# JAM JURÍDICA

edição especial

2009

ASSOCIAÇÃO
DOS PROCURADORES
DO MUNICÍPIO DO SALVADOR

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA,
EXECUTIVO E LEGISLATIVO
E ADMINISTRAÇÃO MUNICIPAL

JAM-JURÍDICA é uma revista mensal produzida por
JAM-JURÍDICA EDITORAÇÃO E EVENTOS LTDA.

Endereço Comercial:
Rua Alceu Amoroso Lima, 470 – Ed. Empresarial Niemeyer, sala 806
Caminho das Árvores – CEP 41820-770 – Salvador – Bahia
Fones: (71) 3342-4531 / 3342-3756 / 3342-3880
www.jam-juridica.com.br
contato@jam-juridica.com.br

Editor:
JAM-JURÍDICA EDITORAÇÃO E EVENTOS

Conselho Redacional:
Adilson Abreu Dallari
Afonso H. Barbuda
Alice Maria González Borges
André dos Santos Pereira Araújo
Carlos Alberto Sobral de Souza
Luciano Ferraz
Rafael Carrera

Diretor Comercial
André dos Santos Pereira Araújo
atendimento@jam-juridica.com.br

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Elizabet Häussler CRB-5/1237

---

JAM JURÍDICA: Administração Pública, Executivo e Legislativo e Administração Municipal. Salvador: Jam-Jurídica editoração e eventos Ltda. Ano XIV, edição especial, novembro, 2009.

Periodicidade Mensal

ISSN 1806-1346

1. Administração Pública - Periódico. 2. Administração Municipal - Periódico. I. Título.

CDU 35(05)

---

As idéias esposadas nos opinativos e demais matérias doutrinárias subscritas pelos colaboradores desta revista são de sua exclusiva responsabilidade.

**Adilson Abreu Dallari**
Advogado
Professor Titular de Direito Administrativo da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo/SP

**Afonso H. Barbuda**
Chefe da Assessoria Jurídica do Tribunal de Contas dos Municípios/BA

**Alice González Borges**
Professora Titular de Direito Administrativo da UCSAL
Membro do Conselho Superior do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo

**André dos Santos Pereira Araújo**
Administrador
Especialista em Gestão Pública Municipal
Bacharel em Direito
Pós-graduando em Direito Público – UNIFACS

**Angélica Maria Santos Guimarães**
Advogada
Mestra em Direito Público (UFPE)
Procuradora do Município do Salvador
Professora Universitária

**Carlos Alberto Sobral de Souza**
Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado de Sergipe

**Carlos Ayres Britto**
Ministro do Supremo Tribunal Federal

**Carlos Pinto Coelho Motta**
Advogado
Professor Adjunto de Direito Administrativo da Faculdade Mineira de Direito da PUC/MG

**Carmem Lúcia Antunes Rocha**
Professora Titular de Direito Constitucional da Faculdade Mineira de Direito da PUC/MG

**Celso Antônio Bandeira de Mello**
Advogado
Professor Titular de Direito Administrativo da PUC/SP

**Darcy Queiroz**
Assessora Jurídica do Tribunal de Contas dos Municípios/BA

**Edite Mesquita Hupsel**
Advogada
Procuradora do Estado da Bahia

**Ernandes de Andrade Santos**
Advogado
Professor de Direito do Trabalho da UCSAL

**Evandro Martins Guerra**
Advogado
Professor de Direito Administrativo e Direito Financeiro da Faculdade Milton Campos e Universidade FUMEC
Coordenador da pós-graduação em Direito Administrativo do CEAJUFE

**Fábio Nadal Pedro**
Consultor Jurídico da Câmara Municipal de Jundiaí/SP

**Fabrício Motta**
Procurador-Geral do Ministério Público junto ao TCM/GO
Mestre em Direito Administrativo pela UFMG

**Flávio C. de Toledo Jr.**
Economista
Técnico do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo

**Francisco de Salles Almeida Mafra Filho**
Doutor em Direito Administrativo pela UFMG;
Professor Adjunto I de Direito Administrativo na UFMT.

**Francisco Ferreira Jorge Neto**
Juiz Titular da 1ª Vara do Trabalho de São Caetano do Sul
Professor Universitário
Mestre em Direito das Relações Sociais – Direito do Trabalho pela PUC/SP.

**Francisco Fontes Hupsel**
Advogado

**Gina Copola**
Advogada

**Gustavo Justino de Oliveira**
Advogado
Doutor em Direito do Estado pela USP
Professor Universitário

**Hugo de Brito Machado**
Professor Titular de Direito Tributário da UFC
Presidente do Instituto Cearense de Estudos Tributários
Juiz aposentado do TRF – 5ª Região

**Ivan Barbosa Rigolin**
Advogado, parecerista e consultor jurídico de entes públicos
Autor de obras jurídicas especializadas na área do Direito Público

**Jair Eduardo Santana**
Mestre e doutorando em Direito do Estado (PUC/SP)
Professor em cursos de pós-graduação
Magistrado de entrância especial

**João Batista Alcântara Filho**
Juiz de Direito do Tribunal de Justiça da Bahia

**João Carlos de Mendonça Leal**
Assessor Jurídico do Tribunal de Contas dos Municípios/BA

**João de Deus Pereira Filho**
Advogado
Economista

**João Fernandes Neto**
Coordenador CAA do Tribunal de Contas dos Municípios/BA

**João Jampaulo Júnior**
Advogado
Mestre e Doutor em Direito Constitucional pela PUC/SP
Professor de Direito
Consultor em Direito do Estado

**Jorge Jesus de Azevedo**
Bacharel dm Direito
Pós-graduando em Direito Público – UNIFACS

**José Aras**
Professor de Direito Administrativo da Escola Livre de Direito Josaphat Marinho
Professor de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da UCSAL
Professor substituto de Direito Administrativo da UFBA
Advogado e Consultor Jurídico de Prefeituras Municipais

**José Francisco de Carvalho Neto**
Professor de Direito Administrativo da UCSAL
Superintendente Geral do TCM – BA

**José Nilo de Castro**
Mestre e Doutor em Direito Administrativo
Professor Titular de Direito Municipal e de Direito Administrativo da Faculdade de Direito Milton Campos

**Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante**
Advogado
Professor da Faculdade de Direito Mackenzie.
Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Mackenzie
Mestre em Integração da América Latina pela Universidade de São Paulo (USP/PROLAM).

**Juarez Freitas**
Professor de Direito Administrativo – UFRGS e Escola Superior da Magistratura – AJURIS

**Kiyoshi Harada**
Especialista em Direito Tributário e em Direito Financeiro pela FADUSP
Mestre em Processo Civil – UNIP
Professor de Direito Tributário, Administrativo e Financeiro.
Ex-Procurador-Chefe da Consultoria Jurídica do Município de São Paulo

**Luciano Ferraz**
Advogado
Doutor e Mestre em Direito Administrativo pela UFMG
Professor de Direito Administrativo da UFMG
Professor de Direito Financeiro e Finanças Públicas da PUC/Minas

**Lúcio Flávio Camargo Bastos**
Procurador Jurídico do INCRA – Bahia

**Luiz Alberto Blanchet**
Mestre e Doutor em Direito
Professor nos cursos de Mestrado e Doutorado em Direito Constitucional e Administrativo da Pontifícia Universidade Católica do Paraná
Membro Catedrático da Academia Brasileira de Direito Constitucional
Membro do Instituto dos Advogados do Paraná

**Marcos Juruena Villela Souto**
Procurador do Estado do Rio de Janeiro
Professor de Direito Administrativo, Constitucional e Econômico na Escola de Pós-Graduação em Economia da Fundação Getúlio Vargas e na Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

**Marcus Vinícius Americano da Costa**
Professor de Direito Constitucional e Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da UCSAL
Professor de Direito Constitucional, Municipal e do Trabalho da Faculdade Ruy Barbosa – BA
Mestre em Direito – UFBA

**Maria da Conceição Castellucci Ferreira**
Assessora Jurídica do Tribunal de Contas dos Municípios/BA

**Maria da Graça Diniz da Costa Belov**
Professora Assistente da Cadeira de Direito Constitucional da Criança e do Adolescente – UCSAL

**Maria do Carmo de Macêdo Cadidé**
Auditora Jurídica do Tribunal de Contas do Estado da Bahia

**Maria Elisa Braz Barbosa**
Advogada
Mestre em Direito Administrativo – UFMG

**Maria Gravina Ogata**
Advogada Ambientalista
Mestre em Geografia Física

**Moacir Joaquim de Santana Junior**
Bel. em Direito – UFS
Pós-Graduado em Gestão Pública – UNIT
Secretário de Controle Interno da Prefeitura de Aracaju
Diretor Presidente da Empresa de Serviços Urbanos de Aracaju – EMSURB

**Morgana Bellazzi de Oliveira Carvalho**
Especialista em Direito Público e Responsabilidade Fiscal pelo CEPPEV
Especialista em Processo Civil pelo CCJb
Agente de Controle Externo do TCE/BA
Advogada

**Nelson Nery Costa**
Professor Adjunto da Universidade Federal do Piauí Presidente da OAB/PI

**Patrícia Verônica N. C. Sobral de Souza**
Contadora e Advogada
Professora de Pós-graduação – UNIT
Pós-graduada em Auditoria Contábil – UFS
Pós-graduada em Direito Civil e Processo Civil
Assessora de Gabinete do Tribunal de Contas do Estado de Sergipe

**Paulo Borba Costa**
Advogado
Procurador do Estado da Bahia
Professor da Faculdade de Direito da UCSAL

**Paulo Modesto**
Professor de Direito Administrativo da Universidade Federal da Bahia – UFBA
Membro do Ministério Público da Bahia
Membro do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo – IBDA
e do Instituto dos Advogados da Bahia – IAB

**Pedro Henrique Lino de Souza**
Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado da Bahia

**Pedro Paulo de Almeida Dutra**
Professor da Faculdade de Direito da UFMG/MG

**Petrônio Braz**
Advogado
Assessor Jurídico

**Pilar Célia Tobio de Claro**
Juíza de Direito da Justiça Estadual da Bahia

**Rafael Carrera Freitas**
Mestre em Direito Público pela UFBA
Professor Universitário
Procurador do Município de Salvador

**Ricardo Maurício Freire Soares**
Advogado
Professor de Graduação e Pós-Graduação da UNIME – Bahia
Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia
Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros e do Instituto dos Advogados da Bahia

**Roberto Maia de Ataíde**
Advogado

**Romário da Costa Gomes**
Jornalista
Auditor Jurídico do Tribunal de Contas da Bahia

**Rubens Nunes Sampaio**
Procurador aposentado do Estado da Bahia
Membro do Conselho Estadual do Meio Ambiente – SEPRAM – BA

**Sarah Maria Pondé**
Chefe da UNAI do Tribunal de Contas dos Municípios/BA

**Sérgio de Andréa Ferreira**
Advogado
Professor Titular de Direito Administrativo/RJ
Desembargador Federal aposentado

**Sérgio Ferraz**
Advogado
Ex-professor Titular de Direito Administrativo da PUC/RJ

**Simone da Costa Neves Araújo**
Bacharel em Direito
Pós-graduanda em Direito Público – UNIFACS

**Tatiana Maria Nascimento Matos**
Advogada

**Toshio Mukai**
Mestre e Doutor (USP)

**Walter Moacyr Costa Moura**
Assessor Jurídico do Tribunal de Contas dos Municípios/BA

**Weida Zancaner**
Mestre em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
Professora de Direito Administrativo da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

**Yuri Carneiro Coelho**
Advogado
Professor Universitário
Diretor Nacional Secretário da ABPCP – Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais
Mestre em Direito Público/UFBA

Prezado leitor,

A Associação dos Procuradores do Município do Salvador – APMS, em parceria com a JAM-JURÍDICA Editoração e Eventos, apresenta-lhe a edição especial da Revista JAM-JURÍDICA, composta por artigos e outros trabalhos jurídicos de seus associados que se dedicam a matérias pertinentes ao cotidiano da Administração Pública, em especial dos municípios.

O crescente amadurecimento da Democracia no Brasil pós-ditadura e o avanço nas teorizações acerca da obrigatoriedade de efetivação dos Direitos Fundamentais fortalecem, cada vez mais, a necessidade da carreira do Advogado Público, tanto na União quanto nos Estados, Municípios e Distrito Federal, o que, de resto, já havia sido reconhecido pela própria Carta Constitucional de 1988.

Cabe ao Advogado Público a nobre e difícil missão de atuar em defesa do interesse público. Na atividade de consultoria, intermedeia, de forma independente, a relação entre os interesses do Administrador e os interesses indicados na Constituição Federal e nas Leis, buscando compatibilizá-los, de modo que as políticas públicas possam ser planejadas e executadas nos parâmetros da juridicidade, sempre com fulcro na garantia dos direitos do cidadão. Da mesma forma, sua atuação na representação judicial do Estado garante a efetiva, impessoal e contínua proteção do ente público e do erário, independentemente da direção em que soprem os ventos da política.

Cientes, então, de seu papel no Estado Democrático de Direito, os Procuradores do Município do Salvador, por meio de sua Associação, compartilham experiências com a comunidade, esperando oferecer não só prazerosos momentos de estudo e reflexão, mas, sobretudo, um contributo para a defesa do interesse público e para a boa gestão da coisa pública.

Salvador, dezembro/2009.

Geórgia Campello
Presidente da APMS

## DOUTRINA

Aspectos polêmicos do controle das licitações de prestação de serviços, com fornecimento de mão-de-obra, no último ano de mandato dos prefeitos, à luz da Lei de Responsabilidade Fiscal
Angélica Guimarães ..... 3

Aspectos relevantes na utilização da transação tributária pela administração pública
Geórgia T. Jezler Campello ..... 19

A judicialização das políticas de saúde no Brasil: crítica à atual posição do Judiciário e proposição de limites necessários à sobrevivência do SUS
Luciana Barreto Neves | Wilson Chaves de França ..... 31

O concurso público na jurisprudência do STF e STJ: aspectos atuais mais relevantes
Marcelo Luís Abreu e Silva ..... 51

Divisão de competências e licenciamento
Mário Pinto Rodrigues da Costa Filho ..... 69

Prescrição de créditos tributários na esfera administrativa
Pedro Leonardo Summers Caymmi ..... 86

Repactuação do contrato administrativo e convenção coletiva de trabalho: análise crítica das últimas decisões do TCU.
Rafael Carrera Freitas ..... 99

## PARECER

Pagamento de salário-família no Município do Salvador
Antonio Luiz Silvany ..... 117

Uso de cabelo rastafári
Gisane Tourinho Dantas ..... 129

Aspectos da contratação de empresas em consórcio
João Deodato Muniz de Oliveira ..... 136

## PRÁTICA FORENSE

Impugnação a exceção de pré-executividade
Francisco Bertino Bezerra de Carvalho ..... 153

Contestação em ação civil pública movida contra o Município do Salvador por assédio moral
Thiers Ribeiro Chagas Filho ..... 177

# DOUTRINA

# Aspectos polêmicos do controle das licitações de prestação de serviços, com fornecimento de mão-de-obra, no último ano de mandato dos prefeitos, à luz da Lei de Responsabilidade Fiscal

Angélica Guimarães
Subprocuradora Geral do Município do Salvador
Mestra em Direito Público
Especialista em processo e licitação e contratos
Professora de Direito Administrativo, Constitucional e Ciência Política das Faculdades Rui Barbosa e FTE
Autora de artigos e livros jurídicos, dentre os quais, "Competência Municipal em Matéria de Licitações e Contratos Administrativos".

**SUMÁRIO**

I. QUESTÕES PRELIMINARES. II. A TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS, ENVOLVENDO FORNECIMENTO DE MÃO-DE-OBRA À LUZ DO ARTIGO 37, INCISO II, DA CF/88. III. O CONTROLE DA TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS, COM FORNECIMENTO DE MÃO-DE-OBRA, PREVISTA DE FORMA CORRELATA NO PLANO DE CARGOS E SALÁRIOS DOS MUNICÍPIOS, NO ÚLTIMO ANO DE MANDATO DOS PREFEITOS *VERSUS* OS ARTIGOS 169, DA CF/88; 18, 19, 21 E 42, DA LRF E LEGISLAÇÃO ELEITORAL (LEI FEDERAL 9.504/97). IV. A INSOLVÊNCIA DA PRESTADORA DE SERVIÇOS E A RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DOS MUNICÍPIOS. V. CONCLUSÕES

## I - QUESTÕES PRELIMINARES

O tema a ser abordado é, sem dúvida, o cerne das preocupações de todo gestor público desde a promulgação da Constituição Federal de 1988 e tornou-se ainda mais relevante após a entrada em vigor da Lei Complementar 101, de 4 de maio de 2000 - Lei de Responsabilidade Fiscal, em razão das limitações específicas enunciadas nos seus arts. 18, 19, 21 e 42[1].

Este artigo não tem a pretensão de esgotar todos os aspectos inerentes ao problema das terceirizações no âmbito municipal, mas apresentar uma leitura mais intrincada e inovadora.

Assim, não é sem razão que muitos doutrinadores consideram a terceirização de serviços, com fornecimento de mão-de-obra, o grande *Calcanhar de Aquiles* da gestão pública nas três esferas federadas, especialmente para os Municípios, que enfrentam a enorme demanda decorrente do fenômeno da municipalização dos serviços de saúde e educação em detrimento do empobrecimento da arrecadação, por força da quebra do pacto federativo, e do fortalecimento da União, ou melhor, por conta da concretização da famigerada reforma fiscal e tributária.

Os complicadores fiscais, constitucionais, trabalhistas, eleitorais e administrativos que incidem sobre a questão da possibilidade de terceirização de serviços, com fornecimento de mão-de-obra, exigem uma abordagem multifacetária do tema, de modo que, na licitação e, em especial na composição das planilhas, é preciso atentar para o quanto enuncia a IN nº 02/08, da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão.

O art. 37, inciso II, da CF/88 é o primeiro entrave a ser enfrentado no estudo da problemática ora examinada, considerando-se alguns pontos controversos, a exemplo da diferença entre terceirização de serviços; terceirização de serviços, com fornecimento de mão-de-obra; simples terceirização de mão-de-obra; a identificação de quais as atividades que podem ser terceirizadas e o limite constitucional de gastos com pessoal.

---

[1] Lei Complementar n° 101, de 4 de maio de 2000. Organização dos textos e índices por Jorge Ulisses Jacoby Fernandes. 2. ed. ampl., rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2006. p. 39ss.

Já na seara do Direito do Trabalho, é preciso observar as questões relacionadas com a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços prevista no Enunciado 331 do TST[2], o problema da proteção ao hipossuficiente e as exigências que devem constar dos atos convocatórios de certames e de contratos administrativos, como planilhas abertas, salário base de categoria como preço máximo da contratação, não aceitação de cotação de taxas negativas, certidões de regularidade previdenciária, fiscal, fundiária, trabalhista, social e a inclusão de cláusulas de sub-rogação de créditos nos instrumentos contratuais, além da polêmica acerca das horas extras.

Em matéria de licitação e contratos, por sua vez, é preciso atentar para a natureza dos serviços que podem ser terceirizados – questionando-se se é facultado tanto nas atividades-fins quanto nas atividades-meio –, para a possibilidade de utilização do pregão, especialmente, no caso de serviços de informática.

É de atentar, ainda, para a questão da absorção da mão-de-obra envolvida em um contrato por outra empresa contratada em face da sucessão trabalhista e da burla ao concurso público, já que algumas convenções coletivas de trabalhadores de limpeza, conservação e informática impõem expressamente esta obrigação às prestadoras de serviços terceirizados.

Faz-se imperioso, também, coadunar a necessidade de terceirização de serviços com fornecimento de mão-de-obra contemplada *de forma correlata* no plano de cargos e salários do Município, sejam atividades fins ou meio, com os entraves constitucionais e com os princípios da eficiência e racionalidade.

Por fim, não se pode perder de vista os limites de gastos com pessoal, previstos na Lei de Responsabilidade Fiscal em matéria de pessoal, especialmente no último ano de mandato dos Chefes do Poder Executivo nas três esferas federadas, e a necessidade de diferenciar funcionalização de terceirização, cujo objetivo é evitar a geração de despesas novas ou de restos a pagar, que comprometam o orçamento da próxima gestão sem o correspondente orçamento para adimplir a obrigação.

A norma eleitoral em vigor, por sua vez, também introduz na questão outro complicador que é o respeito *ao limite de 6 meses em relação ao pleito eleitoral* – 3 meses anteriores e 3 posteriores – para prefeitos quanto a majoração de vencimentos, remuneração e salários no âmbito da Administração Direta e Indireta, fora da data-base e/ou do valor da recomposição de perdas no ano eleitoral, nomeação livre (com exceção da homologação de concurso até três meses antes do pleito, quando então os candidatos podem ser nomeados) de pessoal, formalização do REDA - Regime Especial de Direito Administrativo, tudo com o objetivo de evitar a utilização da máquina administrativa para fins eleitoreiros, com violação da Lei 9.504/97, ou seja, da isonomia entre os candidatos.

Na realidade, resta demonstrado, pela simples introdução do tema, que existem várias peculiaridades de ordem teórica e prática a serem devidamente abordadas, sob pena de incorremos em uma interpretação simplista e afastada da ordem jurídica brasileira.

Considerando que os orçamentos são sempre equilibrados, ou seja, os valores das despesas fixadas são compatíveis com o volume de receita que se pretende ou se quer arrecadar, inicialmente, o que o gestor público deve fazer para adequar-se aos parâmetros da Lei de Responsabilidade Fiscal é um voo de rotina sobre a contabilidade pública realizada para detectar os

---

[2] CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho.* São Paulo: Saraiva, 2002, p. 1088.

excessos de gastos sem eficácia, pois o que se pretende dos entes públicos é que contraiam obrigações com qualidade, ou melhor, despesas que produzam resultado eficaz.

Por outro lado, não se pode perder de vista a intenção do legislador infraconstitucional de adequar as diretrizes da Lei de Responsabilidade Fiscal, da Lei de Licitação e Contratos, aos ditames do *caput* do art. 37, da Constituição Federal de 1988, com redação alterada pelas Emendas 19 e 20, fazendo incluir a necessidade de a Administração Pública, nas três esferas federativas, obedecer, também, aos princípios da economicidade, eficiência, proporcionalidade e razoabilidade, além do limite de gastos com pessoal contemplados no art. 169 desta Carta Política.

Ademais, os recentes episódios políticos ocorridos no Brasil, envolvendo corrupção, superfaturamento de contratos administrativos, abuso de poder, funcionalização revestida sob a forma de terceirização, enfim, atos de improbidade, impõem a necessária decodificação do art. 37, inciso II, da CF/88, da Lei de Responsabilidade Fiscal, da Lei eleitoral e da norma de licitação e contratos administrativos em matéria de terceirização de serviços, com fornecimento de mão-de-obra.

## II - A TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS, ENVOLVENDO FORNECIMENTO DE MÃO-DE-OBRA À LUZ DO ARTIGO 37, INCISO II, DA CF/88.

Este tema não encontra consenso na doutrina, especialmente sobre a questão da diferença entre terceirização de mão-de-obra em substituição de servidor, simples terceirização de serviços e terceirização de serviços, com fornecimento de mão-de-obra.[3]

Inicialmente, é preciso definir a terceirização e qual a sua finalidade. Terceirizar, que é uma idéia diretamente ligada aos procedimentos de flexibilização de formas e comportamentos, bem como ao mandamento constitucional de racionalização, eficiência e economicidade, significa contratar através de terceiros, tendo como princípio basilar o de que tudo que não se constitui atividade essencial de um negócio pode ser confiado a terceiros.

Na verdade, tem que se ter em mente que a essência da terceirização é a atividade, o serviço que será prestado; jamais a pessoa física. Significa afirmar que, através da terceirização, deseja a Administração Pública ver o serviço realizado por especialistas de forma satisfatória, no prazo certo e com a qualidade desejada.

Neste diapasão, sustenta o Tribunal Superior do Trabalho que a terceirização não deve ser vista como uma forma incontida de contratação de pessoal nas empresas ou entidades, razão pela qual delimitou como lícita apenas a terceirização que tem por objetivo a atividade-meio da empresa contratante, mas desde que não haja a subordinação direta nem a pessoalidade entre esta e o trabalhador.

Vejamos como dispõe o Enunciado número 331, do TST[4]:

> Enunciado 331
> [...]
> III- Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei número 7.102, de 20.6.83), de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados, ligados à atividade-meio do empregador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

---

[3] Gestão de Contratos de Terceirização na Administração Pública: Teoria e Prática: [Planilha de Custos: formação de preços e sua composição] /Antonieta Pereira Vieira; Henrique Pereira Vieira; Madeline Rocha Furtado; Monique Rafaela Rocha Furtado. 3. ed. rev.e ampliada. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 33.

[4] CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho.* São Paulo: Saraiva, 2002, p. 1088.

Não existe proibição legal, contudo, para que a Administração Pública licite visando à terceirização, é necessário que busque a prestação de um serviço e que este não represente sua atividade-fim, salvo as hipóteses de excepcional interesse público ou de substituição de servidor, ou ainda, quando não existir quantitativo suficiente nos quadros do Município.

Discorrendo sobre o tema, esclarecem Antonieta Pereira Vieira e Henrique Pereira Vieira[5] o seguinte:

> As contratações que sejam para área-fim do órgão e as atividades desenvolvidas por servidor público não são procedimentos corretos, portanto, combatidos pelos órgãos de controle e pelo Ministério Público do Trabalho, sendo firmados acordos com cronograma de substituição dessa mão-de-obra por servidores concursados.

E concluem[6]:

> Um grave erro constitucional se refere ao próprio conceito de terceirização; para muitos, terceirizar significa simplesmente contratar mão-de-obra para executar tarefas definidas e preestabelecidas sem acompanhamento/fiscalização adequados. Na realidade, terceirizam-se os serviços exigindo-se muito profissionalismo por parte da empresa contratada, com acompanhamento realizado pelo gestor/fiscal do contrato.

A opção de terceirizar, muitas vezes, por parte da Administração Pública, visará alcançar o princípio da eficiência, evitando, desta forma, o gigantismo da máquina administrativa, com vistas à especialização da mão-de-obra para a realização de determinados serviços que fogem aos objetivos principais de suas atividades.

Assim, o Município transfere a terceiros determinados serviços, que não fazem parte da sua área principal de atuação, podendo focar suas atenções no cumprimento de seus objetivos institucionais.

É por essas razões que se afirma serem bastante criticáveis os termos em que foi redigido o § 1º do art. 18 da Lei de Responsabilidade Fiscal, que praticamente está admitindo a possibilidade de contratos de terceirização de mão-de-obra ao estabelecer que os valores correspondentes a eles sejam contabilizados como *outras despesas de pessoal*.[7]

Deve-se interpretar este dispositivo em consonância com outras disposições do ordenamento jurídico, em especial o art. 37 da Carta Federal de 1988.

Entendendo ser inadmissível o contrato de fornecimento de mão-de-obra, o dispositivo deve ser entendido no sentido de que, se celebrado, a despesa correspondente será levada em consideração para fins de cálculo das despesas com pessoal.

Com essa interpretação, pode-se afirmar que o legislador, neste caso, não estava preocupado com a licitude ou ilicitude desse tipo de contrato diante de outros dispositivos legais e constitucionais, mas apenas, e tão somente, com o enquadramento orçamentário e com os limites fiscais. Por isso deve haver bom senso do intérprete.

---

[5] Gestão de Contratos de Terceirização na Administração Pública: Teoria e Prática: [Planilha de Custos: formação de preços e sua composição]/Antonieta Pereira Vieira; Henrique Pereira Vieira; Madeline Rocha Furtado; Monique Rafaela Rocha Furtado. 3.ed. rev.e ampliada. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 33.

[6] Gestão de Contratos de Terceirização na Administração Pública: Teoria e Prática: [Planilha de Custos: formação de preços e sua composição]/Antonieta Pereira Vieira; Henrique Pereira Vieira; Madeline Rocha Furtado; Monique Rafaela Rocha Furtado. 3. ed. rev. e ampliada. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 34.

[7] Decisão TCU nº 1.084/01, Plenário, publicada no DOU de 24 de janeiro de 2002.

Assim, o TCU no Acórdão nº 1565/2005 decidiu[8]:

> ... conhecer da presente consulta, respondendo à consulente que: 9.1.1. em vista do que determinam os arts. 18, § 1º, da Lei Complementar nº 101/2000, e 90, caput, da Lei 10.934/2004, independente da legalidade ou validade dos contratos de terceirização de mão-de-obra, estes deverão ser compatibilizados no grupo de despesas de "Pessoal e Encargos Sociais", sempre que se destinarem à substituição de servidores ou empregados públicos, não se enquadrando em tal hipótese apenas as terceirizações que, simultaneamente, atendam aos requisitos contidos no parágrafo único, incisos I, II e III, do mencionado art. 90.

Por outro lado, vale ressaltar, também, o resumo sobre este assunto apresentado no encontro de técnicos dos Tribunais de Contas do Brasil, promovido pelo Instituto Rui Barbosa, em fevereiro de 2001, na sede do BNDES, no Rio de Janeiro, que apresentou o seguinte resumo sobre o tema:

> Tema: Despesa total com pessoal e a terceirização de mão-de-obra
> Expositor: TCE - Santa Catarina
> Resumo:
> Devem ser contabilizadas como 'outras despesas de pessoal' e computadas na despesa total com pessoal os gastos com terceirização de mão-de-obra indireta, destinada à substituição direta de servidores ou empregados públicos, em atividades inerentes à competência legal do órgão ou entidade.

