luiz Francisco. *A não-cumulatividade tributária*. São Paulo: Dialética, 1998.

PAOLA, Leonardo Sperb de. *Presunções e ficções no direito tributário*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

MACHADO, Hugo de Brito. *Os princípios jurídicos da tributação na Constituição de 1988*. 4. ed. São Paulo: Dialética, 2001.

\_\_\_\_\_. *Aspectos fundamentais do ICMS*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 1999.

[www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)

[www.stj.gov.br](http://www.stj.gov.br)

[www.tjmg.gov.br](http://www.tjmg.gov.br)

-:~::~-



*Sumário: 1 Introdução. 2 Conceito de tributo. 3 Espécies tributárias. 3.1 Impostos. 3.2 Taxas. 3.3 Contribuição de melhoria. 3.4 Empréstimo compulsório. 3.5 Contribuições. 4 Estudo da taxa. 5 (In)constitucionalidade da taxa de incêndio. 6 Conclusão. 7 Referências bibliográficas.*

## **1 Introdução**

Por diversas vezes é o Judiciário acionado para se manifestar sobre a constitucionalidade de diversas taxas instituídas pelo Poder Público. Dentre os mais recentes questionamentos, temos como exemplos a taxa de limpeza pública e a taxa de iluminação, esta, por impossibilidade legal de ser cobrada mediante taxa, acabou, por manobra do legislador, tornando-se contribuição de iluminação pública prevista constitucionalmente.

Tantos questionamentos se devem ao fato de que a taxa é um tributo com características bem peculiares, previstas constitucionalmente, que devem ser observadas para que não se corra o risco de ser tida como inconstitucional.

É certo que são de difícil aplicação prática os pressupostos da divisibilidade e especificidade, característicos da taxa, o que leva o legislador a equívocos quando da instituição do referido tributo. Mas é também certo que muitas vezes taxas são criadas no intuito de serem travestidas de impostos, com o fim meramente arrecadatório.

Recente é a polêmica acerca da constitucionalidade da taxa de incêndio instituída pelo Estado de Minas Gerais, cuja discussão gerou uma ADIN proposta perante o Tribunal de Justiça mineiro, que acabou por concluir por sua constitucionalidade.

Por mais brilhante e de profundas reflexões jurídicas seja o acórdão proferido por aquela egrégia Corte Superior, ousaremos dele divergir no presente trabalho, mas sempre embasados na melhor doutrina e em diversos julgados, e com o intuito de enriquecer e engrandecer a discussão acadêmica.

Antes de debatermos acerca da inconstitucionalidade da taxa de incêndio instituída pelo Estado de Minas Gerais, tema central do presente estudo, discorreremos, primeiramente, apenas para nos situarmos e para que consigamos diferenciar as diversas espécies tributárias, acerca dos tributos em espécie. Num segundo momento, analisaremos os pressupostos de constituição das taxas, para, ao final do trabalho, sermos capazes de identificá-los, ou não, no tributo objeto do presente trabalho.

## **2 Conceito de tributo**

Conforme estabelece o art. 3º do Código Tributário Nacional:

Art. 3º. 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.

---

\*Assessora da 3ª Vara de Feitos Tributários do Estado de Minas Gerais. Formada pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, em 2001. Especialista em Direito Público pelo Instituto de Educação Continuada da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. E-mail: fferrari@tjmg.gov.br

Depreende-se dessa conceituação legal que a prestação tributária: possui caráter monetário, pelo que deve ser satisfeita em moeda; é compulsória, implicando uma obrigação; não é punição, o que a diferencia das multas; somente pode ser exigida mediante lei e está vinculada a um procedimento administrativo de cobrança.

### 3 Espécies tributárias

O art.145 da Constituição Federal, bem como o art. 5º do Código Tributário Nacional estabelecem os impostos, as taxas e as contribuições de melhoria como espécies do gênero tributo. Doutrinária e jurisprudencialmente têm-se considerado, também, o empréstimo compulsório e as contribuições como espécies tributárias, tendo em vista que tais exações se encontram inseridas constitucionalmente no capítulo do Sistema Tributário (arts. 148 e 149 da CF).

O atual dispositivo constitucional (o citado art.149) usou da seguinte técnica para, definitivamente, encerrar a polêmica e deixar claro e insofismável o caráter tributário dessas contribuições: ao invés de simplesmente inseri-las no Capítulo do Sistema Tributário Nacional, expediente de que já se valera a Constituição de 1967, com a redação que lhe deu a Emenda nº 1, de 1969 (expediente que não foi suficiente e que não logrou êxito absoluto, como já referimos, especialmente após o advento da Emenda Constitucional nº 8/77), o art. 149 manda, de forma literal e expressa, que se apliquem às contribuições os mais importantes princípios constitucionais tributários - da legalidade, da irretroatividade e da anterioridade - além de todas as normas gerais em matéria de Direito Tributário (BALEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. Atualizadora Misabel Abreu Machado Derzi. 11. ed., Ed. Forense, p. 72).

Passemos, a seguir, à análise superficial de cada espécie tributária, dentre as quais nos concentraremos, no capítulo seguinte, no exame da taxa, objeto principal de nosso estudo.

#### 3.1 Impostos

Imposto, na definição do art.16 do CTN, é o "tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica".

O fato gerador da exação tributária na modalidade de imposto não se relaciona ou se vincula a qualquer prestação estatal, encontrando-se desvinculado de qualquer atividade prestada pelo Estado relativa ao contribuinte ou por ele provocada. Para exigir imposto de certo indivíduo, não é preciso que o Estado lhe preste algo determinado, bastando que a situação fática eleita pelo legislador como evidenciadora de capacidade contributiva se realize (por exemplo, aquisição de renda).

#### 3.2 Taxas

As taxas (art. 145, II, da CF e art. 77 do CTN) têm como fato gerador o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou colocado à sua disposição.

O fato gerador da taxa encontra-se vinculado, ou seja, comporta atividade estatal em proveito do contribuinte, seja através da efetiva ou potencial utilização de serviço público, seja pelo exercício regular do poder de polícia. Daí afirmar-se que a taxa é a contraprestação de serviço público prestado ou posto à disposição do contribuinte.

#### 3.3 Contribuições de melhoria

A contribuição de melhoria (art. 145, III, da CF e art. 77 do CTN) tem como fato gerador a valorização do imóvel do contribuinte em razão de obra pública. Os beneficiários diretos da obra

arcam com seu custo, total ou parcialmente. Contudo, cada contribuinte não pode ser obrigado a pagar quantia superior à valorização de seu imóvel, e o total arrecadado, por sua vez, não pode ser superior ao custo da obra.

### 3.4 Empréstimo compulsório

A Constituição prevê a instituição de empréstimos compulsórios pela União em duas situações: a) despesas extraordinárias, decorrentes de calamidade pública e de guerra externa efetiva ou iminente (art. 148, I); b) investimento público de caráter urgente e de relevante interesse nacional (art. 148, II).

O empréstimo compulsório acarreta para o Estado a obrigação de restituir aos contribuintes a obrigação que foi emprestada. A aplicação dos recursos provenientes do empréstimo compulsório é vinculada à despesa que fundamentou sua instituição.

### 3.5 Contribuições

O art. 149, *caput* e parágrafo primeiro, da Constituição Federal agrupa as figuras tributárias denominadas contribuições, subdividindo-as em: contribuições sociais, contribuições de intervenção no domínio econômico, contribuições de interesse de categorias profissionais ou econômicas, de competência da União, e as previdenciárias, cuja instituição compete ao Estado, Distrito Federal e Municípios.

## 4 Estudo da taxa

Leciona Luciano Amaro:

Taxa, de verbal de 'taxar', também figura nos dicionários como sinônimos de 'tributo' (a par de outras acepções). Vem do latim *taxare* (avaliar, estimar, determinar o valor); confirmam-se as expressões 'taxa de juros', 'taxa de câmbio', 'taxímetro' (aparelho que mede valor). Etimologicamente, taxa é sinônimo de preço (de um serviço ou de um bem), traduzindo, pois, a idéia de comutatividade ou contraprestacionalidade. O inglês *tax* (do mesmo étimo) é empregado, na linguagem jurídica, no sentido de imposto. No nosso direito, taxa é espécie de tributo, exatamente a figura na qual está presente, de acordo com o sentido etimológico da expressão, a idéia de contraprestação, dado que a taxa se caracteriza pela conexão a um serviço ou utilidade que o Estado propicia ao contribuinte (por exemplo, a prestação de um serviço público) (*in Direito Tributário Brasileiro*. 4. ed. Ed. Saraiva, p.17).

No ordenamento jurídico brasileiro, o conceito de taxa encontra-se estampado na Constituição Federal (art. 145, II), complementado pelo Código Tributário Nacional (art. 77), vindo a ser um tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação dependente de uma atividade estatal específica, dirigida ao contribuinte, seja em razão do exercício do poder de polícia, seja em razão da utilização, efetiva ou potencial, de um serviço público específico e divisível prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição.

As atividades estatais caracterizadas pela divisibilidade e especificidade podem ser financiadas por tributos pagos pelos indivíduos a que essas atividades se dirigem. As atividades gerais do Estado, por sua vez, devem ser financiadas com os impostos, arrecadados de toda a coletividade. Eis o elemento característico de distinção entre taxas e impostos.

A taxa, como espécie do gênero tributo, possui o caráter pecuniário, mas não se constitui em sanção por ato ilícito, exigida compulsoriamente pelo Estado, em virtude de lei, mediante atividade administrativa vinculada.

Além disso, a taxa, como espécie tributária, possui como pressuposto legal uma atividade do Poder Público decorrente do *exercício do poder de polícia* ou da *prestação* ao contribuinte, ou colocação à disposição deste, de *serviço público específico e divisível*.

Classificam-se as taxas, então, com base no respectivo fato gerador da obrigação tributária, em taxas de polícia e taxas de serviço.

Considera-se poder de polícia, conforme definição do art. 78 do CTN:

a atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

A atividade estatal relativa ao poder de polícia, para dar origem às taxas, tem que ser efetiva e regular, vale dizer, deve ser realizada concretamente e desempenhada pelo órgão competente (art.78, parágrafo único, do CTN). O Estado, ao exercer o seu poder de polícia, por razões de interesse público, limita ou disciplina uma atividade, regulamentando sua realização.

Inúmeras são as taxas de polícia, denominadas taxas de licença, taxas de fiscalização, taxas de inspeção.

Luciano Amaro (p. 33):

Esses direitos (de construir, de portar arma, de viajar, etc.), porque podem afetar o interesse da coletividade, sofrem limites e restrições de ordem pública. A taxa de polícia é cobrada em razão da atividade do Estado, que verifica o cumprimento das exigências legais pertinentes e concede a licença, a autorização, o alvará etc. Por isso, fala-se em taxas cobradas pela remoção de limites jurídicos ao exercício de direitos. A atuação fiscalizadora do Estado, em rigor, visa ao interesse da coletividade, e não ao do contribuinte da taxa, isoladamente. É este, porém, que provoca a atuação do Estado, sendo isso que justifica a imposição da taxa. Por essa razão - recorda Gilberto de Ulhôa Canto - foram criadas, a par das taxas pela prestação de serviços ao contribuinte, as taxas pelo exercício do poder de polícia, que, a exemplo daquelas, se referem a atos divisíveis do Estado, justificando-se, por isso, custeá-los também com receitas específicas, e não com os impostos.

A segunda hipótese autorizadora de cobrança da taxa consubstancia-se na utilização efetiva ou potencial de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou colocado à sua disposição, o que denomina as taxas de serviço.

O art. 79 do CTN considera que o serviço público é utilizado efetivamente quando usufruído pelo contribuinte a qualquer título. E, potencialmente, quando colocado à disposição do contribuinte mediante atividade administrativa em efetivo funcionamento, ainda que por ele não utilizado.

Tendo em vista as diversas atividades estatais, os serviços públicos dividem-se em gerais e específicos.

São serviços públicos gerais, também denominados universais (*uti universi*), aqueles que, fornecidos indistintamente a todos, proporcionam uma vantagem à coletividade, genericamente, inexistindo possibilidade de se mensurar o quanto é utilizado por cada cidadão individualmente. Geralmente, a prestação de tais serviços é financiada com a receita de impostos.

São serviços públicos específicos ou *uti singuli* aqueles que beneficiam diretamente o indivíduo ou um determinado grupo de indivíduos. Neste tipo de serviço é possível destacar o usuário

do serviço e estabelecer uma relação direta entre o poder tributante e o contribuinte, situação, na qual melhor seja o serviço custeado com a cobrança de taxas.

A divisibilidade, por fim, pode ser identificada quando se verifica que o serviço é suscetível de utilização separada por parte dos usuários, permitindo uma divisão de seu custo.

Em conclusão, determinadas são as situações que podem gerar o surgimento de taxas, que dizem respeito ao exercício do poder de polícia ou à utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos à sua disposição. *A contrario sensu*, se os serviços públicos prestados atingem pessoas indeterminadas ou a coletividade em geral, não permitida estará a criação de tributo na modalidade de taxa, sob pena de ser considerado inconstitucional.

Fora desses limites impossível a criação de taxas. A lei tributária criadora da taxa deve especificar as situações enquadráveis nos lindes constitucionais. Assim, o poder tributante só pode exigir taxa do contribuinte, se houver atividade diretamente a ele vinculada. O serviço há de ser prestado ou posto à disposição do contribuinte. O exercício do poder de polícia deve ser dirigido à limitação ou disciplina de direito, interesse ou liberdade do contribuinte (*Comentário ao CTN*, p.140).

## 5 Inconstitucionalidade da taxa de incêndio

O Estado de Minas Gerais, utilizando-se da competência que lhe é atribuída constitucionalmente, instituiu a taxa pela utilização potencial do serviço de extinção de incêndio, criada pela Lei 14.938/2003, que acresceu dispositivo (inciso IV) ao art. 113 da Lei 6.763/75, que trata das taxas de segurança pública.

Classificam-se as taxas estaduais, de acordo com a Lei 6.763/75, em taxa de expediente, taxa florestal, taxa judiciária e taxa de segurança pública.

De acordo com o art.113 da Lei 6.763/75, a taxa de segurança pública é devida:

- I - pela utilização de serviços específicos e divisíveis, prestados pelo Estado em órgãos de sua administração, ou colocados à disposição de pessoa física ou jurídica cuja atividade exija do poder público estadual permanente vigilância policial ou administrativa, visando à preservação da segurança, da tranquilidade, da ordem, dos costumes e das garantias oferecidas ao direito de propriedade;
- II - em razão de eventos de qualquer natureza que envolvam reunião ou aglomeração de pessoas e demande a presença de força policial, realizados no âmbito do Estado;
- III - pela utilização de serviços prestados pelo Corpo de Bombeiros Militar de Minas Gerais, quando o interesse particular predominar sobre o interesse público;
- IV - pela utilização potencial do serviço de extinção de incêndios.

Antes de discorrermos acerca dos motivos pelos quais entendemos ser inconstitucional a instituição da referida taxa, é importante mencionarmos que o egrégio TJMG, no julgamento da ADIN nº 1.0000.04.404860-1/000, publicado em 30.12.2004, admitiu a constitucionalidade dos dispositivos legais impugnados, ao fundamento de que:

de forma indireta, de modo secundário, o serviço de extinção de incêndio beneficia a população em geral. Mas, antes, há aquele usuário, aquele contribuinte, proprietário de imóvel, que, de forma mais direta, mais específica, é, em primeiro lugar, beneficiado pelo serviço, de que se vale para ver extinto o incêndio em seus bens.

E, ainda,

a base de cálculo para sua cobrança não é a mesma de qualquer imposto, como se vê nas disposições do art.115, § 2º, da Lei Estadual 6.763/75, que considera até o 'Coeficiente de Incêndio', expresso em megajoules (MJ), que corresponde à quantificação do risco de incêndio na edificação.

A nosso ver, contudo, o serviço previsto no inciso IV do art.113 da Lei 6.763/75 não preenche os requisitos da divisibilidade e especificidade estabelecidos constitucionalmente.

É que as atividades prestadas pelo Corpo de Bombeiros, dentre as quais se encontra a extinção de incêndios, se enquadram no conceito de segurança pública, conforme se infere da leitura do inciso V do artigo 144 da Carta Magna.

Para o STF, as atividades relacionadas à segurança pública são serviços que não podem ser considerados específicos nem divisíveis, devendo ser sustentados pelas receitas originárias do recolhimento de impostos, conforme entendimentos externados nos julgamentos das medidas cautelares nas ADINs nº 2.424/CE e nº 1.942/PA.

A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio (art.144, CF).

Para Luciano Amaro (p. 34):

Os serviços gerais ou indivisíveis (como a gestão patrimonial do Estado, a defesa do território, a *segurança pública* etc.) são financiáveis com a receita de impostos e não com taxas de serviço, pois configuram atividades que o Estado desenvolve em atenção a toda a coletividade, sem visar a este ou àquele indivíduo, sendo irrelevante saber se tais atividades são ou não específicas (grifo nosso).

Ainda que o serviço de extinção de incêndio, em uma determinada situação, seja utilizado de forma específica, vale dizer, para atendimento de uma certa pessoa ou determinado bem, não verifico a sua divisibilidade, visto que realizado em benefício de toda a coletividade, já que o resguardo da dignidade da pessoa humana, aí inserida a sua integridade física e moral, é interesse de todos e fundamento da República Federativa do Brasil. Contrariamente ao voto condutor da ADIN mencionada, entendemos que, no serviço de extinção de incêndio, primordialmente, existe o resguardo do interesse público e, de forma secundária, indireta, do interesse particular do indivíduo.

O serviço de extinção de incêndio não pode ser exigido dos contribuintes na modalidade de taxa, por não se tratar de serviço divisível, vez que prestado a toda a coletividade, sem a possibilidade de utilização separada, por parte de cada um de seus usuários. Não há como determinar quanto cada contribuinte deve pagar individualmente pela prevenção do risco de incêndio, não podendo ser mensurada a parcela de cada contribuinte. A prevenção de incêndio é prestada, na verdade, a toda e qualquer pessoa, independentemente de possuírem imóveis propensos a se incendiarem, ou, até mesmo, de não possuírem imóveis.

A partir do momento em que o Estado se aparelha para executar o serviço, está atendida a exigência de 'especificação'. Se (específico embora) o serviço for *indivisível*, descabe taxá-lo; se divisível, a taxa pode ser instituída. Ou seja, o que importa é a *divisibilidade*, e não a *especificidade* do serviço (Luciano Amaro, p. 34).

Como bem fundamentado pela douta Juíza Cláudia Regina Guedes Maia da 3ª Vara de Feitos Tributário do Estado:

O serviço de combate a incêndio não é específico a ponto de poder ser destacado por unidade autônoma, nem divisível para ser mensurado individualmente pelos consumidores. Dessa forma, só cabe a cobrança da taxa mencionada aos que se utilizam e beneficiam do serviço prestado, que, no caso, não seriam somente os impetrantes, mas a coletividade em geral, pois o sinistro pode não atingir apenas o proprietário ou o possuidor de determinado imóvel. Também inviável medir o quanto cada proprietário de imóvel pode ser beneficiado com a existência do serviço. Quando o serviço prestado é insuscetível de utilização individual e imensurável, deve ser arcado com a receita dos impostos (Mandado de segurança nº ).

Como estudado no item acima, a tributação mediante taxa objetiva ressarcir o Estado do custo do exercício do poder de polícia ou do serviço público específico e divisível prestado ao contribuinte, tratando-se, na verdade, de uma contraprestação pelo serviço utilizado. Não visa à formação de receita para aplicação em atividades outras, que não a motivadora direta da cobrança.

Entretanto, no caso da taxa em exame, estabelece o § 3º do art. da Lei 6.763/75 que o produto da arrecadação da taxa a que se refere a Tabela B anexa a esta lei será aplicado, no percentual mínimo de 50% (cinquenta por cento), no reequipamento da unidade operacional de execução do Corpo de Bombeiros Militar de Minas Gerais sediada no Município onde foi gerada a receita.

Como se vê, apenas parte da receita arrecadada com a instituição da taxa em exame está vinculada à prestação do serviço de extinção de incêndio, o que retira do tributo as características de comutatividade e retributividade que lhe são inerentes. Ademais, o STF rejeita a exigência das "pseudotaxas", firmando posicionamento no sentido de necessidade de equivalência entre o valor da taxa e o custo real dos serviços. No caso em exame, nem tudo o que está sendo arrecadado com a instituição da taxa em exame está sendo aplicada no serviço prestado.

Voltando ao julgamento da ADIN, verifico que, de fato, para se fixar o valor da taxa foi levado em consideração o risco de incêndio na edificação (coeficiente de risco de incêndio) expresso em megajoules, o que afasta a identidade de sua base de cálculo com a de qualquer imposto. Mas, consideradas restaram pela legislação também a metragem do imóvel e a circunstância de ser residencial, comercial ou industrial.

Ao assim estabelecer a lei estadual, admitiu-se a cobrança da taxa não somente em razão da intensidade de utilização do serviço pelo contribuinte, mas também em razão de fato e/ou qualidade do sujeito passivo, o que viola os dispositivos legais relacionados à instituição da taxa, por inexistir correlação entre o valor fixado e o custo da atividade de extinção de incêndio a ser prestada pelo Estado.

Por fim, vale conferirmos um trecho do trabalho realizado pelo tributarista Igor Mauler Santiago acerca da taxa de incêndio:

Permitimo-nos aqui uma rápida digressão sobre a taxa pela utilização potencial do serviço de extinção de incêndio, criada pelo Estado de Minas Gerais em fins de 2003 e também calculada sobre a área do imóvel, agora associada a um índice técnico de mensuração do risco de incêndio. Não negamos que o serviço do corpo de bombeiros, quando prestado, seja específico e divisível ou que seja de utilização compulsória (ou sequer que a área do imóvel incendiado seja um bom parâmetro para a sua quantificação, por ser indicativo do trabalho despendido para o combate ao fogo). Contudo - e aqui está a diferença em relação à taxa de lixo e a causa, a nosso ver, da impossibilidade da cobrança da taxa de pessoas cujos imóveis não se incendiaram - antes do sinistro o serviço não é prestado de forma individualizada ao contribuinte, não fazendo o Estado nenhuma despesa a ele referível. A chave do problema, em nossa opinião, é a existência de gasto público em prol de um determinado cidadão, gasto que não se evitará pela circunstância - acidental - de este não gozar do serviço. Insistimos em que a despesa há de ser diretamente relacionada ao atendimento de determinada pessoa, para que esta possa ser chamada a pagar taxa. Para as despesas gerais (aparelhamento do corpo de bombeiros, por exemplo) existem os impostos (Igor Mauler Santiago, p. 293).

## 6 Conclusão

Ao se percorrermos durante o trabalho as características inerentes às taxas, previstas constitucionalmente, percebemos que a taxa de incêndio instituída pelo Estado mineiro se constitui em serviço público geral e indivisível colocado à disposição de todos os membros da coletividade. Inexiste, no caso, a possibilidade da utilização do serviço público separadamente, por parte de cada contribuinte (não é divisível), nem a possibilidade do serviço público ser destacado em

unidades autônomas de intervenção, de utilidade ou de necessidades públicas (não é específico).

Diante da sua compulsoriedade e generalidade, onde pagam pessoas que não recebem, de forma direta, pela atividade estatal, mais se configura como imposto.

Concluimos, então, que a simples disponibilidade de um serviço geral e indivisível não pode constituir-se em causa jurídica da taxa, o que torna a taxa pela utilização potencial do serviço de extinção de incêndio ilegítima no sistema tributário nacional.

## 7 Referências bibliográficas

AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva.

BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. Atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro: (comentários à Constituição e ao Código Tributário Nacional, artigo por artigo)*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense.

DERZI, Misabel Abreu Machado (coordenadora). *Construindo o direito tributário na Constituição: uma análise da obra do Ministro Carlos Mário Velloso*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

NASCIMENTO, Carlos Valder (coordenador). *Comentários ao Código Tributário Nacional: (Lei nº 5.172, de 25.10.1966)*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense.

-...-

*Sumário: 1 Introdução. 2 Locação de bens móveis: obrigação de dar ou obrigação de fazer? 3 Lei complementar x lei ordinária: o alcance da definição dos serviços tributáveis. 4 O ISSQN e a interpretação econômica do fato gerador. 5 Conclusão. 6 Referências bibliográficas.*

### 1 Introdução

A tributação dos serviços tem grande relevância no mundo das relações jurídico-tributárias. O objetivo deste artigo é a discussão acerca da incidência do ISSQN sobre a locação de bens móveis do ponto de vista da interpretação da norma tributária e do fato impositivo à luz dos princípios constitucionais.

Essa discussão passa pela necessidade de uma análise conceitual de sua *ratio*, bem como do marco de competência tributária delimitado pela Constituição, tendo-se em vista a utilização de métodos interpretativos empregados pela doutrina e pela jurisprudência, de molde a fazer emergir do confronto entre as duas abordagens da matéria a posição mais próxima à jurisprudência dos valores, sempre com foco nos princípios constitucionais, afastando-se a tentação dogmática e positivista que pauta o pensamento de grande parte dos doutrinadores pátrios do direito tributário.

### 2 Locação de bens móveis: obrigação de dar ou obrigação de fazer?

A incidência do ISSQN sobre locação de bens móveis, tais como veículos, máquinas e equipamentos, é matéria controvertida na doutrina pátria. A jurisprudência, contudo, inclina-se pela não-incidência do tributo. Foi declarada, pelo STF, no Recurso Extraordinário 116.121-3, a inconstitucionalidade do item 79 da Lista de Serviços anexa ao Decreto 406/68, havendo sido posteriormente expressamente revogada da Lista de Serviços anexa à Lei Complementar 116/2003 a previsão de incidência do tributo sobre as operações de locação de bens móveis:

Tributo - Figurino constitucional. A supremacia da Carta Federal é conducente a glosar-se a cobrança de tributos discrepantes daqueles nela previstos. Imposto sobre Serviços - Contrato de locação. - A terminologia constitucional do Imposto sobre Serviços revela o objeto da tributação. Conflita com a Lei Maior dispositivo que imponha o tributo considerado contrato de locação de bem móvel. Em Direito, os institutos, as expressões e os vocábulos têm sentido próprio, descabendo confundir a locação de serviços com a de móveis, práticas diversas regidas pelo Código Civil, cujas definições são de observância inafastável - artigo 110 do Código Tributário Nacional (Recurso Extraordinário nº 116.121-3, Relator Min. Octavio Gallotti - Relator p/ o acórdão Min. Marco Aurélio - Tribunal Pleno - 11.10.2000).

Não obstante, vem persistindo na jurisprudência a posição segundo a qual é cabível a exação, em razão da predominância do fator prestação de serviço nessa atividade econômica, de modo a justificar a cobrança do ISS sobre a locação de equipamentos médicos, como é o caso do seguinte aresto do julgamento, no Tribunal de Justiça de Minas Gerais, do Mandado de Segurança 1.0145.01.030126-8/002:

---

\*Especialista em Direito Público pelo Instituto de Educação Continuada da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. E-mail:ivandoehler@hotmail.com.

Mandado de segurança - Apelação. - A locação de bens móveis, em consonância com outros tipos de atividades que não têm como pressuposto intrínseco o trabalho prestado por pessoas, foi sempre classificada como serviço, sujeito ao imposto municipal, inclusive na mesma legislação complementar que incluiu a expressão prestação de serviço como fato gerador do ISS. A locação de bens móveis espelha prestação de serviços, já que exige a manutenção de um estabelecimento para atender aos seus clientes, e serviços para manter os produtos locados em condições de uso, de acordo com as exigências do mercado, caracterizando verdadeira prestação de serviços, com inclusão de obrigação de fazer, possibilitando a cobrança do ISSQN sobre essas atividades. (Relatora: Des.<sup>a</sup> Vanessa Verdolim Hudson Andrade. Data do acórdão: 1º.03.2005. Data da publicação: 18.03.2005.)

A grande discussão que se trava em torno da incidência ou não do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza sobre a atividade de locação de bens móveis diz respeito à especificidade da obrigação da qual se origina a relação jurídico-tributária, que não seria obrigação de fazer, mas obrigação de dar, com o que restaria descaracterizada a hipótese de incidência do tributo.

Dispõe o art. 109 do CTN: "Os princípios gerais de direito privado utilizam-se para pesquisa da definição, do conteúdo e do alcance de seus institutos, conceitos e formas, mas não para definição dos respectivos efeitos tributários".

Prescreve o art. 110 do mesmo diploma legal:

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.

É com base nesses dispositivos que alguns autores e parte da jurisprudência se manifestam no sentido de que não é cabível tributar o aluguel de veículos e de outros bens móveis, que constituem atividade que não configura propriamente prestação de serviço, em que predomina a obrigação de fazer, mas cessão de direito de uso de bem móvel, que representa, necessariamente, obrigação de dar. Logo, se não há obrigação de fazer, de serviço não se trata, e por isso não há falar-se em cobrança de ISS.

Nesse sentido, a importação da definição de prestação de serviço do campo do direito privado não poderia ser alterada com o fito de definição ou de limitação de competência tributária, de modo a ter-se como válida a incidência do ISS sobre atividade econômica fundada em obrigação de dar.

Luciano Amaro afirma que:

inexistindo modificação do instituto de direito privado pela lei tributária, ele ingressa, pois, no campo fiscal com a mesma vestimenta que possuía no território de origem. A locação de coisas continua sendo locação de coisas, sem transformar-se em compra e venda ou em prestação de serviços; sócio continua sendo sócio, sem transfigurar-se em administrador; doação permanece como tal, sem travestir-se de compra e venda, etc. Só quando o queira é que a lei tributária irá, de modo expresse, modificar esses institutos ou conceitos (para fins tributários, obviamente) (AMARO, 2003: 214).

Esse entendimento, compartilhado por outros tributaristas de renome, como Mizabel Derzi, importa em considerar fora do campo de incidência do ISS as atividades em que prevalece o dar sobre o fazer, como seria o caso da locação de bem móvel, em que a obrigação predominante é a de dar o bem para uso mediante retribuição.

Tal visão deriva da interpretação da obrigação de dar como obrigação diversa da obrigação de fazer, quando na verdade a obrigação de dar algo a alguém nada mais é do que a obrigação de praticar um ato de entrega. Há confusão entre o bem objeto da obrigação com a obrigação em si.

Na realidade, não há distinção de gênero entre obrigação de fazer e obrigação de dar, de modo a que se tenha a locação de bem móvel como fora do campo de incidência do ISSQN.

No direito privado, quando é firmado o contrato de prestação de serviço entre o locador do veículo e o cliente-locatário, estabelece-se uma relação obrigacional em que o sujeito passivo é o proprietário do bem móvel cujo uso é cedido temporariamente ao cliente mediante o pagamento de quantia em dinheiro, de modo que o objeto da obrigação não é propriamente o bem físico, mas sua entrega àquele que paga por esse serviço.

Segundo Pontes de Miranda (1984):

o bem, nos direitos de crédito, é, no fundo, ato do devedor (*dare, facere, non facere*). Os que afirmam que o direito de crédito recai sobre a pessoa do devedor, confundem o bem e o devedor (pólo da relação jurídica obrigacional). A obrigação de fazer, por exemplo, é obrigação que tem o devedor de praticar ato positivo. O bem é o ato. Quem é obrigado ao ato é o devedor. Portanto, o devedor, a pessoa do devedor, é o sujeito passivo, na relação jurídica obrigacional; o bem, que se deve, é o seu ato. A pessoa do devedor é sujeito passivo, e não bem. (...) Por muito tempo hesitamos entre só nos referirmos às obrigações de fazer, de que as obrigações de dar seriam espécie, e das outras, ou tratarmos das obrigações de dar (Código Civil, arts. 863-877), das obrigações de fazer (arts. 878-881) e das obrigações de não fazer (arts. 882 e 883). Dar é fazer, porém fazer que se trata de modo especial, porque supõe o bem, que se desloca. O fazer, em senso estrito, ou é o fazer propriamente dito, como o prestar serviço ou trabalho, ou o responder por outrem, como acontece ao fiador. Não há razão suficiente para que se afaste a tripartição romana (L. 3. pr., D., *De obligationibus et actionibus*, 44, 7: '*Obligationum substantia in eo consistit, ... ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum*').

Desde esta perspectiva, portanto, a translação da definição de serviço do campo privatístico para a seara do direito tributário não autoriza a exclusão do campo de incidência do Imposto sobre Serviços da locação de bens móveis, em que a cessão de uso do bem se reveste das características de uma verdadeira prestação de serviços, na medida em que há na transferência precária e provisória da posse do bem a um terceiro um autêntico *facere*, ainda que sob a aparência fenomênica de obrigação de dar, que é espécie do gênero obrigação de fazer.

A Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003, prevê, no item 3 da Lista de Serviços a ela anexa, a tributação sobre serviços prestados mediante locação, cessão de direito de uso e congêneres, não obstante o item 3.01, que previa a tributação sobre a locação de bens móveis, tenha sido vetado pelo Presidente da República, em razão da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, nos autos do Recurso Extraordinário nº 116.121/SP, que declarou inconstitucional a incidência do imposto em comento sobre a locação de bens móveis.

Desse modo, não se pode afirmar peremptoriamente que houve revogação do dispositivo que autoriza a cobrança do ISS sobre serviços de locação de bens móveis, malgrado a revogação do item 3.01 da Lista de Serviços da LC 116/2003, correspondente ao item 79 da Lista de Serviços anexa ao Decreto 406/68, revogado por aquela.

Assim, admitindo-se a interpretação gramatical do item 3 da mencionada Lista de Serviços da LC 116/68, tem respaldo legal a incidência do ISS sobre serviços prestados mediante locação, cessão de direito de uso e congêneres.

Não se pode negar que é tomadora de serviço uma empresa que, por conveniência momentânea ou por política de administração tendente a minorar o peso do capital imobilizado, procede à locação de veículos destinados ao transporte de pessoas ou de mercadorias.

Também não se pode negar o caráter de prestação de serviço mediante a locação de guindastes para uma obra de engenharia civil, mormente considerando-se que, neste caso, mais evi-

dente se mostra o caráter de prestação de serviço, porque sói ocorrer que o operador da máquina é empregado da empresa locadora, podendo-se afirmar o mesmo em relação a outros equipamentos locados em que há exigência de qualificação técnica pouco usual do respectivo operador, não raro fornecido, em pacote fechado, ao tomador do serviço como parte integrante da prestação.

### 3 Lei complementar x lei ordinária: o alcance da definição dos serviços tributáveis

A Constituição Federal define a competência tributária do Imposto sobre Serviços em seu artigo 156, inciso III: "Art. 156. *Compete aos Municípios instituir impostos sobre: ... III - serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, II, definidos em lei complementar*".

Contudo, malgrado a unanimidade dos doutrinadores brasileiros em torno da assertiva de que a Constituição Federal não cria tributo, afirma José Souto Maior Borges (2004: 06) que:

a Constituição dispõe pormenorizadamente sobre as hipóteses de incidência (fatos geradores) das taxas (art. 145, II); a base de cálculo das taxas (art. 145, § 2º); as hipóteses de incidência de impostos federais (art. 153), estaduais (art. 155) e municipais (art. 156); a base de cálculo dos impostos residuais (art. 154, I); o regime jurídico dos empréstimos compulsórios (art. 148, II); as alíquotas do IPI (art. 153, § 4º) e ICMS (art. 155, § 1º, IV) etc. Não resiste pois à análise crítica a tese da criação do tributo exclusivamente pela lei tributária material da pessoa constitucional detentora da competência tributária.

Invoca-se aqui esse posicionamento como reforço à tese de que não há vedação à cobrança do ISSQN sobre locação de veículos e sobre outros bens móveis a partir de previsão contida em lei municipal, que não é inconstitucional sob esse aspecto, à luz da LC 116/2003.

Prossegue o Professor Souto Maior (2004: 11), afirmando que:

instituir a hipótese de incidência do tributo é algo formal e substancialmente distinto, por força da Constituição, de definir os serviços tributáveis pelos Municípios. Se a lei complementar pudesse não só definir esses serviços pondo normas sobre normas tributárias (*Übernormen*, 'metanormas', 'sobredireito'), mas também estabelecer as hipóteses de incidência da tributação, estaria invadindo o campo reservado constitucionalmente à competência municipal, decorrente da autorização para a lei municipal descrever hipoteticamente serviços tributáveis (a hipótese normativa não é um prescritor, mas um descritor deôntico). Essa distinção entre as funções da lei complementar de definir a hipótese de incidência (fato gerador) dos impostos e da lei tributária municipal de instituir (decretar) o ISS, é no entanto inteiramente inapercebida na doutrina e na jurisprudência brasileiras. A lei complementar, ao definir os serviços passíveis de tributação pelos Municípios, estabelece normas sobre tributação, e não, a rigor, normas tributárias, porque esses serviços são definidos em regras materiais sobre competência, servientes, nessa qualidade, da competência na sua plenitude originária, que é constitucional e, por isso mesmo, não limitável em lei complementar. A competência do Município para instituir o imposto sobre serviços está compreendida na cláusula constitucional do peculiar interesse municipal (art. 29), que é afinal um pré-requisito para a efetivação da autonomia do Município na gestão dos seus próprios negócios e interesses. Sem autonomia financeira - é vetusta a afirmação do princípio - não há autonomia política e administrativa.

Vê-se que, nessa abordagem radical, José Souto Maior Borges preconiza a interpretação sistêmica dos dispositivos da lei tributária material conforme à Constituição, de molde a, na comparação entre os princípios da limitação ao poder de tributar, que encontra expressão no princípio de preservação dos institutos do direito privado na utilização de definições oriundas do direito privado, por um lado, e o princípio da autonomia municipal, extrair-se, pela ponderação, não a exclusão de um deles, mas a prevalência dos valores constitucionais que representam, de modo que a se preservar o fundamento de validade da norma tributária material que institui, dentro de seu campo de competência, hipótese de incidência não vedada pelo texto constitucional.

No caso do ISSQN sobre locação de bens móveis, sob esse aspecto, é de se concluir que a restrição contida no art. 146, III, *in fine*, dirige-se à exclusão do campo de incidência do tributo daqueles fatos geradores que dizem respeito à circulação de mercadoria acoplada à prestação de serviços que dizem respeito à tributação pelo ICMS, e não à não-incidência do ISS sobre serviços que não se encontrem expressamente previstos na Lista de Serviços da LC 116/2003, circunscrevendo-se a sua taxatividade à área dos conflitos entre o ISS e o ICMS, conforme leciona Borges (2004: 47).

#### 4 O ISSQN e a interpretação econômica do fato gerador

Os intérpretes das normas tributárias que são favoráveis à incidência do ISSQN sobre a locação de bens móveis têm passado ao largo da camisa de força da interpretação das hipóteses de incidência à luz dos artigos 109 e 110, mediante o expediente da interpretação teleológica, de modo que têm sido objeto de crítica dos doutrinadores que abominam a interpretação econômica do fato gerador, certamente por inevitável aproximação dessa *Weltanhang* com o pensamento manifestado pelos próceres do nacional-socialismo alemão, que tem como expoente Enno Becker, formulador da política tributária do III *Reich*, a qual privilegiava o interesse econômico-financeiro da arrecadação de impostos em detrimento dos argumentos meramente jurídicos no campo tributário.

Na doutrina brasileira, o maior crítico dessa corrente é o insigne Alfredo Augusto Becker, segundo o qual, naquela corrente doutrinária:

na interpretação das leis tributárias, dever-se-ia ter como princípio geral dominante (e não como regra jurídica excepcional e expressa) o princípio de que o Direito Tributário, ao fazer referência a institutos e conceitos dos outros ramos do Direito, desejaria que o intérprete da lei tomasse não o fato (ato, fato ou estado de fato) jurídico com sua específica natureza jurídica, mas sim o fato econômico que está subjacente ao fato jurídico ou os efeitos econômicos decorrentes do fato jurídico. Na interpretação da lei tributária dever-se-ia ter em conta o fato econômico ou os efeitos econômicos do fato jurídico referido na lei tributária, de tal modo que, embora o fato jurídico acontecido fosse de natureza jurídica diversa daquela expressa na lei, o mesmo tributo seria devido, bastando a equivalência dos fatos econômicos subjacentes ou dos efeitos econômicos resultantes de fatos jurídicos de distinta natureza.

Além disso, o dever tributário não poderia ser evitado ou diminuído pelo abuso das formas jurídicas. Esse abuso ocorreria quando, na juridicização de um fato econômico, a pessoa utilizasse ou criasse uma estrutura jurídica perfeitamente legal (porém não usual naquela época e circunstância) a fim de evitar o tributo que a lei determinara incidir sobre uma diferente estrutura jurídica que era a usual.

Os doutrinadores e legisladores que esposaram essa teoria aceitavam-na, com maiores ou menores ressalvas, na medida de sua respectiva sensibilidade àquilo que é Jurídico e segundo o grau de conhecimento da fenomenologia jurídica. Com tais ressalvas, procuravam conciliar o inconciliável...(1999: 129/130).

No direito tributário brasileiro, a interpretação econômica, do ponto de vista do direito positivado, restringe-se às hipóteses previstas no parágrafo único do art. 116 do Código Tributário Nacional, que dispõe que "a autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária", com a redação que lhe foi dada pela Lei Complementar nº 104/2002.

A teoria do *disregard*, no direito tributário, portanto, limita-se a essa regra, que é tida como antielisão, de acordo com alguns autores, ou como regra antievasão fiscal, segundo outros

autores, de modo que "a interpretação econômica não é acolhida pelo Direito Tributário Brasileiro, em razão do princípio da tipicidade, corolário do princípio da reserva absoluta da lei", conforme a conclusão do XIII Simpósio Nacional de Direito Tributário, realizado em 22 de outubro de 1988, conforme Vitório Cassone (2004: 424).

Essa crítica a qualquer traço de interpretação econômica no Direito Tributário é objeto da análise de Ricardo Lodi Ribeiro, que afirma:

No Brasil, a interpretação da lei tributária vive um momento de isolamento cultural com as tendências verificadas no exterior. Ainda estamos acorrentados a um positivismo de índole formalista que não encontra paralelo alhures.

A nossa doutrina, animada com a tese da tipicidade fechada, abraça a segurança jurídica como único valor a ser tutelado, fazendo da justiça, da igualdade e da capacidade contributiva meros elementos retóricos, quando não objeto de críticas mordazes<sup>1</sup>.

Embora seja criticável a posição ortodoxa da interpretação econômica no Direito Tributário (que, afora as considerações de ordem jurídica, em um país que tem uma das maiores cargas tributárias do mundo e cujos dirigentes primam pela ânsia arrecadatória, pode servir de base à arrecadação superlativa como um fim em si mesmo), não se pode descartar a apreciação dos aspectos econômicos do fato gerador, de sorte que, no conjunto interpretativo, seja feita a justiça tributária, sem excluir da incidência do imposto uma atividade econômica que vem experimentando, na prática, uma imunidade injustificável, em face da sua importância nos tempos atuais.

## 5 Conclusão

A interpretação tributária, quando se trata de locação de bens móveis, deve ter sempre a perspectiva dos princípios presentes na Constituição Federal, mediante a ponderação da qual resulte a predominância daquele de valor mais elevado. Não para que sejam ultrapassados os limites da capacidade de tributação do Estado e nem para que se instaure a insegurança jurídica, com a possibilidade de criação de tributos além dos marcos permitidos constitucionalmente, ao sabor da conveniência do Poder Executivo, com a oneração excessiva da atividade econômica, mas para que a tributação alcance, com justiça e isonomia, as atividades que geram lucros expressivos, como é o caso da locação de veículos e de equipamentos.

Os métodos interpretativos aplicáveis à apreciação dos dispositivos constitucionais e da lei tributária no que tange à matéria da incidência do ISS devem ater-se à pluralidade metodológica, de sorte que a elisão fiscal se contenha dentro de limites razoáveis. Do contrário, contribuir-se-á para que se dê ao contribuinte a capacidade elástica de planejar os atos tributários e de afastar-se da situação definida legalmente como fato gerador, em prejuízo de princípios como o da isonomia e o da justiça social.

Não é razoável que, paralelamente a atividades produtivas tributadas pesadamente por vários tipos de impostos, seja dada a uma parcela significativa do setor de serviços, que tem alta lucratividade, o beneplácito de imunidade sem causa social justificável, em evidente desequilíbrio da isonomia.

Como demonstrado neste estudo, tanto do ponto de vista da interpretação literal quanto da interpretação sistemática e da teleológica, há razões de sobra para que não se exima o prestador de serviços do ramo de locação de bens móveis de recolher o ISSQN, sendo a adoção do pluralismo metodológico, sem a predominância dessa ou daquela interpretação, a via mais adequada para que se alcance o modelo mais próximo da justiça contributiva.

---

<sup>1</sup> RIBEIRO, Ricardo Lodi. A interpretação da lei tributária na era da jurisprudência dos valores. Disponível na internet: <http://www.mundojuridico.adv.br>, acesso em 27.03.2005.

## 6 Referências bibliográficas

AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BORGES, José Souto Maior. Aspectos fundamentais da competência municipal para instituir o ISS. In TORRES, Heleno Taveira (org.). *Imposto sobre Serviços - ISS - na Lei Complementar nº 116/03 e na Constituição*. v. 2. São Paulo: Manole, 2004.

BECKER, Alfredo Augusto. *Carnaval tributário*. 2. ed. São Paulo: Editora Lejus, 1999.

CASSONE, Vitório. *Interpretação no direito tributário*. São Paulo: Atlas, 2004.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*, Parte Especial, Tomo XXII. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

RIBEIRO, Ricardo Lodi. A interpretação da lei tributária na era da jurisprudência dos valores. Disponível na internet: <http://www.mundojuridico.adv.br>, acesso em 27.03.2005

SPAGNOL, Werther Botelho. *Direito tributário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

-:-:-



*Sumário: 1 Introdução. 2 Conceito e origem das agências reguladoras no Brasil. 3 Regulação e poder regulamentar. 4 Controle dos atos regulatórios. 5 Conclusão. 6 Referências bibliográficas.*

## **1 Introdução**

O Estado exerce um papel fundamental na manutenção da paz social, na medida em que atua como agente controlador das atividades individuais, buscando a prevalência de um interesse maior, o interesse público.

Com o declínio do Estado Liberal, o Poder Público passou a atuar diretamente na prestação dos serviços públicos, o que provocou o esgotamento do aparelho estatal e a ineficiência na prestação de tais serviços, transformando o Estado numa máquina burocrática e de recursos financeiros escassos, incapaz de prover o seu objetivo principal, o bem comum.

Essa insatisfação acarretou uma mudança de posição no âmbito administrativo, abrindo espaço para a descentralização de serviços públicos, ante a impossibilidade do Poder Público continuar prestando com exclusividade tais serviços que a iniciativa privada se mostrava mais competente para executá-los.

Com a transferência da execução desses serviços às mãos dos particulares surgiu a inevitável necessidade de se criar entidades destinadas à regulação e fiscalização dessas atividades. Inicia-se, então, o período do Estado Regulador.

## **2 Conceito e origem das agências reguladoras no Brasil**

Para se entender melhor o surgimento das agências reguladoras, é preciso fazer uma breve retrospectiva na evolução do Estado, desde o liberalismo até os dias atuais.

O Estado Liberal surgiu no século XVIII, inspirado na Revolução Francesa, pregando a liberdade entre os cidadãos. Foi um período de não-intervenção, no qual a atuação do Estado visava, primordialmente, resguardar as liberdades individuais.

Nesse período liberal, o Estado adotou uma posição de mero gestor da manutenção da ordem, do direito de propriedade, sendo que o exercício das atividades econômicas competia à iniciativa privada.

O Princípio de Legalidade era muito restrito, alcançando apenas aquilo que se tratasse dos direitos dos cidadãos, o resto ficava sob o poder discricionário da Administração Pública.

Só o Parlamento podia exercer o poder de editar leis, cabendo ao Executivo e ao Judiciário a aplicação das mesmas. A Administração Pública podia fazer tudo aquilo que a lei não proibisse, era a chamada doutrina da vinculação negativa da Administração Pública.

Nos fins do século XIX, em contraposição ao Liberalismo, surgiu o Estado Social, preocupa-

---

\* Oficial de Apoio Judicial do TJMG. E-mail: ivnabeltrao@hotmail.com.

do, acima de tudo, em assegurar a proteção dos mais fracos em face da dominação dos mais fortes, ou seja, com o Princípio da Igualdade.

Nesse período, houve um crescimento do aparelhamento estatal, tendo em vista a necessidade de uma maior intervenção do Estado na ordem econômica e social, a fim de garantir a igualdade entre os homens.

Assim, visando garantir o bem-estar comum, o Estado passou a intervir cada vez mais na vida dos indivíduos, seja com limitação ao exercício dos direitos individuais, seja atuando diretamente no serviço público e na atividade econômico-social do país.

Por outro lado, houve uma maior vinculação da Administração Pública à legalidade, ou seja, os agentes públicos só poderiam fazer o que a lei permitisse, submetendo-se à chamada doutrina da vinculação positiva da Administração Pública à lei, que prospera até o momento atual.

Entretanto, essa atuação demasiada em todos os setores da vida social acabou por criar um Estado ineficiente e burocrático, incapaz de cumprir a sua função primordial, o bem-estar social.

Dessa forma, com o esgotamento da capacidade do Estado na prestação dos serviços públicos, aliado aos recursos financeiros escassos para a execução dessas atividades, surgiu a idéia de se repassar essa função à iniciativa privada, diminuindo a atuação direta do Estado, restando-lhe, porém, a prestação dos serviços essenciais e indelegáveis e o papel de regular essas atividades desempenhadas pelos particulares.

O Estado passou a atuar apenas naquelas atividades que lhe são próprias, deixando o setor privado na prestação das atividades sociais, em busca de uma maior eficiência na execução desses serviços.

Com o fracasso do Estado intervencionista, surge o Estado Regulador, como um meio de corrigir as imperfeições do sistema capitalista, tendo suas funções voltadas à regulação e fomento das atividades econômicas confiadas a entidades administrativas independentes, as Agências Reguladoras.

Dessa forma, observou-se o surgimento de tais agências na tentativa de resolver os problemas causados pela evolução do Estado de Direito para o Estado de Direito Social, a fim corrigir a crescente atuação do Estado, muito superior à sua capacidade, seja prestando diretamente os serviços públicos, seja como fomentador dessas atividades, tornando-o ineficiente na consecução dos fins públicos.

A Inglaterra foi pioneira na introdução dessas agências em seu ordenamento jurídico. Foi em 1834, com a criação de diversos órgãos autônomos, pelo Parlamento.

Posteriormente, os Estados Unidos criaram, em 1887, sob a influência do direito anglo-saxão, inúmeras agências: *regulatory agency*; *non regulatory agency*; *executive agency*; *independent regulatory agency or commission*. E, em 1946, foi editada uma Lei de Procedimento Administrativo, o *Administrative Procedure Act*, que uniformizou os procedimentos entre tais entes.

No Brasil, com o movimento chamado de Reforma do Estado, houve uma diminuição da intervenção estatal no âmbito das atividades econômicas, proporcionando à iniciativa privada maior liberdade de atuação nesse setor, cabendo ao Estado regular e fiscalizar a prestação dos serviços delegados aos particulares.

As transformações desse novo modelo de Estado ocorreram no ordenamento jurídico

brasileiro por meio de emendas, no plano constitucional, e com a edição de algumas leis no plano infraconstitucional.

Como exemplo dessas mudanças no perfil da ordem jurídica brasileira, podemos citar a Emenda Constitucional nº 6, de 15.8.95, que suprimiu o art. 171 da Constituição da República, que conceituava e outorgava prerrogativas às empresas brasileiras de capital nacional. Permitiu também, com a modificação do art. 176, *caput*, que as empresas constituídas sob a égide das leis brasileiras, embora sem o controle acionário estatal, pudessem participar de concessões na pesquisa e lavra de recursos minerais e aproveitamento dos potenciais de energia elétrica.

A Lei 8.031/90, que foi substituída pela Lei 9.491, de 9.9.97, implementou o Programa Nacional de Desestatização, tendo como objetivos fundamentais, segundo o art. 1º, incisos I e IV: (i) reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público; (ii) contribuir para a modernização do parque industrial do país, ampliando sua competitividade e reforçando a capacidade empresarial nos diversos setores da economia.

Foram introduzidas as Agências Reguladoras como autarquias de regime especial, criadas por lei, que visam regular e fiscalizar atividades concedidas, permitidas ou autorizadas à iniciativa privada; com personalidade jurídica de direito público, portanto, não se confundindo com a entidade que as criou; patrimônio próprio, autonomia e sem subordinação à Administração Central.

O regime especial a qual estão submetidas, para Celso Antônio Bandeira de Mello, as leis que se propõem a esclarecer tal regime enumeram características próprias de toda e qualquer autarquia. Para ele, o que pode diferenciar tais entes em relação às outras autarquias é a investidura de seus dirigentes, que são escolhidos e nomeados pelo Presidente da República, após aprovação pelo Senado Federal, e previsão de mandato fixo para os seus dirigentes (2004, p. 139).

### 3 Regulação e poder regulamentar

O modelo brasileiro das Agências Reguladoras foi inspirado no modelo norte-americano das *regulatory agencies*. Contudo, não houve apenas a inserção no nosso ordenamento do termo "Agência Reguladora", mas também do poder de independência que esses órgãos possuem, o que causa sérios problemas, em virtude das diferenças entre os dois sistemas jurídicos.

Nos Estados Unidos, as agências reguladoras têm como função regulamentar e complementar uma determinada legislação. Lá foi editada o *Administrative Procedure Act*, a lei de procedimento administrativo americano, que considera a agência como autoridade do Governo Federal, distinta do Poder Legislativo e do Judiciário.

Essas agências detêm um nível de independência muito grande, ao contrário das agências no Brasil, pois os princípios constitucionais aqui vigentes são incompatíveis com o grau de autonomia atribuído a esses entes no modelo legal americano.

Como se sabe, o ordenamento jurídico brasileiro sofreu forte influência francesa, adotando um modelo com centralização administrativa e hierárquica, diferentemente dos EUA, como leciona Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

enquanto no sistema europeu-continental, em que se inspirou o direito brasileiro, a Administração Pública tem uma organização complexa, que compreende uma série de órgãos que integram a Administração Direta e entidades que compõem a Administração Indireta, nos Estados Unidos toda a organização administrativa se resume em agências (vocábulo sinônimo de ente administrativo em nosso direito), a tal ponto de se afirmar que o direito administrativo norte-americano é o direito das agências (2001, p. 391).

Segundo essa autora, "a regulação não é uma atividade nova. O vocábulo é que é

novo no âmbito do direito administrativo".

Tal fato pode ser constatado, no Brasil, podendo ser citado o Banco Central do Brasil, que há muitos anos vem regulando a atuação das instituições financeiras, fiscalizando e estabelecendo punições. Outro exemplo é a Comissão de Valores Mobiliários.

Entretanto, apesar das inúmeras agências já instituídas no Brasil, a Constituição Federal previu nos artigos 21, XI, e 177, parágrafo 2º, III, a criação de apenas duas únicas agências: a Anatel e a ANP, mencionando expressamente a função de "órgão regulador".

O tema das Agências Reguladoras tem sido muito discutido no Brasil, principalmente, sobre a sua função normativa. A questão gira em torno da indagação se o poder normativo conferido a esses entes é usurpação da função legislativa ou do poder regulamentar de competência do Chefe do Poder Executivo.

Para se entender melhor essa questão, é preciso ressaltar as diferenças entre regulação e poder regulamentar no Direito brasileiro.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro,

Regular significa estabelecer regras, independentemente de quem as dite, seja o Legislativo ou o Executivo, ainda que por meio de órgão da administração direta ou entidades da administração indireta. Trata-se de vocábulo de sentido amplo que abrange, inclusive, a regulamentação, que tem um sentido mais estrito.

Regulamentar significa também ditar regras jurídicas, porém, no direito brasileiro, como competência exclusiva do Poder Executivo. Perante a atual Constituição, o poder regulamentar é exclusivo do Chefe do Poder Executivo (art. 84, IV), não sendo incluído, no parágrafo único do mesmo dispositivo, entre as competências delegáveis (2002, p. 150).

Assim, para ela, outros órgãos administrativos de nível inferior também podem praticar atos normativos, desde que não tenham caráter regulamentar, cuja competência é exclusiva do Chefe do Poder Executivo. Além disso, a atuação das Agências Reguladoras limita-se à regulação do contido na lei.

No seu entendimento, trata-se de *um novo tipo de direito* que pode ser baixado pelas agências, desde que não tenha características de imposição unilateral de regras de conduta, ou seja, que haja negociação, consenso e participação dos interessados. Entretanto, deve ser visto em um nível hierárquico inferior às normas estatais, principalmente aos regulamentos editados pelo Chefe do Poder Executivo.

Desse modo, segundo entendimento de alguns doutrinadores, a função normativa das Agências Reguladoras não teria respaldo no art. 84, IV, da Constituição Federal, uma vez que o poder regulamentar previsto por tal dispositivo trata de ato exclusivo do Chefe do Poder Executivo e também por não haver previsão de delegação desse poder regulamentar.

Entretanto, o tema ainda é polêmico. Parte da doutrina sustenta a constitucionalidade de uma função regulamentar, exercida pelos órgãos ou entidades da Administração Pública indireta, diversa daquela exercida pelo Chefe do Poder Executivo. Segundo esse entendimento, a competência normativa das Agências Reguladoras é inerente à própria atividade reguladora que devem exercer e que está prevista nas leis que as instituíram, sendo tal função reconhecida desde que seja limitada e sujeita a controle judicial.

Segundo essa corrente, as Agências Reguladoras exercem um poder normativo

secundário, observando, obviamente, as normas hierarquicamente superiores emanadas do Congresso Nacional.

Outro fundamento sustentado por grande parte dos autores que justifica o seu poder normativo é a delegação legislativa. É o entendimento de Alexandre de Moraes:

As agências reguladoras poderão receber do Poder Legislativo, por meio de lei de iniciativa do Poder Executivo, uma delegação para exercer o seu poder normativo de regulação, competindo ao Congresso Nacional a fixação das finalidades, dos objetivos básicos e da estrutura das Agências, bem como a fiscalização de suas atividades<sup>1</sup>.

Para essa corrente, a permissão para a delegação de poder se encontra no fato da ausência de proibição expressa da Constituição vigente. No entanto, para aqueles que não concordam com esse entendimento, a omissão da norma é irrelevante diante do princípio da separação dos Poderes, devendo ser levado em conta tão-somente que ela definiu exaustivamente as funções de cada Poder, estabelecendo os limites e condições para o seu exercício. Assim, qualquer interferência de um Poder no outro fere gravemente o mencionado princípio.

#### 4 Controle dos atos regulatórios

As agências reguladoras, como todos os entes integrantes da estrutura da Administração Pública, sofrem controles de modo a evitar excessos cometidos na execução de suas atribuições.

A possibilidade desse controle é outro tema de suma importância, pois há de se estabelecer limites à atividade reguladora exercida por esses entes.

O controle do Poder Legislativo se verifica na sustação de atos normativos da Administração Pública que excedam o poder regulamentar ou da delegação legislativa. Segundo preceitua o art. 49, V, da Constituição federal, "É da competência exclusiva do Congresso Nacional sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem o poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa".

Há ainda a possibilidade de esses entes sofrerem controle pelo Tribunal de Contas, pois é de sua competência fiscalizar o dinheiro público.

Quanto ao controle administrativo, não há entendimento uníssono na doutrina, tendo em vista a autonomia que essas agências possuem em face da Administração Central. Maria Sylvia Zanella Di Pietro entende que, "ao poder dirimir conflitos em última instância administrativa, os atos das Agências Reguladoras, como autarquias especiais, não podem ser revistos ou alterados pelo Poder Executivo", pois isso retiraria a independência que essas entidades gozam.

Entretanto, outros doutrinadores defendem a possibilidade de interposição de recurso hierárquico impróprio, nos termos do Dec.-lei 200/67, que dispõe sobre a supervisão ministerial em face das atividades dos órgãos subordinados ou vinculados ao Ministério da respectiva pasta.

O controle judicial é inegável, uma vez que a Constituição Federal consagrou no art. 5º, inciso XXXV, o princípio segundo o qual nenhuma lesão ou ameaça de direito poderá ser excluída do Poder Judiciário. Assim, ocorrendo ilegalidade na prática de atos pelos entes da administração direta ou indireta, o Poder Judiciário, ao ser acionado, deve prestar a tutela jurisdicional resguardando o direito do ofendido, pois todos os atos administrativos devem ser submetidos ao seu crivo.

Assim, o controle judicial aplica-se integralmente às agências reguladoras, pois estas devem

<sup>1</sup> MORAES, Alexandre de. As agências reguladoras. *Revista dos Tribunais*, 791, p. 739-756, set. 2001.

total obediência à lei. Sendo importante ressaltar que os seus dirigentes estarão submetidos à Lei 8.429/92, que define os sujeitos de crimes de improbidade administrativa como sendo o agente público, servidor ou não, que exerce, mesmo que temporariamente, ou sem remuneração, por qualquer forma de investidura, cargo, emprego ou função pública na Administração Pública.

## 5 Conclusão

A atividade reguladora se intensificou com a descentralização administrativa na prestação de serviços públicos, havendo a necessidade de fiscalização e regulação da execução desses serviços pelas agências reguladoras.

Essas agências, no Brasil, foram inspiradas no direito americano, com algumas peculiaridades. Entretanto, é importante ressaltar as diferenças existentes entre os dois ordenamentos jurídicos, que exigem um tratamento cuidadoso na adequação desses entes reguladores no sistema jurídico brasileiro.

As agências reguladoras, embora dotadas de uma grande autonomia, característica própria de autarquia, devem agir em conformidade com o princípio da legalidade, não podendo inovar na ordem jurídica ou criar sanções não previstas em lei.

Deve-se levar em conta sempre o modelo estrutural do direito brasileiro, observando-se os princípios da legalidade, separação dos Poderes, enfim, os princípios basilares de um Estado Democrático de Direito.

Assim, em que pese a necessidade de se reconhecer poder normativo às Agências Reguladoras para regular e manter o equilíbrio no mercado, em face do afastamento do Estado na execução de serviços públicos, não se pode olvidar o princípio da legalidade e da segurança jurídica, sem os quais inexistiria Estado Democrático de Direito.

## 6 Referências bibliográficas

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito regulatório - Temas polêmicos*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

\_\_\_\_\_. *Direito administrativo*. 13 ed. São Paulo: Atlas. 2001.

\_\_\_\_\_. *Parcerias na Administração Pública*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2002.

GUERRA, Sérgio. *Controle judicial dos atos regulatórios*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MELLO, Celso Antonio Bandeira. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2004.

MORAES, Alexandre de. *Agências reguladoras*. São Paulo: Atlas, 2002.