A Lei nº 10.707 de 30.7.2003, que dispõe sobre as diretrizes para a elaboração da lei orçamentária de 2004 da União, em seu art. 86, prescreve:

> Art. 86. O disposto no § 1º do art. 18 da Lei Complementar nº 101, de 2000, aplica-se exclusivamente para fins de cálculo do limite da despesa total com pessoal, independentemente da legalidade ou validade dos contratos.
> Parágrafo único. Não se considera como substituição de servidores e empregados públicos, para efeito do caput, os contratos de terceirização relativos à execução indireta de atividades que, simultaneamente:
> I - sejam acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituem área de competência legal do órgão ou entidade, na forma de regulamento;
> II - não sejam inerentes a categorias funcionais abrangidas por plano de cargos do quadro de pessoal do órgão ou entidade, salvo expressa disposição legal em contrário, ou sejam relativas a cargo ou categoria extintos, total ou parcialmente;
> III - não caracterizem relação direta de emprego.

Inicialmente, cabe esclarecer que a terceirização de mão-de-obra é instituto que a rigor não existe, apesar de recentemente estar sendo bastante utilizado. Terceirização de mão-de-obra, repita-se, significa substituição de servidores e empregados públicos por não concursados, e a regra constitucional para contratação de pessoal pela Administração Pública é o concurso público de provas e de provas e títulos.

O que a norma constitucional vigente faculta é a terceirização do serviço em si, em regra, de atividades-meio, não prevista de forma correlata nos planos de cargos e salários, desde que através de outra pessoa jurídica, com a qual

[8] Lei Complementar n° 101, de 4 de maio de 2000. Organização dos textos e índices por Jorge Ulisses Jacoby Fernandes. 2. ed. ampl., rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2006. p. 43.

os empregados manterão vínculo direto e de quem devem receber as ordens, bem como a contraprestação pelo labor habitual, sob pena de restar caracterizado o vínculo direto com o Município, sem prévio concurso público, ou ainda, a funcionalização, se houver cargo correlato, com quantitativo suficiente na Comuna.

Essa prática da *funcionalização* é vedada expressamente pela Constituição Federal em seu art. 37, inciso II, ao dispor acerca da obrigatoriedade da prévia participação e a aprovação em concurso público, para contratação de servidores públicos, sejam eles estatutários ou empregados.

Com efeito, não existe proibição legal, segundo nosso entendimento, para que a Administração Pública licite visando à terceirização, desde que seja de um serviço específico, exemplo: limpeza, vigilância, e desde que estes serviços não representem sua atividade-fim.

Tecidas estas considerações, a terceirização, consoante já afirmado, só é cabível, em regra, no caso de contratação de serviço que represente a atividade-meio, como exemplo, a contratação dos serviços de vigilância.

Este também é o posicionamento do Tribunal de Contas da União, ao julgar a Representação nº 006.565/2002-6, tendo como parte interessada a empresa Agroservice Empreiteira Agrícola Ltda.[9]:

> A questão da terceirização de serviços por órgãos ou entidades da Administração Pública já foi por diversas vezes motivo de debate neste Tribunal, restando assente que apenas se admite tal procedimento nas hipóteses em que o objeto da prestação de serviços não se relacionar com a atividade-fim da Administração, ou seja, nos casos em que não envolver os serviços essenciais do órgão ou entidade.

Cabe ressaltar que, mesmo nestas hipóteses, a terceirização será ilegal se envolver serviços que integram o plexo de atribuições de cargos ou empregos integrantes dos planos de cargos e salários dos órgãos ou entidades, *no entendimento do TCU*.

Importante trazer à colação, inicialmente, que o Decreto-Lei nº 200/67, que introduziu a reforma administrativa, à época, consignava a possibilidade de a Administração Pública ficar desobrigada da execução de tarefas executivas mediante a execução indireta, isto é, através de contrato firmado com terceiros.

> Art. 10.....
> § 7° - Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle, e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução.

Com o objetivo de coadunar-se com o empreendido na reforma administrativa acima mencionada, fora editada, em 10.12.1970, a Lei nº 5.645, que, no seu art. 3°, parágrafo único, permitiu que as atividades relacionadas com transporte, conservação, operação de elevadores, limpeza e outras afins venham a ser, preferencialmente, objeto de execução indireta, por meio de celebração de contrato administrativo.

Posteriormente, o Decreto-lei nº 2.300/86 previu, da mesma forma, nos arts. 2° e 5°, a

[9] TCU - Decisão n. 1.018/2002 e Acórdãos ns. 71/2003, 564/2003 e 1.890/2003, todas deliberações do Plenário.

locação de serviços, como de demolição, fabricação, conserto, instalação, montagem, dentre outros. Referida norma legal foi revogada pela Lei nº 8.666/93, que em seu art. 10 possibilita que os serviços e obras sejam prestados por execução direta ou indireta, esta sob os regimes de empreitada ou tarefa.

Na mesma linha de raciocínio, o Governo Federal, em 7.7.1997, baixou o Decreto nº 2.271, que dispôs sobre a contratação de serviços pela Administração Pública centralizada, autárquica e fundacional, fixando em seu art. 1º as atividades que devem ser executadas, preferentemente, por execução indireta, albergando as de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações.

Por outro lado, o art. 2º do preceptivo legal retrocitado determinou que:

> [....] não poderão ser objeto de execução indireta as atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal.

Conforme lições de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, em sua obra "Direito Administrativo", mesmo nas situações acima narradas, a contratação não tem por objeto o fornecimento de mão-de-obra, mas a prestação de serviço pela empresa contratada, conforme determinado expressamente pelo art. 3º, *verbis*: "O objeto da contratação será definido de forma expressa no edital de licitação e no contrato exclusivamente como prestação de serviços".

Logo, é claramente admitida a terceirização, como contrato de prestação de serviços, no âmbito Administração Pública, sendo vedada a terceirização de pessoal, com fulcro no art. 37, inc. XXI, da Carta Magna de 1988.

Não obstante, o art. 6°, inciso II, da Lei 8666/93, define como serviço "toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, tais como: demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnicos-profissionais".

Assim, resta claro que não há dúvida quanto a possibilidade de terceirização de atividades-meio não previstas de forma correlata no plano de cargos dos Municípios, entendidas estas como aquelas atividades materiais que não se identifiquem com o exercício de prerrogativas públicas, ou seja, atividades acessórias, instrumentais ou complementares em relação à atividade pública precípua.

Por outro lado, sempre que houver contratação de pessoal ou funcionalização, o Município incorrerá nos limites com gasto de pessoal previstos nos arts. 169, da CF/88 e 18, 19 e 21, da LRF a seguir examinados.

Diante das considerações acima, conclui-se que a contratação Municipal de serviços deve ser precedida de licitação, fixando-se em seu objeto que a mesma dirige-se à contratação de empresa para prestar os serviços de limpeza da área por $m^2$, por exemplo, especificando-se as tarefas que devem ser realizadas pelo pessoal subordinado à Contratada.

Ademais, deve restar claro, no edital e no contrato, que a Contratada será responsável pelo pagamento de todas as despesas salariais com os encargos decorrentes, mais férias e 13º salário de seus empregados, condicionando-se o pagamento das faturas mensais à apresentação

da regularidade dos recolhimentos, por exemplo, fundiários, sociais, dos empregados. Isto porque, a partir do momento em que se deseja contratar o serviço, todos os encargos trabalhistas, previdenciários, securitários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato são de responsabilidade da contratada, a teor do quanto dispõe o art. 71 da Lei 8.666/93 c/c o art. 195 da CF/88.

Por fim, sugere-se que o Município, a fim de evitar altos custos, insira no edital da licitação a fixação dos preços máximos que pretende pagar pelo serviço desejado, no termos do art. 40, inciso X, da Lei 8.666/93, *in verbis*:

> Art. 40. O edital [...] e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:
> [...]
> *X - o critério de aceitabilidade dos preços unitários* e *global, conforme o caso,* permitida a fixação de preços máximos *[...]. (grifo nosso).*

O referido dispositivo legal evita que a Administração Pública contrate o serviço desejado por preços superiores aos praticados no mercado ou o uso de subterfúgios para minorar os custos da licitação.

Pode-se, inclusive, utilizar como parâmetro para a fixação de preço máximo na planilha o salário base de categoria laboral envolvida na prestação dos serviços.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça[10] entendeu que a desclassificação de licitante ofertante de proposta acima do limite de preços fixados pela Administração Pública não gera violação a direito líquido e certo da licitante, considerando que não há nulidade nesta hipótese.

Discordamos do entendimento de que a fixação no anexo do edital de salário-base de categoria como parâmetro para a composição de preços caracteriza funcionalização e torna desastrosa a licitação, pois a competição vai se realizar apenas quanto ao lucro empresarial e às taxas administrativas.

Considerando todas as implicações normativas que envolvem o tema, faz-se necessário observar determinadas cautelas, como a ora sugerida, sob pena de gerar passivo trabalhista para o Município contratante em razão da incidência da responsabilidade subsidiária.

Assim, analisar o tema só sob a ótica das licitações e contratos pode trazer consequências graves para os Municípios.

Na funcionalização, qualquer alteração salarial advinda de convenção ou acordo coletivo vai repercutir no contrato como reequilíbrio econômico e financeiro, mas se o contrato contemplar a verdadeira terceirização de serviços, a hipótese será de repactuação, e não, de reequilíbrio.

O TCU, no Acórdão 1563/2004, decidiu que, nos contratos de serviços contínuos, o incremento dos custos de mão-de-obra decorrentes da data base da categoria envolvida não é motivo para autorizar a alegação de desequilíbrio econômico-financeiro com base no art. 65, inc. II, alínea "d", da Lei 8666/93. Pode caber *repactuação* desde que observado o prazo mínimo de *um ano* contado na primeira repactuação a partir da proposta ou orçamento (acordo, convenção, dissídio etc...).

A questão da absorção da mão-de-obra envolvida em um contrato por outra empresa contratada em face da sucessão trabalhista prevista em algumas convenções coletivas de trabalhadores de limpeza, conservação e informática, como imposição expressa desta

[10] MS 7.256/2003- DF- Rel. Min. César Asfor Rocha.

obrigação às prestadoras de serviços terceirizados e o problema da burla ao concurso público é outro complicador a ser considerado.

Entendemos que esta obrigação é imposta ao prestador, e não, ao tomador, razão pela qual não haverá qualquer burla ao concurso público, restringindo-se a questão à seara trabalhista, onde deve ser analisado o problema da necessidade ou não do pagamento de parcelas rescisórias e demais encargos pela empresa prestadora aos seus trabalhadores antes da absorção destes pela nova contratada.

III - O CONTROLE DA TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS, COM FORNECIMENTO DE MÃO-DE-OBRA, PREVISTA DE FORMA CORRELATA NO PLANO DE CARGOS E SALÁRIOS DOS MUNICÍPIOS, NO ÚLTIMO ANO DE MANDATO DOS PREFEITOS *VERSUS* OS ARTIGOS 169, DA CF/88, 18, 19, 21 E 42, DA LRF E DA LEGISLAÇÃO ELEITORAL (LEI FEDERAL 9.504/97).

Assim, não há dúvida de que os limites previstos na LRF e na legislação eleitoral possuem escopo diverso.

A norma eleitoral tem como objetivo evitar a utilização indevida da máquina administrativa com fins eleitoreiros, ou seja, pretende impedir que o prefeito utilize-se do mandato que exerce para plantar o empreguismo, aumentar vencimentos, remuneração ou salários de servidores públicos em sentido amplo, fora da data-base propícia e/ou dos valores de recomposição de perdas, com o fim de angariar votos, para reeleger-se ou eleger o seu candidato, manipulando, assim, as eleições, em benefício próprio ou de terceiro, com violação da igualdade entre os candidatos, da impessoalidade, da moralidade, da probidade, da legalidade e da liberdade democrática.

Assim, determinam os artigos 73 e 78, da Lei Federal número 9.504/97, que:

> *Art. 73 – São proibidas aos agentes públicos, servidores ou não, as seguintes condutas tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos* nos pleitos eleitorais:
> *[...] V - nomear, contratar ou de qualquer forma admitir, demitir sem justa causa, suprimir ou readaptar vantagens ou por outros meios dificultar ou impedir o exercício funcional e, ainda, ex officio, remover, transferir, ou exonerar servidor público, na circunscrição do pleito,* nos três meses que o antecedem a até a posse dos eleitos, sob pena de nulidade de pleno direito, ressalvados:
> *[...] c) a nomeação dos aprovados em concursos públicos*_homologados até o início daquele prazo;
> *[...] d) a nomeação ou contratação necessária à instalação ou ao funcionamento* inadiável *de serviços essenciais, com* prévia e expressa autorização do Chefe do Poder Executivo;
> *[...] VIII - fazer, na circunscrição do pleito, revisão geral de remuneração dos servidores públicos que exceda a recomposição da perda de seu poder aquisitivo* ao longo do ano da eleição*, a partir do* início do prazo estabelecido no art. 7° desta Lei [registro da candidatura] e até a posse dos eleitos. *(grifo nosso)*

A mencionada norma jurídica define como agente público aquele que exerce mandato, cargo, emprego ou função no âmbito da Administração Direta ou Indireta, investido por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, ainda que transitoriamente ou sem remuneração.

Ademais, vale acrescentar que as condutas enumeradas no art. 73 da Lei 9.504/97 tipificam atos de improbidade administrativa em relação aos agentes públicos não ocupantes de manda-

to eletivo, na forma dos arts. 11, inciso I, e 12, inciso III, da Lei n° 8.429, de 2 de junho de 1992, e crime de responsabilidade para os agentes políticos detentores de mandato eletivo.

Outrossim, a norma em comento estende as sanções previstas no § 4°, do art. 73, aos partidos políticos, coligações e candidatos que se beneficiarem das condutas vedadas.

Já os arts. 18, 19 e 21 da LRF pretendem evitar que haja um endividamento excedente para os Municípios, especialmente no último ano de mandato, de forma a comprometer a próxima gestão.

O art. 18 enuncia que devem ser contabilizados no percentual de 60%, como despesas de pessoal, os gastos com terceirização de mão-de-obra que se destinem à substituição de servidores ou empregados públicos.

O § 1° do art. 18, como já referido, estabelece que os valores dos contratos de terceirização de mão-de-obra que se referem à substituição de servidores ou empregados públicos serão contabilizados como *"Outras Despesas de Pessoal"*.

Neste ponto, vale salientar que a LDO da União não considera como substituição de servidores ou empregados públicos os contratos de terceirização de serviços relativos à execução indireta de atividades que simultaneamente sejam acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituem área de competência legal do órgão ou entidade, bem como as que não sejam inerentes a categorias funcionais abrangidas por planos de cargos e salários do quadro de pessoal do órgão ou entidade, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo ou categoria extinto, total ou parcialmente.

Desta feita, se um Município contempla o cargo de motorista, mas não possui o quantitativo suficiente, pode terceirizar, com cláusula resolutiva, e, imediatamente, abrir concurso público se as funções estiverem previstas no plano de cargos e salários.

Na hipótese, haverá, entretanto, funcionalização a ser considerada nos limites da Lei de Responsabilidade Fiscal, conforme entendimento do TCU e da doutrina majoritária, independente da inconstitucionalidade ou não, da terceirização, embora a LDO da União entenda que nesta hipótese não ocorrerá funcionalização.

Segundo o art. 169, da CF/88, por sua vez:

> A despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar:
> § 1° A concessão de qualquer vantagem ou aumento de remuneração, a criação de cargos, empregos e funções ou alteração de estrutura de carreiras, bem como a admissão ou contratação de pessoal, a qualquer título, pelos órgãos e entidades da administração direta ou indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo poder público, só poderão ser feitas:
> I- Se houver prévia dotação orçamentária suficiente para atender às projeções de despesa de pessoal e aos acréscimos dela decorrentes;
> II- Se houver autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias, ressalvadas as empresas públicas e as sociedades de economia mista. *(grifo nosso).*

Assim, os limites da LRF pertinentes aos gastos com pessoal incidem sobre as hipóteses de funcionalização tanto na Administração Direta quanto na Indireta.

Desta forma, se o objetivo da Administração for realmente a contratação de mão-de-

obra, nas hipóteses permitidas na CF/88, a despesa tem que se vincular ao limite de despesa com pessoal ora analisado.

Quando houver, por exemplo, previsão na estrutura organizacional da Administração Pública do cargo a ser provido através de concurso, e ocorrer a contratação por terceirização, sem que seja hipótese de substituição de servidor até formalizar o concurso público, o caso será de contrato nulo, por vício de inconstitucionalidade, embora incidam os limites do art. 18, da LRF, mas se a necessidade for apenas substituir servidor ou empregado público, nas situações facultadas na CF/88, afastada estará a nulidade, mas não a incidência da LRF.

Impossível olvidar que se um edital de terceirização tiver contemplado serviços e funcionalização ao mesmo tempo, como por exemplo, terceirização de serviços de suporte, manutenção e apoio operacional, contendo atividade que também esteja prevista no plano de cargos e salários do Município, na forma do art. 18, em comento, deverá ser informada a dotação em duas rubricas a correspondente a "outros serviços de terceiros" e a de "pessoal".

E por cautela, deve-se colher o autorizo do Chefe do Poder Executivo, no caso de a contratação de serviços públicos essenciais ou serviços imprescindíveis de manutenção da máquina, com fornecimento de mão-de-obra, que ocorrer no prazo de 3 meses antes das eleições até a posse do eleito, na forma da alínea "d", do inciso V, da Lei Federal 9.504/97.

O art. 19 da LRF, por sua vez, estabelece requisitos gerais e nada mais faz do que seguir o art. 169 da CF/88, de modo a deixar dúvidas como a que se refere à necessidade de incluir despesa com inativo neste percentual.

No nosso entender, quando o Estado tiver uma entidade autárquica própria, com fontes e despesas próprias, com fonte de arrecadação própria para os inativos, pode-se retirar dos cálculos do art. 19 essa despesa com inativos.

O art. 21, da LRF, que trata da nulidade do aumento de despesa com pessoal nos 180 dias anteriores ao final do mandato do prefeito, também precisa ser observado, pois é possível haver despesa com pessoal que advenha de ação governamental, em relação à qual haverá incidência do art. 16 desta norma jurídica.

O tema proposto também impõe a análise do art. 42, da LRF, que trata dos restos a pagar. Tem-se encontrado dificuldade na sua interpretação no que diz respeito à disponibilidade de caixa.

Sempre se trabalhou com disponibilidade orçamentária, por isso é complicada a interpretação desse dispositivo que fala em disponibilidade de caixa, dando a entender que só é possível e legítimo o *restos a pagar* quando existir o dinheiro em caixa, ou seja, o correspondente valor financeiro.

O art. 42 da LRF, portanto, confere maior credibilidade ao empenho, e fortalece o conteúdo dos artigos 15, 16, 17, 31 e 44, da mesma lei.

A vedação é de que, nos últimos dois quadrimestres do mandato, o titular de poder ou órgão assuma despesa que não possa ser paga até o final do mandato, salvo se estiver assegurada a disponibilidade de caixa, apurada no final do exercício, para que o pagamento possa ser feito no exercício seguinte.

O fato é que, se não existe o dinheiro em caixa, não estará demonstrada uma razoável certeza de que aquela receita existirá para o futuro, na hora do pagamento. Essa informação há de ser objetiva e demonstrar claramente para ser legítima.

Essa é a interpretação mais rigorosa do dispositivo. Contudo, há uma corrente que sustenta a razoabilidade da existência da garantia da receita.

No final de cada exercício, embora a LRF só mencione no último ano de mandato no art. 42, as despesas inscritas em restos a pagar devem encontrar cobertura através da disponibilidade existente nas contas de caixa e bancos.

Por esta razão, o art. 13, que traz critérios de congelamento de dotações, ou seja, limite de empenho, estabelece metas bimestrais de arrecadação, se o Município não fizer o congelamento, o seu gestor sofre uma multa equivalente a 30% dos vencimentos. Folha de pagamento, obrigações patronais e serviços essenciais não sofrem o congelamento. As dotações que sofrerão o congelamento têm que estar previstas na LDO.

Com a LRF, já não basta, pois, a indicação orçamentária de que trata o art. 14 da Lei 8666/93: é requerido agora o efetivo saldo financeiro em caixa para o adimplemento das obrigações contraídas em cada mandato. O titular de cargo público não PODERÁ mais herdar dívidas provenientes de excesso discricionário de seu antecessor, e por isso devem ser adotadas cautelas com as terceirizações de serviços.

Assim, o gestor público, diante desta lei, tem que olhar sempre para 4 anos: o exercício em curso, o ano imediatamente anterior e os 2 exercícios imediatamente à frente. Sendo assim, o Prefeito municipal empossado em 2009, por exemplo, deve ter tido o cuidado de observar as leis orçamentárias, receitas e obrigações do exercício de 2008, as de 2009, e as que forem geradas nos exercícios de 2010/2011 e, por força do art. 42, é imprescindível, também, adotar cautelas legais quanto ao último ano de mandato, ou seja, no exemplo ora articulado, deve-se considerar o exercício de 2012.

O que pretende a Lei de Responsabilidade Fiscal é uma gestão equilibrada das contas públicas em todos os níveis de governo, alcançando, inclusive, os poderes legislativo e judiciário, visando estabelecer limites e controles com o endividamento, despesa de pessoal, restos a pagar e preservação do Erário, por este motivo inteiramente pertinente ao tema ora analisado.

A responsabilidade fiscal, portanto, é uma obrigação secundária, que chama o gestor a responder, ou melhor, a compensar o Estado, por não ter feito, ou seja, pela omissão, ou por não ter feito no tempo devido e/ou da forma correta o que determina a norma jurídica.

Por seu turno, o art. 70 da CF/88 determina aos gestores públicos o dever de prestar contas, porque administram aquilo que não lhes pertence, ou seja, o patrimônio público.

Em resumo, o ordenador de despesa, que é a autoridade de cujos atos resultam emissão de empenho e autorização de pagamento, procedimentos que constituem a primeira e a última fase orçamentária da despesa do setor público – art. 80, § 1º, do Decreto-lei número 200, de 1967, deverá responder pela sua conduta, todas as vezes que, por exemplo, mascarar funcionalização.

Logo, é possível concluir-se que, no último ano de mandato, além do art. 37 da CF/88, o gestor deve preocupar-se, também, com as limitações da LRF e com os arts. 73 e 78 da Lei Federal 9.504/97.

## IV - A INSOLVÊNCIA DA PRESTADORA DE SERVIÇOS E A RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DOS MUNICÍPIOS.

Outro problema prático que envolve o tema aqui abordado é a questão da insolvência da prestadora de serviços e a responsabilidade subsidiária dos Municípios.

Muitos são os questionamentos em nossa vivência profissional sobre a possibilidade de pagamento diretamente pelo Município de parcelas salariais e rescisórias aos trabalhadores da prestadora, que, por atrasos de pagamentos por parte da Tomadora, não tenha mais condições de adimplir suas obrigações.

O contrato administrativo possui algumas cláusulas chamadas de exorbitantes, a exemplo do art. 78, inciso XV, da Lei 8.666/93, onde se prevê a possibilidade de atraso até 90 dias dos pagamentos devidos pelo tomador dos serviços para com a prestadora, sem que esta possa alegar a exceção do contrato não adimplido antes de expirado este limite temporal.

Ocorre que, se o atraso ocorrer sem a interrupção dos serviços e a empresa não possuir aporte financeiro para suportar a interrupção dos pagamentos, sem deixar de cumprir, dentre outras, as obrigações sociais e trabalhistas, o Município deverá responder por tais obrigações.

O pagamento de salários e das demais obrigações trabalhistas, em regra, não pode ser feito diretamente pelo Tomador, sob pena de descaracterizar o vínculo empregatício com a prestadora, bem como ser reconhecido como contrato nulo, em razão da ausência de concurso público.

Tal expediente só pode ser utilizado de forma excepcional, como no caso de a contratada realmente não ter mais suporte para manter a contratação. Nesta situação, recomenda-se a retenção das faturas, pagando-se diretamente aos trabalhadores da prestadora as verbas salariais, porventura devidas, bem como as parcelas rescisórias, com a utilização da mediação pela DRT ou pelo MPT, com presença do sindicato da categoria pertinente à prestação dos serviços, se o contrato contemplar cláusula de subrogação.

Por outro lado, é preciso não se olvidar a necessidade dos depósitos fundiários e dos encargos sociais, que devem também ser providenciados, na hipótese, pela Comuna.

Desta maneira, cautelas devem ser adotadas desde a licitação em relação à garantia da idoneidade financeira da contratada e do necessário resguardo dos interesses dos trabalhadores envolvidos na prestação dos serviços.

Recomenda-se que os atos convocatórios contemplem a exigência de patrimônio líquido de no mínimo 5% do valor estimado da licitação, planilhas abertas, com cotação de todos os itens que compõem o preço por categoria envolvida na prestação dos serviços, bem como a possibilidade de sub-rogação de créditos para fazer face ao pagamento direto das obrigações trabalhistas, sociais, fundiárias, dentre outras; a exigência de atestados de capacidade de execução de serviços similares em quantidade, qualidade e prazos, a exigência de que as faturas mensais a serem apresentadas ao Município – Decreto Municipal número 15.549/05 –, sejam acompanhadas das cópias da GFIP's, por exemplo, em atenção ao Enunciado 331 TST.

Podem, ainda, conter os editais a exigência de que os valores correspondentes às parcelas salariais devidas aos trabalhadores envolvidos na prestação dos serviços sejam realizados através de depósito vinculado na conta-corrente da prestadora até o dia 30 de cada mês, por exemplo, tendo em vista que, pela norma trabalhista, os salários devem ser adimplidos até o 5° dia útil de cada mês, evitando-se, desta forma, que a empresa receba os créditos e desvie a finalidade ou que esta tenha dívidas para com a instituição bancária e esta bloqueie os valores, impedindo o cumprimento das obrigações trabalhistas.

Logo, toda cessão de créditos de prestadora de serviços a instituições financeiras deve con-

tar com a anuência do Município tomador dos serviços.

Ainda em relação ao problema da responsabilidade subsidiária dos Municípios surge outra questão importante que envolve a desprecarização da terceirização de serviços, com fornecimento de mão-de-obra e a recomendação de não contratação de cooperativas de trabalho nas áreas de limpeza, segurança, informática, vigilância, recepcionista, ascensorista, dentre outras atividades-meio, onde efetivamente pode haver burla aos direitos dos trabalhadores.

Há um entendimento majoritário no sentido de que, nas terceirizações de serviços com as características ora apontadas, o Poder Público evite contratar cooperativas de trabalho, pois é possível a ocorrência de inúmeras demandas trabalhistas, que venham a gerar custos excedentes para o Erário.

Assim, nada impede que as cooperativas participem dos certames, desde que apresentem planilhas de preços, contemplando todas as obrigações trabalhistas, sociais, fundiárias e previdenciárias a que fazem jus os trabalhadores, já que, sem a subordinação para com a prestadora, o vinculo laboral desloca-se para a tomadora com todos os seus consectários.

## V – CONCLUSÕES

Em conclusão, apesar de não ter sido possível esgotar o tema em razão de todos os seus complicadores e do pouco tempo disponível, esperamos que tenha ficado claro que os Municípios devem utilizar, em regra, a terceirização de serviços, e não de mão-de-obra, seja de atividades-meio ou fim, que não estejam contempladas de forma correlata nos seus planos de cargos e salários, adotando no último ano de mandato, repita-se, as cautelas da LRF e da legislação eleitoral.

A exceção, portanto, é a terceirização de serviços ou de mão-de-obra de atividades-fim ou meio, contempladas de forma correlata nos seus planos de cargos e salários, quando, então, ocorrerá a funcionalização, a ser considerada nos limites dos arts. 169, da CF/88; 18, 19 e 21, da LRF; bem como os prazos da Lei 9.504/97.

Se a hipótese for de funcionalização, a despesa será orçamentariamente com pessoal e não com *outros serviços de terceiro pessoa jurídica*, pois, caso o processo de contratação apresente os informes orçamentários de forma equivocada, haverá flagrante violação das normas constitucionais, fiscais e eleitorais.

É preciso ter cautela na confecção dos editais para que, na tentativa de fugir dos parâmetros normativos de gastos com pessoal, não se caracterize de maneira confusa o objeto da contratação, aduzindo, por exemplo, que se contratam serviços de limpeza, mas o projeto básico fala em contratação de homem/hora, sem fornecimento de material, ao invés de $m^2$, ou se estabelecer que o prestador fará a seleção dos contratados sob o crivo do tomador, sem deixar caracterizado o vínculo de subordinação com aquele, pois tal situação efetivamente implica funcionalização e deverá encontrar-se dentro dos parâmetros de gasto com pessoal.

O edital pode, portanto, no seu anexo, traçar um perfil profissiográfico, impessoal, sem vincular-se a unidades de força de trabalho, de modo a evitar a funcionalização, o que não impede a fixação de cautelas para o resguardo dos diretos trabalhistas dos trabalhadores da prestadora, por força do Enunciado 331, do TST.

Outro cuidado importante é o de, ao contratar serviços, estabelecer que estes serão prestados sob a total responsabilidade da prestadora, com a qual as unidades

operacionais envolvidas nos serviços devem manter vínculo de subordinação hierárquica, e que os serviços devem ser prestados nos locais determinados pelo Município, bem como aduzir os horários de forma a evitar a incidência de horas extras que, se não previstas expressamente dentro dos parâmetros da CLT, vão invocar a incidência do art. 65, da Lei 8666/93, ou seja, implicarão aumento de quantitativo e de valor contratual.

Ademais, a funcionalização também não pode, nos Municípios, ocorrer nos três meses que antecedem e no triênio que sucede a eleição de prefeitos, na forma da Legislação eleitoral.

Logo, no último ano de mandato, os prefeitos devem ficar atentos para não realizarem despesas novas, não funcionalizarem, não realizarem nomeações livres e não concederem vantagens a servidores fora da data-base prevista em norma jurídica, sob pena de incidência do art. 169, da CF/88, da LRF e da Lei Eleitoral.

A Terceirização permitida é a:

1 - de atividade-*meio* = serviço-meio;
2 - de atividade *não* prevista no plexo de cargos e empregos públicos;
3 - que não cria vinculação de subordinação dos empregados terceirizados com o ente público;
4 - que se enquadra na *rubrica*: "outros serviços de terceiro pessoa jurídica";
5 - que obedece as cautelas da LRF e da LEI FEDERAL 9.504/97.

Por fim, não há qualquer impedimento no último ano de mandato quanto à formalização ou prorrogação de contratos de terceirização de serviços contínuos, de manutenção da máquina, de atividades não previstas de forma correlata no plano de cargos e salários dos Municípios, a exemplo da contratação de serviços de limpeza, por m², com fornecimento de material, cuja despesa será classificada orçamentariamente como *outros serviços de terceiro pessoa jurídica*, atividade prevista na LOA, e não como despesa de pessoal ou como programa de ação.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2002.

JACOBY, Ulisses Fernandes (org). *Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000*. 2ª ed., ampl., rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

VIEIRA, Antonieta Pereira, VIEIRA; Henrique Pereira; FURTADO, Madeline Rocha, FURTADO, Monique Rafaela Rocha. *Gestão de Contratos de Terceirização na Administração Pública: Teoria e Prática (Planilha de Custos, Formação de Preços e sua Composição)*. 3ª ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

# Aspectos relevantes na utilização da transação tributária pela administração pública

Geórgia T. Jezler Campello
Procuradora do Município de Salvador/Subespecializada de Créditos Tributários
Especialista em Direito Processual pela FACS, no curso ministrado pelo Professor J. J. Calmon de Passos
Presidente da Associação de Procuradores do Município do Salvador

SUMÁRIO:
1. CARACTERÍSTICAS DA TRANSAÇÃO NO ÂMBITO DOS DIREITOS PRIVADO E PÚBLICO. DEFINIÇÃO, NATUREZA JURÍDICA E OBJETO. 2. RESPEITO AOS PRINCÍPIOS DA INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO, LEGALIDADE E EFICIÊNCIA. 3. CONCILIAÇÃO E EFICIÊNCIA NA ARRECADAÇÃO. 4. TRANSAÇÃO E SIMILARES NO DIREITO COMPARADO. 5. ADOÇÃO DA NEGOCIAÇÃO PELOS MUNICÍPIOS. 6. CONCLUSÃO.

## 1. Características da Transação no Âmbito dos Direitos Privado e Público. Definição, Natureza Jurídica e Objeto.

Assevera Pontes de Miranda que a transação é "negócio jurídico bilateral, em que duas ou mais pessoas acordam em concessões recíprocas, com o propósito de pôr termo à controvérsia sobre determinada ou determinadas relações jurídicas, seu conteúdo, extensão, validade ou eficácia."[1]

Não obstante a transação ter sido tratada até hoje como modo de extinção das obrigações, o Código Civil de 2002, seguindo a doutrina que sempre lhe deu o tratamento de contrato, passou a regulá-la nos arts. 840 a 850 dentre os contratos em espécie, sendo esta, portanto, a sua natureza. A possibilidade da aplicação da pena convencional ratifica a sua natureza contratual.

A transação é contrato que possui os caracteres de bilateral, oneroso, comutativo e formal.

[1] MIRANDA, Pontes. *Tratado de Direito Privado*, 3ª ed., vol. 25, São Paulo, Ed. RT, 1971, p. 117.

Dispõe o art. 840 do CC que:

"É lícito aos interessados prevenirem ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas."

Com base no referido dispositivo, podemos concluir que transação é um contrato mediante o qual as partes fazem concessões, evitando ou extinguindo uma demanda, eliminando a incerteza de uma relação jurídica. Requer, portanto: a) a incerteza de uma relação jurídica e b) a eliminação contratual da incerteza, mediante concessões recíprocas. Essas concessões é que lhe dão o caráter de oneroso e comutativo, haja vista que ambas as partes têm que conceder algo, ainda que a equivalência deste "algo" seja passível de uma avaliação subjetiva. Com isso, uma das partes pode oferecer vantagens maiores do que as recebidas, sem que a comutatividade seja desnaturada.

O objeto da transação são todos os direitos patrimoniais de caráter privado. Ou seja, estão fora do comércio jurídico os direitos não patrimoniais e os direitos de natureza pública. Requer a existência de uma lide, com o processo judicial em curso, ou o mero conflito de interesses.

Pela transação não se transmitem, apenas se declaram ou se reconhecem direitos (art. 843 do CC). Contudo, é bem verdade que as concessões mútuas dos transatores implicam na maioria das vezes a criação de relação jurídica, vez que essas concessões trazem, inevitavelmente, uma modificação, podendo-se afirmar que o instituto em relevo possui o caráter constitutivo.

No direito privado impera a vontade das partes, capazes, que podem dispor dos seus direitos, uma realização do "pacta sunt servanda." No direito público, a Administração está atrelada à lei, devendo perseguir a finalidade consignada na norma, a fim de atingir o interesse da coletividade.

A despeito de o art. 841 do atual Código Civil prever que só cabe transação quanto aos direitos patrimoniais de caráter privado, o instituto também integra o direito público. Foi tratado no art. 171 do CTN, "in verbis":

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

Parágrafo único. A lei indicará a autoridade competente para autorizar a transação em cada caso."

Oportuno é conceituarmos o que efetivamente constitui o "litígio", viabilizador da transação. Litígio, segundo Koogan/Houaiss é disputa, pendência, demanda.[2] Lide ou litígio, em direito processual civil, são sinônimos e correspondem a evento anterior ao processo. Contudo, é "conditio sine qua non" do processo: inexistindo litígio não há sequer interesse em instaurar-se a relação processual.

Assim, o litígio pode existir anteriormente à instauração do processo judicial, apesar de haver autores que entendem que só há litígio com relação ao conflito de interesses deduzidos judicialmente.

Comungamos do posicionamento adotado por Paulo de Barros Carvalho, no sentido de que o litígio também abrange as controvérsias meramente administrativas.[3] Ou seja, não é

---

[2] KOOGAN/HOUAISS, Enciclopédia e Dicionário Ilustrado. Rio de Janeiro: Delta, 1999, p. 979.

[3] Segundo o autor: "O legislador do código não primou pela rigorosa observância das expressões técnicas, e não vemos porque o entendimento mais largo viria em detrimento do instituto ou da racionalidade do sistema." (CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário.* 13ª edição. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 457).

necessária a propositura de uma ação judicial, basta a impugnação pelo sujeito passivo de uma cobrança contra si lavrada.

Nos termos do art. 156, inciso III, do Código Tributário Nacional, a transação é uma das modalidades de extinção do crédito tributário.

Assim sendo, podemos afirmar que, no âmbito do direito tributário, a transação é permeada de algumas peculiaridades, quais sejam: só pode haver a transação terminativa de litígio, jamais ela o previne, assim como depende da existência de lei da entidade tributante, como condição inafastável da validade dos acordos.

Oportuno lembrar que, ontologicamente, não há que se discernir as matérias tributárias e administrativas, pois devem seguir o mesmo regime de direito público e são informadas pelos mesmos princípios gerais. A autonomia do direito tributário é apenas didática.[4]

## 2. Respeito aos Princípios da Indisponibilidade do Interesse Público, Legalidade e Eficiência.

Anteprojeto de lei federal institui, no âmbito da União, regras gerais sobre transação e conciliação administrativa e judicial de litígios de natureza tributária e dá outras providências (art. 1º)[5]. A novidade causou burburinho no meio jurídico.

Na proposta brasileira, a transação poderá ocorrer tanto para o débito principal quanto para as penalidades. Para juros e multas há uma previsão de redução gradativa e, com relação ao débito principal, é necessário existir um litígio prévio que justifique o estabelecimento de uma negociação, cujo objetivo será uma solução amistosa.

O anteprojeto prevê cinco tipos de transação: a administrativa, que seria realizada no curso de um processo administrativo; a conciliação judicial, aplicada no decorrer de um processo judicial; outra é a conciliação para o caso de insolvência tributária e transação para recuperação tributária e por fim, a denominada de prevenção de conflitos tributários, utilizada antes da instauração do conflito de interesses, para situações geradas por incertezas com relação ao texto legal. Assemelha-se hoje às soluções de consultas, contudo, na transação, o resultado da prevenção seria vinculante, ou seja, teria efeito para todos os contribuintes. Existe ainda a possibilidade de realização de uma espécie de arbitragem, que poderia ser solicitada pela parte se existisse na transação a necessidade de uma análise técnica da questão, hipótese em que o contribuinte escolheria um árbitro e a Fazenda, outro. O Ministério Público indicaria um terceiro árbitro para presidir a câmara. Registre-se que o Tribunal de Contas da União seria sempre convidado a participar das transações.

Toda inovação incomoda, e muitas vezes, amedronta, mas é sempre necessário avançar, progredir, dar um passo em direção ao futuro, sempre desconhecido. A transação representa a quebra do modelo burocrático-fiscal estabelecido, que dificulta, entrava a relação fiscal e distancia o fisco do seu maior arrimo, o contribuinte.

O referido projeto vem gerando críticas, no nosso sentir infundadas, haja vista que o Código Tributário Nacional já cuidava do tema no art. 171, de modo que não pode ser considerado novidade no direito brasileiro.

---

[4] "Didática e praticamente, se convencionou discernir a parte (direito tributário) do todo (direito administrativo), pelo isolamento do instituto fundamental daquele (o tributo). Reconhece-se o subsistema direito tributário, dentro do sistema positivo de direito administrativo. (ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de Incidência Tributária*. 6ª edição. São Paulo: Malheiros: 2008, p. 41).

A necessidade de previsão normativa para que se realize a transação (art. 171 do CTN) é justamente uma exigência do princípio da indisponibilidade do interesse público.

O interesse público é o conjunto de interesses que os indivíduos pessoalmente possuem quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem. Trata-se de interesse que convive com aquele interesse pessoal de cada um com relação aos assuntos do seu cotidiano particular. É também pessoal, mas dos indivíduos que fazem parte de uma determinada coletividade na condição de membros, participantes dessa coletividade.

Apropriada nesse passo, é a lição de Diogo de Figueiredo: "Certos interesses, porém, são considerados de tal forma relevantes para a segurança e para o bem-estar da sociedade que o ordenamento jurídico os destaca, os define, e comete ao Estado satisfazê-los sob regime próprio: são os interesses públicos. Destarte, ao definir esses interesses públicos, a lei os coloca fora do mercado, submetendo-os, distintamente dos demais, ao princípio da supremacia, como força jurídica vinculante, e ao princípio da indisponibilidade, em regra, absoluta e, por vezes, relativa. A indisponibilidade absoluta é a regra, pois os interesses públicos, referidos à sociedade como um todo, não podem ser negociados senão pelas vias políticas de estrita previsão constitucional. A indisponibilidade relativa é a exceção, recaindo sobre interesses públicos derivados, referidos às pessoas jurídicas que os administram e que, por esse motivo, necessitam de autorização constitucional genérica e, por vezes, de autorização legal. Em outros termos e mais sinteticamente: está diante de duas categorias de interesses públicos, os primários e os secundários (ou derivados), sendo que os primeiros são indisponíveis e o regime público é indispensável, ao passo que os segundos têm natureza instrumental, existindo para que os primeiros sejam satisfeitos, e resolvem-se em relações patrimoniais e, por isso, tornaram-se disponíveis na forma da lei, não importando sob que regime. São disponíveis, nesta linha, todos os interesses e os direitos deles derivados que tenham expressão patrimonial, ou seja, que possam ser quantificados monetariamente, e estejam no comércio, e que são, por esse motivo e normalmente, objeto de contratação que vise a dotar a Administração ou seus delegados, dos meios instrumentais de modo a que estejam em condições de satisfazer os interesses finalísticos que justificam o próprio Estado."[6]

A transação foi objeto de esclarecedor julgamento proferido pelo STF, no RE 2538850/MG (Recorrente: Município de Santa Rita do Sapucaí e Recorridas: Lazara Rodrigues Leite e Outras), que teve por relatora a Ministra Ellen Gracie, cuja ementa possui o seguinte teor:

> "Poder Público. Transação. Validade. Em regra, os bens e o interesse público são indisponíveis, porque pertencem à coletividade. É, por isso, o Administrador, mero gestor da coisa pública, não tem disponibilidade sobre os interesses confiados à sua guarda e realização. Todavia, há casos em que o princípio da indisponibilidade do interesse público deve ser atenuado, mormente quando se tem em vista que a solução adotada pela Administração é a que melhor atenderá à ultimação deste interesse. Assim, tendo o acórdão recorrido concluído pela não onerosidade do acordo celebrado, decidir de forma diversa implicaria o reexame da matéria fático-probatória, o que é vedado nesta instância recursal (Súm. 279/STF). Recurso extraordinário não conhecido."[7]

---

[5] Disponível no site: http://www.apet.org.br/projeto_lei/pdf/pro.fede19.04-7.pdf. Aceso em 18 de abril de 2009.

[6] FIGUEIREDO, Diogo. *Arbitragem nos Contratos Administrativos*. Revista de Direito Administrativo, jul./set. 1997, pp. 84 e 85.

[7] RE 253885 / MG, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 21/06/2002, pp. 00118).

No bojo do seu voto, a Ministra assevera que aquela Corte, ao julgar o Agravo de Instrumento n. 52.181[8], que teve por relator o Min. Bilac Pinto, considerou plenamente válida a possibilidade de transação, ao concluir pela legalidade do Juízo Arbitral, inclusive nas causas contra a Fazenda. Afirmou que a transação firmada entre as partes, tendo como motivo dominante o reconhecimento do pedido das autoras, envolve, em substância, a aplicação do velho princípio da autotutela estatal, tão bem analisada por Hely Lopes Meirelles.

No caso em pauta, o Supremo entendeu que não havia onerosidade no acordo, pois se tratava de mero ressarcimento decorrente de responsabilidade administrativa, razão pela qual era despicienda autorização legislativa.

No que diz respeito à transação penal, vale transcrever parte do voto do Ministro Nelson Jobim, no julgamento do HC. nº. 79.572/GO, que teve por relator o Ministro Marco Aurélio:

> "Sr. Presidente, a transação penal da Lei nº 9.099/95, art. 76, tem as características, em linhas gerais, da transação cível. Ou seja, é a possibilidade que essa lei trouxe em relação a transações sobre matéria penal. É a natureza pública do Direito Penal atacada ou reduzida com a previsão da respectiva lei. Aliás, a técnica utilizada nessa lei foi exatamente a de privatizar a ação penal pública no sentido de valorizar a vontade da vítima e do réu, no que diz respeito à possibilidade de um entendimento. Tanto é que os institutos da transação penal e da composição dos danos cíveis são exatamente os modelos pelos quais a vontade da vítima, a vontade dos envolvidos no fato, incluindo o Ministério Público, estão viabilizados ou reconhecidos com valor jurídico."[9]

Nas transações tributárias há uma relação entre o poder público, credor do tributo, e o contribuinte, devedor. O primeiro tem um direito subjetivo de exigir a prestação pecuniária e o segundo, o dever jurídico de satisfazê-la. Contudo, a lei permite que credor e devedor transijam, visando à extinção da relação jurídica tributária. Destarte, não se pode falar em disponibilidade da obrigação tributaria por parte dos agentes administrativos, vez que só é possível a realização da transação quando haja lei que a discipline.

Nessa esteira de raciocínio, a utilização da transação tributária, sempre onerosa, havendo lei que a preveja, representa um benefício imensurável aos cidadãos, com a diminuição dos litígios tributários, maior acesso e comunicação entre a administração tributária e os contribuintes, solução rápida para os conflitos que se arrastam e consomem tanto o Judiciário quanto as partes litigantes. Esse incremento na relação tributária é indubitavelmente desejo de todos os integrantes da nossa sociedade, e ai reside, impreterivelmente, interesse público.

A utilização da transação tributária, agora na esfera federal, pode não agradar a alguns sujeitos individualmente por razões particulares, como advogados que angariam seus honorários com as eternas discussões tributárias, que se alteram até a Suprema Corte, com a

---

[8] "Incorporação, bens e direitos das empresas Organização Lage e do Espólio de Henrique Lage. Juízo arbitral. Cláusula de irrecorribilidade. Juros da mora. Correção monetária. 1. Legalidade do juízo arbitral, que o nosso direito sempre admitiu e consagrou, até mesmo nas causas contra a fazenda. Precedente do Supremo Tribunal Federal. 2. Legitimidade da cláusula de irrecorribilidade de sentença arbitral, que não ofende a norma constitucional. 3. Juros de mora concedidos, pelo acórdão agravado, na forma da lei, ou seja, a partir da propositura da ação. Razoável interpretação da situação dos autos e da lei n. 4.414, de 1964. 4. Correção monetária concedida, pelo tribunal a quo, a partir da publicação da lei n. 4.686, de 21.6.65. Decisão correta. 5. Agravo de instrumento a que se negou provimento." (AI 52181/GB, Rel. Min. Bilac Pinto, DJ 15/2/1974).

[9] HC 79.572/GO, Rel. Ministro Marco Aurélio, DJ 22.2.2002, pp. 00204.

interposição anterior de todos os tipos de recursos previstos, inviabilizando a rápida prestação jurisdicional, mas, certamente, beneficia a todos, inclusive aos referidos causídicos, quando considerados como integrantes da sociedade, que anseia por uma arrecadação mais célere e desburocratizada, cuja receita será revertida na implementação de benefícios sociais.

Assevere-se que há interesse de toda a coletividade em que haja a composição dos litígios instaurados em juízo ou fora dele, a diminuição das demandas judiciais, que comumente duram anos para serem afinal solucionadas. Isso torna real e efetivo o princípio da eficiência, que, atendida a legalidade jamais postergada, confunde-se com o *princípio da "boa administração"*. Segundo Diógenes Gasparini, significa que o desempenho da administração deve ser rápido e oferecido de forma a satisfazer os interesses dos administrados em particular e da coletividade em geral. Nada justifica qualquer procrastinação.[10]

Vale ressaltar que não se trata de um arbítrio ou faculdade da Administração, a possibilidade de acatar um pedido de transação ou mesmo conclamar os contribuintes a aderirem a um acordo. A decisão de deferimento de um pleito de transação deve ser sempre baseada em despacho fundamentado da autoridade transatora, onde, diante dos fatos apresentados, é reconhecida a concretização de uma ou mais das hipóteses que a lei da entidade tributante contempla como viabilizadoras da negociação. O mesmo se diga com relação à transação por adesão.

Nos acordos tributários não se negocia o valor do principal, apenas os juros, multas e honorários, de sorte que não podem prosperar argumentos, no sentido de que haveria renúncia de receita ou disponibilidade do crédito público. Eles são norteados pela legalidade, diante da *imprescindibilidade de lei autorizadora*, pelo dever do Estado em implementar uma arrecadação eficiente, extinguindo a litigiosidade e, portando, satisfazendo o interesse de toda a sociedade.

## 3. Conciliação e Eficiência na Arrecadação.

Impende reconhecer que o processo de execução fiscal é moroso e de custo elevado. Esta foi uma das justificativas para o projeto. Outrossim, a satisfação da execução corresponde a menos de 1% do estoque da dívida ativa da União. O intuito é reduzir a litigiosidade e permitir uma arrecadação mais eficiente, com uma relação direta e sem burocracias entre o fisco e o contribuinte.

A rigor, o Programa de Recuperação Fiscal, REFIS, instituído pelo Governo Federal, já é verdadeira transação, com o objetivo de extinguir litígios, haja vista que a legislação federal que o institui, a rigor, prevê em um dos dispositivos que o contribuinte deve desistir da ação em que discute o crédito que deseja incluir no programa.

Vale transcrever o entendimento de Danilo Fontenelle Sampaio, citado por Hugo de Brito Machado em seus Estudos Doutrinários:

> "O Refis caracteriza-se ontologicamente como uma transação, que se divide em duas fases, sucessivas, mas independentes: a primeira ocorre quando o contribuinte aceita e satisfaz os termos impostos pela lei, renuncia o direito pleiteado nas ações que discutem a validade do crédito e desiste destas, adquirindo o direito de efetuar o pagamento dos seus débitos de forma parcelada e conforme o percentual de descontos estipulados. A segunda é compreendi-

[10] GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo.* 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 2004, pp. 20/21.

da como a continuidade dessa transação e consiste na efetivação fática do parcelamento deferido, com o pagamento das prestações."[11]

Difere do mero parcelamento, que se constitui numa dilação de prazo para pagamento e não é fato propulsor da extinção de execução fiscal, que só pode ocorrer com o adimplemento da última parcela.

A transação tributária tem a finalidade de tornar factível a arrecadação, evitando o desperdício de esforços administrativos, reduzindo as situações de incertezas, com a consequente diminuição da litigiosidade e da insegurança na tributação, que passa a ser mais rápida e eficaz.

## 4. Transação e similares no direito comparado

No Brasil, o instituto, como fixado anteriormente, já estava previsto no CTN, Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966, que nasceu para regular, com fundamento na Emenda Constitucional n. 18, de 1º de dezembro de 1965, o Sistema Tributário Nacional e instituir normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios.

No direito comparado, são instrumentos que possibilitam o entendimento entre a administração tributária e o contribuinte, tendo por objeto a dívida tributária.

Nos Estados Unidos da América há os acordos conclusivos, "Closing Agreements", cujo conceito é dado pelo "Dictionary of Business Terms", nas seguintes palavras:

> "Written agreement between a taxpayer and the Internal Revenue Service that conclusively settles a tax liability for the Taxable Year ending prior to the agreement date or settles one or more issues affecting a tax liability."[12]

Constitui-se num acordo escrito, firmado entre um contribuinte e o "Internal Revenue Service", conclusivamente, com o fito de liquidar uma dívida fiscal que antecede a data do acordo ou uma ou mais questões que afetam uma obrigação fiscal.

Para James J. Bloom and Thomas J. Miller, o "Closing Agreement", como autorizado pelo IRS (Internal Revenue Service), pode ser uma ferramenta útil para resolver disputas entre o fisco e os contribuintes e se tornará muito comum num futuro próximo. O acordo vem recebendo nova ênfase e servindo com muita frequência para resolver uma variedade de questões. Todas as partes ganham com uma execução apropriada do acordo. O contribuinte obtém a certeza de que a discussão está encerrada e a Administração Tributária resolve um problema que consumiria tempo e recursos.[13] O acordo dá a possibilidade de o fisco limitar a penalidade a ser aplicada ao contribuinte, para as transgressões fiscais pretéritas, em troca este último se compromete a observar o quanto foi acordado.[14]

Na Itália, O "Accertamento con Adesione" traz benefício tanto para o "Ufficio", quanto para o contribuinte. Com a adesão, este último

---

[11] Revista Dialética de Direito Tributário, nº 67, p. 178.

[12] FRIEDMAN, Jack P. *Dictionary of Business Terms*, 3rd edition. EUA: Barron's Educational Series Inc., 2000.

[13] Discorrem ainda que: "…the Service can negotiate a written closing agreement with any taxpayer to make a final resolution of any of the taxpayer's tax liabilities for any period." (Disponível em: http://ftp.irs.gov/pub/irs-tege/eotopicl93.pdf. Acesso em 5 de abril de 2009).

[14] Aduzem que: "A closing agreement can also cover a class of taxpayers. Such an agreement would be unusual in the exempt organizations area, though it could apply to groups of related organizations or organizations under a group ruling letter. If a class closing agreement is in order, individual agreements with each person in the class will only be negotiated in cases where the class consists of 25 persons or less. If the issue and holding are the same for all members of the class and there are more than 25, the Service will enter into a "mass closing agreement" with the taxpayer who is authorized to represent the class."

é beneficiado com a redução da sanção administrativa na base de ¼ do mínimo exigido pela lei. Se os fatos forem também objeto de processo criminal, a celebração de acordo com a extinção da dívida, antes da declaração de abertura da audiência em Primeira Instância, constitui circunstância atenuante, o que resulta em um abatimento de quase metade das sanções penais e a não aplicação das sanções acessórias. Para o governo é vantajoso o acertamento, pois reduz o contencioso e antecipa a liquidação dos impostos.

Similar na Espanha são as "Reclamaciones Económico-Administrativas", que se constituem numa classe de recurso administrativo cujo objeto é examinar a legalidade dos atos administrativos de conteúdo econômico, regulados pelo Direito Financeiro. Os atos reclamáveis são: a aplicação dos tributos e a imposição de sanções tributárias pela Administração Geral do Estado, a aplicação dos tributos cedidos pelo Estado às comunidades autônomas ou os encargos por esta estabelecidos sobre os tributos ou as sanções que derivam de uns e de outros, bem como qualquer outra que se estabeleça por preceito legal expresso.

Na França, a transação é permitida apenas para as penalidades fiscais, ou seja, para multas e juros, o valor do principal não é negociado. Contribuinte e administração assinam um contrato, que não pode sofrer modificação pelo Judiciário à vista de contestações posteriores das partes.

Além da transação, o governo francês pode conceder uma redução do débito ou simplesmente abrir mão dele. Era utilizada desde a época dos reis, que poderiam conceder essa graça a algum súdito. O sistema francês admite ainda a arbitragem, presente em todos os departamentos públicos de cada região do país, por meio das chamadas comissões de departamentos dos contribuintes. Por meio desses órgãos, paritários, as partes podem estabelecer uma arbitragem para discutir alguma pendência fiscal. E existe também no país, a possibilidade de mediação e conciliação. Consoante Marie Christine Esclassan: "Há um conciliador em todos os departamentos de impostos da administração para resolver os problemas de comunicação entre o fisco e o contribuinte."[15]

## 5. Adoção da Negociação pelos Municípios.

O anteprojeto de lei federal não cuida de normas gerais sobre transações aplicáveis no âmbito nacional, mas nada impede que os Estados, o DF e os Municípios instituam regime semelhante, por lei própria, como, aliás, faculta o art. 60.

Para alguns estados e municípios brasileiros, a transação é um instituto de prática recente. Contudo, a tendência é a sua adoção pelas diversas administrações, diante do atual clamor pela solução rápida e descongestionada de litígios, aliviando o Judiciário e garantindo uma arrecadação eficaz.

A lei da entidade tributante, autorizadora da negociação, e não a simples previsão genérica do CTN, é condição de validade dos acordos, em homenagem à indisponibilidade do interesse público pelo administrador, viga-mestra do direito administrativo.

O Município de Salvador, através da Lei 4.279, de 1990, previu pela primeira vez a possibilidade de realização de transação tributária no seu art. 22, inciso II. O atual Código Tributário e de Rendas do Município, Lei 7.186, de 27 de dezembro de 2006, dispõe que:

[15] Disponível em: http://www.sachacalmon.com.br/portugues/noticias_especifica.php?id=479. Acesso em 5 de abril de 2009.

> "Art. 26. Fica o Chefe do Poder Executivo autorizado a celebrar, com o sujeito passivo, transação que, mediante concessões mútuas, importe em composição de litígio em processo fiscal, administrativo ou judicial, e consequente extinção de crédito tributário, quando:
> I - a incidência ou critério de cálculo do tributo for matéria controvertida;
> II - ocorrer erro ou ignorância escusável do sujeito passivo quanto a matéria de fato;
> III - ocorrer conflito de competência com outras pessoas de direito público interno;
> IV - o montante do tributo tenha sido fixado por estimativa ou arbitramento.
> Parágrafo único. A transação a que se refere o caput será proposta ao Prefeito pelo Secretário Municipal da Fazenda ou pelo Procurador Geral do Município, em parecer fundamentado, e limitar-se-á à dispensa parcial ou total dos acréscimos legais referentes à multa de infração, multa de mora e juros."

O processo administrativo de transação tem sido uma prática frequente nesta Comuna, evitando a instauração de demandas judiciais ou extinguindo, após o pagamento total do débito, aquelas execuções já em curso à época da inauguração da negociação administrativa.

A transação depende de requerimento formulado pelo contribuinte, baseado em um dos incisos acima elencados, dirigido à Procuradoria Fiscal do Município. Após a emissão de parecer fundamentado, favoravelmente à realização do acordo, tendo em vista a comprovação da ocorrência de uma das hipóteses indicadas nos incisos I a IV do artigo 26, os autos são encaminhados ao Procurador Geral, para a homologação do opinativo. Em seguida, são remetidos à Casa Civil, com o escopo de obter a autorização do Prefeito Municipal. Em seguida, é elaborado o termo de transação, contemplando o crédito tributário atualizado, excluídos os encargos atinentes à multa de infração, multa de mora e juros, total ou parcialmente, assim como reduzidos os honorários advocatícios devidos em função dos créditos tributários objeto de ajuizamento.