-:--

*Sumário: 1 Introdução. 2 A Central de Precatórios do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. 3 A Emenda Constitucional 37/02 e as Resoluções 416/03 e 417/03 do TJMG. 4 A ordem cronológica de apresentação e de precedência. 5 Crítica à ordem de pagamento dos precatórios. 6 Outros aspectos da Central de Precatórios. 7 Conclusão. 8 Referências bibliográficas.*

## 1 Introdução

A sistemática dos precatórios judiciais, existente no direito brasileiro, foi implementada com o objetivo de eliminar privilégios, impondo aos administradores dos órgãos públicos a obediência à ordem cronológica para o pagamento das dívidas oriundas de decisões judiciais<sup>1</sup>.

A vertente doutrinária que sustenta a importância e a necessidade da manutenção dos precatórios judiciais no direito pátrio invoca também a impenhorabilidade dos bens públicos, que se tornam, por isso, insuscetíveis de garantir os débitos judiciais, e a necessidade de previsão orçamentária para o pagamento dos débitos da Fazenda Pública.

Assim é que os artigos 730 e 731 do Código de Processo Civil prevêem o procedimento especial para a execução e o pagamento dos débitos judiciais da Fazenda Pública<sup>2</sup>; a Constituição brasileira de 1988<sup>3</sup>, com os acréscimos e alterações promovidas por sucessivas emendas (in)constitucionais<sup>4</sup>, dispõe sobre todo o processamento dos precatórios judiciais.

Por outro lado, não são poucos os autores que clamam pela extinção dos precatórios judiciais. Esta prerrogativa do Poder Público que, de início, afigurava-se como necessária para evitar favorecimentos, resguardar os bens públicos de constrições judiciais e garantir a governabilidade dos entes federados, acabou se transformando em um escudo protetor para a incompetência e a improbidade dos administradores públicos que causam prejuízos a terceiros e, simplesmente, não os solvem<sup>5</sup>.

---

\* Servidor do Tribunal de Justiça lotado na Central de Conciliação de Precatórios da Comarca de Belo Horizonte. Especialista em Direito Público pelo Instituto de Educação Continuada da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

<sup>1</sup> Não obstante, muitos órgãos públicos realizam pagamentos, pela via administrativa, mas remetem casos análogos à esfera judicial. É uma forma de conservar privilégios.

<sup>2</sup> As execuções promovidas pela Fazenda Pública são disciplinadas pela Lei Federal 6.830/80, conhecida como Lei de Execuções Fiscais, que retrata a supremacia exacerbada do Poder Público. Se os particulares não recolhem os tributos, estão sujeitos a toda sorte de constrições, restrições e penalidades; os entes públicos não pagam os precatórios e pouco se consegue fazer em favor dos credores.

<sup>3</sup> A CF/88, em sua redação original, trazia, basicamente, quatro artigos para regular o instituto dos precatórios judiciais. O artigo 100 e §§, como principal dispositivo; os artigos 34, VI, e 35, IV, que tratam da intervenção federal nos Estados e da intervenção estadual nos Municípios; e o artigo 33 do ADCT, que instituiu uma moratória em favor dos entes públicos, fracionando em 08 parcelas os precatórios, não alimentares, pendentes de pagamento até a data da promulgação da Carta Constitucional.

<sup>4</sup> A EC 20/98 modificou a redação do § 3º do art. 100 da CF; a EC 30/00 modificou as redações do *caput* e dos §§ 1º, 2º e 3º do art. 100, acrescentou-lhe o §1º-A e também o art. 78 ao ADCT; a EC 37/2002 acrescentou o art. 4º ao art. 100 da CF, reenumerou os seus arts. 5º e 6º e acrescentou os arts. 86 e 87 ao ADCT.

<sup>5</sup> De fato, a sistemática dos precatórios judiciais, a princípio uma necessidade, acabou se transformando em um mecanismo para descumprir as decisões judiciais. As ações propostas contra a Fazenda Pública tramitam por anos a fio, já que os seus Procuradores exaurem todas as vias recursais, muitas vezes de forma protelatória; na fase de execução, utilizam os embargos como mais um meio de retardar o desfecho da demanda. Quando, enfim, o precatório é formado e expedido pelo Presidente do Tribunal, para que o pagamento seja efetuado em um prazo de 18 meses, essa determinação judicial, simplesmente, não é cumprida. Sempre alegando falta de recursos, prefeitos, governadores e dirigentes de autarquias ou fundações, retardam os pagamentos e transferem a solução para os seus sucessores.

Esta última é a posição, e.g., do Ministro do TST, Francisco Fausto, segundo o qual "o precatório protege o caloteiro. Os Estados continuarão dizendo que não pagam os precatórios porque não têm dinheiro em caixa. mas a verdade é que os Estados têm dinheiro para tudo, menos para pagar as dívidas que possuem em precatórios".

A realidade, no entanto, é que, não obstante as prerrogativas e os privilégios, concedidos à Fazenda Pública<sup>6</sup> para a satisfação de suas obrigações, a maioria dos entes federados, suas autarquias e fundações não consegue (ou não lhes interessa) efetuar os pagamentos dos precatórios judiciais. E os instrumentos cabíveis para os casos de inadimplemento ou preterimento não encontram acolhida nos tribunais<sup>7</sup>.

Assim, o cenário atual mostra, por um lado, a dedicação do Poder Executivo<sup>8</sup> e do Poder Legislativo federal<sup>9</sup> para amenizar ou arrolar o endividamento da Fazenda Pública federal, estadual e municipal, pois elas não dispõem de recursos financeiros para satisfazer os precatórios judiciais, sem prejuízo das necessidades públicas que devam cumprir<sup>10</sup>.

---

<sup>6</sup> O termo "Fazenda Pública" abrange as autarquias e as fundações públicas. Eis o magistério de Nelson Nery Júnior: "Compreendem no conceito de Fazenda Pública as pessoas jurídicas de direito público interno: a União, os Estados, os Municípios, o Distrito Federal, os Territórios e suas respectivas autarquias, bem como as fundações instituídas pelo poder público que tenham o regime de direito público quanto a seus bens" (*Código de Processo Civil e legislação extravagante*, 7. ed. Revista dos Tribunais).

<sup>7</sup> Por se tratar de medida extrema, o STF não tem concedido a intervenção federal para o caso de inadimplemento dos precatórios judiciais. Para a Corte Suprema, o descumprimento da decisão judicial, a ensejar a concessão da intervenção federal, deve ser voluntária e inequívoca; dolosa e deliberada. Mas, para os ministros do STF, os entes federados e também as suas autarquias e fundações encontram-se em situação de penúria e não podem deixar de aplicar nas necessidades básicas da população, como a educação e a saúde, para honrar os precatórios judiciais. Neste sentido: IF 164/SP/2003, IF 183/SP/2003, IF 186/2003, dentre outros. O Tribunal de Justiça de Minas Gerais vinha concedendo a intervenção estadual nos Municípios, pelo simples atraso no pagamento de precatório, mas essa orientação está sendo alterada pelas mesmas razões aduzidas nos arestos do STF.

O seqüestro de rendas públicas também não tem encontrado guarida nos Tribunais Superiores, para os quais essa medida só seria possível se presente a única condição necessária à sua concessão: a quebra da ordem cronológica. E o vencimento do prazo para pagamento ou a não-inclusão, no orçamento, da verba necessária à satisfação do débito não se equiparam à quebra da ordem cronológica dos precatórios. Neste sentido: Recl 2.082/MS/2004, Recl 1.185/PA/2003, entre outros. Em sentido contrário, expondo uma posição coerente, mas minoritária e superada, a decisão proferida pelo TRT da 22ª Região, em agravo regimental, que reformou a decisão do Juiz-Presidente e determinou o seqüestro da quantia requisitada, embora não fosse relativo ao precatório mais antigo, invocando uma interpretação extensiva do art. 78 do ADCT: "Seria esdrúxulo entender que créditos ordinários parcelados possam ser pagos mediante seqüestro, enquanto verbas de natureza alimentícia só o seriam na hipótese da preterição".

<sup>8</sup> A realidade, que vivenciamos, mostra que o Poder Executivo tenta de todas as formas se sobrepor aos demais Poderes constituídos, seja invadindo a esfera legislativa, com a edição de reiteradas e inconstitucionais medidas provisórias - convalidadas pelo STF -, seja descumprindo as decisões judiciais, deixando de pagar os precatórios judiciais - também com o assentimento da Corte Constitucional. Assim, resta ao Poder Judiciário, considerado este em sua acepção imparcial, resguardar e assegurar a efetividade dos direitos e das garantias dos cidadãos.

<sup>9</sup> O Congresso Nacional, que por disposição constitucional deveria ser composto por representantes do povo e dos Estados Federados, na prática, é utilizado para legitimar interesses de minorias. Assim é que existem as bancadas dos ruralistas, dos empresários de tal ou qual setor, dos banqueiros, dos bispos, etc. E hoje pode-se afirmar que as atividades legislativas são desempenhadas, também, no interesse próprio dos parlamentares. Eles utilizam o poder de aprovação, ou de veto, para realizar barganhas políticas, como cargos no Governo, nomeações de correligionários, etc. No entanto, ainda as normas editadas para favorecer aos grupos de interesses são ambíguas e confusas e só alcançam a pretendida efetividade após a atuação doutrinária e jurisprudencial.

E vale salientar que a edição dessas normas se corrobora com a chamada inflação legislativa - fenômeno que se caracteriza pela edição exacerbada de normas, que acabam por causar a burocracia e a lentidão do Judiciário, porquanto incumbe a este a aplicação da lei ao fato concreto -, obstando sobremaneira a celeridade e a segurança jurídica na entrega da prestação jurisdicional. Em conseqüência, a cada ano o Judiciário recebe mais e mais demandas, oriundas das imperfeições legislativas que regulam as matérias que lhe são submetidas, transformando os tribunais em via de discussão sobre vertentes interpretativas já que cada parte busca extrair das normas os argumentos necessários à defesa de seus interesses.

<sup>10</sup> Não obstante, o Governo do Estado de Minas Gerais vem gastando uma fortuna em publicidade, cujo teor, nem sempre (ou quase nunca) corresponde à realidade. Por exemplo, o slogan "déficit zero" é publicidade nitidamente enganosa, bastando considerar o montante dos precatórios não pagos pelo Estado de Minas Gerais, que, em valores históricos, ultrapassa a cifra de R\$3.000.000.000,00 (três bilhões de reais). Este passivo poderia ser reduzido, se o aumento da arrecadação do Estado - decorrente da elevação da carga tributária dos contribuintes mineiros - tivesse como contraprestação não uma publicidade, de cunho unicamente eleitoral, mas a amortização dos precatórios judiciais, devidos desde 1995.

Para tanto, são reiteradas as edições de medidas provisórias<sup>11</sup>, emendas constitucionais<sup>12</sup> e leis federais<sup>13</sup>.

De outra parte, o Judiciário, sensível com a situação dos credores, muitos acometidos de doenças graves ou em estágio avançado de senilidade<sup>14</sup>, vem realizando seminários e congressos jurídicos sobre o tema<sup>15</sup>, a fim de encontrar um equacionamento para o problema. E um paliativo

<sup>11</sup> A reeditada e reenumerada Medida Provisória 2.183-56/2001 incluiu dois artigos no Decreto-lei 3.365/1941, que disciplina as desapropriações por utilidade pública. O artigo 15-A reduz os juros compensatórios para 6% ao ano, com as adaptações ditas pelo STF na ADIN 2.332-2, que ainda suspendeu a eficácia dos artigos 1º, 2º e 4º; o artigo 15-B dispõe que o cômputo dos juros moratórios terá início a partir de 1º de janeiro do exercício seguinte àquele em que o pagamento deveria ser feito. Note-se que a jurisprudência do STF e também a do TJMG é no sentido de que a Súmula 12 do STJ, que determina o cálculo dos juros moratórios sobre os compensatórios, não foi afetada pelas alterações promovidas pela MP 2.183-56/2001.

A Medida Provisória 2.180-35/2001 acrescentou vários artigos à Lei 9.494/1997, que disciplina a aplicação da tutela antecipada contra a Fazenda Pública e altera a Lei da Ação Civil Pública. O art. 1º-D determina que não serão devidos honorários nas execuções não embargadas; o art. 1º-F dispõe que os juros de mora, nas condenações impostas à Fazenda Pública para pagamento de verbas devidas a servidores e empregados públicos, não poderão ultrapassar o percentual de 6 % ao ano.

A redução dos juros, pelas medidas provisórias citadas, é contraditória e inconstitucional, pois afronta o princípio da isonomia: quando a Fazenda Pública promove uma Execução Fiscal, a Certidão de Dívida Ativa prevê a incidência de juros de 1% ao mês, nos termos do artigo 161, § 1º, do CTN, além de multas escorchantes. Assim, para que fosse preservada a isonomia, os juros compensatórios e os moratórios, fixados nas ações expropriatórias, e os juros moratórios, fixados nas decisões favoráveis a servidores e empregados públicos, deveriam ser não reduzidos, mas equiparados ao percentual estabelecido pelo artigo 406 do Código Civil/2002. Isso porque os proprietários expropriados e os servidores públicos devem receber o mesmo tratamento dos demais credores do Poder Público. Como, por exemplo, uma empreiteira que executa os valores de um contrato de prestação de serviços, embora possa estar superfaturado.

Vale salientar que o artigo 406 do novo Código Civil prevê que os juros legais serão fixados à mesma taxa praticada pela Fazenda Pública Nacional na cobrança de seus impostos. A III Jornada de Estudos de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, realizando uma interpretação sistemática do dispositivo, aprovou o Enunciado 20 com o seguinte teor: "a taxa de juros moratórios a que se refere o art. 406 é a do art. 161, § 1º, do Código Tributário Nacional, ou seja, 1% (um por cento) ao mês".

<sup>12</sup> Enquanto o Congresso Nacional se ocupa de uma produção normativa encomendada por minorias, a nossa Carta Constitucional vai-se transformando, paulatinamente, em letra morta. Fato que se reforça pela constitucionalização de absurdos, implementada por sucessivas emendas constitucionais, a serviço de interesses. Isso resulta na provocação da Suprema Corte com a propositura de inúmeras ações diretas de inconstitucionalidade ou declaratórias de constitucionalidade. O desfecho dessas ações é quase sempre favorável ao poder econômico ou às pretensões governamentais, em face da natureza política do STF, cuja composição é determinada pelo Governo Federal com a aprovação do Congresso Nacional. Um exemplo é a Emenda Constitucional 30/2000, que introduziu o art. 78 ao ADCT, instituindo, em favor dos órgãos públicos, uma moratória para os precatórios de natureza não alimentícia e oriundos de ações judiciais propostas até 31.12.99, em até 10 parcelas anuais.

<sup>13</sup> Exemplos são as Leis 10.482/2002 e 10.819/2003. A Lei 10.482/2002 dispõe sobre o repasse dos depósitos judiciais e extrajudiciais tributários aos Estados; a Lei 10.819/2003 dispõe sobre o repasse dos depósitos judiciais tributários aos Municípios, e a utilização dos recursos no pagamento dos precatórios judiciais ou na dívida fundada dos Municípios.

O Estado de Minas Gerais editou o Decreto 43.620/2003, cujo artigo 3º determina que os recursos serão utilizados no pagamento de precatórios alimentares, e firmou um convênio com o Banco do Brasil em 1º.12.2003 para regular a administração dos fluxos financeiros; o Município de Belo Horizonte editou o Decreto 11.643/2004, que dispõe sobre o repasse e a instituição do fundo de reserva e celebrou um convênio com o Banco do Brasil em 22.03.2004 para regular a administração dos fluxos financeiros.

O Município de Belo Horizonte diligenciou junto ao Banco do Brasil, levantou um montante de, aproximadamente, R\$7.000.000,00 (sete milhões de reais) e os utilizou no pagamento de precatórios judiciais comuns e alimentares; o Estado de Minas Gerais ainda se mantém inerte, pois não foram tomadas quaisquer providências para o levantamento e a sua destinação aos precatórios alimentares.

<sup>14</sup> Com o advento da Lei Federal 10.741/2003, o Estatuto do Idoso, muitos credores, com mais de 60 anos de idade, têm requerido a prioridade no pagamento de seus precatórios, com base no artigo 71 e §§ do diploma legal citado. No entanto, a prioridade, prevista no Estatuto do Idoso, refere-se ao trâmite dos processos, dos procedimentos e da execução de atos e diligências. A ordem cronológica dos precatórios judiciais é matéria regulada pela Constituição Federal, que não pode ser derogada por lei infraconstitucional. Ressalva à tramitação, na CCJC, do Projeto de Emenda à Constituição nº 1/2003, para acrescentar no § 3º do art. 100 da Constituição brasileira a prioridade para os pagamentos de obrigações devidas aos idosos, que sejam feitos em espécie e excluídos da obrigatoriedade de expedição de precatórios.

que tem sido implementado, com êxito, nos Tribunais Regionais do Trabalho e nos Tribunais estaduais, são as Centrais de Precatórios<sup>16</sup>.

## 2 A Central de Precatórios do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais, através da Resolução 417/2003, e respaldado pelos requerimentos formulados pelo Procurador-Geral do Estado, pelo Procurador-Geral do Município e pelo Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil<sup>17</sup>, instituiu a sua "Central de Conciliação de Precatórios<sup>18</sup>", com o objetivo de facilitar as composições entre as partes, relativamente à atualização monetária dos valores devidos, com audiências mediadas por Juiz Conciliador designado pelo Presidente do Tribunal de Justiça de Minas Gerais<sup>19</sup>.

Em funcionamento desde outubro/2003, a Central de Precatórios do Tribunal de Justiça de

---

<sup>15</sup> Em 30/novembro/2004, o Instituto dos Advogados de Minas Gerais - IAMG e o Centro Jurídico Brasileiro - CJB realizaram no Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais a "Jornada de Estudos sobre Precatórios", com a participação de juristas de escol. Os palestrantes, Dr. Humberto Theodoro Júnior e o Dr. José Otávio Vaz, expuseram sobre os aspectos processuais do precatório e a sua forma de liquidação. Os debatedores, Drs. Pedro Carlos Bittencourt, Carlos Bastilde Horbach, Vicenzo Florenzano e Fernando Neto Botelho discorreram sobre os temas, a situação de inadimplemento em Minas Gerais, as Emendas Constitucionais 30/1999 e 37/2002, suas inovações, e as decisões proferidas pelo STF.

<sup>16</sup> Os Tribunais Regionais do Trabalho são pioneiros na criação das Centrais de Precatórios. A "Central de Conciliação de Precatórios" do TRT da 3ª Região (MG) está em funcionamento desde maio/2000; o "Juízo Auxiliar de Conciliação de Precatórios" do TRT da 13ª Região (PB) foi criado pela Resolução Administrativa 53/2001 e 112/2001, e vem realizando composições diárias; O "Juízo Auxiliar de Conciliação de Precatórios" do TRT da 19ª Região (AL) foi implantado em janeiro/2005.

A Corregedoria-Geral de Justiça do Trabalho tem recomendado e apoiado a criação das Centrais nos demais Tribunais Regionais, como deixou consignado na Correição Ordinária, realizada no TRT da 15ª Região (Campinas), no período de 22 a 26/11/2004:

" (...) 6 - Execução contra a Fazenda Pública - (...) Na 15ª Região não existe Juízo Auxiliar de Conciliação de Precatórios, tal como ocorre em outros tribunais em que a instituição deste Juízo possibilitou a redução significativa do número de precatórios e a satisfação do crédito pelos exequentes. Porém, o Tribunal está desenvolvendo estudos com o objetivo de implantá-lo. (...)".

A idéia se difundiu nos Tribunais Estaduais. O Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, cujo Vice-Presidente, Desembargador Joenildo de Souza Chaves, visitou a Central de Precatórios do TJMG em outubro/2004, aprovou a criação da "Central de Conciliação de Precatórios" do TJMS, em sessão realizada no dia 09.02.2005, pelo seu Tribunal Pleno.

<sup>17</sup> A efetiva participação e o apoio da OAB-MG são necessários para facilitar a comunicação das audiências e de outros atos necessários ao comparecimento dos credores e dos procuradores, sobretudo daqueles que residem em comarcas do interior. O TJMG realiza a publicação das audiências, mas não pode arcar com os custos de ligações telefônicas interurbanas, necessidade que se faz presente porque os causídicos residentes em cidades interioranas têm maior dificuldade para acompanhar as publicações do órgão oficial, nem sempre dispõem de um serviço informativo de recortes. Essa dificuldade pode ser superada, se a OAB/MG disponibilizar seu site e as suas subseções, para ratificar as datas e horários das audiências aos seus representados. Mas, até o momento, a OAB/MG se mantém inerte.

<sup>18</sup>A designação "Central de Conciliação de Precatórios" não nos parece a mais adequada para o incipiente órgão do TJMG. Embora, nas Centrais de Precatórios da Justiça Trabalhista, sejam admitidos acordos sobre os valores devidos, a realidade no Tribunal de Justiça de Minas Gerais é diversa. Não existe composição quanto ao débito consignado no precatório judicial, já que este decorre de uma decisão judicial transitada em julgado. Também não são admitidas propostas ou lances pelo procurador do ente público. Há, sim, a atuação do juiz de direito, designado pelo Presidente do TJMG, no sentido de fiscalizar a aplicação dos fatores de atualização monetária, mera reposição inflacionária, e retificar eventuais erros materiais, para resguardar o patrimônio público, zelar pela integridade da *res judicata* e impedir maiores danos ao credor. Portanto, a denominação mais adequada seria "Central de Precatórios".

<sup>19</sup> A Portaria 1.477/2003 estabelece a estrutura, os procedimentos e as normas para o funcionamento da Central de Precatórios; a Portaria 1.527/2003 disciplina outros procedimentos afetos à Central de Precatórios, inclusive a competência ao Juiz Conciliador para sobrestar os precatórios judiciais, em determinados casos.

Nem sempre as peças dos precatórios são suficientes à atuação dos Contadores da Central de Precatórios, por não trazer os dados analíticos necessários à atualização dos créditos. Quando isso ocorre, os autos originários são solicitados pelo Juízo Auxiliar da Central de Precatórios, para que a atualização se faça corretamente. No entanto, alguns juízes, titulares das Varas de Fazenda da Capital e das comarcas do interior, não encaminham os autos originários, supondo que as atividades desenvolvidas na Central de Precatórios são uma afronta à coisa julgada material, ressuscitando as discussões sobre o *quantum debeatur* e alterando os critérios utilizados na sua apuração. Mas tal não ocorre. As atribuições do Presidente do Tribunal de Justiça, desempenhadas pelo Juiz da Central de Precatórios, são meramente administrativas e se restringem à atualização dos precatórios judiciais e às retificações de eventuais erros materiais.

Minas Gerais tem realizado audiências mensais e efetuado, em média, 120 (cento e vinte) pagamentos por mês, nos precatórios devidos pela Fazenda Pública municipal e pela Fazenda Pública estadual<sup>20</sup>, reduzindo consideravelmente o acervo de precatórios judiciais em atraso.

Para tanto, o governo do Estado de Minas Gerais encaminha ao Tribunal de Justiça de Minas Gerais, mensalmente, o valor de R\$500.000,00 (quinhentos mil reais) e a Prefeitura do Município de Belo Horizonte encaminha R\$100.000,00 (cem mil reais)<sup>21</sup>. Para que a estatística de pagamentos seja incrementada, o TJMG está negociando o reajustamento dessas verbas, a fim de possibilitar a realização de mais audiências e a satisfação de uma quantidade maior de credores.

### 3 A Emenda Constitucional 37/02 e as Resoluções 415/03 e 416/03 do TJMG

A Emenda Constitucional nº 37, de 12 de junho de 2002, que acrescentou os artigos 86 e 87 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, pode ser considerada um dos antecedentes que motivou o Tribunal de Justiça de Minas Gerais a criar a Central de Precatórios - assim como

---

O artigo 1º-E da Lei 9.494/1997 - inserido pela Medida Provisória 2.180-35/2001 - autoriza a revisão dos precatórios judiciais pelo Presidente do Tribunal de Justiça, de ofício ou a requerimento das partes, antes do pagamento aos credores. E sobre esse preceptivo, o Tribunal Pleno do TST firmou orientação jurisprudencial, nos seguintes termos: "(...) 2. Precatório. Revisão de cálculo. Limites da competência do presidente do TRT. - O pedido de revisão dos cálculos, em fase de precatório, previsto no art. 1º da Lei nº 9.494/1997, apenas poderá ser acolhido desde que: a) o requerente aponte e especifique claramente quais são as incorreções existentes nos cálculos, discriminando o montante que seria correto, pois do contrário a incorreção torna-se abstrata; b) o defeito nos cálculos esteja ligado à incorreção material ou à utilização de critério em desconformidade com a lei ou com o título executivo judicial; c) o critério legal aplicável ao débito não tenha sido objeto de debate nem na fase de conhecimento, nem na fase de execução". É exatamente neste compasso que vem trabalhando a Central de Precatórios do TJMG, motivo pelo qual deve contar com a efetiva colaboração de todos os juizes, para que as atividades fluam e os credores sejam satisfeitos de forma mais célere.

<sup>20</sup> No âmbito municipal, os maiores devedores são a Prefeitura de Belo Horizonte e a Beneficência da Prefeitura Municipal, autarquia municipal, e os pagamentos foram interrompidos em 1997. No âmbito estadual, o Estado de Minas Gerais e o Departamento de Estradas de Rodagem de Minas Gerais, autarquia estadual, são os maiores devedores de precatórios judiciais, que não estão sendo pagos desde 1995.

O Município de Belo Horizonte aderiu à moratória, trazida pela Emenda Constitucional 30/2000 (que inseriu o artigo 78 ao ADCT), e amortizou a 1ª parcela, em 2001/2002; o Governo do Estado ignorou a moratória constitucional, como se fora uma faculdade, e não um dispositivo de adesão obrigatória, para facilitar o pagamento e reduzir o tempo de espera dos credores.

O artigo 78 do ADCT também admite a cessão de créditos - de resto, desnecessariamente, por se tratar de um instituto já consagrado no Direito Civil -, a decomposição de parcelas e o poder liberatório do pagamento de tributos da entidade devedora. Com isso, surgiu um mercado negro, em que os precatórios têm sido negociados com um deságio de até 70%. Os compradores - em regra, pessoas jurídicas - adquirem os precatórios judiciais para utilizá-los na compensação de tributos devidos, auferindo alta lucratividade na negociação.

No Município de Belo Horizonte, as compensações tributárias são constantes e inúmeras. No Estado de Minas Gerais, a Lei Estadual nº 14.699/2003, art. 11, praticamente inviabiliza a compensação tributária com precatório judicial, pois exige que seja o próximo da ordem cronológica. Essa lei estadual é inconstitucional. O Código Tributário Nacional, em seu artigo 170, estabelece a autorização de lei para "a compensação de créditos tributários, com créditos líquidos e certos, vencidos e vincendos, do sujeito passivo com a Fazenda Pública". Ora, precatórios são créditos líquidos e certos contra a Fazenda Pública. E a lei estadual deveria apenas regulamentar a autorização, e não impor obstáculos para inviabilizar a compensação tributária.

<sup>21</sup> O Advogado-Geral do Estado de Minas Gerais encaminhou ao Presidente do Tribunal de Justiça de Minas Gerais o Ofício 1.286/2003, instruído com o expediente subscrito pelo Secretário da Fazenda do Estado de Minas Gerais, no qual este se compromete a depositar mensalmente a quantia de R\$500.000,00 para possibilitar os pagamentos na Central de Precatórios. Não obstante, os depósitos foram suspensos pelo Estado de Minas Gerais entre setembro/2004 a dezembro/2004 e até a presente data não foram regularizados. O Município de Belo Horizonte, que vinha depositando R\$100.000,00 para o pagamento de créditos de pequeno valor, interrompeu os depósitos desde maio/2004 e não sinaliza com a sua retomada.

Portanto, o comportamento das entidades devedoras quanto ao envio dos recursos financeiros necessários ao funcionamento da Central de Precatórios é passível de precauções. Da mesma forma que o Estado e os Municípios interrompem, intermitentemente, os pagamentos dos precatórios judiciais, fazem-no, também, com relação aos repasses mensais para o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Assim, é importante a previsão de uma modalidade de "seqüestro", para que se possa coibir o desrespeito, reiterado, dos Poderes Executivos estadual e municipal às decisões judiciais e aos compromissos assumidos com o Poder Judiciário.

as experiências vitoriosas do "Projeto de Conciliação" do Tribunal de Justiça de Minas Gerais e do "Juízo Auxiliar de Conciliação de Precatórios" do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região (MG).

O art. 86 do ADCT estabelece a preferência dos créditos de pequeno valor, que já tenham sido objeto de precatórios, e os retira do âmbito de incidência da moratória prevista no artigo 78; o artigo 87 fixa as obrigações de pequeno valor em 40 salários mínimos para os Estados e o Distrito Federal e em 30 salários mínimos para os Municípios, até a publicação oficial das leis definidoras dos entes federados.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais, regulamentando a matéria, publicou as Resoluções 415 e 416, de 23 de junho de 2003. A Resolução 415/2003, dirigida aos juízes de primeiro grau, determina que os pagamentos das obrigações de pequeno valor, a partir de 27.06.2003, sejam requisitados diretamente à Fazenda Pública, para que a cumpram no prazo de 90 dias.<sup>22</sup> A Resolução 416/2003 determina a atualização dos precatórios judiciais, pendentes de pagamento, a individualização dos créditos e a sua reclassificação em pequeno ou grande valor, para que se cumpra a precedência dos primeiros<sup>23</sup>.

Com relação aos entes devedores, o efeito foi quase imediato. Muitos municípios do interior de Minas Gerais editaram suas leis definidoras, estabelecendo as obrigações de pequeno valor em quantias irrisórias. O Município de Belo Horizonte acatou o limite estabelecido no artigo 87, II, do ADCT, ou seja, 30 (trinta) salários mínimos; o Governo do Estado de Minas Gerais, desvinculando do salário mínimo as obrigações de pequeno valor da Fazenda Pública estadual, fixou o seu teto em R\$9.600,00, conforme art. da Lei Estadual 0000/2003<sup>24</sup>.

#### 4 A ordem cronológica de apresentação e de precedência

Os precatórios do Estado de Minas Gerais, suas autarquias e fundações foram unificados em duas relações cronológicas: a de precatórios comuns e a de precatórios alimentares. A mesma providência foi tomada com relação aos precatórios do Município de Belo Horizonte, suas autarquias e fundações<sup>25</sup>.

Assim, as audiências são agendadas de acordo com a ordem cronológica de apresentação dos precatórios no Tribunal de Justiça de Minas Gerais, considerando, indistintamente, os precatórios

---

<sup>22</sup> No entanto, entre a EC 37/2002 (publicada em 12/06/2002) e as resoluções do TJMG (publicadas em 23.06.2003) existe uma lacuna de mais de 01 ano. Nesse período, os juízes de 1º grau encaminharam, ao Presidente do TJMG, ofícios requisitórios com créditos de pequeno valor, já que a EC 37/2002 ainda não havia sido regulamentada pelo TJMG. Por outro lado, esses requisitórios não receberam numeração cronológica, em face do disposto no § 3º do artigo 100 da CF e no artigo 87 do ADCT. Portanto, com a publicação das resoluções, estes ofícios requisitórios devem ser devolvidos aos juízes de 1º grau, para que estes determinem o pagamento em 90 dias, sob pena de preterimento dos credores respectivos, pois a Emenda Constitucional 37/2000 preexistia.

<sup>23</sup> O trabalho de atualização, reclassificação e individualização dos créditos incumbe à Central de Precatórios. Quanto aos precatórios de obrigação da Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais e do Município de Belo Horizonte, são agendadas audiências mensais para efetivação do pagamento, obedecidas a ordem cronológica e as precedências quanto à natureza e quanto ao valor do precatório. Quanto aos precatórios de obrigação das Fazendas Públicas dos Municípios do Interior, após a atualização e a reclassificação dos créditos, os Órgão Devedores são instados a realizarem o pagamento no prazo de 90 dias.

<sup>24</sup> Não há, na lei estadual, cláusula de reajustamento. Assim, o patamar fixado para as obrigações de pequeno valor ficou entregue à corrosão inflacionária. Dentro em pouco, o teto das obrigações de pequeno valor, do Estado de Minas Gerais, tornar-se-á ainda mais irrisório que os patamares estabelecidos pelos municípios interioranos.

<sup>25</sup> É a responsabilidade subsidiária do Estado pelas obrigações das suas autarquias ou fundações públicas: "Por ser sujeito de direitos, a autarquia, como se disse, responde pelos próprios atos. Apenas no caso de exaustão de seus recursos é que irromperá a responsabilidade do Estado; responsabilidade subsidiária, portanto. Esta se justifica, então, pelo fato de que, se alguém foi lesado por criatura que não tem mais como responder por isso, quem a criou outorgando-lhe poderes pertinentes a si próprio, propiciando nisto a conduta gravosa reparável, não pode eximir-se de tais conseqüências" (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 14ª ed. Malheiros.) Para este autor, as fundações públicas são autarquias.

devidos pelo Estado de Minas Gerais (ou pelo Município de Belo Horizonte), suas autarquias e fundações públicas. Por outro lado, são seguidas as duas ordens de precedência estabelecidas na Constituição Federal. Os pagamentos dos créditos de natureza alimentícia preferem aos de natureza comum<sup>26</sup> e os dos créditos definidos, em lei, como de "pequeno valor" preferem aos de maior valor<sup>27</sup>.

Portanto, a ordem de pagamento, seguida na Central de Precatórios, é a seguinte: a) créditos alimentares de pequeno valor, b) créditos comuns de pequeno valor, c) créditos alimentares de grande valor, d) créditos comuns de grande valor<sup>28</sup>. Mas a precedência dos créditos alimentares está adstrita ao ano de vencimento. Ou seja, pagam-se os créditos alimentares e em seguida os comuns, vencidos em determinado ano. Em seguida os do ano seguinte. E assim sucessivamente.

Com essa sistemática, devem ser realizadas audiências para o pagamento de todos os créditos de pequeno valor (alimentares e comuns), para, posteriormente, serem agendadas as audiências para o pagamento dos créditos de maior valor (alimentares e comuns).

## 5 Crítica à ordem de pagamento dos precatórios

A ordem de pagamento, estabelecida na Central de Precatórios do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que prioriza, de forma absoluta, o pagamento dos créditos de pequeno valor, e deixa os precatórios de grande valor para o futuro, não nos afigura coerente.

O artigo 87, § 1º, do ADCT, dispõe que os créditos de pequeno valor, que já tenham sido objeto de formação de precatórios judiciais, sejam pagos com precedência sobre os de maior valor. Esta regra é análoga à prevista no artigo 100, *caput*, da CF/88, que estabelece a precedência dos créditos alimentares sobre os comuns. Como a precedência dos créditos alimentares foi restringida ao ano de vencimento, outra não poderia ser a interpretação para a precedência dos créditos de pequeno valor sobre os de grande valor.

Portanto, para manter a coerência, a ordenação dos pagamentos deveria dispor os créditos de pequeno valor, com precedência sobre os créditos de grande valor, somente para o mesmo ano de vencimento. E não nos convence o argumento de que essa sistemática levaria o Estado de

<sup>26</sup> "Art. 100. À exceção dos créditos de natureza alimentícia, os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos e de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim". Comentando este artigo, Nelson Nery Junior assevera que "a exceção prevista pela norma não dispensa a inclusão dos créditos alimentares em precatórios judiciais. Há duas ordens para os precatórios judiciais: a) a ordem geral, ordinária; b) a ordem especial, da qual fazem parte os créditos de natureza alimentar. Todo crédito contra a Fazenda Pública, oriundo de decisão judicial deve ser incluído nos precatórios, de sorte a fazer parte do orçamento" (*Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 7. ed. Editora Revista dos Tribunais). Logicamente, os créditos de natureza alimentícia, não apenas terão uma ordem especial, mas deverão ser pagos antes dos precatórios ordinários. Do contrário, ou seja, permitido que fosse o pagamento da ordem ordinária antes da ordem especial, precedência não haveria. Razoável e plausível a sistemática adotada pela Central de Precatórios do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, ao restringir a antecedência dos créditos alimentícios ao ano de vencimento. Entender, por outra parte, que os créditos alimentícios tivessem sempre precedência, embora mais recentes, faria com que os créditos ordinários ficassem sempre na espera.

<sup>27</sup> O § 3º do artigo 100 da CF excepciona as obrigações, definidas em lei como de pequeno valor, da necessidade de precatórios judiciais. O artigo 86 do ADCT estabelece a preferência dos créditos de pequeno valor, que já tenham sido objeto de precatório judicial, sobre os créditos de pequeno valor; e também a precedência dos alimentares sobre os ordinários.

<sup>28</sup> O parágrafo único do artigo 87 do ADCT estabelece uma "faculdade" para os credores, caso os créditos ultrapassem os limites estabelecidos para as obrigações de pequeno valor. Os credores podem renunciar ao excedente e receber como se fora um crédito de pequeno valor, de maneira mais célere. Teoricamente, a renúncia pode ser tratada como uma faculdade. Mas se se considerar a inadimplência das Fazendas Públicas, de longa data, muitos credores, levados por necessidades pessoais, são obrigados a lançar mão dessa "prerrogativa".

Minas Gerais e também o Município de Belo Horizonte a suspender os repasses e pagamentos, na Central de Precatórios, por falta de recursos financeiros.

O artigo 78 do ADCT - acrescido pela Emenda Constitucional 30/2000, e que prevê uma moratória para o pagamento dos precatórios judiciais, não alimentares, e oriundos de ações distribuídas até 31.12.1999, em até 10 parcelas, anuais e sucessivas -, objetiva facilitar aos entes federados a amortização do montante dos precatórios judiciais em atraso. E não se trata de mera faculdade. O parcelamento dos precatórios comuns deve ser implementado por todos os órgãos públicos que estejam em atraso com os pagamentos.

O Município de Belo Horizonte, que aderiu à moratória e parcelou todos os precatórios devidos pela Fazenda Pública municipal, pagou apenas a primeira parcela. Suspendeu o pagamento das parcelas subseqüentes, não por falta de recursos, mas por opção política da administração local: considerando que os pedidos de intervenção estadual que, embora admitidos pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, por um certo período, são reformados pela Corte Suprema, o Município redirecionou os recursos, que seriam utilizados na quitação das parcelas dos precatórios, para fazer face a outras despesas e investimentos.

A Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais, a seu turno, e sempre demonstrando o seu desinteresse em pagar os precatórios judiciais, nem os fracionou, nem buscou formas alternativas para reverter a situação de inadimplemento em que se encontra. Por não se tratar de mera liberalidade da Fazenda Pública, o Estado de Minas Gerais não só pode, mas deve aderir ao parcelamento dos precatórios, a fim de amortizar a sua dívida de precatórios judiciais.

Para isso, basta que o Governo do Estado abandone a sua política de resistência em pagar dívidas judiciais - postergando os pagamentos para tentar impor aos credores, no futuro, os censurados "leilões de precatórios" - e então solverá os créditos de pequeno valor, os créditos de grande valor, de natureza alimentícia, e as parcelas dos créditos de grande valor, de natureza comum. Isso sem falar do decreto estadual, que disciplina a utilização dos recursos dos depósitos judiciais e extrajudiciais oriundos de ações tributárias, para o pagamento de precatórios alimentares, mas que ainda não houve iniciativa do Estado de Minas Gerais para o levantamento dos recursos junto ao Banco do Brasil.

Assim, a precedência dos créditos de pequeno valor, que já foram objeto de precatórios judiciais, deveria ser restringida ao ano de vencimento, a exemplo do critério adotado para a preferência dos créditos de natureza alimentícia sobre os de natureza comum. Assim, dentro de um mesmo ano de vencimento, seriam realizados os pagamentos: a) dos créditos de pequeno valor alimentares, b) dos créditos de pequeno valor comuns, c) dos créditos de grande valor alimentares, d) dos créditos de grande valor comuns.

E, no caso de ser mantida a precedência, absoluta, dos créditos de pequeno valor, esse tratamento deverá ser estendido aos créditos alimentares. Ou seja, pagam-se todos os créditos de pequeno valor, primeiro os de natureza alimentícia e em seguida os de natureza comum; depois se pagam os créditos de grande valor, primeiro os de natureza alimentícia e depois os de natureza comum. Embora seja uma opção injusta e que também ensejaria ao Estado postergar os pagamentos dos precatórios judiciais.

O que não pode ocorrer é uma interpretação diferenciada - restritiva quanto à precedência dos créditos de natureza alimentar e absoluta quanto à precedência dos créditos de pequeno valor. São regras análogas e devem receber o mesmo tratamento. Do contrário, serão atendidas somente as conveniências das Fazendas Públicas, no sentido de postergarem ao máximo o pagamento dos precatórios, canalizarem o mínimo de recursos financeiros para a Central de Precatórios e utilizarem esse órgão do TJMG para maquiar o inadimplemento, contumaz, e a falta de vontade

para reverter a situação.

## 6 Outros aspectos da Central de Precatórios

Outras questões devem ser definidas. A primeira se refere à possibilidade de atualização e pagamentos, dos precatórios judiciais, diretamente pela Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais e pelo Município de Belo Horizonte, sem a interveniência da Central de Precatórios; a segunda se refere à dedução do Imposto de Renda, quando se tratar de créditos sem natureza indenizatória, e ao desconto e ao repasse da contribuição previdenciária, nos casos de créditos devidos a funcionários ou empregados públicos.

### *A possibilidade de pagamentos diretamente pelas Fazendas Públicas*

Já foi dito, que a Central de Precatórios do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, a princípio, tem o seu funcionamento dispensado ao pagamento de créditos de pequeno valor, através de audiências previamente agendadas. Os créditos de grande valor só serão solvidos, nos termos da ordem estabelecida naquele órgão, quando findos os pagamentos dos créditos de pequeno valor.

No entanto, não é descartada a possibilidade de ocorrer, concomitantemente às audiências realizadas na Central de Precatórios, a realização de pagamentos dos créditos de grande valor diretamente pelo Estado de Minas Gerais e pelo Município de Belo Horizonte. E isso, de fato, ocorreu quando o Município de Belo Horizonte, com os recursos oriundos dos depósitos judiciais tributários, realizou, diretamente, o pagamento de precatórios judiciais, alimentares e comuns<sup>29</sup>.

Antes de ser instituída a Central de Precatórios, e reportando à época em que as Fazendas Públicas, estadual e municipal, ainda pagavam os seus débitos judiciais, os precatórios eram atualizados pelos próprios órgãos públicos, e os valores eram consignados ao Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, que supria o princípio da publicidade e liberava os créditos para os seus beneficiários.

No entanto, naquele período, a atualização dos precatórios era realizada pelos próprios órgãos públicos devedores e a discussão era reaberta quanto à correção monetária, que era aplicada de forma defasada e incorreta<sup>30</sup>. E este é o motivo da quantidade infundável de precatórios complementares existentes no TJMG e que transformam os créditos de precatórios em heranças.

Assim, é estritamente necessário que o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, assumindo em sua plenitude os poderes atribuídos pelo artigo 1º-E da Lei 9.494/1997, atribua a servidores seus a atualização monetária de todos os precatórios judiciais, quando da liberação dos recursos pelas Fazendas Públicas. Essa providência, decerto, vai resguardar os direitos dos credores e será uma forma de reduzir a emissão de precatórios complementares, que repõem os credores eternamente na fila de espera.

### *A retenção do IRRF e a dedução das contribuições previdenciárias*

Os créditos solvidos o são com o desconto do Imposto de Renda e da contribuição previdenciária, quando cabíveis. E os precatórios devem ser instruídos com as planilhas de cálculo que

<sup>29</sup> Houve a tentativa, da Procuradoria-Geral do Município, de realizar pagamentos de precatórios, ainda não vencidos, cujo credor é empreiteira da SLU, autarquia municipal, antes do pagamento dos precatórios da própria Municipalidade (vencidos desde 1997). E esse fato, que ocorreu pouco tempo após as eleições municipais, configura quebra da ordem cronológica, estabelecida quando da criação da Central de Precatórios, não podendo ser admitida pelo TJMG.

<sup>30</sup> E já se constatou que a atualização monetária, aplicada diretamente pelos órgãos públicos, nem sempre é feita corretamente. Aproveitando-se da esfera de liberdade, eles adotam valores diversos daqueles consignados nos precatórios e às vezes se utilizam até mesmo de planilhas afastadas na fase de acerto.

ensejaram os pagamentos, permitindo tanto aos credores quanto ao sujeito ativo do tributo ou ao Instituto de Previdência aferir sobre a exatidão dos descontos realizados.

No entanto, quando os precatórios ainda eram depositados diretamente pelas Fazendas Públicas, os valores das parcelas de Imposto de Renda e de contribuição previdenciária nunca foram demonstrados<sup>31</sup>, pois os precatórios não eram instruídos com os cálculos analíticos que ensejaram os depósitos. E essa postura dos entes devedores é censurável, porquanto retira a possibilidade de fiscalização sobre o efetivo recolhimento da exação e do repasse da contribuição previdenciária ao instituto gestor.

Na Central de Precatórios, o Imposto de Renda e a contribuição previdenciária são decotados dos créditos, quando cabíveis. Quanto à parcela de imposto de renda, ela permanece com a Fazenda Pública como antecipação de receita; quanto à contribuição previdenciária, decotada nos créditos de servidores públicos, a Central de Precatórios comunica, formalmente, ao Instituto gestor o nome do segurado, o valor descontado e sobre a responsabilidade do Estado pelo repasse<sup>32</sup>. Porém, a fiscalização também é deficiente, uma vez que as Fazendas Públicas não apresentam a comprovação de que os repasses ou os ajustes tenham sido realizados.

Há, ainda, o fato de que alguns juízes se opõem à dedução do Imposto de Renda, nos precatórios ou nos créditos de pequeno valor, e sua retenção pelas Fazendas Públicas. Argumentam que o recolhimento do imposto de renda deve ocorrer quando do ajuste anual pelos credores, já que é este o momento em que o Contribuinte declara as receitas auferidas durante o exercício e as despesas, dedutíveis ou não, apurando o imposto devido ou a restituição a que faz jus.

No entanto, nos Precatórios Judiciais ou nos nas Requisições de Pequeno Valor, a retenção do Imposto de Renda é realizada pelo Estado de Minas Gerais e pelo Município de Belo Horizonte, a meu ver corretamente. Isso porque se trata de uma obrigação acessória da fonte pagadora, nos termos do art. 45 c/c o art. 113 do CTN, que não excepciona a pessoa jurídica de direito público de tal mister<sup>33</sup>. Por outro lado, a Lei Federal 7.713/1988, em seu art. 7º, dispõe expressamente sobre a retenção do IR no cartório do Juízo, quando realizado o pagamento ou disponibilizado para o beneficiário.

Por outro lado, se o parágrafo único do art. 45 do CTN determina que "a Lei pode atribuir à fonte pagadora da renda ou dos proventos tributáveis a condição de responsável pelo imposto cuja retenção e recolhimento lhe caibam", com mais razão deve a pessoa jurídica de direito público realizar a retenção, pois esta tem o dever de zelar pelo efetivo recolhimento do tributo.

Assim, ocorrido o fato gerador da obrigação principal, que é a efetiva percepção de renda,

---

<sup>31</sup> A partir da Resolução 415/2003, que determina o pagamento dos créditos de pequeno valor em 90 dias, as parcelas de IRRF e de contribuição previdenciária voltaram a ser omitidas. Com isso, fica a incerteza sobre o seu repasse ou recolhimento.

<sup>32</sup> Nos Tribunais Regionais do Trabalho, as contribuições devidas ao INSS são descontadas e repassadas diretamente pela Central de Precatórios, com a notificação da autarquia federal para impugnar, se for o caso, os valores da contribuição que lhe cabem. No Tribunal de Justiça de Minas Gerais, a Fazenda Pública estadual pugnou pelo repasse direto, por via de ajuste contábil, uma vez que o instituto gestor integra a Fazenda estadual; o Município também repassa diretamente as contribuições ao órgão gestor municipal.

<sup>33</sup> Não obstante, o artigo 25 da MP 135 prevê a retenção do imposto de renda sobre os rendimentos pagos, em cumprimento de decisão da Justiça Federal (regra que não atinge os pagamentos feitos pela Justiça Estadual), mediante precatórios ou requisição de pequeno valor, à alíquota de 3%. A retenção deverá ser feita pela instituição financeira responsável pelo pagamento, no momento em que o rendimento se torne disponível para o beneficiário. O imposto retido na fonte, nesses termos, será considerado como antecipação do imposto apurado na declaração de ajuste anual das pessoas físicas ou deduzido do apurado no encerramento do período de apuração ou na data da extinção, caso o beneficiário seja pessoa jurídica. Essa retenção será dispensada quando o beneficiário declarar à instituição financeira que os créditos são isentos ou não tributáveis ou, ainda, a sua condição de contribuinte inscrita no Simples.

com acréscimo patrimonial para o credor, fato que se dá no momento em que o órgão devedor coloca a quantia à disposição do credor, a retenção do Imposto de Renda e o repasse devem ser feitos pelo Estado ou pelo Município de Belo Horizonte.

## 7 Conclusão

A implantação das Centrais de Precatórios, nos Tribunais Regionais do Trabalho e nos Tribunais estaduais, representa um esforço importante do Poder Judiciário para socorrer os credores e para reduzir o volume e o montante de precatórios judiciais em atraso.

Para tanto, as atividades desenvolvidas nesses órgãos devem ser no sentido de proceder à entrega exata do montante devido aos credores - censurando a atuação artilosa dos procuradores dos órgãos públicos - e de realizar os ajustes e correções de erros materiais, para resguardar os bens públicos. A colaboração e a participação de todos os juizes que atuam na fase cognitiva e de acerto das ações em que haja condenações à Fazenda Pública são estritamente importantes e necessárias.

Por outro lado, o funcionamento e a forma de atualização dos precatórios pela Central de Precatórios devem ter a sua regulamentação normativa atualizada, uniformizando as interpretações e os critérios que definem as ordens de precedência, em face da sua natureza ou valor, as metodologias aritméticas de atualização e a forma de pagamento para todos os créditos, sejam de pequeno valor ou de grande valor.

Também é necessário que a Central de Precatórios seja dotada de um maior número de profissionais, com conhecimentos sobre cálculos judiciais e sobre as normas constitucionais e legais que regulam a matéria, e de um espaço físico adequado para o desenvolvimento das atividades de revisão e atualização de todos os precatórios judiciais.

Outra medida importante é a implementação de uma fiscalização sobre as parcelas de Imposto de Renda e de contribuição previdenciária, que devem ser repassadas ao sujeito ativo da exação e ao instituto gestor da contribuição, salvo se comprovados a antecipação de receita e o ajuste contábil.

## 8 Referências bibliográficas

ACÓRDÃO Rcl 2082/MS; IF 164/SP - STF. <http://gemini.stf.gov.br>. 16.02.2005.

ACÓRDÃO 1.0467.04.911257-7/001(1) -TJMG. <http://www.tjmg.gov.br/juridico/jt/>. 16.02.2005.

ACÓRDÃO 826/2003. Tribunal Regional do Trabalho da 14ª REGIÃO. [www.trt14.gov.br/acordao/jun\\_03/AC27\\_06RO/ac826](http://www.trt14.gov.br/acordao/jun_03/AC27_06RO/ac826). 17.02.2005.

ACÓRDÃO REsp 96851 - STJ. [www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp](http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp). 17.02.2005.

AMARO, Luciano da Silva. *Direito tributário brasileiro*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ARTIGO: TRT-MG obtém êxito na conciliação de precatórios. <http://www.direitonet.com.br/noticias/x/45/06/4506/>. 17.02.2005.

ARTIGO: O calote dos precatórios alimentares. <http://www.crespo.org.br/artigos.htm>.

ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

BRASIL. Código Tributário Nacional. 4. ed. São Paulo: RT, 2005.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 5. ed. São Paulo: RT, 2005.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

CONVÊNIO. Estado de Minas Gerais e Banco do Brasil S.A. 1º.12.2003.

CONVÊNIO. Município de Belo Horizonte e Banco do Brasil S.A. 22.03.2004.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

ESTADO DE MINAS GERAIS. Lei 14.699, de 06 de agosto de 2003. *Jornal Minas Gerais*. Belo Horizonte. 19.08.2003.

ESTADO DE MINAS GERAIS. Decreto 43.620, de 1º de outubro de 2003. *Jornal Minas Gerais*. Belo Horizonte. 02.10.03.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MUNICÍPIO DE BELO HORIZONTE. Decreto 11.643, de 02 de março de 2004. *Diário Oficial do Município*. Belo Horizonte. 03.03.2004.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Decreto-lei 3.365, de 21 de junho de 1941.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Lei 9.494, de 10 de setembro de 1997.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Medida Provisória 2.183-56, de 27 de agosto de 2001.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Lei 10.482, de 03 de julho de 2002.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Lei 10.819, de 16 de dezembro de 2003.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 6. ed. São Paulo: RT, 1990.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Resolução nº 415, de 27 de junho de 2003.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Resolução nº 416, de 27 de junho de 2003.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Resolução nº 417, de 27 de junho de 2003.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Portaria nº 1.477, de 11 de agosto de 2003.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Portaria nº 1.527, de 07 de novembro de 2003.

-:-:-



O direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, já que se constitui em pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos. A Constituição Federal proclama, portanto, o direito à vida, cabendo ao Estado assegurá-lo em sua dupla acepção, sendo a primeira relacionada ao direito de continuar vivo e a segunda de se ter vida digna quanto à subsistência. O início da mais preciosa garantia individual deverá ser dado pelo biólogo, cabendo ao jurista, tão-somente, dar-lhe enquadramento legal, pois do ponto de vista biológico a vida se inicia com a fecundação do óvulo pelo espermatozóide, resultando um ovo ou zigoto (MORAES, 2001: p.61-62).

Muito se tem discutido no Judiciário a respeito da constitucionalidade ou não do aborto terapêutico no caso da constatação de anencefalia do feto. Frise-se que, com os exames pré-natais e os diagnósticos cada vez mais precisos que a medicina moderna oferta, têm sido apresentadas à prestação jurisdicional pretensões de se proceder ao aborto, o que revolve inúmeras questões que vão da ordem emocional à constitucional e o respeito aos direitos fundamentais estabelecidos pela Carta Magna, além da questão criminal.

Necessário esclarecer o que é a anencefalia. Trata-se de uma má formação do feto que ocorre entre o 16º e o 26º dia de gestação, acarretando ao feto a ausência total ou parcial da calota craniana e dos tecidos que se sobrepõem a ela, verificando-se graus variados de deformidade. Apesar da ausência da calota craniana e do cérebro rudimentar, os fetos anencefálicos possuem outras funções vitais e por isso se desenvolvem no ventre materno, sendo breve, contudo, sua sobrevivência no ambiente extra-uterino.

Em que pese todo o desenvolvimento das ciências médicas, feito o diagnóstico da anencefalia do feto, não há tratamento que reverta a anomalia, não sendo possível ainda prolongar o tempo de vida do nascituro, nem mesmo ter conhecimento do período de duração da gravidez e se o bebê sobreviverá até o nascimento. A certeza do diagnóstico e a impossibilidade de que o feto prossiga com vida após o nascimento é o que move muitos dos pais a procurarem o Judiciário, pretendendo autorização para o procedimento abortivo.

Vários são os argumentos daqueles que defendem ser incabível o aborto dos fetos anencefálicos, entendendo ser necessário que a gestação ocorra sem interrupções e que o nascituro venha a nascer, ainda que tenha vida breve fora do ventre materno.

O conflito ocorre nos tribunais quando se põem de um lado a angústia e a frustração dos pais e principalmente da gestante, por estar gerando um feto que inevitavelmente não sobreviverá, e de outro o necessário cumprimento da lei, tanto a penal, que estabeleceu como crime o aborto, como a constitucional, que tutela a vida como o bem mais precioso a ser preservado, inclusive para aqueles que já foram gerados e ainda não nasceram.

Ressalte-se que, em nosso ordenamento jurídico, o direito à vida está previsto em vários dispositivos legais, seja para trazê-lo como direito fundamental ou para punir quem contra ele atenta. A própria Constituição de 1988 traz em seu art. 5º, logo no *caput*, a garantia aos brasileiros e estrangeiros residentes no País da inviolabilidade do direito à vida, o que reflete um Estado Democrático de Direito que prima pela igualdade de direitos. O respeito aos princípios

---

\* Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos em 2001. Assessora de Desembargador do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Professor-orientador: Fabrício Veiga Costa

constitucionais deve prevalecer, visto que estes são a base do sistema legal, funcionando como sombra para a leitura, compreensão e aplicação de todo o sistema normativo.

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra (MELLO, 2000: 748).

Cabe ao Estado o dever de tratar a vida tal como princípio fundamental, principalmente a daqueles indefesos e que por suas fraquezas não têm condições de sobreviver sem proteção. Necessário frisar que o direito à vida abrange tanto o direito de permanecer vivo quanto o de nascer com vida.

Dessa maneira, defende parte dos juristas que, a partir da fertilização do óvulo e da formação do zigoto, já há a vida e ao ser vivo que surge devem ser assegurados todos os direitos do nascituro, inclusive respeitada a garantia à vida. Afinal, a vida do feto é distinta da vida da mãe.

Somados ao direito fundamental à vida, vêm os direitos garantidos especificamente ao nascituro. Nesse sentido dispõem o novo Código Civil, em seu art. 2º, a Declaração Universal dos Direitos da Criança, em seu art. 1º, o Pacto de São José da Costa Rica, em seu art. 4º, e o Estatuto da Criança e do adolescente, no art. 7º.

Já em confronto ao direito à vida do feto vem o direito à liberdade da gestante, também garantido constitucionalmente.

Para defender a vida do nascituro anencéfalo, argumenta-se que é limitada a liberdade da mãe, não podendo ser exercida a autonomia da vontade quando se trata de decidir a respeito da vida do ser que carrega no ventre, por ser esta individualizada, apesar de dependentes biologicamente a mãe e o filho.

Há quem entenda inclusive que não pode ser invocado pela gestante o direito de livre expressão de vontade e consciência, já que, quando carrega um ser dentro de si, não mais pode dispor de seu corpo em plenitude. Dessa maneira, o livre arbítrio estava em conceber ou não um filho. A partir do momento em que a criança passa a ser gerada, não é mais permitido à mãe que interrompa o ciclo natural da vida.

Adiciona-se aos argumentos expostos supra que, no Brasil, é tratado como crime o aborto, excetuadas apenas as hipóteses do art. 128 do CP, que traz as excludentes de ilicitude, quais sejam o aborto terapêutico e o aborto sentimental. Entendem os juristas não estar contida no artigo de lei mencionado a hipótese do aborto de feto anencéfalo, concluindo-se pela ilegalidade do mesmo.

Ressalte-se que o aborto ora analisado é considerado por muitos como eugênico e não como terapêutico. Este é o aborto utilizado para a preservação da vida e saúde da gestante, já aquele é prática que elimina seres imperfeitos, tendendo-se inclusive à seleção de uma raça pura, o que poderia se dirigir inclusive ao racismo e ao neonazismo.

O entendimento nesse sentido é de que a permissão para a realização de aborto de fetos anencéfalos levaria à relativização da vida humana, afastando-se conseqüentemente o princípio constitucional da igualdade, já que os seres imperfeitos seriam diferenciados e por isso eliminados.

Ora, na questão aqui analisada, é nítido que estão em confronto, a todo momento, os princípios, direitos e valores concernentes ao nascituro e à gestante, sendo necessário estabelecer se há relação de subordinação entre os direitos à vida, à liberdade e à autonomia da vontade.

Tem-se que, na verdade, o que há não é bem a subordinação entre os direitos acima mencionados, mas sua ponderação e, analisada, caso a caso, a preservação de uns em detrimento de outros.

Indiscutível que a vida é o bem mais precioso a ser preservado e para tanto deve ser feito a qualquer custo. Mas o que dizer a respeito da vida que se torna inviável, como no caso do feto anencéfalo? A preservação dessa vida estaria coagindo a gestante a exercer seu direito à liberdade de antecipar o parto ou até promover o aborto do feto, que não terá oportunidade de viver fora do útero, abreviando os sérios problemas emocionais que provavelmente o estarão acometendo, a ela e ao pai do ser que é gerado.

A tutela penal da vida humana deve ser analisada em diferentes graus. Em momento algum deve ser esquecido que, no trabalho em tela, não se discute a ampla possibilidade de cessação da gestação, mas a interrupção de uma gravidez que com certeza está fadada ao fracasso - e a certeza vem da pesquisa de opinião de vários profissionais da medicina, além da literatura médica - ainda que sejam aplicados todos os esforços e desenvolvimentos da ciência. O aborto que aqui se defende é aquele de feto comprovadamente anencéfalo, com diagnóstico emitido por médicos especialistas e hábeis a tanto, esclarecendo que, em momento algum, se pretende defender aqui o aborto de fetos quando constatada uma anomalia qualquer que não seja a anencefalia.

A respeito da inviabilidade de vida do nascituro no caso de feto anencéfalo, o Ministro Marco Aurélio de Mello discorreu em julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde, perante o egrégio Supremo Tribunal Federal:

A literatura médica aponta que a má-formação por defeito do fechamento do tubo neural durante a gestação, não apresentando o feto hemisférios cerebrais e o córtex, leva-o ou à morte intra-uterina, alcançando 65% dos casos, ou à sobrevivência, no máximo, algumas horas após o parto. A permanência de feto anômalo no útero da mãe mostrar-se-ia potencialmente perigosa, podendo gerar danos à saúde e à vida da gestante. Consoante o sustentado, impor à mulher o dever de carregar por nove meses um feto que sabe com plenitude de certeza não sobreviverá causa à gestante dor, angústia e frustração, resultando em violência às vertentes da dignidade humana - a física, a moral e a psicológica - e em cerceio à liberdade e autonomia da vontade, além de colocar em risco a saúde, tal como proclamada pela Organização Mundial da Saúde - o completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença.

Frise-se que não se pretende aqui desconsiderar o feto anencéfalo como ser humano ou afastar-lhe o direito à vida. Mas o que deve ser entendido é que, ao se tratar de gestação com diagnóstico de anencefalia, não está sendo cogitada a dificuldade de sobreviver do feto, mas seu total e fadado insucesso.

Ora, quando o feto não consegue, por si só, sobreviver no ambiente extra-uterino nascerá, mas não alcançará a vida biológica jurídica.

Nascimento e vida são coisas distintas; enquanto o primeiro viabiliza a autonomia biológica do produto da concepção, com a passagem do feto do mundo intra para o extra-uterino, o outro é a própria constatação da autonomia biológica (vida jurídica). Noutra forma, o nascimento é o meio viabilizante para que se possa afirmar ou não se o produto da concepção superou a fase de estado potencial de feto para o de pessoa. Pode-se dizer de maneira breve que a gestação é pressuposto da concepção; que o nascimento é pressuposto da concepção e da gestação; e que a vida é pressuposto da concepção, da gestação e do nascimento com autonomia biológica, juridicamente tratando a matéria.