Vale salientar que o valor do principal corrigido monetariamente continua intocado, apenas os encargos supramencionados são reduzidos ou excluídos.

A cidade de Campinas também inovou com a edição da Lei 12.920, de 4 de maio de 2007. A extinção dos créditos tributários ou não tributários da Administração Direta do Município de Campinas, mediante transação, pode ser autorizada nas seguintes hipóteses:

> "Art. 2º A transação a que se refere o artigo 1º desta Lei será autorizada quando ocorrer uma das seguintes hipóteses:
> I – a controvérsia jurídica estiver sendo reiteradamente decidida pelo Supremo Tribunal Federal ou pelos Tribunais Superiores, em sentido contrário ao Município;
> II – o montante do tributo tenha sido fixado por estimativa ou arbitramento;
> III – houver a constatação de efetivas distorções no cálculo do tributo."

Desta forma, não é arbitrária e nem mesmo discricionária a opção da Administração em negociar o crédito tributário. A transação deve ser realizada quando constatada a ocorrência de uma das situações apontadas acima.

As transações previstas pelos dois Municípios dependem de requerimento formulado pelo sujeito passivo e parecer fundamentado da Procuradoria Geral, são as transações tradicionais. A par dessas, existe também a transação por adesão. Nesse caso, quem chama os con-

tribuintes para negociar é o próprio fisco. Belo Horizonte também adota esta forma de extinção de processos judiciais, nas situações em que a tese defendida pela Municipalidade em juízo não irá prosperar diante das decisões reiteradas dos tribunais.[16]

A Lei 9.158, de 13 de janeiro de 2006 estatui, para o município mineiro, as seguintes hipóteses permissivas da transação:

> "Art. 1º - Visando à extinção de crédito tributário, objeto de processos administrativos ou judiciais, envolvendo o Município e o respectivo sujeito passivo da obrigação tributária correspondente, poderão ser celebradas, nas condições estipuladas nesta Lei, transações para prevenção ou terminação de litígios envolvendo questões relativas às controvérsias sobre as seguintes matérias tributárias:
> I - lançamento e cobrança do Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana - IPTU - até 31/12/1998, com base nas alíquotas progressivas estabelecidas em Lei, bem como o lançamento e cobrança da Taxa de Limpeza Pública e da Taxa de Iluminação Pública;
> II - lançamento e cobrança do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza - ISSQN - e do IPTU, cujo sujeito passivo detenha imunidade tributária, e desde que este aplique integralmente sua receita, operacional ou patrimonial, em suas atividades essenciais imunes;
> III - lançamento e cobrança do ISSQN relativo a fatos geradores oriundos de serviços prestados por instituição financeira e equiparada, autorizada pelo Banco Central do Brasil, a funcionar, enquadráveis no item 29 da Lista de Serviços anexa ao Decreto-Lei nº 406/68, com redação dada pela Lei Complementar nº 56/87, e ainda no item 84 do mesmo diploma legal, quando prestados a coligadas."

## 6. Conclusão

Com a adoção da transação agora no âmbito federal, certamente os demais estados e municípios seguirão esse rastro, buscando na negociação administrativa uma solução eficaz para as questões tributárias.

Aproximar fisco e contribuinte, que poderão acordar os termos de pagamento dos tributos reconhecidamente devidos pelo segundo, a exclusão ou diminuição dos encargos, que muitas vezes superam o principal, sem os desgastes e custos de um processo judicial ou interrompendo as incansáveis e repetidas discussões que se elevam até a Suprema Corte, é a real finalidade da transação tributária e o que almeja a sociedade moderna.

É indiscutível que boa parte da dívida ativa das diversas administrações do país é incobrável, haja vista o volume de débitos inscritos, de processos em curso e o número reduzido de procuradores. Ademais, hodiernamente, vigora uma tributação de massa, onde é imprescindível a colaboração do contribuinte para a apuração do crédito tributário, com o lançamento por homologação, que atribui ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa[17], e neste caso é fatal o surgimento de controvérsias entre credor e devedor do tributo exigido.

---

[16] Lei nº 9.158, de 13 de janeiro de 2006, que "Autoriza a transação para prevenção e terminação de litígios relativos a crédito tributário objeto de processos administrativos ou judiciais, nos casos que menciona, e fixa obrigações acessórias."

[17] "Ciente de que a atuação da autoridade administrativa, nas situações em que o tributo deve ser recolhido pelo sujeito passivo antes de qualquer atividade do sujeito ativo, se traduz efetivamente, no posterior controle da acurácia do recolhimento do tributo (para cuja consecução o devedor valorou os fatos, subsumiu-os à lei e calculou o valor do tributo), o código qualificou como lançamento (dito por homologação) a manifestação de concordância expressa da autoridade..." (AMARO, Luciano, 13ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 363).

Defensor do projeto de lei diversas vezes mencionado, o Procurador da Fazenda Nacional, Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy dirige aos descontentes com a transação tributária as seguintes palavras:

> "O projeto de transação ameaçaria eventual e imaginário advogado de plantão que poderia ganhar a vida na exploração da miríade de alternativas que a litigância oferece. Reporto-me ao filoxera social, na deliciosa imagem de Monteiro Lobato. O projeto de transação, no entanto, quebra o tédio das discussões analíticas, entoadas por oradores que se disfarçam de lógicos, e que esquecem que o direito é menos lógica do que experiência, e que vivem no frustrante debate entre os limites da lei complementar e da lei ordinária. Faz exatamente 20 anos que não passam disso. É hora de mudar. O projeto de transação inova, avança, desafia, instiga. É talvez por isso que assusta. E é justamente por isso que revela nossos medos, angústias e fraquezas. E que nos torna tão agressivos em momento que exige esforço único para o fortalecimento das instituições democráticas, centradas no diálogo e na confiança."[18]

O tributo já foi utilizado no passado, pelos soberanos, como forma de opressão e enriquecimento pessoal. Através do clamor e da luta popular, conseguiu-se impor ao Estado a vinculação da riqueza auferida pela via dos tributos e a garantia aos contribuintes da proibição do confisco. É necessário enxergar que, com a transação tributária, descortina-se, num país onde reina a sonegação e inadimplência fiscal, uma nova forma de relação entre o gestor do tributo e os seus devedores, que angariará mais receita aos cofres públicos e efetivará uma previsão insculpida no CTN (art. 171), lei que, vale a pena lembrar, complementa a Constituição Federal.

## Referências Bibliográficas


ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de Incidência Tributária*. 6ª edição. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro.* 13ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007.

BLOOM, James J. e MILLER, Thomas J. Artigo, *L Closing Agreements*, 1993. Disponível na internet: < http://ftp.irs.gov/pub/irs-tege/eotopicl93.pdf> Acesso em 5 de abril de 2009.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 13ª edição. São Paulo: Saraiva, 2000.

FALZONE, Guido. *Il Dovere di Buona Amministrazione*. Milão: A Giuffrê, 1953.

FIGUEIREDO, Diogo. *Arbitragem nos Contratos Administrativos*. Revista de Direito Administrativo, jul./set, 997.

FIGUEIREDO, Paulo Henrique. *A Transação Tributária como Expressão dos Direitos do Cidadão.* Recife: Bagaço, 2004

FRIEDMAN, Jack P. *Dictionary of Business Terms*, 3rd edition. EUA: Barron's Educational Series Inc., 2000.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo.* 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 2004.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Artigo: A Transação Tributária e seus Descontentes. 2008. Disponível na internet:<http://www.pgfn.fazenda.gov.br/assesssoria-de-comunicacao/Entrevistas/a-transacao-tributaria-e-seus-descontentes/>Acesso em 10/4/2009.


[18] Extraído do site:http://www.pgfn.fazenda.gov.br/assesssoria-de-comunicacao/Entrevistas/a-transacao-tributaria-e-seus-descontentes/. Acesso em 5 de abril de 2009.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 26ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

HARADA, Kiyoshi. Parecer, Anteprojeto de lei que estabelece normas gerais sobre transação e conciliação administrativa e judicial de litígios tributários. 2007. Disponível na Internet: <http://www.haradaadvogados.com.br/publicacoes/Pareceres/433.pdf >. Acesso em 5 de abril de 2009.

JUNIOR, Humberto Theodoro. *Curso de Direito Processual Civil*, vol. 1. 20ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

KOOGAN/HOUAISS. *Enciclopédia e Dicionário Ilustrado*. Rio de Janeiro: Delta, 1999.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 20ª edição. São Paulo: Malheiros, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 19ª edição. São Paulo: Malheiros: 2005.

NOGUEIRA, Alberto. *A Reconstrução dos Direitos Humanos da Tributação*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. 3ª edição. São Paulo: RT: 1971.

TORRES, Heleno Tavares. *Transação, arbitragem e conciliação judicial como medidas alternativas para resolução de conflitos entre Administração e Contribuintes – simplificação e eficiência administrativa*, in Revista Fórum de Direito Tributário, ano 1, n. 2, p. 91-126, mar./abr. 2003.

# A judicialização das políticas de saúde no Brasil: crítica à atual posição do judiciário e proposição de limites necessários à sobrevivência do SUS

Luciana Barreto Neves
Advogada
Procuradora do Município do Salvador
Pós-graduanda em Direito Público pelo Centro de Cultura Jurídica da Bahia

Wilson Chaves de França
Advogado
Procurador do Município do Salvador
Professor da FACET – Faculdade de Artes, Ciências e Tecnologia
Pós- graduando em Direito Processual Civil pela UFBA - Universidade Federal da Bahia

SUMÁRIO

1. COLOCAÇÃO DO PROBLEMA. 2. ESCLARECIMENTOS ACERCA DA ORGANIZAÇÃO DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. O MITO DA RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA ENTRE OS ENTES FEDERADOS. 3. O RESPEITO ÀS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE. NECESSIDADE DE PLANEJAMENTO E UNIVERSALIZAÇÃO DO ATENDIMENTO. LIMITES IMPOSTOS AOS ÓRGÃOS JURISDICIONAIS. 4. A DEMONSTRAÇÃO DA NEGATIVA DA PRESTAÇÃO À SAÚDE PELOS PODERES PÚBLICOS COMO CONDIÇÃO DE ADMISSIBILIDADE DA AÇÃO. INTERESSE PROCESSUAL A SER EVIDENCIADO. 5. A OBSERVÂNCIA DAS POSSIBILIDADES ORÇAMENTÁRIAS PARA CUMPRIMENTO DO PROVIMENTO JURISDICIONAL DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE SAÚDE. 6. CONCLUSÕES.

## 1. COLOCAÇÃO DO PROBLEMA

Nos últimos anos, o País passou a conviver com o fenômeno da judicialização das políticas públicas. A partir de um olhar mais detido sobre o papel da Constituição, suas diretrizes e vertentes enquanto opções declaradas de construção de um Estado Social e Democrático de Direito, num resgate trazido pelo chamado neoconstitucionalismo ou pós-positivismo, surgiu uma nova concepção do direito, que tem como premissas fundamentais a força normativa da Constituição, a sua superioridade e centralidade no sistema jurídico[1].

Avultou, inexoravelmente, uma mudança paradigmática sobre o alcance dos mandamentos constitucionais, que deixam de ser vistos como preceitos meramente programáticos, proposições abstratas ao direcionamento político a ser conferido pelos Poderes Constituídos, e se transformam em verdadeiras normas jurídicas, dotadas de aplicabilidade direta e imediata, que vinculam e condicionam a atuação estatal.

Assim, os comandos constitucionais, sobretudo os de conteúdo prestacional, que instituem os direitos fundamentais de 2ª e 3ª gerações[2], passam a ostentar caráter cogente, com capacidade para impor condutas e determinar as escolhas políticas do Estado. Essa gama de direitos, visualizada como o veículo para a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, ganha força, consubstanciando-se como pilar maior do nosso sistema jurídico e pauta para as deliberações político-majoritárias.

As políticas públicas são tidas, portanto, como um meio de realização dos fins constitucionais de promoção dos direitos fundamentais, estando, neste contexto, vinculadas quanto à implementação, destinação e resultados. Daí porque se tem admitido o seu controle pela via judicial, dele não escapando as políticas de saúde adotadas.

É com base nessa construção dogmática que temos nos deparado com a proliferação de ações judiciais, nas quais os demandantes buscam o fornecimento de assistência à saúde, das mais variadas formas. Tem sido comum a instauração de lides objetivando internamento em leitos hospitalares e internamento domiciliar, realização de cirurgias, exames e, principalmente, fornecimento de medicamentos e suplementos alimentares.

E o Judiciário, chamando para si o múnus de realizador do direito à saúde, não se constrange, diante de uma situação individual, em conceder provimentos jurisdicionais, não raro em juízo de cognição sumária, proferidos sem a oitiva prévia dos Entes Federados demandados, que os compelem à prestação colimada pela parte contrária, sem apresentar a mínima preocupação em seguir as diretivas das políticas de saúde existentes e a repartição de competências estabelecidas pelo arcabouço normativo em vigor.

Com a postura adotada pelos magistrados, é de se compreender que a busca por exames e

---

[1] BARCELLOS, Ana Paula de. *Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas, in* Leituras Complementares de Direito Constitucional: Direitos Fundamentais, org. Marcelo Novelino Camargo, Salvador: Jus Podivm, 2ª ed., 2007, p. 43/64.

[2] Considerada a cadeia evolutiva dos direitos fundamentais, convencionou a doutrina em categorizá-los segundo o seu aparecimento e assimilação pelo direito posto. Têm-se, assim, os direitos de 1ª geração, primeiros a ser positivados, como aqueles que impunham condutas negativas ao Estado, consagrando liberdades individuais a serem respeitadas pelas esferas de poder (direito à vida, liberdade, privacidade etc.). Os direitos de 2ª geração, surgidos a partir da revolução industrial, nascem como um meio de efetivação da justiça social e igualdade substancial, a exigirem prestações positivas do Estado (direito à assistência social, saúde, educação, trabalho, lazer etc.). Por fim, emergem os direitos de 3ª geração, que congregam aqueles que não atinem ao homem isoladamente, mas à coletividade e à raça humana, apresentando-se fluídos, difusos ou de interesse coletivo. Situam-se nessa geração o direito ao meio ambiente equilibrado, paz, desenvolvimento, conservação do patrimônio histórico e cultural, dentre outros.

procedimentos cirúrgicos por intermédio de demandas judiciais seja cada vez mais crescente. Realmente, é hoje prática corriqueira a utilização do Judiciário e mesmo do Ministério Público para alcançar, sem a submissão a procedimentos administrativos prévios e às rotinas impostas pela regulação do SUS, a realização de exames, consultas e cirurgias. Os Estados Federados, diante de uma ordem judicial ou requisição do *Parquet* – com atenção voltada unicamente para aquele determinado usuário e sem conhecimento sobre as demandas urgentes que diuturnamente sofrem regulação pelos órgãos administrativos competentes – não vêem outra alternativa senão priorizar o atendimento a esses usuários em detrimento dos demais, numa clara ofensa aos princípios da isonomia e impessoalidade, de resto, imposta pelos próprios entes vocacionados à proteção de tais primados.

Diante desse quadro, com as sérias repercussões da intervenção judicial na saúde pública, problema comum a todas as entidades federadas do País, parece imperiosa a reflexão sobre o papel do Judiciário na condução de demandas desse jaez. Convém perscrutar-se se, a pretexto de exercer o controle sobre as políticas públicas implantadas, e especificamente as políticas de saúde, com fundamento em visão constitucionalista e principiológica do Direito, não estaria o Judiciário exacerbando a sua função constitucional e interferindo em questões afetas às demais esferas de poder, legitimadas por delegação popular.

Não estamos aqui a pretender o afastamento da sindicância do Judiciário à condução das políticas de saúde adotadas, mesmo porque proclamamos o respeito à Constituição e suas prescrições normativas, que há de ser assegurado pelos nossos magistrados. Defendemos, no entanto, que esse controle seja pautado por parâmetros bem delineados, segundo balizas postas pelo próprio ordenamento pátrio, que consagra o princípio da harmonia entre os Poderes, e que, com raízes na *civil law*, não consegue conviver com o decisionismo judicial, mormente quando voltado para a individualização de direitos sociais por natureza[3].

O intuito desse trabalho é, pois, o de apontar alguns desses parâmetros, trazendo a lanço limites a serem impostos ao controle judicial das políticas de saúde para que, por meio dele, não se venha a aniquilar as decisões políticas firmadas para a consecução do bem comum e, com isso, comprometer a própria manutenção do Sistema Único de Saúde como mecanismo de realização do direito fundamental à saúde no Brasil.

## 2. ESCLARECIMENTOS ACERCA DA ORGANIZAÇÃO DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. O MITO DA RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA ENTRE OS ENTES FEDERADOS

A saúde é, indiscutivelmente, um direito constitucionalmente garantido aos cidadãos, além de ser um dever não só do Estado (em sentido abstrato), mas de toda a sociedade, de acordo com o art. 194 c/c art. 196 da Constituição Federal.

Cabe ao Poder Público, bem como a toda a sociedade, na forma da Constituição Federal,

[3] A propósito do tema, entendemos pertinentes as ponderações de Ana Paula de Barcellos (*op. cit.*, p. 52), assim expostas: *"O que se acaba de afirmar – e essa é a segunda observação – não significa que não haja espaço autônomo de deliberação majoritária acerca da definição das políticas públicas ou do destino a ser dado aos recursos disponíveis. Muito ao revés. Em um Estado democrático, não se pode pretender que a Constituição invada o espaço da política em uma versão de substancialismo radical e elitista, em que as decisões políticas são transferidas, do povo e de seus representantes, para os reis filósofos da atualidade: os juristas e operadores do direito em geral. A definição dos gastos públicos é, por certo, um momento típico da deliberação político-majoritária; salvo que essa deliberação não estará livre de alguns condicionantes jurídico-constitucionais."*

garantir o acesso à saúde da população, em seus diversos aspectos, inclusive recuperação por meio do fornecimento de medicamentos.

Que os cidadãos têm direito à proteção da saúde, inclusive com fornecimento de medicamentos, é certo. Resta saber, contudo, se a satisfação desse direito independe de critérios, se os demandantes em ações judiciais têm direito ao fornecimento de um medicamento específico ou a um dado tratamento terapêutico ou não, e se pode exigi-los de qualquer dos entes ou dos órgãos que compõem o Sistema Único de Saúde.

No que concerne à organização do Sistema de atendimento à saúde, é importante atentar para o contido no art. 198 da Constituição Federal e para os princípios e diretrizes que norteiam as ações e serviços públicos de saúde, constantes do art. 7º da Lei 8.080/90. Senão vejamos:

> "CF/88 - Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma *rede regionalizada e hierarquizada* e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:
> I - *descentralização*, com direção única em cada esfera de governo;"
> "Lei 8.080/90 - Art. 7º As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios:
> (...)
> IX - *descentralização político-administrativa*, com direção única em cada esfera de governo:
> (...)
> XIII - *organização dos serviços públicos de modo a evitar duplicidade de meios para fins idênticos*." (grifos acrescidos)

Veja-se que, embora o Sistema Único de Saúde seja único, é descentralizado e organizado de modo que cada Ente da Federação (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) e cada órgão que compõe o SUS tenha suas competências e suas responsabilidades previamente determinadas, facilitando o planejamento e a destinação de recursos, de modo a garantir o atendimento integral da saúde, sem gastos dúplices ou desnecessários. Não há, pois, que se falar em solidariedade.

Os partidários da tese da responsabilidade solidária entre os entes da Federação fundamentam seu entendimento tão somente no regrado do art. 23, II, da Constituição Federal, que confere competência comum entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios a assistência à saúde, e na circunstância de ser unificado o Sistema Único de Saúde, a ele se integrando todos os Estados Federados. Tal compreensão, no entanto, revela-se inadequada e divorciada de uma interpretação sistemática da Carta Magna e de postulados normativos de aplicação às disposições constitucionais, como o princípio da unidade da Constituição. Isso porque o regramento acerca da competência comum em matéria de saúde pública há de ser conjugado aos ditames do art. 198 da própria Carta Política, que, como visto, orienta à criação de um sistema integrado de atenção à saúde, compondo uma rede hierarquizada e regionalizada e preordenado por diretrizes de descentralização.

Marlon Alberto Wichert[4], fazendo uma interpretação sistemática dos preceitos constitucionais citados, pontua a necessidade de uma concepção ordenada do SUS, com os entes da Federação desempenhando suas atribuições coordenadamente e seguindo direção unifor-

[4] WICHERT, Marlon Alberto. *Saúde e Federação na Constituição Brasileira,* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 149/152.

me, mas com competências definidas, apontando ainda para a imprescindível conjugação destas com a realidade objetiva de cada ente. E, discorrendo sobre o sentido da descentralização, regionalização e hierarquização do SUS, dando mostras de que a solidariedade no campo da saúde pública é tanto incompatível quanto indesejável pelo Sistema concebido pela Constituição, o Jurista pontifica:

> "O objetivo primeiro do SUS é articular todos os serviços públicos de saúde existentes no País para que, atuando de forma ordenada, possa haver a otimização dos escassos recursos sociais em todos os níveis da federação. Com efeito, *a atuação conjunta dos entes públicos propicia um ganho de escala e evita a sobreposição de estruturas pelos municípios*. Por exemplo, com a coordenação estadual ou regional é possível organizar os serviços por grupos de municípios – conforme o tamanho de cada um e o do grupo como um todo – evitando o desperdício de viabilização de semelhantes serviços em todas as localidades. Dividindo-se a rede em níveis hierarquizados de complexidade (v.g., atendimento primário, baixa, média e alta complexidade) e distribuindo-se as unidades por regiões, cria-se uma espécie de pirâmide de serviços, de modo a que haja uma distribuição abundante de serviços primários e de baixa complexidade em todas as localidades (tarefa primordial dos Municípios) e, conforme a extensão geográfica e a densidade populacional, sucessivamente, serviços de média a alta complexidade. Não há, efetivamente, necessidade de grande número de hospitais de alta complexidade, ou seja, de Municípios os manterem, sendo esta uma tarefa mais afeta aos Estados, que têm o domínio regional da situação da saúde. Fundamental, porém, é que esses serviços municipais de atendimento primário e de baixa complexidade, de modo a racionalizar os custos sem prejudicar os usuários.
> (...)
> (...) O princípio da descentralização dos serviços e ações de saúde refere um objetivo e um vetor a serem gradativamente implementados. É um principio que se articula com o da regionalização e hierarquização, indicando que os serviços devem ser primordialmente executados pelos Municípios.
> Com a descentralização, o SUS remete a execução das ações e serviços públicos de saúde para os entes locais, que, próximos da população, possuem a melhor condição de avaliar as necessidades mais prementes e desenvolver as condutas mais eficazes de prevenção e tratamento.
> (...)
> *O SUS, ao combinar o princípio da descentralização com o da hierarquização, acaba por adotar internamente, relativamente à execução dos serviços, o princípio da subsidiariedade, no sentido de atribuir aos Estados e à União somente as tarefas que Municípios e Estados, respectivamente, não puderem executar satisfatoriamente, ou que requeiram dimensão regional ou nacional*.
> Não se trata, porém, de uma descentralização automática e irresponsável, mas sim de gradativa capacitação dos entes locais para assumirem a função de diretores plenos dos serviços de saúde na localidade, especialmente aqueles anteriormente mantidos pelos Estados e pela União. Não podem a União e os Estados, sem prestarem o devido apoio financeiro e técnico (novamente o artigo 30, inciso VII), repassar a qualquer custo a administração de serviços aos Municípios. Exige-se deles que primeiro capacitem os gestores locais." (grifos nossos).

Bastante esclarecedoras, também neste sentido, as palavras de Lenir Santos[5]:

> "Saúde é um conjunto *articulado* de ações e serviços de responsabilidade de competência repartida entre as três esferas de governo, de acordo com as regras da regionalização, hierarquização e da organização de serviços e não de acordo com o princípio da solidariedade pura e simples, conforme decisões judiciais."

Se assim o é, fica claro que o Sistema Único de Saúde não pode ser compreendido como um amontoado de ações sem coordenação, realizados inadvertidamente pelos Estados Federados (União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios). Embora comum a competência de todos eles para prestação dos serviços de saúde, tem-se que esta se dá segundo uma diretiva própria, guiada pela Lei Fundamental, cujas prescrições são regulamentadas coerentemente pela Lei Orgânica da Saúde (Lei 8.080/90), que, a propósito, traça, de forma expressa, as atribuições afetas a cada ente (vide Capitulo IV daquele Diploma).

Ademais, cabendo à Direção Nacional do Sistema Único de Saúde, conduzida pelo Ministério da Saúde, elaborar o Planejamento Estratégico Nacional no âmbito do SUS, estabelecer as normas técnicas e gerenciais para as ações de atenção à saúde pública, enfim, coordenar o SUS, jamais poderia o Poder Judiciário negar valia às Portarias expedidas pelo Ministério da Saúde que versam sobre a repartição das atribuições conferidas a cada um dos entes da Federação, com o detalhamento das ações e serviços de saúde postos à disposição da comunidade.

Releva anotar que essa normatização infralegal não desafia, de modo algum, os princípios constitucionais, pois que não visa impedir o acesso do cidadão aos serviços que devem ser prestados pelo Estado (*lato sensu*), mas tão somente transporta para o plano fático as previsões constitucionais, garantindo-se, com isso acesso universal e integral à saúde, de maneira eficaz, organizada e racional.

No mesmo viés, não podem ser desconsideradas as regras contidas na NOB-SUS 01/96, que fixam os modelos de gestão do SUS para Estados e Municípios, com os requisitos e condições necessárias à assunção das responsabilidades a ela inerentes. Tampouco podem ser ladeados, sem mais, os compromissos e pactos de gestão firmados sob a égide das Comissões Intergestores Tripartites e Bipartites, que, *v.g.*, orientam o processo de trespasse da gestão plena de atenção básica do Município para a gestão plena do Sistema Municipal.

Deveras, sabe-se que a descentralização do SUS é diretriz constitucional, sendo o fim a ser perseguido no âmbito do SUS a transferência dos serviços de saúde pública aos Municípios para que estes os prestem e os gerenciem, sob a cooperação técnica e financeira da União e Estado ao qual faça parte. As condições estruturais dos Municípios, no entanto, no mais das vezes, não permitem que essa transferência se dê de forma abrupta. Daí porque são empreendidos esforços por parte de todos os entes para o trespasse gradual e responsável dos serviços, com vistas à sua efetiva assimilação sem o risco de solução de continuidade, em detrimento da população usuária do SUS.

Foi com a percepção dessa realidade que promoveu o Ministério da Saúde alteração no processo de habilitação dos Municípios à gestão plena do sistema municipal de saúde, por meio da Portaria GM 399, de 29/02/06, que traz as Diretrizes pelo Pacto pela Saúde 2006, possibilitando que muitos Municípios, a exem-

---

[5] SANTOS, Lenir. *O SUS não é uma farmácia pública, in:* www.idisa.org.br, acesso em 9.5.2008, às 21:00 h, p. 4.

plo do Município do Salvador, passasse à gestão plena do sistema municipal de saúde, a partir da subscrição do Termo de Compromisso de Gestão – TCG. Este propõe a assunção paulatina das ações e serviços de saúde, então a cargo do Estado, que, enquanto não os transfere, *assume a sua execução e para tanto é devidamente remunerado por meio do repasse, diretamente ao Fundo Estadual de Saúde, dos recursos correspondentes, conforme expressamente pactuado.*

Por outro lado, alguns serviços, dada a sua complexidade e caráter sistêmico, ficam invariavelmente sob a incumbência do Estado, como a hemoterapia, a dispensação de medicamentos excepcionais e o tratamento de enfermidades raras e crônicas, a exigirem fármacos de alto custo e de uso contínuo.

Essa divisão objetiva de competências, contudo, não é levada em consideração pelos magistrados, que insistem na tese da responsabilidade solidária.

Não há dúvidas, pois, que o posicionamento do Judiciário, no particular, merece ser revisto, a partir de um estudo mais aprofundado sobre as diretrizes do SUS e interpretação racional dos preceitos constitucionais que regem a matéria, de molde a que não sejam os entes públicos impelidos à assunção de ações e serviços de saúde que não são de sua esfera de competência e para os quais, por essa mesma razão, não estão técnica e financeiramente preparados a empreender.

## 3. O RESPEITO ÀS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE. NECESSIDADE DE PLANEJAMENTO E UNIVERSALIZAÇÃO DO ATENDIMENTO. LIMITES IMPOSTOS AOS ÓRGÃOS JURISDICIONAIS

Cumpre ressaltar que a garantia à saúde do cidadão pelo Estado (sentido abstrato) não se dá de qualquer forma, mas sim em conformidade com a Lei, em razão da submissão da Administração ao Princípio da Legalidade.

Neste diapasão, todas as ações para oferecimento do serviço público de saúde devem se dar de forma planejada e organizada, de modo a garantir o acesso universal, igualitário – em sentido substancial – e eficiente à saúde (e não somente daqueles que demandam o Judiciário), além de racionalizar procedimentos e custos, respeitando-se, com isso, o princípio da eficiência que deve nortear as práticas da Administração Pública.

Neste sentido, já traçando os rumos por onde deverá se dar o fornecimento de serviços de saúde ao cidadão, o art. 196 da Constituição Federal prevê que "a saúde é direito de todos e dever do Estado, *garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação*".

Também a Lei 8.080/90, em seu art. 2º, praticamente reproduz o texto constitucional:

> "Art. 2º A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.
> § 1º *O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.*
> § 2º O dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade."

A norma é expressa ao determinar que o cumprimento do dever do Estado se dá mediante o estabelecimento de políticas sociais e econômicas, até porque essa é a única forma de se garantir a universalização do acesso à saúde. E é com base na política previamente estabelecida, inclusive com aprovação prévia de protocolos clínicos e de diretrizes terapêuticas de tratamento, que deve ocorrer o cumprimento dos deveres do SUS.

Boa parte dos doutrinadores pátrios, atenta a essa realidade, vem perfilhando o entendimento de que não deve o Judiciário, no exercício de seu mister jurisdicional, afastar-se dos contornos postos pelas políticas públicas de saúde adredemente eleitas e que traçam o arcabouço normativo do SUS, sob pena de contrariedade ao próprio comando constitucional. Nesse sentido as lições de Guilherme Bleux Nassif Azem[6], que tece as seguintes ponderações:

> "A Carta Magna indica expressamente, no seu art. 196, as condutas que devem ser observadas pelo Estado na concretização do seu dever garantidor da saúde. *Trata-se de políticas públicas vinculadas, na medida em que especificadas, ainda que de maneira aberta, no próprio texto constitucional.*
> O respeito ao ditame constitucional é um claro limite aos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, *não se admitindo interpretação que desconsidere a observância de políticas sociais e econômicas que visem ao acesso universal e igualitário*. Descabe proceder à leitura do referido art. 196 de modo a somente considerar a sua primeira parte – da qual se extrai que a saúde é direito de todos e dever o Estado – , sendo imprescindível a harmonização não só do seu conteúdo integral, mas também de todo o sistema. Como afirma EROS ROBERTO GRAU, 'não se interpreta o direito em tiras, aos pedaços'. Para JUAREZ FREITAS, 'mais do que a valorização deste ou daquele comando singularmente considerado, urge destacar a promoção da integralidade dos princípios, das regras e dos valores, na condição de solidários e entrelaçados'. Reconhecer a existência do direito à saúde não significa impô-lo, imediata e individualmente, ao Poder Público." (grifamos).

Observa-se, pois, que ao Judiciário caberá, irrefutavelmente, verificar se há, em conformidade com as políticas públicas de saúde, e com a realidade, obrigação de o Poder Público fornecer o tratamento terapêutico pretendido.

O primeiro aspecto a se observar, então, é que o atendimento de quaisquer das demandas dos cidadãos, consoante ressaltado acima, dá-se em consonância com as políticas de saúde, que envolve desde as ações de prevenção até as ações de recuperação.

Quanto ao fornecimento de medicamentos e de tratamentos, por exemplo, sabe-se que substâncias e métodos diferentes podem ser utilizados eficazmente no tratamento de uma mesma enfermidade. Ademais, a verificação da eficácia real dos medicamentos leva algum tempo. O SUS faz seu planejamento de aquisição e fornecimento de medicamentos e se propõe a, assim, garantir a saúde dos cidadãos que optam por utilizar o serviço público de saúde.

Não se quer com isso dizer que o profissional médico esteja unicamente adstrito às substâncias e tratamentos constantes dos protocolos e relações de medicamentos dos SUS. Mas é evidente, contudo, que, pretendendo o paciente se utilizar dos serviços públicos de saúde,

---

[6] AZEM, Guilherme Bleux Nassif. *Direito à Saúde e Comprovação da Hipossuficiência, in* Aspectos Polêmicos e Atuais dos Limites da Jurisdição e do Direito à Saúde, Porto Alegre, Notadez, 2007, p. 16.

especialmente a dispensação de medicamentos, recomenda-se que, em já constando no SUS substâncias ou métodos de tratamento aprovados aptos a garantir a saúde do indivíduo, devem estes ser aplicados com absoluta prioridade.

Caso contrário, de que valeria o dispêndio de recursos dos Poderes Públicos com planejamento? De mais a mais, ficaria o Poder Público impossibilitado de organizar seus gastos, já que estaria à mercê das campanhas e propagandas da indústria farmacêutica e médico-tecnológica e da escolha arbitrária de uma terapia, quando outros fármacos ou procedimentos podem oferecer os mesmos resultados com um custo mais baixo para a sociedade, que, ao final, é quem suporta os gastos da saúde pública.

No âmbito privado, pois, o paciente utiliza-se do medicamento que ele e seu médico entenderem melhor, afinal o custo ficará sob sua responsabilidade, não recaindo sobre a comunidade. Quando opta pelo SUS, porém, o doente deve ser tratado em conformidade com as políticas do sistema, inclusive no que diz respeito aos medicamentos. *Assim, em se tratando de fármacos e procedimentos não constantes nas normas expedidas pelo Poder Público, não se há que falar em direito ao seu fornecimento.*

Sim, porque se é certo que o Poder Público vê-se constitucionalmente obrigado a garantir a saúde do cidadão, não é menos certo que, precipuamente, cumprirá sua obrigação de acordo com o planejamento e as políticas públicas previamente definidas.

Enfim, direito à assistência médica o cidadão possui, todavia sempre com respeito às políticas de atendimento estabelecidas, sob pena de tornar a gerência do sistema um caos, e de os interesses individuais de cada paciente ou de cada médico inviabilizarem a satisfação coletiva do direito à saúde.

No que se refere especificamente aos interesses individuais, embora não se deva ser insensível ao anseio de proteção à própria vida daqueles que demandam no Judiciário, não pode o magistrado, em sua decisão, distanciar-se da realidade; deixar de pensar que os milhares de recursos destinados a uma pessoa podem estar sendo retirados de outras tantas, cujas vidas também estão em risco, a despeito de não estarem litigando judicialmente.

Extremamente pertinente, aqui, a lição do professor da UERJ, Flávio Galdino[7]:

> "A legitimação democrática das decisões não provém unicamente da conformidade e parâmetros pré-estabelecidos (da observância da legalidade, por exemplo), mas também dos seus efeitos práticos sobre as pessoas. E o direito, como instrumento democrático, deve estar preocupado não só em afirmar direitos ou valores, mas em promover o bem estar das pessoas concretas. Neste sentido, *reconhecer um direito concretamente a uma pessoa – especialmente em termos de custo e benefícios – pode significar negar esse mesmo direito (concretamente) e talvez vários outros a muitas pessoas que possivelmente sequer são identificadas em um dado litígio. E uma análise pragmática não pode descurar desses efeitos prospectivos e concretos. Não pode esquecer a realidade..."*

Tem-se, por conseguinte, que inexiste o direito subjetivo do Paciente aos tratamentos e medicamentos não constantes das listas de fármacos essenciais ou excepcionais ou dos protocolos clínicos e de diretrizes terapêuticas fixados pelas Portarias do Ministério da Saúde.

---

[7] GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos – direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2005, p. 345.

Por outro lado, ainda que se pudesse, excepcionalmente, conceber algum direito à percepção de remédios ou tratamentos não previstos pelo SUS, esse direito deveria ter por fato constitutivo, cujo ônus de provar é do autor, não só a constatação da doença, mas a demonstração inequívoca de que os tratamentos já disponíveis no SUS são totalmente ineficientes diante daquele caso específico.

Impende assinalar que as Relações de Medicamentos da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, é elaborada a partir do perfil epidemiológico da região e normalmente sofre revisão periódica e atualização permanente. Com ela, é possível adotar uma Política de Medicamentos racional, voltada para as características próprias da comunidade e seus agravos à saúde. Adquiridos em larga escala e com regularidade, torna-se muito mais ágil a sua disponibilização à população e dispensando a provocação do Judiciário. Muitos indivíduos, no entanto, por desconhecimento ou indução de médicos comprometidos com indústrias farmacêuticas, socorrem-se de órgãos jurisdicionais para pleitear medicamentos cujas substâncias, muitas vezes, já estão presentes em outros fármacos que integram essas Relações ou quando nelas podem ser encontrados substitutivos igualmente eficientes para o tratamento de sua doença.

Não se pode ainda deixar de relatar que, em diversos casos, os medicamentos postulados nas ações judiciais são experimentais e não contam com registro na ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária.

Nestas hipóteses, a situação é mais grave. Ora, mesmo no âmbito privado o uso de tais medicamentos sofre limitações que devem ser respeitadas, já que a ausência de registro do fármaco, decorrente do Poder de Polícia, impede a sua comercialização no Brasil, além do que o profissional médico também sofre limitações e assume riscos para a prescrição desses tratamentos. Não é apenas uma questão de política de saúde, no âmbito do SUS, diz respeito ao próprio exercício do Poder de Polícia que não autoriza a comercialização de determinados medicamentos e que impõe limites ao uso de tratamentos experimentais.

Devemos consignar que a ANVISA, durante o processo de concessão de registro de medicamentos, submete os estudos científicos introdutórios de tecnologias terapêuticas a controle voltado a aferição da segurança, eficácia e qualidade dos produtos. Por meio dele perpassa um criterioso mapeamento dos riscos potenciais do fármaco e avaliação do risco-benefício, aliado ao prognóstico da vida do produto através de sua utilização em larga escala. São exigidas avaliações farmacotécnicas, estudos de estabilidade e testes de controle de qualidade, além de certificados de boas práticas de fabrico, tudo para que se assegurem os benefícios do tratamento, aliados ao bem-estar do usuário, sem os quais não se viabiliza a utilização do medicamento no País. A ausência do registro do medicamento pela ANVISA significa, portanto, que não há certificação quanto à segurança e real efeito do produto no tratamento de determinada patologia. O risco para a saúde pública na comercialização destes medicamentos é grande e não pode o Poder Judiciário impor a sua assunção pelos gestores do SUS.

Provimentos jurisdicionais que determinam o fornecimento de tais medicamentos estão ainda a compelir a Administração à prática de conduta ilícita, porque em desacordo com as práticas fiscalizatórias da União, inerentes ao seu poder de polícia, o que não se concilia com a postura esperada dos Poderes Públicos.

Deve-se igualmente apontar para a necessidade de perscrutação acerca da hipossuficiência financeira dos autores de demandas judiciais em que se reivindicam tratamentos terapêuticos a cargo do SUS, com a demons-

tração de que o valor do medicamento reclamado é incompatível com a sua renda, com seu patrimônio e com a renda e patrimônio da família, afinal a obrigação com a saúde não é só do Estado.

Além do mais, para garantir a universalidade e igualdade nos serviços de saúde, é mister que o tratamento do demandante esteja sendo feito integralmente através do Sistema Único de Saúde e não apenas que se esteja utilizando os serviços do SUS como farmácia pública, em burla aos procedimentos normais para o pleito junto aos serviços públicos de saúde.

Os princípios da universalidade e da igualdade implicam não só o dever de o Estado garantir saúde para todos sem discriminação, mas também apontam para a faceta substancial do princípio da isonomia de que se deve dar tratamento desigual aos desiguais, além de informar o dever de o Estado criar mecanismos, procedimentos, ainda que infralegais, para garantir o acesso universal aos serviços de saúde. De outro modo, o Estado atenderia apenas aos que demandassem judicialmente.

Pela perspectiva substancial do princípio da igualdade, e diante da escassez de recursos, o Poder Público tem a obrigação de priorizar o atendimento dos grupos sociais mais carentes, daqueles cuja condição financeira e patrimonial não permite a proteção de sua saúde com recursos próprios, de modo a compensar a desigualdade de oportunidades.

Neste sentido, a lição de WEICHERT[8]:

> "A igualdade, portanto, pode ser entendida como um segundo passo após a universalidade. Enquanto por este princípio estipula-se a prestação dos serviços e a realização das ações de saúde a toda a população, pelo princípio da igualdade determina-se que, dentro desse universo, (a) não deve haver discriminações de qualquer natureza, e (b) devem ser priorizados os grupos, classes sociais e comunidades mais carentes de ações estatais nessa área."

O princípio da igualdade substancial também é invocado por Guilherme Beux Nassif Azem[9] para justificar a destinação das ações e serviços de saúde do SUS aos menos favorecidos financeiramente. Vejamos as preleções do Jurista:

> "A idéia de igualdade material acompanha os direitos sociais. Dessa forma, há que se objetivar o acesso do maior número de pessoas aos bens disponíveis. Para concretizar tal postulado no campo do direito à saúde, em especial no fornecimento de medicamentos, o Estado somente deve atuar positivamente em relação àqueles que não ostentem condição de fazê-lo por si sós.
> Não bastasse a própria interpretação sistemática do art. 196 da CF/88, a Lei nº 8.080/90, em seu art. 2º, dispõe que o dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade. A responsabilidade do Poder Público não é imediata, cabendo ao interessado esgotar as demais possibilidades antes de se voltar contra o Estado. MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, sobre o fundamento dos direitos sociais, salienta que 'na sociedade, existe a necessidade da cooperação e apoio mútuo. Nela, como o esforço de todos beneficia a cada um, todos devem auxiliar-se ou socorrer-se uns aos outros. Tal auxílio ou socorro é evidentemente tão mais imperativo quanto mais grave a necessidade por que passa o semelhante. (...)
> (...)
> A gratuidade indiscriminada afasta-se da acepção distributiva de bens, ínsita aos di-

[8] WEICHERT, Marlon Alberto. *In op. cit.,* p. 161.
[9] AZEM, Guilherme Beux Nassif. *In op. cit.,* p. 17.

reitos sociais. Antes de distribuir, aliás, acaba por concentrá-los ainda mais, desnaturando característica do direito à saúde, qual seja, o acesso igualitário e universal, compreendido em sua acepção material.
Ao fornecer medicamentos a quem poderia adquiri-los – ainda que com algum esforço – o Estado, diante da notória limitação de seus recursos, acaba por impedir a tutela da saúde dos realmente necessitados, os quais, na maioria das vezes, sequer têm conhecimento da possibilidade de postularem em juízo medidas necessárias para sua manutenção digna. Lembre-se que os direitos sociais também ostentam uma dimensão negativa', entendimento contrário ao ora sustentado acabaria impondo ao Estado um agir inconstitucional, vez que, ao despender recursos com quem não necessita, tolheria o direito dos demais."

Como referido acima, também não se pode admitir que o SUS seja usado apenas como farmácia pública. O atendimento integral, preventivo e curativo do serviço público de saúde diz respeito a um conjunto articulado e continuado, em conformidade com as políticas tecnológicas, os padrões científicos e os procedimentos previamente estabelecidos, de modo a garantir a universalidade e igualdade na prestação do serviço.

Por tais razões é que o direito ao recebimento de remédios somente é garantido a quem faz o tratamento integral por meio do SUS, que possui os profissionais habilitados a garantir a saúde em conformidade com as políticas públicas. Vale, aqui, o ensinamento de Lenir Santos[10], abaixo transcrito.

"Compreende-se como assistência terapêutica integral, de acordo com o disposto no art. 7º, II, da mesma Lei, 'o conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema'. Entende-se, desde logo, que a assistência integral pressupõe um conjunto articulado e contínuo de ações e serviços de saúde e não procedimentos isolados entre si.
Aqui há demarcação. O indivíduo tem direito aos serviços públicos de saúde, desde que o busque de forma integral e não fracionadamente. O tratamento, no SUS, pressupõe uma integralidade de atendimento para um paciente que inteiramente está no SUS. Ao contrario disso, teríamos um SUS complementar ao setor privado.
(...)
A conclusão obvia é que a assistência farmacêutica não é autônoma; está vinculada à assistência terapêutica dos pacientes em tratamento no SUS, integrando-a. O SUS não é uma farmácia independente."

Não é diferente o posicionamento de WEICHERT[11], conforme se verifica na citação abaixo.

"De destacar, por fim, que, embora a Constituição admita a prestação de serviços de assistência à saúde pela iniciativa privada, o cidadão não goza de ampla liberdade para, em um mesmo atendimento ou tratamento (quando internado), ser parcialmente atendido pelo sistema público e, na outra parcela, utilizar serviços privados. Essa prática conduz a graves distorções e à preterição da isonomia no atendimento, pois possibilita ao paciente contratar serviços privados no início do tratamento e, no correr do tempo, se valer de pontuais serviços públicos, burlando os mecanismos habituais de acesso e prejudicando o paciente que, desde o início, optou pelo atendimento estritamente público. Vale dizer, a cada tratamento o pa-

[10] SANTOS, Lenir. *In op. cit.*, p. 2 e 3.
[11] WEICHERT, Marlon Alberto. *In op. cit.*, p. 164.

ciente tem a faculdade de utilizar o sistema público, mas não pode 'mesclar' a assistência pelo SUS com a assistência privada, a seu bel prazer. Da mesma forma, o princípio da universalidade não autoriza os prestadores privados a se utilizarem gratuitamente de insumos ou serviços públicos (p. ex. hemocomponentes), pois essa prática implicaria em subsídio público à iniciativa privada, vedado pela Constituição (art. 199, § 2°). Em síntese, podemos afirmar que os recursos do SUS destinam-se, com absoluta prioridade, ao paciente do sistema público de saúde, e não podem, por meio de subterfúgios ou equivocada interpretação da universalidade, ser destinados ao atendimento privado (que constitui um sistema à parte)."

Conclui-se, portanto, que o direito ao recebimento de fármacos e tratamentos às custas do Poder Público somente existirá quando demonstrado, cumulativamente, que o tratamento integral vem sendo feito por meio do SUS; que há carência financeira do paciente a ponto de não poder custear o medicamento sem prejuízo de sua manutenção; e, por fim, que a terapia solicitada seja compatível com as políticas públicas de saúde ou, em situação excepcional, que seja a única apta a garantir a vida do indivíduo. Não estando preenchidos os pressupostos assinalados, interdito ao magistrado conceder a tutela judicial pretendida pelo acionante, sobretudo em juízo de cognição sumária.

## 4. A DEMONSTRAÇÃO DA NEGATIVA DA PRESTAÇÃO À SAÚDE PELOS PODERES PÚBLICOS COMO CONDIÇÃO DE ADMISSIBILIDADE DA AÇÃO. INTERESSE PROCESSUAL A SER EVIDENCIADO

É comum, nas ações judiciais em que se reclama por serviços públicos de saúde, que o demandante busque diretamente a tutela jurisdicional sem antes pugnar pela sua prestação perante a Administração Pública demandada.

Assim agindo, o indivíduo culmina por atropelar as regras de regulação ou de dispensação de medicamentos, o que resulta no descontrole do sistema, além de provocar o Judiciário desnecessariamente ou sob falso pretexto de negativa da prestação, quando esta sequer foi requerida pelas vias administrativas.

Realmente, o que se vê no dia a dia é que os usuários, certos de que as liminares simplesmente são concedidas, com prazos minúsculos para atendimento, optam pela via judicial. Com isto, conseguem superar e burlar filas e procedimentos, implicando num manifesto desvio de finalidade do direito de acesso à justiça.

Situações há, como na distribuição de fórmula alimentar, por exemplo, que o seu fornecimento está inserido em um programa específico proporcionado pelo Poder Público, que compreende o acompanhamento por profissional habilitado, por meio do qual são promovidas avaliações e orientações ao usuário de molde a que seja certificada a necessidade do produto e controlada a evolução do estado de saúde do indivíduo, até mesmo para a deliberação sobre a conclusão do tratamento.

No mesmo viés, a Central de Regulação e Avaliação de Estados e Municípios possui, não raro, procedimentos e fluxos a serem observados para a operacionalização da prestação dos serviços pelas unidades de saúde da rede própria e pelos prestadores de serviços credenciados. Através deles são fixados os prazos para atendimento às solicitações de serviços e também a criação de reserva técnica a ser utilizada pela Central de Regulação em casos de urgências e serviços de maior complexidade, para pos-

sibilitar a célere assistência à saúde sem o comprometimento das filas de espera.

O ingresso em juízo, nesta quadra, passa a ser apenas um meio de esquiva à subsunção aos protocolos próprios de tratamentos previstos nas políticas públicas do SUS, com séria ofensa aos princípios da isonomia e impessoalidade, transfigurando-se em manifesto abuso de direito.

É fato que os serviços de saúde pública são destinados a todos aqueles que deles necessitam e, para que o Poder Público possa assistilos, precisa estabelecer estrutura organizacional mínima, com regras definidas de operacionalização, a serem observadas pelos usuários do sistema. Somente assim se garante a satisfação de todos de acordo com as possibilidades de atendimento. E os demandantes, no mais das vezes, manejam o Judiciário não porque tiveram os seus requerimentos negados administrativamente, já que eles sequer tentaram essa via, mas sim porque enxergam esta como uma forma de desviar-se de procedimentos internos e de controles ínsitos à prestação dos serviços públicos.

Ora, esta não parece ser justificativa legítima para a instauração de demandas judiciais. Não há dúvidas, pois, que a inexigência de submissão administrativa do pedido ao SUS leva a uma subversão no uso do direito de ação.

Ademais, a ausência de submissão prévia do pedido à Administração impede que esta analise a real necessidade do tratamento, até mesmo para evitar a demanda judicial, bem como inviabiliza a oferta de prestações de saúde alternativas e eficientes, em consonância com as políticas do SUS.

Acrescente-se que o ajuizamento de ação na busca de tratamentos terapêuticos sem a oitiva prévia da Administração Pública resvala em despicienda precipitação do acionante, já que o pedido talvez pudesse ser atendido independentemente da contenda judicial, evitando-se, com isso, a movimentação desnecessária da máquina judiciária e todos os custos inerentes, que não se restringem aos cartórios e gabinetes de magistrados, mas espraiam-se por todas as instituições a serviço da Justiça, como Ministério Público, Defensorias e Procuradorias.

Depara-se, então, com a ausência de interesse processual da parte, na modalidade necessidade, já que não avistada, à mingua de prévio requerimento administrativo, uma pretensão resistida, a exigir a interferência do Judiciário.

Curial registrar que a moderna doutrina, valendo-se da teoria da ação, sustenta que o prévio requerimento administrativo, em determinadas situações, onde se reclama por prestações positivas estatais, deve ser entendido como requisito essencial à admissibilidade da demanda. Vejamos, a propósito, as palavras de Leonardo Netto Parentoni[12]:

> "A semelhança entre as três situações analisadas – requerimento de benefício previdenciário, de informações passíveis de impetração de *habeas data* e de registro da propriedade industrial – permite inferir que *nos casos em que a atribuição para analisar determinado requerimento do cidadão for constitucional ou legalmente atribuída a órgão ou entidade estatal, em caráter de exclusividade, o prévio requerimento administrativo é condição para a existência de interesse processual, pois sem a resistência da Administração Pública em satisfazer a pretensão do indivíduo não se configura a existência de lide*.

[12] PARENTONI, Leonardo Netto. Prévio requerimento administrativo e interesse de agir em juízo . Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 2044, 4 fev. 2009. Disponível em: http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12286.

> Nessas situações, é vedado o acesso imediato ao Poder Judiciário, sem prévia consulta à instância administrativa, por configurar ofensa ao princípio constitucional da Separação de Poderes.
> Este raciocínio se aplica independentemente da existência de norma legal expressa, pois decorre da divisão constitucional de competências. Excetuam-se apenas os casos em que se configura o que a doutrina rotulou de lide presumida, pois, neles, a existência de norma interna do órgão administrativo fatalmente impedirá a concessão da providência requerida, justificando o acesso imediato ao Poder Judiciário." (grifos do autor)

É de bom alvitre consignar que não se está aqui a defender a utilização de subterfúgios para a negativa de acesso à Justiça. O que se pretende é a compreensão de que a manipulação do aparato judicial seja medida de última *ratio* e só se legitime quando, de fato, se estabeleça uma lide a tensionar os interesses entre os envolvidos, cujo desate dependa das forças cogentes da jurisdição, pois é esse o fim precípuo do Poder Judiciário. Não se cogita de ofensa ao princípio da ubiquidade da Justiça quando inexistente conflito real a clamar por solução.

E essa é a situação que corriqueiramente se verifica em muitas das milhares de demandas judiciais por serviços de saúde: o Estado é surpreendido com pedidos que, tivessem lhe sido diretamente dirigidos, já contariam com espontânea satisfação, observados os critérios e procedimentos próprios do sistema.

Deve-se atentar que o SUS tem por finalidade a assistência à saúde da população e recursos são destinados constitucionalmente para tal desiderato. Sendo este o seu mister, não se afigura razoável pressupor que toda prestação reivindicada em juízo pelo usuário, sem precedente requerimento aos órgãos do SUS, será denegada administrativamente. Nesse passo, tolher dos Poderes Públicos a possibilidade de atender diretamente o cidadão antes de qualquer intervenção judicial é que seria uma desfunção do nosso sistema jurídico, daí porque se porfia, em nome de uma interpretação racional e teleológica do ordenamento pátrio, pela exigência de prévio requerimento administrativo como requisito de procedibilidade das ações relacionadas às questões de saúde pública.

## 5. A OBSERVÂNCIA DAS POSSIBILIDADES ORÇAMENTÁRIAS PARA CUMPRIMENTO DO PROVIMENTO JURISDICIONAL DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE SAÚDE

Outro ponto que merece destaque diz com a avaliação em torno das dificuldades orçamentárias que, em muitas ocasiões, as decisões judiciais impondo prestações positivas do SUS provocam no Ente Federado demandado.

De fato, a equivocada e nociva responsabilização solidária das Unidades da Federação no oferecimento dos serviços de saúde, aliada ao pouco cuidado com que se examinam pleitos liminares os mais variados de assistência à saúde, sem o respeito às diretrizes e protocolos terapêuticos do SUS e às políticas públicas então implementadas no segmento levam frequentemente à exigência prestacional dissociada das possibilidades orçamentárias dos entes públicos.

O SUS, como cediço, tem como fonte de custeio os recursos da Seguridade Social, arrecadados pela União, além das verbas estaduais e municipais estabelecidas na forma do art. 198, § 2º c/c art. 77, do ADCT. E as transferências de recursos federais para a prestação de serviços de atenção à saúde pública para Estados e Municípios dão-se de acordo com a parcela de responsabilidade assumida nos seus diversos estágios de gestão. Neste passo, força é convir que a cada Ente da Federação é repassado mon-

tante equivalente à sua capacidade de gestão no âmbito do SUS, correspondendo às ações e serviços para os quais está habilitado a prestar.

Destarte, demandas judiciais que venham a impingir Estados e, sobretudo, Municípios ao fornecimento de medicamentos ou tratamentos terapêuticos outros que não os que se situam na suas respectivas órbitas de competência culminam por impor a realização de despesas públicas sem a correspondente disponibilidade orçamentária, resvalando, pois, em ofensa a princípios orçamentários também consagrados constitucionalmente, como o princípio da legalidade orçamentária (art. 167, CF).

Qualquer despesa do Poder Público somente pode ser efetuada se houver previsão na Lei Orçamentária, inclusive sob pena de crime de responsabilidade. Também as mudanças na destinação dos recursos só podem ocorrer mediante autorização do Legislativo. Observe-se o que diz a Constituição:

> "Art. 167. São vedados:
> (...)
> II - a realização de despesas ou a assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais;
> (...)
> V - a abertura de crédito suplementar ou especial sem prévia autorização legislativa e sem indicação dos recursos correspondentes;
> VI - a transposição, o remanejamento ou a transferência de recursos de uma categoria de programação para outra ou de um órgão para outro, sem prévia autorização legislativa"

Vê-se, assim, que, em determinadas situações, o dispêndio de recursos para atendimento à decisão judicial de prestação de um dado serviço de saúde significará a retirada de recursos previamente destinados para outros provimentos necessários à comunidade local ou regional, inclusive o atendimento dos demais setores da saúde, como o de prevenção de doenças e outros agravos à saúde, a exemplo da vigilância sanitária e epidemiológica, que também configuram prestações positivas estatais de essencial relevância para a população.

Não há dúvidas de que a Carta Magna tem como fundamentais os direitos à vida e à saúde. Diante de uma breve análise do texto constitucional observa-se que o Estado é responsável por garantir a saúde de seus cidadãos, a vida e a dignidade, porém essa responsabilidade não é dotada de caráter absoluto, no sentido de que não são estas as únicas obrigações da Administração Pública para com os administrados, e de que a crescente demanda pela efetiva realização destes mandamentos constitucionais positivos se contrapõe à falta de recursos econômicos para cumpri-los.

Não obstante o direito constitucionalmente garantido do cidadão, os direitos assegurados pela mesma Constituição aos outros administrados devem ser igualmente observados. O açodamento em querer implementar, sem a observância de qualquer tipo de limite, uma dada prestação social poderia gerar o efeito contraproducente de inviabilizar o atendimento de outras necessidades coletivas para as quais já havia um prévio planejamento.

Faz-se neste momento, alusão ao princípio da reserva do possível, que visa exatamente equilibrar este paradoxo existente entre a obrigação do Estado de garantir individualmente os direitos primordiais dos cidadãos, e a sua capacidade orçamentária de arcar com os custos provenientes do adimplemento desta obrigação. Não basta que a Lei Maior defira alguma prerrogativa aos membros da sociedade, faz-se necessário também, que existam recursos materiais capazes de viabilizar a satisfação destes direitos, pois como enuncia o antigo brocardo

legal: *ad impossibilita nemo tenetur* (ninguém está obrigado a coisas impossíveis).