Um é para o outro a ligadura que transforma a vida meramente biológica na vida biológica jurídica, desde que nesta última etapa seja constatada a autonomia biológica do produto da concepção. São, dessa forma, duas etapas bastante definidas, ou seja, uma que antecede o nascimento com vida (art. 4º do CC, primeira parte) e outra que sucede o nascimento com vida (SPOLIDORO, 1997: 72-73). Nesse diapasão, diante da impossibilidade de que a vida criada prossiga, deve ser privilegiada

da a vida criadora, e aqui se entende abrangida a saúde física e, sobretudo, a mental. A gestante deve expressar sua emoção e para tanto ter a possibilidade de exercer seus direitos à liberdade, autonomia da vontade e dignidade humana.

Não se imagina seja fácil o dilema por que passam aqueles que precisam, subitamente, decidir a respeito da interrupção de uma gestação diante da impossibilidade de salvar a vida do feto, pois a espera pelo nascimento de um filho é motivo para imensa alegria e idealização de projetos para toda a família.

Ademais, a legislação brasileira, ao punir de forma genérica a realização do aborto, sem conceituá-lo, afastou da gestante a possibilidade de realizá-lo, ainda que diante de um diagnóstico de anencefalia, sob pena de, além de todo o seu martírio emocional, ser ainda punida penalmente.

O aborto é trazido no Código Penal no capítulo que trata dos crimes contra a vida, prevendo os artigos 124 a 127 a punição para a prática do ato abortivo tanto pela gestante quanto por terceiro, sem ou com o consentimento da gestante.

Em seguida, como excludente de punibilidade, trouxe o art. 128 do mesmo texto de lei acima mencionado o aborto realizado "se não há outro meio de salvar a vida da gestante" ou "se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal".

Diante da leitura do texto dos mencionados artigos de lei, em interpretação literal, é certo o entendimento de que o aborto de feto anencéfalo é crime e deve ser punido.

Mas entende-se que a lei não deve ser dessa maneira interpretada.

Ao punir o aborto, o bem jurídico que a lei pretendeu pôr a salvo foi a vida do feto. No entanto, mesmo o direito do nascituro à vida foi posto em segundo plano, quando o art. 128 do Código Penal trouxe excludentes de punibilidade, diante do risco de vida da mãe e até mesmo da preservação de sua honra, dignidade e sofrimento por gerar um feto que é fruto de estupro.

Ressalte-se que, exceto no caso de estar a gestante inconsciente e correndo risco de vida, as hipóteses do art. 128 do CP, que afastam a punibilidade do médico que realiza o ato e da mãe que opta pelo aborto, permitem que a própria gestante decida se pretende ou não continuar com a gestação. Depara-se com uma tutela jurídica expressa em relação à liberdade da mulher e sua autonomia de vontade.

Dessa maneira, deve ser entendido que a lei não determina que num caso ou noutro o aborto deva ocorrer, mas concede à mulher a liberdade e a oportunidade de optar pela interrupção da gravidez nos casos em que a vida extra-uterina seja inviável, sem que sua conduta seja incriminada. Não se pode deixar de lado que, no caso do feto anencéfalo, qualquer que seja o momento do parto ou em qualquer momento em que a gravidez seja interrompida, o resultado será necessariamente o mesmo, qual seja, a morte do feto.

Ora, seria um verdadeiro contra-senso proteger a liberdade e a autonomia da mulher nos casos de aborto permitidos em função da excludente do art. 128 do CP e afastar a possibilidade de a gestante realizar o aborto de anencéfalo sem que fosse punida por tal ato. Isso, pois, nos casos do referido artigo de lei, a interrupção da gravidez ocorre, privilegiando-se a liberdade, a autonomia e a dignidade da mulher, ainda que diante de fetos perfeitamente viáveis à sobrevivência extra-uterina, ceifando-lhe nitidamente o direito à vida, enquanto nos casos de anencefalia não há que se considerar que o conflito ocorra entre bens jurídicos de idêntico grau de proteção jurídica, já que a vida do feto acometido por deformidade gravíssima está fadada a um breve fim.

Em meio a toda a análise da legislação penal brasileira no que concerne ao aborto, é impor-

tante lembrar que vigora no País um Código Penal que data de 1940, época em que a medicina ainda estava muito distante de todas as evoluções científicas a que hoje assiste, quando não se imaginava a possibilidade do diagnóstico de uma deformidade do feto ainda no útero materno e, provavelmente, nem mesmo era detalhadamente conhecida a anencefalia: morria-se "de repente", e o sepultamento era realizado sem que se conhecesse a *causa mortis*.

Nessa esteira, é necessário que o direito acompanhe a evolução da humanidade, caminhando juntamente com as descobertas do homem, para que as novas situações que surjam não fiquem desamparadas pela lei.

A petição inicial da mesma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental citada alhures trouxe em seu texto:

Note-se, a propósito, que a hipótese em exame só não foi expressamente abrigada no art. 128 do Código Penal como excludente de punibilidade (ao lado das hipóteses de gestação que ofereçam risco de vida à gestante ou resultante de estupro) porque em 1940, quando editada a Parte Especial daquele diploma, a tecnologia existente não possibilitava o diagnóstico preciso de anomalias fetais incompatíveis com a vida. Não se pode permitir, todavia, que o anacronismo da legislação penal impeça o resguardo de direitos fundamentais consagrados pela Constituição, privilegiando-se o positivismo exacerbado em detrimento da interpretação evolutiva e dos fins visados pela norma.

Considerar-se crime o aborto de feto anencéfalo seria negar a evolução das ciências médicas e até mesmo tornar injustificável a possibilidade do diagnóstico precoce do problema, já que nada poderá ser feito para salvar o feto e nem mesmo para abreviar o sofrimento da gestante.

Os exames pré-natais e os diagnósticos deles provenientes devem ser realizados enquanto prevenção e para que possam servir ao bem da pessoa. Portanto, se a descoberta é de que o feto não terá sucesso quando ocorrer seu nascimento, vindo a morrer logo em seguida, os evoluídos exames devem ser utilizados para a preservação da saúde da gestante como um todo, oferecendo-lhe o tratamento necessário para que seja protegida sua vida e dignidade. Deve ser concedida à mulher a oportunidade de, diante da situação de gravidez de anencéfalo, realizar as escolhas que representem melhor seus sentimentos, interesses pessoais, convicções morais e religiosas, bem como a sua formação familiar.

Diante disso, não podem os defensores do aborto de anencéfalo ser martirizados como seguidores das ideologias de Hitler, já que o ato, praticado de maneira consciente e a partir de um diagnóstico de anencefalia produzido por profissionais capacitados, não poderia ser considerado como uma seleção de seres mais perfeitos, e sim como procedimento terapêutico visando à preservação da saúde da gestante em sentido amplo, físico, psíquico e social.

Nesse diapasão, aqui se defende que outra conduta não poderia ter sido assumida pela gestante, senão a de abortar o feto anencéfalo, o que afastaria sua culpabilidade bem como a do médico que procedesse à intervenção cirúrgica necessária à consumação do ato abortivo.

Comunga-se com a doutrina do penalista Cezar Roberto Bitencourt, de acordo com o que manifesta ao comentar exatamente o art. 128 do Código Penal brasileiro, em relação à inexigibilidade de outra conduta, ressalvado o fato de que se entende como terapêutico, e não eugênico, o aborto de feto anencéfalo:

*Aborto eugenésico: inexigibilidade de outra conduta*

O CP não legitima o chamado *aborto eugenésico*, mesmo que seja provável que a criança nasceria com deformidade ou enfermidade incurável. Contudo, sustentamos que a gestante que provoca o *auto-aborto ou consente que terceiro* lho pratique está amparada pela inexigibilidade de outra conduta, sem sombra de dúvida (BITENCOURT, 2002: 434).

Conforme dispõe a legislação pátria, deve-se considerar o crime não como um fato apenas,

mas como uma ação ou omissão humana que gerou o que se constitui como o núcleo do tipo. No caso da morte provocada do feto de vida intra-uterina, o paradigma do aborto não está apenas no falecimento precoce do feto indefeso, mas também na ação de matar praticada pelo agente.

A culpabilidade deve ser observada, inclusive diante de toda a conotação psicológica, como limitadora da função punitiva do Estado, visto que vinculada aos valores e à dignidade humana.

Dessa maneira, quando o homem médio, submetido a situação adversa, não tem condições de optar pelo cumprimento do dever de agir ou não agir conforme a norma, restando prejudicada diante da situação concreta sua ética ou sua atitude interna para com o ato, ao praticar uma conduta típica e antijurídica, terá ocorrido a inexigibilidade de conduta diversa como excludente de culpabilidade.

Portanto, nos casos de inexigibilidade, fica reconhecido que a personalidade do agente possui as qualidades que se adaptam àquelas pressupostas pelo sistema jurídico, mas que, mesmo assim, praticou um ato desvalioso em virtude de circunstâncias externas imperiosas que desviaram momentaneamente o seu querer do dever-ser normativo, ou provocaram uma desconformação entre o determinado pelo comando normativo e a essência do valor da personalidade ética do agente. O ato praticado sob o manto da inexigibilidade não demonstra que o agente tenha qualidades pessoais censuráveis.

[...]

Assim, à exaustão, é de se realçar que as circunstâncias anormais e imperiosas podem impedir, de maneira objetiva, que o agente tenha a conduta de acordo com as exigências do direito (excluindo o injusto) ou podem influenciar sua personalidade ética, também de maneira imperiosa, desconformando-a às exigências do direito, de maneira a impedir um juízo de reprovação (excluindo a culpabilidade) (NAHUM, 2001:73-74).

Nesse diapasão, a opção do agente deve ser verificada no caso concreto, em função de um valor que, exatamente naquela situação objetiva, assume grande relevância perante o dever-ser normativo, pois a exigência do direito é que todo o sujeito considerado imputável baseie suas atitudes observando o conhecimento de ilicitude que possui, mas não podem ser ignoradas as situações anormais em que nem mesmo se pode exigir do agente uma decisão conforme o comando normativo.

Considerando-se como dogmática do direito penal a proteção a valores, e tratado o bem jurídico como um valor protegido, conseqüentemente a proibição de um comportamento que se manifeste contra o referido bem jurídico ocorre, visto que é o referido comportamento considerado como um desvalor. Exatamente por isso, a norma exige ao homem um dever-ser comportamental regulado pela tipicidade.

Sendo a antijuridicidade a ofensa ao bem jurídico protegido, há condutas típicas, mas que são jurídicas. Para tanto, basta que o sistema jurídico permita a realização de um fato que, a princípio, seria proibido, tratando-o como permitido pelo direito, sem que se perca de vista que os preceitos permissivos são situações fáticas excepcionais, nas quais o valor do bem jurídico tutelado é contraposto pelo agente que, realizando a conduta típica, busca a preservação de outro bem jurídico. Em suma, reconhece-se que, na situação enfrentada pelo agente, não se poderia exigir o dever-ser comportamental regulado pelo sistema jurídico.

Exatamente quando o agente não age de acordo com o dever-ser teleológico, praticando ação típica e antijurídica que ofende o bem jurídico tutelado, e, em juízo de reprovabilidade, conclui-se pela inexistência de motivos justificadores da desconformidade da personalidade do referido agente com a norma, é que há a culpabilidade.

Diante do exposto, configura-se a exclusão de criminalidade como a permissão da prática de conduta típica, por necessidade imposta pela situação de fato, enquanto que a excludente de

culpabilidade significa a ausência da constatação de censura pelo agente, diante da compreensão de fato típico por ele executado em face das circunstâncias em que foi praticado.

Ora, a gestante que depara com a situação de estar gerando um ser que não tem qualquer possibilidade de vida extra-uterina, não sendo possível nem mesmo se constatar a respeito da duração daquela gravidez, está diante de circunstâncias que conduzem, naturalmente, à retirada prematura do feto que se desenvolve, apesar da ausência da calota craniana e do cérebro rudimentar.

A conduta adotada pela gestante que toma como solução ao diagnóstico de anencefalia a interrupção da gravidez é típica e antijurídica, uma vez que ofende bem jurídico protegido pelo ordenamento, qual seja, o produto da concepção, feto ou embrião.

Contudo, *in casu*, deve-se ter excluída a criminalidade, bem como a culpabilidade. Não é justo que uma mãe seja condenada a meses de sofrimento e angústia, conservando uma gravidez que está fadada ao fracasso, uma vez que o feto, inevitavelmente, não sobreviverá ao nascer, sem que a lei permita a realização da retirada do feto.

Nessa vereda, o aborto deve ser considerado diante de todo o contexto e da ausência de censura da gestante e do médico em relação às circunstâncias nas quais houve a prática abortiva, já que, diante do diagnóstico da anomalia do feto, outra conduta não poderia ser exigida da gestante.

Na doutrina de Marco Antônio R. Nahum há exposição a respeito:

Na hipótese de excludente de criminalidade, a permissão da conduta decorre do juízo de que, diante da situação fática e perante o balanceamento dos valores em contraposição, não se poderia exigir do agente conduta diferente.

Na hipótese de excludente de culpabilidade, consideradas a imputabilidade e a consciência da ilicitude, não haverá a censura externo-objetiva sobre a conduta, porque fatores exógenos imperiosos, embora não tenham encontrado eco censurável no agente, desviaram ou estorvaram seu comportamento normal, de acordo com o mandamento normativo. Haverá, então, uma compreensão e conclusão de que, naquelas condições externo-objetivas, não se poderia exigir do agente conduta diferente, ou melhor, o agente não tinha o dever de agir de maneira distinta (NAHUM, 2001:86).

Nesse diapasão, se o dever-ser normativo prevê situações fáticas normais a serem observadas no momento da conduta típica, mas ocorre situação fática anormal, que acaba gerando prática pelo agente de ato através do qual haja desconformidade de sua personalidade em face do dever-ser teleológico, ainda assim não poderá sofrer juízo de reprovação, visto que terá ocorrido exatamente uma inexigibilidade de conduta diversa.

Outrossim, devem ser considerados os sentimentos de toda a família que espera a chegada de mais um membro e depara com o diagnóstico, ressalte-se irreversível, da anencefalia, conscientes de que o bebê esperado não sobreviverá após o nascimento ou, sobrevivendo, terá ínfimo período de vida.

Como é sabido, a geração de um feto traz enormes expectativas não apenas à gestante, mas a toda a família envolvida, seja em relação ao casal que espera o primeiro filho, seja quanto à família que aguarda mais um membro, neste caso estando envolvida inclusive a ansiedade de crianças que aguardam a chegada de um irmão.

Assim, deixar prosseguir uma gravidez, sabendo-se que, se chegar ao fim, o feto que se desenvolveu naquela gestante nascerá e morrerá, pode causar a todos os familiares, e não apenas à mãe, uma enorme afetação psicológica que acarretará traumas irreparáveis, já que se desenvolve um ser dentro do corpo da mulher, podendo ser visto o seu crescimento por todos, mas ele virá ao mundo apenas para morrer, sem que possa ser levado ao seio familiar ou ao convívio social.

Diante disso, põe-se ainda o aborto no caso de feto comprovadamente anencéfalo como ato praticado pela gestante em estado de necessidade, havendo, portanto, a exclusão da criminalidade.

Conforme Cezar Roberto Bitencourt, "o estado de necessidade caracteriza-se pela colisão de interesses juridicamente protegidos, devendo um deles ser sacrificado em prol do interesse social". E ainda citando Heleno Fragoso: "O que justifica a ação é a necessidade que impõe o sacrifício de um bem em situação de conflito ou colisão, diante da qual o ordenamento jurídico permite o sacrifício do bem de menor valor" (BITENCOURT, 2002:24).

A par disso, não poderão ser punidos nem a gestante nem o médico que realizam o aborto, quando seguros de que o feto retirado prematuramente do ventre da mãe se tratava de ser sem qualquer chance de vida extra-uterina, ainda que se desenvolvendo com vida intra-uterina.

Isso, pois, apesar de ser fato típico e ser antijurídica a conduta, considera-se praticado em estado de necessidade, privilegiando-se a saúde psicológica da família, diante da ponderação desta com uma vida que, apesar de existir dentro do útero, não tem chance alguma de prosseguir com sucesso ao nascer.

Frise-se que não haverá punição alguma que se aplique à gestante de feto anencéfalo, bem como aos familiares que aguardam ansiosos a chegada daquele bebê que se desenvolve dia a dia a olhos nus na barriga da mãe que seja maior do que o diagnóstico da anencefalia e a situação de impossibilidade de transformar aquela situação, levando à necessidade inevitável de proceder-se ao aborto.

## **Conclusão**

A constatação segura do desenvolvimento de gravidez de feto anencéfalo põe em confronto muitos valores, consagrados inclusive por nossa Constituição, tendo a vida como o bem mais precioso, seguido da liberdade, autonomia da vontade e dignidade humana.

Em que pese ser indiscutível o fato de que a vida é o bem maior protegido em nosso ordenamento jurídico, deve ter tratamento diferenciado quando se constate que se torna inviável, tal como ocorre com o feto anencéfalo.

Em verdade, a preservação de uma vida que se desenvolve dentro do útero, mas não tem qualquer chance de sobreviver ao nascimento, seria coagir a gestante a levar adiante uma gravidez, em razão de conceitos de sua comunidade, sem que ela mesma pudesse exercer seu direito à liberdade e autonomia de vontade, realizando o aborto e abreviando os sérios problemas emocionais que, provavelmente, estarão acometendo a ela, ao pai da criança e a todos os familiares que aguardam ansiosos a chegada do novo membro da família.

Frise-se que, de acordo com as ciências médicas até a atualidade desenvolvidas, não há qualquer possibilidade de vida extra-uterina em relação ao nascituro com ausência total ou parcial da calota craniana e dos tecidos que se sobrepõem a ela.

Portanto, protegendo-se a liberdade, a autonomia de vontade e a dignidade da gestante, deve a ela ser permitida a interrupção da gravidez, no caso em comento, sem que seja o ato punido como aborto.

Isso, porque, diante do diagnóstico irreversível da anencefalia, outra conduta não poderia ser exercida pela gestante em proteção à sua dignidade e à saúde mental, tanto sua quanto de todo o núcleo familiar, que, repita-se, aguarda ansioso a chegada do bebê que não terá vida após o

nascimento.

Considerar o aborto de feto anencéfalo como conduta típica e por isso punida pelo Estado, não admitindo a interrupção da gravidez, neste caso, como uma situação adversa na qual a gestante tem ausente sua constatação de censura diante da norma, ocorrendo inexigibilidade de conduta diversa, seria negar que o Direito acompanhasse o desenvolvimento da ciência e da própria humanidade.

### Referências bibliográficas

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 2002.

FONTENELE, Cláudio. PGR emite parecer contrário ao aborto de anencéfalos. *Jus Navegandi*, Teresina, a 8, n. 413, ago. 2004. Disponível em : <http://www1.jus.com.br/pecas/texto.asp?id=602>. Acesso em: 07.01.2005.

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

MENEZES, Glauco Cidrack do Vale. Aborto eugênico: alguns aspectos jurídicos. Paralelo com os direitos fundamentais da vida, da liberdade e da autonomia da vontade privada e com os direitos da personalidade no novo Código Civil. *Jus Navegandi*, Teresina, a. 8, n. 413, 24 ago. 2004. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5622>. Acesso em: 07.01.2005.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2001.

NAHUM, Marco Antônio R. *Inexigibilidade de conduta diversa: causa supralegal: excludente de culpabilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SILVEIRA, José Néri da. Néri da Silveira é contra o aborto de anencéfalos. *Jus Navegandi*, Teresina, a 8, n. 413, ago. 2004. Disponível em : <http://www1.jus.com.br/pecas/texto.asp?id=602>. Acesso em: 07.01.2005.

SPOLIDORO, Luiz Cláudio Amerise. *O aborto e sua antijuridicidade*. São Paulo: Lejus, 1997.

-:--



*Sumário: 1 O controle de constitucionalidade no Brasil. 2 Análise crítica do princípio da segurança jurídica. 3 Coisa julgada. 4 É possível no Direito brasileiro o controle constitucional das decisões transitadas em julgado? Em quais casos? 5 Conclusão. 6 Referências bibliográficas.*

## **1 Controle de constitucionalidade no Brasil**

No Brasil, o controle de constitucionalidade se divide em preventivo, realizado necessariamente dentro do processo legislativo pelas comissões de constituição e justiça, e pelo veto jurídico; e repressivo, realizado via de regra pelo Poder Judiciário, no qual este examina lei ou ato normativo já editados, para retirá-los do ordenamento jurídico, desde que contrários à Carta Magna. Importante ressaltar que existem duas hipóteses de controle repressivo feito pelo Poder Legislativo, previstas na Constituição Federal, nos arts. 49, V, e 62.

O controle repressivo se subdivide em difuso e concentrado. No controle difuso, também chamado de controle por via de exceção, aberto ou incidental, como assevera José Afonso da Silva, "qualquer interessado poderá suscitar a questão da inconstitucionalidade, em qualquer processo seja de que natureza for, qualquer que seja o Juízo"<sup>1</sup>. É exercível apenas perante um caso concreto, não sendo o objeto principal da ação. No controle incidental, as decisões possuem efeito vinculante, *ex tunc e inter partes*.

O controle difuso existe no Brasil desde a primeira Constituição Republicana de 1981, instalando-se, porém, de forma efetiva com a Lei Federal nº 221, de 1894, que concedeu competência aos juízes e tribunais para apreciarem a validade das leis e regulamentos e deixarem de aplicá-los a casos concretos, se fossem manifestamente inconstitucionais.

Já no controle de constitucionalidade concentrado,

procura-se obter a declaração de inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo em tese, independentemente da existência de um caso concreto, visando-se à obtenção da invalidação da lei, a fim de garantir-se a segurança das relações jurídicas, que não podem ser baseadas em normas inconstitucionais<sup>2</sup>.

Este tipo de controle constitucional teve origem com a Constituição de 1934, que, mantendo as regras do controle difuso, introduziu três novos elementos que vertiam para o controle concentrado de constitucionalidade, quais sejam a ação direta de inconstitucionalidade interventiva, cláusula de reserva de plenário (a regra que preconiza que apenas por maioria absoluta de votos de seus membros os tribunais poderiam declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público) e a atribuição ao Senado Federal de competência para suspender a execução de lei ou ato declarado inconstitucional em decisão definitiva. A partir do referido ano de 1934, as demais ordens constitucionais que se sucederam foram introduzindo novos elementos, sendo que o referido sistema concentrado de controle de constitucionalidade se estabeleceu de forma efetiva, com

\* E-mail: livialadeira@bol.com.br ; livialad@yahoo.com.br

<sup>1</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000. p.51.

<sup>2</sup> MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*. 16. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2004. 627 p.

suas características atuais, com a edição da Emenda Constitucional nº 16, de 6.12.1965, que atribuiu ao Supremo Tribunal Federal a competência para processar e julgar originariamente a representação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal, apresentada pelo Procurador-Geral da República.

A propósito da Constituição vigente, no que concerne ao controle de constitucionalidade repressivo concentrado, temos três tipos de ação declaratória de inconstitucionalidade: a interventiva, a por ação (também chamada de genérica) e a por omissão. Existe ainda a ação declaratória de constitucionalidade.

A ADIN interventiva, prevista no art. 36, III, da CF, consiste da intervenção federal em algum Estado, ou estadual em algum Município, na hipótese de descumprimento das exigências do referido artigo. A ação direta de inconstitucionalidade interventiva federal só pode ser proposta pelo Procurador-Geral de Justiça, sendo o STF o tribunal competente para processá-la e julgá-la. Na ADIN estadual, é o Procurador-Geral do Estado o legitimado ativo.

A ação direta de inconstitucionalidade genérica, na forma como prevista pelo art. 102, I, a, da CF, visa à declaração de inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo federal, estadual ou distrital, editados posteriormente à Constituição Federal. Vê-se, pois, que inexistente controle concentrado de constitucionalidade de leis e atos normativos municipais em face da CF, na referida hipótese, apenas o controle incidental é viável. Via de regra, seus efeitos são *erga omnes*, *ex tunc* e vinculante, isto é, oponíveis para todos, retroativos e de observância obrigatória. Mas, excepcionalmente, o STF pode limitar esses efeitos, para afastar nulidades de atos emanados do Poder Público com base na lei ou no ato declarado inconstitucional.

O terceiro e último tipo de ação direta de inconstitucionalidade, a supridora de omissão, é dirigida contra o legislador que deixa de criar leis, ou o administrador que não adote as providências necessárias, para conferir eficácia e aplicabilidade de normas constitucionais. A decisão jurisdicional que declarar a inconstitucionalidade por omissão dará ciência ao poder competente para a adoção das providências, e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em 30 dias.

Como se trata de uma inconstitucionalidade *in concreto*, pois não se produziu uma medida concreta necessária à efetivação de norma constitucional, não há falar-se em efeito *erga omnes* / *inter partes* ou *ex tunc* / *ex nunc*.

A ação declaratória de constitucionalidade destina-se a afastar a insegurança jurídica a respeito da validade de uma norma sobre a qual pese compravada controvérsia jurisprudencial. O efeito vinculante da decisão oriunda da ação em exame, que declara a constitucionalidade de uma norma, confere utilidade à ADCON, fulminando o controle incidental relativo à respectiva norma, porquanto os tribunais e juízes singulares não poderão mais se furta à aplicação da mesma sob a afirmação de que a norma é inconstitucional. Os efeitos das decisões proferidas na ADCON serão *ex tunc* e *erga omnes*, além, é claro, do vinculante.

O controle de constitucionalidade é essencial à manutenção do Estado Democrático de Direito, que tem a lei como a expressão da vontade do povo, e não como a expressão da vontade do governante.

Para cumprir sua função de mantenedor do Estado Democrático de Direito, de garantidor da correta aplicação da Lei Fundamental, é imprescindível que o controle de constitucionalidade incida não apenas nos provimentos legislativos, mas nos judiciais e administrativos também, englobando a totalidade dos provimentos democráticos do Estado.

## 2 Análise crítica do princípio da segurança jurídica

O princípio da segurança jurídica, situado entre as garantias fundamentais do Estado Democrático de Direito, relaciona-se intimamente com o controle de constitucionalidade das

decisões judiciais transitadas em julgado, vez que configura supedâneo máximo da própria razão de existência da coisa julgada.

O aludido princípio tem um caráter dúplice, uma acepção objetiva e uma subjetiva. A primeira acepção refere-se à garantia da ordem jurídica, à garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito<sup>3</sup>. Na prática, a referida estabilidade evidencia-se na impossibilidade de alteração das decisões dos poderes públicos, a não ser quando concorrem fundamentos relevantes através de procedimentos legalmente exigidos<sup>4</sup>.

A segunda acepção, chamada de adjetiva, refere-se à certeza do direito, à previsibilidade do direito, que se exterioriza na necessidade de prevalência do justo e da confiabilidade nas instituições. Para isso, requer-se a possibilidade de conhecimento do direito por seus destinatários, devendo-se assegurar a estes o poder de saber com clareza e de antemão aquilo que lhes é mandado, permitido ou proibido, de forma a organizar suas condutas presentes e programar expectativas para suas atuações jurídicas futuras sob pautas razoáveis de previsibilidade<sup>5</sup>.

Com efeito, só há falar-se em observância do referido princípio democrático, quando ambos seus aspectos, o da estabilidade e o da previsibilidade, são examinados conjuntamente.

### 3 Coisa julgada

Pode-se dizer que a coisa julgada é uma qualidade conferida ao ato judicial e aos seus efeitos, impedindo o Judiciário de se manifestar acerca daquilo que já foi decidido, a fim de se assegurar a irreversibilidade das situações jurídicas cristalizadas, em nome da segurança das relações jurídicas, traduzida na impossibilidade de que haja outra decisão sobre a mesma pretensão.

Consoante o Código Civil brasileiro, art. 301, § 3º, "Há coisa julgada quando se repete ação que já foi decidida por sentença, de que não caiba recurso".

Importante ressaltar que o objeto da reflexão a que se propõe esse artigo é a coisa julgada material, e não a formal. É a coisa julgada que determina a imutabilidade da sentença já proferida, não apenas do ponto de vista formal, mas também da imutabilidade dos efeitos da decisão.

Muito se discute atualmente sobre a existência da coisa julgada inconstitucional. Como provimento do Estado Democrático de Direito, as decisões judiciais devem-se submeter ao princípio da constitucionalidade, devendo ser emanadas de acordo com os valores fundamentais que permeiam a convivência social, da mesma forma que os provimentos dos demais Poderes, Legislativo e Executivo. Mesmo porque as regras inerentes à *res judicata* são regras no plano da lei ordinária, como esclarece Carlos Valder do Nascimento:

Conquanto tenha sido prestigiada pelo legislador constituinte, não se pode dizer que a matéria em questão tem a sua inserção na Constituição da República, porque essa não regula matéria de

<sup>3</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2001, 256 p. *apud* SILVA, Bruno Boquimpani. O princípio da segurança jurídica e a coisa julgada inconstitucional. Disponível na internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso realizado em 02.3.2005.

<sup>4</sup> WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 22.

<sup>5</sup> PÉREZ LUÑO. *La seguridad jurídica*. 2 ed. Barcelona: Ariel Derecho, 1994, p. 30 *apud* SILVA, Bruno Boquimpani. O princípio da segurança jurídica e a coisa julgada inconstitucional. Disponível na internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso realizado em 02.3.2005.

natureza estritamente fundamental. O dispositivo que nela se contém é, todavia, no sentido de proteger a coisa julgada na seara infraconstitucional, impedindo que a legislação ordinária pudesse alterar a substância daquilo que foi decidido<sup>6</sup> ...

Nesse diapasão, a sentença que não se conforma com o princípio da constitucionalidade é nula. Com efeito, não haveria se falar em coisa julgada inconstitucional, pois, se é inconstitucional, é nula, não podendo ser abraçada pelo manto da coisa julgada. Entretanto, a prática evidencia a necessidade desse vocábulo aparentemente paradoxal, pois "A irrecorribilidade de uma sentença não apaga a inconstitucionalidade daqueles resultados substanciais, política ou socialmente ilegítimos, que a Constituição repudia"<sup>7</sup>.

O sistema jurisdicional é falível, e não raras são as vezes em que decisões judiciais irrecoríveis maculam princípios fundamentais da Constituição, consagrados no ordenamento jurídico no mesmo grau de importância do princípio da garantia da coisa julgada. Como assevera Humberto Theodoro Júnior, "Se a lei não é imune, qualquer que seja o tempo decorrido desde a sua entrada em vigor, aos efeitos negativos da inconstitucionalidade, por que o seria a coisa julgada?"<sup>8</sup>.

#### **4 É possível no Direito brasileiro o controle constitucional das decisões transitadas em julgado? Em quais casos?**

O ordenamento jurídico pátrio prevê expressamente a possibilidade de rescindibilidade das decisões que julgam o mérito da causa e formam a coisa julgada, através da ação rescisória, desde que no prazo preclusivo previsto em lei, e através da revisão criminal apenas. Todavia, com o avanço dos estudos sobre os temas relacionados à "relativização da coisa julgada" e "coisa julgada inconstitucional", não há como restringir a revisão constitucional da coisa julgada apenas às hipóteses supramencionadas.

Tal concepção levaria, entretanto, a admitir-se que a coisa julgada poderia se sobrepor à própria Constituição, de modo que aos juízes caberia, em última instância e com exclusividade, definir o que é a Constituição, estando seus atos imunizados da mácula da inconstitucionalidade, noção esta não concebível em um sistema onde vige o princípio da supremacia constitucional<sup>9</sup>.

O que se observa, examinando a jurisprudência dos Tribunais Superiores acerca do tema, é que a tão alardeada flexibilização da coisa julgada já é realidade. O conceito e os requisitos para interposição de ação rescisória estão cada vez mais abrandados, de forma a viabilizar a revisão de julgados outrora imutáveis.

Não há falar-se em controle de constitucionalidade das decisões transitadas em julgado sem mencionar uma circunstância bem recorrente e comentada, uma das responsáveis pela origem de toda essa digressão acerca do tema em comento, tanto na seara doutrinária quanto na judicial, qual seja o surgimento e o aperfeiçoamento do exame de DNA. A sua condição de propiciar absoluta certeza do vínculo genético existente entre pais e filhos maculou diversas decisões emanadas de investigações de paternidade que contrariavam verdades biológicas e estavam cobertas pelo então quase que absoluto manto da imutabilidade da coisa julgada.

---

<sup>6</sup> NASCIMENTO, Carlos Valder do. *A coisa julgada inconstitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003, p. 7.

<sup>7</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a coisa julgada material. *In Revista da AGU*, do Centro de Estudos Victor Nunes Leal. Brasília: 2001.

<sup>8</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. *A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos para seu controle*. Revista dos Tribunais. Janeiro de 2002 - 91º ano. Vol. 795, p.33.

<sup>9</sup> SILVA, Bruno Boquimpani. O princípio da segurança jurídica e a coisa julgada inconstitucional. Disponível na internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso realizado em 02.3.2005.

Foi então que começaram a surgir decisões que abrandavam os requisitos da rescisória, para que este mecanismo de revisão pudesse abarcar as referidas ações de investigação de paternidade. Cogitou-se da "flexibilização do conceito de documento novo" (REsp 300084) e da extensão do prazo para interposição da rescisória, pois "É imprescritível o direito ao reconhecimento do estado filial" (REsp 435868/MG), entre outras considerações.

Outro mecanismo de controle constitucional das decisões transitadas em julgado são os embargos à execução de sentença. Na forma do art. 741 do CPC, os embargos à execução fundada em sentença poderão versar sobre a inexigibilidade do título, sendo que o parágrafo único do referido artigo acrescenta que "considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição Federal".

O terceiro e mais abrangente mecanismo do aludido controle de constitucionalidade a ser mencionado *in casu* é a ação anulatória de sentença. "A ação anulatória é uma ação prevista no artigo 486 do CPC, a ser ajuizada em primeira instância, contra a sentença meramente homologatória, atos processualizados nulos nos termos do direito material e atos jurídicos em geral"<sup>10</sup>.

Assim, sendo a sentença inconstitucional nula, que não transita em julgado em face do grave vício nela existente, pode-se valer da ação declaratória de nulidade para a desconstituir, sem a observância do lapso temporal<sup>11</sup>.

Nas hipóteses em que a anulatória tiver por objeto não a decisão nula, mas um ato processual qualquer eivado de nulidade, a eventual desconstituição de uma decisão transitada em julgado será mera consequência.

Diferentemente do que acontece no caso da rescisória, que tem como alvo direto a decisão transitada em julgado, sendo utilizada como um mecanismo de controle de constitucionalidade 100% das vezes em que é ajuizada, a ação anulatória pode realizar tal controle tanto de forma direta (quando objetivar a anulação de uma decisão nula) quanto de forma indireta, quando tiver por objeto um ato processual qualquer eivado de nulidade e a eventual desconstituição da decisão judicial for mera consequência.

Não se pretende por meio deste enumerar taxativamente os mecanismos viabilizadores do controle de constitucionalidade das decisões transitadas em julgado, mas apenas citar alguns deles, com o intuito de evidenciar a indubitável possibilidade de realização do referido controle.

## 5 Conclusão

Em que pese a imprescindibilidade da estabilidade das decisões dos Poderes Públicos, com o fito de manter a ordem, "É necessário prevalecer o sentimento do justo e da confiabilidade nas instituições"<sup>12</sup>.

Se uma decisão judicial passa em julgado desrespeitando princípios como o da legalidade, moralidade e justiça, hierarquicamente superiores à segurança jurídica, ela deve ser objeto de revisão, para se garantir a aplicação da Lei Fundamental.

"Não é legítimo eternizar injustiças a pretexto de evitar a eternização de incertezas".

O desafio não é - simplesmente - relativizar de qualquer modo, a qualquer tempo e por qualquer juízo a coisa julgada, em verdadeiro desprestígio aos óbvios motivos que ensejaram sua

<sup>10</sup> VITAGLIANO, José Arnaldo. Coisa julgada e ação anulatória. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 7, n. 72, 13 set. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4206>>. Acesso em: 12.8.2005.

<sup>11</sup> Nascimento Carlos Valdero. *A coisa julgada inconstitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003, p.20.

<sup>12</sup> *Ibidem*, p.46.

criação, mas sim prestigiá-la, com um sistema, dentro da ordem jurídica, compatível com a realidade deste início de século.

## 6 Referências bibliográficas

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a coisa julgada material. In *Revista da AGU*, do Centro de Estudos Victor Nunes Leal. Brasília: 2001.

HORTA, Raul Machado. *Direito constitucional*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*. 16. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2004. 627 p.

NASCIMENTO, Carlos Valder do. *A coisa julgada inconstitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 51.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos para seu controle. *Revista dos Tribunais*. Janeiro de 2002 - 91º ano. Vol. 795.

-:-:-

*Sumário: 1 Introdução. 2 O controle administrativo e os princípios constitucionais. 3 Princípios que impõem limites à autotutela administrativa. 3.1 O princípio da segurança jurídica. 3.2 O princípio da confiança e da boa-fé nas relações administrativas. 3.3 Princípios do devido processo legal e da ampla defesa. 4 A convalidação dos atos administrativos. 5 Conclusão. 6 Referências bibliográficas.*

## **1 Introdução**

O interesse pelo tema relativo ao controle dos atos administrativos pela própria Administração Pública surgiu a partir da observância de reiteradas atuações do Poder Público, que, ao constatar a ilegalidade de diversos atos seus, procedia à imediata invalidação dos mesmos, em nome do princípio da legalidade e com fulcro na prerrogativa da autotutela administrativa, sem ao menos considerar a esfera jurídica dos administrados, os efeitos já produzidos pelo ato viciado, bem como os demais valores e princípios que compõem o ordenamento jurídico.

Com efeito, a intenção do presente estudo é, justamente, suscitar a apreciação desse controle com fundamento nos princípios administrativo-constitucionais, pois, somente assim, as providências administrativas podem ficar mais próximas do fim maior do Estado: a concretização da Justiça.

## **2 O Controle administrativo e os princípios constitucionais**

No Estado Democrático de Direito, a função administrativa situa-se subordinada à lei. Isto significa que será considerada legal, legítima, a atividade da Administração quando esta encontrar nas prescrições legais o fundamento de sua existência.

O fim desta necessidade de completa submissão da atividade administrativa à lei é justamente a consecução do interesse público e, como a Administração não tem disponibilidade sobre tais interesses, os quais simbolizam os anseios de toda a coletividade, ela deve pautar sua conduta em estrita observância à ordem jurídica vigente.

O princípio que sintetiza a exigência da fiel subsunção da ação administrativa à lei é o princípio da legalidade, que, dentro do sistema jurídico-positivo brasileiro, somente permite o atuar da Administração *secundum legem*. Com efeito, caso o ato administrativo não encontre respaldo em lei ou seja com ela dissonante, conterà vício e obrigará ao Administrador que o invalide, com fundamento na prerrogativa da autotutela, conforme enunciado das Súmulas nºs 346 e 473 do eg. Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

Súmula 346. A Administração Pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos.

Súmula 473. A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

---

\* Assessora do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Graduada em Direito pela PUC-Minas em julho de 2001. E-mail: mairacmartins@hotmail.com

Acontece que a questão relativa à anulação de providências administrativas eivadas de vício, ou seja, em afronta à ordem jurídica, com fulcro no princípio da legalidade e no preceito da autotutela conferida à Administração, é delicada, considerando que existem particulares envolvidos - os administrados -, relações jurídicas constituídas, consolidadas, geradoras de diversos efeitos, e que, principalmente, também existem no sistema jurídico-positivo outros princípios que devem ser apreciados.

Sabe-se que o princípio da legalidade impõe à Administração Pública o dever de restaurar a legalidade violada, mediante a invalidação de seus atos viciados, contudo a prerrogativa da autotutela não pode ser aplicada de forma absoluta, havendo situações concretas em que a declaração administrativa da nulidade se faz impossível, pois certos fatos posteriores à constituição da relação inválida podem tornar-se merecedores de proteção e porque encartados no ordenamento jurídico estão outros princípios, normas e valores que devem ser respeitados, em homenagem à estabilidade das relações jurídicas e à manutenção do próprio sistema jurídico vigente.

Seabra Fagundes<sup>1</sup>, citado pelo Min. Oscar Corrêa, no RE nº 108.182-1-SP, já asseverou a respeito do caráter sutil desta questão, confira-se:

É tão delicado o uso do poder de desfazimento dos atos administrativos pela própria Administração, que, mesmo em se tratando de atos ilegítimos, porque praticados em conflito com textos legais ou regulamentares, e conseqüentemente não tendo gerado direitos subjetivos, se prescrevem cautelas contra o efeito retroativo da declaração de nulidade. A doutrina e a jurisprudência concordam em que o seu exercício há de ser cauteloso, para não se constituir em elemento perturbador de segurança e da estabilidade nas relações entre Estado e indivíduo.

Com efeito, hodiernamente, torna-se importante entender que é imperativo à Administração Pública, na missão de bem controlar os seus atos, cotejá-los com a totalidade do sistema constitucional administrativo, composto de princípios, normas e valores que norteiam as relações jurídico-administrativas. A vinculação do administrador não pode limitar-se inteira e exclusivamente à lei em sentido formal, estrito, mas, em especial, deve harmonizar-se com os princípios constitucionais, os quais representam valores essenciais à concretização do Estado de Direito.

À Administração Pública não se nega o controle de legalidade de seus próprios atos, porém há de ser exercido um controle sistemático, com ênfase nos princípios, pois a subordinação é tanto à lei quanto ao Direito como um todo.

Sob tal ângulo, o conceito de ilegalidade ou ilegitimidade do ato administrativo não se restringe à violação frontal ao texto escrito da lei, abrangendo, também, o desrespeito a outros valores constitucionais e princípios.

Em conseqüência, faz-se oportuno repensar o princípio da legalidade, visto que ele não mais se cinge à servidão da lei em sentido estrito, mas determina a observância cumulativa dos princípios administrativo-constitucionais, fazendo com que o zelo seja pela íntegra dos princípios, valores e normas.

Chega-se, então, a uma conclusão importante, já delineada acima, mas que, por sua relevância, convém frisar: a Administração Pública submete-se não apenas à lei, mas sobretudo ao ordenamento jurídico considerado em sua totalidade. Daí ressurge a idéia de que o controle administrativo deve ser um controle principiológico e normativo, para que, assim, a atividade da Administração se compatibilize com o Direito e a Justiça.

O Poder Público, então, no exercício da autotutela administrativa não pode, toda vez e sem-

---

<sup>1</sup> FAGUNDES, Seabra. Revogação de licença para construção - direito à indenização. *Revista de Direito Público*, 16/102.

pre, extinguir ato ilegal, visto que existem limites à invalidação, impostos pelo próprio sistema jurídico, em virtude da coexistência com o princípio da legalidade de outros princípios que devem ser atendidos, como o princípio da boa-fé, que se resume na confiança na legitimidade das providências administrativas, e a necessidade de segurança das relações jurídicas estabelecidas.

Da lição de Erichsen e Martens<sup>2</sup>, citado pelo Min. Oscar Corrêa, no RE 108.182-1-SP, extrai-se o seguinte oportuno ensinamento:

O princípio da legalidade da administração constitui apenas um dos elementos do postulado do Estado de Direito. Tal postulado contém igualmente os princípios da segurança jurídica (*Rechtssicherheit*) e da paz jurídica (*Rechtsfrieden*), dos quais decorre o respeito ao princípio da boa-fé do favorecido. Legalidade e segurança jurídica constituem dupla manifestação do Estado de Direito, tendo, por isso, o mesmo valor e a mesma hierarquia. Daí resulta que a solução para um conflito concreto entre matéria jurídica (*Rechtsgüter*) e interesses há de levar em conta todas as circunstâncias que o caso possa eventualmente ter.

Lúcia Vale Figueiredo (1986: 78) também lecionou sabiamente a respeito, veja-se:

Sem dúvida, um valor eventualmente a proteger seria o cumprimento da ordem jurídica. Mas, por outro lado, encontram-se outros valores, também albergados no ordenamento, merecedores de igual proteção, como a boa-fé, a certeza jurídica e a segurança das relações estabelecidas. Em casos tais - ausência de dano bem como a necessidade de proteção de outros valores - a Administração não deve anular seu ato viciado, pois o sistema repeliria tal proceder.

### 3 Princípios que impõem limites à autotutela administrativa

#### 3.1 O princípio da segurança jurídica

A primeira barreira à invalidação dos atos administrativos decorre da aplicação do princípio da segurança jurídica, o qual impõe à Administração Pública o zelo pela estabilidade e pela ordem nas relações jurídicas, com o fim de garantir a realização das finalidades superiores do Estado.

Aqui cabe conferir o que lecionou, de forma magistral, o jurista Celso Antônio Bandeira de Melo (2004:113/114), a propósito da relevância e necessidade da segurança jurídica:

Ora, bem, é sabido e ressabido que a ordem jurídica corresponde a um quadro normativo proposto precisamente para que as pessoas possam se orientar, sabendo, pois, de antemão, o que devem ou o que podem fazer, tendo em vista as ulteriores conseqüências imputáveis a seus atos. O Direito propõe-se a ensejar uma certa estabilidade, um mínimo de certeza na regência da vida social. Daí o chamado princípio da 'segurança jurídica', o qual, bem por isto, se não é o mais importante dentro de todos os princípios gerais de Direito, é, indisputavelmente, um dos mais importantes entre eles. Os institutos da prescrição, da decadência, da preclusão (na esfera processual), do usucapião, da irretroatividade da lei, do direito adquirido são expressões concretas que bem revelam esta profunda aspiração à estabilidade, à segurança, conatural ao Direito. Tanto mais porque inúmeras dentre as relações compostas pelos sujeitos de direito constituem-se em vista do porvir, e não apenas da imediatidade das situações, cumpre, como inafastável requisito de um ordenado convívio social, livre de abalos repentinos ou surpresas desconcertantes, que haja uma certa estabilidade nas situações destarte constituídas.

Esta 'segurança jurídica' coincide com uma das mais profundas aspirações do Homem: a segurança em si mesma, a da certeza possível em relação ao que o cerca, sendo esta uma busca permanente do ser humano. É a insopitável necessidade de poder assentar-se sobre algo reconhecido como estável, ou relativamente estável, o que permite vislumbrar com alguma previsibilidade o futuro; é

<sup>2</sup> ERISCHEN, Hans-Uwe; MARTENS, Wolfgang. *Allgemeines Vewaltungsrecht*. Berlin, 1983, p. 239.

ela, pois, que enseja projetar e iniciar, conseqüentemente - e não aleatoriamente, ao mero sabor do acaso -, comportamentos cujos frutos são esperáveis a médio e longo prazo. Dita previsibilidade é, portanto, o que condiciona a ação humana. Esta é a normalidade das coisas.

Dessa forma, verifica-se que a ação estatal deve ser inspiradora de laços de coesão e de permanência, ou seja, o agir administrativo deve ter como qualidade a estabilidade, pois, sem esta, a paz jurídica não se configura.

As conseqüências advindas aos administrados da instabilidade das relações constituídas foram bem descritas por Couto e Silva<sup>3</sup>, citado por Weida Zancaner (1993), veja-se:

(...) A invariável aplicação do princípio da legalidade da Administração Pública deixaria os administrados, em numerosíssimas situações, atônitos, intranqüilos e até mesmo indignados pela conduta do Estado, se a este fosse dado, sempre, invalidar seus próprios atos - qual Penélope, fazendo e desmanchando sua teia, para tornar a fazê-la e tornar a desmanchá-la - sob o argumento de ter adotado uma nova interpretação e de haver finalmente percebido, após o transcurso de certo lapso de tempo, que eles eram ilegais, não podendo, como atos nulos, dar causa a qualquer conseqüência jurídica para os destinatários.

Assim, em nome da segurança jurídica, o decurso de tempo é um estabilizador, isto é, ele opera como um fator extintivo da pretensão administrativa, fazendo com que certas situações se tornem intocáveis.

Na esfera federal, a Lei nº 9.784/99, que regula o processo administrativo, dispõe expressamente, no art. 54, que "o direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em 5(cinco) anos, contados data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé".

De igual modo, em Minas Gerais, a Lei Estadual nº 14.184/02 estabeleceu mesmo prazo, nos seguintes termos do art. 65: "o dever da administração de anular ato de que decorram efeitos favoráveis para o destinatário decai em cinco anos contados da data em que foi praticado, salvo comprovada má-fé".

Ora, conclui-se, pois, que a pretensão desconstitutiva da Administração contra o administrado, fundada em ilegalidade do ato, não se eterniza no tempo, devendo submeter-se invariavelmente ao prazo temporal ditado pelo ordenamento jurídico respectivo.

A este respeito, manifestou-se Miguel Reale (1980:71):

(...) se a decretação de nulidade é feita tardiamente, quando a inércia da Administração já permitiu se constituírem situações de fato revestidas de forte aparência de legalidade, a ponto de fazer gerar nos espíritos a convicção de sua legitimidade, *seria deveras absurdo que, a pretexto da eminência do Estado, se concedesse às autoridades um poder-dever indefinido de autotutela* (grifo nosso).

### 3.2 O Princípio da confiança e da boa-fé nas relações administrativas

O princípio da boa-fé é implícito ao princípio da moralidade previsto no art. 37 da Constituição Federal de 1988. Segundo esse princípio, a Administração e seus agentes devem atuar de acordo com princípios éticos, e, por conseguinte, em virtude da lealdade e da boa-fé, eles deverão agir com sinceridade, sendo-lhes defesa qualquer conduta maliciosa que prejudique os administrados, lesando-os em seus direitos fundamentais.

---

<sup>3</sup> SILVA, Almiro Couto. Princípio da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no estado de direito contemporâneo, p. 46.

Lado outro, a confiança na relação entre administrado e Administração decorre, sobretudo, da presunção *iuris tantum* de legitimidade dos atos administrativos, os quais não terão a validade questionada, pois se presumem verdadeiros e conformes ao Direito.

O princípio da confiança e da boa-fé representa mais um limite para a decretação de nulidade dos atos administrativos, primeiramente porque, para que subsista a fidúcia nos atos provenientes dos entes públicos, faz-se imprescindível a estabilidade e, segundo, pois, justamente devido à boa-fé dos administrados, as relações jurídicas constituídas não podem ser destituídas *ex abrupto*.

Ainda, conforme ensinamento de Weida Zancaner (1993:61):

(...) o princípio da boa-fé assume importância capital no Direito Administrativo, em razão da presunção da legitimidade dos atos administrativos, presunção esta que só cessa quando esses atos são contestados, o que coloca a Administração Pública em posição sobranceira com relação aos administrados.

Ademais, a multiplicidade das áreas de intervenção do Estado moderno na vida dos cidadãos e a tecnicização da linguagem jurídica tornaram extremamente complexos o caráter regulador do Direito e a verificação da conformidade dos atos concretos e abstratos expedidos pela Administração Pública com o direito posto. *Portanto, a boa-fé dos administrados passou a ter importância imperativa no Estado Intervencionista, constituindo, juntamente com a segurança jurídica, expediente indispensável à distribuição da justiça material. É preciso tomá-lo em conta perante situações geradas por atos inválidos (grifo nosso).*

Esse princípio forma com o princípio da segurança jurídica um binômio protetor dos efeitos produzidos pelos atos administrativos viciados. Consoante o princípio da boa-fé, o agente público tem o dever de garantir aos administrados o exercício de suas atividades e direitos sem constrangimentos, bem como lhes garantir segurança jurídica quanto às ações administrativas.

Assim, quando um ato administrativo gera resultados que trazem benefícios a administrados de boa-fé, a desconstituição desses efeitos merece tratamento especial do direito, podendo até ensejar direito à indenização, caso não seja possível a preservação das conseqüências do ato viciado.

Finalizando, convém destacar o que esclareceu Perez,<sup>4</sup> citado por Câmara (2002), em dizer sintético e feliz:

La confianza derivada de la existencia del acto comporta para todos los que intervinieron en su nacimiento un deber de conservación, de tal modo que sólo en último extremo se acuda a su anulación, procurando salvarles de su ineficacia mediante la interpretación correctoria y la figura de la conversión.

### 3.3 Princípios do devido processo legal e da ampla defesa

Relativamente também a esses princípios, a Administração não é livre para adotar situações gravosas aos administrados, devendo proceder ao devido processo legal e respeitar o contraditório e a ampla defesa, conforme determina o art. 5º da Carta Constitucional:

Art. 5º (...)

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Tais princípios consagram a exigência de um processo formal regular, previamente à interferência na esfera jurídica dos administrados, oportunizando-lhes o mais amplo direito de defesa, com o propósito maior de garantir a segurança aos cidadãos de que não terão os seus direitos atingidos, nem mesmo de serem surpreendidos pelos agentes da Administração, sem as

<sup>4</sup> PEREZ, Jesus Gonzalez. *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*. Madrid: Editorial Civitas, 1983.

cauteladas preestabelecidas para se defenderem.

Tais princípios já se encontram, inclusive, sedimentados na jurisprudência nacional, conforme se apresentará nos exemplos em seqüência:

- Tratando-se da anulação de ato administrativo cuja formalização haja repercutido no campo dos interesses individuais, a anulação não prescinde da observância do contraditório, ou seja, da instauração do processo administrativo que enseje a audição daqueles que terão modificada situação já alcançada. (RE 158.543-9-RS, STF, Rel. Min. Marco Aurélio, *DJU* de 06.10.95, Seção I, p. 33.135.)

- O poder de a Administração Pública anular seus próprios atos não é absoluto, porquanto há de observar as garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório. (RMS 737-0-RJ, STJ, Rel. Min. Pádua Ribeiro, *DJU* de 06.12.93, Seção 1, p. 26.653.)

- A Administração Pública goza de prerrogativas, entre as quais o controle administrativo, sendo dado rever os atos de seus próprios órgãos, anulando aqueles eivados de ilegalidade, bem como revogando os atos cuja conveniência e oportunidade não mais subsista, o que encontra amparo no poder de autotutela administrativo, enunciado nas Súmulas 346 e 473 do Supremo Tribunal Federal, tendo por fundamentos os princípios constitucionais da legalidade do interesse público.

- O poder de anular os próprios atos não afasta, contudo, a necessidade da observância de um verdadeiro processo administrativo, como instrumento para a efetivação do controle da Administração, não sendo lícito impor sanções ou negar direitos a particulares, através de meros atos, olvidando-se dos princípios que estão a informar o devido processo legal, entre eles, principalmente, a ampla defesa e o contraditório. (Apelação em MS 94.03.106337-7-SP, TRF da 3ª Região, Rel. Des. Fed. Suzana Camargo, *DJU* de 31.03.00, Seção 2, p. 453.)

#### 4 A convalidação dos atos administrativos

No dizer de Weida Zancaner (1993:45):

a invalidação é a eliminação, com eficácia *ex tunc*, de um ato administrativo ou da relação jurídica por ele gerada ou de ambos, por haverem sido produzidos em dissonância com a ordem jurídica.

Acontece que, conforme já salientado anteriormente, há situações em que será mais gravosa a extinção do ato, daí surgindo uma nova forma de recomposição da ordem jurídica violada: a convalidação, que, segundo Celso Antônio Bandeira de Melo (1992: 433), é "o suprimento da invalidade de um ato com efeitos retroativos", ou seja, o ato invalidador remete-se ao ato inválido para legitimar os seus efeitos pretéritos.

Miguel Reale (1980:63) já previa a possibilidade de convalidação dos atos administrativos, ao aduzir que:

(...) as nulidades de pleno direito configuram-se objetivamente, mas a Administração, desde que se não firam legítimos interesses de terceiros ou do Estado e inexista dolo, pode deixar de preferi-lo, ou, então optar pela sua validade, praticando ato novo: a sanatória excepcional do nulo, retroagindo os seus efeitos até a data da constituição do ato inquinado de vício, pode ser uma exigência do interesse público, que nem sempre coincide com o restabelecimento da ordem legal estrita.

A convalidação, ao lado da invalidação, é uma outra forma de se recompor a legalidade violada, através da corrigenda do vício do ato. Como bem asseverou Weida Zancaner (1993:56):  
o princípio da legalidade não predica necessariamente a invalidação, como se poderia supor, mas a invalidação ou a convalidação, uma vez que ambas são formas de recomposição da ordem jurídica violada.

Do conceito dado à convalidação, percebe-se que, além de restaurar a legalidade, em observância ao princípio da legalidade, ela atende, ainda, aos princípios fundamentais da segurança jurídica e da supremacia do interesse público, pois, em vez de fulminar o ato do mundo jurídico, corrige o seu defeito mediante a edição de um novo ato válido, ou seja, em consonância com o Direito, resguardando também os efeitos pretéritos produzidos pelo ato inválido.

Noutras palavras, a convalidação representa a emanção direta dos princípios constitucionais, não remanescendo, assim, por consequência, margem de escolha ao Administrador para a correção e a manutenção do ato viciado, caso possível.

Na realidade, descabe opção discricionária entre o dever de convalidar e o dever de invalidar, já que a restauração do Direito é obrigatória para a Administração Pública, por força do princípio da legalidade. Contudo, ao se constatar um ato administrativo inválido, a Administração deve preferir convalidá-lo, caso seja possível a sua reprodução sem vício, porque a convalidação obedece não apenas ao princípio da legalidade, como também o da segurança jurídica.

Nesse sentido, Weida Zancaner (1993:59):

Calcada, primordialmente, nos princípios da legalidade e da segurança jurídica, a convalidação visa evitar a desconstituição dos atos ou relações jurídicas que podem ser albergadas pelo sistema normativo se sanados os vícios que os maculam, já que a reação não é de repúdio absoluto. Portanto, é mais consentâneo com o interesse público insuflar vida nos atos e nas relações jurídicas passíveis de convalidação do que desconstituí-los, mesmo porque a invalidação pode levar à responsabilização estatal no que pertence aos lesados de boa-fé.

Com efeito, em regra, sempre que a Administração esteja ante um ato passível de convalidação, estará obrigada a fazê-la, somente não o fazendo se o ato não permitir ser validamente reproduzido no presente; se existir impugnação administrativa ou judicial pelo interessado, porque senão a arguição do vício se tornaria inútil, bem como se decorrido tempo que, por si só, gere a estabilidade do ato, restando, assim, dispensável a convalidação.

Lado outro, perante a impossibilidade de se convalidar o ato viciado, a Administração será obrigada a invalidá-lo, excetuando-se os casos em que a situação jurídica criada por aquele já estiver estabilizada pelo ordenamento, inexistindo, dessa forma, situação jurídica inválida.

A respeito das causas da estabilização, estas já foram elucidadas no decorrer do presente estudo: constituem-se no decurso de tempo e na aplicação dos princípios da segurança jurídica e boa-fé.

Nessa linha de idéias, vale colacionar as judiciosas averbações de Celso Antônio Bandeira de Mello (1992:435):

Esta estabilização ocorre em duas hipóteses: a) quando já se escoou o prazo, dito 'prescricional', para a Administração invalidar o ato; b) quando, embora não vencido tal prazo, o ato viciado se categoriza como ampliativo da esfera jurídica dos administrados e dele decorrem sucessivas relações jurídicas que criaram, para sujeitos de boa-fé, situação que encontra amparo em norma protetora de interesses hierarquicamente superiores ou mais amplos que os residentes na norma violada, de tal sorte que a desconstituição do ato geraria agravos maiores aos interesses protegidos na ordem jurídica do que os resultantes do ato censurável.

## 5 Conclusão

Por todo o exposto, é importante deixar assente a inegável relevância do princípio da legalidade, que impõe à Administração Pública a fiel submissão à lei.

Contudo, este trabalho se propõe a observar esse princípio sob uma ótica sistemática, a partir da qual a lei não é considerada em seu sentido estrito.

Disso decorre que a subordinação da Administração Pública se faz relativamente ao ordenamento jurídico, composto de normas, valores e princípios.

Assim, o atuar da Administração, notadamente quando exerce o controle administrativo de seus próprios atos, por meio da prerrogativa da autotutela, deve zelar não apenas pela obediência à lei, mas sobretudo pela íntegra dos princípios, os quais representam os anseios maiores da coletividade, representada pelo Estado.

Os atos administrativos devem ser interpretados à vista das diretrizes mais nobres do sistema jurídico: os princípios constitucionais.

A Administração Pública, então, não é livre para eliminar do mundo jurídico um ato praticado em afronta a determinada lei, ao argumento de que atende ao princípio da legalidade, pois deve ponderar os demais valores e princípios vigentes que porventura se relacionem com a circunstância examinada.

Um bom e eficiente controle administrativo somente será efetivado, se não se prender a formalismos e se os atos forem avistados dentro da totalidade do sistema constitucional administrativo.

As Súmulas nºs 346 e 473 do Supremo Tribunal Federal devem ser aplicadas cumulativamente com os princípios constitucionais da segurança jurídica, da boa-fé, do devido processo legal e da ampla defesa.

É incontestável a existência de limites à invalidação dos atos administrativos, decorrentes dos princípios e objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito.

Dessa forma, tendo por base o Direito em sua globalidade, o administrador público, ante um ato inválido, verificará qual o instituto que melhor atenda ao interesse público: a invalidação ou a convalidação.

Tanto a invalidação quanto a convalidação são formas de restaurar a legalidade ofendida; a segunda, portanto, atende, também, ao princípio da segurança jurídica, já que mantém o ato administrativo, após a sua correção, bem como os seus efeitos pretéritos.

Como a Administração não tem margem de escolha de atuação entre invalidar e convalidar, perante uma ilegalidade, deve-se buscar a convalidação, por ser mais coerente com o ordenamento jurídico.

Ressalte-se, por derradeiro, que, na busca para sintonizar o ato com o direito, a Administração não deve aplicar o princípio da legalidade isoladamente, mas apreciá-lo sob o enfoque de uma visão sistemática, visando também à preservação dos princípios constitucionais.

## 6 Referências bibliográficas

CÂMARA, Jacintho Arruda. A preservação dos efeitos dos atos administrativos viciados. *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº 14, jun./ago, 2002. Disponível em <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em 28.02.2005.

FERRAZ, Sérgio. Extinção dos atos administrativos: algumas reflexões. *Revista de Direito*

*Administrativo*, nº 231: 47/66, jan./mar. 2003.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Extinção dos contratos administrativos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1986.

FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 1999.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2004.

\_\_\_\_\_. *Elementos de direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 1992.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Princípios constitucionais reguladores da administração pública: agentes públicos, discricionariedade administrativa, extensão da atuação do Ministério Público e do controle do Poder Judiciário*. São Paulo: Atlas, 2000.

REALE, Miguel. *Revogação e anulamento do ato administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

SILVEIRA, Maria Aparecida Cardoso da. O ato administrativo e os limites materiais de sua anulação e revogação, no contexto de uma visão sistemática das relações juspublicistas. *Interesse Público*. São Paulo: Notadez, v. 5, nº 25, 2004.

ZANCANER, Weida. *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 1993.