Não pode o magistrado, diante de uma demanda em que se reclama individualmente pela prestação de um direito à saúde, prescindir do exercício de um juízo de ponderação de interesses juridicamente tutelados, ou da utilização da técnica de harmonização de princípios constitucionais para a análise, *in concreto*, da melhor condução do feito. Conceder sempre e invariavelmente toda medida liminar reivindicada de fornecimento de tratamentos terapêuticos sem a necessária mensuração sobre os custos em contraposição às disponibilidades orçamentárias do acionado pode tornar-se tão ou mais lesivo do que a ausência da prestação à saúde.

Não é sem razão que Rogério Gesta Leal[13], sensível a essas duas dimensões do direito, conclama que se examine a questão também à luz do princípio da reserva do possível, que não pode ser afastado mesmo em tema de saúde pública. Assim se posiciona o Douto:

> "Essas ações, sem exceção, precisam sempre estar amoldadas aos permissivos jurídicos atinentes, por exemplo, à execução de receitas e despesas públicas, sob pena de violação formal e material dos princípios e regras informativos da Administração Pública. Tal é o intento da Constituição Federal de 1998 ao vedar o início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual (art. 167, inc. I), a realização de despesas que excedam os créditos orçamentários (art. 167, inc. II), bem como a transposição, o remanejamento ou a transferência de recursos de uma categoria de programação para outra, ou de um órgão para outro, sem prévia autorização legislativa (art. 167, inc. VI).
> Tais indicadores normativos parametrizantes das ações públicas, portanto, aplicam-se também às políticas de saúde e as possibilidades de suas execuções.
> Em face de todo esse cenário, cumpre perquirir quais as responsabilidades das entidades federativas e dos poderes instituídos diante dessas demandas, até para problematizar um dos argumentos reiterados para impor limitadores a esse direito que é a anteriormente mencionada reserva do possível.
> (...)
> Alia-se a isso a responsabilidade da Sociedade Civil nesse âmbito, destacada anteriormente, devendo responder por sua quota de participação na gestão da saúde, por exemplo, desonerando o Estado dessa atividade de acordo com suas possibilidades.
> Por isso é que cada demanda de saúde submetida ao estado é merecedora de uma apreciação e ponderação em face de, no mínimo, duas variáveis necessárias: (a) a variável qualitativa-normativa-constitucional (e infraconstitucional), enquanto direito fundamental assegurado à sociedade brasileira e compartida dentre todos os atores envolvidos; (b) a variável quantidativa-orçamentária, em face das possibilidades materiais limitadas do atendimento de demandas cada vez mais ilimitadas."

O princípio da razoabilidade também é de ser invocado nestas hipóteses. É ele que vai trazer o equilíbrio devido à decisão judicial diante de tão difícil ponderação entre princípios a ser efetivada. A razoabilidade é que nos permite antever se um provimento jurisdicional favorável ao demandante, justificado pela obrigação de o Estado lhe garantir a saúde, significaria o desvio de recursos destinados a garantir igualmente a saúde e muitos outros direitos de toda a coletividade.

---

[13] LEAL, Rogério Gesta. *A efetivação do Direito à Saúde por uma Jurisdição-Serafim: Limites e Possibilidades, in* Direitos Sociais & Políticas Públicas Desafios Contemporâneos, tomo 6, Santa Cruz do Sul, EDUNISC, 2006, p. 1530/1533.

É oportuno lembrar as dificuldades pelas quais passa a saúde em muitos Estados e Municípios. Não é razoável e proporcional, então, que se obrigue o ente público a dispor de recursos em favor de um único indivíduo, em detrimento de toda a população que necessita de atendimentos elementares.

Sobre essa questão, são valiosas as considerações de Raquel Melo Urbano de Carvalho[14], que destaca a necessidade de ponderação do Judiciário sobre o alcance das decisões que imponham ao Estado o custeio de tratamentos não raro de valores elevados e à margem das políticas públicas de saúde então adotadas, gerando um acúmulo de despesas não programadas que, por certo, levam ao desfalque de recursos destinados a outros segmentos públicos, igualmente indispensáveis à cura do interesse da população. Eis as lições da Autora:

> "Outrossim, é faticamente impossível que o Estado supra todas as necessidades de saúde de todos os cidadãos: há uma demanda enorme nessa área (que não se refere apenas a medicamentos; são requeridos exames, tratamentos, cirurgias etc.) ladeada por inúmeras e infindáveis outras demandas (educação, moradia, saneamento básico, segurança, transporte, lazer etc.), todas a cargo do Estado. É inegável que o Estado tem recursos limitados que devem ser distribuídos entre as várias necessidades da população, segundo critérios de prioridade e razoabilidade. Também na área de saúde, são necessários a racionalização, a padronização e o estabelecimento de tais critérios. O Dr. Alberto Hideki Kanamura, médico, consultor em administração de serviços de saúde, adverte: 'Num país onde ainda se morre de desnutrição, por falta de água tratada ou por pura ignorância de preceitos sanitários primários, é difícil não questionar decisões que priorizam gastos em saúde para tratar o raro, quando o mesmo recurso poderia beneficiar milhares que vivem a doença como regra. Doenças que no mundo desenvolvido já não existem e que em tese são muito simples de tratar. (...) Gastar com tratamentos em grande escala é uma decisão que não pode ser tomada sem se avaliar a relação custo/benefício e uma adequada análise da relação custo/efetividade.'
> A teoria da reserva do possível, que exige a razoabilidade da pretensão aviada perante a Administração e a disponibilidade orçamentária para execução do comportamento estatal, quando aplicada à nossa realidade, evidencia ser improvável outorgar tudo (integralidade) a todos (universalidade), em matéria de saúde pública. Como adverte Lenir Santos 'A saúde pública poderá sofrer grande revés em virtude do crescimento das ordens judiciais, que estão gerando um elevado custo no seu orçamento, se não demarcar urgentemente a extensão da integralidade da atenção à saúde.' Segundo a autora, é necessário atentar para o fato de que a indústria farmacêutica nem sempre tem olhos humanitários; seu fim último não é a cura, mas o lucro dos acionistas. A isto cumpre acrescentar os riscos de serem autorizados tratamentos os quais não foram validados pela comunidade científica ou a dispensação de medicamentos alternativos e/ou ainda em estágio experimental.
> (...)
> O Judiciário não deve viabilizar que seja criada uma confusa teia gerencial, apta a comprometer o próprio equilíbrio social. É incompatível com o status constitucional da função a ele atribuída o lugar de simples plateia, refém de um subliminar embate

[14] CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. *A Saúde Pública e o Judiciário: Por um Equilíbrio Indispensável*. *In* Direito do Estado: Questões Atuais, Salvador, Ed. Podivm, 2009, p. 45.

político e privado. Não podem as instituições públicas ser transformadas em vítimas da não rara manipulação voltada exclusivamente para interesses de mercado, em nada equivalentes aos interesses públicos primários. Ademais, não se permite, diante de uma questão capaz de repercutir diretamente na vida de tantas pessoas, decidir apenas com base na paixão, no altruísmo e no anseio de atender àquela pretensão específica posta para julgamento."

Por fim, insta referir-se à vedação de ingerência de um Poder nas competências de outro – não cabendo, pois, ao Judiciário legislar ou modificar as políticas públicas previamente estabelecidas pelo Governo –, bem como às consequências de realizar despesas diante da ausência de previsão orçamentária e mais do que isso, da inexistência de recursos financeiros. Como se sabe, é lição elementar de direito que a Administração Pública só pode ordenar ou efetuar as despesas previstas no seu orçamento. Ordenar ou efetuar despesas não autorizadas por lei, ou realizá-las em desacordo com as normas financeiras pertinentes, constitui crime previsto no artigo 1º do Decreto-Lei nº 201/67, e no artigo 359-D do Código Penal, além de induzir à violação da Lei de Responsabilidade Fiscal.

## 6. CONCLUSÕES

Como desfecho dos apontamentos aqui registrados, pode-se chegar às seguintes conclusões:

a) O entendimento, propalado por considerável parte da jurisprudência nacional, acerca da solidariedade entre os entes da federação na prestação dos serviços de saúde não encontra justificativa fático-jurídica, jamais podendo ser, ademais, extraída da regra do art. 23, II, da Constituição da República. Trata-se apenas de uma interpretação distorcida do ditame constitucional, que ganhou força por repetição, mas que não resiste a uma análise mais profunda sobre o tema, máxime diante dos princípios da hierarquização, regionalização e descentralização dos serviços de saúde hauridos do próprio texto constitucional (art. 198, CF). A Lei Orgânica de Saúde traça as competências de cada unidade que integra o SUS e as normas infralegais trazem o detalhamento das atribuições, por razões técnicas e operacionais, tornando o SUS uma rede coordenada e organizada de ações e serviços, comprometida com a eficiência e a otimização de recursos públicos, como dele se espera.

b) O deslinde das ações judiciais em que se objetiva a prestação de serviços de saúde por parte do Estado deve perpassar, necessariamente, por um juízo de conformidade entre o bem pretendido e as ofertas que subjazem das políticas públicas já adotadas pelo SUS. Apenas em casos excepcionais, quando efetivamente demonstrado, por prova cabal e inequívoca a cargo da parte autora, que o tratamento terapêutico reivindicado é o único com potencial curativo para a enfermidade do usuário, descartadas todas as alternativas dispostas nos protocolos clínicos e de diretrizes terapêuticas do SUS, é que poderia o Judiciário conceder a tutela jurisdicional. Soma-se ainda a este requisito a necessidade de prova da hipossuficiência financeira da parte frente ao tratamento encarecido, assim como da submissão integral ao tratamento pelo SUS, de forma a que não seja este utilizado apenas como meio de disponibilização gratuita de medicamentos.

c) O prévio requerimento administrativo por exames e tratamentos terapêuticos há de ser apontado como condição para a admissibilidade das ações judiciais na área de saúde pública, com o reconhecimento da ausência de interesse de agir do autor ante a sua não comprovação *ab initio*. Deve ser permitido ao Estado atender aos usuários antes de qualquer provocação

do judiciário, obstaculizando, assim, que o processo judicial seja manejado para fins diversos dos licitamente alvitrados e que se sobrecarreguem as instituições da Justiça com demandas desnecessárias.

d) As técnicas de ponderação de valores e harmonização de preceitos constitucionais devem estar sempre à disposição do julgador quando da apreciação de lides envolvendo a individualização da saúde pública. Cabe a este, diante do caso concreto, sopesando os princípios da dignidade da pessoa humana e da reserva do possível, avaliar se o bem da vida perseguido pelo autor apresenta-se de fato como integrante do núcleo mínimo existencial, sobretudo diante da infinitude das necessidades da população em contraposição à finitude de recursos públicos para lhe fazer face. Não pode o magistrado, outrossim, fechar os olhos para a realidade e desprezar as dificuldades orçamentárias do ente demandado, notadamente se se pretende tratamentos não incluídos nas políticas públicas do SUS e que não se inserem no plexo de atribuições que lhe compete dentro do sistema.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

AITH, Fernando. *Curso de Direito Sanitário – A Proteção do Direito à Saúde no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

AZEM, Guilherme Bleux Nassif. *Direito à Saúde e Comprovação da Hipossuficiência*. *In* Aspectos Polêmicos e Atuais dos Limites da Jurisdição e do Direito à Saúde, Porto Alegre, Notadez, 2007.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas*. *In* Leituras Complementares de Direito Constitucional: Direitos Fundamentais, org. Marcelo Novelino Camargo, Salvador: Jus Podivm, 2ª ed., 2007.

BARROSO, Luís Roberto. *A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. *A Saúde Pública e o Judiciário: Por um Equilíbrio Indispensável*. *In* Direito do Estado: Questões Atuais, Salvador, Ed. Podivm, 2009.

GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos – Direitos não Nascem em Árvores*. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2005.

LEAL, Rogério Gesta. *A efetivação do Direito à Saúde por uma Jurisdição-Serafim: Limites e Possibilidades*. *In* Direitos Sociais & Políticas Públicas Desafios Contemporâneos, tomo 6, Santa Cruz do Sul, EDUNISC, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Eficácia das Normas Constitucionais e Direitos Sociais*. São Paulo: Malheiros, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

PARENTONI, Leonardo Netto. *Prévio Requerimento Administrativo e Interesse de Agir em Juízo*. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 2044, 4 fev. 2009. Disponível em: http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12286.

SANTOS, Lenir. *O SUS não é uma farmácia pública*. *In:* www.idisa.org.br.

WICHERT, Marlon Alberto. *Saúde e Federação na Constituição Brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004.

# O concurso público na jurisprudência do STF e STJ: aspectos atuais mais relevantes

Marcelo Luís Abreu e Silva
Procurador do Município do Salvador
Especialista em Direito do Estado (UFBA)

## 1 INTRODUÇÃO

De acordo com a Constituição Federal, art. 37, II, a investidura em cargo ou emprego público condiciona-se à aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos. Ressalvados os cargos em comissão e funções de confiança, cuja nomeação e exoneração ocorrem livremente, o concurso público é obrigatório para a Administração, constituindo uma das regras marcantes do regime jurídico administrativo.

Variando conforme a natureza do cargo ou emprego, os concursos públicos desdobram-se em diversas fases, algumas de caráter eliminatório e outras de cunho meramente classificatório, até a publicação da lista final de candidatos habilitados e homologação do certame pela autoridade superior. Encerrado o processo seletivo, dá-se a nomeação e posse dos candidatos, o que se denomina investidura.

Hodiernamente, observa-se um crescimento de impugnações feitas por candidatos não resignados com avaliações de conhecimentos (gerais e específicos), testes de aptidão física, exames psicológicos e investigações sociais. Os conflitos na seara dos concursos públicos banalizam-se cada vez mais, acarretando verdadeiro processo de judicialização dos certames.

Nessa diversidade de conflitos, os candidatos geralmente postulam a anulação de atos desclassificatórios e reinserção no torneio, ora repetindo ora desprezando a etapa em que foram eliminados, sem prejuízo da investidura no cargo ou emprego pretendido. Esses pleitos costumam vir por meio de mandado de segurança, quando, em alguns casos, o *writ* não é procedimentalmente adequado à causa de pedir e ao pedido apresentados.

Ainda no que concerne a aspectos processuais, existe grande polêmica sobre a denomi-

nada nomeação *sub judice*, ocorrida quando os candidatos são investidos no cargo por decisões liminares, com fito de evitar perecimento do direito à investidura na pendência da ação. Em contrapartida, discute-se se a reserva de vaga não seria a medida mais consentânea para acautelar interesses conflitantes.

De resto, quando os candidatos são finalmente habilitados no concurso, emerge a polêmica sobre o direito de serem nomeados e empossados ou se tal investidura encontra-se condicionada a critérios de conveniência e oportunidade, mesmo que a aprovação do interessado haja ocorrido dentro do número de vagas apresentadas no Edital da disputa.

Nesses casos polêmicos, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, cada qual no seu âmbito de competência, já firmam entendimentos específicos, sentenciando, a depender da situação, em prol dos candidatos ou em favor do Poder Público. Refletir sobre a solução dada por essas Cortes constitui uma forma de prevenir demandas e criar um critério uniforme de decisões.

## 2 O PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO EDITAL E MODIFICAÇÕES DAS REGRAS INICIALMENTE FIXADAS

Consagra-se pelo princípio em questão ser vedado à Administração Pública afastar-se das regras definidas no edital do concurso, adotando comportamentos diferentes daqueles inicialmente contemplados. De igual modo, os candidatos não poderão se arvorar em qualquer direito não discriminado no referido instrumento. Daí o brocardo jurídico: o edital é a lei concurso.

A inscrição no concurso público, decerto, implica anuência do candidato às regras previstas no edital; donde qualquer lesão a direito individual surgirá apenas se descumpridas tais normas ou se praticadas condutas para as quais não haja previsão editalícia.

> *(...) CONCURSO PÚBLICO. RECURSO ADMINISTRATIVO CONTRA O GABARITO DEFINITIVO DA PROVA OBJETIVA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO NO EDITAL. LEGALIDADE DO ATO QUE NÃO CONHECEU DO RECURSO. RECURSO IMPROVIDO. 1. O edital é a lei do concurso, de modo que a inscrição no certame implica concordância com as regras nele contidas, que não podem ser dispensadas pelas partes. Precedente do STJ. (STJ, Quinta Turma, RMS 23491/MS, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ 29.06.2007)*

Nem a liberdade de crença é capaz de eximir o candidato de seguir as disposições do edital:

> *RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. POLICIAL MILITAR. ADVENTISTA DO SÉTIMO DIA. TESTE DE CAPACIDADE FÍSICA. REALIZAÇÃO EM DIA DIVERSO DO PROGRAMADO. LIMINAR DEFERIDA. SITUAÇÃO DE FATO CONSOLIDADA. IMPOSSIBILIDADE. ISONOMIA E VINCULAÇÃO AO EDITAL. RECURSO DESPROVIDO. I - A liminar foi deferida quando a recorrente, por ter deixado de realizar o teste de aptidão física na data prevista em edital de convocação, já estava eliminada do certame. Ao ser cassada pelo e. Tribunal a quo, quando do julgamento final do mandamus, a recorrente voltou à situação anterior de candidato eliminado do concurso, razão por que não poderia prosseguir no certame. II - O direito à liberdade de crença, assegurado pela Constituição da República, não pode almejar criar situações que importem tratamento diferenciado - seja de favoritismo seja de perseguição - em relação a outros candidatos de concurso público que não professam a mesma crença religiosa. Precedente. Recurso ordinário desprovido (RMS 22825/*

*RO, STJ, Quinta Turma, Rel. Min. Félix Fischer, DJ de 13-08-2007)*

A rigor, o princípio da vinculação ao edital constitui uma vertente do princípio da legalidade. Na condição de ato normativo secundário expedido pela Administração Pública, o Edital do concurso também deve prestar obediência à lei. Com efeito, ao acatar as normas editalícias, Poder Público e candidatos estão, em última análise, respeitando os mandados do legislador, emergindo daí a vinculação às normas constantes no instrumento disciplinador do certame.[1]

Justamente por isto, a observância do princípio em apreço, segundo o Supremo Tribunal Federal, não pode ser absoluta a ponto de impedir a Administração de modificar o Edital para adequá-lo à lei que lhe é supervenientemente incompatível. Mencionada adaptação é cabível mesmo quando já iniciado o processo seletivo, pois, segundo aquela Corte, antes do provimento do cargo, o candidato tem mera expectativa de direito à nomeação. Nesse sentido, confira os seguintes julgados:

*ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. CONCURSO. ALTERAÇÃO DO EDITAL. 1. Enquanto não concluído e homologado o concurso público, pode a Administração alterar as condições do certame constantes do respectivo edital, para adaptá-las à nova legislação aplicável à espécie. Antes do provimento do cargo, o candidato tem mera expectativa de direito à nomeação.* Precedentes. 2. Recurso provido. (STF, RE 318106/RN, Segunda Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 18-10-2005, DJ 18-11-2005).

O STJ também admite a modificação do edital diante de legislação que lhe seja posterior e incompatível:

*CONSTITUCIONAL – ADMINISTRATIVO – CARTÓRIO – CONCURSO DE REMOÇÃO – MANDADO DE SEGURANÇA – LEGITIMIDADE DO PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO – EDITAL DE CONCURSO – LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE – MODIFICAÇÃO – POSSIBILIDADE. (...) uma das formas de respeito ao princípio da legalidade é a adequação do edital à legislação superveniente à abertura do concurso. 3. "O edital é a lei do concurso, sendo vedado à Administração Pública alterá-lo, salvo para, em razão do princípio da legalidade, ajustá-lo à nova legislação, enquanto não concluído e homologado o certame." (RMS 13578/MT, Rel. Min. Vicente Leal, DJ 12.8.2003) Recurso ordinário provido. (RMS 17541/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, j. 15-04-2008, DJ 25-04-2008)*

*EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CONCURSO PÚBLICO. DIREITO ADQUIRIDO INEXISTENTE. ALEGADA CONTRADIÇÃO NO QUE TOCA AO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO EDITAL E À IMPOSSIBILIDADE DE INVESTIDURA NO CARGO. Acórdão que, sendo expresso em reconhecer a validade de mudança dos requisitos para o provimento de cargo, ante o advento de lei nova, independentemente de encerramento ou não do certame, não apresenta a balda apontada. Embargos rejeitados. (STF, RE-ED 290346/MG, Primeira Turma, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 05-03-2002, DJ 26-04-2002)*

Não é só. A alteração nas normas editalícias também é aceita para correção de erros, sob o fundamento de que a Administração, a qualquer tempo, pode corrigir seus atos, contanto que o faça oportunamente, garantindo inclusive a publicidade do novo ato retificador. Neste caso, basta que a correção seja veiculada no

[1] MOTTA, Fabrício (coord.). **Concurso Público e Constituição**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007, 143, p.

Diário Oficial, sem necessidade de publicação por outros meios. Vejamos.

> *CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. PROVA FÍSICA. ALTERAÇÃO NO EDITAL. PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PUBLICIDADE. 1. Alterações no edital do concurso para agente penitenciário, na parte que disciplinou o exercício abdominal, para sanar erro material, mediante uma "errata" publicada dias antes da realização da prova física no Diário Oficial do Estado. 2. Desnecessária a sua veiculação em jornais de grande circulação. A divulgação no Diário Oficial é suficiente per se para dar publicidade a um ato administrativo. 3. A Administração pode, a qualquer tempo, corrigir seus atos e, no presente caso, garantiu aos candidatos prazo razoável para o conhecimento prévio do exercício a ser realizado. 4. Recurso extraordinário conhecido e provido. (STF, RE 390939/MA, Segunda Turma, Min. Ellen Gracie, j. 16-08-2005, DJ 09-09-2005)*

No âmbito do STJ, reconhece-se o direito de a Administração modificar unilateralmente o edital. Todavia, a alteração é válida se não ensejar abusos, motivo pelo qual o novo ato deve sempre respeitar os princípios administrativos. A finalidade do Poder Público constitui um dos aspectos observados pela Corte nas modificações introduzidas em editais, conforme se pode observar no julgado a seguir:

> *AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. SOLDADO DA POLÍCIA MILITAR DO MATO GROSSO DO SUL. AVALIAÇÃO DE APTIDÃO FÍSICA. ALTERAÇÃO DOS CRITÉRIOS UTILIZADOS NO EXAME. PUBLICAÇÃO DE NOVO EDITAL MAIS DE TRÊS MESES ANTES DA REALIZAÇÃO DA PROVA. PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS DEVIDAMENTE RESPEITADOS. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. RECURSO DESPROVIDO. 1. A jurisprudência sedimentou a orientação de que a Administração Pública possui a faculdade de modificar o edital do concurso, unilateralmente, desde que em observância aos princípios básicos administrativos. (...). 3. No caso, a alteração no edital se deu a fim de simplificar o número de exames aplicados no teste físico, uma vez que foram eliminadas as provas de natação e subida de corda e, em contrapartida, ampliou-se o teste de corrida, e se inseriu o exercício de flexão em barra. (...). 5. Agravo Regimental desprovido, em consonância com o parecer ministerial. (STJ, AgRg no RMS 24300/MS, Quinta Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 07-08-2008*

O princípio da vinculação ao edital encontra sua base não só no princípio da legalidade, como também na moralidade, boa-fé e segurança jurídica, exsurgindo, como se pôde verificar, algumas regras práticas, brevemente explicadas pelo professor mineiro Fabrício Mota:

> *a) O edital, ato administrativo normativo, não pode trazer exigências que exorbitem das estabelecidas em lei, à qual está subordinado (art. 37, inc. I da Constituição Federal);*
> *b) em atenção ao princípio da confiança, qualquer alteração do edital, após sua divulgação, deve ser seguida de comunicação aos candidatos e nova publicação, inclusive sendo reabertos prazos, se necessários;*
> *c) iniciado o certame, não se admitem mudanças nos critérios inicialmente estabelecidos para apuração de médias (atribuições de pesos a determinadas materiais ou etapas), correção de provas, cálculo de vagas e pontuação de títulos, dentro outros, sob pena de nulidade do certame; e*
> *d) não pode a Administração buscar qualquer expediente astucioso de interpretação*

*para evadir-se da aplicação das regras editalícias.*[2]

Neste tema, há decisão do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual, mesmo havendo regra expressa sobre a publicação oficial dos resultados, o candidato terá o direito de ser convocado pessoalmente, caso a Administração, durante tempo razoável, mantiver-se omissiva.

*RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. MONITOR SOCIAL DO QUADRO DE PESSOAL DA FUNDAÇÃO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. CONVOCAÇÃO DOS CANDIDATOS HABILITADOS TRÊS ANOS APÓS O RESULTADO. PUBLICAÇÃO EXCLUSIVAMENTE NO DIÁRIO OFICIAL DO ESTADO. NÃO OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA PUBLICIDADE E DA RAZOABILIDADE. RECURSO PROVIDO. 1. De acordo com o princípio da publicidade, expressamente previsto no texto constitucional (art. 37, caput, da CF), os atos da Administração devem ser providos da mais ampla divulgação possível a todos os administrados e, ainda com maior razão, aos sujeitos individualmente afetados. 2. Com o desenvolvimento social cada vez mais marcado pela crescente quantidade de informações oferecidas e cobradas habitualmente, seria de todo irrazoável exigir que um candidato, uma vez aprovado em concurso público, adquirisse o hábito de ler o Diário Oficial do Estado diariamente, por mais de 3 anos, na expectativa de se deparar com a sua convocação; a convocação pela via do DOE, quando prevista no Edital, seria aceitável se operada logo na sequência da conclusão do certame, mas não um triênio depois. 3. Recurso provido, para abrir novo prazo para a ora recorrente apresentar seus documentos e realizar os exames médicos, a fim de ser nomeada ao cargo para o qual foi devidamente aprovada, cumpridas as exigências complementares. (RMS 27495/AP, STJ, Quinta Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho)*

Vê-se, portanto, que o princípio da vinculação ao edital exige, sobretudo, uma análise teleológica dos seus fundamentos. De um lado, não pode impedir que a Administração corrija seus atos no exercício da autotutela. Por outro, não tem aplicação absoluta a ponto de frustrar a segurança jurídica e boa-fé dos candidatos, exemplo do caso acima referenciado.

## 3 A PREVALÊNCIA DA DISCRICIONARIEDADE TÉCNICA NA AVALIAÇÃO DE CONHECIMENTOS

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, embasada no princípio constitucional da separação de poderes, faz restrições ao controle judicial dos atos praticados pelas bancas examinadoras. Entende-se que a Administração tem discricionariedade para avaliar tecnicamente os candidatos nas provas de conhecimento, sendo vedado ao Poder Judiciário imiscuir-se nos critérios de formulação e correção dessas avaliações, bem como de atribuições de notas a candidatos.

Exceção ocorre quando verificada inconstitucionalidade, flagrante ilegalidade ou violação às normas do Edital, caso em que haverá espaço ao reconhecimento de nulidade pelo Judiciário. Nesse sentido,

*ADMINISTRATIVO – RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO PÚBLICO – CONTROLE JURISDICIONAL – ANULAÇÃO DE QUESTÃO OBJETIVA – POSSIBILIDADE – LIMITE – VÍCIO EVIDENTE – PRE-*

[2] MOTTA, Fabrício (coord.). **Concurso Público e Constituição**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007, p. 147.