-:-:-



*Sumário: 1 Introdução. 2 O Estado. 2.1 Administração Pública 3 Importância do planejamento orçamentário no serviço público. 4 Obras públicas. Definição. 5 Planejamento orçamentário para realização de obras públicas. 5.1 Plano plurianual. 5.1.1 A busca da legitimidade para realização de investimentos públicos. 5.2 Lei de Diretrizes Orçamentárias. 5.2.1 Equilíbrio entre receitas e despesas públicas. 5.2.2 Regras para o contingenciamento de despesas. 5.2.3 Metas e prioridades para o orçamento anual. 5.3 Lei orçamentária anual. 6 Conclusão. 7 Referências bibliográficas.*

## **1 Introdução**

Os órgãos públicos devem priorizar recursos para a manutenção e construção dos implementos necessários, ou seja, obras públicas para atender à demanda de serviços e equipamentos reclamados pela sociedade.

Entretanto, o Brasil, apesar de possuir uma das maiores cargas tributárias do mundo, não consegue manter serviços e equipamentos públicos de qualidade, num total desrespeito aos contribuintes, que convivem com o degradante quadro de desperdício do dinheiro público, facilmente visto nas obras iniciadas e paralisadas.

Isso porque não há um planejamento eficaz para aplicação dos recursos financeiros, que associado à idéia de impunidade, mantém o Brasil na lista dos países subdesenvolvidos.

Esse quadro de irresponsabilidade e de impunidade, aliado à ineficiência, é visto com frequência em diversas áreas de atuação da Administração Pública e está registrado em decisões judiciais, manifestações populares, jornais, etc.

Se de um lado faltam recursos para investimentos na área de saúde, de outro o governante inicia obras desnecessárias, como é o caso do Hospital Regional da Mulher de Mococa, que, segundo depoimento do então Secretário de Saúde do Estado de São Paulo, terá suas obras retomadas pelo Município, uma vez que o hospital era desnecessário na cidade, excessivo, pois a própria Santa Casa que lá existe hoje tem capacidade ociosa<sup>1</sup>.

Note-se que os recursos financeiros despendidos com a duplicação da Rodovia - BR - Fernão Dias poderiam ter sido bem menores, se houvesse maior eficiência do serviço público, pois o tempo decorrido entre a paralisação das obras e o seu reinício, pelo novo contratado, acarretou maior ônus ao erário, já que alguns itens de serviços que se encontravam concluídos sofreram degradação. Por isso o novo contrato teve o valor de R\$ 49.666.381,11, refletindo um acréscimo de 88,08% sobre seus valores iniciais, e não de 52,82%, inicialmente previstos<sup>2</sup>.

---

\* Aluno do Curso de Especialização em Direito Público, realizado pela PUC - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, em parceria com o IEC - Instituto de Educação Continuada e com o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. E-mail: mnoliv@hotmail.com

<sup>1</sup>Extraído do relatório que justificou o voto em separado dos Deputados Federais Avenzoar Arruda e João Coser na Comissão Parlamentar de Inquérito - CPI destinada a investigar as possíveis irregularidades atentatórias aos Princípios da Moralidade Administrativa e da Economicidade nas obras iniciadas e não concluídas e os bens imóveis que não estão sendo utilizados, ou utilizados inadequadamente pela Administração Pública (obras inacabadas).

<sup>2</sup> *Idem*.

A precariedade do sistema carcerário de Goiânia certamente foi agravada em decorrência da paralisação, por determinação judicial, das obras da Casa de Prisão Provisória daquela cidade, e isso se deu, porque o contrato firmado, inicialmente por R\$ 11.650.000,00, foi aditado em 330%, passando a obra para R\$ 51.047.000,00<sup>3</sup>.

Este estudo propõe demonstrar a preocupação do legislador contemporâneo com a realização de obras públicas, com destaque especial para os passos a serem observados pela Administração no seu planejamento, visando, assim, a sua conclusão ou, pelo menos, a minimização das causas de sua paralisação.

São, ainda, abordadas questões inerentes à participação popular na definição dos investimentos públicos e apontadas sugestões para que os parlamentares, no exercício de suas funções, viabilizem a conclusão de projetos prioritários para o povo.

## 2 O Estado

Segundo as lições da Teoria Geral do Direito, o Estado é a organização da sociedade (povo) num determinado espaço (território) sob o comando de uma autoridade (poder) que não se sujeita ao comando de outra (soberania)<sup>4</sup>.

A sociedade organiza-se em Estado para conferir-lhe o poder de mando sobre as suas necessidades que, no limiar do século XXI, estão voltadas para a valorização dos direitos e garantias do indivíduo de forma isolada ou coletiva e para a busca da redução das desigualdades socioeconômicas.

Para o presente estudo, o que importa é o fato de que o Estado é um ente personalizado, apresentando-se internamente como pessoa jurídica de direito público capaz de adquirir direitos e contrair obrigações na ordem jurídica.

A organização originária ou derivada do Estado tem o seu marco inicial na Constituição, que delimita o exercício do seu poder e fixa as restrições impostas pela sociedade à liberdade individual.

Seria um esforço inútil imaginar um Estado destituído dos interesses da sociedade. Isto porque o Estado é verdadeiramente a representação consciente, sólida e competente para legitimar a vontade desta sociedade, que se torna, a cada dia, mais exigente quanto à adoção de políticas públicas que lhe permitam um maior bem-estar.

Há milênios, mais precisamente desde Aristóteles (384-322 a. C.), o Estado, na busca de seus fins, pratica atos que podem ser classificados em distintas categorias: a) atos deliberativos, relativos à tomada de decisões; b) atos executivos inerentes à efetivação das citadas decisões; e c) atos judiciais, com vistas a solucionar os conflitos entre os súditos e o Estado ou entre os próprios súditos.

Com notável sensibilidade política para a época, Montesquieu (1689-1755) propôs que essas funções deveriam ser atribuídas a órgãos distintos e autônomos. Assim, para cada função, identificada no Estado, deveria corresponder uma divisão orgânica, de forma que o órgão responsável pela legislação não julgue e não delibere; o órgão julgador não delibere e não legisle; e o órgão de deliberação não legisle e tampouco julgue. Daí a origem do que se chama de *tripartição das funções estatais*<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> *Ibidem*.

<sup>4</sup> A propósito veja-se FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 39.

<sup>5</sup> Antes de Montesquieu, John Locke já atribuía a órgãos independentes as funções estatais, entretanto, em sua concepção, o órgão legislativo devia assumir função preponderante em relação aos outros dois, de modo que estes ficassem subordinados àquele.

Os referidos órgãos, cada qual com suas funções, possuem independência e autonomia, contudo devem atuar de modo harmônico, uma vez que necessariamente se inter-relacionam, não se obstaculizando no desempenho de suas tarefas preponderantes em razão dessa independência.

Buscando solução para eliminar a concentração do poder, Montesquieu apresentou, no seu *O Espírito das Leis*, diretrizes que podem ser sintetizadas da seguinte forma: a) autolimitação do poder; b) instituição de garantias e respeito aos direitos individuais; c) limitação da atividade do Estado para não se sobrepor ele a tais direitos; d) prestigiar a lei, como fonte legítima do poder do Estado, "apagando a idéia segundo a qual o fundamento deste estaria radicado na divindade"<sup>6</sup>.

Dessa forma, equivocam-se os que utilizam a expressão "tripartição de poderes", pois o poder é uno, indivisível e atribuído ao Estado.

A competência para o exercício das funções estatais é conferida pelo texto constitucional aos órgãos Legislativo, Executivo e Judiciário. Para o exercício dessa competência, esses órgãos criam a estrutura necessária à consecução dos fins colimados pela Constituição.

Assim, cada órgão possui sua função típica que é manifestada no Executivo pelo ato administrativo, no Legislativo pela lei e no Judiciário pela sentença, podendo cada um deles, desde que autorizado pela Constituição, desempenhar função atípica, ou seja, pertencente a órgão diverso.

## 2.1 Administração Pública

*Administrar* é zelar, gerir, servir, realizar, governar e constitui uma ação dinâmica de supervisão. O adjetivo *pública* significa não apenas algo ligado ao Poder Público, como também à coletividade ou ao público em geral.

Parafraseando Rubem Alves (2000, p. 42), governar é administrar os sonhos de um povo<sup>7</sup>, que, no tempo e espaço, pertence a uma sociedade, organizada por intermédio de normas e leis que refletem seus anseios e necessidades.

Por meio da função administrativa, a lei é executada de ofício, ou seja, independentemente da provocação dos particulares, dando origem a atos materiais que podem ensejar situações jurídicas individuais.

Sob o ângulo organizacional, as funções administrativas competem precipuamente ao Executivo e, atualmente, não se restringem apenas ao cumprimento das leis elaboradas pelo Parlamento.

É importante asseverar que dois fatores principais instigam os administradores brasileiros a atuarem mais efetivamente na melhoria dos indicadores sociais, levando-os à instituição de políticas públicas voltadas para os reclamos do povo, quais sejam: o sistema de eleições diretas para escolha dos governantes e a sociedade organizada.

Assim, o Estado, por intermédio da ação governamental, faz-se presente a todo instante na vida dos administrados, fornecendo-lhes água tratada, energia elétrica, recolhimento do lixo, manutenção de vias e logradouros públicos, transporte coletivo, educação, saúde, lazer, assistência social, segurança etc.

<sup>6</sup> SANTANA, Jair Eduardo. *Direito administrativo resumido*. 1. ed., Belo Horizonte: Inédita Editora de Arte e Publicidade, 1997. p. 14.

<sup>7</sup> Segundo ALVES, Rubem. *Conversas sobre política*. 4. ed., Campinas, SP: Verus, 2002. p. 10, "A vocação política é transformar sonhos em realidade".

As atividades, desempenhadas direta ou indiretamente pela Administração, visando a propiciar bens e benefícios aos administrados, constituem o que se denomina serviço público<sup>8</sup>.

Para evitar o risco de uma contratação imprópria, como regra, a Administração deve realizar, em conformidade com as normas da Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993<sup>9</sup>, o procedimento da licitação<sup>10</sup>, que visa à obtenção da proposta mais vantajosa, ou seja, daquela que melhor atende ao interesse público, além de propiciar igual oportunidade aos interessados em contratar com o Poder Público.

### 3 Importância do planejamento orçamentário no serviço público

A necessidade de planificação em todas as atividades humanas é uma exigência natural. Cada vez mais, o homem organiza a sua própria ação para realizar o que é importante, essencial, visando a obter melhores resultados na constante busca da progressão material e do bem-estar.

Por mais simples que seja a ação do homem, é normal, ainda que intuitivamente, que se proceda a um planejamento que pode ser viabilizado por meio de simples questionamentos, como, por exemplo: como, onde, com que recursos, quando, para que, por que, quem.

Pelo planejamento, podem-se conhecer com maior precisão e antecedência os resultados de uma ação. Se esses resultados não são os almejados, ficarão os indicadores para propiciar o acerto na tomada de novas decisões.

O Estado segue a mesma linearidade da vida cotidiana, pois a Administração arrecada, por intermédio de tributos, recursos financeiros da sociedade e deve devolvê-los, de modo rápido e preciso, em forma de serviços públicos que satisfaçam as necessidades populares.

A escassez de recursos financeiros e a necessidade de atingir um estágio de maior desenvolvimento, associada à intensa demanda de serviços públicos, exigem da Administração a adoção de novas técnicas, ou seja, de um planejamento constante<sup>11</sup> que lhe propicie detectar prioridades

---

<sup>8</sup> A Constituição Brasileira não traz definição expressa para serviço público, entretanto arrola como tais, por exemplo, os serviços telefônicos e telegráficos, no art. 21, XI; energia elétrica, no art. 21, XII, b; o transporte coletivo, no art. 30, V. Já a Lei Federal 9.074, de 7 de julho de 1995, classifica como serviços públicos federais o de barragens, contenções,clusas, diques e irrigações. Na doutrina não há definições uniformes, ora consideram serviços públicos apenas aqueles prestados diretamente pelos órgãos públicos, ora se limitam a apresentar características extrínsecas para sua identificação. Segundo Meirelles (2004, 320) *o conceito de serviço público é variável e flutua ao sabor das necessidades e contingências políticas, econômicas, sociais e culturais de cada comunidade, em cada momento histórico, como acentuam os modernos publicistas*. Medauar (2005, p. 369) *esclarece que em essência serviço público significa prestações. São atividades que propiciam diretamente benefícios e bens aos administrados, não se incluindo aí as de preparação de infra-estruturas (arquivo, arrecadação de tributos). Abrangem prestações específicas para determinados indivíduos: água, telefone, e prestações genéricas: iluminação pública, limpeza de ruas*.

<sup>9</sup> Registre-se que a capacidade para legislar sobre licitação assiste à União, Estados, Municípios e Distrito Federal, contudo compete à União editar normas gerais sobre o assunto, conforme prescreve o art. 22, XXVII, da Constituição da República. Já o inciso XXI do art. 37 da Carta Magna preceitua que, "ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamentos, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações".

<sup>10</sup> Gasparini (*op. cit.* 1993, p. 308) conceitua licitação como "o procedimento administrativo através do qual a pessoa a isso juridicamente obrigada seleciona, em razão de critérios previamente estabelecidos, de interessados que tenham atendido à sua convocação, a proposta mais vantajosa para o contrato ou ato de seu interesse".

<sup>11</sup> Em ALMEIDA, Fernando B. de; CUNHA, Armando S. M. da. *Orçamentos plurienais de investimento*. 1. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1970, p. 1, esclarece-se que, no início da década de 60, o governo brasileiro, em virtude das dificuldades para consecução de permanente desenvolvimento socioeconômico do País, já se convencera de que não seria mais possível deixar de submeter a um planejamento de longo prazo as atividades governamentais.

para as atividades governamentais, visando ao uso ótimo dos recursos disponíveis e ao alcance da eficiência, princípio que norteia toda a atuação governamental.

A expressão numérica desse planejamento é o orçamento, no qual a Administração projeta de um lado a estimativa de suas receitas e de outro fixa as suas despesas.

É esse planejamento orçamentário que possibilitará ao governante um norte para a sua gestão, e aos governados propiciará o conhecimento de como será administrado o Estado.

#### 4 Obras públicas. Definição

Para a consecução de seus fins, conforme salientado, a Administração precisa executar obras que, em conformidade com o art. 6º, I, da Lei Federal nº 8.666/93, "é toda construção, reforma, fabricação, recuperação ou ampliação, realizada por execução direta ou indireta".

Em conformidade com as definições técnicas, obras de engenharia e arquitetura são o "trabalho, segundo as determinações do projeto e as normas adequadas, destinado a modificar, adaptar, recuperar ou criar um 'bem' ou que tenha como resultado qualquer transformação, preservação ou recuperação do ambiente natural"<sup>12</sup>.

De acordo com Meirelles (1991: 47-48):

Obra, em sentido administrativo amplo, é toda realização material a cargo da Administração, executada diretamente por seus órgãos, ou, indiretamente, por seus contratados e delegados. Nesse conceito se incluem as obras públicas propriamente ditas e quaisquer outros empreendimentos materiais realizados ou custeados pela Administração centralizada, autárquica ou paraestatal.

Para os fins deste estudo, considerar-se-á obra pública<sup>13</sup> toda construção ou edificação que possibilite a ampliação do patrimônio estatal, realizada direta ou indiretamente pela Administração, para uso do povo ou do serviço público como, por exemplo, aeroportos, usinas hidrelétricas, viadutos, túneis, metrô, edificações destinadas à instalação de hospitais, de escolas, dentre outras.

#### 5 Planejamento orçamentário para realização de obras públicas

Para evitar, ou pelo menos, minimizar a paralisação de obras públicas, o administrador deve adotar medidas eficazes, pois não se pode admitir, em pleno século XXI, a irresponsabilidade na aplicação dos recursos públicos, ainda vista no Brasil, conforme assevera Freitas (1999, p. 86):

[...] nosso País insiste em praticar, em todas as searas, desperdícios ignominiosos de recursos escassos. Não raro, prioridades não são cumpridas. Outras tantas vezes, pontes restam inconclusas, enquanto se principiam outras questionáveis. Traçados de estradas são feitos em desacordo com técnicas básicas de engenharia. Mais adiante escolas são abandonadas e, ao lado, inauguram-se novas. Hospitais são sucateados, mas se iniciam outros, que acabam por não ser concluídos. Materiais são desperdiçados acintosamente. Obras apresentam projetos básicos que discrepam completamente dos custos finais, em face de erros elementares. Por tudo isso, torna-se conveniente frisar que tal princípio constitucional está a vedar, expressamente, todo e qualquer

<sup>12</sup> (NBR – 5679 – ABNT).

<sup>13</sup> De ora em diante, serão utilizados como sinônimas as expressões obras e projetos, tendo em vista que, em Contabilidade Pública, para fins orçamentários, classifica-se como projetos o conjunto de operações que, desenvolvidas em um período de tempo limitado, resulta em um produto final, que contribui para o aumento ou o aperfeiçoamento da ação governamental.

desperdício dos recursos públicos ou escolhas que não possam ser catalogadas como verdadeiramente comprometidas com a busca da otimização ou do melhor interesse público.

Para mudar esse quadro de irresponsabilidade com o dinheiro público, entende-se que, preliminarmente, o administrador deve planejar suas obras de forma transparente<sup>14</sup>, visando garantir a sua execução plena com o mínimo de recursos financeiros, pois:

A Administração Pública, embora não tenha, em princípio, a função de produzir resultados econômicos, deve atuar em observância à máxima custo/benefício. O Administrador Público precisa ter em mente que ele é gestor de coisa pública, coisa da sociedade, e, por isso, deve planejar a atividade do órgão ou entidade que dirige de forma a gastar menos e obter o máximo de resultado social e econômico, quando for o caso<sup>15</sup>.

Nessa mesma linha, Toledo e Rossi<sup>16</sup> advertem que a ausência de planejamento tem dado causa à paralisação de obras públicas. Veja-se:

Não planejar, ou fazê-lo de qualquer forma, significa direcionar mal o dinheiro público, gastá-lo com baixo nível de eficiência. Afinal quantos empréstimos onerosos precisaram ser feitos por falta de planejamento? Quantas obras foram iniciadas à custa da paralisação de outras? Quantas ações, realizadas emergencialmente, e a alto custo, poderiam ter sido antes previstas? Quantos servidores foram admitidos em setores que nada tinham a ver com as reais prioridades da Administração?

Diante disso, percebe-se que é por intermédio do planejamento que o governante poderá escolher, dentre as diversas ações possíveis, aquela que o levará à consecução de um fim previamente estabelecido para atender à coletividade com eficiência<sup>17</sup> e eficácia.

A propósito, Nascimento (1995, p. 26-27)<sup>18</sup> deixou registrado:

O planejamento e um plano ajudam a alcançar a eficiência, isto é, a execução perfeita de uma tarefa que se realiza. Mas não é esta a única busca do planejamento, ele visa também à eficácia. Se ele atende às duas finalidades, pode-se afirmar que o planejamento deve alcançar não só que se façam bem as coisas que se fazem (eficiência), mas que se façam as coisas que realmente importa fazer porque são socialmente desejáveis (eficácia).

Outro aspecto relevante do planejamento é o de facilitar o controle interno da Administração, por meio do qual os órgãos competentes, a fim de prevenirem erros, devem aferir se existe consonância entre o resultado alcançado e as metas propostas<sup>19</sup>.

---

<sup>14</sup> O segredo, na atuação administrativa, deve ser a exceção, pois o comando do art. 37 da Constituição impõe à Administração a observância do princípio da publicidade, com vistas a garantir ao povo um controle constante da sua atuação. A Lei Complementar nº 101/00 exige a absoluta transparência para a gestão fiscal, seja incitando a constante participação popular na elaboração do planejamento orçamentário, seja na divulgação dos relatórios de gestão fiscal e de execução orçamentária.

<sup>15</sup> FARIA, Edimur Ferreira de. *curso de direito administrativo positivo. Atualizado de acordo com a Emenda Constitucional nº 41/03*. 5. ed. revista e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 37.

<sup>16</sup> TOLEDO JÚNIOR, Flávio C. de; ROSSI, Sérgio Ciqueira. *Lei de Responsabilidade Fiscal*. 2. ed. São Paulo: NDJ, 2002, p. 33.

<sup>17</sup> O cumprimento do princípio ou dever da eficiência segundo Meirelles (2004, p. 96): “[...] exige que a atividade administrativa seja exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional. É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros”.

<sup>18</sup> NASCIMENTO, Carlos Valder do. *Finanças públicas e sistema constitucional orçamentário*. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 26-27.

<sup>19</sup> A Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, define no parágrafo único do art. 25 metas nos seguintes termos: *Consideram-se metas os resultados que se pretendem obter com a realização de cada programa*.

As normas sobre o planejamento de longo prazo constam da Lei Federal nº 4.320, de 17 de março de 1964<sup>20</sup>. Essas normas exigem dos governantes a elaboração de planos plurianuais, visando ao planejamento das obras que se pretende realizar durante um período mínimo de três anos<sup>21</sup> de forma a possibilitar um melhor controle dos investimentos públicos.

Até há pouco tempo, esses planos eram elaborados como meras obras de ficção, em que os administradores superestimavam as receitas, possibilitando, assim, a autorização para realização de despesas, independentemente da existência de recursos financeiros, o que implicava o aumento do déficit público.

Em 1988, com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, foi imposto ao Estado um planejamento gerencial, competindo ao chefe do Executivo, segundo consta do art. 165, a iniciativa das leis que estabeleçam o plano plurianual - PPA, as diretrizes orçamentárias - LDO e os orçamentos anuais - LOA.

Encampando princípios éticos e jurídicos, a Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, conhecida como Lei de Responsabilidade Fiscal, traçou as diretrizes para o planejamento público<sup>22</sup> moderno e eficaz, conforme observa Mileski<sup>23</sup>:

[...] o legislador nacional, ao estabelecer o planejamento como pressuposto indispensável para a responsabilidade fiscal, visando a prevenir e corrigir desvios capazes de afetar as contas públicas, busca recuperar a capacidade de planejamento do Estado, no sentido de resgatar a confiabilidade do Poder público e, mediante um pacto de solidariedade com a sociedade, tornar possível o alcance de um desenvolvimento sustentável.

Em 19 de outubro de 2000, foi sancionada a Lei nº 10.028, que tipificou os comportamentos que passam a ser considerados crimes. Assim, além da sanção civil, que enseja indenizações e cassação do mandato por intermédio do Judiciário, a inobservância das normas estabelecidas na Lei Complementar nº 101/00 poderá implicar o *impeachment*, por intermédio do julgamento, pelo Legislativo, do governante infrator<sup>24</sup>.

Feitas essas considerações, necessário se faz a análise de cada um dos instrumentos utilizados, por imposição legal, para o planejamento da ação governamental no que concerne à realização de obras públicas, pois eles "passam a servir como bússola para dar norte às ações da Administração Pública"<sup>25</sup>.

<sup>20</sup> Segundo Nóbrega (2002, p. 35): "o planejamento público não é matéria nova. Desde tempos imemoriais a ação estatal bem planejada foi componente fundamental para o atingimento de fins públicos em tempos de paz ou não. Assim, tratar do tema não significa inovação em matéria pública, no entanto, nos últimos anos, o planejamento público tem sido amesquinçado, confundido com mera burocratização de rotinas e se tornado estéril no objetivo de consecução de interesses públicos".

<sup>21</sup> A Constituição da República ampliou esse prazo para quatro anos, devendo o Chefe do Poder Executivo sancionar o projeto de lei do PPA no primeiro ano de governo, para vigor nos quatro anos subsequentes (art. 35, § 2º, I, do ADCT).

<sup>22</sup> Castro (1999, p. 253) esclarece que "O orçamento moderno não mais retrata demonstrativo de autorizações legislativas, deixando de ser uma simples exposição contábil. Hoje, o orçamento associa-se à concepção de planejamento. É que pressupõe o orçamento, que tem como função principal ser instrumento da Administração Pública, vários controles, como o político (o que se gasta no Executivo), o jurídico (se se cumpre a lei, pois o orçamento é a lei de meios), o contábil, o econômico, o financeiro e o administrativo (patrimonial, operacional). O planejamento, a programação dos consumos públicos e o desempenho de propósitos e objetivos, para os quais os créditos (no orçamento estimados, previstos) se revelam necessários ao funcionamento da máquina governamental e ao atendimento às necessidades da coletividade, representam um plexo de meios pelos quais os objetivos e recursos do Estado se materializam, se revelam exequíveis".

<sup>23</sup> MILESKI, Hélio Saul. O controle da gestão pública. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 66.

<sup>24</sup> OLIVEIRA, Regis Fernandes de. In: *Responsabilidade fiscal*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 95, ressalta que o que era mera infração administrativa ou política ou, ainda, civil passa a ser crime, o que agrava a situação daquele que gerencia a coisa pública de forma irresponsável.

<sup>25</sup> TOLOSA FILHO, Benedicto de. *Comentários à nova Lei de Responsabilidade Fiscal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Temas & Idéias Editora, 2001, p. 32.

## 5.1 Plano plurianual

Segundo consta do § 1º do art. 165 da Carta Magna, por intermédio do plano plurianual, o governante estabelecerá as diretrizes, os objetivos e as metas da Administração Pública para as despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada.

Com efeito, vale destacar que se entende por despesa pública o gasto de dinheiro por autoridade competente, no atendimento de uma necessidade pública e, por despesa de capital<sup>26</sup> uma das categorias utilizadas pela Lei nº 4.320/64 para classificação contábil das despesas destinadas à realização de investimentos, inversões financeiras e transferências de capital.

Importa, por ora, compreender as despesas de capital referentes a investimentos, ou seja, aquelas despesas destinadas à execução de obras públicas.

Sempre que a Administração Pública realizar um gasto, visando à construção de uma obra, seja ele relativo à aquisição de materiais ou à contratação de serviços, deverá classificar esse gasto, contabilmente, como despesa de capital.

As despesas de capital para investimentos em obras, cuja execução se prolongue por mais de um ano, deverão ser consignadas no plano plurianual, de acordo com a seguinte lição de Castro (1999, p. 254-255):

Constarão do plano os recursos necessários para os investimentos, assim como os que cobrirão os gastos decorrentes das despesas de capital, destinadas à manutenção dos referidos investimentos. A previsão implica processo continuado das projeções ano a ano, consoante a técnica de planejamento, pois não se improvisa em ações públicas<sup>27</sup>.

Assim, o Executivo deve programar os investimentos que pretende realizar, relativos a obras, para um período mínimo de quatro anos, conforme preceitua o inciso I do art. 35 do Ato das Disposições Transitórias da Carta da República.

Art. 35. [...]

I - o projeto do plano plurianual, para vigência até o final do primeiro exercício financeiro do mandato presidencial subsequente, será encaminhado até quatro meses antes do encerramento do primeiro exercício financeiro e devolvido para sanção até o encerramento da sessão legislativa; [...]

---

<sup>26</sup> A Lei Federal nº 4.320/64 classifica, em seu art. 12, as despesas públicas nas seguintes categorias econômicas: despesas correntes, englobando aquelas destinadas ao custeio e às transferências correntes, e despesas de capital, aquelas destinadas a investimentos, inversões financeiras e transferências de capital. Veja-se, ainda, a definição dos desdobramentos das despesas de capital, constantes dos seguintes parágrafos do referido art. 12. [...] § 4º Classificam-se como investimentos as dotações para o planejamento e a execução de obras, inclusive as destinadas à aquisição de imóveis considerados necessários à realização destas últimas, bem como para os programas especiais de trabalho, aquisição de instalações, equipamentos e material permanente e constituição ou aumento do capital de empresas que não sejam de caráter comercial ou financeiro. § 5º Classificam-se como Inversões Financeiras as dotações destinadas: I - aquisição de imóveis, ou de bens de capital já em utilização; II - aquisição de títulos representativos do capital de empresas ou entidades de qualquer espécie, já constituídas, quando a operação não importe aumento do capital; III - constituição ou aumento do capital de entidades ou empresas que visem a objetivos comerciais ou financeiros, inclusive operações bancárias ou de seguros. § 6º São transferências de capital as dotações para investimentos ou inversões financeiras que outras pessoas de direito público ou privado devam realizar, independentemente de contraprestação direta em bens ou serviços, constituindo essas transferências auxílios ou contribuições, segundo derivem diretamente da Lei de Orçamento ou de lei especialmente anterior, bem como as dotações para amortização da dívida pública.

<sup>27</sup> Nesse sentido MACHADO JÚNIOR, J. Teixeira; REIS, Heraldo da Costa. *A Lei 4.320 comentada com a introdução de comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal*. 30. ed. Rio de Janeiro: IBAM, 2000/2001, p. 73, esclarecem que: Para que uma Despesa de Capital possa ser realizada, caso sua extensão ultrapasse um exercício financeiro, deverá ela estar incluída, previamente no plano plurianual ou em prévia lei que autorize e fixe o montante das dotações que anualmente constarão do orçamento durante o prazo de sua execução, conforme o disposto no art. 167, § 1º, da Constituição do Brasil, de 1988".

Contanto que o projeto de lei do plano plurianual encampe um período mínimo de quatro anos, os Estados e os Municípios podem estabelecer, em suas constituições ou leis orgânicas, prazos diferenciados para submetê-lo à apreciação do Legislativo.

Entretanto, não é comum a definição de um período diferenciado do estabelecido pela Carta Magna nessas legislações, isso porque a cultura do planejamento de forma responsável é recente em nosso país, e elaborar um plano de ação, no início do primeiro ano de governo, não é fácil para as administrações iniciantes, que ainda estão conhecendo a estrutura organizacional do Poder Público.

Percebe-se, portanto, que o plano plurianual tem por objetivo dar continuidade às administrações, a fim de evitar paralisações de obras e de serviços públicos, conforme esclarecem Machado Júnior e Reis (2001, p. 74): "[...] o processo de previsão é contínuo. Não se faz previsão e se cruzam os braços, aguardando os acontecimentos. A Administração tem obrigação de ir à frente dos fatos, prevendo-os e procurando controlar sua realização"<sup>28</sup>.

Logo, toda atuação do Poder Público, no que concerne à realização de obras que ultrapassem um exercício financeiro, deve ser definida previamente no PPA de forma a explicitar as metas físicas, os prazos de sua execução e o seu custo.

O início de projetos que não estejam inseridos no PPA é vedado pelo § 1º do art. 167 da Carta Maior nos seguintes termos: [...] "§ 1º Nenhum investimento cuja execução ultrapasse um exercício financeiro poderá ser iniciado sem prévia inclusão no plano plurianual, ou sem lei que autorize a sua inclusão sob pena de crime de responsabilidade".

Cumpra salientar que, no PPA, devem ser inseridas propostas possíveis de serem executadas<sup>29</sup> e, para tanto, as ações devem ser programadas em consonância com a existência de recursos financeiros para sua execução, conforme ponderações feitas por Toledo e Rossi (2002, p. 31):

[...] no PPA não cabem ações corriqueiras, de operação e manutenção dos serviços preexistentes. É por isso que as iniciativas quadrienais nele discriminadas devem coadunar-se com a capacidade de o Município assumir novas despesas, as de capital ou as delas decorrentes. A prática tem-nos mostrado planos inexequíveis, visto que superam, em muito, tal capacidade. Indispensável, portanto, que todos os projetos do plurianual estejam financeiramente quantificados.

Feitos esses breves comentários, necessário se faz, ainda, a análise de outro aspecto de fundamental importância para evitar a paralisação de obras públicas, qual seja, a participação popular na definição de investimentos a serem realizados pelo Poder Público.

### 5.1.1 A busca da legitimidade para realização de investimentos públicos

O povo escolhe seus governantes, em tese, por suas propostas, que, em princípio, deveriam ser contempladas no PPA.

Entretanto, como num Estado Democrático, o governante não representa apenas os seus eleitores, mas todos os habitantes da região por ele administrada, não são apenas as propostas de campanha eleitoral que devem ser executadas pelo Poder Público, conforme assevera Martins (2000, p. 115):

<sup>28</sup> *Op. cit.*

<sup>29</sup> Flávio Régis Xavier de Moura e Castro (coord.) (2000, p. 84) adverte que arbitrariedades e deficiências decorrentes do processo de planejamento - tantas vezes denunciadas no tempo presente - admitem e acarretam responsabilidade objetiva do Poder Público.

[...] o conteúdo do Estado Democrático não pode ficar tão-somente adstrito a valores puramente eleitorais, ou seja, "eleições livres", periódicas e pelo povo. É certo que, por disposição de inúmeras Constituições, a vontade do cidadão é manifestada através do voto. Porém, cingir a idéia de Estado Democrático a esse ato significa mitigar o valioso princípio ao exercício de sufrágio. O princípio, a nosso ver, tem fronteiras.

No Estado Democrático de Direito, a participação do cidadão na definição e na execução das políticas públicas se faz necessária, devendo o Estado editar e aplicar a lei em conformidade com os anseios e as necessidades da sociedade.

A Administração Pública é dinâmica, portanto problemas, dos mais variados, surgem no dia-a-dia, devendo, sempre que possível, a Administração compartilhar as decisões políticas e administrativas com os cidadãos, a fim de garantir-lhes a possibilidade de se tornarem membros efetivos do controle social.

A audiência pública, além de ser um meio hábil para deliberar sobre questões que envolvam diretamente o interesse da comunidade, como é o caso da definição de prioridades para os investimentos públicos, possibilita a aproximação do governante com o administrado, garante uma maior transparência de sua gestão e constitui-se em elemento fundamental para a vinculação e a legitimação da atuação administrativa.

A propósito, Moreira Neto (2000, p. 204-206) esclarece que:

[...] o instituto da audiência pública é um processo administrativo de participação aberto a indivíduos e a grupos sociais determinados, visando ao aperfeiçoamento da legitimidade das decisões da Administração Pública, criado por lei, que lhe preceitua a forma e a eficácia vinculatória, pela qual os administrados exercem o direito de expor tendências, preferências e opções que possam conduzir o Poder Público a decisões de maior aceitação consensual. [...] A audiência pública situa-se, assim, como um instrumento de vanguarda para o aperfeiçoamento da legitimidade, contribuindo para que a democracia não seja apenas uma técnica formal de escolha periódica de quem queremos que nos governe, mas, muito mais do que isso, uma escolha permanente de como queremos ser governados. [...] O princípio democrático manifesta-se especificamente como princípio da legitimidade, ou seja, da conformidade do agir do Estado com a vontade popular, o que, juntamente com o princípio da legalidade, que vem a ser a conformidade do agir do Estado à Lei, qualifica o Brasil como um Estado Democrático de Direito.

Com o intuito de possibilitar a participação popular na definição das obras e serviços públicos prioritários para a comunidade e visando dar transparência fiscal a todo o processo que envolva investimentos públicos, o legislador garantiu a participação popular nas discussões inerentes à elaboração das leis orçamentárias, conforme se infere do parágrafo único do art. 48 da Lei Complementar nº 101/02:

Art. 48. São instrumentos de transparência da gestão fiscal, aos quais será dada ampla divulgação, inclusive em meios eletrônicos de acesso público: os planos, orçamentos e leis de diretrizes orçamentárias; as prestações de contas e o respectivo parecer prévio; o relatório Resumido da Execução Orçamentária e o Relatório de Gestão Fiscal. E as versões simplificadas desses documentos.

Parágrafo único. A transparência será assegurada também mediante incentivo à participação popular e realização de audiências públicas, durante os processos de elaboração e de discussão dos planos, lei de diretrizes orçamentárias e orçamentos.

Se os recursos destinados à implementação de políticas públicas devem ser consignados nas leis orçamentárias, é de fundamental importância a oitiva do cidadão quanto à sua implementação ou à sua manutenção, pois é evidente a inexistência de recursos financeiros para atender a toda a sorte de demanda social.

Assim, ninguém melhor do que o povo, que vai usufruir os resultados dessas políticas, para deliberar sobre o que é prioritário em termos de investimentos públicos, o que deve ser feito em audiências públicas conforme assevera Oliveira (2001: 85), ao comentar o dispositivo legal retro-transcrito:

[...] é imprescindível que haja audiências públicas em todos os procedimentos deliberativos que possam atingir a comunidade. Durante a tramitação dos projetos de lei orçamentária, deve a comunidade ser chamada a opinar, seja através do denominado orçamento participativo, seja através de reuniões freqüentes em repartições públicas. Assim, deliberará a sociedade civil sobre seus interesses específicos, tais como asfalto, iluminação, creches, escolas, prontos-socorros.

Saliente-se, por oportuno, que a cooperação das associações representativas no planejamento municipal foi assegurada pelo inciso XII do art. 29 da Constituição da República.

## 5.2 Lei de Diretrizes Orçamentárias

O projeto de Lei das Diretrizes Orçamentárias tem a iniciativa do chefe do Executivo e deve ser encaminhado ao Legislativo anualmente. A LDO tem por objetivo estabelecer regras para a elaboração da lei orçamentária anual, devendo conter as metas e as prioridades da Administração pública, conforme determina o § 2º do art. 165 da Constituição da República:

Art. 165. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão:  
[...]

§ 2º A lei de diretrizes orçamentárias compreenderá as metas e prioridades da administração pública federal, incluindo as despesas de capital para o exercício financeiro subseqüente, orientará a elaboração da lei orçamentária anual, disporá sobre as alterações na legislação tributária e estabelecerá a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento.

O conteúdo normativo da Lei de Diretrizes Orçamentárias foi definido pelo art. 4º da Lei Complementar nº 101/00, do qual vale destacar, pois auxilia o combate à paralisação de obras, o seguinte:

- 1 - equilíbrio entre receitas e despesas públicas (art. 4º, I, a, da LRF);
- 2 - regras para o contingenciamento de despesas (art. 4º, I, b, da LRF);
- 3 - metas e prioridades para o orçamento anual (art. 4º, § 1º, da LRF).

Cabe aqui uma pequena abordagem sobre cada um desses relevantes tópicos.

### 5.2.1 Equilíbrio entre receitas e despesas públicas

Para o equilíbrio entre receitas e despesas públicas, são impostos critérios objetivos que exigem a demonstração das metas anuais da Administração para estimativa das receitas, comparando-as com os três exercícios anteriores e evidenciando a consistência delas com as premissas e os objetivos da política econômica nacional (art. 4º, § 2º, II, da LC nº 101/00).

Essa exigência vai impedir que a Administração superestime receitas para justificar despesas que, de fato, não poderiam ser planejadas.

Assim, as despesas para a execução de obras públicas devem estar em perfeita consonância com a estimativa técnica da receita, sob pena de se incorrer no desequilíbrio fiscal, vedado pela Lei Complementar 101/00. Hoje, ao contrário de um passado recente, primeiro, estimam-se, objetivamente, as receitas e, depois, fixam-se as despesas.

Dessa forma, se não há possibilidade de obtenção de receitas, não cabe ao legislador fixar despesas.

## 5.2.2 Regras para o contingenciamento de despesas

Se a Administração constatar, ao final de cada bimestre, que as receitas públicas, apesar de estimadas objetivamente, não se realizaram na forma programada, deverá proceder ao contingenciamento de despesas<sup>30</sup>.

As regras para o contingenciamento de despesas, caso seja constatado, ao final de cada bimestre, que a receita não se realizou nos termos programados constam do art. 4º, I, *b*, da LC nº 101/00.

Desse modo, ao submeter o projeto de lei de diretrizes orçamentárias ao Legislativo, o autor da proposta deverá relacionar as despesas que serão congeladas, caso não se realize a arrecadação da receita estimada.

É a oportunidade de a Administração estabelecer um comando normativo para evitar a paralisação de obras, não relacionando, entre as despesas a serem contingenciadas, aquelas fixadas para a execução de obras.

A mesma oportunidade é conferida ao Legislativo, que, ao apreciar o projeto de lei das diretrizes orçamentárias, também, poderá apresentar emendas para coibir o contingenciamento das dotações fixadas para investimentos, mormente se essas estão relacionadas com aquelas definidas pelo povo em audiências públicas.

A propósito, Lino (2001, p. 36) esclarece que, "ao exercer o controle político, o Congresso Nacional pode alterar o projeto de LDO proposto, impondo metas e prioridades, até mesmo aquelas que, porventura, conflitem, de testilha, com a pretendida política proposta".

## 5.2.3 Metas e prioridades para o orçamento anual

Elo importante entre o plano plurianual e a lei orçamentária anual, a Lei de Diretrizes Orçamentárias deve estabelecer as metas físicas<sup>31</sup> das obras que a Administração pretende realizar no próximo exercício, bem como o valor monetário a ser investido pelo Estado para atendimento dessas metas.

Para tanto, após o levantamento das receitas previstas para o ano vindouro, o Executivo deve verificar as despesas de custeio que necessariamente terá de suportar, tais como aquelas decorrentes de aplicação de percentual mínimo em educação, saúde, enfim, todas as despesas correntes necessárias à manutenção da estrutura dos serviços públicos em geral.

Feito isso, deverá a Administração priorizar recursos para os projetos que já se encontram em execução, com vistas à conservação do patrimônio público, consoante determina o seguinte preceito da Lei de Responsabilidade Fiscal:

Art. 45. Observado o disposto no § 5º do art. 5º, a lei orçamentária e as de créditos adicionais só

---

<sup>30</sup> Em conformidade com o inciso III do art. 5º da Lei 10.028, de 19 de outubro de 2000, deixar de expedir ato determinando limitação de empenho e movimentação financeira, nos casos e condições estabelecidos em lei, constitui infração administrativa, punível, nos termos do seu § 1º, com multa de 30% dos vencimentos do agente que lhe der causa, sendo o pagamento da multa de sua responsabilidade pessoal.

<sup>31</sup> Tal exigência consta do § 1º do art. 4º da LC nº 101/00 e a sua inobservância constitui infração administrativa contra as leis de finanças públicas, que deve ser punida com multa de 30% (trinta por cento) dos vencimentos anuais do agente que lhe der causa, sendo o pagamento da multa de sua responsabilidade pessoal, nos termos do que preceitua o § 1º do art. 5º da Lei nº 10.028/00.

incluirão novos projetos após adequadamente atendidos os em andamento e contempladas as despesas de conservação do patrimônio público, nos termos em que dispuser a lei de diretrizes orçamentárias.

Parágrafo único. O Poder Executivo de cada ente encaminhará ao Legislativo, até a data do envio do projeto de lei de diretrizes orçamentárias, relatório com as informações necessárias ao cumprimento do disposto neste artigo, ao qual será dada ampla divulgação<sup>32</sup>.

A inclusão de novos projetos que tenham duração superior a um ano nas leis orçamentárias fica, portanto, condicionada à existência de recursos financeiros para manutenção dos projetos já em andamento.

Com efeito, por intermédio dessa norma, além da preservação do patrimônio público, o legislador busca garantir a continuidade do serviço público, bem como o cumprimento dos princípios da eficiência e da moralidade, que são norteadores da atuação administrativa.

Assim, não se admite mais a inclusão de recursos na legislação orçamentária para construção de um prédio destinado a abrigar uma nova escola, antes que se garantam recursos para a manutenção das edificações já existentes, que se destinam à educação, conforme salienta Toledo Júnior (2002, p. 240):

[...] o objetivo do art. 45 parece-nos claro; tenciona conter as imotivadas e nefastas paralisações de obras, tão costumeiras em época de substituição do gestor político. Eventual interrupção depende, agora, [...] de autorização legislativa, alargando o debate sobre o interesse público da alteração de rumo. Além do mais e tal qual previsto no parágrafo único, será amplamente divulgado o relatório da Prefeitura contendo as seguintes informações: - projetos que, ano vindouro, continuar-se-ão desenvolvendo; - novos projetos; projetos que, por motivo absolutamente excepcional, sofrerão temporário retardamento<sup>33</sup>.

Percebe-se que o aludido preceito legal, além de estar em consonância com os princípios da economicidade e da continuidade, constitui importante instrumento para coibir a paralisação de obras públicas, até então tão comum no início de mandatos eletivos, consoante evidencia Ramos (1982, p. 32):

Ao nível de processo decisório, a descontinuidade se apresenta no aspecto, bastante experimentado pelo Brasil, e que se relaciona ao fato de cada novo administrador, cada novo governante, tornar-se possuído de uma singular amnésia, esquecendo-se de todos os progressos feitos, das pesquisas e da experiência acumulada pelos governantes precedentes. Como uma desnecessária originalidade, decide-se que tudo deve ser começado de novo.

Portanto, se existe, no planejamento plurianual, a previsão de construir, num período de quatro anos, um hospital, é importante que a Administração estabeleça, em anexo específico da LDO, os valores financeiros que poderão ser destinados ao prosseguimento da obra no próximo exercício.

Assim, a título de exemplo, se a Administração estima que disporá de R\$ 80.000,00 (oitenta

<sup>32</sup> Não se olvide que há receitas públicas vinculadas a determinados serviços (art. 167, IV, CR), devendo, portanto, o administrador agir com cautela na aplicação do art. 45 da LC 101/00, pois, se, v.g., um Município não pode iniciar um hospital, porque ainda não dispõe de recursos financeiros para a conclusão de outro, isso não implica a impossibilidade de se iniciar a construção de um prédio escolar, uma vez que a Carta Magna garantiu um mínimo de investimentos para as áreas de saúde (art. 198) e de educação (art. 212).

<sup>33</sup> Nesse mesmo sentido, são válidos os seguintes esclarecimentos de Figueiredo et al (2001, p. 233): O artigo 45 salienta a importância da continuidade administrativa e prioriza o atendimento aos projetos e obras já em andamento e a conservação do patrimônio público. É um dispositivo moralizador, que visa a evitar o acúmulo de obras inacabadas, resultado, muitas vezes, de projetos políticos dissociados do interesse público, com conseqüências nefastas sobre a qualidade dos serviços ofertados pelo Poder Público.

mil reais), no exercício de 2006, para a construção do hospital, deverá estabelecer as metas físicas para essas despesas na LDO elaborada em 2005, ou seja, especificar quantos metros de laje deverão ser executados, bem como o valor dos materiais e os serviços necessários à execução da laje.

O estabelecimento dessas metas físicas constitui importante elemento para os controles interno e externo<sup>34</sup>, por intermédio dos quais deverão ser aferidos e demonstrados pelo Executivo, ao final de cada quadrimestre em audiências públicas perante a comissão do Legislativo, designada para análise de questões orçamentárias, os resultados alcançados com a gestão fiscal em função do cumprimento de metas, nos termos do que preceitua o § 4º do art. 9º da Lei Complementar nº 101/00.

### 5.3 Lei Orçamentária Anual

Segundo Ackel Filho (1992, p. 137), orçamento é "o instrumento através do qual o governo planeja a sua receita e correlatamente programa a execução de sua despesa, necessária à manutenção dos serviços, obras e investimentos públicos em geral".

O projeto da lei orçamentária anual deve ser elaborado em conformidade com a lei de diretrizes orçamentárias. Por intermédio do orçamento, o Executivo dá rumo a sua ação, pois somente os investimentos autorizados na lei específica poderão ser executados, em conformidade com o que determina o seguinte preceito da Carta Magna: "Art. 167. São vedados: I - o início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual".

A inobservância desse dispositivo pela Administração tem ensejado a paralisação de obras públicas, por determinação judicial, consoante o seguinte julgado da Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais:

Agravo de instrumento. Ação popular. Liminar. Licitação pública. Falta de previsão orçamentária. - Afigura-se correta a decisão singular que concede liminar em ação popular, com vistas à suspensão de procedimento licitatório, cujos custos não estão dotados da necessária previsão orçamentária, evidenciando, assim, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*<sup>35</sup>.

Nessa mesma esteira, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do MS nº 4482/DF, decidiu:

Administrativo. Licitação. Revogação (Lei 8.666/93, art. 49). Procedimento que ultrapassou o exercício financeiro. Ausência de previsão orçamentária no orçamento relativo ao ano subsequente. - Se o procedimento de licitação ultrapassou o exercício financeiro e no orçamento para o ano seguinte não existe reserva de verba, para enfrentar a despesa com a aquisição do bem objeto da concorrência, é lícito à Administração declarar extinto o certame. A inexistência de reserva orçamentária é mais que um motivo justo para revogar-se a licitação (Lei 8.666/93). Nela se traduz um impedimento absoluto ao avanço do procedimento<sup>36</sup>.

Se, por um lado, o constituinte vedou a realização de despesas ou a assunção de obrigações que excedam os créditos orçamentários, por outro, reconhecendo o dinamismo da Administração,

<sup>34</sup> Nos termos do art. 74 da Carta Magna, uma das finalidades do sistema de controle interno é a de avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos.

<sup>35</sup> Agravo nº 1.072.03.069385-8/001 - Comarca de Uberlândia. Agravante(s) Município de Uberlândia. Agravado(s): André Luiz Goulart e outros. Relator: Exmo. Sr. Desemb. Edivaldo George dos Santos. Acórdão. Vistos etc., acorda, em Turma, a Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, em negar provimento. Belo Horizonte, 10 de fevereiro de 2004.

<sup>36</sup> STJ: MS nº 4482/DF, Corte Especial, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, v.u., DJ de 21.10.1996.

admitiu a possibilidade de se consignar, na lei orçamentária, autorização expressa para o Executivo abrir créditos suplementares (art. 165, § 8º).

Com isso, pode-se anular um determinado crédito orçamentário e utilizar os recursos decorrentes de sua anulação para ampliar outro, ou seja, havendo autorização legislativa, a Administração, por decreto, poderá, *v.g.*, transferir parte ou o total dos recursos aprovados para construção de um posto de saúde para suplementar aqueles recursos previstos para a construção de um viaduto.

Percebe-se, com isso, que o Legislativo pode outorgar autorização ao Executivo para inviabilizar um determinado investimento ou para possibilitar a sua paralisação. Entretanto, o Legislativo pode também determinar que os créditos, previstos no projeto da lei orçamentária, para realização de obras, mormente para aquelas definidas pela coletividade em audiências públicas, não poderão ser, em hipótese alguma, anulados para fazer face à realização de outras despesas.

## 6 Conclusões

Diante do exposto, resta concluir com a seguinte síntese:

1 A tendência atual do serviço público brasileiro tem foco no cidadão e nos resultados da atuação administrativa. É a era da predominância da cultura do desafio, em que a gestão deve basear-se no planejamento eficiente, com metas e acompanhamento do desempenho institucional.

2 A Lei Complementar nº 101/00, conhecida como Lei de Responsabilidade Fiscal, exige do administrador um planejamento constante e transparente de suas ações. Esse planejamento, no que concerne à realização de obras públicas, deve ser definido num plano de investimentos - PPA para um período mínimo de quatro anos e tem por objetivo:

- garantir recursos orçamentários para a conclusão de obras e de investimentos públicos nos exercícios financeiros constantes da programação;

- impedir que o governante modifique a seu modo e a qualquer tempo a aplicação dos recursos financeiros;

- coibir a apresentação, pelos parlamentares, de descabidas emendas nos projetos de Lei das Diretrizes Orçamentárias e do Orçamento Anual;

- possibilitar ao povo o conhecimento de como será administrado o País, o Estado, o Município e o Distrito Federal, durante a sua vigência;

3 Anualmente, o Poder Executivo deve submeter o projeto de lei de diretrizes orçamentárias à apreciação do Legislativo, visando:

- definir os investimentos financeiros e as metas que o Poder Público pretende alcançar no próximo exercício;

- estabelecer as regras para a supressão de despesas, caso a receita estimada não se realize na forma planejada.

Em conformidade com o art. 45 da Lei Complementar 101/00, o projeto da LDO deve estar acompanhado de relatório contendo informações quanto à conservação do patrimônio público e ao atendimento adequado dos projetos em execução, objetivando, assim, evitar o acúmulo de obras inacabadas. Se os projetos em andamento não estão de acordo com seu cronograma, a lei orça-

mentária não deverá conter dispositivo para a inserção de novos projetos, sem que, antes, sejam reservados recursos para conclusão daqueles.

4 Com base nas diretrizes traçadas, até o final do mês de agosto, o Chefe do Poder Executivo encaminhará ao Legislativo a proposta orçamentária para o próximo exercício, na qual deverão ser consignadas a estimativa das receitas e a fixação das despesas públicas.

Reconhece-se que o planejamento de despesas públicas pode conter uma certa margem de erro, motivo pelo qual a lei orçamentária deverá conter dispositivo visando garantir a suplementação de créditos orçamentários, podendo, para tanto, o Poder Executivo utilizar-se, dentre outros, dos recursos provenientes da anulação parcial ou total de dotações.

Dessa forma, para coibir a paralisação de obras públicas, o Poder Legislativo deve, caso o Executivo, ainda, não o tenha feito, vedar, por intermédio de emendas ao respectivo projeto de lei, a possibilidade de anulação dos créditos destinados a projetos definidos como prioritários para o povo.

5 Para elaboração dos projetos de Lei do Plano Plurianual, das Diretrizes Básicas para o Orçamento e do Orçamento Anual, o Poder Executivo deve realizar, na forma preceituada no parágrafo único do art. 48 da Lei de Responsabilidade Fiscal, audiências públicas a fim de:

- definir as prioridades para os investimentos públicos;
- dar transparência às ações administrativas relacionadas ao gasto do dinheiro público;
- renovar permanentemente o diálogo entre o administrador e o povo.

6 Os projetos de obras, consignados na lei orçamentária anual, devem ser executados pela Administração Pública, salvo se:

- houver autorização legal para a anulação dos créditos orçamentários destinados a tais projetos para fazer face à suplementação de outras dotações;
- houver dispositivo na Lei de Diretrizes Orçamentárias que priorize o contingenciamento das dotações destinadas a mencionados projetos no caso de não realização da receita estimada, na forma do art. 9º da Lei Complementar nº 101/00.
- a receita para fazer face a esses projetos for vinculada a uma transferência voluntária de recursos, que, porventura, não se efetive.

## 7 Referências bibliográficas

ACKEL FILHO, Diomar. *Município e prática municipal à luz da Constituição Federal de 1988*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

CASTRO, Flávio Régis Xavier de Moura e. (org.). *Lei de Responsabilidade Fiscal, abordagens pontuais: doutrina e legislação*. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

CASTRO, José Nilo de. *Direito municipal positivo*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

FARIA, Edimur Ferreira de. *Curso de direito administrativo positivo*. Atualizado de acordo com a Emenda Constitucional nº 41/03. 5. ed. revista e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.
- FIGUEIREDO, Carlos Maurício; FERREIRA, Cláudio; RAPOSO, Fernando; BRAGA, Henrique; NÓBREGA, Marcos. *Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.
- LINO, Pedro. *Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- MACHADO JÚNIOR, J. Teixeira; REIS, Heraldo da Costa. *A Lei 4.320 comentada com a introdução de comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal*. 30. ed. Rio de Janeiro: IBAM, 2000/2001.
- MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.
- MILESKI, Hélio Saul. *O controle da gestão pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- NASCIMENTO, Carlos Valder do. *Finanças públicas e sistema constitucional orçamentário*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- NÓBREGA, Marcos. *Lei de Responsabilidade Fiscal e leis orçamentárias*. 1. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.
- OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Responsabilidade fiscal*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- RAMOS, Naimar M. *Planejamento e política financeira de governo*. 1. ed. Brasília: ESAF, 1982.
- SANTANA, Jair Eduardo. *Direito administrativo resumido*. 1. ed. Belo Horizonte: Inédita Editora de Arte e Publicidade, 1997.
- TOLEDO JÚNIOR, Flávio C. de; ROSSI, Sérgio Ciqueira. *Lei de Responsabilidade Fiscal*. 2. ed. São Paulo: NDJ, 2002.
- TOLOSA FILHO, Benedicto de. *Comentários à nova Lei de Responsabilidade Fiscal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Temas & Idéias Editora, 2001.

-:-:-



*Sumário: 1 Introdução. 2 Análise constitucional da taxa de incêndio. 3 Tratamento infraconstitucional e legislação do Estado de Minas Gerais. 4 Da impropriedade legislativa no tratamento tributário do tema. 5 Referências bibliográficas.*

## **1 Introdução**

Consabidamente, a figura jurídica da taxa possui ínsito em seu próprio conceito o sentido de retribuir ou remunerar o custo, pelo menos aproximado, da atividade estatal especial que lhe dá causa.

Dessa forma, quando a Constituição, ao lado dos impostos (principal fonte de receita das entidades públicas), prevê que taxas podem ser cobradas em razão do exercício do poder de polícia, ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos à sua disposição, está implícito no Texto Maior o conceito doutrinário da taxa, qual seja, o da repartição dos custos dos atos estatais que a motivaram.

Com efeito, o doutrinador Aliomar Baleeiro (1977:292) define taxa nos seguintes termos:

É o tributo cobrado de alguém que se utiliza de serviço público especial e divisível, de caráter administrativo ou jurisdicional, ou o tem à sua disposição, e ainda quando provoca em seu benefício, ou por ato seu, despesas especiais dos cofres públicos.

Após a sua definição nos termos acima descritos, analisar-se-á o problema posto à apreciação neste compêndio textual, no que tange à constitucionalidade da cobrança da taxa de incêndio.

## **2 Análise constitucional da taxa de incêndio**

Como se sabe, a taxa constitui espécie tributária que tem como fato gerador, entre outras hipóteses, a efetiva prestação de um serviço público. Nesse mesmo sentido continua orientando o eminente tributarista Aliomar Baleeiro (1977:230):

A taxa é a contraprestação de serviço público, ou de benefício feito, posto à disposição, ou custeado pelo Estado em favor de quem a paga, ou se este, por sua atividade, provocou a necessidade de criar-se aquele serviço público.

Por essa razão, é um tributo de natureza vinculada, ou seja, sua hipótese de incidência consiste na descrição de uma atuação estatal específica (ou em consequência desta).

## **3 Tratamento infraconstitucional e legislação do Estado de Minas Gerais**

O art. 113 da Lei Estadual 6.763/75, com a redação que lhe foi conferida pela Lei 14.938, de 19.12.2003, implementou no Estado de Minas Gerais a cobrança da intitulada taxa de incêndio, nos seguintes termos:

Art. 113. A Taxa de Segurança Pública é devida: (...); IV - pela utilização potencial do serviço de extinção de incêndios.

---

\* Advogado. E-mail: marcelomeloadv10@yahoo.com.br

Assim, o Estado de Minas Gerais, nos termos do art. 144, II, da Constituição Estadual, pode instituir a cobrança de "taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição".

No Estado, o serviço será prestado ou posto à disposição, exclusivamente, pelo Corpo de Bombeiros Militar e só será exigido daqueles proprietários de imóveis residenciais e comerciais, cuja metragem das referidas propriedades seja superior a 75 m<sup>2</sup>.

A exigibilidade dessa cobrança não é nova em âmbito nacional, já existindo, inclusive, posicionamento do eg. Supremo Tribunal Federal sobre o tema, por meio da edição da Súmula nº 549, que, apesar de editada em 03.10.69, na vigência da antiga Constituição, ainda não foi tornada sem efeito, na medida em que não colide com o texto da atual Carta Magna de 1988.

A referida orientação dispõe que "A Taxa de Bombeiros de Pernambuco é constitucional, revogada a Súmula 274".

Em Minas Gerais, várias foram as ações propostas com o fim precípua de impedir a cobrança da fustigada taxa, sob os mais diversos fundamentos, tais como: violação ao art. 136 da CE, uma vez que a segurança pública é dever do Estado e direito de todos os cidadãos e há a impossibilidade de destacar, especificamente, os referidos serviços de combate e prevenção de incêndios, em unidades autônomas de utilização pelo contribuinte.

No sentido oposto, a corrente jurisprudencial e doutrinária que entende pela constitucionalidade da referida taxa escora-se na divisibilidade e especificidade do serviço prestado ao contribuinte, que será prestado pelo Estado de forma exclusiva, sendo certo que o fato de a Constituição Federal - seguida pela Estadual - registrar que é dever do Estado e direito de todos a segurança pública não descartou a possibilidade de tributar aquele serviço, pois estaria sendo disponibilizada para o contribuinte toda a infra-estrutura necessária, além do destacamento dos militares do Corpo de Bombeiros e, em razão disso, por se tratar de serviços públicos postos a sua disposição (do contribuinte) e sendo potencialmente utilizável, encontra-se a norma questionada abarcada pelos parâmetros constitucionais.

Analisando as questões defendidas por ambas as correntes, sem embargos dos argumentos esposados, vislumbra-se que a tese da inconstitucionalidade revela-se mais ponderada ao nosso regramento jurídico pátrio.

Como se sabe, o mandamento contido no art. 136 da Constituição Estadual, segundo o qual "a segurança pública é dever do Estado e direito e responsabilidade de todos os cidadãos", revela que a segurança pública, na sua dinâmica, é uma atividade de vigilância, prevenção e repressão de condutas delituosas, ressaltando o citado dispositivo constitucional que ela será exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através da Polícia Civil, da Polícia Militar e do Corpo de Bombeiros Militar.

Tais órgãos são forças públicas estaduais, órgãos permanentes do Estado, por ele organizados e mantidos com os recursos provenientes dos impostos pagos pelos cidadãos.

Reza o art. 145, inc. II, da Constituição Federal:

Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos: (...) II - taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição; (...).

Na mesma linha, o art. 77 do Código Tributário Nacional:

Art. 77. As taxas cobradas pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, têm como fato gerador o exercício regular do poder de polí-

cia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição.

Já o art. 79 do mesmo Diploma Legal, por seu turno, define serviços específicos e divisíveis, respectivamente nos incs. II e III:

Art. 79. Os serviços públicos a que se refere o art. 77 consideram-se: (...) II - específicos, quando possam ser destacados em unidades autônomas de intervenção, de unidade, ou de necessidades públicas; III - divisíveis, quando suscetíveis de utilização, separadamente, por parte de cada um dos seus usuários.

Ora, como se sabe, nem toda atividade pode constituir hipótese de incidência de taxa, pois esta se caracteriza por ter como pressuposto de fato, sempre, uma atividade estatal específica e dirigida ao contribuinte. E essa atividade deve enquadrar-se em duas hipóteses: o exercício do poder de polícia ou a prestação (ou oferecimento) de serviço público específico e divisível ao contribuinte.

Nos serviços de utilidade coletiva que visam à satisfação de interesses indistintos, não há a possibilidade de se estabelecer uma relação direta entre o usuário e aquele que fornece o serviço, por não haver a pessoa individualizada daquele usuário. E, se não pode ser ela determinada, a Administração Pública presta o serviço com a intenção voltada para a coletividade como um todo.

#### 4 Da impropriedade legislativa no tratamento tributário do tema

As características da divisibilidade e especificidade são condição *sine qua non* na hipótese de incidência tributária de taxa de serviço, e estas peculiaridades não podem ser identificadas no caso da "taxa de incêndio", em que alguns contribuem, ou seja, os proprietários de imóveis residenciais e comerciais de metragem superior a 75 m<sup>2</sup>, haja vista que, na ocorrência de eventual sinistro, toda a coletividade se beneficia, pois está-se falando aqui de prevenção e extinção de incêndio.

Observa-se configurada, na espécie, uma atividade própria para ser custeada por imposto que, segundo a definição do art. 16 do CTN, "é o tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica relativa ao contribuinte".

Sendo, pois, a segurança pública dever do Estado e direito de todos, exercida para a preservação da ordem pública e incolumidade das pessoas e do patrimônio, por meio, entre outros, do Corpo de Bombeiros Militar, essa atividade do Estado só pode ser sustentada pelos impostos, e não por taxa, mesmo porque o combate a incêndios tem caráter genérico e indivisível. É atividade administrativa do Estado, exercida em caráter geral, atingindo toda a coletividade, de forma indistinta, contrapondo-se à destinação do produto da taxa, que é tributo vinculado.

Não poderá o Estado transferir ao cidadão a incumbência de custear uma atividade decorrente de um dever indelegável que lhe foi imposto pelo texto constitucional, obrigando-o a absorver a eventual carência de recursos para equipar suas forças públicas. O combate a incêndios é serviço essencial, no sentido de ser indispensável às comunidades; é serviço originário do Estado, como expressão de seu poder soberano - diz respeito à função institucional do Corpo de Bombeiros (dever constitucional do Estado para com a segurança pública em geral, conforme se extrai do art. 136 da CEMG - atividade-fim), de modo que não está havendo um "agir especial" em prol de pessoas determinadas.

Ora, como sustentado, para a caracterização do que seja serviço público, recorre-se à natureza jurídica do regime que o rege. O serviço prestado pelo Poder Público, para ser estipen-

diado por taxa, precisa ser um serviço específico e divisível.

Quando o serviço público é geral, ou seja, prestado a todos indistintamente, beneficiando pessoas indeterminadas, não podem ser tais serviços custeados por taxas, e sim pelas receitas derivadas dos impostos.

Assim, os serviços específicos ou singulares são prestados a um número determinado de pessoas, para utilização individual e, por isso mesmo, mensurável.

A cobrança pela utilização potencial do serviço de extinção de incêndios não pode ser conceituada como serviço público geral, apesar de tal característica não poder ser dela totalmente dissociada. Na taxa predomina a tipicidade de um serviço específico e divisível, prestado a um número determinado de pessoas.

A propósito, sobre o tema colhe-se a lição de Hugo de Brito Machado (1996:337):

Diz o Código que os serviços são específicos quando possam ser destacados em unidades autônomas de intervenção, de utilidade ou de necessidade públicas, e divisíveis quando suscetíveis de utilização, separadamente, por parte de cada um de seus usuários (art. 79, incs. II e III). Não obstante estejam tais definições contidas em dispositivos separados, cuida-se de duas definições inseparáveis, no sentido de que um serviço não pode ser divisível se não for específico. Não tem sentido prático, portanto, separar tais definições, como a indicar que a taxa pode ter como fato gerador a prestação de um serviço público específico ou de um serviço público divisível. Aliás, isso decorre do próprio dispositivo constitucional, que se refere a serviço específico e divisível.

Já o saudoso Mestre Hely Lopes Meirelles (2001:156) informa que:

A especificidade e a divisibilidade do serviço constituem também requisitos essenciais para a imposição da taxa remuneratória, nos termos do art. 145, II, da CF. Serviço público específico, consoante o Código Tributário Nacional, é o que pode ser destacado em unidade autônoma de intervenção, de utilidade ou de necessidade pública (art. 89, II). Segundo o mesmo Código, divisível é o serviço suscetível de utilização separadamente por parte de cada um dos seus usuários (art. 79, III).

E prossegue afirmando (Meirelles, 2001:157):

A especificidade e a divisibilidade ocorrem, em regra, nos serviços de caráter domiciliar, como os de energia elétrica, água, esgotos, telefonia e coleta de lixo, que beneficiam individualmente o usuário e lhe são prestados na medida de suas necessidades, ensejando a proporcionalidade da remuneração. Somente a conjugação desses dois requisitos - especificidade e divisibilidade -, aliada à compulsoriedade do serviço, pode autorizar a imposição de taxa. Destarte, não é cabível a cobrança de taxa pelo calçamento, conservação, limpeza, iluminação e vigilância de vias e logradouros públicos, que não configuram serviços específicos, nem divisíveis, por serem prestados *uti universi*, e não *uti singuli*, do mesmo modo que seria ilegal a imposição de taxa relativamente aos transportes urbanos postos à disposição dos usuários, por faltar a esse serviço, específico e divisível, o requisito da compulsoriedade de utilização.

Assim, verifica-se que não há possibilidade de individualizar e quantificar a atividade prestada a cada contribuinte, sendo impossível destacar uma unidade de intervenção para cada administrado.

Nesse mesmo sentido leciona o ilustre Antônio Carraza<sup>1</sup>:

Os serviços públicos gerais, ditos também universais, são os prestados *uti universi*, isto é, indistintamente a todos os cidadãos. Eles alcançam a comunidade, como um todo considerada, benefi-

---

<sup>1</sup> Texto retirado do voto proferido pelo Desembargador José Osório, no julgamento da ADIN nº 65.802.0/6, do Tribunal de Justiça de São Paulo, Órgão Especial, j. em 28.03.01.

ciando número indeterminado (ou, pelo menos, indeterminável) de pessoas. É o caso dos serviços de iluminação pública, de segurança pública, de diplomacia, de defesa externa do País, etc. Todos eles não podem ser custeados, no Brasil, por meio de taxas, mas sim das receitas gerais do Estado, representadas basicamente, pelos impostos. Já os serviços públicos específicos, também chamados de singulares, são os prestados *uti singuli*. Referem-se a uma pessoa ou a um número determinado (ou, pelo menos, determinável) de pessoas. São de utilização individual e mensurável. Gozam, portanto, de divisibilidade, é dizer, da possibilidade de avaliar-se a utilização efetiva ou potencial, individualmente considerada. É o caso dos serviços de telefone, de transporte coletivo, de fornecimento domiciliar de água potável, de gás, de energia elétrica, etc. Estes, sim, podem ser custeados por meio de taxa de serviço.

Ora, a extinção de incêndios não beneficia somente os proprietários, possuidores ou titulares de domínio útil de bens imóveis localizados na zona urbana municipal, mas toda a sociedade, que pode ter todos os seus bens, imóveis, móveis e semoventes, e a própria vida dos indivíduos, ameaçados pelo sinistro.

Nesse sentido, colhe-se trecho de artigo publicado sobre a matéria<sup>2</sup>:

(...) o serviço de prevenção e extinção de incêndios, resgate e salvamento, é inespecífico, pois favorece não apenas os proprietários ou possuidores de bens imóveis, mas a coletividade em geral, mesmo porque o sinistro pode atingir também os bens móveis e ameaçar vidas humanas e de semoventes. E o resgate e salvamento favorecem todos aqueles que eventualmente se encontrem em situação de risco no município, mesmo que não sejam proprietários ou possuidores de imóveis e sequer morem na cidade. E, ademais, essas atividades são indivisíveis, pois não se pode medir o quanto cada munícipe, proprietário ou não, é beneficiado com sua existência.

A propósito, a constitucionalidade da referida taxa não se sedimentou nos tribunais pátrios, valendo destacar o entendimento do eg. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais sobre o tema em epígrafe, nos termos da ementa abaixo transcrita<sup>3</sup>:

Taxa de segurança pública, na modalidade 'taxa de incêndio' - Art. 113, inciso IV, §§ 2º, 3º e 4º, I e II; art. 14, inciso 10, §§ 1º, 2º e 3º, e art. 115 da Lei Estadual nº 6.763, de 26.12.1975, com a redação determinada pelo art. 1º da Lei nº 14.938/03, ambas estaduais - Imóveis residenciais e de fins comerciais - Suspensão, pelo Estado, da cobrança das taxas referentes àqueles, com posterior remessa de projeto de lei à Assembléia, visando à sua revogação - Serviço específico, não genérico - Incidência circunscrita aos municípios servidos pelo Corpo de Bombeiros - Precedentes do STF - Improcedência da representação - Constitucionalidade reconhecida.

Já o 1º Tribunal de Alçada de São Paulo se posicionou pela inconstitucionalidade da referida cobrança, no julgamento da Apelação Cível nº 0947950-3, cuja decisão restou ementada nos seguintes termos<sup>4</sup>:

Taxa - Incêndio - Municipalidade de Guarulhos - Exercício de 1999 - Serviços de segurança destinados a toda coletividade - Não-atendimento aos requisitos legais da especificidade e divisibilidade - Cobrança indevida - Recursos improvidos.

Também, nesse mesmo diapasão, já se manifestou recentemente o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, ao suspender, em sede de liminar proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2001.00.2.005467-6, a eficácia da cobrança da "Taxa de Fiscalização, Prevenção e Extinção de Incêndio e Pânico", cujo julgamento foi proferido em 18.09.2001.

<sup>2</sup> CHAGAS, Marco Aurélio Bicalho de Abreu. Por que não pagar a 'taxa' de incêndio?, Tributário. NET, São Paulo, inserido em 20.04.2001. Acesso em: 22.04.2004.

<sup>3</sup> ADIN nº 1.0000.04.404860-1/000(1), Corte Superior, Rel. Des. Roney Oliveira, DJMG de 30.12.2004.

<sup>4</sup> 1º TACSP, 11ª Câmara Especial de Férias, AP 0947950-3 - (39603), Guarulhos, Rel. Juiz Antonio Marson, DJSP de 08.02.2001.

## 5 Conclusão

Portanto, da análise das assertivas expostas neste compêndio, fica claro que o serviço de extinção de incêndios só pode ser classificado como *uti universi* ou geral; e, sendo prestado à comunidade, indistintamente, é inconstitucional e ilegal a criação de taxa para a sua manutenção, ainda mais quando a cobrança alcança somente determinados proprietários de bens imóveis localizados na zona urbana que preencham os requisitos previstos na lei de regência.

## 6 Referências bibliográficas

ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.

BALEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

\_\_\_\_\_. *Uma introdução à ciência das finanças*. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

CHAGAS, Marco Aurélio Bicalho de Abreu. Por que não pagar a “taxa” de incêndio?, *Tributário, NET*, São Paulo, inserido em: 20.04.2001. Acesso em: 22.04.2004.

LOPES, Mauricio Antônio Ribeiro. *Código Tributário Nacional*. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

MARTINS, James. *Direito processual tributário brasileiro: administrativo judicial*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2002.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito municipal brasileiro*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Curso de direito tributário*. 9. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1989.

OLIVEIRA, José do Carmo Veiga. *Constituição do Estado de Minas Gerais*. Belo Horizonte, Del Rey, 2003.

REVISTA JURÍDICA DA PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA ESTADUAL, nº 48/49/50, outubro/2002 a junho/2003, Divisão de Pesquisa e Documentação.

-:-:-

*Sumário: 1 Introdução. 2 Considerações gerais sobre a prescrição. 2.1 Conceito e fundamento. 2.2 A prescritibilidade como regra geral no ordenamento jurídico brasileiro. 3 A prescrição nas ações por ato de improbidade administrativa. 3.1 As sanções da Lei de Improbidade Administrativa. 3.2 A aplicação da prescrição às pretensões punitivas. 4 Conclusão. 5 Referências bibliográficas.*

## **1 Introdução**

O presente trabalho tem por objeto um breve estudo do instituto da prescrição nas ações ajuizadas com fundamento na Lei Federal nº 8.429, de 02 de junho de 1992, a qual, em regulamentação do § 4º do art. 37 da Constituição da República de 1988, trata dos atos de improbidade administrativa e das suas respectivas sanções.

A abordagem dessa matéria no âmbito da área de Direito Público revela-se fundamental para a correta aplicação do instituto à pretensão de infligir as diferentes espécies de penalidades ao agente ímprobo, sobretudo considerando o crescente número de ações dessa natureza que vêm sendo instauradas nos últimos anos.

Não se pretende, com este trabalho científico, exaurir todo o assunto relativo à prescrição das demandas fundadas na Lei nº 8.429/1992, mas apenas promover algumas reflexões sobre o instituto, o que compreenderá a exposição das noções gerais, a interpretação da base constitucional e legal, a identificação das principais controvérsias e, finalmente, o exame de como ele se opera nas ações em que se busca a aplicação das diversas sanções.

## **2 Considerações gerais sobre a prescrição**

### **2.1 Conceito e fundamento**

O instituto da prescrição remonta à época da Lei das XII Tábuas no Direito Romano e era aplicado em favor do possuidor na defesa de sua posse, que incorporava ao seu patrimônio o bem adquirido sem as formalidades estabelecidas na legislação em vigor<sup>1</sup>. A partir de Justiniano, distinguiu-se a prescrição aquisitiva - modo de aquisição do domínio pela posse prolongada - e a extintiva, esta concebida como forma de desonerar-se de uma obrigação pelo transcurso do tempo<sup>2</sup>.

Sílvio Rodrigues, citando Clóvis Beviláqua, define a prescrição como sendo "a perda da ação atribuída a um direito e de toda sua capacidade defensiva, em consequência do não-uso delas, durante um determinado espaço de tempo"<sup>3</sup>. Como perceptível, a inércia do titular no lapso temporal fixado na lei não gera a extinção do *direito*, mas da *ação judicial* que poderia ser movida para

\* Professor-orientador: Fabrício Veiga Costa.

<sup>1</sup> WALD, Arnoldo. *Curso de direito civil brasileiro: introdução e parte geral*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 192.

<sup>2</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 286.

<sup>3</sup> RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 318.

defendê-lo. Não obstante, o que ocorre na prática é a perda da eficácia do próprio direito, em virtude da insubsistência dos meios de obter-lhe satisfação.

Hodiernamente, ressalvadas raras exceções, não se cogita da inaplicabilidade da prescrição nas mais variadas relações jurídicas. Com efeito, este instituto se apresenta como elemento imprescindível para a estabilização das situações constituídas pelo decurso de determinado espaço de tempo. Conforme leciona Rodrigues<sup>4</sup>, há um interesse da sociedade - e não apenas do devedor - de que se estabeleça um clima de segurança e harmonia nas relações jurídicas, obstando que litígios sobre situações de há muito decorridas venham a interferir indefinidamente na ordem jurídica e na paz social.

Portanto, o fundamento da prescrição reside na necessidade de preservar-se a *segurança* das relações sociais. A propósito, cabe trazer à baila a doutrina de San Tiago Dantas, a qual foi reproduzida em parecer da lavra de Luís Roberto Barroso:

Esta influência do tempo, consumido do direito pela inércia do titular, serve a uma das finalidades supremas da ordem jurídica, que é estabelecer a segurança das relações sociais. Como passou muito tempo sem modificar-se o atual estado de coisas, não é justo que se continue a expor as pessoas à insegurança que o direito de reclamar mantém sobre todos, como uma espada de Dâmocles. A prescrição assegura que, daqui em diante, o inseguro é seguro; quem podia reclamar não mais pode.

De modo que o instituto da prescrição tem suas raízes numa das razões de ser da ordem jurídica: estabelecer a segurança nas relações sociais - fazer com que o homem possa saber com o que conta e com o que não conta<sup>5</sup>.

E é justamente em razão da existência do interesse da sociedade na conservação da segurança jurídica que se concebem as normas sobre prescrição como de ordem pública, insuscetíveis de alteração pelas partes de uma relação jurídica e passíveis de serem invocadas em qualquer grau de jurisdição, como, aliás, dispõem os arts. 192 e 193 do Código Civil de 2002<sup>6</sup>.

## 2.2 A prescritibilidade como regra geral no ordenamento jurídico brasileiro

Dentre os princípios informadores do ordenamento jurídico brasileiro, ressalta o da segurança jurídica pela sua grande importância para a vida social, já que ela se opera de maneira a resguardar os cidadãos de supervenientes alterações normativas e de garantir a estabilidade das situações já constituídas. José Afonso da Silva assevera que uma importante condição da segurança jurídica consiste na "relativa certeza de que os indivíduos têm de que as relações realizadas sob o império de uma norma devem perdurar ainda que tal norma seja substituída"<sup>7</sup>.

A despeito de não estar estampado em dispositivo específico da Constituição da República, não há dúvidas de que o princípio da segurança jurídica, por ser inerente ao Estado Democrático de Direito, integra o sistema constitucional<sup>8</sup>. Outrossim, é possível inferir a manifestação do indigitado princípio em vários institutos albergados no texto constitucional de 1988, a exemplo do

<sup>4</sup> RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 321.

<sup>5</sup> DANTAS, San Tiago. *Programas de direito civil*, Parte Geral, 1977, p. 397/8 *apud* BARROSO, Luís Roberto. A prescrição administrativa no direito brasileiro antes e depois da Lei nº 9.873/99. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. 1, nº 4, 2001. Disponível em <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 20 de junho de 2005, p. 3.

<sup>6</sup> "Art. 192. Os prazos de prescrição não podem ser alterados por acordo das partes."

"Art. 193. A prescrição pode ser alegada em qualquer grau de jurisdição pela parte a quem aproveita."

<sup>7</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 431.

<sup>8</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 112.

usucapião (arts. 183 e 191), da irretroatividade da lei (art. 5º, inc. XL), do direito adquirido (art. 5º, inc. XXXIV), da prescrição (art. 37, § 5º).

Notadamente em relação à prescrição, que compõe o objeto do presente estudo, verifica-se que a Constituição da República estabeleceu, nos incisos XLII e XLIV do seu art. 5º,<sup>9</sup> a imprescritibilidade para os crimes de racismo e para aqueles praticados por grupos armados contra a ordem constitucional e o Estado Democrático.

Sob nossa ótica, o fato de o texto constitucional ter-se limitado a infirmar a incidência da prescrição apenas nas duas hipóteses acima mencionadas faz presumir que a prescritibilidade, como regra, é admitida nas ações veiculadoras de outras condutas ilícitas, ainda que as condutas sejam de caráter grave, como são exemplo os crimes hediondos (art. 5º, inc. XLIII).

Nessa mesma linha interpretativa, colhe-se da lição de Geraldo de Camargo Vidigal:

A conduta do legislador constitucional, ao declarar expressamente a imprescritibilidade daquelas situações em que a ensejou, ao silenciar em hipóteses de crimes gravíssimos, intercaladas na declaração de princípios do art. 5º, patenteou haver a Constituição reconhecido a presença do princípio geral de Direito de que nasceu o instituto da prescrição.

Esse princípio geral é o que reclama a preservação da dignidade humana, afirmado no art. 1º da Constituição do Brasil: afronta as exigências da Ética possa alguém ser submetido a qualquer tempo, ao longo da vida, à exumação de possíveis faltas de um momento remoto do seu passado<sup>10</sup>.

Daí concluir-se, com fundamento no princípio da segurança das relações jurídicas e na existência de somente dois preceitos na Constituição de 1988 prevendo a imprescritibilidade, que o ordenamento constitucional vigente concebe a prescritibilidade das pretensões como regra geral. Essa, aliás, sempre foi a posição prevalente na doutrina e na jurisprudência, conforme bem explanado por Barroso<sup>11</sup>.

Portanto, assentado o entendimento de que a prescrição é a regra geral nas relações jurídicas - aí incluídas as de direito administrativo em que a Administração Pública pretende infligir sanções por ilícitos praticados por seus agentes<sup>12</sup> -, cabe adentrar pelo exame da prescrição nas ações de improbidade administrativa, o que será abordado no tópico seguinte.

### 3 A prescrição nas ações por ato de improbidade administrativa

Conquanto a Constituição da República de 1988 já tivesse trazido em seu bojo o preceito de punição dos agentes públicos que praticassem atos de improbidade administrativa, a norma do § 4º do art. 37<sup>13</sup> daquele texto só foi regulamentada após o advento da Lei nº 8.429/1992, que dividiu três classes de atos de improbidade e estipulou as respectivas sanções.

De igual sorte, a mencionada lei federal prestou-se também a regulamentar a norma do § 5º

<sup>9</sup> "XLII – a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei"

"XLIV – constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático".

<sup>10</sup> VIDIGAL, Geraldo de Camargo. Prescrição no Direito Administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 200, p. 301, abr./jun. 1995.

<sup>11</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.*, p. 4.

<sup>12</sup> VIDIGAL, Geraldo de Camargo. *Op. cit.*, p. 306.

<sup>13</sup> "Art. 37. (...)

§ 4º Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível."

<sup>14</sup>do art. 37 do texto constitucional, ao fixar em seu art. 23 os prazos prescricionais para a propositura das demandas cujo objetivo fosse a aplicação das sanções administrativas e pecuniárias aos agentes ímprobos.

Calha anotar que, antes da regulamentação implementada pela Lei nº 8.429/1992, houve quem entendesse que o *ius puniendi* do Estado seria imprescritível. Essa posição, em nossa ótica, não se mostrava correta, tendo em vista o que se disse alhures sobre o sistema jurídico brasileiro conceber a prescribibilidade das pretensões como regra geral. Assim, na ausência de lei federal geral sobre a prescrição das ações ajuizadas contra a prática dos ilícitos administrativos, cumpriria ao aplicador da lei valer-se das normas estatutárias da respectiva entidade federativa<sup>15</sup>.

Contudo, após a edição da Lei nº 8.429/1992, extirpou-se qualquer dúvida acerca da incidência da prescrição nas demandas propostas com fundamento na prática de atos de improbidade administrativa, pois elas tiveram o seu prazo prescricional expressamente estabelecido no art. 23 do referido diploma legal.

Antes, porém, de se proceder ao exame da aplicação deste dispositivo às situações concretas, é preciso identificar as diferentes sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa, uma vez que, conforme se verá mais adiante, a prescrição de algumas dessas pretensões punitivas não se subsume à generalidade tratada no mencionado artigo.

### 3.1 Sanções da Lei de Improbidade Administrativa

As sanções pela prática de ato de improbidade administrativa encontram-se disciplinadas no art. 12 da Lei nº 8.429/1992. Releva observar que, ao instituir as penalidades, o legislador louvou-se na classificação dos ilícitos prevista nos arts. 9º ao 11, fixando sanções específicas para cada espécie de ato de improbidade administrativa.

Assim, em relação aos atos que importam em enriquecimento ilícito (art. 9º), foram fixadas as sanções de

perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos (art. 12, inc. I).

Já no que tange aos atos causadores de prejuízo ao erário (art. 10), previram-se o

ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos (art. 12, inc. II).

Finalmente, os atos que atentam contra os princípios da Administração Pública (art. 11) são

---

<sup>14</sup> "§ 5º A lei estabelecerá prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento".

<sup>15</sup> CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. v.4. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 2.259.

punidos com

ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos (art. 12, inc. III).

Cabe ainda assinalar que as citadas sanções - algumas delas aplicáveis às três modalidades de atos de improbidade administrativa - podem ser divididas, conforme a natureza, em dois grupos: as de cunho pecuniário, nas quais se acham incluídos a perda de bens ou valores, o ressarcimento do dano e o pagamento de multa, e as de caráter tipicamente administrativo, que albergam as penas disciplinares, as proibitivas de contratação e vedatórias de recebimento de benefícios fiscais<sup>16</sup>.

Identificadas as penalidades estatuídas pela Lei nº 8.429/1992, há que se verificar como se opera o instituto da prescrição nas ações em que se busca a imposição dessas penas.

### 3.2 A aplicação da prescrição às pretensões punitivas

Como visto, o art. 23 da Lei nº 8.429/1992, ao regulamentar o § 5º do art. 37 da Constituição da República, passou a constituir a base normativa da prescrição das ações de improbidade. Transcreva-se o dispositivo da lei federal:

Art. 23. As ações destinadas a levar a efeitos as sanções previstas nesta lei podem ser propostas:  
I - até cinco anos após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança;  
II - dentro do prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, nos casos de exercício de cargo efetivo ou emprego.

É bem de ver que a norma em questão encerra duas hipóteses que versam sobre a limitação temporal para a propositura das demandas: a do inciso I, que fixa o prazo de cinco anos contado do fim do exercício do mandato ou do cargo de confiança, sem especificar quais as sanções se enquadrariam neste caso; e a do inciso II, que trata exclusivamente dos servidores efetivos punidos com a pena de demissão, remetendo para a lei da entidade federativa respectiva a disposição sobre o prazo prescricional.

Diante disso, a primeira constatação a que se chega é a de que, nas hipóteses de ilícitos perpetrados por servidores ocupantes de cargo ou emprego público, a pretensão de cominar a pena de demissão - correspondente à perda da função pública - está sujeita à prescrição disciplinada na legislação específica. Por conseguinte, o prazo prescricional para a Administração Pública federal veicular a sanção de perda do cargo nas ações de improbidade manejadas contra seus agentes é de cinco anos, *ex vi* do art. 142, inc. I, da Lei Federal nº 8.112/1990<sup>17</sup> (Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União, Autarquias e Fundações Públicas Federais), ao passo que, no âmbito do Estado de Minas Gerais, essa pretensão deve ser postulada no prazo de quatro anos, por força do art. 258 da Lei Estadual nº 869/1952<sup>18</sup> (Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de Minas Gerais).

Em razão de o inciso II do art. 23 da Lei nº 8.429/1992 referir-se apenas à hipótese de perda

<sup>16</sup> FERRAZ, Sérgio. Aspectos processuais na Lei sobre Improbidade Administrativa. *Improbidade Administrativa – questões polêmicas e atuais*. In BUENO, Cássio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende. (coord). São Paulo: Malheiros, 2003, p. 420.

<sup>17</sup> "Art. 142. A ação disciplinar prescreverá: I – em 5 (cinco) anos, quanto às infrações puníveis com demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade e destituição de cargo em comissão."

<sup>18</sup> "Art. 258 - As penas de repreensão, multa e suspensão prescrevem no prazo de dois anos e a de demissão, por abandono do cargo, no prazo de quatro anos."

do cargo, poder-se-ia dizer que todas as outras sanções previstas no art. 12 estariam submetidas à generalidade do inciso I do art. 23, ou seja, a pretensão de aplicá-las prescreveria no lapso temporal de cinco anos a partir do término do desempenho do mandato, cargo ou função.

Entretanto, a nosso aviso, não é esta a conclusão alcançada após a análise detida das normas constitucionais e infraconstitucionais que regem esse tema. Com efeito, há na jurisprudência uma celeuma em torno do significado e da abrangência do disposto na parte final do já citado § 5º do art. 37 do texto constitucional de 1988, cujo teor é o seguinte:

Art. 37 (...).

§ 5º A lei estabelecerá prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, *ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento*. (Grifos nossos.)

De fato, em oposição a uma corrente que, até mesmo pela literalidade da parte final deste artigo, considera imprescritíveis as ações de improbidade visando ao ressarcimento<sup>19</sup>, alguns precedentes jurisprudenciais do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais interpretaram essa norma como se a imprescritibilidade alcançasse somente as demandas ajuizadas regressivamente pela Administração Pública contra os agentes causadores de danos a terceiros<sup>20</sup>. Em consequência, segundo esta posição, as ações movidas com o intento de condenar o agente ímprobo a ressarcir o erário estariam sujeitas ao prazo prescricional previsto no art. 23, inc. I, da Lei nº 8.429/1992.

Com as vênias devidas, essa interpretação não nos afigura a mais correta. Já se afirmou anteriormente que o ordenamento jurídico brasileiro acolheu a prescritebilidade como regra geral, sendo a imprescritibilidade a exceção. Assim, a rigor, o constituinte não precisaria fazer constar, na primeira parte do § 5º do art. 37, que os ilícitos cometidos pelos agentes públicos estariam sujeitos aos prazos prescricionais estabelecidos na lei. Bastaria indicar a hipótese tida por imprescritível ("ações de ressarcimento"), que se chegaria ao mesmo resultado.

Contudo, ao explicitar a regra geral da prescritebilidade dos ilícitos no mesmo parágrafo que prevê a exceção ao instituto - fazendo-o, ainda, no item subsequente ao que trata da punição dos atos de improbidade administrativa (§ 4º do art. 37) -, parece-nos evidente que as ações de ressarcimento ali mencionadas correspondem àquelas ajuizadas com base na Lei nº 8.429/1992. Quisesse o legislador constitucional fazer referência somente às ações de regresso, poderia ter incluído a exceção à prescritebilidade no próprio § 6º do art. 37, ou, quando menos, no item que lhe fosse ulterior.

Ainda a respeito da parte final do § 5º do art. 37 do Texto Constitucional de 1988, observa-se que, embora com algumas críticas à exceção adotada pelo constituinte, respeitável base doutrinária interpretou a norma de modo a considerar imprescritível a pretensão de ressarcimento ao erário.

É o que se colhe da lição de Manoel Gonçalves Ferreira Filho<sup>21</sup>:

Parecem deduzir-se duas regras deste texto mal redigido. Uma, concernente à sanção pelo ilícito; outra, à reparação do prejuízo. Quanto ao primeiro aspecto, a norma 'chove no molhado': prevê que a lei fixe os respectivos prazos prescricionais. Quanto ao segundo, estabelece-se de forma

---

<sup>19</sup> TJMG, Apelação Cível nº 1.0137.04.911744-3/001, 2ª Câmara Cível, Rel. Des. Caetano Levi Lopes, j. em 12.04.2005, *DJ* de 06.05.2005; Apelação Cível nº 1.0000.00.305374-1/000, 3ª Câmara Cível, Rel. Des. Kildare Carvalho, j. em 26.06.2003, *DJ* de 22.08.2003.

<sup>20</sup> TJMG, Apelação Cível nº 1.0106.03.007467-3/001, 4ª Câmara Cível, Rel. Des. Moreira Diniz, j. em 11.11.2004, *DJ* de 07.12.2004; Embargos Infringentes nº 1.0000.00.237752-1/001, 4ª Câmara Cível, Rel. do acórdão Des. Almeida Melo, j. em 19.12.2002, *DJ* de 12.03.2003.

<sup>21</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. v. 1, 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 259.

tangente a imprescritibilidade das ações visando ao ressarcimento dos prejuízos causados.

A imprescritibilidade é sempre condenada pela doutrina, seja qual for seu campo; entretanto, a constituinte demonstrou por ela um entusiasmo perverso e vingativo (v. art. 5º, XLII e XLIV).

No mesmo diapasão é o magistério de Silva<sup>22</sup>, ao referir-se ao que ele denomina princípio da prescritibilidade dos ilícitos administrativos:

Vê-se, porém, que há uma ressalva ao princípio. Nem tudo prescreverá. Apenas a apuração e punição do ato ilícito, não, porém, o direito da Administração ao ressarcimento, à indenização, do prejuízo causado ao erário. É uma ressalva constitucional e, pois, inafastável, mas, por certo, destoante dos princípios jurídicos, que não socorrem quem fica inerte (*dormientibus non succurrit ius*). Deu-se assim à Administração inerte o prêmio da imprescritibilidade na hipótese considerada.

Portanto, em virtude da norma constitucional que ressalva a ação de ressarcimento da regra geral de extinção das pretensões punitivas, deduz-se que as ações de improbidade administrativa cujo objetivo seja o ressarcimento dos danos ao erário são *imprescritíveis*, não se sujeitando, pois, à generalidade estatuída no art. 23, inc. I, da Lei nº 8.429/1992. Nesse aspecto, conforme adverte José Adércio Leite Sampaio<sup>23</sup>, a lei federal viola a Constituição da República, por instituir a "prescritibilidade do imprescritível".

Pelo que se expôs até aqui, pode-se afirmar, em linhas gerais, que as demandas que colimam a aplicação das penas de *suspensão dos direitos políticos*, *pagamento de multa civil*, *proibição de contratar com o Poder Público e de receber benefícios ou incentivos fiscais* se submetem à prescrição de cinco anos prevista no art. 23, inc. I, da Lei nº 8.429/1992.

No respeitante à penalidade de perda da função pública, atribuída aos detentores de cargo efetivo ou de emprego, o limite temporal para o ajuizamento da ação será o previsto na legislação da entidade federativa a que pertence o agente, *ex vi* do art. 23, inc. II, da Lei de Improbidade Administrativa.

Já na hipótese das ações que buscam a imposição da pena de ressarcimento ao erário, podem elas ser propostas a qualquer tempo, em virtude de sua imprescritibilidade (parte final do § 5º do art. 37 da Constituição da República).

Um último ponto a ser abordado diz respeito ao termo inicial do prazo prescricional das ações de improbidade administrativa. Nesse particular, cumpre notar que, quando o agente-demandado tiver desempenhado cargo eletivo, ocupado cargo em comissão e exercido função de confiança, o prazo de prescrição conta-se a partir do término do mandato, da exoneração ou da dispensa. Por sua vez, se o agente que praticou o ato de improbidade for detentor de cargo efetivo ou de emprego público, o termo *a quo* da contagem do prazo prescricional é a data em que o fato se tornou conhecido. Nesta última hipótese, como bem asseverado por Ferraz<sup>24</sup>, é despidiendi "a ciência formal da parte de quem legitimado a deflagrar a ação, bastando a divulgação pública, inclusive pela mídia".

#### 4 Conclusão

Como visto, a adoção da prescritibilidade das pretensões como regra geral no ordenamento jurídico brasileiro conforma-se com o interesse da sociedade de preservar a segurança das relações, evitando a eternização de controvérsias em torno de situações cujos efeitos já se con-

<sup>22</sup> SILVA, José Afonso. *Op.cit.*, p. 654.

<sup>23</sup> SAMPAIO, José Adércio Leite. A probidade na era dos desencantos. Crise e propostas de restauração da integridade dogmática da Lei 8.429/92. In SAMPAIO, José Adércio Leite *et al* (coord.). *Improbidade administrativa: comemoração pelos 10 anos da Lei 8.429/92*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 170.

<sup>24</sup> FERRAZ, Sérgio. *Op. cit.*, p. 421.

cretizaram com o passar do tempo. No âmbito do Direito Público, por mais gravosa seja a lesão praticada contra a Administração Pública, o *ius puniendi* do Estado encontra estas barreiras temporais, ressalvadas, por óbvio, as exceções definidas no Texto Constitucional.

Daí a necessária submissão das pretensões punitivas fundadas em ilícitos praticados pelos agentes públicos aos prazos prescricionais, o que ficou robustecido após o advento da Lei nº 8.429/1992, a qual fixou os limites de tempo para a propositura das demandas que buscam impor aos agentes ímprobos as sanções nela previstas.

Contudo é fato que a generalidade da norma do art. 23 da Lei de Improbidade Administrativa deve ser aplicada com cautela nos casos concretos, observando as ressalvas previstas nas normas constitucionais, de que é exemplo a imprescritibilidade das ações de improbidade cujo objetivo seja o ressarcimento ao erário.

## 5 Referências bibliográficas

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. A prescrição administrativa no direito brasileiro antes e depois da Lei nº 9.873/99. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, n. 4, 2001. Disponível em <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 20 de junho de 2005.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. v. 4. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

DANTAS, San Tiago. *Programas de Direito Civil*. Parte Geral, 1977.

FERRAZ, Sérgio. Aspectos processuais na Lei sobre Improbidade Administrativa. In BUENO, Cássio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (coord). *Improbidade administrativa - questões polêmicas e atuais*. São Paulo: Malheiros, 2003.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. 3. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2000.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

SAMPAIO, José Adércio Leite. A probidade na era dos desencantos. Crise e propostas de restauração da integridade dogmática da Lei 8.429/92. In SAMPAIO, José Adércio Leite *et al* (coord.). *Improbidade administrativa: comemoração pelos 10 anos da Lei 8.429/92*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

VIDIGAL, Geraldo de Camargo. Prescrição no Direito Administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 200, p. 299-308, abr./jun. de 1996.

WALD, Arnaldo. *Curso de direito civil brasileiro: introdução e parte geral*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

*1 Introdução. 2 Ponderação de princípios. 2.1 Abordagem positivista. 2.2 Os princípios vistos sob diferentes paradigmas. 2.3 O entendimento do Supremo Tribunal Federal: diferentes abordagens. 3 Conclusões. 4 Referências bibliográficas.*

## **1 Introdução**

Este trabalho tem como ponto categórico a abordagem da interpretação e a conseqüente evolução do Supremo Tribunal Federal no que tange à questão da hermenêutica e da ponderação de princípios constitucionais e direitos fundamentais.

É também objetivo do presente texto analisar as atribuições do magistrado, em especial sob o enfoque do Direito e da Interpretação, delimitando-se o objeto de análise na temática envolvida a Hermenêutica Constitucional Discursivo-Democrática.

O Direito, visto como ciência em constante evolução, permite, invariavelmente, discussões acerca de diferentes interpretações que, eventualmente, surgirão em cada caso concreto. Nas palavras de Eduardo Bittar (2001:479):

é da essência das construções jurídicas a diversidade de abordagens acerca de uma única temática; diz-se freqüentemente serem múltiplas as interpretações de um mesmo fenômeno.

## **2 Ponderação de princípios**

### **2.1 Abordagem positivista**

Hans Kelsen, através de sua teoria, buscou elevar o Direito ao grau de ciência, buscando esta-belecê-lo, contudo, de forma pura, isto é, alheio a qualquer influência social, política ou moral, aproximando assim, o Direito das chamadas ciências duras.

No entanto, importa ressaltar que, ao contrário do que se possa conceber, a doutrina positivista não prega o completo distanciamento entre o Direito e a moral. Tem-se que a idéia de uma teoria pura do Direito, na concepção kelseniana, implica um ordenamento jurídico que se abstenha de sofrer qualquer interferência de fatores externos à lei, e indiferente, portanto, a considerações acerca da imoralidade ou moralidade, justiça ou injustiça de uma determinada disposição legal.

Contudo, no que tange à ponderação de valores, especificamente, essa idéia não se baseia em critérios racionais, científicos, sendo impossível decidir de modo racional-científico entre dois juízos de valores em que se fundamentam questões contraditórias, o que soluciona o conflito é nosso sentimento, nossa vontade, e não nossa razão.

Assim, a ponderação de valores decorreria do arbítrio, de critérios subjetivos válidos somente para o sujeito que julga, razão pela qual estará sujeita a variações de acordo com aquele que

---

\* Graduada pela Faculdade de Direito Milton Campos. Assessora do Juízo da Primeira Vara de Tóxicos da Capital.

julgará o caso concreto, havendo, portanto, sempre o caráter de juízo de valor subjetivo e, logo, relativo. Dessa feita, não obstante figurar como característica básica do conhecimento científico seu caráter objetivo, o choque entre princípios não seria solucionado de maneira puramente sistêmica.

## 2.2 Os princípios vistos sob diferentes paradigmas

Tem-se, hoje, que o Direito é o resultado de um conjunto de princípios, regras e institutos voltados a organizar situações, possui, em suma, um caráter fundamentalmente finalístico, visando, sempre, realizar metas e fins. Ocorre que, no contexto atual, os princípios possuem um papel de grande destaque, já estando, inquestionavelmente, inseridos na estrutura do ordenamento jurídico.

Cumprir destacar que, ao longo da evolução da Teoria Geral do Direito, existiram três concepções acerca da natureza e conceito dos princípios. A primeira delas, liderada por Del Vecchio e Bobbio, defendia os princípios como sendo normas gerais ou generalíssimas de um sistema. Já a segunda, encabeçada por Robert Alexy, entende que os princípios não se aplicam integral e plenamente em qualquer situação, sendo identificados, pelo autor, como "mandamentos de otimização". Por fim, a terceira, guiada por Ronald Dworkin, Jürgen Habermas e Klaus Günther, identifica os princípios como normas jurídicas cujas circunstâncias de aplicação não são predeterminadas. Ressalte-se que, em meio às críticas recebidas por todas essas teorias, atualmente, os princípios, já inseridos no ordenamento, são construídos e aplicados ao caso concreto.

Ao longo de toda a Modernidade, pode-se observar que os princípios foram vistos sob enfoques diferentes, considerando aqui o conceito de paradigma como a forma com que se enxerga a realidade num dado momento.

No Estado Liberal, o Direito é visto como um conjunto de normas que delimitam a atividade humana, reduzindo, assim, a atividade do juiz à interpretação mecânica.

Com a ruptura do Estado Liberal, passou-se ao chamado Estado Social, em que fica a cargo do Estado garantir as finalidades sociais, sendo um pouco ampliada a atividade do magistrado, que deve não só aplicar as leis, como também buscar as suas finalidades. Surgem, nessa fase, alguns princípios, porém não são tidos como normas jurídicas.

Em meados de 1970, com a ruptura do Estado do Bem-Estar Social, surge o paradigma constitucional do Estado Democrático de Direito, tendo como característica um Direito pluralista, participativo e ainda, construído por uma sociedade com diferentes anseios. Nesse contexto, destaca-se a força normativa dos princípios, e a atividade do juiz se mostra ampliada, devendo este posicionar-se perante o texto jurídico e a realidade fática.

Segundo Marcelo Campos Galuppo (1999: 205):

A concorrência entre os princípios constitucionais revela uma característica fundamental da sociedade em que existe um Estado Democrático de Direito: não é possível hierarquizar os princípios constitucionais porque são, todos eles, igualmente valiosos para a auto-identificação de uma sociedade pluralista. É o conjunto deles, e não um ou outro, que revela quem somos e quem queremos ser. A concorrência dos princípios deriva do fato de que nossa identidade é uma identidade pluralista.

A figura do juiz, nesse momento, é destacada, na medida em que cabe àquele que está decidindo buscar a composição da enormidade de situações conflitantes que surgem.

Por fim, procura-se fazer uma diferenciação entre as regras jurídicas e os princípios tidos como espécies do gênero normas jurídicas.

Os princípios são normas jurídicas mais amplas, não devem ser aplicados integral e plenamente a todas as situações, são razões *prima facie*, possuindo solução tão-somente no caso concreto.

Já as regras jurídicas são normas que devem ser cumpridas ou não, possuindo seu grau de aplicação no âmbito abstrato. Assim, quando duas regras são conflitantes, ou se insere uma cláusula interpretativa ou uma delas será revogada, já que duas regras em conflito não podem subsistir.

Os princípios, ao contrário, quando conflitantes, jamais deixarão de existir, ambos, sendo que um deles deverá ceder ao outro. Nasce, nesse momento, a *Ponderação de Princípios*, tida como a necessidade de estabelecer qual dos interesses conflitantes, no mesmo nível, possui maior peso no caso concreto.

### 2.3 O entendimento do Supremo Tribunal Federal: diferentes abordagens

Tem-se que, quando ocorre tensão entre dois princípios reconhecidos pelo ordenamento constitucional vigente, o de menor peso, segundo as circunstâncias e condições particulares do caso concreto, cede aplicabilidade ao de maior valor. Busca-se, pela máxima da ponderação, avaliar, ante as condições do caso, qual valor detém maior peso, em razão do que deverá prevalecer naquela ocasião.

Pode-se afirmar que a ponderação de princípios é tarefa das mais árduas e significativas à manutenção de uma ordem constitucional coesa.

Há decisões do STF que resolvem questão de conflitos entre princípios, e, para tanto, foi aplicada a ponderação de valores, restando um princípio constitucional afastado pela aplicação de outro.

Decisão especial, que merece destaque, deu-se em sede de habeas corpus<sup>1</sup>, quando se discutiu o conflito entre o direito de um filho em conhecer seu pai biológico e o direito do suposto pai em não ser compelido à coleta de sangue necessária à realização do exame.

Após a Segunda Vara de Família e Sucessões da Comarca de Porto Alegre determinar a realização do aludido exame e a decisão ter sido confirmada pelo eg. TJRS, o suposto pai impetrou ordem de *habeas corpus* perante o Supremo Tribunal Federal - STF, já que se encontrava na iminência de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção.

Em decisão proferida pelo Pleno daquele Tribunal Superior, por cinco votos contra quatro, decidiu-se pela inconstitucionalidade da decisão judicial, que determinou a coleta de sangue do indigitado pai contra sua vontade, por afronta aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da intimidade e da intangibilidade do corpo humano, princípios que preponderaram, segundo o STF, sobre o direito da criança de conhecer seu verdadeiro pai.

A discussão essencial do presente julgamento concentrou-se na ponderação entre o direito da criança à sua real identidade, e não apenas presumida, e do suposto pai à sua intangibilidade física.

Os votos minoritários seguiram no sentido de que o direito elementar que tem a pessoa de conhecer sua origem genética, e não apenas à paternidade fundada em uma presunção processual, parece ter maior peso. É indiscutível que ambos são direitos tuteláveis, mas o primeiro prepondera sobre o segundo, dadas as condições do caso concreto.

<sup>1</sup> Acórdão em HC nº 71.373-RS, julgado pelo Pleno do STF em 10.11.94, DJU de 22.11.96.

A intangibilidade do corpo humano é passível de restrições, como, por exemplo, no caso da determinação estatal de vacinação forçada para controlar doenças de proporções epidêmicas, sendo que, nesse caso, está se resguardando princípio constitucional de maior peso, qual seja, a saúde da coletividade.

Contudo, há inúmeras razões que levam a adotar o princípio da não-auto-incriminação diante da compulsoriedade do exame de DNA, como, por exemplo, a aplicação do direito de não produzir provas contra si mesmo. Nesse sentido, Antônio Magalhães, citado por Alexandre de Moraes (2000:136), lembra que:

as intromissões na vida familiar não se justificam pelo interesse da obtenção de prova, pois, da mesma forma do que sucede em relação aos segredos profissionais, deve ser igualmente reconhecida a função social e uma vivência conjugal e familiar à margem de restrições e intromissões.

Outro caso acerca do qual penderam discussões foi o julgado pela Suprema Corte Brasileira em sede de Reclamação, ajuizada pela, popularmente, conhecida Glória Trevi<sup>2</sup>.

A aludida reclamação foi ajuizada contra decisão do juízo da 10ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, que havia autorizado a coleta da placenta da extraditanda grávida, para realização de exame de DNA, para instruir inquérito policial iniciado com o intuito de investigar questões acerca de sua gravidez, haja vista acusações feitas pela cantora contra agentes da Polícia Federal, responsáveis por sua custódia.

O STF deferiu a realização do exame referido, ao argumento de que, ante a ponderação de valores constitucionais contrapostos, quais sejam, o direito à intimidade e à vida privada da cantora em face do direito à honra e à imagem dos servidores da Polícia Federal, supostamente envolvidos, bem como da própria instituição, deveriam prevalecer os últimos, em homenagem ao princípio constitucional da verdade real, alegando, ainda, que, *in casu*, não haveria invasão à integridade física da extraditanda ou de seu filho, já que o exame seria realizado através de sua placenta.

A crítica apresentada a essa decisão do Tribunal Superior foi no sentido de que houve uma maximização de um princípio em contrapartida à minimização de outro, não excepcionando a utilização de um perante o outro, tendo essa decisão um caráter político, ensejador de inseguranças.

### 3 Conclusões

A força normativa da Constituição depende diretamente da existência de princípios constitucionais que tenham lastro no corpo social, sendo certo que a Constituição será sempre mais efetiva e vivificada na sociedade à medida que for maior a interação dos princípios com as aspirações sociais.

Nesse sentido, inquestionável é a relevância da discussão que tem por objeto a normatividade dos princípios constitucionais. O reconhecimento de seu caráter normativo equivale a reconhecer a força jurídica da Constituição.

Verdadeiramente, tem-se que o processo de criação do Direito está sempre acompanhado pela atividade da interpretação, sendo que, diante de um Direito pluralista, participativo e constituído por uma sociedade de interesses diversos, a atividade do juiz passou por um grande alargamento, cabendo-lhe não mais uma atividade estritamente literal, mas, muito além, deve o juiz posicionar-se perante as regras jurídicas e os elementos fáticos.

Destaca-se, assim, o posicionamento do magistrado pautado na Hermenêutica Constitucional

---

<sup>2</sup> Reclamação nº 2.040, julgada em 21.02.02.

Discursivo-Democrática para analisar as questões acerca do caso concreto, devendo, sempre, buscar uma interpretação construtiva e cumprir, desse modo, a inteireza de sua função.

Não há, na atualidade, que se questionar acerca da força normativa dos princípios, fazendo-se firmar o Direito como o resultado da conexão entre eles e as regras para, assim, satisfazer a realidade jurídica.

Sabedores de que, efetivamente, a atividade interpretativa faz parte do Direito como um todo, deve-se ter em mente que, apesar da subjetividade concernente a ela, a interpretação tida pelo aplicador do Direito encontra limites, apresentando-se estes no próprio ordenamento por meio do princípio da legalidade. É nesse ponto que se encontra a dificuldade e a seriedade da máxima da ponderação de princípios, devendo sempre, na atividade do magistrado, preponderar um senso de adequabilidade normativa e, sobretudo, uma interpretação fundamentada, evitando-se, assim, decisões imperativas, que acarretam o desprestígio do Judiciário.

#### 4 Referências bibliográficas

BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. São Paulo: Malheiros, 1999.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. *Revista de Direito Comparado*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999.

DELGADO, Maurício Godinho. Princípios de direito - Clássicos novos papéis. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*. Belo Horizonte: 2001.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GALUPPO, Marcelo Campos. Os princípios jurídicos no Estado Democrático de Direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação. *Revista de Informação Legislativa*, 1999.

MORAIS, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. Teoria Geral. Comentários aos artigos 1º e 5º da CF/88. São Paulo: Atlas, 2000.

MATTOS, Ana Letícia Queiroga de. *Apontamentos críticos à ponderação de valores adotada pelo Supremo Tribunal Federal*. O Supremo Tribunal Federal Revisitado - O ano judiciário de 2002. Belo Horizonte: Mandamentos.

-:--



*Sumário: 1 Introdução. 2 Controle de constitucionalidade. 3 Artigo 27 da Lei nº 9.868, de 10.11.1999. 4 A limitação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade no controle concentrado - análise crítica. 5 Considerações finais. 6 Referências bibliográficas.*

## **1 Introdução**

Este trabalho apresenta uma visão crítica acerca da repercussão da declaração de inconstitucionalidade de lei ou norma através do controle de constitucionalidade concentrado, exercido pelo Supremo Tribunal Federal, e a viabilidade e legalidade da efetiva aplicação do preceito do artigo 27 da Lei nº 9.868/1999, que limita os efeitos da aludida declaração.

Demonstra que a nova técnica procedimental que possibilita a limitação da declaração de inconstitucionalidade é fruto das próprias necessidades vislumbradas no sistema de controle de constitucionalidade, de característica mista e grande complexidade, adotado por nosso País.

Conclui, considerando a constitucionalidade do artigo 27 da Lei 9.868/1999, porém alertando para a prudência na sua aplicação sob pena de desvirtuamento de sua função, qual seja, evitar que a sociedade enfrente conseqüências nocivas em virtude de uma declaração de inconstitucionalidade.

O controle de constitucionalidade é inegavelmente uma garantia da supremacia constitucional. Todavia, como em regra acontece, nada pode ser concebido de forma inflexível, imutável, sob pena de se afastar de seus objetivos iniciais e acabar por se transformar em instrumento que apresente entraves a sua efetivação ou trazer conseqüências nocivas a um sistema complexo. Exatamente em virtude da complexidade das relações não apenas jurídicas, mas sociais de forma genérica, não se pode descuidar das possíveis repercussões de uma declaração de inconstitucionalidade, o que torna sempre atual a discussão acerca da possibilidade de sua limitação pelo Supremo.

Este artigo pretende, portanto, adentrar no âmbito da jurisdição constitucional e discutir não apenas as possíveis conseqüências de uma declaração de inconstitucionalidade através de nossa Corte Suprema, como também analisar o intuito do legislador ao prever a limitação dos efeitos do controle de constitucionalidade e sua importância em nosso ordenamento jurídico.

Abordou-se inicialmente o controle de constitucionalidade como um todo, incluindo breve histórico, com vistas a esclarecer pontos que serão apreciados com maior profundidade nos tópicos seguintes.

Buscou-se, então, adentrar na análise específica do artigo 27 da Lei 9.868, de 10.11.1999, apreciando criticamente os efeitos inovadores do comando nele inserido. Discutiram-se seu alcance e as críticas existentes acerca de sua constitucionalidade.

Enfim, demonstrou-se que a disposição do artigo 27 da Lei 9.868/1999 é simples fruto das

---

\* Assessora Judiciária III do TJMG, graduada pela PUC Minas no ano 2000 e especialista em Direito Público pelo Instituto de Educação Continuada da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. E-mail:michelemoreira@hotmail.com

próprias necessidades vislumbradas no sistema de controle de constitucionalidade, de característica mista e grande complexidade, adotado pelo Brasil, concluindo que a limitação precedida de rigorosa ponderação entre os princípios da nulidade, da segurança jurídica e do interesse social deve ser aplicada àqueles casos em que a declaração da inconstitucionalidade traga efeitos ainda mais díspares dos ditames constitucionais.

## 2 Controle de constitucionalidade

Antes de iniciar a análise crítica acerca da disposição do artigo 27 da Lei 9.868/1999, cumpre pequena digressão a respeito da sistemática que norteia nosso sistema de controle de constitucionalidade das leis e normas, com breve aceno histórico.

Historicamente, a jurisdição constitucional pode ser dividida em dois sistemas basilares: sistema norte-americano e sistema europeu.

O sistema norte-americano surgiu com o constitucionalismo, movimento político-jurídico advindo da promulgação da Constituição Americana, de 17.09.1787. Formalmente, teve seu primeiro ato na decisão do *Chief Justice, J. Marshall no caso William Marbury v. James Madison*, de fevereiro de 1803. Segundo Marshall, a Constituição escrita é instrumento do constituinte para lembrar aos legisladores ordinários e aplicadores do direito que os Poderes são limitados. Através da sentença proferida no mencionado caso, Marshall reconhece o princípio do controle judiciário da constitucionalidade das leis, sem conferir efeitos práticos imediatos à declaração de inconstitucionalidade.

Evoluindo o raciocínio originalmente apresentado por Marshall, doutrina e jurisprudência deram contornos fundamentais e determinaram requisitos para o exercício do *judicial control*.

Em síntese, restou consolidado que o controle de constitucionalidade pelo sistema norte-americano somente se dá na apreciação de cada caso, separadamente, ao passo que a Corte Federal apenas toma conhecimento da constitucionalidade de uma lei quando tal apreciação lhe é requerida por reclamantes cujos direitos e interesses se encontram envolvidos. Caso haja o reconhecimento da inconstitucionalidade, a norma não é anulada, mas, tão-somente, não é aplicada no caso analisado.

Cappelletti esclarece os fundamentos do sistema difuso (norte-americano):

[...] Raciocina-se, em última análise, deste modo: a função de todos os juízes é a de interpretar as leis, a fim de aplicá-las aos casos concretos de vez em vez submetidos a seu julgamento; uma das regras mais óbvias da interpretação das leis é aquela segundo a qual, quando duas disposições legislativas estejam em contraste entre si, o juiz deve aplicar a prevalente; tratando-se de disposições de igual força normativa, a prevalente será indicada pelos usuais, tradicionais critérios *lex posterior derogat legi priori, lex specialis derogat legi generali*, etc.; mas, evidentemente, estes critérios não valem mais - e vale, ao contrário, em seu lugar, o óbvio critério *lex superior derogat legi inferiori* - quando o contraste seja entre disposições de diversa força normativa: a norma constitucional, quando a Constituição seja 'rígida' e não 'flexível', prevalece sempre sobre a norma ordinária contrastante, do mesmo modo como a lei ordinária prevalece, na Itália assim como França, sobre o regulamento, ou seja, na terminologia alemã, as *Gesetze* prevalecem sobre as *Verordnungen*. [...] Logo, conclui-se que qualquer juiz, encontrando-se no dever de decidir um caso em que seja 'relevante' uma norma legislativa ordinária contrastante com a norma constitucional, deve não aplicar a primeira e aplicar, ao invés, a segunda (CAPPELLETTI, 1984: 75-76).

O sistema europeu, concentrado ou austríaco, foi posto em prática pela Constituição Austríaca de 1º de outubro de 1920, elaborada com base em projeto de Hans Kelsen e colocada de novo em vigor na Áustria no texto da Emenda de 1929. Contemporaneamente, o aludido sis-

tema foi adotado, a título de exemplo, na Tchecoslováquia, na Espanha, na Itália, na Alemanha.

Na concepção de Hans Kelsen, a ordenação jurídica por zonas normativas e escalonadas leva à necessária dependência entre todas as normas do ordenamento jurídico e a Constituição, como norma fundamental e referência obrigatória à atividade legislativa ordinária. Assim, deve ser repelida a norma que contrariar o mandamento constitucional.

Nesse sistema de controle, concentra-se em um único órgão judiciário, idealizado e criado propositalmente para esta função, a análise acerca da constitucionalidade das normas. Para seus adeptos, a inconstitucionalidade de uma norma equivale a sua invalidade e, portanto, não pode ser declarada pelo juiz, pois este tem a função de interpretar e aplicar o direito ao caso concreto, porém, o direito válido (assim entendido como aquele de acordo com a Constituição).

Hans Kelsen, citado por Alexandre de Moraes, justifica a escolha de um único órgão controlador:

[...] se a Constituição conferisse a toda e qualquer pessoa competência para decidir esta questão, dificilmente poderia surgir uma lei que vinculasse os súditos do Direito e os órgãos jurídicos. Devendo evitar-se uma tal situação, a Constituição apenas pode conferir competência para tal a um determinado órgão jurídico. [...] se o controle da constitucionalidade das leis é reservado a um único tribunal, este pode deter competência para anular a validade da lei reconhecida como inconstitucional não só em relação a um caso concreto mas em relação a todos os casos a que a lei se refira - quer dizer, para anular a lei como tal. Até esse momento, porém, a lei é válida e deve ser aplicada por todos os órgãos aplicadores do Direito (KELSEN, 1985:288-290).

Delineadas as características dos dois sistemas acima aludidos, entende-se que as raízes do controle de constitucionalidade do Brasil podem ser encontradas no sistema norte-americano, contudo ele não se manteve adstrito ao controle difuso, evoluindo para um sistema misto que concilia a via difusa de defesa com o controle concentrado, inovando com a Constituição de 1988 ao assegurar ao Supremo Tribunal Federal, de forma precípua, a função de guarda da Constituição.

Nossa Constituição de 1988 pode ser classificada como escrita, rígida, analítica, formal e normativa. Tais características pedem um efetivo controle, segundo o qual, formal e materialmente, uma lei ou ato normativo deve-se encontrar compatível com as disposições constitucionais, não apenas visando à supremacia da Constituição sobre as demais normas do ordenamento jurídico, mas também à proteção dos direitos e garantias fundamentais.

Os requisitos formais a serem observados dizem respeito às normas constitucionais de processo legislativo, podendo ser subjetivos, quando referentes à titularidade da iniciativa do processo legislativo em determinado assunto, ou objetivos, quando relativos às fases constitutiva e complementar do aludido processo.

Os requisitos materiais configuram a verdadeira compatibilidade do objeto da lei ou ato normativo com a Constituição da República.

Resumidamente, as espécies de controle de constitucionalidade, sob a ótica da Constituição de 1988, podem ser classificadas de acordo: com o momento de sua realização (controle preventivo ou repressivo) ou com o órgão controlador (político, jurídico ou misto).

O controle preventivo ocorre antes mesmo que uma lei ou ato normativo eventualmente viciados entre no ordenamento jurídico; em regra, é realizado pelos Poderes Legislativo e Executivo.

No controle repressivo, a lei ou ato já faz parte do ordenamento jurídico e deve ser retirado, visto que dissonante do texto constitucional, e sua efetivação é feita pelo Judiciário.

O controle político ocorre em Estados nos quais o órgão controlador é distinto dos demais Poderes do Estado, o que não ocorre no Brasil, visto que adotado o controle jurídico, pelo qual a tarefa do controle é deixada ao Judiciário. Mas há também o controle misto, no qual o controle de certas leis e atos é confiado ao controle político e outras ao Judiciário.

O controle repressivo de constitucionalidade exercido em nosso País pode ser dividido em reservado ou concentrado e difuso ou aberto, excepcionadas as hipóteses de controle preventivo realizado pelo Poder Legislativo (artigos 49, inciso V, e 62 da CF/88).

O controle difuso se configura na permissão de todo e qualquer juiz ou tribunal analisar a questão relativa à constitucionalidade da norma, no deslinde de um caso concreto. Nessa oportunidade a declaração de eventual inconstitucionalidade está vinculada à resolução da questão de mérito a ser analisada, em caráter preliminar. Mesmo que reconhecida a incompatibilidade da lei ou ato normativo com a Constituição, os efeitos se restringem aos litigantes, não se estendendo a terceiros. A não-aplicação da norma inconstitucional no caso a ser solucionado não é uma faculdade concedida ao julgador. É um dever, porém não acarreta a anulação do ato, mas tão-somente seu desfazimento, desde a origem (*ex tunc*), somente no que se refere às partes.

Ainda quanto ao controle difuso, há que se observar o disposto no artigo 52, X, da CF/88 (incidental), cuja disposição estabelece que cumpre privativamente ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. Nesse caso, o Supremo Tribunal Federal - STF, decidindo um caso concreto e, incidentalmente, concluindo definitivamente pela inconstitucionalidade de uma norma, poderá oficiar o Senado Federal, observadas as formalidades, para que através de uma resolução suspenda os efeitos da aludida norma. Majoritariamente, entende-se que a atribuição prevista no artigo 52, X, da CF/88 é discricionária. Caso haja a referida suspensão, os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, excepcionalmente, serão estendidos a terceiros, porém sem eficácia retroativa (*ex nunc*).

Sob outro norte, no controle concentrado, a constatação e a conseqüente declaração da inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo independem da existência de um caso concreto. O objeto principal, neste caso, é a declaração de inconstitucionalidade da lei em tese (controle abstrato), visando à garantia das relações jurídicas, sob os moldes adotados nas cortes constitucionais européias.

A Constituição Federal contemplou como espécies de controle concentrado a ação direta de inconstitucionalidade genérica (art. 102, I, a, CF); a ação direta de inconstitucionalidade interventiva (art. 36, III, CF); a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º, CF) e a ação declaratória de constitucionalidade (art. 102, I, a, segunda parte, CF).

Interessa aqui delongar a respeito da ação declaratória de constitucionalidade e da ação direta de inconstitucionalidade genérica (ADIN).

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão visa suprir a ausência de medida que torne efetiva norma constitucional e, conseqüentemente, conferir plena eficácia a cada norma da Constituição que dependa de complementação através de normas infraconstitucionais. A inconstitucionalidade se verifica ao passo que em algumas normas, como as denominadas de eficácia limitada, o constituinte atribui ao legislador ordinário (ou órgão administrativo) a obrigação de criação de norma complementar, e este ignora o comando. A legitimidade para a propositura é concorrente (artigo 103, incisos I-IX, da CF). Concluindo pela inconstitucionalidade por omis-

são, o STF dará ciência ao Poder competente para a adoção das medidas necessárias, nos termos do artigo 103, § 2º, da CF.

A ação direta de inconstitucionalidade interventiva baseia-se na excepcional possibilidade de intervenção federal da União nos Estados, especificamente na defesa da observância dos princípios constitucionais previstos nas alíneas do inciso VII do artigo 34 da CF. Dessa forma, o controle concentrado por via de ação interventiva será efetuado quando qualquer lei ou ato normativo do Poder Público, no exercício de sua competência constitucional, afetar um dos aludidos princípios. Nesse caso, a legitimação é exclusiva do Procurador-Geral da República. Após o trânsito em julgado da ação que declarou a inconstitucionalidade, o STF comunicará à autoridade interessada como ao Presidente da República para que tomem as providências necessárias.