*CEDENTES – PREVISÃO DA MATÉRIA NO EDITAL DO CERTAME. 1. É possível a anulação judicial de questão objetiva de concurso público, em caráter excepcional, quando o vício que a macula se manifesta de forma evidente e insofismável, ou seja, quando se apresente primo ictu oculi. Precedentes. 2. Existência de litisconsórcio passivo necessário dos candidatos classificados em ordem antecedente à do recorrente, pela possibilidade de alteração na ordem de classificação. 3. Recurso ordinário provido (RMS 24080/MG, STJ, Segunda Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 29-06-2007)*

*ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONCURSO PÚBLICO. CONTROLE JURISDICIONAL. ANULAÇÃO DE QUESTÃO OBJETIVA. POSSIBILIDADE. LIMITE. VÍCIO EVIDENTE. ERRO MATERIAL INCONTROVERSO. PRECEDENTES. 1. O Superior Tribunal de Justiça tem entendido que, em regra, não compete ao Poder Judiciário apreciar critérios de formulação e correção de provas. Com efeito, em respeito ao princípio da separação de poderes consagrado na Constituição Federal, é da banca examinadora desses certames a responsabilidade pelo seu exame. 2. Excepcionalmente, em havendo flagrante ilegalidade de questão objetiva de prova de concurso público (exame de ordem) que possa causar dúvida, como é o caso, bem como ausência de observância às regras previstas no edital, tem-se admitido sua anulação pelo Judiciário por ofensa ao princípio da legalidade. Precedentes. 3. Recurso especial não-provido (STJ, Segunda Turma, REsp 731257/RJ, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 05-11-2008)*

Há de se perceber, assim, que não é a mera alegação de ilegalidade ou de desrespeito ao edital que autoriza a intervenção do Judiciário. Mostra-se imprescindível que a propalada ilegalidade seja patente e irretorquível, já que a simples pretensão de analisar a adequação da prova ao conteúdo programático do edital não dá ensejo ao controle de mérito do ato administrativo. São fortes as decisões do Superior Tribunal de Justiça nesse sentido, como é explicitado nos seguintes julgados:

*(...) CONCURSO PÚBLICO. REVISÃO DE PROVA. PERÍCIA. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO-OCORRÊNCIA. (...) 2. No caso, muito embora a pretensão dos Autores esteja amparada na alegação de que a administração incorreu em ilegalidade, aplicando prova objetiva com duplicidade de resposta, tem como escopo principal refutar o mérito administrativo, o que, indubitavelmente, não tem amparo neste Superior Tribunal de Justiça. (STJ, Quinta Turma, AgRg no Ag 1085824/RJ, Re. Min. Laurita Vaz, DJe 23-03-2009)*

*RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. EXAME DE QUESTÕES DA PROVA. IMPOSSIBILIDADE. INCURSÃO NO MÉRITO ADMINISTRATIVO. 1. Em matéria de concurso público, a competência do Poder Judiciário se limita ao exame da legalidade das normas instituídas no edital e dos atos praticados na realização do concurso, sendo vedado o exame dos critérios de formulação de questões, de correção de provas e de atribuição de notas aos candidatos, matérias cuja responsabilidade é da banca examinadora. 2. O exame das questões da prova, a pretexto de rever a sua adequação ao conteúdo programático, é vedado ao Poder Judiciário, pena de incursão no mérito administrativo, podendo, ainda, demandar dilação probatória, tendo em vista a especificidade técnica ou científica do conteúdo programático e da questão em discussão 3.*

*Recurso ordinário improvido. (STJ, Sexta Turma, RMS 18318/RS, Rel. Min. Nilson Naves, DJe 25-08-2008)*

Ninguém melhor que a Administração conhece as necessidades públicas que o agente deve atender no exercício das suas competências. O mérito da decisão administrativa, resguardado nos judiciosos arestos acima expendidos, constitui a margem de liberalidade na elaboração de provas, correção e atribuição de pontos, com a finalidade de avaliar conhecimentos gerais e específicos à luz do que é tecnicamente esperado para as atribuições do cargo ou emprego disputado.

O acerto da jurisprudência está no reconhecimento de que o Judiciário não tem competência para dizer o que é mais ou menos adequado no âmbito dessas avaliações, já que, diante da separação e independência dos Poderes estatais (Constituição Federal, art. 3º), tal atividade compete tão somente ao administrador público.

## 4 OS TESTES DE APTIDÃO FÍSICA

O teste de aptidão ou capacidade física presta-se a avaliar o condicionamento do candidato para atribuições que exigem esforço físico. Sua aplicação também tem gerado contendas judiciais.

Como regra, a jurisprudência não admite censura judicial ao teste de capacitação física desde que seja compatível com as atribuições do cargo e estiver previsto em lei. [3]O exame ainda deve ser desenvolvido com base em critérios objetivos discriminados no edital, oportunizando a interposição de recurso administrativo contra seu resultado.

*RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO NÃO CARACTERIZADO. EXAME DE CAPACIDADE FÍSICA. EXIGÊNCIA AMPARADA EM LEI. MODO DE EXECUÇÃO DOS EXERCÍCIOS E CRITÉRIOS DE AVALIAÇÃO OBJETIVAMENTE ESTABELECIDOS NO EDITAL. PREVISÃO DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSO ADMINISTRATIVO. NÃO OCORRÊNCIA DE VIOLAÇÃO A DIREITO LÍQUIDO E CERTO (...) A previsão em edital de realização do teste de aptidão física, além de cumprir a disposição legal expressa no art. 11 da Lei nº 6.218/83, que instituiu o Estatuto dos Policiais Militares do Estado de Santa Catarina, harmoniza-se com os princípios da razoabilidade e da eficiência (STJ, RMS 26629/SC, Sexta Turma, Rel. Min. Carlos Fernando Mathias, DJ 27-09-2007)*
*(...) A previsão editalícia, ao regulamentar a lei respectiva, das condições do "Teste de Capacidade Física" é compatível com as atribuições do cargo, tendo em vista o bom preparo físico que se exige do militar para o enfrentamento de eventuais e inesperadas situações de grande esforço físico. Recurso ordinário desprovido (STJ, RMS, 23915/RO, Quinta Turma, Re. Min. Félix Fischer, DJ 29-10-2007)*

De outro lado, muito se discutiu sobre a impossibilidade de o candidato submeter-se ao Teste de Aptidão Física em virtude de restrição ou incapacidade fisiológica temporária. Nesse particular, o Superior Tribunal de Justiça firmou que alterações fisiológicas dos candidatos, que impossibilitem ou diminuam a capacidade físi-

[3] Nessa mesma linha, o Supremo Tribunal Federal entende que o limite de idade para inscrição em concurso público só se legitima, em face do art. 7º, XXX, da Constituição, quando possa ser justificado pela natureza das atribuições do cargo a ser preenchido (Súmula 683). Além disto, tal restrição deve estar prevista em lei, não sendo decreto instrumento normativo hábil para a imposição de restrição etária no certame (RE-AgR 458735/RS, STF, Segunda Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ de 03-02-2006). A aferição desse limite dá-se na inscrição do candidato (STJ, SS 2030/BA)

ca, devem ser entendidas como caso fortuito, a ensejar a realização de novo exame físico. Esse fundamento, no entanto, é afastado caso o Edital preveja que tais alterações fisiológicas não geram tratamento diferenciado entre candidatos, ficando excluída a possibilidade de repetição do exame (ou designação de outra data e horário).

> *É firme o entendimento nesta e. Corte de que o Edital é a Lei do Concurso, assim, havendo previsão editalícia de que não serão levados em consideração os casos de alteração psicológica ou fisiológica, e de que não será dispensado tratamento diferenciado em função dessas alterações, não há como possibilitar a realização de nova prova de aptidão física. Precedentes. Recurso desprovido. (STJ, RMS 25208/SC, Quinta Turma, Rel. Min. Félix Fischer, DJe 25-05-2008)*
> *In casu, o Edital de regência do certame a que se submetera o Impetrante contém regra expressa inviabilizadora da pretensão deduzida no mandamus, ao preconizar que 'Os casos de alteração psicológica ou fisiológica, temporária, que impossibilitem a realização do Teste ou diminuam a capacidade* ***física*** *dos candidatos, não serão levados em consideração, não sendo dispensado nenhum tratamento privilegiado.' (STJ, AgRg nos EDcl no RMS 22826/RO, Quinta Turma, Min. Laurita Vaz, DJe 08-09-2008)*

Valem aqui as mesmas considerações sobre a discricionariedade administrativa, não competindo ao Poder Judiciário imiscuir-se nas atribuições da banca examinadora com o propósito de revisar o teste de aptidão física do candidato. Senão, vejamos:

> *RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO NÃO CARACTERIZADO. EXAME DE CAPACIDADE FÍSICA. EXIGÊNCIA AMPARADA EM LEI. MODO DE EXECUÇÃO DOS EXERCÍCIOS E CRITÉRIOS DE AVALIAÇÃO OBJETIVAMENTE ESTABELECIDOS NO EDITAL. PREVISÃO DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSO ADMINISTRATIVO. NÃO OCORRÊNCIA DE VIOLAÇÃO A DIREITO LÍQUIDO E CERTO. 1. A previsão em edital de realização do teste de aptidão física, além de cumprir a disposição legal expressa no art. 11 da Lei nº 6.218/83, que instituiu o Estatuto dos Policiais Militares do Estado de Santa Catarina, harmoniza-se com os princípios da razoabilidade e da eficiência. 2. Sobre a capacidade física para o exercício do cargo de policial militar, tendo o recorrente sido considerado inapto, não cabe ao Poder Judiciário substituir-se à Banca Examinadora do concurso, mormente porque a revisão da prova demanda dilação probatória, sabidamente vedada em sede de mandado de segurança. Recurso ordinário a que se nega provimento. (RMS 22629/SC, STJ, Sexta Turma, Rel. Min. Carlos Fernandes Mathias, DJ de 15-10-2007)*

Ainda neste tema, observa-se que candidatos ingressam em juízo impugnando a inaptidão no teste de aptidão física e pretendendo, por força de liminar, a realização de um novo exame. Todavia, não será considerado fato superveniente a aprovação do candidato nesse segundo teste físico, de modo a justificar a nomeação e posse no cargo por modificação da situação fática inicialmente questionada. É o se vê no seguinte julgado:

> *NOVA PROVA DETERMINADA POR FORÇA DE LIMINAR. APROVAÇÃO DA CANDIDATA. ALEGAÇÃO DE FATO NOVO (ART. 462 DO CPC). (...) Não constitui fato superveniente, nos termos do art. 462 do CPC, passível de permitir a nomeação e posse da candidata no cargo, a sua aprovação em novo teste físico, realizado por força de liminar. Prece-*

*dente. Recurso parcialmente provido (STJ, REsp 147605, Quinta Turma, Rel. Min. Félix Fischer, 05-10-98)*

Desse modo, para cumprimento integral dos requisitos necessários à nomeação, é imprescindível que seja julgado definitivamente o pedido do candidato, reconhecendo-se a ilegalidade ou abuso de poder na realização no teste em que originalmente foi decretada a inaptidão física do candidato. A liminar não é capaz de interferir no mérito da causa, onde serão apreciados, também, os argumentos em defesa do ato impugnado.

## 5 A AVALIAÇÃO PSICOLÓGICA

A avaliação psicológica tem por escopo apurar as condições psíquicas, examinando personalidade do candidato em face das atribuições do cargo ou emprego disputado.

No que tange à concepção desses exames, a matéria já está pacificada na Súmula 686 do Supremo Tribunal Federal, pela qual "só por lei se pode sujeitar a exame psicotécnico a habilitação do candidato em concurso." Referida lei, por óbvio, deve ser editada pelo ente federado em cujo cargo ou emprego há concurso público.

Não é só. Além da previsão em lei, é essencial que a avaliação psicológica: (a) paute-se em critérios objetivos discriminados no edital; (b) não seja sigilosa e (c) admita a interposição de recursos contra seus resultados. Sem que tais requisitos sejam obedecidos, a jurisprudência não reconhece a validade do psicoteste. Confira-se:

*DIREITO ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CURSO DE FORMAÇÃO DE OFICIAIS DA POLÍCIA MILITAR. EXAME PSICOLÓGICO. POSSIBILIDADE. PREVISÃO LEGAL. CRITÉRIOS OBJETIVOS. RECORRIBILIDADE. RECURSO IMPROVIDO. 1. Admite-se a exigência de aprovação em exame psicológico para provimento de certos cargos públicos, com vistas à avaliação pessoal, intelectual e profissional do candidato. No entanto, tal exigência deve estar prevista legalmente, ser pautada por critérios objetivos e permitir a interposição de recurso pelo candidato que se sentir lesado, requisitos presentes na hipótese. 2. Recurso ordinário improvido. (STJ, RMS 23163/MT, Quinta Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe 18-03-2008)*

*CONCURSO PÚBLICO PARA A CARREIRA POLICIAL FEDERAL. EXAME PSICOTÉCNICO. NECESSIDADE DOS CRITÉRIOS DA OBJETIVIDADE E PUBLICIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A jurisprudência do STJ é mansa no sentido de que a avaliação psicológica feita por meio do discutido exame, ainda que legalmente prevista, não deve ser realizada sigilosamente e de maneira irrecorrível, sob pena de arbítrio por parte do Administrador. 2. Agravo regimental desprovido, para manter a imposição à União de realização de novo psicotécnico com critérios de objetividade e ampla publicidade (STJ, AgRg nos EDcl no REsp 525611 / DF, Quinta Turma, Ministra JANE SILVA, DJ 07-02-2008)*

Importa ressaltar que, se a avaliação psicológica for imposta por lei – e não apenas no edital – como requisito para investidura em cargo público, sua aplicação não pode ser descartada. Assim, o reconhecimento de subjetivismo, sigilo ou inexistência de recurso não enseja ingresso automático nas fases subsequentes. Faz-se necessária a realização de novo exame escoimado dos indigitados vícios, aquilatando-se em condições objetivas, transparentes e à luz do contraditório, a aptidão psíquica do candidato. Nesse sentido, observe-se o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça, que sintetiza todo entendimento acerca da matéria.

*ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. AGENTE DA POLÍCIA FEDERAL. EXAME PSICOTÉCNICO. CABIMENTO. EXPRESSA PREVISÃO LEGAL. CARÁTER SIGILOSO E IRRECORRIBILIDADE. CONFIGURAÇÃO. ANULAÇÃO DO EXAME. DIREITO AUTOMÁTICO DE PARTICIPAR DO CURSO DE FORMAÇÃO. INEXISTÊNCIA. NECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DE NOVO EXAME PAUTADO PELOS DITAMES DA PUBLICIDADE E DA REVISIBILIDADE. PRECEDENTES. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO-COMPROVADO. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Admite-se a exigência de aprovação em exame psicotécnico para provimento de alguns cargos públicos, com vistas à avaliação pessoal, intelectual e profissional do candidato. No entanto, exige-se a presença de certos pressupostos, a saber: a) previsão legal, sendo insuficiente mera exigência no edital; b) não seja realizado segundo critérios subjetivos do avaliador, que resultem em discriminação dos candidatos; c) seja passível de recurso pelo candidato. 2. Hipótese em que o candidato, ora recorrido, foi submetido a exame psicotécnico revestido de caráter sigiloso e irrecorrível, não tendo tomado conhecimento das razões que justificaram sua inaptidão, limitando-se a Administração a divulgar a relação dos nomes dos candidatos aprovados. 3. Fato que, todavia, não gera para o recorrido o direito de continuar nas demais fases do certame, uma vez que, declarada a nulidade do teste psicotécnico a que foi submetido, em razão de seu indevido sigilo e impossibilidade de apresentação de recurso, deverá o candidato submeter-se a novo exame, em que sejam respeitados os critérios da objetividade, com resultado que apresente decisão fundamentada, que possibilite sua revisão pelo candidato. Precedentes. (...) 5.* Recurso especial conhecido e parcialmente provido. *(REsp 469959/RS, STJ, Quinta Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ 09-10-2006)*5.

Desse modo, não procede a entendimento preconceituoso que alguns julgadores têm em relação ao exame psicológico. A Administração tem poder-dever de exigi-lo desde que previsto em lei. A ausência de expressa previsão constitucional não o torna ilegítimo. De resto, a jurisprudência prima pelo respeito às garantias fundamentais, invalidando avaliações subjetivas, sigilosas ou que não respeitem o devido processo legal. A constatação desses vícios depende de uma análise do edital e do caso concreto, jamais implicando o exame psicológico, necessariamente, uma violação ao direito individual daqueles que pretendem ingressar no serviço público.

## 6 A INADEQUAÇÃO DO MANDADO DE SEGURANÇA PARA CONTESTAR ASPECTOS TÉCNICOS, FÍSICOS E PSICOLÓGICOS

Com o fim de impugnar resultados de avaliações físicas e psicológicas, admite-se a tutela coletiva e individual. No entanto, há que se observar se o procedimento judicial eleito pelo interessado revela-se adequado para se discutir aspectos técnicos.

Na prática, observa-se que o mandado de segurança tem sido a ação mais comum de candidatos mostrarem-se inconformados com a inaptidão física e psicológica reconhecida pelas bancas examinadoras, geralmente explicitando como causa de pedir a ocorrência de arbitrariedades em torno dessas avaliações.

Ocorre que o mandado de segurança afigura-se como via estreita demais para se admitir a realização de provas técnicas e testemunhais, fazendo com que estejam ausentes a liquidez e certeza do direito apresentado afirmado pelo impetrante.

Expliquemos melhor.

Segundo a Constituição Federal, art. 5º, LXIX, conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por "habeas corpus" ou "habeas data", quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público. Disposição semelhante também é estabelecida na Lei 1.533/51, art. 1º, que disciplina o procedimento relativo ao mandado de segurança.

Na célebre conceituação de Hely Lopes Meireles, "direito líquido e certo é o que se apresenta manifesto em sua existência, delimitado em sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração." Mas adverte: "se sua existência for duvidosa; e sua extensão não estiver delimitada; se seu exercício depender de fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais".[4]

Hely Lopes Meireles ainda explica que o conceito de liquidez e certeza utilizado para o mandado de segurança é "impróprio e mal expresso", fazendo referência à precisão e comprovação do direito, quando deveria aludir a "precisão e comprovação dos fatos e situações que ensejam o exercício desse direito."[5]

Diante dessas importantes lições, é forçoso concluir que o impetrante tem como ônus demonstrar cabalmente, no ato da impetração, todo arcabouço fático que lastreia o direito que alega. Tal comprovação dá-se somente por provas pré-constituídas, haja vista que o procedimento do mandado de segurança não admite qualquer tipo de dilação probatória.

Com efeito, antes de examinar a questão jurídica ventilada, o magistrado deve verificar se os fatos apresentados estão devidamente comprovados. Se não estiverem, o processo deve ser extinto, devendo o impetrante utilizar-se das vias ordinárias para expor sua pretensão. Daí o acertado posicionamento de Cássio Scarpinella Bueno explicando que "direito liquido e certo" não pode ser entendido como 'mérito' do mandado de segurança, isto é, como sinônimo do conflito de interesses retratado pelo impetrante em sua petição inicial e levado para solução definitiva ao Estado-juiz."[6]

Na impugnação de elementos técnicos concernentes a provas de conhecimento, haverá necessidade de dilação probatória. Caso o magistrado entenda que o examinador transgrediu o limite da discricionariedade, deve se valer de perícia a ser realizada por especialista na área em exame, pois, nos termos do Código de Processo Civil, art. 145, quando a prova de fato depender de conhecimento técnico ou científico, o juiz será assistido por perito.

> *ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. ASSISTENTE TÉCNICO DE PLENÁRIO DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. REVISÃO JUDICIAL DE NOTAS ATRIBUÍDAS A CANDIDATO. DILAÇÃO PROBATÓRIA. PRINCÍPIO DA EQUIDADE. 1. Necessidade de análise pericial que permitisse confrontação entre as correções das provas de todos os candidatos, para que não se ofenda o princípio da equidade. 2. Não comportando o Mandado de Segurança dilação probatória, impossível a avaliação da existência de direito líquido e certo a ser protegido. 3. Recurso não provido. (RMS 7680/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Edosn Vidigal, DJ de 13-04-1999.*

> *ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCUR-*

---

[4] *Mandado de Segurança*, 27ª Ed., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 36-37.
[5] *Idem*, p. 37.
[6] *Mandado de Segurança*, 4ª Ed., 2008, São Paulo: Saraiva, p. 17.

*SO PÚBLICO. QUESTÃO OBJETIVA. VINCULAÇÃO AO EDITAL. EXAME PELO PODER JUDICIÁRIO. POSSIBILIDADE. DILAÇÃO PROBATÓRIA. NÃO-CABIMENTO. RECURSO IMPROVIDO. (...)2. No entanto, em se tratando de mandado de segurança, exige-se prova pré-constituída suficiente ao exame do alegado direito líquido e certo, sendo incompatível a impetração quando a solução da quaestio demandar dilação probatória. 3. Hipótese em que não há como formar um juízo convincente a respeito da suscitada ilegalidade mediante mero cotejo entre as questões impugnadas e o edital do certame. Impõe-se incursão no campo das Ciências Contábeis, com a necessidade de abertura de fase probatória, para concluir se o conhecimento exigido se afastou do conteúdo programático. 4. Recurso ordinário improvido. (RMS 24939/MS, STJ, Quinta Turma, Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe 17-11-2008)*

Semelhante raciocínio aplica-se quando o candidato pretende contraditar em juízo avaliação psicológica, apregoando erro ou arbitrariedade na sua aplicação. Ora, como a psicologia é ciência e tem, por conseguinte, método e objeto próprio, a fundamentação judicial contrária ao resultado do exame psicotécnico só será satisfatória se estiver baseada em conhecimentos técnicos, não bastando o mero laudo particular do candidato.

*RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. TESTE PSICOLÓGICO. PREVISÃO LEGAL. OBJETIVIDADE. I - A exigência de exame psicológico, prevista legalmente, e não apenas no edital, não pode, a priori, ser reputada como contrária ao direito. II - Afasta-se a alegação de ser subjetivo o exame pois houve, no pertinente à área emocional, expressa previsão de realização dos testes para todos os candidatos pelo método denominado de Rorschach, por meio de entrevista, em testagem coletiva. Da mesma forma quanto ao demais testes psiquiátricos e psicológicos. III - Não há que se falar em sigilo, posto que o laudo, devidamente assinado por três profissionais, traz com detalhes as razões que levaram os aplicadores a considerar a recorrente inapta, bem como suas explicações. IV - A existência de outros laudos particulares, atestando a aptidão da recorrente, não possibilita, pelo menos em sede mandamental, que se afaste a conclusão do laudo oficial, pois indispensável, para tal mister, o confronto dos elementos probatórios. Recurso desprovido. (RMS 10196/RS, STJ, Quinta Turma, Rel. Min. Félix Fischer, DJ 01-08-2000)*

Também não bastam meros documentos para demonstrar erros do examinador na verificação do condicionamento físico do candidato. Deve o candidato se valer de testemunhas ou, quiçá, prova pericial como meio de contrariar registros que denotam a inaptidão física. Afinal, todos os examinadores, na qualidade de agentes públicos, gozam de presunção de veracidade. E só mediante prova em contrário tal presunção poderá ser desfeita, o que não atingirá sem provas robustas.

*Sobre a capacidade física para o exercício do cargo de Técnico Penitenciário, tendo a Recorrente sido considerada inapta, não cabe ao Poder Judiciário substituir-se à Banca Examinadora do concurso, mormente porque a revisão da prova demanda dilação probatória. Precedentes. (STJ, RMS 19826/MS, Sexta Turma, Rel. Min. Paulo Medina, DJ 20-02-2006)*

*MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. CONCURSO PÚBLICO. TÉCNICO JUDICIÁRIO. APROVAÇÃO. NOMEAÇÃO. JUNTA MÉDICA OFICIAL. LAUDO PELA INAPTIDÃO FÍSICA. POSSE RECUSADA PELA ADMINIS-*

*TRAÇÃO. LEGALIDADE. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. 1. Hipótese em que o Impetrante, regularmente nomeado para o cargo de Técnico Judiciário, foi impedido de tomar posse por ter sido considerado inapto em avaliação médica realizada por junta médica oficial. Ausência de ilegalidade. Inteligência dos arts. 5.º, inciso VI, e 14, parágrafo único, da Lei n.º 8.112/90. Precedentes. 2. A controvérsia instalada com a apresentação de parecer médico particular em sentido contrário à conclusão da junta oficial não é suscetível de ser deslindada em sede mandamental, em que a prova deve ser pré-constituída, com demonstração inequívoca do direito líquido e certo invocado. 3. Ordem denegada (RMS 7680/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Edson Vidigal, DJ de 17-05-1999)*

Significa dizer, então, que o mandado de segurança não presta para discutir situações que necessariamente devem ser confrontadas por meio de provas técnicas, testemunhas ou depoimentos pessoas. Neste caso, será impossível a apresentação de provas pré-constituídas, faltando ao impetrante interesse de agir em utilizar o procedimento da Lei 1.533/51 por se revelar inadequado à defesa do direito de que almeja reconhecimento.

## 8 A INVESTIDURA NO CARGO POR ORDEM LIMINAR OU DEFINITIVA, RESERVA DE VAGA E TEORIA DO FATO CONSUMADO

Na prática, vê-se que o candidato ingressa em juízo pretendendo em sede liminar seu regresso ao certame – repetindo ou não a fase em que foi desclassificado – para seguir nas etapas seguintes do torneio, sem prejuízo da nomeação e posse, caso afinal seja aprovado.

Sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça orienta-se contrariamente à denominada nomeação *sub judice*. Ou seja, se o candidato teve o direito de participar de todas as etapas do concurso por força de liminar acautelatória, a investidura no cargo apenas ocorrerá após o trânsito da decisão definitiva. Enquanto não se operar a coisa julgada, há de ser deferida apenas a reserva de vaga do candidato. Confira-se:

*MANDADO DE SEGURANÇA. MILITAR. ESTÁGIO DE ADAPTAÇÃO AO OFICIALATO. CANDIDATO SUB JUDICE. INEXISTÊNCIA DE DIREITO À NOMEAÇÃO. RESERVA DE VAGA. VIABILIDADE. Esta e. Corte já tem entendimento pacífico no sentido de que é inviável a nomeação de candidato aprovado em concurso público, cuja permanência no certame foi garantida por decisão judicial ainda não transitada em julgado. Assegura-se tão-somente a reserva de vaga até o trânsito em julgado daquela decisão. Precedentes. Segurança concedida parcialmente. (MS 11.385DF, Rel. Min. FELIX FISCHER, Terceira Seção, DJ de 16/10/06)*

*ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. DELEGADO DA POLÍCIA FEDERAL. APROVAÇÃO SUB JUDICE. NOMEAÇÃO INDEFERIDA PELA AUTORIDADE COATORA. DIREITO À RESERVA DE VAGA. PRECEDENTES DESTA CORTE. 1. Não pode a Administração Pública preterir candidato aprovado sub judice em concurso público, em obediência ao princípio de que trata o inciso IV do art. 37 da Carta Federal; por outro lado, não há como determinar a nomeação e posse em virtude da falta de trânsito em julgado da decisão judicial que lhe assegurou a participação no certame, razão pela qual garante-se-lhe apenas a reserva de vaga. Precedentes desta Corte. 2. Ordem concedida parcialmente tão-somente para determinar a reserva de vaga ao Impetrante até o trânsito em julgado da decisão que lhe assegurou o direito a prosseguir no certame. (MS 9.412/*

*DF, Rel. Min. LAURITA VAZ, Terceira Seção, DJ de 9/3/05)*

*DIREITO ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. ESTÁGIO DE ADAPTAÇÃO AO OFICIALATO. CANDIDATO SUB JUDICE. DIREITO LÍQUIDO E CERTO À NOMEAÇÃO E À CONVOCAÇÃO. INEXISTÊNCIA. RESERVA DE VAGA. CABIMENTO. SEGURANÇA PARCIALMENTE CONCEDIDA. 1. O Superior Tribunal de Justiça tem entendido que o candidato aprovado e classificado em concurso público na condição sub judice, ou seja, aquele que seguiu no certame por força de decisão judicial de natureza cautelar, não tem direito líquido e certo à nomeação. Assegura-se-lhe tão-somente a reserva de vaga. 2. Segurança parcialmente concedida. (MS 12786/DF, STJ, Terceira seção, Rel. Min. Arnaldo Esteves da Fonseca)*

A reserva de vaga tem importância de evitar perecimento de direito, pois, uma vez encerrado o certame, cessa o interesse de agir na impugnação de suas etapas:

RECURSO ORDINÁRIO - MANDADO DE SEGURANÇA - CONCURSO PÚBLICO - CANDIDATO ELIMINADO EM EXAME DE APTIDÃO FÍSICA - ENCERRAMENTO DO CERTAME - PERDA DO OBJETO - FALTA DE INTERESSE PROCESSUAL DO RECORRENTE - RECURSO NÃO CONHECIDO. 1. A conclusão e o encerramento do certame acarretam a perda do objeto do mandado de segurança e implicam a falta de interesse recursal da Recorrente, autorizando a extinção do processo. Precedentes. (RMS 19791/RJ, STJ, Sexta Turma, Rel. Min. Paulo Medina, DJ 10-10-2005)

Se, de acordo com tal entendimento, a nomeação deve ocorrer com o trânsito em julgado da sentença, com maior razão afigurar-se-á ilegítima a investidura determinada exclusivamente por força de liminar. O fundamento, em todo caso, é que a investidura do agente exige prévia aprovação em concurso público de provas ou provas e títulos. Enquanto houver possibilidade de reforma da decisão judicial favorável ao candidato, não se terá cumprido integralmente tal imposição constitucional.

Sem embargos, uma vez garantida pela Justiça a nomeação do candidato na pendência do processo, não haverá, segundo o STJ, lesão à ordem pública capaz de ensejar a suspensão da medida, nos termos da Lei 8.437/92, art. 4º. De acordo com a presidência da Corte, no Pedido de Suspensão nº 2.041-PI, eventual alteração no resultado final do processo importará na extromissão do candidato anteriormente protegido e nomeação de outro em seu lugar, restando afastada a grave lesão à ordem pública (DJE de 18/03/2009).

Questão interessante surge na hipótese em que candidato beneficia-se de determinada situação fática (exercício do cargo, participação em curso de formação, etc.) imposta por força de decisão liminar ou sentença, sobrevindo, após determinado tempo, provimento jurisdicional em sentido contrário. Nesse caso, em homenagem ao princípio da segurança jurídica, defende-se a consolidação da situação fática que se protraiu no tempo, não sendo mais possível alterá-la ainda que posteriormente não se reconheça sua juridicidade. É o que se chama, na jurisprudência, de teoria do fato consumado.