A ação declaratória de constitucionalidade (ADC) é prevista na segunda parte da alínea a do inciso I do artigo 102 da CF/88, em virtude de alteração determinada pela EC nº 3/1993. Possui como principal finalidade transformar a presunção relativa de constitucionalidade de determinada norma em presunção absoluta. A CF/88 prevê apenas ao STF a competência para apreciar e julgar a aludida ação. Sob esse norte, não existem controvérsias quanto à possibilidade da aludida declaração em âmbito nacional, porém, em âmbito estadual, a questão é ainda bastante polêmica, uma vez que não há previsão constitucional expressa. Sua legitimação está prevista no § 4º do artigo 103 da CF. Para que seja objeto da ação declaratória de constitucionalidade, a questão deve apresentar verdadeira controvérsia judicial acerca da validade de determinada norma em relação ao texto constitucional. O procedimento a ser observado está disposto na Lei nº 9.868/1999. Os efeitos serão retroativos (*ex tunc*) e atingirão a generalidade (*erga omnes*), sendo possível que o Supremo decida pela constitucionalidade da norma desde que interpretada conforme a Constituição (maneira especificada na decisão). Ressalta-se que a regra referente aos efeitos pode sofrer alterações em decorrência da limitação prevista na Lei 9.868/1999.

Enfim, a ação direta de inconstitucionalidade genérica (ADIN) tem como objeto principal a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal, estadual ou distrital (no exercício de competência equivalente à dos Estados-membros), que esteja em vigor e seja posterior à promulgação da CF/88. O órgão competente, por determinação constitucional expressa, é o Supremo Tribunal Federal. Aos Tribunais de Justiça estaduais compete o controle relativo às leis ou atos normativos municipais ou estaduais contrários às Constituições Estaduais. A legitimidade para a propositura da aludida ação é concorrente, não se restringindo ao Procurador-Geral da República (artigo 103, incisos I-IX, da CF), mas sendo exigida a pertinência temática a alguns dos legitimados. Como a finalidade da ação é a retirada do mundo jurídico da norma viciada, não é suscetível de desistência, nem autoriza outra resolução senão aquela restrita à pretensão. A concessão de medida cautelar é prevista (art. 102, I, p, da CF) e possível, desde que provado o perigo de lesão irreparável. Não há se falar em prescrição ou decadência.

Na ADIN, declarada inconstitucional lei ou ato normativo, seus efeitos serão retroativos (*ex tunc*) e atingirão a generalidade (*erga omnes*). Não só o ato declarado inconstitucional como todas as suas conseqüências serão decretados absolutamente nulos e, portanto, destituídos de qualquer eficácia jurídica desde o seu nascedouro. Aqui vale salientar que, de forma semelhante à ação declaratória de constitucionalidade, esta é a regra, sendo que há a exceção vislumbrada no artigo 27 da Lei 9.868/1999, objeto de nosso trabalho.

Além de todo o exposto, é importante que o controle de constitucionalidade misto, cotidianamente adotado, abrangendo todas as espécies concernentes ao controle difuso e ao controle concentrado, não seja visto e compreendido tão-somente sob uma ótica técnico-jurídica, mas sim analisado sistematicamente com os princípios e ideais do Estado Democrático de Direito, concepção de Estado adotada por nossa Constituição de 1988, em seu artigo primeiro.

Leonardo Greco, referindo-se à função do controle de constitucionalidade, elucida:

O controle da constitucionalidade das leis serve aos direitos fundamentais. A organização dos poderes, o federalismo, o sistema partidário e eleitoral, a Constituição Econômica, o sistema tributário, todos servem à realização dos valores humanitários almejados pela Constituição. [...] Por isso, das decisões sobre a constitucionalidade das leis não podem decorrer violações a direitos fundamentais, pois isso representaria o desvirtuamento da função primordial do próprio controle. A própria Corte Constitucional, para evitar vazios legislativos ou incertezas, pode modular os efeitos das suas decisões, como permite entre nós o artigo 27 da Lei 9.868/99. Mas, se ela não o fizer, os próprios juízos ordinários devem fazê-lo, pois também eles são guardiões dos direitos fundamentais (GRECO, 2002:10).

Entretanto, conquanto se concorde com o cerne da transcrição acima, não se pode concluir da mesma forma quanto à extensão da limitação expressamente prevista na Lei n. 9.868/99, para o controle concentrado, também ao controle difuso (salvo o incidental), norma esta detidamente analisada no tópico seguinte.

### **3 Artigo 27 da Lei nº 9.868, de 10.11.1999**

A Lei 9.868, de 10.11.1999, consoante dispõe seu artigo primeiro, dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

Gilmar Ferreira Mendes, atual Ministro do STF, Doutor em Direito pela Universidade de Münster, República Federal da Alemanha - RFA (1990), com a dissertação *Die abstrakte Normenkontrolle vor dem Bundesverfassungsgericht und vor dem brasilianischen Supremo Tribunal Federal*, publicada na série *Schriften zum Öffentlichen Recht*, da Editora Duncker & Humblot, Berlim, 1991, cuja tradução para o português foi publicada sob o título *Jurisdição Constitucional*, Saraiva, 1996, foi membro da comissão que elaborou o anteprojeto que resultou na Lei nº 9.868/1999. Já em sua dissertação alertava para a tendência do Supremo Tribunal Federal em flexibilizar o princípio da nulidade em casos específicos:

A disposição declarada inconstitucional no controle abstrato de normas não mais pode ser aplicada, seja no âmbito do comércio jurídico privado, seja na esfera estatal. Consoante essa orientação, admite-se que todos os atos praticados com base na lei inconstitucional estão igualmente eivados de ilicitude. Essa orientação, que já era dominante antes da adoção do controle abstrato de normas no ordenamento jurídico brasileiro, adquiriu, posteriormente, quase o significado de uma verdade axiomática. [...] Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal pode-se identificar, todavia, tentativa no sentido de, com base na doutrina de Kelsen, abandonar a teoria da nulidade em favor da chamada teoria da anulabilidade. [...] Segundo essa concepção, a lei inconstitucional não pode ser considerada nula, porque, tendo sido editada regularmente, gozaria de presunção de constitucionalidade e sua aplicação continuada produziria conseqüências que não poderiam ser olvidadas. A lei inconstitucional não seria, portanto, nula *ipso jure*, mas apenas anulável. A declaração de inconstitucionalidade teria, assim, caráter constitutivo. Da mesma forma que o legislador poderia dispor sobre os efeitos da lei inconstitucional, seria facultado ao Tribunal reconhecer que a lei aplicada por longo período haveria de ser considerada como fato eficaz, apto a produzir conseqüências pelo menos nas relações jurídicas entre pessoas privadas e o Poder Público. Esse seria também o caso se, com a cassação de um ato administrativo, se configurasse uma quebra da segurança jurídica e do princípio da boa-fé (MENDES, 1996: 253-254).

Naquele momento, como nosso ordenamento jurídico carecia de um instituto que possibilitava a limitação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, nossos tribunais, por muitas vezes, deixavam de declarar a inconstitucionalidade das leis, não porque se apresentavam de acordo com o texto constitucional, mas em virtude das conseqüências que geraria a declaração.

Para atender à referida carência, o texto normativo da Lei 9.868/1999 buscou incorporar ao direito pátrio algumas orientações já firmadas pelo Supremo Tribunal Federal e trouxe inovações que foram baseadas na tendência contemporânea de atribuição aos tribunais constitucionais do poder de limitar os efeitos das declarações de inconstitucionalidade e que surgiram da observação empírica do direito comparado e dos frutos desta limitação nos países que adotaram técnicas semelhantes.

No direito português, há previsão expressa, no artigo 282, n. 4, da Constituição, da possibilidade de o Tribunal Constitucional fixar efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restrito que o geral, quando presentes razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo ou a segurança jurídica o exigirem.

Os Estados Unidos, que conforme se discorreu, adotaram o sistema difuso e, mesmo possuindo um tradicionalismo arraigado, após a Grande Depressão reconheceram a necessidade de limitar os efeitos da declaração de inconstitucionalidade.

O direito austríaco reconheceu a possibilidade de limitação na qual a Corte Suprema pode estabelecer que a lei não deverá ser aplicada em outros processos que não foram atingidos pela coisa julgada, bem como pode determinar prazo de até um ano para que seja legítima a aplicação da lei.

No direito alemão, independentemente do reconhecimento da inconstitucionalidade da lei, a decisão acerca de sua nulidade somente se justifica se realmente for apta a solucionar a questão; em caso contrário, a conservação da norma no ordenamento jurídico, com o fim de evitar um vazio normativo ou conseqüências incongruentes, se aconselha (possibilidade desenvolvida pelo Tribunal, sem previsão expressa na Lei do *Bundesverfassungsgericht*). Vale acrescentar que a Corte Constitucional alemã também adotava a chamada decisão de apelo (*Appellentscheidung*), segundo a qual podia afirmar que a lei se encontrava em processo de inconstitucionalização e apresentar recomendação ao legislador para que procedesse às correções reclamadas. Diante dessa declaração a lei não poderia ser declarada, de imediato, inconstitucional.

Influenciada pela experiência constitucional alemã, a Corte Constitucional espanhola, em sua jurisprudência, tem adotado a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade.

No Brasil, a Lei 9.868/1999, em seu artigo 11, § 1º, ao tratar da concessão de medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade, acena para uma exceção ao princípio da nulidade, prevendo que a medida cautelar será dotada de eficácia contra todos e gerará efeitos *ex nunc*, salvo se o STF entender que deva conceder-lhe eficácia retroativa.

Todavia, é na disposição de seu artigo 27, inserido no Capítulo IV, que trata da decisão na ADIN e na ADC, que se pode vislumbrar a previsão expressa da limitação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Vale transcrever a aludida norma:

Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Dentro da previsão do artigo acima, têm-se, então, as seguintes exceções à regra da retroatividade:

a) a possibilidade da restrição dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, em termos formais, para afastar a incidência da declaração em determinadas hipóteses;

b) a possibilidade de determinação de efeitos *ex nunc*, a serem vislumbrados somente a partir do trânsito em julgado da ação direta de inconstitucionalidade, desde que através de *quorum* de 2/3 (dois terços) dos ministros do STF;

c) e, enfim, a possibilidade de fixação, pelo Supremo, mediante votação de 2/3 (dois terços) de seus ministros, do momento a partir do qual os efeitos serão percebidos.

Vale ressaltar que, no caso de limitação vislumbrado na hipótese c, considera-se que o momento a ser fixado pelo STF deve estar compreendido entre a data da edição da norma declarada inconstitucional e a data da publicação da decisão declaratória. Adota-se tal entendimento uma vez que eventual determinação de eficácia *pro futuro* foge ao intuito instituidor da norma e leva a uma insegurança jurídica baseada em situações hipotéticas, o que transparece inconcebível.

Há, contudo, aqueles que questionam a legitimidade de se criarem técnicas de flexibilização das decisões em âmbito de jurisdição constitucional por meio de lei ordinária.

Para os partidários desse entendimento, consideram-se plausíveis as permissões verificadas nas constituições da Áustria e de Portugal, pois estão fundamentadas em norma constitucional, que é produto do poder constituinte. Entretanto, como no Brasil a limitação foi introduzida através de simples lei ordinária, sua disposição, por repercutir no texto constitucional e atribuir verdadeira função normativa ao Supremo Tribunal Federal, deveria ser considerada inconstitucional.

Ricardo Ribeiro Campos, Juiz Federal Substituto do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, em artigo que analisa a norma limitadora inserida através da Lei 9.868/1999, justifica sua conclusão acerca da inconstitucionalidade da mesma:

Por isso, a lei em exame ofende, inegavelmente, o princípio constitucional segundo o qual é vedada a delegação de atribuições de um Poder a outro. Trata-se de regra constitucional implícita que tem como objetivo, conformando os Poderes do Estado, proteger a esfera jurídico-subjetiva dos indivíduos. A delegação de funções por ato infraconstitucional é, por conseguinte, violadora do núcleo intangível de uma Constituição, sua decisão política fundamental, comprometendo, grave e seriamente, as instituições essenciais à existência de um Estado Democrático (CAMPOS, 2004: 94-95).

Respeitados os entendimentos contrários, a nosso ver, o artigo 27 da Lei 9.868/1999 não está eivado de nulidade, não apresenta qualquer incompatibilidade com o texto constitucional ou seus princípios.

Isso porque não houve a delegação de funções de um Poder a outro por meio de lei ordinária.

Afinal, a lei em exame apenas regulamenta o procedimento atinente ao controle de constitucionalidade por parte do Supremo e, neste âmbito, lhe faculta a determinação de restrição temporal de sua própria declaração, sob limites estabelecidos e dentro de uma função já pertencente ao nosso Tribunal Constitucional, qual seja, a proteção à Constituição, que não deve ser interpretada senão segundo os princípios e ideais do Estado Democrático de Direito.

Assim, desde que se contemple a possibilidade de a supressão de uma norma (considerada inconstitucional) vir a ser mais nociva à segurança jurídica que sua preservação temporária, não se constata qualquer absurdo ou ilegalidade de se prever a limitação temporal que garanta a eficácia da lei em determinado período, por órgão competente (STF) e nos limites legais (segurança jurídica e excepcional interesse social).

Importa apenas atentar para fator importante que é o limite da aludida disposição, em uma análise sistemática. Como já aludido, a lei em que se insere o artigo analisado (Lei 9.868/1999) prevê a faculdade de o Supremo Tribunal Federal restringir os efeitos de sua declaração de inconstitucionalidade. Desse modo, não se vê como expandir esta faculdade aos demais juízes, em sede de controle difuso. Os efeitos da declaração no controle difuso já foram suficientemente elucidados.

dos (retroativos entre as partes) e uma limitação por parte do julgador estaria absolutamente desprovida de fundamento legal, não sendo cabível a analogia neste caso. Já no que tange ao controle difuso incidental, hipótese prevista no artigo 52, X, da CF/88, a limitação seria possível, pois, tratando-se de um apanágio do controle judicial de constitucionalidade, pode o STF declarar a inconstitucionalidade com efeitos limitados, também, ao apreciar recurso extraordinário.

#### 4 A limitação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade no controle concentrado - análise crítica

É dever do Supremo Tribunal Federal, nossa Corte Superior, assegurar a prevalência das normas constitucionais através do controle de constitucionalidade das leis, que não se restringe à declaração de inconstitucionalidade.

Consoante já foi discorrido nos tópicos anteriores, o controle de constitucionalidade pode configurar também a declaração de constitucionalidade de uma norma, bem como a declaração de inconstitucionalidade por omissão, e ainda, através da faculdade dada pelo artigo 27 da Lei nº 9.868/1999, há a escolha do momento no qual devem vigorar normas que, apesar de contrárias ao texto constitucional, produziram efeitos cuja desconsideração em virtude da nulidade constatada traria conseqüências bastante nocivas à sociedade.

Ricardo Fiuza enfatiza nosso sistema de controle de constitucionalidade e alerta para essa possibilidade de limitação:

E ousamos pensar numa composição diferente para este novo 'Supremo'. Entendemos que, na área delicada dos julgamentos de inconstitucionalidade, há sempre o envolvimento político da questão. E podem surgir casos em que *juridicamente* se tenha que declarar a inconstitucionalidade de uma norma, mas que *politicamente*, no sentido social, em defesa do próprio 'interesse público de excepcional relevo', o que deverá ser fundamentado (como todas as decisões devem sê-lo e esta mais), o Tribunal Constitucional, com toda sua responsabilidade, tenha que dosar os efeitos da declaração (FIUZA, 2004: 298).

O Supremo, ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, está atuando como legislador negativo, mas sem que os efeitos de sua declaração se restrinjam aos efeitos de uma nova lei, não lhe sendo possível ignorar que, dessas decisões, surtem sensíveis repercussões em âmbito econômico, social e político, que exigem uma interpretação de nossa Constituição mais abrangente e menos apegada ao texto seco da norma constitucional.

Juarez Freitas faz importante observação quanto à interpretação constitucional:

Com efeito, a fala da Constituição apenas se faz significativa no diálogo, a saber, na interação com o intérprete, motivo pelo qual não deve ser vista como mero objeto de análise, mas como espécie de composição ou construção que não opera a régua e compasso. Em semelhante ótica, a Carta Fundamental não se confunde com o âmbito textual, embora este a integre: a compreensão sucede num processo de combinação circular, sem se converter em simples objetivação do espírito do constituinte (FREITAS, 2003: 281).

Daí se tira que: a) a interpretação é uma tarefa que visa concretizar o sentido da norma contextualizado no momento histórico em que é questionado ou aplicado; b) a interpretação da norma constitucional deve exorbitar aquilo que está escrito, atingindo seu sentido axiológico; c) a eliminação dos efeitos produzidos pela norma viciada em âmbito fático pode ser ainda mais contrária aos ditames constitucionais; d) e há previsão legal expressa que autoriza a amenização desses efeitos pela limitação da eficácia da norma em determinado período de tempo.

A partir dessas conclusões, apreciam-se a possibilidade e os efeitos dessa limitação da declaração de inconstitucionalidade de norma através do controle de constitucionalidade.

Levando-se em consideração a idéia de que uma lei inconstitucional nunca existiu enquanto lei, os atos praticados (de qualquer espécie) seriam ilegítimos, e, portanto, a declaração de inconstitucionalidade seria suficiente para banir do mundo jurídico toda e qualquer consequência advinda das disposições da lei assim considerada.

A orientação que se colhe do princípio da nulidade, interpretado ante a relação entre normas infraconstitucionais e normas constitucionais, é a de que o ato inconstitucional é nulo, produzindo seus efeitos tão-somente até o pronunciamento definitivo do Judiciário, que não possui natureza constitutiva ou desconstitutiva.

O Prof. José Afonso da Silva, no entanto, alerta que:

[...] essa doutrina privatística da invalidade dos atos jurídicos não pode ser transposta para o campo da inconstitucionalidade, pelo menos no sistema brasileiro, onde, como nota Themístocles Brandão Cavalcanti, a declaração de inconstitucionalidade em nenhum momento tem efeitos tão radicais, e, em realidade, não importa por si só na ineficácia da lei (SILVA, 2003: 53).

A rigidez da aplicação do princípio da nulidade era exatamente o obstáculo que o Supremo Tribunal Federal encontrava ao apreciar questão atinente à constitucionalidade das leis.

Gilmar Mendes, em seu voto-vista relativo ao *Habeas Corpus* nº 82.959 (julgamento ainda em andamento), ao comentar julgamento do Recurso Extraordinário Criminal nº 147.776, em 19 de maio de 1998, da relatoria de Sepúlveda Pertence, espelha bem essa situação:

Fica evidente, pois, que o STF deu um passo significativo rumo à flexibilização das técnicas de decisão no juízo de controle de constitucionalidade, introduzindo, ao lado da fórmula apodítica da declaração de inconstitucionalidade com equivalência de nulidade, o reconhecimento de um estado imperfeito, insuficiente para justificar a declaração de ilegitimidade da lei ou bastante para justificar a sua aplicação provisória. Expressiva nesse sentido é a observação de Pertence, ao destacar que 'o caso mostra, com efeito, a inflexível estreiteza da alternativa da jurisdição constitucional ortodoxa, com a qual ainda jogamos no Brasil: consideramo-nos presos ao dilema entre a constitucionalidade plena e definitiva da lei ou a declaração de sua inconstitucionalidade com fulminante eficácia *ex tunc*; ou ainda, na hipótese de lei ordinária pré-constitucional, entre o reconhecimento da recepção incondicional e a da perda de vigência desde a data da Constituição'. Daí observar, ainda, os reflexos dessa orientação no plano da segurança jurídica, ao enfatizar que essas 'alternativas radicais - além dos notórios inconvenientes que gera - faz abstração da evidência de que a implementação de uma nova ordem constitucional não é um fato instantâneo, mas um processo, no qual a possibilidade da realização da norma da Constituição - ainda quando teoricamente não se cuide de um preceito de eficácia limitada -, subordina-se muitas vezes a alterações da realidade fática que a viabilizem' (RECrIm 147.776, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 19.06.98).

Ressalta-se que não se busca contestar o aludido princípio que, reconhecendo a nulidade plena do ato inconstitucional, fundamenta o caráter retroativo da decisão judicial que, proferida pelo Supremo Tribunal Federal, declara a incompatibilidade de uma norma com o texto de nossa Lei Maior. Afinal, o princípio da nulidade continua a ser regra no direito brasileiro.

Entende-se, no entanto, que, com a inovação legislativa do artigo 27 da Lei 9.868/1999, o seu afastamento é possível, em casos excepcionais, mediante juízo de ponderação baseado nos princípios da segurança jurídica, do interesse social e da proporcionalidade. Afinal, como visto, uma rigidez incontornável pode trazer prejuízos que podem impedir a completa efetividade do sistema de fiscalização.

Observação importante diz respeito à discricionariedade por parte do Tribunal Constitucional, uma vez que, conquanto os limites pareçam indeterminados, possuem contornos bem claros e fundados no princípio da supremacia da Constituição. Assim, o afastamento somente será possível, na prática, se demonstrado em fundamentação com bases concretas que a declaração

de inconstitucionalidade provida de seus efeitos (*ex tunc e erga omnes*) configuraria efetivo prejuízo à segurança jurídica ou ao interesse social, de caráter realmente excepcional.

Portanto, não há espaço para conveniência, mas tão-somente para a interpretação da Constituição brasileira de 1988.

Há, entretanto, aqueles que discordam. O Professor Álvaro Ricardo de Souza Cruz pondera:

Qual a garantia de prevalência das cláusulas pétreas da Constituição? Mais, qual a garantia de que leis atentatórias aos direitos fundamentais, especialmente aquelas ligadas à política econômica governamental, não prevalecerão, tendo seus efeitos mantidos por mais um, dois ou dez anos? O Supremo estará preparado para enfrentar o assédio do Executivo? Já esteve ele pronto para resistir ao longo da história? Estará alguma Corte Constitucional, afastada do suporte da sociedade, pronta a enfrentar este desafio?

E, à frente, conclui:

Nos paradigmas liberal e social do controle de constitucionalidade, a resposta claramente é negativa. Fruto do paradigma social, o art. 27 da Lei nº 9.868/99 e seu congênere na Lei nº 9.882/99 são, além de ilegítimos, inconstitucionais, pois transformam o Supremo em verdadeiro Poder Constituinte Originário (CRUZ, 2004: 425-426).

Não se pode negar que se trata de uma questão que não encontra entendimento pacífico tanto na doutrina como na jurisprudência, inclusive no que concerne à questão acerca da constitucionalidade do artigo 27 da Lei nº 9.868/1999, já abordada no presente artigo.

Porém, sem desconhecer que várias das indagações colocadas pelo professor trazem certa preocupação, não se considera que uma atual visão política de nossa Corte Superior aniquile a efetividade produtiva da limitação prevista no artigo ora analisado, nem que sua disposição caracterize qualquer espécie de risco à proteção dos direitos fundamentais.

Ao invés de se cogitar da permanência de leis atentatórias aos direitos fundamentais, talvez seja o momento de valorizar tais direitos através de um instrumento legal e propício a corrigir distorções que podem e poderão ser causadas pela declaração de nulidade. Efetivamente, apostar na mudança do saber jurídico da razão do Estado, que segundo Clémerson Mérlin Cléve (Cléve, 2003: 393) é aquele que procura justificar as atuações do Poder Público, para uma dogmática constitucional emancipatória.

Pode parecer uma visão um tanto quanto utópica, mas não se vê qualquer impropriedade em acreditar que o órgão escolhido constitucionalmente para proteger a Constituição esteja preparado, também, para sopesar, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, acerca da manutenção temporal de determinada norma que, apesar de inconstitucional, surtiu seus efeitos. Pauta-se pela flexibilidade desde que conjugada com a prudência e a moralidade nas decisões. Ademais, por tudo já dito e atentos ao fim da criação da aludida norma, entende-se que adotar um posicionamento exacerbadamente defensivo e desconfiado perante o poder decisório do Supremo Tribunal Federal é frustrante e pode levar a um descrédito prejudicial à sociedade como um todo.

## 5 Considerações finais

É incontestável a necessidade de que, através de nosso Supremo Tribunal Federal, órgão constitucionalmente escolhido para este fim (artigo 102, I, da CF/88), auxiliado pelos Tribunais Estaduais (artigo 97 da CF/88), haja pronta resolução acerca de dúvidas quanto à constitucionalidade das leis e demais atos normativos, de maneira definitiva e geral. Tal controle afasta o risco de existência de decisões e interpretações dissonantes, frutos de infundáveis questionamentos similares ao Judiciário, o que, potencialmente, pode abalar o princípio da segurança jurídica,

um dos corolários de nossa Constituição.

Também não restam dúvidas de que o Judiciário não pode se ater a discussões técnicas jurisdicionais sem efetivamente considerar a existência de uma relação de interdependência com as demais funções estatais e com a sociedade, assim consideradas suas esferas econômica, política e social.

Sob essas considerações, entende-se que o intuito do legislador, ao criar a Lei nº 9.868/1999, especificamente no que tange ao seu artigo 27, foi bastante positivo e forneceu ao Judiciário ferramenta de primordial importância na real defesa dos ideais constitucionais e adequação das leis aos mesmos, não restando vislumbrada qualquer inconstitucionalidade na aludida norma.

Atenta-se, no entanto, para a necessária prudência na aplicação do dispositivo em análise, sintonizando-o, por via de interpretação concretista, à nossa realidade social e jurídica, evitando-se pronunciamentos judiciais de cunho estritamente político.

Enfim, sopesados o perigo da adoção incondicional da inconstitucionalidade da norma e as graves conseqüências de seu banimento do ordenamento jurídico e mesmo considerando que ainda se está em um estado embrionário no que se refere à aplicação prática da limitação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, conclui-se que a limitação prevista no artigo 27 da Lei nº 9.868/1999 tem importante valia na proteção dos próprios ideais constitucionais.

## 6 Referências bibliográficas

CAMPOS, Ricardo Ribeiro. Leis inconstitucionais ainda constitucionais? *Revista CEJ*, Brasília, nº 25, abr./jun. 2004.

CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Fabris, 1984.

CLÉVE, Clémerson Mérlin. O controle de constitucionalidade e a efetividade dos direitos fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte : Del Rey, 2003.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição constitucional democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

GRECO, Leonardo. Eficácia da declaração *erga omnes* de constitucionalidade ou inconstitucionalidade em relação à coisa julgada anterior. Disponível na internet: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 12.01.2005.

FIUZA, Ricardo Arnaldo Malheiros. *Direito constitucional comparado*. 4 ed. rev. atual. ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

FREITAS, Juarez. A melhor interpretação constitucional versus a única resposta correta. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, Dir. Paulo Bonavides, Del Rey, n. 2, jul./dez. 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. São Paulo: Saraiva, 1996.  
\_\_\_\_\_. Brasil. STF. *Habeas Corpus* 82959-SP. Oseas de Campos versus Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Min. Marco Aurélio. Voto-vista de 02.12.2004. Disponível em: [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br), p. 82/83. Acesso em: 09.12.2004.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 22. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2003.

-:~::~-



*Sumário: 1 Introdução. 2 Conceito de súmula. 3 Argumentos pro. 3.1 Combate à morosidade do Judiciário. 3.2 Segurança jurídica. 3.3 Efetivação do princípio da isonomia. 4 Argumentos contra. 4.1 Falta de legitimação do Poder Judiciário. 4.2 Violação ao princípio da tripartição dos Poderes. 4.3 Violação ao princípio do juiz natural e sua independência. 4.4 Engessamento do Poder Judiciário e atravancamento da evolução do direito. 4.5 A influência política nas decisões dos Tribunais Superiores. 5 Conclusão. 6 Referências bibliográficas.*

### 1 Introdução

Realmente, agora, a súmula ganhou o *status* de norma constitucional. O art. 2º da Emenda Constitucional nº 45, de 08 de dezembro de 2004, acresceu o art. 103-A ao texto constitucional, estabelecendo que o Supremo Tribunal Federal poderá, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal e terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas acerca das quais haja controvérsia entre órgãos judiciários ou entre estes e a Administração Pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

Instituída como fórmula para desafogar os tribunais, uma vez que inviabiliza recursos contra sua orientação e uniformiza decisões insuscetíveis de serem contrariadas em primeiro grau, a súmula vinculante, sem sombra de dúvida, traz consigo grande polêmica.

Os argumentos favoráveis são muitos, dentre eles destacam-se: a diminuição dos processos nas instâncias superiores, o fim das decisões conflitantes, o equilíbrio das situações jurídicas, o combate à morosidade do Judiciário e a segurança jurídica dada à estabilidade das decisões judiciais.

No entanto, os posicionamentos desfavoráveis a este instituto trazem à tona questões relevantes e que merecem reflexões a respeito, tais como: supressão do livre convencimento do juiz, influência política nas decisões dos tribunais superiores, violação ao princípio da tripartição dos Poderes, falta da legitimação do Judiciário e, a mais preocupante, o engessamento do Poder Judiciário.

Logo, o interesse pelo tema, que ora se apresenta, justifica-se pelo furor que a súmula vinculante causa na comunidade jurídica, principalmente agora depois de concretizada a reforma judiciária.

Destarte, através do presente trabalho científico, espera-se elucidar os aspectos mais debatidos e polêmicos em torno da súmula vinculante com o fito de, ao final, poder afirmar seguramente se o efeito vinculativo da súmula é, na verdade, de progresso ou regresso no âmbito jurídico.

### 2 Conceito de súmula

*A priori*, mister se faz apresentar a conceituação jurídica de súmula antes de se definir súmula de efeito vinculante.

---

\* Assessora do TJMG. Bacharela em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos, 2002. Especialista em Direito Público pelo Instituto de Educação Continuada da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. E-mail: natyjaffar@ig.com.br

Súmula, em sentido genérico pode ser entendida como pequena suma; breve resumo; epítome, sinopse. Logo, pode-se dizer que a súmula de uma sentença ou de um acórdão é o resumo abreviadíssimo do seu inteiro teor ou a própria ementa da sentença ou do acórdão.

Em sentido específico, súmulas são entendimentos firmados pelos tribunais que, após reiteradas decisões num mesmo sentido sobre determinado tema específico de sua competência, resolvem editar uma súmula, de forma a demonstrar qual o entendimento da Corte sobre o assunto, que serve de referencial a todo o mundo jurídico.

As súmulas são enunciados que, sintetizando as decisões assentadas pelo respectivo tribunal em relação a determinados temas específicos de sua jurisprudência, servem de orientação a toda a comunidade jurídica. A "súmula vinculante outra coisa não é senão o velho 'assento', o enunciado judicial com força de lei". A única diferença está em saber se esse enunciado é emitido ao fim do julgamento de um caso ou como síntese de julgamentos idênticos proferidos em vários casos.

Tais súmulas, portanto, são enunciados da jurisprudência de tribunais superiores que passariam a ser obrigatoriamente obedecidos pelos juizes de instâncias inferiores, obrigando-os a seguir o entendimento daqueles, uma vez que as suas decisões passariam a ter força de lei.

Para finalizar, vale ressaltar que a distinção entre jurisprudência e lei se encontra no fato de que a fonte primária do direito é a lei. A jurisprudência, que também é fonte de direito, é o cadinho do qual o direito se alimenta e se retempera, em permanente ebulição. É isso que faz dela, da jurisprudência, conjunto de julgados, fonte secundária do direito, mas quase tão importante quanto aquela que tem a primazia da autoridade cogente: a lei. O que se pretende da jurisprudência, no entanto, é que seja ela mais maleável do que a lei. A jurisprudência não pode padecer da inércia da lei já que a ela cabe dar o movimento, o tom e a beleza da norma aplicada. Ante a estreiteza do texto legal, socorre-se o cidadão da construção sempre mais clara da jurisprudência. O mesmo se dá onde a lei se apresenta lacunosa ou omissa.

### **3 Argumentos pro**

#### **3.1 Combate à morosidade do Judiciário**

A principal característica positiva da adoção do efeito vinculante é a redução do acúmulo de processos nas instâncias superiores do Poder Judiciário, aliada a uma maior rapidez na solução dos litígios em geral, já que aqueles que advogam em favor desse instituto acreditam que a sua adoção aliviará o STF e os tribunais superiores de milhares de processos que tratam de temas idênticos e reduzirá, substancialmente, o número de recursos meramente protelatórios.

Ora, é humanamente impossível para um juiz, por mais dedicado e trabalhador que seja, dar vazão com rapidez, eficiência e qualidade ao número absurdamente elevado de processos que abarrotam o Judiciário.

É sabido que existe um número muito grande de processos iguais, isto é, processos em que uma das partes é a mesma e que versam sobre uma mesma questão jurídica. Esses processos se arrastam durante anos pelo Judiciário até obter uma decisão final, que, em tese, deveria ser a mesma para todos aqueles que estão em uma mesma situação, pois o direito deve ser idêntico para as pessoas que estão na mesma situação de fato e de direito; caso contrário, o direito seria uma loteria.

Logo, não é razoável que existam milhares de processos de conhecimento para decidir uma mesma questão jurídica. Necessário se faz que essa questão, que, na verdade, é uma só, seja objeto de um único processo de conhecimento, que deve produzir efeitos para todas as pessoas.

Nessa esteira, é de esperar que um juiz não julgue uma mesma questão jurídica, presente uma mesma situação de fato, de forma diversa da que julga o tribunal superior. Isso porque não deve o magistrado proferir uma decisão que sabe ou deva saber que será reformada em grau de recurso. Apesar de muitas vezes o juiz prolator da decisão, ao julgar contra a lei ou contra a orientação do STF, possa estar convicto de estar fazendo a mais pura justiça, é certo que os danos causados por sentenças ou acórdãos em desconformidade com a orientação jurisprudencial das cortes superiores são expressivos, pois essas sentenças e acórdãos abarrotam o STF e os tribunais superiores, tornando a Justiça mais lenta e reduzindo drasticamente a qualidade da prestação jurisdicional.

**Crítica:** Não é a súmula vinculante a solução para o assoberbamento do Poder Judiciário, que, na verdade, está emperrado em todas as instâncias, não por ausência de uniformidade das decisões judiciais, mas por falta de recursos materiais e humanos para bem desempenhar sua importante tarefa. É certo que a morosidade da Justiça brasileira tem como principal motivo o excesso de processos. Não há estrutura material e humana, num país de escassos recursos públicos como é o caso do Brasil, que consiga dar vazão ao astronômico número de ações que diariamente são propostas perante o Poder Judiciário, por melhores que possam ser as leis que tratam de rito processual.

### 3.2 Segurança jurídica

A incerta segurança jurídica é um dos entraves ao crescimento socioeconômico do País e fato desagregador da harmonia social.

Os defensores da súmula vinculante sustentam que a unificação da fonte interpretadora conferiria estabilidade ao sistema, corolário da segurança jurídica. Com a vinculação dos juízos inferiores, deixariam de existir decisões conflitantes sobre um mesmo tema e, por conseguinte, maior segurança nas relações jurídicas. Sob essa ótica, ao realizar a interpretação vinculante, o STF e os demais tribunais superiores estariam efetivamente assumindo uma de suas principais funções orgânicas dentro da estrutura judiciária, como as mais altas cortes: a de orientadoras, controladoras e unificadoras da jurisprudência.

Une-se a isso o fato de que é preciso que exista uma única decisão eficaz, para que a sociedade saiba se a norma é ou não válida, se é ou não constitucional, se deve ou não ser cumprida. Se não for assim, não há segurança jurídica.

Não se pode olvidar que seria muito bom se as partes pudessem saber qual será o desfecho de determinadas ações judiciais, pois assim não proporião ações inviáveis e poderiam fazer negócios jurídicos com segurança.

**Crítica:** Sem consistência, ainda, o argumento de que a súmula vinculante contribuiria para conferir mais segurança jurídica à sociedade. Ora, que autoridade moral têm, para dizer que desejam dar mais segurança jurídica ao povo, os governantes que rasgaram a Constituição Federal, mais significativo símbolo da segurança e estabilidade jurídica do País, para fazer as recentes reformas com ofensa a cláusulas pétreas por meio de inadmissíveis emendas (CF, art. 60, § 4º)?

### 3.3 Efetivação do princípio da isonomia

A idéia de que duas causas idênticas tenham julgamentos exponencialmente opostos é de difícil compreensão e por vezes abala a credibilidade do Judiciário. Como é possível tal hipótese se a jurisdição é una, se a lei aplicável é a mesma? Não se pode fazer justiça, quando se tolera que conflitos iguais recebam soluções diversas, senão contraditórias.

Reafirma-se o que foi dito alhures, o direito deve ser idêntico para as pessoas que estão na

mesma situação de fato e de direito; caso contrário, o direito seria uma loteria.

## **4 Argumentos contra**

### **4.1 Falta de legitimação do Poder Judiciário**

Ressalta-se inicialmente a falta de legitimação ao Poder Judiciário para emitir súmulas com força normativa semelhante à das leis, pois estas decorrem da vontade do povo, revelada por meio de seus representantes políticos, ou seja, os legisladores.

A súmula não tem força de lei para os casos futuros, mas funciona, de acordo com o Regimento Interno do Tribunal, como instrumento de dinamização dos julgamentos e valioso veículo de uniformização jurisprudencial.

Todavia, as súmulas vinculantes tornam-se assim uma superlei, na medida em que concentram no Poder Judiciário poderes jamais concedidos ao Poder Constituinte originário. A possibilidade de edição de súmula com efeito vinculante pelos Tribunais de Cúpula importa na fragilização do Poder Legislativo e, por via de consequência, na subtração de sua prerrogativa formal de legislar.

### **4.2 Violação ao princípio da tripartição dos Poderes**

Com a súmula vinculante, aniquila-se a tripartição de Poderes (CF, art. 2º) e o princípio da legalidade (CF, art. 5º, II e XXXIX), porque a súmula passa a ter superioridade sobre o texto da lei, que, por ser vinculante, esta sim, não deixa de se sujeitar à interpretação mais adequada às circunstâncias de cada caso conforme a consciência do juiz local.

### **4.3 Violação ao princípio do juiz natural e sua independência**

Representa a súmula vinculante indireta avocação de processos por tribunal superior, porque tende a subtrair de todos os juízes de instâncias inferiores as prerrogativas de independência caracterizadoras do princípio do juiz natural (CF, arts. 5º, LIII, e 95).

Fica ainda suprimido o princípio do livre convencimento dos juízes, uma vez que o magistrado passa a não mais a formar o seu juízo de valor, de acordo com as provas, fatos e teses jurídicas ventiladas no processo, e aplicando, como deve ser, o ordenamento jurídico vigente no País, o único ao qual está subordinado, e sim às decisões sumuladas pelo Pretório Excelso e demais tribunais superiores.

Destarte, esvazia-se também o princípio do devido processo legal (CF, art. 5º, LIII), porque ninguém será mais processado pela autoridade competente, desprovida da independência necessária para julgar o caso concreto. Da mesma forma, anulam-se o direito de ação e o contraditório (CF, art. 5º, XXXV e LV), porque impedir o juiz local de analisar livremente as circunstâncias de cada caso equivale a excluir da apreciação judicial lesão de direito.

### **4.4 Engessamento do Poder Judiciário e atravancamento da evolução do direito**

Com as súmulas vinculantes, esses juízes teriam tolhida a sua criatividade e o direito não evoluiria no sentido de melhor atender à sociedade, porquanto não se admitiria sequer a divergência fundamentada.

Não seria demais afirmar que a súmula vinculante carrega consigo o sério malefício de embaraçar a natural evolução da ciência jurídica, na medida em que, obedecendo ao comando do poder central, ordinariamente conservador, fecham-se as decisões judiciais às inovações filosófi-

cas ditadas pela academia, pela inteligência e criatividade de todos os órgãos essenciais à atividade jurisdicional do Estado.

Ora, é o juiz local um agente político que atua conforme a sua consciência, constituída por valores ideológicos, filosóficos, religiosos e socioculturais, moldados no julgamento a partir de circunstâncias fáticas do caso concreto, incluindo os costumes de características regionais. Quando exerce plenamente sua função, contribui o juiz para a formação da jurisprudência destinada à comunidade contemporânea e, portanto, participa da produção científica inclusive no campo político.

Por vezes, através de um voto divergente, vai-se abrindo a possibilidade de uma concepção nova, que acaba, no final, mudando toda a jurisprudência e pode mudar até a legislação e mesmo a Constituição do País.

#### 4.5 A influência política nas decisões dos Tribunais Superiores

De início, é bom considerar que deve o sistema jurídico ser reformado com base em princípios éticos, e não puramente econômicos. Todas as reformas recentes e em andamento são justificadas pela crise econômica, até confessando o governo que as faz por pressão de banqueiros internacionais.

Conforme o art. 84, inc. XIV, da Constituição Federal/88, compete privativamente ao Presidente da República nomear, após aprovação pelo Senado Federal, os Ministros do STF e dos Tribunais Superiores (arts. 101, parágrafo único, 104, parágrafo único, 107, *caput*, 111, § 1º, 119, inc. II, 123, *caput*). Trata-se de uma questão de ordem prática, uma vez que a indicação e nomeação dos integrantes do STF e Tribunais Superiores parte do chefe do Executivo, o que traria, de certa forma, uma espécie de vínculo político desses ministros com o presidente da República, o que poderia acarretar, como já ocorreu, decisões de caráter extremamente político em processos cuja matéria interessava diretamente ao governo.

Não são raras as nomeações de ministros baseadas na maior afinidade político-partidária com o chefe do Executivo federal. Pode ser que disso não decorra a leniência das Cortes Superiores em relação aos abusos governamentais. Entretanto, na maioria dos casos verdadeiramente relevantes para o interesse público que foram na história recente submetidos à última instância judicial, a decisão se aproximou mais do interesse do governo da hora do que da vontade popular, fato que explica, pelo menos em parte, o descrédito da comunidade em relação ao sistema de Justiça.

Além disso, os ministros do STF e dos Tribunais Superiores são humanos e, por isso, suscetíveis de erros, falhas estas inerentes aos julgamentos humanos. E, caso uma súmula derivasse de um julgamento equivocado ou afetado pelo caráter político acima descrito, poder-se-ia criar uma desarmonia social de difícil, ou até mesmo, impossível reparação, abalando a paz social almejada pelo Estado de Direito.

### 5 Conclusão

Após a análise pormenorizada dos argumentos favoráveis e desfavoráveis da adoção da súmula vinculante em nosso ordenamento jurídico, forçoso concluir que o regime democrático não se compatibiliza com a uniformização de decisões obedientes ao poder central, sem que seja pelo ordinário caminho da revisão do julgamento do caso concreto, ou seja, da sentença do juiz singular, sem supressão de instâncias, por todos os órgãos colegiados competentes, até chegar às Cortes Superiores que, só então, estarão suficientemente preparadas para o melhor exame de todas as circunstâncias da hipótese.

O regime federativo adotado pelo Estado brasileiro se caracteriza pela renúncia de competências dos Estados em favor da União. Os Estados renunciam à soberania e a algumas

competências de caráter geral que interessam a toda a Federação, mas mantêm autogoverno com todas as competências que não foram objeto de renúncia. Logo, é inconteste que a súmula vinculante fere o regime federativo (CF, arts. 1º e 25), porque impede cortes estaduais de exercerem em toda plenitude sua competência. Reduzir, pois, a competência de tribunais estaduais equivale à quebra desse regime.

Conforme dito anteriormente, com a súmula vinculante, aniquila-se a tripartição de Poderes (CF, art. 2º) e o princípio da legalidade (CF, art. 5º, II e XXXIX), porque a súmula passa a ter superioridade sobre o texto da lei que, por ser vinculante, esta sim, não deixa de se sujeitar à interpretação mais adequada às circunstâncias de cada caso conforme a consciência do juiz local.

Esvazia-se também o princípio do devido processo legal (CF, art. 5º, LIII), porque ninguém será mais processado pela autoridade competente, desprovida da independência necessária para julgar o caso concreto. Da mesma forma, anulam-se o direito de ação e o contraditório (CF, art. 5º, XXXV e LV), porque impedir o juiz local de analisar livremente as circunstâncias de cada caso equivale a excluir da apreciação judicial a lesão de direito.

Não se pode esquecer, ainda, que a independência e a liberdade da magistratura estão cravadas de maneira indelével no espírito do Estado Democrático de Direito (garantido pela CF/88 no art. 1º, *caput*), não sendo possível tornar os juízes de primeiro grau escravos dos tribunais superiores sem, no mínimo, transformar este Estado em um estado autoritário.

Cria-se a súmula vinculante. Depois, quando os tribunais superiores tiverem sumulado todos os artigos de lei, pode o Judiciário ser extinto, porque qualquer autoridade do Poder Executivo poderá exercer a jurisdição. Mais ainda: sumulados todos os dispositivos, pode-se encomendar um programa de computador para, no lugar do juiz natural, julgar todos os pleitos.

Acontece que não existem dois processos idênticos, sempre haverá diferenças entre eles. Dessa forma, a vinculação de uma decisão aplicável a um determinado processo pode ser injusta, ilegal e até mesmo abusiva a um outro processo semelhante, com tese e argumentos jurídicos semelhantes, porém cuja situação fática seja outra completamente diversa. A existência de má-fé, vícios e outras nulidades também deve ser considerada, embora seja a mesma tese jurídica e os mesmos argumentos.

Se o acolhimento desse argumento fosse aceito, poderia tornar o nosso direito estagnado, ele ficaria esclerosado, não poderia evoluir, não poderia haver novas formas de raciocínio, uma vez que, sempre que houvesse mesma tese, o Supremo diria: "Nós já decidimos".

É certo que a morosidade da Justiça brasileira tem como principal motivo o excesso de processos. Não há estrutura material e humana, num país de escassos recursos públicos como é o caso do Brasil, que consiga dar vazão ao astronômico número de ações que diariamente são propostas perante o Poder Judiciário, por melhores que possam ser as leis que tratam de rito processual. Não obstante, não é a súmula vinculante a solução para o desafogamento do Judiciário.

Une-se a isso o fato de que a ausência de políticas públicas de distribuição de riqueza, emprego, habitação, saúde, educação, segurança, assistência e justiça social, de atribuição dos outros Poderes faz com que o Judiciário seja mais demandado do que seria numa sociedade que não vive a crise em que se encontra o Estado brasileiro.

No mais, cumpre refletir se os enunciados de interpretações pretorianas, em reiteração das decisões no mesmo sentido as recomenda, devem impor-se, com o caráter coativo das normas jurídicas, aos juízes e jurisdicionados. Isso significa uma mudança drástica em nosso sistema, filiado ao da *civil law continental*, de bases romano-germânico-cristãs, com o primado do Direito

escrito, da Lei.

Seus defensores argumentam que as súmulas, como se tem percebido de sua permanente elaboração em nossas Cortes, não o desviariam de seu curso, porquanto fixam a sua compreensão.

Entretanto, não se pode olvidar que o cunho vinculativo altera aquele caráter, conferindo-lhes atributos de generalidade, impessoalidade, abstração e cogência, próprios da lei.

Vale lembrar que o juiz aplica a lei diante das circunstâncias do caso concreto; por sua vez, a súmula não abre margem àquele elastério, indispensável ao magistrado para entregar a prestação jurisdicional justa.

Daí a sabedoria da norma, de alcance mais amplo, em fórmulas abrangentes, encerrando a previsão de conduta, a permitir e impor sua inteligência na aplicação às espécies.

Eis por que, ao cogitar-se da súmula vinculante, tais aspectos não podem ser olvidados no Direito brasileiro, que muito deve em sua evolução à jurisprudência construtiva.

Por derradeiro, tem-se nítido conceito de súmula em aresto da lavra do insigne Ministro Moreira Alves, *in* Ag 121.969-6 (AgRg)-RJ, *in* DJU de 05.02.88, p. 1.389:

[...] não é norma jurídica, mas representa a cristalização da jurisprudência da Corte e seu alcance se afere das decisões tomadas nos precedentes em que ela se baseia. A súmula é mero instrumento de trabalho que simplifica o julgamento, uma vez que, com sua referência, o julgador não precisa de repetir os fundamentos que deram margem à tese nela enunciada [...].

Pelo que foi sintetizado até agora, depreende-se a temeridade da adoção no Brasil das súmulas com efeito vinculante, por tratar-se de instituto não afeito a nossa realidade social, política e jurídica.

No entanto, não se pode perder de vista que a atividade jurisdicional de interpretação do alcance das normas jurídicas é subsidiária à tarefa do legislador e que é infundado o temor de engessamento do direito, quando previstos mecanismos para a revisão e o cancelamento de súmulas vinculantes.

Diante dessas premissas, concluímos que, apesar de todos os percalços que a súmula vinculante poderá produzir na comunidade jurídica, não é ela um retrocesso jurídico. Ao contrário, a edição de súmulas, como, aliás, a prolação de qualquer julgamento, é algo que deve ser feito com a devida responsabilidade. O que deseja a súmula vinculante é viabilizar para todas as pessoas que estiverem numa determinada situação jurídica a efetivação de um determinado direito abstratamente conferido pela súmula ou pela ação abstrata, independentemente de obtenção para si de uma decisão judicial num processo de conhecimento.

Mister se faz compreender que a súmula vinculante deve ser aplicada nas hipóteses em que as condições de fato e de direito sejam essencialmente idênticas às dos precedentes que geraram a súmula. Caso o juiz ou tribunal aplique a súmula de forma equivocada, também caberá reclamação para o STF, tal como estabelece o art. 103-A, § 3º, da Constituição Brasileira.

O que o dispositivo constitucional deseja é que essas outras pessoas não necessitem buscar tutela jurisdicional, mediante processos judiciais de conteúdo idêntico aos que foram propostos, mas que se cumpra o efeito vinculante.

Todos pretendem encontrar soluções para o atual estado de decadência que se encontra o Poder Judiciário brasileiro, que se revela principalmente na demora da entrega da prestação juris-

dicional, no acúmulo de recursos nos tribunais superiores e na dificuldade de acesso do cidadão à justiça. Busca-se, portanto, uma justiça célere, sem olvidar a segurança jurídica; um Judiciário forte e independente, imprescindível no Estado Democrático de Direito, sem esquecer o controle social dessa Instituição. Sabe-se que os problemas estruturais que permeiam o Judiciário brasileiro não serão resolvidos através da concepção legislativa atribuída ao Judiciário quando da edição das súmulas de efeitos vinculantes; a morosidade da prestação jurisdicional é muito mais um problema estrutural que um problema legislativo e jurisdicional.

## 6 Referências bibliográficas

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

COSTA, Sílvio Nazareno. *Súmula vinculante e reforma do Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. 1. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MEDINA, José Miguel Garcia. *O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PINTO, Teresa Celina de Arruda Alvim. A função da súmula do Supremo Tribunal Federal em face da teoria geral do direito. *Revista de Processo*, n. 40, out./dez. 1985.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos*. Tradução de Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

-:-:-

*Sumário: 1 Introdução. 2 A existência fática e jurídica das cooperativas. 3 Participação nos certames licitatórios. 4 Argumentos contrários à participação de cooperativas em licitações. 5 Argumentos favoráveis à participação de cooperativas em licitações. 6 O posicionamento de alguns tribunais brasileiros. 7 Conclusão. 8 Referências bibliográficas.*

### 1 Introdução

A presente pesquisa científica tem como objetivo geral estabelecer um debate teórico acerca da possibilidade de participação de cooperativas em certames licitatórios. Especificamente pretende-se abordar o tema sob o enfoque constitucional, delimitando o problema teórico nos princípios da legalidade, isonomia e impessoalidade, numa análise comparativa com a legislação infra-constitucional pertinente ao tema ora posto em debate.

A justificativa da escolha do tema encontra-se na sua relevância teórico-pragmática e na necessidade de estabelecimento de um debate acadêmico com a finalidade de contribuir para a reflexão no âmbito judicial, buscando muitas vezes prevenir litígios.

O procedimento licitatório destina-se não somente a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração, mas também a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, como se depreende do art. 3º, *caput*, da Lei 8.666/1993, que estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos e veio regulamentar o art. 37, inciso XXI, da Constituição Brasileira.

Segundo Bandeira de Mello (2004: 73):

o princípio da isonomia ou igualdade dos administrados em face da Administração firma a tese de que esta não pode desenvolver qualquer espécie de favoritismo ou desvalia em proveito ou detrimento de alguém. Há que agir com observância ao princípio da impessoalidade.

No âmbito da licitação, compreende-se tal princípio como a abertura do certame aos interessados, ou melhor, na vedação de qualquer tratamento discriminatório que frustre o caráter competitivo.

Sabidamente, a abertura do certame aos interessados não significa que todos têm direito ilimitado de participação, visto que deve sempre prevalecer o atendimento ao interesse público. Devem ser respeitados os impedimentos legais e as condições mínimas impostas no edital, objetivando, assim, a execução de uma possível contratação. Mas o que fazer quando editais proíbem a participação de cooperativas em licitações, não obstante a inexistência de vedação legal e o fato de poderem ser consideradas habilitadas, nos termos dos arts. 27 a 32 da Lei 8.666/1993? Isso sem atentar para a possibilidade de que tais sociedades podem vir a apresentar, numa licitação, a proposta mais vantajosa para a Administração Pública.

Tal questionamento se mostra interessante pelo fato de ser comum a menção sobre exigências excessivas para o licitante ser considerado habilitado, esquecendo-se das vedações constantes dos editais, que impedem a própria participação.

---

\*Juíza de Direito em Contagem. Pós-graduada em Direito Público pelo Instituto de Educação Continuada da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, em convênio com o Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

Embora a questão referente ao direito das cooperativas participarem ou não de licitações não seja recente, continua suscitando dúvidas e polêmicas. Para tanto, impõe-se destacar, num primeiro momento, o conceito e características de tais sociedades, seguindo de comentários sobre o direito amplo de participação em licitações, dos argumentos contrários e favoráveis ao mencionado direito das cooperativas, findando com as decisões de alguns Tribunais de âmbito estadual e federal sobre o assunto.

Metodologicamente optou-se pela pesquisa teórico-bibliográfica, buscando-se fundamentos teóricos nos principais estudiosos e teóricos do assunto, bem como a realização de pesquisa documental através de levantamento jurisprudencial. No que tange ao procedimento metodológico, adotou-se o método dedutivo, proporcionando condições efetivas de delimitação do problema teórico mediante uma análise microanalítica da temática. Finalmente, no que diz respeito ao procedimento técnico, observa-se a existência de análises temáticas, teóricas e interpretativas, proporcionando uma discussão pautada na crítica científica.

## 2 A existência fática e jurídica das cooperativas

Há notícias de organizações de cooperativas na Fenícia, no antigo Egito, na Grécia e Roma antigas (Bellini Júnior, p. 04). Entretanto, as cooperativas, entendidas como organizações ou sociedades de pessoas, sem fins lucrativos, surgiram na Europa, em resposta ao desemprego gerado pelas inovações da Revolução Industrial. Surgiram, portanto, como uma associação de pessoas que são donas do capital, dos meios de produção, ao mesmo tempo em que são titulares do trabalho, visando à melhoria das condições de vida (Ricciardi, p. 52 e 58).

No Brasil, o primeiro diploma legal a tratar das cooperativas foi o Decreto 976, de 06.01.1903. Entretanto, somente com o Decreto 22.239, editado em 19.12.1932, as cooperativas foram conceituadas como sociedades de pessoas, e não de capitais, podendo ser lucrativas ou não. Atualmente vigora a Lei 5.764, de 16.12.1971, que define a Política Nacional de Cooperativismo e institui o regime jurídico das sociedades cooperativas. Além disso ressaltam-se os arts. 1.093 a 1.096 do Código Civil de 2002<sup>1</sup>, naquilo que a lei especial não dispuser, e da Constituição Brasileira, nos arts. 5º, inciso XVIII<sup>2</sup>, 146, inciso III, alínea c<sup>3</sup>, e 174, parágrafos 2º, 3º e 4º<sup>4</sup>.

Nos termos dos arts. 3º e 4º da Lei 5.764/1971, as cooperativas são sociedades de pessoas, com forma e natureza jurídicas próprias, de natureza civil, não sujeitas à falência, constituídas para prestar serviços a seus associados, de cunho econômico, mas sem fins lucrativos. Têm, portanto, natureza dúplice, ou seja, ao mesmo tempo em que representam uma associação de pessoas, são empresas econômicas, tendo como finalidade a melhoria das condições financeiras de seus associados. Caracterizam-se pela prestação direta de serviços a seus associados, adesão livre, gestão democrática com singularidade de voto, retorno dos excedentes, as chamadas sobras líquidas e não lucros aos associados, proporcionalmente às operações realizadas, desenvolvimento da educação cooperativa, e demais características especificadas nos incisos do art. 4º da Lei 5.764/1971.

As cooperativas podem ser de vários tipos, de consumo, de crédito, agropecuária, de trabalho,

---

<sup>1</sup>Importante ressaltar a preocupação do legislador do novo Código Civil referente ao tratamento das Sociedades Cooperativas, criando-se um capítulo específico para o presente instituto jurídico, sem correspondência no Código Civil de 1916.

<sup>2</sup> A criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento.

<sup>3</sup> Art. 146, inciso III, alínea c: Cabe à lei complementar: III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre: c) adequado tratamento tributário ao ato cooperativo praticado pelas sociedades cooperativas.

<sup>4</sup> Trata-se de um dispositivo legal inserido no título da Ordem Econômica e Financeira, demonstrando o interesse do Estado em estimular o cooperativismo.

de saúde e outros, sempre em razão dos serviços procurados e visando ao atendimento dos objetivos sociais. Na consecução de suas atividades, as cooperativas podem praticar atos cooperativos e atos não cooperativos intrínsecos e extrínsecos (Bellini Júnior, p. 05 e 08). Os atos cooperativos são os realizados entre a cooperativa e os associados ou entre as próprias cooperativas, quando associadas, sempre na consecução dos objetivos sociais, sem intenção de lucro (art. 79 da Lei 5.764/1971 e Bellini Júnior, p. 06). Os atos não cooperativos intrínsecos são os atos comerciais ou civis que as cooperativas realizam com terceiros, sempre no cumprimento dos objetivos sociais, sem geração de lucro, enquanto os extrínsecos são os que têm finalidade econômica de lucro, embora possam ter relação indireta com os objetivos sociais (Bellini Júnior, p. 09, 10 e 11).

Na realidade, existem no Brasil inúmeras cooperativas que vêm contribuindo para o crescimento do Produto Interno Bruto, com atos cooperativos e não cooperativos, sendo eficientes conforme as exigências do mercado. E, sendo legalmente constituídas, dotadas de personalidade jurídica, são suscetíveis de direito, podendo contrair obrigações, como contratar com o Poder Público.

### 3 Participação nos certames licitatórios

Inicialmente, cumpre ressaltar que este tópico compreende a fase de pré-habilitação que está relacionada às condições expostas no edital, resultantes do caráter discricionário<sup>5</sup> dos administradores em prol da execução do contrato, limitado aos impedimentos legais. Contudo, o assunto não será abordado somente no aspecto genérico, mas principalmente em relação às sociedades cooperativas.

Justen Filho (2004: 295), ao tecer comentários sobre as condições de participação em licitações, assevera que:

Esse conjunto de exigências abrange os requisitos de habilitação, mas não se restringe a eles. Existem outras exigências previstas em lei e no ato convocatório que condicionam a admissibilidade da proposta de um licitante. Isso permitiria aludir a condições de participação em sentido amplo, gênero que abrangeria os requisitos de habilitação e as condições de participação em sentido estrito.

Os requisitos de habilitação estão expressos nos arts. 27 a 32 da Lei 8.666/1993. As chamadas condições em sentido estrito, ainda segundo o renomado autor, podem ser formais e materiais. As formais são "aquelas pertinentes ao procedimento que o particular deverá adotar para ser admitido ao certame e ter sua proposta examinada[...] As condições de participação materiais relacionam-se com a possibilidade de o sujeito ingressar na disputa", representando, na verdade, uma fase de pré-habilitação.

A Lei 8.666/1993 não estabelece quais interessados podem participar do procedimento licitatório. No entanto, veda, em seu art. 9º, a participação daqueles que, em vista de sua condição subjetiva, possam comprometer o caráter competitivo do certame, como no caso de servidor da entidade responsável pelo procedimento ou pela contratação, dentre outras hipóteses que estejam ou não previstas legalmente. Da mesma forma, não se pode esquecer daqueles que foram declarados inidôneos para participar de licitações, por punição administrativa ou penal.

É sabido que o interesse público deve sempre prevalecer quando se pretende dar início ao procedimento licitatório. Em respeito a esse princípio constitucional, o administrador poderá fazer exigências no edital, no tocante à atividade do possível licitante, em face de circunstâncias

<sup>5</sup> Importante destacar que a discricionariedade da Administração Pública deve estar sempre atrelada aos princípios da legalidade, supremacia da Constituição, impessoalidade, interesse público e demais princípios constitucionais. A análise da existência ou inexistência do interesse público como *iter* fundamentador dos atos discricionários jamais poderá perpassar pela arbitrariedade do administrador público.

concretas, sempre visando à melhor execução do contrato administrativo. Nesse sentido, cumpre ressaltar que leis específicas podem estabelecer preferências destinadas a proteger determinados setores e a facilitar a aquisição de certos bens, o que deve ser observado nos editais. Entretanto, as exigências e proibições contidas no edital, referentes ao direito de participação no certame, devem, além de respeitar o aspecto legal, ser úteis e necessárias à garantia do cumprimento das obrigações avençadas no contrato.

Em relação às cooperativas, pode-se dizer que não há proibição legal de sua participação em licitações, desde que o objeto licitado tenha relação com a atividade para a qual foram constituídas. Além da Lei 8.666/1993 não estabelecer quem pode licitar, a Lei 5.764, que instituiu o regime jurídico das cooperativas na legislação brasileira, não veda ou restringe a participação de tais sociedades em procedimentos que visem à contratação com a Administração Pública direta e indireta.

As questões referentes à existência de condições previstas no art. 9º da Lei de Licitações e inidoneidade por punição administrativa ou penal devem ser analisadas no aspecto individual, e não coletivo das sociedades cooperativas. Ademais, não se tratando de condições que visam à proteção de determinados setores, não há que se falar em proibição de cooperativas em licitações, a não ser que haja presunção de que não irão executar satisfatoriamente o contrato se vierem a lograr êxito.

A presunção de execução satisfatória do contrato é aferida na fase de habilitação que se refere à comprovação de idoneidade, prevista nos arts. 27 a 32 da Lei de Licitações, compreendendo a comprovação documental da habilitação jurídica, qualificação técnica e econômico-financeira, regularidade fiscal, além do disposto no art. 7º, inciso XXXIII, da Constituição Brasileira<sup>6</sup>.

Para comprovação da habilitação jurídica, as cooperativas necessitam de comprovar que seus atos constitutivos estão inscritos na Junta Comercial do Estado, nos termos do art. 18 da Lei 5.764/1971<sup>7</sup>. A qualificação técnica que consiste na comprovação de experiência anterior, mediante atestados registrados em entidades profissionais, pode ser perfeitamente cumprido pelas cooperativas, visto que podem exemplificar os trabalhos e serviços prestados, semelhantes ao previsto no instrumento convocatório. A capacidade econômica, que corresponde à comprovação de recursos financeiros para garantia da execução do contrato, também pode ser comprovada pelas cooperativas através da exibição de demonstrações financeiras, como balanços e certidões de inexistência de dissolução e liquidação. Por fim, embora gozem de tratamento tributário privilegiado, as cooperativas podem comprovar a regularidade fiscal naquilo que lhes é exigido, não se esquecendo do encargo referente à seguridade social de seus cooperados e empregados e o fundo de garantia por tempo de serviço destes últimos, que devem ser contratados sem infringir a norma constitucional referente ao trabalho de crianças e adolescentes.

Portanto, não havendo vedação legal, inexistindo causas específicas e individuais de exclusão e não podendo presumir, de início, que as cooperativas não cumprirão o contrato administrativo de forma satisfatória, caso sejam vencedoras no certame, os editais não podem proibir sua participação. Entretanto, argumentos vêm sendo defendidos para a exclusão dessas sociedades em procedimentos licitatórios, muitas vezes exaltados como necessários e úteis na manutenção do caráter competitivo.

#### **4 Argumentos contrários à participação de cooperativas em licitações**

---

<sup>6</sup> Art. 7º, inciso XXXIII: proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos.

<sup>7</sup> Depreende-se dos arts. 982, parágrafo único, e 998 do Código Civil vigente que as sociedades cooperativas deverão requerer a inscrição do Contrato Social no Registro Civil das Pessoas Jurídicas do local da sede. Entretanto, nos termos do art. 18 da Lei 5.764/71, o funcionamento das cooperativas depende de inscrição dos atos constitutivos na Junta Comercial do Estado, entendimento que deve prevalecer, considerando que lei de caráter especial prevalece sobre a geral, nos termos do art. 2º, § 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil.

Como já mencionado, não há nenhum diploma legal que proíba as cooperativas de participarem de licitações. Nesse aspecto, há quem defenda que reconhecer tal direito significaria infringir o princípio da legalidade, haja vista que na Administração somente é permitido fazer o que a lei expressamente permite. No entanto, a Constituição Brasileira de 1988, lei fundamental e suprema, estimula o cooperativismo em seu art. 174, § 2º, não podendo um ato administrativo, como um edital, contrariá-la.

Alguns defendem<sup>8</sup> a impossibilidade de as cooperativas participarem de licitações, invocando a tese de que foram constituídas para prestar serviços a seus associados, e não a terceiros, como inclusive preceitua o *caput* do art. 4º da Lei 5.764/1971. Entretanto, os defensores dessa tese se esquecem de que os arts. 85, 86 e 88 do mesmo diploma legal estabelecem que as cooperativas podem fornecer bens e serviços e adquirir produtos de terceiros, além de poderem participar de sociedades não cooperativas. Nesse sentido, cumpre lembrar que tais sociedades podem praticar atos cooperativos e atos não cooperativos. Tendo personalidade jurídica, podem contrair direitos e obrigações, ou seja, contratar com quem quer que seja no atendimento de seus objetivos sociais.

Há também aqueles<sup>9</sup> que alegam que as cooperativas não possuem fins lucrativos; o que seria incompatível com a livre competição na economia de mercado. Realmente, não se pode olvidar que o art. 3º da Lei 5.764/1971 estabelece que as cooperativas não têm como objetivo o lucro. Entretanto, não ter o lucro como objetivo não significa que elas não podem vir a ter lucro em suas operações, mormente quando estejam realizando atos não cooperativos extrínsecos, ou seja, atos que tenham finalidade de lucro e relação indireta com os objetivos sociais. O que não se pode é distribuir os lucros entre os associados, nos termos do art. 24, § 3º, do mesmo texto legal<sup>10</sup>.

Cumpre ressaltar que o fato de estarem gerando lucro por atos mercantis não leva à descaracterização da sociedade como cooperativa. Faz-se necessário avaliar cada caso específico, para saber se estão desvirtuando completamente as finalidades para as quais foram constituídas, principalmente porque podem realizar atos cooperativos em prol de seus cooperados, além dos que geram lucros. Por oportuno, insta salientar que as cooperativas não sofrem mais fiscalização estatal, nos termos do art. 5º, inciso XVIII, da Constituição Brasileira. Entretanto, podem ser penalizadas com a rescisão unilateral do contrato quando comprovada a alteração do estatuto social ou a modificação de sua finalidade que venha a prejudicar a execução do contrato (art. 78, inciso XI, da Lei 8.666/1993).

Outros<sup>11</sup> invocam o princípio da igualdade para o fim de permitir a participação de cooperativas em licitações. No entanto, há quem o utiliza para justificar a exclusão das cooperativas dos certames. Argumentam que as cooperativas teriam mais vantagens pelo fato de terem privilégios

<sup>8</sup> Importante destacar que na Consulta nº 656.094, do Tribunal de Contas de Minas Gerais, o Conselheiro Moura e Castro invocou a tese de que as cooperativas foram constituídas para prestação de serviços a seus associados, e não a terceiros, chegando a mencionar decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, proferida nos autos da Apelação Cível nº 000161539-2/00, no mesmo sentido. Entretanto, cumpre ressaltar que a posição atual majoritária do TJMG é pela possibilidade de as cooperativas participarem de licitações, o que ainda será abordado.

<sup>9</sup> Tal informação consta do livro *Licitações e Contratos Administrativos para Empresas Privadas*, de Luiz Gustavo Rocha Oliveira e Fernando Antônio Santiago Júnior, 2004, p. 52. Ressalte-se que os autores mencionam o posicionamento após destacar as Consultas nºs 249.3845-95, 439.155 e 439.267, do Tribunal de Contas de Minas Gerais.

<sup>10</sup> Art. 24, § 3º, da Lei 5.764/1971: "É vedado às cooperativas distribuírem qualquer espécie de benefício às cotas-partes do capital ou estabelecer outras vantagens ou privilégios, financeiros ou não, em favor de quaisquer associados ou terceiros, excetuando-se os juros até o máximo de 12% (doze por cento) ao ano, que incidirão sobre a parte integralizada".

<sup>11</sup> Algumas decisões do TJMG têm invocado o princípio da igualdade para permitir a participação de cooperativas em licitações. Nesse sentido, cumpre transcrever a seguinte ementa: "Constitucional e Administrativo. Licitação. Cooperativa. Participação. Isonomia. - Em procedimento licitatório, a Administração deve assegurar a isonomia, ampliando a participação dos interessados e, conseqüentemente, a possibilidade da escolha mais adequada e vantajosa, a teor do art. 37, XXI, da CF. Se a cooperativa atende aos requisitos contidos na Lei nº 8.666/93, o impedimento de sua participação em licitação, não previsto no ordenamento jurídico, vulnera o princípio da igualdade e constitui medida odiosa a restrição à natureza competitiva daquele procedimento. Confirma-se a sentença no reexame necessário (Apelação Cível nº 000.295.747-0/00, Relator: Exmo. Sr. Des. Almeida Melo, 20.03.2003). O TCMG vem-se posicionando de forma contrária, alegando o princípio da igualdade para impedir a participação de cooperativas em licitações, como na Consulta nº 68.3425, analisada na sessão do dia 11.02.2004, que foi instruída com cópia da decisão acima do TJMG, e nas Consultas nºs 439.155, 459.267 e 656.094, como será oportunamente exposto.

principalmente no campo tributário. É bem verdade que alguns atos praticados pelas cooperativas não serão tributados, podendo ocorrer a tributação dos cooperados pela distribuição das sobras quando estiver caracterizado acréscimo patrimonial. Assim, realmente poderão oferecer menores preços. Contudo, não se podem discriminar as cooperativas por benefícios fiscais concedidos legalmente; caso contrário, a restrição deverá ser estendida às micro e pequenas empresas, que também gozam de benefícios no campo tributário.

Caso as cooperativas se comportem como um agente econômico, o que vem sendo comum, devem sujeitar-se ao mesmo regime tributário das empresas mercantis. Nesses termos, mostra-se apropriado o comentário de Justen Filho (2004:305):

Quando e se a cooperativa atuar como unidade empresarial semelhante a qualquer sociedade, não há cabimento nem sentido em atribuir-lhe tratamento especial e privilegiado. Não se pode admitir que a mera invocação da existência de uma cooperativa seja suficiente para incidência de regime de proteção, especialmente quando a cooperativa esteja atuando em moldes idênticos aos de qualquer empresa.

Outra questão tormentosa refere-se à existência ou não de vínculo trabalhista com os cooperados e empregados na situação de contratação das cooperativas pela Administração Pública para a execução do objeto contratual. Prescreve o art. 90 da Lei 5.764/1971 que não existe vínculo empregatício entre a cooperativa e seus associados. No entanto, a contratação de empregados sujeita a cooperativa às mesmas obrigações de outros empregadores. Mas o que ocorre quando a Administração Pública é demandada por parcelas devidas pela cooperativa a título de verbas trabalhistas?

Primeiramente, deve-se frisar que, se há obrigação da contratante por verbas trabalhistas devidas pela contratada, estas seriam não apenas quando se tratar de cooperativas em débito, mas também de contratadas outras que podem tornar-se inadimplentes.

Preceitua o art. 71 da Lei 8.666/1993 que a Administração não responde pelos encargos trabalhistas e fiscais resultantes da execução do contrato, respondendo solidariamente somente em relação aos encargos previdenciários. Entretanto, a Resolução nº 96/2000, do Tribunal Superior do Trabalho, modificou o Enunciado nº 331, incluindo a Administração Pública no rol de responsáveis subsidiários pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas. E, como observa o Ministro Relator Benjamin Zymler, no Processo nº 012.485/2002-9, do Tribunal de Contas da União, ao mencionar sobre referida modificação do enunciado, pelo TST, na apreciação do incidente de uniformização de jurisprudência suscitado no Processo nº TST-IUJ-RR-297.751/96:

Procurou-se evidenciar que o descumprimento das obrigações, no caso em concreto analisado, decorreu também de omissão ou irregularidade da própria Administração, que não teria atendido ao dever de fiscalização do contrato. Daí a responsabilização do ente público.

Não obstante o TST ter-se posicionado pela responsabilização da Administração Pública no caso de sua omissão ou irregularidade ao não fiscalizar o cumprimento das obrigações contratuais assumidas pelo contratado, cooperativa ou qualquer outro, o certo é que continua em vigor a determinação em contrário contida no § 1º do art. 71 da Lei 8.666/1993<sup>12</sup>. Por oportuno, cumpre mencionar que a Consolidação das Leis Trabalhistas, em seu art. 442, parágrafo único, preceitua inexistir vínculo empregatício entre as cooperativas e seus associados e entre estes e os tomadores de serviço.

A questão referente a possível responsabilização da Administração Pública no âmbito tra-

---

<sup>12</sup> O presente dispositivo legal estabelece a impossibilidade de responsabilização da Administração Pública por créditos trabalhistas, em caso de inadimplência do contratado, seja cooperativa ou outra entidade.

balhista é sempre associada ao fato de existirem cooperativas de prestação de serviços, constituídas de forma irregular, para arrematar trabalhadores para empresas ou para locar mão-de-obra de seus associados. Tal conduta se afasta do objetivo previsto no estatuto social e infelizmente vem infringindo a legislação trabalhista. Contudo, não se pode excluir o direito de todas as cooperativas de participarem de licitações, somente porque algumas vêm sendo constituídas de forma fraudulenta, burlando os ditames legais. Cabe à Administração fiscalizar os documentos comprobatórios apresentados na fase da habilitação e a própria execução do contrato, e não impedir, de forma geral, a contratação de cooperativas.

Como se percebe, mostram-se discutíveis e frágeis os fundamentos contrários à participação das cooperativas em licitações, o que restará mais claro com a exposição das teses favoráveis ao mencionado direito.

## 5 Argumentos favoráveis à participação de cooperativas em licitações

As cooperativas, reconhecidas como sociedades civis, dotadas de capacidade jurídica, são titulares de direitos e obrigações, podendo contratar com a Administração Pública. E, na defesa desse direito, algumas teses são argüidas, como a seguir será demonstrado.

O princípio da legalidade também é invocado para fundamentar a participação das cooperativas nas licitações. A Administração não pode criar proibições não estipuladas pela Lei de Licitações e pela Lei das Cooperativas, que, como já anteriormente mencionado, não impõem qualquer restrição. Bandeira de Mello (2004:93), ao dissertar sobre o princípio da legalidade, preleciona:

Logo, a Administração não poderá proibir ou impor comportamento algum a terceiro, salvo se estiver previamente embasada em determinada lei que lhe faculte proibir ou impor algo a quem quer que seja. Vale dizer, não lhe é possível expedir regulamento, instrução, resolução, portaria ou seja lá que ato for para coartar a liberdade dos administrados, salvo se em lei já existir delineada a contensão ou imposição que o ato administrativo venha a minudenciar.

A Constituição de 1988 apóia e estimula o cooperativismo, além de facilitar a constituição e funcionamento das cooperativas, nos termos dos arts. 174, § 2º, e 5º, inciso XVIII, respectivamente. Assim, não havendo vedação legal e tendo a proteção constitucional, as cooperativas não podem ter seu direito tolhido, por disposições contidas no edital que se mostrem inúteis e desnecessárias.

Os privilégios concedidos às cooperativas são de natureza legal, portanto não podem ser invocados para impedi-las de participar de licitações. E, como bem observa Rigolin (2001:110):

a Lei de Licitações não permite ao Poder Público ingressar em particularidades desta ou daquela espécie de sociedade, como os encargos a que cada qual se sujeita, ou como quanto à natureza de cada uma, para o fim de *a priori* impedir a participação de quem quer que seja.

Portanto, seja uma cooperativa, uma microempresa, ou mesmo uma empresa de grande porte, o edital não pode impor restrições de participação, invocando a natureza ou os privilégios de cada uma, a não ser que tal restrição seja imprescindível à garantia da execução do contrato.

Além daqueles que defendem de forma veemente a participação das cooperativas, há correntes que condicionam tal direito, como a seguir será demonstrado.

Marçal Justen Filho (2004:306) defende ser possível a participação de cooperativa em licitação quando o objeto licitado se enquadrar na atividade direta e específica para a qual foi constituída, sendo caso de inabilitação quando comprovado o contrário ou houver caráter especulativo.

Embora respeite a opinião do renomado autor, dada de forma genérica, não se pode esque-

cer que se deve analisar caso a caso e que algumas cooperativas podem não estar atuando de forma irregular, praticando atos cooperativos e atos não cooperativos que gerem lucros e tenham relação indireta com o objetivo social. Dessa forma, poderá chegar-se à conclusão sobre o desvio ou não do regime cooperativo e possível enquadramento na legislação da sociedade civil ou comercial que restou caracterizada.

Entendem alguns que deve ser exigida a equalização das propostas das cooperativas em face das propostas dos demais licitantes, acrescentando a seus preços a carga tributária suportada pelos demais que não gozam de privilégios, nos moldes preceituados no art. 42, § 4º, da Lei 8.666/1993. Isso, segundo os defensores, atingiria a igualdade entre os proponentes. O *Boletim de Licitações e Contratos* (citado por Motta, 2002) posicionou-se inicialmente pela exigência da equalização das propostas, sendo que atualmente mantém o seguinte posicionamento:

[...] é possível a participação nos certames licitatórios de cooperativas regularmente constituídas, não sendo necessária a citada equalização das propostas, visto que, se a lei concedeu às cooperativas alguns benefícios, sobretudo de natureza tributária, não cabe à Comissão de Licitação criar mecanismos não previstos em lei para realizar o julgamento das propostas que a ela foram apresentadas. Corroborar esse entendimento o Tribunal de Contas do Paraná, conforme decisão publicada no *BLC*, 9/98, p. 452.

Certamente, se a Administração começar a exigir a equalização de propostas das cooperativas, também terá que exigir das micro e pequenas empresas e de outras que gozem ou venham a gozar de privilégios fiscais, o que tornará o procedimento licitatório muito mais complexo e de difícil operacionalização.

Há que destacar, ainda, a corrente que defende a participação de cooperativas em certames, desde que não atuem como locadoras de mão-de-obra, o que, segundo ela, é atividade estranha ao cooperativismo. Convém lembrar que tal assunto já foi discutido na parte final do tópico anterior. Entretanto, apenas para finalizar a questão, faz-se necessário salientar que tal posição visa a impedir também a contratação de servidores sem concurso público. No entanto, é perfeitamente possível a contratação de terceiros para cumprimento de atividade-meio e não fim do Estado. Isso afasta qualquer afronta à legislação administrativa. Depois, o cooperativismo motiva os indivíduos a procurar o atendimento de suas necessidades em solidariedade às dos demais, o que pode ser perfeitamente encontrado na cooperativa que atende a seus objetivos sociais, disponibilizando a mão-de-obra de seus cooperados.

Nota-se, portanto, que não há fundamento plausível para a proibição ou limitação do direito de as cooperativas participarem de procedimentos licitatórios, posição que vem sendo adotada por alguns tribunais brasileiros, embora outros ainda sejam contrários a esse direito.

## 6 O posicionamento de alguns tribunais brasileiros

Na impossibilidade de fazer menção às decisões de todos os tribunais do Brasil sobre a participação ou não de cooperativas em licitações, serão abordados os posicionamentos do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, que engloba a Seção Judiciária de Minas Gerais, do Tribunal de Contas de Minas Gerais e do Tribunal de Contas da União.

Analisando as decisões do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, conclui-se que a posição atual é favorável à participação de cooperativas em licitações. Nesses termos, podem ser mencionados os Processos nºs 1.0145.02.001521-3/001(1), da Terceira Câmara Cível, publicado em 28.09.2004; 1.0459.03.015845-3/001(1), também da Terceira Câmara Cível, publicado em 20.08.2004 e 1.0000.00.298989-5/000(1), da Sétima Câmara Cível, publicado em 07.11.2003.

Registre-se que, no Processo nº 1.000.00.298989-5/000(1), referente a um mandado de

segurança impetrado por uma cooperativa, que teve deferido em duas instâncias o direito de participar de um certame, foram transcritos trechos do entendimento de Marcos Juruena Villela Souto, que bem demonstra a posição do TJMG sobre a participação de cooperativas de prestação de serviços:

[...] se a lei não veda a constituição de cooperativas cuja atividade primordial seja a prestação de serviços a terceiros, não cabe ao administrador discricionariamente excluí-las do procedimento licitatório para contratos dessa espécie nem efetuar equiparações ou compensações sem expressa determinação legal.

Embora a posição atual seja favorável à participação de cooperativas em licitações, nem sempre o TJMG assim decidiu. Nos autos do Processo nº 1.0000.00.161539-2/000(1), a Quinta Câmara Cível decidiu pela reforma da sentença no mandado de segurança, denegando a ordem, sob o argumento de que as cooperativas gozam de benefícios, o que afrontaria o princípio da igualdade, além de não poderem prestar serviços a terceiros e terem como objetivo o lucro. Entretanto, tal posicionamento não é o atualmente adotado.

Não se pode dizer que, no Tribunal Regional Federal da 1ª Região, haja uma posição unânime sobre o fato de as cooperativas participarem ou não de licitações. Como favoráveis a esse direito de forma genérica, pode-se mencionar o Processo nº 1999.34.00.033378-5/DF, referente a uma Apelação em Mandado de Segurança-AMS, publicado no *DJ* de 16.10.2003, e Processo nº 2000.34.00.047467-8/DF, referente a Remessa *Ex Officio*-REO, publicado em 25.10.2002, no *Diário do Judiciário*, sob o argumento de que haveria afronta aos princípios da ampla concorrência e isonomia, além de inexistir vedação legal. Por outro lado, há posição contrária ao referido direito no tocante às cooperativas de prestação de serviços, o que pode ser exemplificado através dos Processos nºs 2003.01.00.023098-3/DF, publicado no *DJ* de 06.12.2004, e 2003.01.00.023353-0/DF, publicado no *DJ* de 17.11.2003, referentes a Agravos de Instrumento - AG, sob a alegação de que há afronta à legislação trabalhista.

O Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, em decisões recentes, tem-se manifestado pela impossibilidade de participação de cooperativas em licitações, como nas Consultas de nº 683.425, formulada pela Companhia de Habitação do Estado de Minas Gerais, em sessão do dia 11.02.2004, e nº 656.094, formulada pelo Prefeito do Município de Varginha, em sessão do dia 28.08.2002, e outras como as de nºs 439.155, 639.693, 249.384 e 459.267. O fundamento é que a participação de cooperativas ofende o princípio constitucional da igualdade entre os licitantes.

Embora o posicionamento do TCMG seja pela proibição genérica das cooperativas em procedimentos licitatórios, analisou-se, na Consulta nº 656.094, a contratação de cooperativas de prestação de serviços. Nessa consulta, restou concluído que as cooperativas de trabalho são intermediárias de mão-de-obra, o que afronta a legislação trabalhista e implica responsabilidade subsidiária do Poder Público contratante.

Por oportuno, convém mencionar que muitos administradores mineiros têm realizado consultas ao TCMG e conseqüentemente vêm impondo restrições às cooperativas nos certames, que têm que recorrer ao Judiciário para tentar reverter tal proibição.

O Tribunal de Contas da União, ao contrário, tem entendido que as entidades devem abster-se de incluir, nas licitações que promoverem, vedação à participação de cooperativas, ressalvados os casos em que o objeto social destas seja incompatível com o objeto do certame respectivo. Como exemplo, podem ser citados os Processos nºs 012.485/2002-9, publicado no *DOU* em 05.02.2003, e 014.030/2002-8, publicado no *DOU* também de 05.02.2003.

Nos feitos acima mencionados, foram analisadas as contratações de cooperativas de prestação de serviços, concluindo que compete à Administração a fiscalização da atuação do con-

tratado e acompanhar, no caso das cooperativas, o respeito às normas que as regem e não incluir cláusula impeditiva de participação em certames, embora o TCU tenha mostrado preocupação com a existência de cooperativas de fachada, como analisado no Processo nº 018.205/2002-4.

## 7 Conclusão

O direito das cooperativas de participarem de licitações públicas parece plausível na medida que inexistente vedação legal e a Constituição Brasileira estimula o cooperativismo. Inobstante tal fato, nota-se que os agentes públicos, no uso de seu poder discricionário, vêm impedindo esse direito, mediante argumentos que muitas vezes se mostram inúteis e desnecessários ao atendimento do interesse público.

É bem verdade que algumas cooperativas vêm sendo constituídas em total afronta às características que são próprias das referidas sociedades. Entretanto, o impedimento, de forma geral, constante dos editais, vem-se mostrando inadequado e desproporcional, ferindo os princípios constitucionais, quando há caminhos outros para combater as chamadas cooperativas de fachada. Principalmente se considerarmos o grande número de cooperativas existentes e o papel que desempenham em prol dos cooperados e da economia.

Embora os argumentos favoráveis ao direito de as cooperativas participarem de licitações sejam mais contundentes e coerentes que os argumentos contrários, os posicionamentos de alguns tribunais vêm divergindo. Tais divergências, próprias de julgadores, vêm fazendo com que administradores e responsáveis pelos procedimentos licitatórios continuem a impor restrições às cooperativas, mesmo que possam vir a apresentar a proposta mais vantajosa para a Administração Pública. Certamente tal questão continuará a suscitar dúvidas e polêmicas no mundo jurídico.

## 8 Referências bibliográficas

BELLINI JÚNIOR, João. Sociedades cooperativas - regime jurídico e aspectos tributários. *Revista de Estudos Tributários*, n. 4, p. 5, nov./dez. 1998. Disponível em: *Juris Síntese Millennium*. São Paulo: Síntese, n. 47, maio/jun. 2004.

BRASIL. Lei nº 5.764, de 16 de dezembro de 1971. Define a Política Nacional de Cooperativismo, institui o regime jurídico das sociedades cooperativas e dá outras providências. Disponível em: *Juris Síntese Millennium*. São Paulo: Síntese, n. 47, maio/jun. 2004.

BRASIL. Lei 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: BRASIL. *Constituição Federal*: coletânea de legislação administrativa. 4. ed. ver., atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: BRASIL. *Constituição Federal*: coletânea de legislação administrativa. 4. ed. ver., atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 10. ed. São Paulo: Dialética, 2004.

MARCHI, Ricardo Sordi. Cooperativa no Código Civil de 2002. *Revista de Estudos Tributários*, n. 29, p. 153, jan./fev. 2003. Disponível em *Juris Síntese Millennium*, São Paulo: Síntese, n. 47, maio/jun. 2004.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. O contrato administrativo e as cooperativas. *Síntese Trabalhista*, n. 156, p. 124, jun. 2002. Disponível em: *Juris Síntese Millennium*. São Paulo: Síntese, n. 47, maio/jun. 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MORAES MELLO, Alexandre de. *Direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas licitações e contratos*. 9. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

OLIVEIRA, Luiz Gustavo Rocha; SANTIAGO JÚNIOR, Fernando Antônio. *Licitações e contratos administrativos para empresas privadas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

RICCIARDI, Luiz; LEMOS, Roberto Jenkins de. *Cooperativa, a empresa do século XXI*. São Paulo: LTr, 2000.

RIGOLIN, Ivan Barbosa. *Comentando as licitações públicas*. Rio de Janeiro: Temas & Idéias, 2001.

[www.tce.mg.gov.br](http://www.tce.mg.gov.br) . Acesso em 05.01.2005 e 30.01.2005.

[www.tcu.gov.br](http://www.tcu.gov.br). Acesso em 05.01.2005 e 30.01.2005.

[www.tjmg.gov.br](http://www.tjmg.gov.br). Acesso em 04.01.2005.

[www.trf1.gov.br](http://www.trf1.gov.br). Acesso em 29.01.2005.

-...-



*Sumário: 1 Introdução. 2 Definição. 3 Breve histórico. 4 Natureza jurídica. 5 Compatibilidade das suspensões com a Constituição Federal. 6 Da necessidade de, em sede de suspensão, se proceder a um exame, ainda que perfunctório, das teses agitadas na ação principal. 7 Conclusão. 8 Referências bibliográficas.*

## 1 Introdução

O presente artigo tem por objetivo abordar a discussão em torno da compatibilidade das suspensões de liminares, de tutelas e de sentenças proferidas contra o Poder Público com a Constituição Federal e a necessidade de, em sede de suspensão, se proceder a um exame, ainda que perfunctório, das teses apresentadas na ação principal.

Não se pretende aqui, até mesmo pela limitação do espaço, esgotar o assunto, mas apenas inflar as velas do debate sobre estes dois pontos polêmicos que, ainda hoje, insistem em emergir nos autos de pedidos desta natureza.

A escassez de obras dedicadas exclusivamente à problemática das suspensões de execução de decisões judiciais, que vem merecendo, aqui e ali, algumas poucas linhas, avoluma a importância do presente trabalho.

O tema proposto, além de sedutor e complexo, é de grande utilidade não só para juízes, desembargadores, promotores, procuradores, assessores jurídicos e demais bacharéis que laboram no campo do Direito Público, como para os que militam na advocacia privatista que não podem descartar a possibilidade de, em feitos por eles patrocinados, ter a eficácia de uma decisão judicial que lhes é favorável suspensa com fulcro no instituto objeto do estudo que ora se inicia.

## 2 Definição

A suspensão de execução de decisão judicial é um instrumento jurídico posto à disposição da administração pública para que esta possa pleitear junto ao presidente do tribunal, competente para conhecer do respectivo recurso, a concessão de uma contracautela destinada a sobrestar a execução de liminar ou de sentença proferidas em determinadas ações, bem como a execução de qualquer tutela antecipada concedida contra o Poder Público, para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

Importante destacar, desde logo, que a suspensão não é sucedâneo de recurso e que o provimento da mesma se cinge a suspender os efeitos da decisão proferida contra o Poder Público; nem reforma, nem cassa, a decisão subsiste, embora, temporariamente, tolhida na sua eficácia.

O pedido de suspensão é gênero de que são espécies: as suspensões de liminar e de sentença proferida em mandado de segurança (art. 41 da Lei nº 4.348/64), a suspensão de liminar concedida em ação cautelar (art. 41 da Lei nº 8.437/92), a suspensão de sentença proferida em

---

\* Servidora do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, atualmente lotada na Assessoria da Presidência. E-mail: silvanatlima@tjmg.gov.br

ação cautelar inominada, ação popular e ação civil pública (§1º do art. 41 da Lei nº 8.437/92), a suspensão de liminar concedida em ação civil pública (§ 1º do art. 12 da Lei nº 7.347/85), a suspensão de tutela antecipada (art. 1º da Lei nº 9.494/97 c/c art. 4º da Lei nº 8.437/92) e a suspensão de sentença proferida em *habeas data* (art. 16 da Lei nº 9.507/97).

Nos termos do art. 4º da Lei nº 4.348/64 e do § 1º do art. 12 da Lei 7.347/85, possui legitimidade ativa para requerer o pedido de suspensão a "*pessoa jurídica de direito público interessada*", ou seja, União, Estados, Distrito Federal, Municípios, autarquias e fundações públicas.

A doutrina e a jurisprudência, interpretando extensivamente o referido dispositivo, estenderam a referida legitimidade às empresas públicas e às sociedades de economia mista, quando, no exercício de função delegada do Poder Público, tenham que suportar os efeitos da decisão.

Embora a jurisprudência de nossos tribunais se tenha sedimentado no sentido de se admitir a legitimidade ativa do Ministério Público<sup>1</sup> para todas as espécies de suspensões, no campo doutrinário, esta questão é ainda fonte de controvérsias, advertindo alguns que a presença do Ministério Público, como agente provocador do pedido suspensivo, se dará somente quando autorizada em lei (hipóteses da Lei nº 8.437/92) e mesmo assim por inexplicável inércia da pessoa jurídica interessada e, sempre, em substituição.

Advirta-se ainda que, nos termos da legislação apontada, fala-se em "*requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada*", ou seja, mesmo que não seja parte na ação, a pessoa jurídica de direito público pode requerer o pedido de suspensão.

De acordo com as Leis nºs 4.348/64 (art. 4º), 7.347/85 (§1º do art. 12) e 8.437/92 (art. 4º), compete exclusivamente ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, apreciar o pedido de suspensão.

Um dos problemas encontrados na fixação da competência estaria no caso de suspensões contra decisões liminares de relatores nos tribunais inferiores (estaduais ou federais), que, a par de desafiarem o recurso de agravo regimental inserto em todos os Regimentos dos Tribunais inferiores, devem ser dirigidas aos Presidentes dos Tribunais Superiores: do STF, se a questão for constitucional, ou do STJ, se a questão for infraconstitucional<sup>2</sup>.

Com efeito, ainda que no caso da ação mandamental esta determinação decorra da própria lei (art. 25 da Lei nº 8.038/90<sup>3</sup>), controvertida é a questão quando se tratar das demais espécies de suspensões, pois, nos termos da lei, tratando-se de tutela antecipada ou liminar concedida em última instância pelo relator, por exemplo, quando se concede efeito suspensivo ativo a agravo de instrumento, que desafia o agravo inominado, presente no art. 557, § 1º, do CPC, para o próprio Tribunal do qual o relator faz parte, deveria o presidente deste Tribunal apreciar o efeito suspensivo<sup>4</sup>.

No entanto, não tem sido este o entendimento de alguns tribunais, *v. g.*, ficou decidido na Suspensão de Segurança nº 2001.01.00.024212-7/DF pelo Juiz Tourinho Neto na Presidência do TRF 1ª Região, *verbis*:

---

<sup>1</sup> Como vimos, a Lei nº 8.038/90 ampliou o leque de legitimados. Posteriormente, a Lei nº 8.437/92 também incluiu o Ministério Público no rol de legitimados para requerer a suspensão.

<sup>2</sup> VILLELA, p. 71.

<sup>3</sup> Salvo quando a causa tiver por fundamento matéria constitucional, compete ao Presidente do Superior Tribunal de Justiça, a requerimento do Procurador-Geral da República ou da pessoa jurídica de direito público interessada, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública, suspender, em despacho fundamentado, a execução de liminar ou de decisão concessiva de mandado de segurança, proferida, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados e do Distrito Federal.

<sup>4</sup> RODRIGUES, p. 113.

Tem o Presidente competência para suspender liminar concedida pelo Juiz relator do seu próprio Tribunal?

Não são poucos os casos de suspensão de liminar pelo Presidente do Tribunal a que integra o relator que concedeu a liminar. Na doutrina, encontramos o entendimento de Roy Reis Friede, em seu livro *Medidas Liminares em Matéria Tributária*, 2. ed., Rio de Janeiro: FU, 1995, p. 298. Cita esse autor, inclusive decisão jurisprudencial. O Supremo Tribunal Federal, no entanto, ao apreciar a Reclamação 443-PI, decidiu que da decisão concessiva de liminar em mandado de segurança pelo relator cabe pedido de suspensão para o Supremo Tribunal Federal, quando se tratar de matéria constitucional, ou para o Superior Tribunal de Justiça, se se cuidar de questão infraconstitucional.

Não tem o Presidente do Tribunal poder de reformar provimento jurisdicional proveniente de integrante do próprio Tribunal. (Publicada no *Diário da Justiça*, 22.6.2001, seção 2, p. 27.)

Feitas essas considerações, via de regra, o julgamento do pedido de suspensão requerido contra liminar, tutela antecipada ou segurança concedida por juiz estadual (exceção quando o mesmo atua como juiz federal, como se dá no caso do art. 109, § 3º, da CF) ou federal, compete ao presidente do TJ ou do TRF, respectivamente, e, tratando-se de decisão liminar, de tutela antecipada ou de sentença proferida por desembargador no TJ ou no TRF, originariamente ou em grau de recurso, compete aos presidentes dos Tribunais Superiores: do STF, se a questão for constitucional, ou do STJ, se a questão for infraconstitucional.

### 3 Breve histórico

Apesar do aspecto histórico não constituir o melhor critério para interpretar uma norma, não podemos relegar, pelo menos no campo doutrinário, a importância de se conhecer a origem e a evolução de um instituto.

Por isso, para melhor compreensão do tema proposto, passo a um esboço histórico das suspensões.

A possibilidade da suspensão da eficácia de decisão judicial em hipóteses excepcionais e a pedido do ente público teve inspiração no Direito Romano<sup>5</sup>, notadamente, na *intercessio* do período formulário<sup>6</sup>.

Segundo Marcelo Abelha Rodrigues, a *intercessio* "consistia no veto que um magistrado fazia à execução de um ato ordenado por outro. Assim, por esse instituto, um juiz de igual ou superior hierarquia deveria suspender a execução de um ato prolatado por outro magistrado"<sup>7</sup>.

No Brasil, o pedido de suspensão teve sua origem atrelada ao mandado de segurança.

Ensina Gilberto Etchaluz Villela<sup>8</sup> que a Constituição Federal de 1934, em seu art. 113, introduziu o mandado de segurança em nosso ordenamento jurídico e que a Lei Federal nº 191, de 16.01.36<sup>9</sup>, pretendendo regular o referido instituto, apresentou, em seu bojo, artigo dispondo que:

<sup>5</sup> RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Suspensão de segurança*, p. 72. Ressalta, também, que o pedido de suspensão existe de forma similar na Argentina, como *Acción de Amparo*; na Áustria; na Costa Rica; na Suíça e até em países da *commom law*.

<sup>6</sup> Período formulário: de 149 a.C. a 200 ou 209 d.C., mais ou menos. Surgiu como consequência, primeiro, de uma lei denominada *Aebutia*, que suprimiu na quase totalidade os procedimentos do período anterior (período das *legis actione*) e os substituiu por outros menos ritualísticos ou formais, os das *formulae*; e, a seguir, de duas Leis Júlias, conhecidas como *Lex Julia iudiciorum privatorum* e *Lex Julia iudiciorum publicorum*, que completaram a alteração de procedimentos.

<sup>7</sup> RODRIGUES, p. 72.

<sup>8</sup> VILLELA, Gilberto Etchaluz. *A suspensão das liminares e das sentenças contra o Poder Público*, p. 29.

<sup>9</sup> Lei que regulou, segundo constava de sua própria ementa, "o processo do mandado de segurança".

Art. 13. Nos casos do art. 8º, § 9º, e art. 10, poderá o presidente da Corte Suprema, quando se tratar de decisão da Justiça Federal, ou da Corte de Apelação, quando se tratar de decisão da Justiça local, a requerimento do representante da pessoa jurídica de direito público interno interessada, para evitar lesão grave à ordem, à saúde ou à segurança pública, manter a execução do acto impugnado até o julgamento do feito, em primeira ou em segunda instâncias<sup>10</sup>.

A concepção inicial era a de manutenção do ato impugnado no *writ*, e não da suspensão da eficácia da decisão judicial, como hoje se tem.

Importante registrar que os aludidos dispositivos, § 9º do art. 8º<sup>11</sup> e art. 10<sup>12</sup> da Lei nº 191/36, tratam justamente de decisões que corresponderiam hoje, respectivamente, à liminar e à sentença de mérito a serem proferidas em sede de mandado de segurança.

A Constituição Federal de 1937, de contornos nitidamente autoritários, nada dispôs sobre o mandado de segurança. No entanto, o Código de Processo Civil de 1939 ripristinou o aludido instituto, destinando, desta feita, dispositivo para autorizar nas hipóteses excepcionais, ali especificadas, a execução do ato impugnado, verbis:

Art. 328. A requerimento do representante da pessoa de direito público interessada e para evitar lesão grave à ordem, à saúde, ou à segurança pública, poderá o presidente do Supremo Tribunal Federal ou do Tribunal de Apelação, conforme a competência, autorizar a execução do ato impugnado.

Nessa nova acepção, diferentemente do que dispunha a Lei nº 191/36, que se limitava à manutenção dos atos obstados por decisões proferidas pela Justiça Federal ou pela Corte de Apelação, abria-se, agora, a possibilidade de, em caso de deferimento do requerimento em questão, serem executados (e não mais mantidos) os atos administrativos que tiveram sua eficácia suspensa, não apenas por decisão de segunda, mas também de primeira instância.

Ampliou-se, igualmente, a competência para conhecer do referido "requerimento", que passou a ser, dependendo da instância de origem da decisão que obstara a execução do ato administrativo impugnado, não só do presidente do Supremo Tribunal Federal, como dos presidentes dos Tribunais de Apelação.

Com a Carta Magna de 1946, que veio a consolidar a redemocratização do País, o mandado de segurança, como importante instrumento deste processo, voltou a ser incluído no texto constitucional, desta vez, praticamente com os mesmos contornos com que é hoje conhecido.

A Lei nº 1.533, de 31.12.51, pelo que consta de sua própria ementa, teve por escopo alterar disposições do Código de Processo Civil relativas ao mandado de segurança.

Não se pode esquecer que o Código de Processo Civil então em vigor era o de 1939, que previa, como já analisado, em seu artigo 328, a possibilidade de, a requerimento do representante da pessoa de direito público interessada e para evitar lesão grave à ordem, à saúde, ou à segurança públicas, serem executados os atos administrativos anteriormente sobrestados por decisões judiciais.

Essa observação é importante, porque a Lei nº 1.533/51 passou, no que diz respeito às suspensões, apenas, a prever a possibilidade de recurso da decisão que deferisse o pedido suspensivo, tanto que, a par de trazer pela primeira vez a expressão "suspensão da execução", as hipóteses que dariam suporte ao pedido e ao deferimento da suspensão seriam aquelas elencadas no art. 328 do CPC de 1939.

---

<sup>10</sup> Pesquisa realizada no site: <http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral> em 26.02.2005.

<sup>11</sup> "Quando se evidenciar, desde logo, a relevância do fundamento do pedido, e decorrendo do acto impugnado lesão grave irreparável do direito do impetrante, poderá o juiz, a requerimento do mesmo impetrante, mandar, preliminarmente sobrestar ou suspender o acto aludido" (art. 8º, § 9º, da Lei nº 191/36).

<sup>12</sup> "Julgando procedente o pedido (...)" (art. 10 da Lei nº 191/36). A seguir fixava providências que deveriam ser tomadas pelo juiz para fiel cumprimento da decisão judicial.

Eis, em sua literalidade, como ficou redigida aludida inovação:

Art. 13. Quando o mandado for concedido e o presidente do Supremo Tribunal Federal, do Tribunal Federal de Recursos ou do Tribunal de Justiça ordenar ao juiz a suspensão da execução da sentença, desse seu ato caberá agravo de petição para o Tribunal a que presida.

Posteriormente, foi editada a Lei nº 4.348, de 26.06.1964, que, aproveitando alguns conceitos introduzidos pela legislação anterior, veio a traçar, em seu artigo 4º, as linhas mestras das suspensões de segurança<sup>13</sup>, nos moldes em que hoje são conhecidas. Assim:

Art. 4º. Quando, a requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada e para evitar lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, o Presidente do Tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso (VETADO) suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar, e da sentença, dessa decisão caberá agravo, sem efeito suspensivo, no prazo de 10 (dez) 5 (cinco)<sup>14</sup> dias, contados da publicação do ato.

Como se vê, a Lei nº 4.348/64 apresentou expressivas novidades. Acrescentou aos bens tutelados (ordem, saúde e segurança) a economia pública e passou, de forma genérica, a determinar que a autoridade judiciária competente para apreciar o pedido de suspensão será o presidente do Tribunal "ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso".

A seguir, veio a dispor a Lei nº 7.347, de 24.07.1985, disciplinadora da ação civil pública, em seu art. 12, que:

1º - A requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública, poderá o Presidente do Tribunal a que competir o conhecimento do respectivo recurso suspender a execução da liminar, em decisão fundamentada, da qual caberá agravo para uma das turmas julgadoras, no prazo de 5 (cinco) dias a partir da publicação do ato.

Foi a primeira vez, no ordenamento pátrio, que se estendeu a possibilidade de suspensão de decisão judicial proferida contra o Poder Público, nos termos em questão, a uma ação que não a mandamental.

Com a criação do STJ pela Constituição Federal de 1988 e o novo desenho do Poder Judiciário nacional (o STF como guardião da Constituição e o STJ como protetor da legislação federal), houve a necessidade de instituir normas procedimentais para os processos da competência desses tribunais. Para tanto, foi editada a Lei nº 8.038, de 28.05.90, conhecida como Lei dos Recursos (LR), prevendo o pedido de suspensão de segurança no âmbito dessas Cortes de Justiça, em artigo vazado nos seguintes termos:

Art. 25. Salvo quando a causa tiver por fundamento matéria constitucional, compete ao Presidente do Superior Tribunal de Justiça, a requerimento do Procurador-Geral da República ou da pessoa jurídica de direito público interessada, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública, suspender, em despacho fundamentado, a execução de liminar ou de decisão concessiva de mandado de segurança, proferida, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados e do Distrito Federal.

§ 1º O Presidente pode ouvir o impetrante, em cinco dias, e o Procurador-Geral quando não for o requerente, em igual prazo.

§ 2º Do despacho que conceder a suspensão caberá agravo regimental.

<sup>13</sup> Em alguns estudos, que se limitam à analisar a suspensão prevista na Lei nº 4.348/64, a suspensão de segurança é gênero, do qual são espécies as suspensões de liminares e de sentenças proferidas em sede de mandado de segurança.

<sup>14</sup> "Segundo a Lei 4.348, o prazo para o agravo era de dez dias, mas atualmente é de cinco dias (LR, 25, § 2º, c/c 39, Lei 8.437, art. 4º, § 3º, no tit. Medida Cautelar)". NEGRÃO. *Código de processo civil*. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 1.721-1.722.

§ 3º A suspensão de segurança vigorará enquanto pender o recurso, ficando sem efeito, se a decisão concessiva for mantida pelo Superior Tribunal de Justiça ou transitar em julgado.

Além de facultar a abertura do contraditório e fixar no tempo a eficácia da decisão suspensiva, essa lei ampliou o leque de legitimados para requerer o pedido de suspensão, acrescentando o Ministério Público onde antes se previa apenas a pessoa jurídica de direito público interessada.

Em 30.06.1992, foi editada a Lei nº 8.437<sup>15</sup>, que estendeu o instituto de que ora se cuida à liminar<sup>16</sup> e à sentença proferidas em ação cautelar, bem como à sentença proferida na ação popular e na ação civil pública, por coincidência ou não, em artigo de mesmo número da Lei nº 4.348/64, que restou, em sua redação original, assim positivado:

Art. 4º Compete ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

1º Aplica-se o disposto neste artigo à sentença proferida em processo de ação cautelar inominada, no processo de ação popular e na ação civil pública, enquanto não transitada em julgado.

2º O presidente do tribunal poderá ouvir o autor e o Ministério Público, em cinco dias.

3º Do despacho que conceder ou negar a suspensão, caberá agravo, no prazo de cinco dias.

A par das inovações já apontadas, a nova lei ampliou os fundamentos que dariam suporte ao pedido e ao deferimento da suspensão, ou seja, não mais, apenas, para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, mas também em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade.

Ao se prever, agora positivamente, o deferimento do pedido com fundamento em flagrante ilegitimidade, acenou o legislador, ao contrário de todas as hipóteses anteriores, com a possibilidade de o Presidente do Tribunal entrar na discussão da juridicidade da decisão.

Acrescente-se que, nas hipóteses da nova lei, tanto a decisão que deferisse quanto a que indeferisse o pedido suspensivo seriam agraváveis.

Ainda hoje, esse artigo está em vigor, mas com as alterações que restaram sedimentadas na Medida Provisória nº 2.180-35, de 24.08.2001.

A reforma do CPC de 1994 trouxe o instituto da antecipação de tutela (arts. 273 e 461), a qual, se concedida contra o Poder Público, também pode ser suspensa com fundamento no art. 4º da Lei nº 8.437/92, por expressa previsão contida no art. 1º da Lei nº 9.494, de 10.09.97<sup>17</sup>.

Da mesma forma anômala que constou da lei que regulou o mandado de segurança (art. 13 da Lei nº 1.533/51), o pedido de suspensão restou também previsto na lei que regulamentou o *habeas data* (Lei nº 9.507, de 12.11.1997). Na hipótese deste *writ*, no entanto, a suspensão é admitida apenas contra sentença e, assim como constou da Lei nº 1.533/51, não se especificaram os pressupostos que devem fundamentar o pedido e o deferimento do efeito suspensivo. Veja-se:

---

<sup>15</sup> "Dispõe sobre a concessão de medidas cautelares contra atos do Poder Público e dá outras providências" (ementa da Lei nº 8.437/92).

<sup>16</sup> Para muitos a intenção do legislador foi alcançar qualquer liminar contraposta à atuação administrativa e não apenas aquela proferida em sede de ação cautelar.

<sup>17</sup> "Aplica-se à tutela antecipada prevista nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil o disposto nos arts. 5º e seu parágrafo único e 7º da Lei 4.348, de 26 de junho de 1964, no art. 1º e seu parágrafo 4º da Lei nº 5.021, de 09 de junho de 1964, e nos arts. 1º, 3º e 4º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992" (art. 11 da Lei nº 9.494/97).

"Art. 16. Quando o habeas data for concedido e o Presidente do Tribunal ao qual competir o conhecimento do recurso ordenar ao juiz a suspensão da execução da sentença, desse seu ato caberá agravo para o Tribunal a que presida."

Registre-se, finalmente, que todos os Tribunais do País apresentam, em seus respectivos regimentos internos, disposições sobre as suspensões de liminares, de tutelas antecipadas e de sentenças.

No atual Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, Resolução nº 420<sup>18</sup>, de 1º.08.2003, a matéria encontra-se disciplinada nos artigos 12, III, b; 18, X; 257; 258; 330; 331 e 332.

#### 4 Natureza jurídica

A doutrina controverte sobre a natureza jurídica da suspensão.

Alguns estudiosos asseveram ser o pedido de suspensão de natureza administrativa. Para os defensores dessa tese, o Presidente do Tribunal ao examinar o pedido suspensivo não adentra no mérito da ação nem no seu aspecto jurídico, exercendo outrossim um juízo político e discricionário acerca da lesividade da decisão hostilizada, que vincula o juiz hierárquica e administrativamente subordinado.

As considerações feitas por Marcelo Abelha Rodrigues (2000, p. 95-96) não deixam dúvidas de que as suspensões não são de natureza administrativa. Nos termos do que preceitua o referido autor, se essa tese fosse aceita, estar-se-ia admitindo que uma decisão administrativa teria força suficiente para se sobrepor a uma decisão judicial, retirando-lhe, inclusive, a eficácia, isto é, estaria o ordenamento jurídico permitindo que uma decisão judicial fosse descumprida por uma decisão administrativa. E mais, se o pedido de suspensão fosse de natureza administrativa, não poderia ele ser desafiado por um recurso de natureza processual, destinado a um órgão colegiado, cuja decisão tem caráter jurisdicional, seria ele impugnado, via *mandamus*, e não agravo.

Colhe-se da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça julgado onde textualmente referendado que a *suspensão de segurança possui natureza jurisdicional, e não administrativa*<sup>19</sup>.

Para outros, o pedido de suspensão teria natureza recursal. Os aliados dessa corrente defendem que:

Se o Presidente do Tribunal não chega a cassar o ato, não é menos certo que sua decisão o atinge frontalmente, pois que lhe retira a idoneidade de produzir efeitos jurídicos. Há, por conseguinte, um interesse revisional do postulante, com o que a medida passa a guardar semelhança com os recursos em geral (CARVALHO FILHO, 1995, p. 280).

Embora se encontrem julgados determinando a suspensão de recurso<sup>20</sup>, essa tese não merece prosperar, por faltarem ao pedido suspensivo inúmeros aspectos próprios dos recursos, como ausência de prazo, preparo, tipicidade e devolução da decisão. Além disso, o recurso objetiva a reforma ou modificação da decisão hostilizada, enquanto que na suspensão o que se pede, ou pelo menos o que é possível deferir, é apenas a suspensão de sua eficácia.

A tese de melhor aceitação é a de ser a suspensão de natureza cautelar, já que presentes

<sup>18</sup> Publicada no Minas Gerais/ *Diário do Judiciário* em 14.08.2003.

<sup>19</sup> REsp nº 126.586/SP, Rel. Min. José Delgado, julg. em 02.10.1997, *DJ* de 30.03.1998, p. 13.

<sup>20</sup> v. g. STJ, REsp nº 175.360/DF, Rel. Min. Garcia Vieira, *DJ* de 09.11.98, p. 33.

duas características próprias das medidas cautelares, quais sejam a instrumentalidade e a provisoriedade.

Segundo essa tese, tem a suspensão de execução de decisão judicial um caráter instrumental, porque somente é útil e necessária com referência à suspensão da medida e enquanto não for conhecida a matéria em seu sentido amplo, pelo órgão do mesmo tribunal, como também evidente é o seu caráter provisório, porque o provimento presidencial subsistirá enquanto não sobrevier a decisão do julgamento do recurso<sup>21</sup>.

A propósito, encontram-se tanto no STF quanto no STJ julgados no sentido de serem as suspensões de natureza jurídica cautelar. Citam-se, por exemplo, os acórdãos proferidos quando do julgamento do AgRg na SS nº 846/DF<sup>22</sup> e do AgRg na PET nº 1.165/PR<sup>23</sup>.

Apesar de, em ambos, se afirmar ser a suspensão uma contracautela, já que a mesma, por vezes, irá obstar a eficácia de uma cautela concedida anteriormente (como se dá com a liminar concedida em medida cautelar ou mesmo em mandado de segurança), ainda assim terá o pedido suspensivo natureza cautelar.

Importante, ainda, destacar o posicionamento de Marcelo Abelha Rodrigues, para quem o pedido de suspensão é um típico incidente processual voluntário, pois, além de requerido por pessoa jurídica de direito público que não precisa necessariamente ser parte na ação principal, surge vinculado a um processo já em curso, sendo, portanto, acessório e secundário.

## 5 Compatibilidade da suspensão com a Constituição Federal

Apesar de o instituto em questão ser de prática remota e cotidiana na nossa Justiça, não são raras as vezes em que a parte agravante, insatisfeita com a decisão que sobresta a eficácia de decisão que lhe é favorável, sustenta a inconstitucionalidade das normas que garantem a suspensão (Villela, 1998, p. 53).

Os argumentos para tanto fundam-se basicamente na inexistência de igualdade de tratamento processual entre o Poder Público e a parte interessada, pela não-obrigatoriedade da abertura do contraditório, o que representaria para os defensores da inconstitucionalidade das suspensões um cerceio de defesa.

Ao rebater esse argumento, sustentam os defensores da constitucionalidade das suspensões que, assim como ocorre na concessão de liminares *inaudita altera parte*, o contraditório fica apenas relegado a um momento posterior, e tal se dá para que não haja risco de dano irreparável ou de difícil reparação ao ente público; é o que denominamos de *periculum in mora inverso*.

Adverte a doutrina que, ainda que, nos termos da lei<sup>24</sup>, a oitiva da parte interessada, nos pedidos de suspensão, seja facultativa, é recomendável a realização do contraditório. Sendo admissível, contudo, quando houver prejuízo de monta e a oitiva da outra parte possa tornar inócua a medida a ser deferida, que o Presidente do Tribunal, aplicando o art. 4º, § 7º, da Lei nº 8.437/92, conceda de pronto o efeito suspensivo liminar, para depois determinar a oitiva da parte interessada.

Destacam os aliados dessa corrente que é imprescindível consignar, na decisão suspensiva,

---

<sup>21</sup> LIMA, Maria Cesarineide de Souza; SINGUI, Marize Anna Monteiro de Oliveira. Concomitância de interposição de agravo e pedido de suspensão pelo ente público. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Acre*. Site: <http://www.pge.ac.gov.br/cejur/05cia.htm> em 21.02.2005, às 18h e 25min.

<sup>22</sup> STF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 08.11.96.

<sup>23</sup> STJ, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, DJ de 29.05.00, p. 106.

<sup>24</sup> § 2º do art. 4º da Lei nº 8.437/92.

as razões pelas quais a outra parte não foi ouvida previamente.

Para os defensores da constitucionalidade do pedido suspensivo, mesmo que a parte interessada não seja intimada, esta não fica inteiramente desprovida de defesa, uma vez que sempre poderá produzir suas razões neste sentido mediante o competente recurso ante o juízo coletivo do mesmo Tribunal (Vilela, 198, p. 54). Essa, talvez, tenha sido a preocupação do legislador, ao prever, inicialmente, o cabimento de recurso, apenas, da decisão que deferisse o pedido suspensivo. Ou seja, para oportunizar à parte interessada, ainda que em um segundo momento e perante Órgão Colegiado do respectivo tribunal, o direito de defesa.

Situação similar se dá, por exemplo, quando o Poder Público ou qualquer pessoa de direito privado vê deferida contra si, *initio litis* e também *inaudita altera parte* medida cautelar contra a qual, muitas vezes, só resta o pedido de reconsideração ou o agravo de instrumento com pedido de efeito suspensivo ao tribunal *ad quem*.

Pertinente lembrar-se, neste ponto, o caráter instrumental e provisório da suspensão; ou seja, o presidente do tribunal, ao deferir o pedido de suspensão, nem reforma nem cassa a decisão, ela subsiste, embora, temporariamente, até que se tenha certeza de que ela deverá prevalecer no mundo jurídico, fique tolhida na sua eficácia.

Deve-se advertir, também, que o interesse público defendido no pedido de suspensão é o primário, que engloba o direito difuso, coletivo e social, e não o interesse meramente estatal, necessitando, assim como os demais direitos, de mecanismo célere e eficaz para evitar grave lesão aos relevantes bens públicos tutelados pelas leis de regência.

Preleciona Arruda Alvim (1998, p.14-30)<sup>25</sup> que o pedido de suspensão encontra sua constitucionalidade na aplicação concreta do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, pois, muito embora haja direito líquido e certo a ser defendido no *writ*, esse direito, entretanto, terá sua eficácia cessada quando se verificar, através de provas, a possibilidade de danos de difícil reparação ao ente público.

Entretanto, adverte Marcelo Abelha Rodrigues que: "isso não quer dizer que o interesse privado é inconciliável com o interesse coletivo, até porque, se digo que aquele está limitado pelas arestas deste último, é porque, então, admitida a convivência de ambos num mesmo momento histórico e social" (2000, p. 106-107).

Ao se pretender a suspensão da eficácia de uma decisão, prossegue o citado autor, não significa

sacrificar o interesse individual, apesar de esta ser a expressão rotineiramente utilizada, mas, *contrario sensu*, quer-se apenas evitar que o interesse coletivo possa ser prejudicado ou lesionado, enquanto não se tem a certeza definitiva da afirmação de direito daquele em favor de quem foi concedida a decisão cuja eficácia pretende ser temporariamente suspensa.

Assim, caso ao final se verifique que a afirmação do demandante era realmente abraçada pelo direito, decerto que não poderá ser sacrificado em prol do interesse público, não só porque sobre ele paira a certeza da coisa julgada, mas ainda porque com o interesse público deve conviver de modo pacífico e harmonioso, já que este foi um dos desideratos alcançados com a coisa julgada (2000, p. 106-107).

Diferentemente de alguns doutrinadores que justificam a constitucionalidade do instituto em questão no princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, defende Michel Temer, citado por Lima, que o pedido de suspensão tem supedâneo no próprio texto constitucional, no

<sup>25</sup> Assevera Eduardo Arruda Alvim em outra obra, intitulada *Mandado de segurança no direito tributário*, p. 192 (ver ref. bibliográficas), que "Concede-se um instrumento a mais em razão da superioridade do interesse público sobre o particular".

princípio da isonomia previsto no art. 5º da Carta Magna. Para ele

A igualdade consiste no fato de que, assim como o legislador infraconstitucional instituiu o mandado de segurança para proteger direito individual ou coletivo líquido e certo, em face da Administração, facultou paralelamente a esta, a possibilidade de fazer uso do pedido de suspensão para retirar a eficácia de execução de decisão judicial, concedida em sede de segurança, até que ocorra o trânsito em julgado dela<sup>26</sup>.

O pedido de suspensão segue, desse modo, a mesma linha constitucional sustentada para a existência da remessa necessária (cujo objetivo final é a segurança jurídica), do benefício do prazo dilatado para a Fazenda e para o Ministério Público (que se traduz como medida de equidade), entre outros dispositivos legais que conferem tratamento destacado a alguns institutos, para efetivação da isonomia real e dos demais princípios processuais constitucionais (Rodrigues, 2000, p. 109).

Segundo Cássio Scarpinella Bueno (1999, p. 213-228) e Eduardo Arruda Alvim (1998, p.195), para se legitimar o pedido de suspensão, é necessário se criar uma "interpretação conforme" do art. 4º da Lei nº 4.348/64 com os valores constitucionais, pois, além dos casos nele elencados, é necessário se demonstrar a injuridicidade (ilegitimidade) do ato judicial praticado em favor do impetrante. Ou seja, devem ser invocadas as razões jurídicas, e não apenas as políticas (grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas), previstas naquele artigo, haja vista inexistir interesse público à margem da lei (1996, p. 376). Com efeito, esse é o entendimento francamente agasalhado pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais<sup>27</sup>.

Gilberto Etchaluz Villela, ao enfrentar a questão, destaca que a suspensão não sobrepõe, mas apenas antepõe o interesse público ao particular (1998, p. 55).

Nesse diapasão, transcreve excerto do voto do Ministro Sepúlveda Pertence, ao relatar, em 03.04.97, já no STF, o AgRg em SS nº 1.149-9/PE:

Verdadeiramente inconciliável com o Estado de Direito e a garantia constitucional da jurisdição seria o impedir a concessão ou permitir a cassação da segurança concedida, com base em motivos de conveniência político administrativa, ou seja, a superposição ao direito do cidadão das 'razões de Estado'.

Não é o que sucede com a suspensão de segurança, que não tem por objeto a sustação do cumprimento de decisão transitada em julgado, mas apenas a execução provisória de decisão recorrível.

Assim como a liminar ou a execução provisória de decisão concessiva de mandado de segurança, quando recorrível, são modalidades, criadas por lei, de tutela cautelar do direito provável - mas ainda não definitivamente acertado do impetrante -, a suspensão dos seus efeitos, nas hipótese excepcionais, igualmente previstas em lei, é medida de contracautela com vistas a salvaguardar, contra o risco de grave lesão a interesses públicos privilegiados, o efeito útil do êxito provável do recurso de entidade estatal (...) (*apud* VILELLA, 1998, p. 56).

Com autoridade, assevera o Juiz Fernando da Costa Tourinho Neto que : "*O pedido de suspensão é medida excepcional*<sup>28</sup>, *mas não de constitucionalidade duvidosa, como afirmam alguns*

---

<sup>26</sup> LIMA, Maria Cesarineide de Souza; SINGUI, Marize Anna Monteiro de Oliveira. Concomitância de interposição de agravo e pedido de suspensão pelo ente público. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Acre*. Site: <http://www.pge.ac.gov.br/cejur/05cia.htm> em 21.02.2005, às 18h e 25min.

<sup>27</sup> Mais adiante trataremos da necessidade de se proceder a um exame, ainda que de delibação, sobre a juridicidade da decisão que se pretende suspender.

doutos juristas, sob o argumento de não poder ter vigência em um Estado Democrático de Direito"<sup>29</sup>.

Portanto, em que pese a divergência doutrinária apontada, os tribunais pátrios já consolidaram o entendimento no sentido de ser o instituto em questão perfeitamente constitucional.

## **6 Da necessidade de, em sede de suspensão, se proceder a um exame, ainda que perfunctório, das teses agitadas na ação principal**

Capítulo controvertido, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, é o que se destina a definir os pressupostos para o deferimento do pedido de suspensão.

Para alguns, o presidente do tribunal, ao analisar a suspensão, deve circunscrever-se à existência de grave lesão aos bens tutelados pela lei de regência, quais sejam: a ordem, a saúde, a segurança e a economia públicas.

Segundo Marcelo Abelha Rodrigues,

As razões que justificam o pedido de suspensão de execução de pronunciamento não se associam à juridicidade ou antijuridicidade da decisão prolatada, isto é, não são conseqüência de uma suposta legalidade ou ilegalidade do pronunciamento que se pretende suspender a eficácia. Bem pelo contrário, as razões e motivos da suspensão são para evitar grave lesão à ordem, à saúde, e à economia públicas, independentemente do acerto ou desacerto da decisão que terá sua eficácia suspensa. A licitude ou ilicitude da decisão deverão ser atacadas pela via própria recursal, que terá o condão, pois, de apreciar as razões jurídicas da decisão, para só então reformá-la ou cassá-la (1998, p. 136-137).

Para outros, no entanto, não basta que a decisão seja lesiva aos bens tutelados, é necessário, também, se verificar se na mesma há indícios de flagrante ilegitimidade.

Como vimos *alhures*, no capítulo dedicado à constitucionalidade do instituto em questão, destacam alguns autores<sup>30</sup> que, para se legitimar o pedido de suspensão, é necessário se criar uma "interpretação conforme" com os valores constitucionais, pois, é necessário se demonstrar a injuridicidade (ilegitimidade) do ato judicial cuja eficácia se pretende sobrestar. Ou seja, segundo este autor, devem ser invocadas as razões jurídicas, e não apenas as políticas (grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas), haja vista inexistir interesse público à margem da lei.

Vimos, no escorço histórico aqui apresentado, que a Lei nº 8.437/92 ampliou as hipóteses que poderiam fundamentar o pedido e a concessão da suspensão, prevendo também o requerimento em casos de manifesto interesse público e de flagrante ilegitimidade da decisão.

Sobre a diferença entre legalidade e legitimidade, registra José dos Santos Carvalho Filho:

Admite a lei também como elemento de fundamentação a flagrante ilegitimidade. Ocorre esta situação quando o ato concessivo da liminar desatende frontalmente os pressupostos que devem embasá-lo. Se não houver o menor indício da existência do risco de lesão irreparável e da *plausibilidade do direito* [grifei], e, ainda assim, o juiz conceder a medida *in limine*, deverá esta ser obje-

<sup>28</sup> Advertem alguns doutrinadores que, a par de o instituto em questão ser perfeitamente combatível com a Constituição Federal, o mesmo deve ser manejado com cuidado, de forma a não infirmar os demais remédios processuais, principalmente o mandado de segurança de índole constitucional.

<sup>29</sup> TOURINHO NETO, Fernando da Costa. Suspensão de segurança e de liminares pelos presidentes dos tribunais. *Cartilha Jurídica*, Divisão de Serviços Gráficos do TRF da 1ª Região, Brasília/DF, p. 8, nº 83, , nov/2001.

<sup>30</sup> BUENO, p. 213-228 e ALVIM, p. 195. Ver notas 37 e 38.

to de suspensão. Veja-se que a lei se referiu a ilegitimidade, e o fez com exatidão. A idéia é diversa da de ilegalidade: esta emana apenas do confronto formal com a lei, ao passo que a ilegitimidade contraria o *consensus*, vale dizer, o sentimento geral das pessoas. A concessão da liminar pode ser aparentemente legal por estar prevista na lei, mas será ilegítima se a avaliação feita pelo juiz for inteiramente descompassada da que fazem as pessoas de modo geral. Tal ocorrendo, será suspensão a execução da liminar (1995, p. 287).

Registramos, também, a natureza nitidamente cautelar dos pedidos de suspensão.

Por isso, levando em conta todas essas características, há quem defenda (e aqui nos incluímos) que a análise efetuada em sede de suspensão é de um juízo misto, que deve aliar o perigo de grave lesão a um dos valores previstos na lei (ordem, saúde, segurança e economia públicas) à probabilidade de êxito da tese estatal. Nesse caso, mostrar-se-ia necessária uma análise, ainda que superficial, da matéria de fundo discutida no processo originário.

A Presidência do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais filia-se a essa segunda corrente, como se vê de decisão lavrada nos seguintes termos:

Inicialmente, deve-se considerar que impera, no âmbito da Presidência deste Tribunal de Justiça, o entendimento de que em sede de suspensão não se dispensa um juízo, ainda que perfunctório, da plausibilidade das teses, de parte a parte, agitadas na lide.

Não se trata, por óbvio, de antecipar o julgamento do próprio mérito da ação, mas de não permitir que a liminar ou a sentença que abraça tese absolutamente destituída de fomento jurídico produza efeitos imediatos e gravemente lesivos à ordem, à saúde, à segurança ou à economia públicas.

Sem a presença desses pressupostos, a suspensão da eficácia de tais ordens mandamentais serviria, tão-somente, como moratória deferida ao Poder Público quanto ao cumprimento de decisões judiciais, o que, naturalmente, não se compadece com o Estado Democrático de Direito e com a ordem jurídico-constitucional em vigor<sup>31</sup>.

No Superior Tribunal de Justiça, embora se encontrem inúmeras decisões, em sede de suspensão, onde se inicie asseverando ser vedada *incursão no mérito da causa principal*<sup>32</sup>, o que se realiza a seguir nada mais é do que a análise das teses apresentadas pelas partes na ação principal.

Aliás, em recente decisão, restou expressamente consignado pelo Presidente do STJ que: "Evidenciada, pois, a plausibilidade do direito reclamado pelo Estado, bem como presentes os pressupostos da medida urgente, defiro o pedido, suspendendo a eficácia da decisão proferida no Mandado de Segurança nº 053/03 (...)"<sup>33</sup>.

Já no Supremo Tribunal Federal, não há dúvidas; o entendimento sufragado é o de que:

quando da apreciação do pedido de suspensão de segurança, é necessário observar um mínimo de deliberação da matéria discutida na segurança (SS 2.258, MAURÍCIO, DJ de 25.9.2003; SS 1.272 AgR, VELLOSO, DJ de 18.5.2001). Isso para que se possa averiguar a presença da fumaça do bom direito e assegurar um resultado útil ao possível recurso interposto perante este Tribunal<sup>34</sup>.

Vale-se mais uma vez, por emblemático e por representar verdadeiro divisor de águas para a sedimentação da posição atual adotada pela Suprema Corte, do julgamento do AgReg na SS nº

<sup>31</sup> Ag. Reg. nº 1.0000.04.410628-4/001, Desembargador Márcio Antônio Abreu Corrêa de Marins, decisão de 19.08.2004.

<sup>32</sup> V. g., as recentes SLS nº 89, DJ de 09.02.2005; SS nº 1.458, DJ de 1º.02.2005; SS nº 1.455, DJ de 17.12.2004 do Ministro Edson Vidigal.

<sup>33</sup> SS nº 1.453/BA, DJ de 02.02.2005, Ministro Edson Vidigal.

<sup>34</sup> SS nº 2.496/RN, Ministro Nelson Jobim, DJ de 23.11.2004.

846-3-DF, que, no pertinente a este ponto, restou assim ementado:

A suspensão de segurança, concedida liminar ou definitivamente, é contracautela que visa à salvaguarda da eficácia plena do recurso que contra ela se possa manifestar quando a execução imediata da decisão, posto que provisória, sujeita a riscos graves de lesão a interesses públicos privilegiados - a ordem, a saúde, a segurança e a economia públicas: sendo medida cautelar, não há regra nem princípio segundo os quais a suspensão da segurança devesse dispensar o pressuposto do *fumus boni juris*, que, no particular, se substancia na probabilidade de que, mediante o futuro provimento do recurso, venha a prevalecer a resistência oposta pela entidade estatal à pretensão do impetrante<sup>35</sup>.

Ainda desse julgamento, destaco as considerações do Ministro Sepúlveda Pertence de que:

Não importa que as leis (Lei 4.348/64, art. 41; Lei 8.038/90, art. 25) e, neste Tribunal, o art. 297 do Regimento Interno se limitem a explicitar, como finalidade da medida suspensiva, a de '*evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas*': a finalidade de todo provimento cautelar é sempre o de obviar o *periculum in mora*, cuja verificação, no caso concreto, pende, contudo, da concorrência do *fumus boni juris*, sem a presença do qual perde sentido, na visão eminentemente instrumental do processo, salvaguardar o improvável<sup>36</sup>.

No mesmo julgado, traça o em. Ministro um paralelo com o direito italiano, em que não obstante prever o artigo 373 do Código de Processo Civil daquele país que a suspensão de decisão judicial se dará quando da execução possa derivar dano grave e irreparável, na realidade se verifica em sede de suspensão, a probabilidade de êxito do próprio recurso a ser intentado contra a decisão que se pretende suspender, isto porque, nos termos do que assevera o magistrado italiano Mario Duni<sup>37</sup>: "*A força da lógica e o sendo da realidade induzem a não consentir na execução de uma sentença que pareça deva ser cassada e, em contraposição, a não suspender a execução se tudo faz crer que a sentença deverá ser mantida*".

Por todos os ângulos que se aprecie a questão, a outra conclusão não se pode chegar que não de ser imprescindível, seja pela necessidade de conformidade com a Constituição Federal atual, seja pela sua natureza de contracautela, seja, ainda, por não se configurar o pedido de suspensão de moratória a favor da Administração Pública, com prejuízo da satisfação do direito subjetivo do particular, que se entremostre indubitado, proceder-se, em sede de suspensão, a um exame, ainda que perfunctório, das teses agitadas de parte a parte, de forma a não prejudicar o julgamento do mérito da demanda, mas a analisar se as razões do Poder Público encontram probabilidade de, ao final, virem a prevalecer.

## 7 Conclusão

Observa-se que o pedido de suspensão se encontra em perfeita conformidade com a ordem constitucional em vigor e que - arriscamos até a asseverar - continuará a existir enquanto for um dever, e não um mero poder, a proteção do interesse público pela Administração.

Assim, a necessidade de se proceder a uma análise ainda que superficial da matéria de fundo objeto da demanda se justifica, não apenas para legitimar o pedido de suspensão com a atual Constituição, já que, conforme apontado, a constitucionalidade do instituto em questão decorre do próprio texto constitucional, que incumbiu o Estado de proteger e garantir a saúde, a segurança, a ordem jurídica e econômica, mas, acima de tudo, pela própria natureza cautelar ou, como muitos

<sup>35</sup> AgRg na SS nº 846-3/DF, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 08.11.96.

<sup>36</sup> Idem.

<sup>37</sup> Magistrado italiano citado pelo Min. Sepúlveda Pertence in STF, SS nº 846-3, julg. em 29.05.1996.

preferem, de contracautela da suspensão.

Por essa ótica, para que se possa deferir o pedido suspensivo deverão se fazer presentes os critérios ordinariamente verificáveis em sede de cautelar, que na espécie constituem justamente o *fumus boni iuris* da pretensão estatal e a iminência de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

Pensar de forma diferente, de modo a se admitir a possibilidade de suspensão de uma decisão judicial com fundamento, exclusivamente, em critérios de ordem política, que não envolvam em seu bojo discussão acerca da juridicidade da decisão ou da probabilidade de êxito da tese estatal, seria um contra-senso, porquanto em um Estado democrático de direito só se pode cogitar de interesse público que seja compatível com a ordem jurídica.

## 8 Referências bibliográficas

ALVIM, Eduardo Arruda. *Mandado de segurança no direito tributário*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

ATHENIENSE, Aristóteles. A suspensão liminar no mandado de segurança. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord). *Mandado de segurança e mandado de injunção*. São Paulo: Saraiva, 1990.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Liminar em mandado de segurança: um tema com variações*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação civil pública: comentários por artigo*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Ação civil pública: considerações sobre a discricionariedade na outorga e no pedido de suspensão de liminar na concessão de efeito suspensivo aos recursos e na tutela antecipada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

\_\_\_\_\_. *Mandado de segurança*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

FRIEDE, Reis. *Aspectos fundamentais das medidas liminares: em mandado de segurança, ação cautelar, tutela específica e tutela antecipada*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.

\_\_\_\_\_. *Medidas liminares na doutrina e na jurisprudência*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

\_\_\_\_\_. *Medidas liminares em matéria tributária*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

LIMA, Maria Cesarineide de Souza; SINGUI, Marize Anna Monteiro de Oliveira. Concomitância de interposição de agravo e pedido de suspensão pelo ente público. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Acre*. Site: <http://www.pge.ac.gov.br/cejur/05cia.htm> em 21.02.2005, às 18h e 25min.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, habeas data*. 17. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

NEGRÃO, Theotonio. *Código de Processo Civil*. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

QUEIROZ NETO, Luiz Vicente de Medeiros. Suspensão de segurança - uma análise à luz da doutrina e da jurisprudência. *Revista da Fundação da Escola Superior do Ministério Público*

*Federal Território*, Brasília, Ano 10. v.19. p.101-125, jan./jun.2005, p. 103.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Suspensão de segurança: sustação da eficácia de decisão judicial proferida contra o Poder Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

TOURINHO NETO, Fernando da Costa. Suspensão de segurança e de liminares pelos presidentes dos tribunais. *Cartilha Jurídica*, Divisão de Serviços Gráficos do TRF da 1ª Região, Brasília/DF, n. 83, nov. 2001.

VILLELA, Gilberto Etchaluz. *A suspensão das liminares e das sentenças contra o Poder Público*. Porto Alegre: Síntese, 1998.

-:-:-



*Sumário: 1 Introdução. 2 Princípios. 2.1 Acepção da palavra princípios. 2.2 Distinção entre princípios e regras. 3 Fundamentos. 3.1 Soberania. 3.2 Cidadania. 3.3 Dignidade da pessoa humana. 3.4 Valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. 3.5 Pluralismo político. 4 Considerações finais. 5 Referências bibliográficas.*

## **1 Introdução**

Nenhuma das Constituições brasileiras anteriores à de 1988 dedicou título próprio aos princípios fundamentais. Estes eram retirados das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, bem como das que definiam a forma de governo e de Estado.

Inovando, a Constituição de 1988 foi pioneira em tratar em um título especial, em seus arts. 1º ao 4º, dos chamados princípios constitucionais. Ressalte-se que a presença de um lugar de destaque no texto da Carta não obsta a que sejam encontrados outros princípios ao longo desta.

Abordar-se-á, neste breve estudo, parte desses princípios fundamentais, especificamente aqueles constantes no art.1º da Constituição da República Federativa do Brasil.

Pelo fato de tais princípios regerem todo o ordenamento constitucional, percebe-se, ao longo deste artigo, que é imprescindível saber, de início, o significado do vocábulo "princípios" e sua distinção para as chamadas regras.

Ao proceder a essa diferenciação, conseguir-se-á entender mais facilmente os fundamentos da Carta Magna de 1988.

## **2 Princípios**

### **2.1 Acepção da palavra "princípios"**

Cumprir, inicialmente, traduzir o significado do termo "princípios", utilizado no Título I da Constituição de 1988. Vários são os doutrinadores que tratam de tal assunto, conceituando de forma diversa, porém com um sentido comum, a acepção do que são os princípios dentro de um ordenamento jurídico.

Palavra que deriva do latim *principium*, no sentido primitivo, princípio exprime a origem, o começo, o início. Trazendo para o lado jurídico, principalmente com a grafia no plural, tem-se que são os pontos básicos instituídos como o alicerce de algo. Traçam, portanto, as noções em que se estrutura o Direito, bem como a forma harmônica de interpretar todo um sistema de preceitos.

Assim, o fato de a Constituição da República trazer, como Título I de seu corpo, os "Princípios Fundamentais" caracteriza a importância dada às regras informadoras da organização do Estado. Tais princípios informam todas as diretrizes básicas da Carta Magna e são dotados de normatividade, possuindo efeito vinculante.

---

\* Servidora pública do Tribunal de Justiça, Assessora Judiciária III. Graduada pela Faculdade de Direito em 2002. Professor-orientador: Fabrício Veiga Costa.

Importante ressaltar que os princípios não necessitam nem estão exhaustivamente fixados no texto constitucional, eis que existem ainda muitos outros esparsos, podendo ser simplesmente deduzidos de forma implícita.

Para Jorge Miranda, os princípios trazem consigo as seguintes características:

- a) a sua maior aproximação da idéia de Direito ou dos valores do ordenamento;
- b) a sua amplitude, o seu grau de maior generalidade ou indeterminação frente às normas regras;
- c) a sua irradiação ou projeção para um número vasto de regras ou preceitos, correspondentes a hipóteses de sensível heterogeneidade;
- d) a sua versatilidade, a sua susceptibilidade de conteúdos algo variáveis ao longo dos tempos e das circunstâncias, com densificações variáveis;
- e) a sua abertura, sem pretensão de regulamentação exhaustiva, ou em plenitude, de todos os casos;
- f) a sua expansibilidade perante situações ou fatos novos, sem os absorver ou neles se esgotar;
- g) a sua virtualidade de harmonização, sem revogação ou invalidação recíproca (*Manual de direito constitucional*, Tomo II, 2000, p. 228).

Diante de tal ensinamento, entendem-se os princípios como regras-mestras no direito positivo, dando a este sentido lógico e harmônico. Com efeito, não objetivam regular situações específicas, mas visam a uma posição que lhes permita sobressair, ocupando um lugar amplamente mais importante do que qualquer norma estabelecadora de preceitos.

Instituindo valores e matrizes, os princípios trazem de forma essencial a possibilidade de uma interpretação do texto constitucional, esclarecendo o conteúdo e os limites da eficácia de determinada norma esparsa, a qual terá que com ele se harmonizar.

A existência de princípios fundamentais como expressão de uma técnica legislativa utilizada pelo constituinte originário representa uma hierarquia interna no próprio texto da Constituição. Isso porque tais princípios se encontram acima das demais normas constitucionais, exercendo sobre estas uma força vinculante, sobretudo no momento de sua interpretação.

Por todo o exposto, pode-se afirmar que a violação a um princípio constitucional importa em ruptura da própria Constituição, representando uma inconstitucionalidade, devendo, portanto, a norma violadora ser retirada do mundo jurídico. A ruptura de um princípio traduz-se em consequências mais graves do que a violação de uma simples norma, visto que ofende uma regra fundamental informadora de todo um sistema jurídico.

### **2.1.1 Distinção entre princípios e regras**

Muito se tem dito a respeito da distinção relevante a ser feita entre os princípios e as regras. É sabido, porém, que as normas jurídicas são gênero do qual os princípios e as regras são espécies.

Os princípios, como já exposto, são caracterizados pela abstração e generalidade, ditando as "vigas-mestras" que orientarão todo o ordenamento jurídico. São dotados de significado determinado, tanto que aptos a esclarecer de forma lógica e correta a interpretação de alguma norma, no exercício da hermenêutica. Alguns doutrinadores, por outro lado, questionam a flexibilidade dos princípios, em razão de seu caráter genérico. No entanto, há um significativo benefício nessa

possível faceta, na medida em que possibilita uma adaptação ao longo dos tempos e da evolução da sociedade, sem que seja necessária uma mudança contínua no texto constitucional. Assim, tem-se que um conjunto de leis compostas somente de regras traria segurança jurídica, mas, por outro lado, extrema racionalidade, sem um campo de interpretação imprescindível para a complementação e desenvolvimento do ordenamento. Em contrapartida, um sistema legal composto apenas de princípios caracterizar-se-ia pela constante imprecisão e insegurança, diante da existência de seus conflitos.

Porém, não é verdade que os princípios enfeixem-se em normas ou regras dispostas de forma cogente. Como elucidado por José Afonso da Silva:

os princípios, que começam por ser a base de normas jurídicas, podem estar positivamente incorporados, transformando-se em normas-princípios e constituindo preceitos básicos de organização constitucional (SILVA, 2002:92).

Vários são os critérios utilizados pelos doutrinadores para cerrar a diferença entre regras e princípios. O mais comum é o grau de abstração no qual se faz referência à maior generalidade dos princípios em relação às regras. Outro facilmente encontrável é a forma de aplicação, no sentido de que as regras seriam de aplicação direta e imediata e os princípios demandariam medidas de concentração.

As regras são preceitos que tutelam relações subjetivas, ou seja, trazem para determinados sujeitos a vinculação de se submeterem às exigências de realizar uma prestação, ação ou abstenção em favor de outrem.

Existe ainda um critério utilizado para a diferenciação das regras e dos princípios, que diz respeito à forma de resolução de conflitos entre eles.

Para o modelo das regras, estas são normas que exigem que algo seja feito dentro das condições fáticas e jurídicas dadas. Elas são os mandamentos definitivos, ou elas valem ou não valem. Canotilho utiliza-se da seguinte expressão: "é a lógica do tudo ou nada".

O conflito entre regras pode ser resolvido de duas maneiras: introduzindo-se uma cláusula de exceção dentro da regra, eliminando-se o conflito, ou, ainda, declarando-se uma das regras como inválida. Para isso, lança-se mão das regras básicas de interpretação, quais sejam: a lei especial derroga a lei geral, e a lei posterior derroga a lei anterior.

A seu turno, os princípios são normas que pedem que algo seja feito dentro das possibilidades fáticas e jurídicas numa medida tão ampla quanto possível.

No modelo dos princípios, em caso de colisão entre eles, um deve retroceder. Isso, ao contrário das regras, não significa que, no princípio que retrocede, deva ser inserida uma cláusula de exceção ou que ele deva ser declarado como inválido. Os princípios possuem medidas diferentes no caso concreto e específico e o de maior peso tem precedência. Ressalte-se que será o de maior peso aquele em que for utilizada a ponderação, a proporcionalidade. E a proporcionalidade resume-se na seguinte afirmativa: quanto maior é a intervenção em um direito fundamental, mais grave deve ser a razão que a justifica. Diante disso, conclui-se que o conflito de regras se resolve no plano da validade; e o conflito de princípios, no plano do peso.

Assim, os princípios determinam a regra que deverá ser aplicada pelo intérprete, demonstrando um caminho a seguir. Diante disso é que muitos doutrinadores afirmam existir uma hierarquia interna dentro das normas constitucionais, ficando os princípios em um plano superior, exatamente pelo caráter de regra estrutural que apresentam. Fala-se, então, em uma posição privilegiada dos

princípios dentro da pirâmide normativa, supremacia que os faz ser a expressão da mais alta normatividade que fundamenta a organização do poder.

### 3 Fundamentos

Os fundamentos constantes no art.1º da Constituição Federal são os alicerces, as bases ideológicas sobre as quais está construída a República Federativa do Brasil. Serão analisados um a um, conforme a disposição dos incisos.

#### 3.1 Soberania

O primeiro conceito de soberania foi formulado pelo pensador Jean Bodin, no século XVI, como sendo a força de coesão, de união da comunidade política, sem a qual esta se desfaria. Segundo o mesmo, a soberania cristaliza o intercâmbio de comando e obediência, imposto pela natureza das coisas a todo grupo social que quer viver. Seria o poder absoluto e perpétuo de uma república.

A definição de Bodin consistia em dizer que a soberania

é a potência absoluta e perpétua de uma república, em que os príncipes soberanos são estabelecidos por Deus como seus lugares-tenentes para comandar os outros homens. Por conseguinte, aquele que recebe de Deus a potência soberana é também, de Deus, a imagem na terra (CARPIZO, 1982:198).

Marcelo Caetano traz ainda um conceito tradicional do que consiste a soberania:

Um poder político supremo e independente, entendendo-se por poder supremo aquele que não está limitado por nenhum outro na ordem interna e por poder independente aquele que, na sociedade internacional, não tem que acatar regras que não sejam voluntariamente aceites e está em pé de igualdade com os poderes supremos dos outros povos (CAETANO, 1987:169).

A Constituição declara, em seu art.1º, I, que o Brasil tem como um de seus fundamentos a soberania, e consagra, em seu parágrafo único, a soberania constituinte ao prescrever que todo poder pertence ao povo. O art.14 da Carta reforça essa idéia ao estabelecer os mecanismos de expressão da soberania popular.

Nesse sentido, a soberania é um dos princípios fundamentais, é o primeiro princípio, sendo a condição sem a qual não se realiza a República. Nesse contexto, pode ele ser considerado como de maior valor. Obviamente, existem outros princípios essenciais. A própria Constituição os enumera em seus incisos seguintes. Contudo, de acordo com a própria ordenação estabelecida constitucionalmente, a soberania ocupa o topo da hierarquia dos princípios. O *plus* de valoração recebido pelo princípio da soberania na nossa ordem justifica-se em função de constituir o pilar de nossa organização, substrato de legitimidade que confere validade e efetividade aos direitos e garantias do cidadão.

A Carta Magna brasileira registrou o significado moderno que a soberania assumiu no seu ciclo histórico de buscar no povo de uma nação, muito antes que no Estado, a fonte de sua própria existência, eficácia e legitimidade jurídicas.

A soberania constitui um dos atributos do próprio Estado, pois este, sem ela, não existe. Significa a supremacia do Estado brasileiro na ordem política interna e independência na ordem política externa. Entendida ainda pela capacidade de editar suas próprias normas, sua própria ordem jurídica (a começar pela Constituição), de tal modo que qualquer regra heterônoma só possa valer nos casos e termos admitidos pela própria Lei Maior.

A dimensão fática contida no princípio da soberania lhe permite ser o aspecto dinâmico da Constituição, ou seja, a possibilidade de reformulação das instituições. A soberania constitui um princípio recorrente em qualquer análise e interpretação de nossa Constituição, já que sobre ele se erige o Estado democrático. Não é, contudo, um princípio unissubsistente. Deve ser analisado por meio de um método sistemático, integrando-o aos demais princípios.

Alguns doutrinadores identificam o conceito de soberania com poder supremo e depois o reftam devido à existência de flagrantes limites ao seu exercício.

Outros ainda fazem a crítica de que o conceito clássico de soberania não tem conseguido corresponder às exigências da atualidade. Propõe-se, assim, uma modificação na afirmativa tradicional de que os Estados-membros, bem como os municípios, não são soberanos.

À luz desse raciocínio, perceber-se-ia que cada cidadão é detentor de parcela de soberania e, por tal motivo, seria defendido o fortalecimento local de forma a tornar outras esferas estatais mais eficientes. Com isso, haveria maior participação democrática e uma oportunidade de reestruturar a repartição de competências, tendo nas localidades menores uma fonte emissora de soberania. Dessa forma, reduzir-se-ia a acentuada leitura verticalista da Constituição Federal, que centraliza muitas competências no âmbito federal, funcionando quase que como uma matriz unitária. Sabe-se que os entes estaduais e municipais estão longe de ser considerados soberanos. Para serem tratados como tais, deveriam eles amparar-se e legitimar-se na soberania da vontade popular, o que ainda não ocorre.

Diante de um quadro universal em que diversos povos recém-emancipados exultam com a afirmação de seus estados nacionais, não se evidencia a extinção da soberania. A sua dinâmica de cooperação com as demais soberanias tem sido cada vez mais aperfeiçoada, mas ainda na tentativa de não deixar demolir a idéia central de independência nacional. Por outro lado, é de destacar a atual questão atinente ao direito comunitário, em que, com os blocos comuns, tem sido relativizada ou, em alguns casos, até mesmo afastada a soberania (casos de blocos com moeda única, por exemplo). Vislumbra-se que as democracias atuais mais bem estruturadas e fortalecidas estão abrindo mão de parte de sua soberania em prol de um objetivo maior e único.

O texto da Constituição Federal, bem como as Constituições da Colômbia, África do Sul e países recém-emancipados reforçam a idéia do princípio da soberania como fundamento do Estado democrático. A efetivação desse princípio permite-nos estudar as formas e processos de participação e constitucionalizá-los, pois a teoria da democracia também tem uma peculiar responsabilidade para a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição.

### 3.2 Cidadania

A cidadania configura outro fundamento da República Federativa do Brasil, de acordo com o disposto no art. 1º, II, da Constituição Federal.

Denote-se que o termo cidadania foi empregado em sentido amplo, abrangendo não só a titularidade de direitos políticos, mas também a de civis. Deve ser entendido dentro de sua grandeza finalística, na medida em que não é dirigido apenas às pessoas físicas que podem votar e ser votadas. Alcança tanto o exercício do direito de votar e ser votado, como o efetivo exercício dos diversos direitos previstos na Constituição, tais como educação, saúde e trabalho.

É importante, desde o início, esclarecer que os direitos de cidadania não se confundem com os direitos humanos, embora haja uma zona comum entre eles. Pode-se dizer que os direitos de cidadania dizem respeito aos direitos políticos subjetivos consagrados em determinado ordenamento jurídico, concreto e específico. Já os direitos humanos, expressão muito mais abrangente, referem-se à própria pessoa humana como valor-fonte de todos os valores sociais (Miguel Reale).

A discussão sobre os direitos humanos coloca-se, pois, em outro plano de análise teórica. No plano global, universal, em uma perspectiva jusnaturalista, e não do positivo e do tópic.

Por cidadão toma-se, então, aquele que possui e exerce os direitos políticos, constitucionais e legalmente garantidos. É aquele que não apenas vota, mas participa da construção de seu futuro, com a detenção dos instrumentos de que precisa para se autodeterminar. Sem a fruição do todo, não se atingirá a totalidade do exercício da cidadania.

A Constituição Federal de 1988 ampliou os mecanismos de participação popular na política, alterando, assim, a concepção de cidadania.

A Lei nº 9.265, de 12 de fevereiro de 1996, veio regulamentar o art. 5º, inciso LXXVII, do texto constitucional, dispondo sobre a gratuidade dos atos necessários ao exercício da cidadania.

Nesse sentido, foram considerados gratuitos os seguintes atos: os que capacitam o cidadão ao exercício da soberania popular, entendendo, assim, o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular; os referentes ao alistamento militar; os pedidos de informações ao Poder Público que objetivam a instrução de defesa ou denúncia de irregularidades administrativas; as ações de impugnação de mandato eletivo por abuso de poder econômico, corrupção ou fraude; e ainda quaisquer requerimentos ou petições que visem às garantias individuais e à defesa do interesse público.

À luz de tal comando legal, admite-se a idéia de que a cidadania não se encontra restrita ao cidadão eleitor, mas se projeta em vários instrumentos jurídico-políticos imprescindíveis para viabilizá-la.

Com efeito, analisar a questão da cidadania em conjunto com os direitos humanos, em determinado instante da vida social, implica conhecer a especificidade da formação social, o desencadeamento dos modos de produção da riqueza e sua distribuição social, as ideologias presentes, bem como o modelo de distribuição da justiça.

A educação em cidadania é o modo de conseguir uma maior democratização da sociedade, com o objetivo de atender também às demandas dos excluídos, a fim de buscar uma melhoria na qualidade de vida de todos. Para isso, não basta apenas o conhecimento das prerrogativas e dos direitos, é necessário lutar por sua implementação. Garantia constitucional não é suficiente, imprescindível é a efetividade da cidadania. Isso porque, atualmente, quando se fala em cidadania, não se está referindo à mera declaração de direitos, mas sim ao questionamento a respeito do efetivo gozo dos mesmos.

### **3.3 Dignidade da pessoa humana**

A Constituição de 1988, em seu art.1º, III, deixou claro que o Estado Democrático de Direito que instituiu tem, como fundamento, a dignidade da pessoa humana.

Dito fundamental, o princípio - cuja função de diretriz hermenêutica lhe é irrecusável - traduz a repulsa constitucional às práticas, imputáveis aos poderes públicos ou particulares, que visem expor o ser humano, como tal, em posição de desigualdade perante os demais, a desconsiderá-lo como pessoa, reduzindo-o à condição de coisa, ou ainda a privá-lo dos meios necessários à sua manutenção.

Tem-se a dignidade pessoal como a prerrogativa de todo ser humano em ser respeitado como pessoa, de não ser prejudicado em sua existência (a vida, o corpo e a saúde) e de fruir de um âmbito existencial próprio.

O conceito mais completo do fundamento da dignidade da pessoa humana foi o formulado por

Joaquín Arce y Flórez-Valdés, em que são vislumbradas quatro importantes conseqüências: igualdade de direitos entre todos os homens, ao integrarem a sociedade como pessoas, e não como cidadãos; garantia da independência e autonomia do ser humano, de forma a obstar toda coação externa ao desenvolvimento de sua personalidade, bem como toda atuação que implique a sua degradação; observância e proteção dos direitos inalienáveis do homem; não-admissibilidade da negativa dos meios fundamentais para o desenvolvimento de alguém como pessoa ou a imposição de condições subumanas de vida. Adverte ainda o doutrinador que a tutela constitucional se volta em detrimento de violações levadas a cabo não somente pelo Estado, mas também por particulares.

A consagração da dignidade da pessoa humana implica considerar o homem, com exclusão dos demais seres, como o centro do universo jurídico. Esse reconhecimento não se dirige a determinados indivíduos, abrange todos os seres humanos e cada um destes individualmente considerados, de sorte que a projeção dos efeitos irradiados pela ordem jurídica não há de manifestar-se, em princípio, de modo diverso ante duas pessoas.

Com efeito, pode-se retirar duas conseqüências do afirmado. A primeira é a de que a igualdade entre os homens representa obrigação imposta aos poderes públicos, tanto no que concerne à elaboração da regra de direito (igualdade na lei) quanto em relação à sua aplicação (igualdade perante a lei). Necessária, porém, a advertência de que o reclamo de tratamento isonômico não exclui a possibilidade de discriminação, mas sim a de que esta se processe de maneira injustificada e desarrazoada.

Em segundo lugar, emerge a consideração da pessoa humana como um conceito dotado de universalidade. Inviável, portanto, qualquer distinção de direitos entre os nacionais e estrangeiros, salvo quanto àqueles vinculados ao exercício da cidadania.

A dignidade da pessoa humana também consiste na premissa de não ser possível a redução do homem à condição de mero objeto do Estado e de terceiros. Está a se garantir que o Estado, ao manejar o *jus puniendi* em benefício da restauração da paz social, atue de modo a não se distanciar das balizas impostas pela condição humana do acusado da prática de crime. Por mais abjeta e reprovável que tenha sido a ação delituosa, não há como se justificar seja o autor privado de tratamento digno.

A Constituição da República, em seu art. 5º, trouxe como direitos individuais importantes exigências que o Estado há de observar, sob pena de desrespeitar a dignidade da pessoa humana, quais sejam, o contido nos incisos III, XLIX, LIV, LV, LIII, LVI, XXXVII, LVII, XXXIX, XLV, XLVI, XLVII, dentre outros.

Juntamente com o reconhecimento jurídico da dignidade da pessoa humana, decorre a salvaguarda dos direitos da personalidade. Estes incidem sobre a vida, a saúde, a integridade física, a honra, as liberdades física e psicológica, o nome, a imagem e a reserva sobre a intimidade da vida privada do indivíduo.

Além de todo o exposto, a consagração constitucional da dignidade da pessoa humana resulta também na obrigação de o Estado garantir à pessoa um patamar mínimo de recursos capaz de prover-lhe a subsistência.

Disso decorre, por exemplo, que ao Estado cabe organizar e manter um sistema previdenciário, com vistas a suprir os rendimentos do trabalhador por ocasião das contingências da vida gregária (art. 201 da Constituição Federal), dentre vários outros deveres.

Da mesma forma, àqueles não filiados à previdência social, incumbe ao aparato estatal a prestação de assistência social quando necessitarem, conforme o art. 203 da Carta Magna.

Não é de esquecer ainda as ações no campo da saúde, realizadas mediante políticas sociais e econômicas que colimem a redução dos riscos de doença e de outros agravos, garantindo o acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (art. 196).

Apesar da escassa jurisprudência sobre o assunto, há de destacar-se um julgado em que o princípio da dignidade da pessoa humana foi utilizado, como forma de interpretação legal no Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Tal situação se deu no Mandado de Segurança nº 985.266/6-RN, impetrado por proprietário de imóvel rural declarado de interesse social, para fins de desapropriação para reforma agrária, com imissão de posse efetuada por decisão na ação expropriatória, no afã de combater decisão do Superintendente Regional do Incra, que indeferira seu pleito de assentamento em um dos lotes, a recair preferencialmente sobre a sede do imóvel, conforme dispõe o art. 19 da Lei nº 8.629/93; examinando-se que, de há muito, o impetrante tinha como único meio de vida a exploração do referido imóvel, o desrespeito ao preceito contido no citado diploma legal, que, segundo comando do Estatuto da Terra, entra em conflito com a imposição constitucional de dignidade da pessoa humana.

### **3.4 Valores sociais do trabalho e da livre iniciativa**

O trabalho e a livre iniciativa foram identificados no art.1º, IV, da Constituição como fundamentos da ordem econômica estabelecida no Brasil, ambos considerados indispensáveis para o adequado desenvolvimento do Estado. Esses dois fatores revelam o modo de produção capitalista adotado, mas pretende a Carta estabelecer um regime de integração entre o capital e o trabalho.

O trabalho é o que confere ao homem uma de suas qualificações mais marcantes. Porém, o trabalho que se tem como fundamento da República do Brasil não é o escravo, nem o imposto, mas sim aquele livremente escolhido pelo indivíduo. Para isso, é necessário que o Estado assegure a opção individual de cada um.

Como já dito por Paolo Barile, a garantia de proteção ao trabalho não engloba somente o trabalhador subordinado, mas também aquele autônomo e o empregador, como empreendedor do crescimento do País.

Assim, tanto o trabalho como sua livre iniciativa são considerados valores sociais, constituindo fundamento também da ordem econômica, conforme dispõe o art.170 da Constituição Federal.

### **3.5 Pluralismo político**

O pluralismo político também é considerado um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, segundo o disposto no art.1º, V, da Constituição Federal.

O pluralismo político significa a livre formação de correntes políticas no País, permitindo a representação das diversas camadas da opinião pública em diferentes segmentos. Esse dispositivo constitucional veda a adoção de leis infraconstitucionais que estabeleçam um regime de partido único ou um sistema de bipartidarismo forçado ou ainda que impeçam uma corrente política de se manifestar no Brasil.

Reconhece-se esse fundamento no sentido de que existe um valor intrínseco no pluralismo de idéias e opiniões no plano político. Nesse ponto, a Carta Magna põe em destaque um princípio que é considerado fundamental nas democracias de derivação liberal.

Com efeito, o resguardo de tal fundamento demonstra a preocupação do legislador constituinte em afirmar a ampla e livre participação popular nos destinos políticos do País, garantindo a

liberdade de convicção filosófica e política e, também, a possibilidade de organização e participação em partidos políticos.

Ressalte-se, contudo, que por pluralismo político não se deve entender apenas a multiplicidade de partidos políticos. Isso porque a democracia impõe formas plurais de organização da sociedade.

Assim, há que se entender também, como fundamento do Estado, o pluralismo dos sindicatos, das igrejas, das escolas e das universidades, das empresas, das organizações culturais, enfim de todas aquelas organizações que podem ser sempre de interesses específicos dentro do Estado e conseqüentemente servir para opor-se a ele e controlá-lo.

#### 4 Considerações finais

Os princípios fundamentais, em que pesem sua importância essencial e força dirigente para a concretização dos direitos, têm ainda insuficiente efetividade no ordenamento jurídico brasileiro e escassas as garantias constitucionais que podem assegurá-la, seja pelas características dos princípios, tal como a abstração, seja pelo desinteresse em interpretar sistematicamente o texto constitucional.

O desinteresse político, principalmente, e a ausência de consciência dos supostos "cidadãos" deixam uma lacuna na ordem constitucional, deixando de conferir efetividade aos princípios fundamentais informadores, em tese, de uma sociedade mais justa, mais livre e mais solidária.

A meu aviso, se ausente a efetividade dos princípios fundamentais, é preciso que se busquem instrumentos para sua realização. Mediante os chamados remédios constitucionais, há meios de tornar concretas as potencialidades inerentes a cada princípio fundamental em espécie. A razão de ser das garantias constitucionais é exatamente instrumentalizar a atuação da cidadania em busca de reverter a situação atual de inefetividade desses princípios.

Diante dessa atual inexpressividade das vigas mestras do ordenamento jurídico, cabe ao magistrado, por meio de sua prestação jurisdicional, procurar garantir os direitos dos cidadãos em face dos arbítrios cometidos pelo poder estatal. Dessa maneira, a justiça, ainda que longe de ser atingida, pode ser aferida com o mecanismo do princípio da proporcionalidade.

Atualmente são feitas inúmeras críticas por doutrinadores diversos, na medida em que tal princípio garante ao juiz amplos poderes. Ocorre que o magistrado, por meio de sua ponderação, deve objetivar encontrar a vontade do legislador constituinte, essencialmente do constituinte originário, que traçou o espírito democrático para a nossa sociedade.

#### 5 Referências bibliográficas

A CONSTITUIÇÃO NA VISÃO DOS TRIBUNAIS. INTERPRETAÇÃO E JULGADOS ARTIGO POR ARTIGO. V. 1. Arts. 1º a 43. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Gabinete da Revista. São Paulo: Saraiva, 1997.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Caracterização da dignidade da pessoa humana. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Saraiva, 1998.

CAETANO, Marcelo. *Direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. São Paulo: Coimbra, 1999.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional - teoria do estado e da constituição -*

Direito constitucional positivo. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomos I e II. São Paulo: Coimbra, 1998.

PEIXINHO, Manoel Messias. *A interpretação da Constituição e os princípios fundamentais*. São Paulo: Lumen Juris, 2000.

ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios constitucionais*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2001.

-:-:-

*Sumário: 1 Introdução. 2 Prescrição como instituto de Direito Civil. 3 A prescrição tributária e o novo art. 40, § 4º, da Lei de Execuções Fiscais. 4 Conclusão. 5 Referências bibliográficas.*

## 1 Introdução

Examina-se brevemente o instituto da prescrição. Pesquisam-se a natureza jurídica da prescrição tributária e as suas peculiaridades, especialmente a possibilidade de sua decretação de ofício. Analisam-se as normas sobre prescrição do Código Tributário Nacional em cotejo com as da Lei de Execuções Fiscais (Lei nº 6.830/80). Estuda-se, além disso, o novo § 4º do art. 40 desta última, acrescido pela Lei nº 11.051, de 30 de dezembro de 2004.

## 2 Prescrição como instituto de Direito Civil

Tanto a prescrição quanto a decadência são institutos jurídicos atestadores da importância do tempo, como fato jurídico natural, para o Direito, concebidos em favor da estabilidade social e da segurança jurídica.

A existência de tais institutos justifica-se pela concepção de que a limitação temporal ao exercício de direitos e pretensões, sobre ser uma forma de disciplina da conduta social (consubstanciando aplicação do brocardo romano *dormientibus non succurrit ius*), serve ao maior fundamento de existência do próprio Direito, qual seja a pacificação social.

Com efeito, as obrigações nascem para se extinguirem, e não devem figurar como "ameaças eternas" aos respectivos obrigados, em virtude do que a lei estabelece prazos de prescrição e decadência, com vistas a dar relativa estabilidade às relações jurídicas, em fiel atendimento ao princípio da segurança jurídica, considerado por muitos como o mais importante dentre todos os princípios gerais de Direito.

Modernamente, no direito pátrio, entende-se a prescrição como a "perda da pretensão de reparação do direito violado, em virtude da inércia do titular, no prazo previsto pela lei", conforme conceituam Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho<sup>1</sup>.

Como se verifica do conceito ora esposado, resta superada a noção de prescrição como extintiva da ação assecuratória do direito material (em contraposição à decadência, fulminadora do direito em si considerado), identificada que estava tal concepção com a Teoria Imanentista da Ação, já há muito superada pelo Direito Processual Civil, segundo a qual a ação seria algo indistinto do próprio direito subjetivo pleiteado, ou, em outras palavras, tratar-se-ia do próprio direito subjetivo, lesado, posto em movimento.

Destarte, uma vez afirmadas pela processualística moderna a abstração e a autonomia do direito de ação<sup>2</sup>, a par de constitucionalmente consagrado o princípio da inafastabilidade da juris-

\*Juíza de Direito. Graduada pela Fundação Educacional Nordeste Mineiro - FADITO, em 1978.

<sup>1</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: Parte Geral*. 5. ed. São Paulo: Saraiva. 2004, p. 476.

<sup>2</sup> Uma situação fartamente encontrada na doutrina bem ilustra a falácia contida na noção de que a prescrição ataca a ação: se ajuizada uma demanda, o juiz nega provimento ao pedido, à alegação, pelo réu, de prescrição (processo extinto com julgamento do mérito, nos termos do art. 269, IV, do Código de Processo Civil), conquanto o direito demandado pelo autor lhe tenha sido negado, pelo perecimento da *pretensão*, o direito de ação, abstrato e autônomo, e constitucionalmente assegurado, foi lididamente exercido.

dição (garantia ao direito de ação consubstanciada no art. 5º, XXXV, da Constituição da República), não mais se pode conceber a prescrição como o ataque à ação, mas sim nos termos do disposto no art. 189 do Novo Código Civil, como a perda da pretensão, assim entendido o

"poder de exigir de outrem coercitivamente o cumprimento de um dever jurídico, vale dizer, é o poder de exigir a submissão de um interesse subordinado (do devedor da prestação) a um interesse subordinante (do credor da prestação) amparado pelo ordenamento jurídico"<sup>3</sup>.

Caracteriza-se, pois, a prescrição, vale repetir, pela perda da pretensão de reparação do direito violado, ao passo que a decadência consiste na perda efetiva de um direito potestativo, pelo seu não-exercício no prazo legal.

Nos termos do novo Código Civil, um elemento importante de distinção entre prescrição e decadência que nos interessa sumamente consiste no fato de que aquela não pode ser suprida de ofício (salvo se favorecer a absolutamente incapaz, nos termos do art. 194), enquanto esta, se legalmente estabelecida, deve ser conhecida *ex officio* pelo juiz, consoante o disposto no art. 210.

Esta diferenciação decorre da circunstância de que a prescrição é renunciável (art. 191), ao contrário da decadência legal (art. 209).

### 3 A prescrição tributária e o novo art. 40, § 4º, da Lei de Execuções Fiscais

Primeiramente, sobreleva ressaltar que a Lei nº 11.051, publicada no *Diário Oficial da União*, em 30 de dezembro de 2004, entre outras providências, acrescentou o § 4º ao art. 40 da LEF, trazendo a possibilidade da decretação da prescrição de ofício em sede de execução fiscal. Confira-se:

Art. 40 (...) § 4º Se da decisão que ordenar o arquivamento tiver decorrido o prazo prescricional, o juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato.

Todavia, o que se demonstrará a seguir é que o reconhecimento *ex officio* do decurso do prazo prescricional já era imposto pelo Código Tributário Nacional, o que, a todas as luzes, torna despicienda a disposição contida no § 4º do art. 40 da LEF.

Pois bem, anteriormente ao dispositivo supra, muitos eram os que entendiam que a prescrição tributária não deveria ser decretada de ofício, em sede de execução fiscal. Amparavam-se, para tanto, no art. 194 do Novo Código Civil (correspondente ao art. 166 do CC/1916), bem como no art. 219, § 5º, do Código de Processo Civil. Este último dispõe: "Art. 219. (...) § 5º Não se tratando de direitos patrimoniais, o juiz poderá, de ofício, conhecer da prescrição e decretá-la de imediato".

Assim, a *contrario sensu*, em se tratando de direitos patrimoniais, o decurso do prazo prescricional não poderia ser reconhecido de ofício. Outrossim, os defensores dessa tese socorriam-se do disposto no § 2º do art. 40 da Lei de Execuções Fiscais (Lei nº 6.830/80), pugnando pelo arquivamento indefinido da execução sem baixa na distribuição, enquanto não localizado o devedor ou bens penhoráveis.

Nessa linha de pensamento, o reconhecimento de ofício da prescrição pelo juiz significaria tolher do réu a sua liberdade de renunciar a ela e de adimplir a obrigação natural.

---

<sup>3</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze, *op. cit.*, p. 478.

Todavia, tal entendimento se olvidava de atentar para as disposições peculiares da prescrição tributária, decorrentes da sistemática do Código Tributário Nacional.

Impende gizar, antes de tudo, que a Constituição da República, em seu art. 146, III, *b*, outorgou ao legislador complementar a competência para tratar das normas gerais em matéria tributária, especialmente sobre prescrição e decadência.

Destarte, tanto ao se acolher o entendimento de que a lei complementar é hierarquicamente superior à lei ordinária quanto o de que aquela tem âmbitos materiais constitucionalmente fixados, inacessíveis a esta, o fato é que deve prevalecer o CTN (recebido pela ordem jurídica instaurada pela CR/88 com *status* de lei complementar) no trato do assunto, sob pena de se desobedecer à vontade constituinte.

Em outras palavras: a prescrição é matéria de lei complementar, impondo-se as normas do CTN sobre as do CPC e da LEF, em caso de conflito.

E o Código Tributário Nacional dispõe em seu art. 156, V: "Art. 156. Extinguem o crédito tributário: (...) V - a prescrição e a decadência".

Referido dispositivo, atribui, pois, um peculiar efeito à prescrição tributária, a saber: a extinção do crédito tributário. Daí se infere que a ocorrência da prescrição fulmina o direito de crédito propriamente dito, à semelhança da decadência em Direito Civil.

Ora, no Direito Privado a questão prescricional está sujeita ao exclusivo interesse das partes, motivo pelo qual ela não pode ser reconhecida de ofício. Entretanto, em matéria tributária a prescrição é tema de Direito Público, não sujeita à disponibilidade pelas partes, nos termos do que dispõe o art. 156, V, do CTN.

O que se quer dizer é que, em se tratando de Direito Tributário, aos contribuintes é defeso dispor de seus interesses, consentindo no pagamento de tributo indevido (prescrito). Vale dizer, a prescrição é irrenunciável, o que infirma a possibilidade de aplicação do art. 219, § 5º, do CPC, que se funda justamente na idéia de que a esta se pode renunciar.

Convém lembrar, neste ponto, que a lei tributária pode dar tratamento jurídico diferenciado a institutos de Direito Privado, exceto para alterar a determinação das competências tributárias, conforme resulta da inteligência dos arts. 109 e 110 do CTN. A propósito, valhamo-nos da lição do eminente Ministro Carlos Mário da Silva Velloso<sup>4</sup>:

Concedo, pois, que o legislador tributário poderia, alterando o princípio tradicional do Direito Privado, estabelecer que a decadência poderia ser interrompida. Da mesma forma, poderia a lei tributária estabelecer que a prescrição poderia ser declarada de ofício.

E foi como o legislador tributário efetivamente procedeu, dando uma feição própria à decadência e à prescrição no CTN. De fato, por esse diploma legal, a fluência do prazo decadencial representa o perecimento do direito de constituir o crédito tributário pelo lançamento.

Uma vez efetuado o lançamento, passa a correr o prazo prescricional (de cinco anos, segundo o art. 174 do CTN), rumo à extinção do crédito.

E tão meridiano é claro que a prescrição fulmina de morte a relação jurídica material

<sup>4</sup> VELLOSO, Carlos Mário da Silva. apud SILVA, Wilney Magno de Azevedo. O reconhecimento judicial da prescrição tributária na execução fiscal. Disponível em: <<http://www.cjf.gov.br/revista/numero3/sumario.htm>>. Acesso em: 10 março de 2005.

travada entre o Fisco e o contribuinte, que, uma vez passados os cinco anos da constituição definitiva do crédito tributário, o devedor (agora ex-devedor) passa a fazer jus à Certidão Negativa de Débito. É dizer: não há mais crédito em aberto a obstar o fornecimento de CND.

Nesse ponto, impende trazer à baila o pensamento de Hugo de Brito Machado<sup>5</sup>:

O CTN, todavia, diz expressamente que a prescrição extingue o crédito tributário (art. 156, V). Assim, nos termos do Código, a prescrição não atinge apenas a ação para a cobrança do crédito tributário, mas o próprio crédito, vale dizer, a relação material tributária.

Essa observação, que pode parecer meramente acadêmica, tem, pelo contrário, grande alcance prático. Se a prescrição atingisse apenas a ação para cobrança, mas não o próprio crédito tributário, a Fazenda Pública, embora sem ação para cobrar seus créditos depois de cinco anos de definitivamente constituídos, poderia recusar o fornecimento de certidões negativas aos respectivos sujeitos passivos. Mas, como a prescrição extingue o crédito tributário, tal recusa obviamente não se justifica.

Corroborando o exposto a circunstância, apontada por eminentes juristas, de que o pagamento de crédito tributário prescrito enseja o direito à repetição de indébito. Não é outro o abalizado pensamento de Sacha Calmon Navarro Coelho<sup>6</sup>:

Comumente se diz: a obrigação de legal torna-se moral. Se o devedor paga, não pode demandar a restituição do que pagou, embora prescrita a ação. Esta era para obrigá-lo a pagar, dobrando a sua vontade, se recalcitrante, substituindo-a pela do juiz, a determinar o pagamento ou a entrega da coisa. A decadência mata o direito material. Nesse caso, pode-se repetir o indébito, diferentemente da prescrição, que só mata a ação, sem afetar o direito material. São lugares comuns e em Direito Privado até admissíveis.

Ocorre que, no Direito Tributário pátrio, a teor do CTN, tanto a decadência quanto a prescrição extinguem o crédito tributário.

Quem paga dívida fiscal em relação à qual já estava a ação prescrita tem direito à restituição, sem mais nem menos.

O entendimento dos dois eminentes juristas supracitados só merece o reparo de que a prescrição, em nenhuma hipótese, ataca a ação, sendo certo que no Direito Privado ela faz perecer a pretensão de reparação do direito violado, conforme demonstrado no tópico anterior. Todavia, o que nos interessa nas lições transcritas acima é a convicção de que a prescrição tributária extingue o crédito fazendário, tendo o mesmo efeito, por exemplo, do pagamento, da compensação, ou da remissão (art. 156, incisos I, II, e IV, respectivamente, do CTN), donde decorre a possibilidade de sua decretação de ofício.

Por conseguinte, mesmo anteriormente à vigência do novo § 4º do art. 40 da LEF, um juiz que mantinha viva uma execução fiscal, já arquivada há mais de cinco anos (nos termos do § 2º do mesmo artigo), sem lhe decretar a extinção pela ocorrência da prescrição intercorrente, ao argumento de que não houve alegação pelo réu, negava vigência ao CTN, que é o diploma aplicável no assunto, por força de dispositivo constitucional.

Assim, em dias recentes, se de um lado o legislador aparentemente concede, com o art. 40, § 4º, uma benesse ao contribuinte (repita-se: já garantida pelo CTN), de outro presenteia o cre-

---

<sup>5</sup> MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 218-219.

<sup>6</sup> COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro*. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002, p. 724.

dor fazendário com mais um privilégio.

O presente de que ora cuidamos é trazido pela Lei Complementar nº 118, publicada no *Diário Oficial*, de 9 de fevereiro de 2005, que alterou o art. 174, parágrafo único, I, do CTN, para deferir ao despacho ordenador da citação o condão de interromper o lapso prescricional, o que representa uma vantagem em relação ao credor, digamos, comum, que, nos termos do art. 219, § 4º, do CPC e do art. 202, I, do CC depende da efetiva citação para obter a almejada interrupção.

Aliás, a LC nº 118/05 dispôs no sentido do que já dispunha o art. 8º, § 1º, da LEF, sendo certo que este último artigo havia criado o que por muitos era considerado um "privilégio odioso, porque discrimina entre credores a forma de interromper a prescrição, sem razão plausível"<sup>7</sup>. Tanto que, anteriormente à edição da LC nº 118, esse dispositivo da LEF teve sua aplicação negada pelo Superior Tribunal de Justiça, que determinou a incidência do art. 174 do CTN em sua redação original (exigência de efetiva citação para interromper o prazo - isso antes da alteração promovida pela LC nº 118/05).

Com a devida vênia, convém apontar aqui a incoerência engendrada na jurisprudência do STJ, que, se, por um lado, determina a aplicação do CTN em tema de interrupção da prescrição, por outro, deixa de reconhecer a possibilidade de decretar a mesma de ofício, negando vigência ao próprio Código Tributário (ressalte-se que ainda não houve tempo hábil para que os tribunais pátrios apliquem o recentíssimo art. 40, § 4º, da LEF).

O seguinte julgado exemplifica a contradição:

Recurso especial - Execução fiscal - Prescrição intercorrente - Decretação de ofício - Impossibilidade - Precedentes. - A jurisprudência do STJ se firmou no sentido de que o despacho que ordena a citação não interrompe a prescrição, uma vez que somente a citação pessoal tem esse efeito, devendo prevalecer o disposto no art. 174 do CTN sobre o art. 8º, § 2º, da Lei 6.830/80. Não se opera a prescrição intercorrente quando a credora não deu causa à paralisação do feito. Iterativos precedentes. O executivo fiscal versa sobre direito de natureza patrimonial e, portanto, disponível, de modo que a prescrição não pode ser decretada *ex officio*, a teor do disposto nos arts. 166 do CC, 16, 128 e 219, § 5º, do CPC. Recurso especial provido (STJ, REsp nº 661.726/RS, Relator Ministro Franciulli Neto, Segunda Turma, DJ de 28.02.2005, p. 305).

Entretanto, no próprio Superior Tribunal de Justiça encontram-se decisões dissidentes, que reconhecem a possibilidade de decretação da prescrição sem a provocação da parte. Senão vejamos:

Tributário - Execução fiscal - Prescrição intercorrente - Lei de Execuções Fiscais - Código Tributário Nacional - Prevalência das disposições recepcionadas com *status* de lei complementar - Precedentes - Despacho citatório - Art. 8º, § 2º, da Lei nº 6.830/80 - Art. 219, § 5º, do CPC - Art. 174, do CTN - Interpretação sistemática - Jurisprudência predominante - Ressalva do entendimento do Relator - Precedentes. - 1. O art. 40 da Lei de Execução Fiscal deve ser interpretado harmonicamente com o disposto no art. 174 do CTN, que deve prevalecer em caso de colidência entre as referidas leis. Isso porque é princípio de Direito Público que a prescrição e a decadência tributárias são matérias reservadas à lei complementar, segundo prescreve o art. 146, III, b, da CF. - 2. A mera prolação do despacho que ordena a citação do executado não produz, por si só, o efeito de interromper a prescrição, impondo-se a interpretação sistemática do art. 8º, § 2º, da Lei nº 6.830/80, em combinação com o art. 219, § 4º, do CPC e com o art. 174 e seu parágrafo único do CTN. - 3. Após o decurso de determinado tempo, sem promoção da parte interessada, deve-se estabilizar o conflito, pela via da prescrição, impondo segurança jurídica aos litigantes, uma vez que afronta os princípios informadores do sistema tributário a prescrição indefinida. - 4. Paralisado o processo por mais de 5 (cinco) anos, impõe-se o reconhecimento da prescrição, ainda que de ofício, se o execu-

<sup>7</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Lei de execução fiscal*. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Saraiva, 1999, p. 52.

tado não foi citado, por isso não tem oportunidade de suscitar a questão prescricional. Isso porque a regra do art. 219, § 5º, do CPC pressupõe a convocação do demandado, que, apesar de presente à ação, pode pretender adimplir à obrigação natural. - 5. É inaplicável o referido dispositivo se a prescrição se opera sem que tenha havido a convocação do executado, hipótese em que se lhe apresenta impossível suscitar a questão prescricional. - 6. Permitir à Fazenda manter latente relação processual inócua, sem citação e com prescrição intercorrente evidente, é conspirar contra os princípios gerais do Direito, segundo os quais as obrigações nasceram para ser extintas e o processo deve representar um instrumento de realização da justiça. - 7. A prescrição, tornando o crédito inexigível, faz exsurgir, por força de sua intercorrência no processo, a falta de interesse processual superveniente, matéria conhecível pelo Juiz, a qualquer tempo, à luz do § 3º do art. 267 do CPC. - 8. Recurso especial improvido (REsp nº 322.165/PE, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJ do dia 30.08.2004, p. 224).

Vê-se, pois, que o STJ reconhece que a prescrição e a decadência tributárias são matérias reservadas à lei complementar, impondo-se a incidência do CTN em detrimento da LEF. Contudo, predomina neste tribunal superior a tese de que a prescrição só pode ser decretada ao ensejo da suscitação pelo réu.

Mas esse entendimento não deve subsistir, à luz do novo § 4º do art. 40 da Lei de Execuções Fiscais.

Só resta aqui consignar que referido dispositivo, sobre ser despiciendo, uma vez que a sistemática do CTN já possibilitava reconhecer a prescrição *ex officio*, é inconstitucional, visto que, pelos seus termos, a prescrição intercorrente só corre a partir do arquivamento dos autos (art. 40, § 2º), que se dá depois de decorrido um ano sem que seja encontrado o devedor ou seus bens.

Ora, consoante o novo art. 174, parágrafo único, I, do CTN, o despacho de citação interrompe a prescrição, recomeçando daí a contagem do prazo. Não há falar em recontagem só a partir do arquivamento dos autos.

A inconstitucionalidade decorre, pois, da invasão pela LEF de matéria reservada à lei complementar (CTN), em afronta ao art. 146, III, b, da CR/88. Nesse sentido, confira-se o magistério de Misabel Abreu Machado Derzi<sup>8</sup>:

Embora, em muitos pontos, a Carta de 1988 tenha fortalecido o federalismo brasileiro, ela cuidou, paralelamente, de recrudescer o rol dos direitos e garantias do contribuinte, cristalizando os prazos estabelecidos no CTN em lei complementar, a fim de reforçar a segurança e a certeza. Não podem assim as leis ordinárias, federais ou estaduais alterar prazos de decadência ou de prescrição e tampouco o rol de causas suspensivas ou interruptivas.

Pelo mesmo motivo, a cabeça do art. 40 da LEF padece de flagrante inconstitucionalidade, ao dispor que a prescrição não corre enquanto não for localizado o devedor ou encontrados bens penhoráveis.

#### 4 Conclusão

O instituto da prescrição é serviente ao importantíssimo princípio geral da segurança jurídica, fulcrado no ideal jurídico da pacificação social.

A moderna concepção de prescrição identifica-a com a perda da pretensão de reparo de um direito violado pelo decurso do tempo, contrapondo-a com a decadência, que é a efetiva perda do direito pelo não-exercício no prazo legal.

Ocorre que, em Direito Tributário, nos termos do Código Tributário Nacional (diploma cujas disposições devem prevalecer no trato do assunto), a prescrição atinge o direito material de crédito, extinguindo-o (art. 156, V).

---

<sup>8</sup> DERZI, Misabel Abreu Machado. *Direito tributário brasileiro*, Aliomar Baleeiro. 11. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, p. 911.

Uma vez que é o direito que se extingue, torna-se possível a decretação da prescrição de ofício, pois esta é indisponível, à similitude do que ocorre com a decadência em Direito Privado.

Diante disso, o ordenamento jurídico já impunha a decretação de prescrição *ex officio* anteriormente à edição do novo art. 40, § 4º, da Lei de Execuções Fiscais.

Referido dispositivo se nos afigura inconstitucional, aliás, uma vez que o prazo prescricional interrompido reinicia sua contagem a partir do ato que o interrompeu (despacho citatório, conforme art. 174 do CTN), e não a partir do arquivamento de que cuida o art 40, § 2º, da LEF.

A jurisprudência, outrora prevalecente, no sentido da impossibilidade de se reconhecer de ofício a prescrição, felizmente deve inclinar-se para o rumo da sua possibilidade, à luz da "inovação" feita na LEF.

## 5 Referências bibliográficas

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro*. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002.

DERZI, Misabel Abreu Machado. *Direito tributário brasileiro*, Aliomar Baleeiro. 11. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: parte geral*. 5. ed. São Paulo: Saraiva. 2004.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MONTEIRO NETO, Nelson. Execução fiscal: a consumação da prescrição intercorrente pode ser alegada pelo curador especial *ad litem*. *Repertório IOB de jurisprudência: tributário e constitucional*, v. 01, n. 16, p. 603-606, ago. 2004.

NEGRÃO, Theotônio; GOUVÊA, José Roberto Ferreira. *Código de processo civil e legislação processual em vigor*. 36. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de processo civil comentado*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SANTOS, Otoniel Ferreira dos. A decretação de ofício da nulidade da execução fiscal pela ocorrência da prescrição. *Doutrina Adcoas*, v. 02, n. 09, p. 322-325, set. 1999.

SILVA, Wilney Magno de Azevedo. O reconhecimento judicial da prescrição tributária na execução fiscal. Disponível em: <<http://www.cjf.gov.br/revista/numero3/sumario.htm>>. Acesso em: 10 março 2005.

ROCHA SOBRINHO, Délio José. Execução fiscal: alguns aspectos relevantes. *Ciência Jurídica*, v. 12, n. 76, p. 452-455, jul. 1997.

SOUZA, Celso Gerônimo de. Interrupção da prescrição. *Consulex: Revista Jurídica*, v. 07, n. 155, p. 51-54, jun. 2003.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Lei de execução fiscal*. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Saraiva, 1999.

-:-:-

Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes  
Belo Horizonte, 2006