O Superior Tribunal de Justiça, no entanto, repele a aplicação da teoria do fato consumado quando a situação fática origina-se de provimento judicial precário, incluindo aí as medidas cautelares, pelo risco de reversibilidade. Por outro lado, se a situação não decorrer de decisão precária, mas em função de outro motivo, a teoria mostra-se aplicável. Observe-se:

*AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. PARTICIPAÇÃO EM CURSO DE FORMAÇÃO AMPARADO POR DECISÃO JUDICIAL PRECÁRIA. TEORIA DO FATO CONSUMADO. INAPLICABILIDADE. PRECEDENTES. PRETERIÇÃO NA ORDEM CLASSIFICATÓRIA. NÃO-OCORRÊNCIA. DISSÍDIO PRETORIANO NÃO-DEMONSTRADO. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA. 1. A Teoria do Fato Consumado não se aplica às hipóteses nas quais a participação do candidato no certame ocorre apenas por força de decisão precária. (...) (AgRg no Ag 1070142 / RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJ 07-02-2008)*

*RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA - REPROVAÇÃO EM EXAME PSICOTÉCNICO - CRITÉRIOS SUBJETIVOS DE AVALIAÇÃO - INVALIDADE - POSTERIOR CONVOCAÇÃO DO CANDIDATO PARA REALIZAÇÃO DO CURSO DE FORMAÇÃO POR ERRO DA ADMINISTRAÇÃO - LIMINAR CONCEDIDA EM CAUTELAR PARA RESERVA DE VAGA - APLICAÇÃO DA TEORIA DO FATO CONSUMADO - POSSIBILIDADE - RECURSO PROVIDO. 1. Os critérios de que se valerem o edital, quais sejam, "características de inteligência, de aptidão e de personalidade para o desempenho adequado das atividades" são demasiado discricionários e subjetivos, pois se utilizam de conceitos vagos, amplos e imprecisos. 2. Nesse sentido, não importa se o laudo de avaliação psicológica manifestou-se sobre os níveis obtidos de "personalidade", "raciocínio espacial", "raciocínio verbal" e "raciocínio abstrato", pois a objetividade que se exige é do edital, de forma que o candidato conheça, antecipadamente, os critérios de sua avaliação. 3. A "teoria do fato consumado" só não se aplica aos concursos públicos quando o candidato permanece no certame por força de decisão judicial precária, o que não é o caso, pois fora convocado para o curso de formação, por erro da Administração. 4. A medida cautelar foi proposta a fim de evitar a expiração do prazo de validade do curso de formação e a liminar concedida atendendo-se ao pedido de reserva de vaga.*

## 9 DIREITO À NOMEAÇÃO

Afigurava-se pacífica a orientação jurisprudencial pela qual o candidato aprovado em concurso público tem mera expectativa de direito à nomeação. O entendimento pretoriano calcava-se na discricionariedade da Administração em verificar se, após a realização do concurso, seria oportuna e conveniente a investidura de novos agentes, considerando, entre outros motivos, aspectos orçamentários e a necessidade do serviço público.

*RECURSO. Extraordinário. Inadmissibilidade. Concurso Público. Nomeação. Ordem de classificação. Observância. Preterição. Inexistência. Aplicação da súmula 15. A aprovação em concurso público não gera, em princípio, direito à nomeação, constituindo mera expectativa de direito. (...) (RE 306938/RS, STF, Segunda Turma, Rel. Min. Cesar Peluso, DJ de 11-10-97)*

A primeira exceção ocorreria se, ainda não expirada a validade do concurso, houvesse preterição de candidato na ordem classificatória. A celeuma jurídica foi sepultada com o advento da Súmula nº 15 do Supremo Tribunal Federal, nos seguintes dizeres: "dentro do prazo de validade do concurso, o candidato aprovado tem direito à nomeação, quando o cargo for preenchido sem observância da classificação."

Com o passar do tempo, a jurisprudência também passou a identificar preterição, caso a Administração nomeie candidato aprovado em concurso público posterior antes de esgotar o prazo de validade do concurso público anterior. Nesse caso, restaria demonstrada a necessi-

dade de preenchimento de cargos ou empregos, gerando igualmente direito subjetivo à nomeação do candidato. [7]

> *RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. APROVADO EM CONCURSO PÚBLICO. DEMONSTRAÇÃO DA NECESSIDADE DE PREENCHIMENTO DE VAGAS PELA ADMINISTRAÇÃO. PRAZO DE VALIDADE DO CONCURSO NÃO EXPIRADO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO À NOMEAÇÃO. PRECEDENTES. 1. Consolidou-se na doutrina e na jurisprudência pátrias o entendimento segundo o qual os aprovados em concurso público não têm direito subjetivo à nomeação, mas apenas expectativa de direito, pois se submete ao juízo de conveniência e oportunidade da Administração. 2. No entanto, evidenciada a necessidade de preenchimento da vaga pela Administração, na espécie caracterizada pela prévia convocação dos três primeiros aprovados e pela nomeação de candidato aprovado em concurso posterior, bem como verificado que o prazo de validade do certame não havia se exaurido, na espécie resta comprovado o direito líquido e certo da impetrante a ser nomeada. 3. "A Administração não pode deixar de prover as vagas, nomeando os candidatos remanescentes, depois da prática de atos que caracterizam, de modo inequívoco, a necessidade de preenchimento de vagas" (RMS 21.308/MG, Rel. Min. PAULO MEDINA, SEXTA TURMA, DJ 2/10/2006). 4. Recurso ordinário provido para determinar à autoridade impetrada que proceda à nomeação da impetrante no cargo de oficial de justiça da Comarca de Juquiá-SP. (RMS 11553/SP, STJ, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza Assis Moura, DJ 18-12-2006)*

Em orientação deveras equivocada, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça passou a considerar que o candidato automaticamente teria direito subjetivo à nomeação caso fosse aprovado no concurso público dentro do número de vagas oferecidas no Edital. Sustenta-se que a indicação de determinado número de vagas no edital demonstraria a necessidade de a Administração provê-las, passando a ser tal necessidade um elemento vinculado e não mais discricionário.

> *ADMINISTRATIVO - SERVIDOR PÚBLICO - CONCURSO - APROVAÇÃO DE CANDIDATO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS EM EDITAL - DIREITO LÍQUIDO E CERTO À NOMEAÇÃO E À POSSE NO CARGO - RECURSO PROVIDO. 1. Em conformidade com jurisprudência pacífica desta Corte, o candidato aprovado em concurso público, dentro do número de vagas previstas em edital, possui direito líquido e certo à nomeação e à posse. 2. A partir da veiculação, pelo instrumento convocatório, da necessidade de a Administração prover determinado número de vagas, a nomeação e posse, que seriam, a princípio, atos discricionários, de acordo com a necessidade do serviço público, tornam-se vinculados, gerando, em contrapartida, direito subjetivo para o candidato aprovado dentro do número de vagas previstas em edital. Precedentes. 3. Recurso ordinário provido. (RMS 20.718/SP, STJ, Sexta Turma, Rel. Min. Paulo Medina, DJ 03-03-2008)*[8]

---

[7] Não caracteriza preterição a nomeação ocorrida por determinação judicial, pois não decorre de ato espontâneo da Administração. Nesse sentido, RE-AgR 392888/DF – STF – Primeira Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 24-3-2006.

[8] Em se tratando, porém, de vagas remanescentes, o STJ reconhece a plenitude da competência discricionária. Nesse sentido: RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. DIREITO À NOMEAÇÃO. DUAS RECORRENTES. CANDIDATA APROVADA ENTRE AS VAGAS PREVISTAS NO EDITAL TEM DIREITO LÍQUIDO E CERTO À NOMEAÇÃO. RECORRENTE APROVADA NAS VAGAS REMANESCENTES - MERA EXPECTATIVA DE DIREITO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. A aprovação do candidato no limite do número de vagas definido no Edital do concurso gera em seu favor o direito subjetivo à nomeação para o cargo. Entretanto, se aprovado nas vagas remanescentes, além daqueles previstas para o cargo, gera-se, apenas, mera expectativa de direito (...). (RMS 25957/MS, Quinta Turma, Rel. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 23-06-2008).

*Concessa maxima venia*, a menção do número de vagas disponíveis não desnatura a discricionariedade de se avaliar no prazo de validade do certame se o provimento do cargo atende de modo satisfatório o interesse público. É que poderá sobrevir necessidade mais importante que a investidura de novos agentes, sendo recomendável, por exemplo, não majorar gastos com pagamento de servidores. Destarte, a indicação das vagas tem por escopo apenas informar o limite máximo das nomeações para o mesmo concurso.

Ademais, o novo entendimento do Superior Tribunal de Justiça termina por ofender as regras constitucionais que disciplinam o concurso público. Se todos os candidatos aprovados dentro do número de vagas têm automaticamente direito à nomeação, perderia qualquer utilidade o art. 37, III, da Constituição da República, que admite a possibilidade de prorrogação do prazo de validade do concurso. É que após a homologação do certame todos os aprovados de logo seriam nomeados, não havendo interesse em prorrogar a validade da disputa devido ao preenchimento integral das vagas.

Inclusive, afigura-se contraditório entender-se, de um lado, que o ato de prorrogar o concurso é discricionário, suscetível de revogação antes de iniciado o período de prorrogação e, de outro, considerar vinculada a nomeação de todos os candidatos aprovados dentro do número de vagas.

Como não se adotar interpretação que retire a eficácia das normas constitucionais, vê-se que o art. 37, III, da Carta de 1988, ao contemplar sobredita prorrogação, permitiu que a Administração pudesse dar, gradativamente e conforme fosse seu interesse, provimento aos cargos oferecidos, emergindo daí uma inegável competência discricionária na nomeação dos aprovados no concurso.

O assunto em questão foi submetido ao exame do Supremo Tribunal Federal mediante o Recurso Extraordinário nº 598099/MS. No mérito do apelo extremo, afirmou-se que não há qualquer direito líquido e certo à nomeação dos aprovados, devido a uma equivocada interpretação sistemática constitucional. Além disso, sustentou que as normas constitucionais têm o objetivo de preservar a autonomia da administração pública, "conferindo-lhe margem de discricionariedade para aferir a real necessidade de nomeação de candidatos aprovados em concurso público.[9]

O Supremo Tribunal Federal, apesar de ainda não ter enfrentado o mérito do recurso, já reconheceu a repercussão geral da matéria ventilada, tendo o relator, min. Menezes Direito, registrado que

> *"(...) a questão afeta também a administração pública federal, estadual e municipal que, a partir da decisão do STF, "poderá elaborar e realizar os concursos públicos ciente da extensão das obrigações que possui em relação aos candidatos aprovados e incluídos no rol das vagas ofertadas no processo seletivo".*[10]

Caso a orientação do STJ seja confirmada no Supremo, o Poder Público, ao invés de apresentar o número de vagas disponíveis, limitar-se-á em dizer que o concurso público destina-se ao preenchimento de cadastro de reserva, de forma a evitar nomeações inconciliáveis com eventual interesse público revestido de maior prioridade.

---

[9] Fonte: Notícias STF, sexta-feira, 8 de maio de 2009, disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=107829> Acesso em: 1º/6/09.

[10] Ibid.

## 10 CONCLUSÃO

A partir dessa análise jurisprudencial, que não esgota o rico debate jurídico em matéria de concursos públicos, pode se observar os inúmeros requisitos legais e constitucionais impostos para o ingresso nas carreiras do Estado. A observância desses requisitos abrange a adequação dos mecanismos jurisdicionais para reconhecimento do direito do candidato à investidura, inclusive quanto à forma de acautelamento de interesses. Nada obstante, a variedade de entendimentos jurisprudenciais, ainda que amplie o direito dos candidatos nesses processos seletivos, não deve tolher a independência de a Administração examinar, discricionariamente, o interesse público no provimento de seus cargos ou empregos.

## 11. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BUENO, Cassio Scarpinella, *Mandado de Segurança: comentários às Leis 1.533/51, 4.348/64 e 5.021/66*. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança*.27. ed, São Paulo: Malheiros, 2004.

MOTTA, Fábio (Coord.). *Concurso Público e Constituição*. 1 ed., Belo Horizonte: Fórum, 2007.

# Divisão de competências e licenciamento

Mário Pinto Rodrigues da Costa Filho
Procurador do Município de Salvador
Especializado em Processo, pós-graduação Ufba Prof. Calmon de Passos
Professor do Curso de Gestão de Cidades, da Universidade Salvador
Advogado

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO. 2. A POLIS E O ESPAÇO URBANO. 3. A NECESSIDADE DO DIREITO NO URBANISMO. 4. DIREITO CONSTITUCIONAL DAS CIDADES E AUTONOMIA. 5. RELACIONAMENTO FEDERATIVO E DIVISÃO DE PODER. 6. A IMPLEMENTAÇÃO DA LEGISLAÇÃO. 7. O PACTO FEDERATIVO. 8. O PROCESSO DE LICENÇA É O EXERCÍCIO DAS COMPETÊNCIAS. 9. A LICENÇA URBANÍSTICA. 10. A LICENÇA AMBIENTAL. 11. COMPATIBILIZAÇÃO DAS LICENÇAS URBANÍSTICA E AMBIENTAL. 12. CONCLUSÃO.

## 1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho gira em torno da competência destinada à Cidade, na repartição do bolo de atribuições da Federação, que detém ampla autonomia para seu exercício no plano do Direito Urbanístico e Ambiental, a ser exercida em devido processo legal de licenciamento.

Interessou-nos na escolha do tema estabelecer como as competências se repartem no Estado Brasileiro, a maneira pela qual as circunscrições territoriais se subordinam hierarquicamente à administração central e como devem exercitar seus poderes e atribuições conforme o devido processo legal de licenciamento.

De estado unitário em que reunia todo o poder que distribuía entre as subdivisões que criava, passou o Brasil à fórmula federativa na qual as competências coexistem como poderes de interesses gerais, regionais e locais.

"O federalismo necessariamente traz em seu interior um pluralismo territorial, em razão do que as diferentes atividades do Estado acabam sendo distribuídas entre o poder central e

as ordens jurídicas parciais (Unidades Federadas e Municípios, no caso brasileiro). Uma curiosidade muito particular à forma federativa de Estado coloca-se presente ao se mencionar o pluralismo territorial. Refere-se ao fato de, por serem no mínimo duas as ordens jurídicas (o poder central e as ordens regionais), o indivíduo acaba por se encontrar sob o influxo de comandos provenientes dessas duas fontes de irradiação do poder político, devendo igualmente obediência a ambas. E tal fenômeno não gera, como poderia parecer em princípio, incongruência alguma. No entanto, deve-se esclarecer que tal procedimento só é possível à luz do entendimento e adoção de uma sistemática que prima pela partilha constitucional de competências, que é uma das características essenciais do Estado Federal."[1] A esse propósito alenta-nos Jorge Miranda[2] ensinando que a federação está assentada numa estrutura de sobreposição, chamando-a de Estados de Estados.

Dita particularidade fica dilatada, ainda mais no caso da federação do Brasil, porquanto sua estrutura, como se sabe, está edificada, não sobre o modelo dual, mas sim sobre três ordens jurídicas distintas e autônomas. De modo que a submissão individual a três espécies distintas de comandos normativos iguais e necessariamente válidos acaba por se tornar realidade em muito peculiar.

O fato é que hoje todos os poderes da federação exercem e causam interferência direta e diuturna sobre o indivíduo. O cidadão brasileiro, singularmente em relação aos outros países do mundo, deve obediência não a dois, mas a três focos de irradiação de comandos normativos válidos, obrigatórios e muitas vezes não compatíveis entre si.

O federalismo brasileiro, no entanto, se evidencia muito centralizador a ponto de suscitar profundas divergências. O Estado Brasileiro mostra um expansionismo do poder central desregrado e descompassado com a repartição constitucional em detrimento das ordenações regionais. É, assim, uma tendência centrípeta, no dizer de Jair Santana, que não se controlou até os dias de hoje. Em razão dessa fisionomia, muitos existem afirmando que o quadro atual da Federação Brasileira não passa de um monopólio de poder político e econômico da União, que o configura na prática como um Estado Unitário descentralizado.

A vivência local, a necessidade de atuação local, longe da inoperância e da insuficiência dos organismos federais, é que tem mostrado alguma evolução na rota do acompanhamento desses acontecimentos que o homem terá de enfrentar em sua Polis, quer em sede de ciências da natureza ou em sede de ciências sociais, sobretudo no campo do direito e da política. O Direito ainda não encontrou o seu espaço no âmbito dessa evolução, inerme ainda ante esse fluxo torrencial de tendências que lhe escapam à compreensão. [3]

## 2. A POLIS E O ESPAÇO URBANO

Ao modificar o ambiente natural para que o mesmo atenda às suas necessidades básicas, as alterações feitas mostraram que o homem não atingiu o bem estar urbano. Instalou o caos e ficou enredado nele, sufocado pela poluição

---

[1] SANTANA, Jair Eduardo. *Competências Legislativas Municipais*. 2. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 19.

[2] MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 1988, t. III, página 235, apud SANTANA, Jair Eduardo. *Competências Legislativas Municipais*.Belo Horizonte: Del Rey, 2ª Ed. 1998, p.19.

[3] ALVES JÚNIOR, Luiz Carlos Martins, em monografia referente à conclusão da disciplina Direito Constitucional Comparado II, de pós-graduação (Mestrado/Doutorado) da Faculdade de Direito da UFMG: "Se vivemos um presente sombrio, estamos também vivenciando potencialidades jamais suspeitadas. Estamos no limiar de um universo intuído pelos místicos e pelos poetas. As oportunidades de conhecimento, de aperfeiçoamento, as novas pesquisas, os progressos da tecnologia no rumo do infinitamente pequeno, a simplificação inaudita da existência prática constituem sinais positivos."

a que deu origem e excluído pelo planejamento urbano elitista.

O homem, no entanto, tem de viver em cidades. Como ser social, somente atinge sua plenitude no convívio com outros da mesma espécie. Vive em agrupamentos. É na cidade onde ele busca a satisfação de suas necessidades básicas e a possibilidade de atingir seu desenvolvimento. O ordenamento da vida nas cidades, essencialmente ligado ao desenvolvimento econômico, por seu turno, faz da urbanização um dos fenômenos mais característicos do nosso tempo como diz o Prof. Hely Lopes Meireles, citando Louis Jacquignon: "A urbanização é uma das características essenciais da época contemporânea e sustenta facilmente comparação com as duas outras manifestações marcantes que são, atualmente, a conquista do espaço (sideral) e a domesticação da energia atômica. Pode-se adiantar que a urbanização é o fenômeno mais importante da segunda metade do século XX"[4] Os primeiros agrupamentos humanos surgiram por volta do ano 3.500 a.C., no vale compreendido entre os Rios Tigre e Eufrates, dentro do conceito de uma civilização hídrica. Mas o fenômeno urbano só se tornou significativo a partir do século XIX, quando o homem abandona o meio rural e foge para a urbs na busca de uma vida melhor. A história do homem se confunde com a das cidades que ele cria para atender sua busca. Assim surgiram cidades religiosas, como Machu Picchu, cidades comerciais, etc. Por isto Cidadania, como a qualidade do que vive na cidade, é algo indefinido. Vai variar no tempo e no espaço. Sua construção é diuturna e resultado de uma composição de forças. Os assentamentos humanos não se restringem a um local. O grupo cresce expandindo a malha urbana, formando uma biorregião, que é um conjunto do espaço construído, sua influência extrapola os limites político-administrativos e a simples malha construída, flexibilizando a angulação do urbano, aumentando as possibilidades de uma cidade vir a ser caracterizada como espaço autosustentável. Espaços urbanos são dependentes de recursos naturais e de energias externas. [5]

Atualmente o urbanismo é considerado a técnica, a ciência e a arte de planejar a cidade, disciplinando seu crescimento, suprindo as necessidades básicas do homem ou, reconhecendo sua natureza polissêmica, conceitua-se o Direito Urbanístico como fato social, como técnica, como ciência e como política.

## 3. A NECESSIDADE DO DIREITO NO URBANISMO

A interação do Urbanismo com o Direito é imprescindível para a inclusão social e a diminuição da violência, para que o planejamento urbanístico seja uma realidade "real" e não "uma realidade de papel".

O urbanista Marcel Poete, citado por Elida Séguin, na mesma obra, aproximando-se mais de uma visão complexa e completa do urbanismo, preconiza: que ... não é possível considerar separadamente a situação econômica da situação social de uma cidade, posto que esta última depende da primeira, nem separar o aspecto do núcleo urbano das duas condições da vida econômica e social, pois a função cria o órgão, e, no caso, a fisionomia de uma aglomeração é resultado das condições de sua existência; ou em outras palavras sua forma expressa sua própria natureza. A isso a urbanista acrescenta que o aspecto jurídico de uma cidade, o Direito que rege a cidade ultrapassa a esfera dos simples problemas urbanos, tornando-se realmente uma multidisciplina, que engloba aspectos sociais, antropológicos, econômicos, sanitários, jurídicos, arquitetônicos e paisagísticos.[6]

---

[4] MEIRELES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro.* São Paulo: 1999 c.f. LOUIS JACQUIGNON, Le Droit de l'urbanisme, Eyrolles Editeur, Paris, p.1.

[5] SÉGUIN, Elida. *Estatuto da Cidade.* Rio de Janeiro: Forense, 2002.

[6] SÉGUIN, Elida. *Estatuto da Cidade.* Rio de Janeiro: Forense, 2002.

A correlação entre o Urbanismo e o Direito só é mais próxima porque é impossível uma atuação urbanística desprovida de imposição legal, ante o princípio da legalidade agasalhado na Carta Constitucional. O urbanismo é construído sob ingerências e limitações de ordem pública ao uso da propriedade particular e ao exercício de atividades individuais, que afetam a coexistência jurídico-social. Para que ocorra uma ordenação que permita a vida em sociedade, cada componente do agregado humano deve ceder parcela mínima de seus direitos, recebendo em retribuição segurança, higiene, conforto e bem-estar coletivo. O conteúdo urbanístico, dada sua relevância e complexidade, penetra nos campos jurídico, social e econômico, exigindo princípios, normas e políticas públicas que regulem a vida e o meio ambiente natural e construído das biorregiões, onde estão implantadas as cidades.

Nesta conjuntura o ângulo ambiental deve ser sopesado. O estudo e a formulação de princípios, normas e políticas públicas que devem reger os espaços habitáveis, no seu conjunto cidade-campo, são o objeto do Direito Urbanístico, que na essência é Direito Ambiental.

O Direito Urbanístico somente agora ensaia seus primeiros passos, como já mencionado. As normas de Direito Urbanístico surgem do Poder de Polícia da Administração, que limita o Direito de Propriedade em benefício da coletividade. Assentou-se em princípios legais que visam atender as funções básicas do homem: habitação, trabalho, circulação, e lazer, a partir do estudo do uso do espaço urbano e organizável, do direito edilício, do direito ambiental, do poder de polícia, com a edição de normas de ordem pública e relativas à saúde pública, ao saneamento, ao trânsito, etc., impondo-se como prevenção ao surgimento de conflitos decorrentes do crescimento das cidades e remédio para os problemas que já se instalaram pela ausência ou deficiência de planejamento.

Foram enumerados por José Afonso da Silva os princípios informadores do Direito Urbanístico esboçados no direito comparado que configuram normas-síntese, com base na lição de Antonio Carceller Fernández. [7]. Estes princípios foram alinhados também pelo Professor e Urbanista Edésio Fernandes, [8] destacando: o do urbanismo como função pública, que não se reduz à ação estatal; o carretar normativo das regras urbanísticas, que cobrem não só a ação do Poder Público, mas atuam também no meio social e no domínio privado; a conformidade da propriedade urbana às normas urbanísticas; a separação do direito e construir do direito de propriedade, que está na base do instituto do solo criado e da transferência do direito de construir.

Dentre os princípios informadores do Direito Urbanístico o mais importante deles é sem dúvida o da função social da propriedade e da cidade, à luz do qual as demais normas e instrumentos, políticas e programas devem ser interpretados e resolvidos os conflitos.

---

[7] Conforme informa José Afonso da Silva os princípios informadores do direito urbanístico foram expressos na Lei do solo da Espanha, de 12/5/1956, alterada pela Lei nº 19, de 2 de maio de 1975, e substituída pela lei 8, de 25 de julho de 1990, conforme texto refundido pelo Real Decreto Legislativo 1, de 26 de junho de 1992. Não diferem, em essência, dos princípios enunciados por José Luís Laso Martinez, que ainda adita dois a mais: "1) Principio de la planificación territorial vinculante. 2) Principio de la participación de los entes territoriales superiores en el control de los actos de aprobación del planeamiento, y del reconocimiento de las facultades de las Corporaciones Locales en los actos de ejecución del mismo; 3) Principio de la absorción de las plusvalías generadas por el planeamiento. 4) Principio de la configuración de los limites naturales del domínio. 5) Principio de la solidaridad en los beneficios y cargas derivados de la ejecución de los Planes. 6) Principio de la subordinación jerárquica de los Planes inferiores respecto de los superiores y de los actos de ejecución respecto de aquéllos. 7) Principio de la participación pública en la formación del planeamiento" (ob. cit., pp. 221 e 222), conforme alinhados por José Afonso da Silva na obra citada.

[8] FERNANDES, Edésio. *Do Código de 1916 ao Estatuto da Cidade: algumas notas sobre a trajetória do Direito Urbanístico no Brasil*, in *Estatuto da Cidade Comentado*, coordenado por Liana Portilho Matos. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

Longe do enfoque de Direito Administrativo, com o Direito Urbanístico exsurge outra compreensão para a mesma questão, a visão e a responsabilidade para o Direito no processo de urbanização. A promoção das reformas urbanas e jurídica há tanto esperadas, e tão necessárias no Brasil, de tal forma que haja uma maior integração entre as ordens formal e informal, as cidades legal e ilegal. Dicotomia que revela outra divisão: cidades inclusivas e cidades que promovem a exclusão e a discriminação. O caos urbano reflete uma verdadeira parafernália de exclusões sociais e violência, em que normas conflitantes e procedimentos meramente burocráticos não surtem o efeito desejado por administradores públicos, empresários e comunidade. Esta seria a angulação certa do problema urbano. Mais do que nunca, o Direito Urbanístico brasileiro tem seu próprio conjunto de leis próprias e específicas, incluindo, além das disposições do capítulo constitucional sobre política urbana como o Estatuto da Cidade, a lei federal de parcelamento do solo e diversas outras leis federais ambientais e sobre o patrimônio histórico cultural; centenas de leis estaduais e milhares de leis municipais. [9]

O Direito urbanístico além disto apresenta muitos outros institutos típicos como por exemplo os planos (plano diretor, plano de ação, plano estratégico, etc); o parcelamento do solo urbano (arruamento, loteamento, desmembramento); o zoneamento (incluindo os índices urbanísticos como taxa de ocupação, coeficiente de aproveitamento, modelos de assentamento, recuos, gabaritos, etc.).

## 4. DIREITO CONSTITUCIONAL E AUTONOMIA DAS CIDADES

Tem o Município brasileiro característica de Estado porque os seus direitos se encontram protegidos contra todo e qualquer ataque por uma delimitação jurídica, uma *divisão* de poder. Não são direitos delegados, mas originários, pois que saltam da Constituição Federal. Não são concessão dos Estados Membros. Não são concessão da União.

O questionamento da autonomia se insere no Direito Constitucional no estudo de problemas que desçam até o campo das localidades municipais e encontra lugar na globalização da economia e da sociedade. As necessidades humanas nesta nova ordem atingem proporções que ainda não se puderam medir. Sabe-se, no entanto, que o papel do homem está sendo redefinido neste início de milênio, assim como o da sociedade e o dos poderes públicos. Tais papéis estão insertos num ambiente universalizado, mas que é, ao mesmo tempo, tribalizado.

Tribalismo, para o jurista, corresponde à Municipalização, como fenômeno que, ao lado da globalização, vem ocorrendo nos últimos anos, consistindo numa maior participação dos entes locais ou regionais nas atividades políticas ou administrativas, passando a influir mais diretamente na vida dos cidadãos e, por conseguinte, do Estado como um todo.

A visão de um direito constitucional adstrito somente aos problemas das normas constitucionais de um determinado Estado é completamente ultrapassada. A interdisciplinariedade do conhecimento jurídico não permite que qualquer dos ramos do saber se atenha, única e tão somente, a determinadas especificidades. Mais do que qualquer outra área jurídica, o direito constitucional, mormente o comparado, deve ampliar os seus domínios, uma vez que os fatores extrajurídicos que influenciam e que são influenciados pelo direito estão aumentando cada

[9] FERNANDES, Edésio. *Do Código de 1916 ao Estatuto da Cidade: algumas notas sobre a trajetória do Direito Urbanístico no Brasil*, in *Estatuto da Cidade Comentado*, coordenado por Liana Portilho Matos. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

vez mais, sobretudo quando se trata de questões envolvendo os interesses do homem e da comunidade, seja na ordem interna ou internacional.

Dos ramos do direito público, o Direito Municipal é um dos mais novos, não obstante a Pólis ter sido uma das primeiras, senão a primeira, manifestação de sociedade política organizada.

O Direito Municipal ainda hoje vem sendo tratado como uma especificidade do direito administrativo, em razão da qualidade de ente administrativo que lhe é dispensada. Entretanto aqui no Estado Brasileiro o Município é ente político que se autoconstitui, com Lei Orgânica própria e autonomia para disciplinar a criação e aplicação do direito que lhe é inerente, assim como para escolher os seus agentes políticos, em consonância com os dispositivos constitucionais do Estado no qual está inserto. A Constituição outorgou aos Municípios a possibilidade de elaboração de Lei Orgânica, documento disciplinador da sua estrutura política e administrativa, uma "espécie" de Constituição Municipal.

No dizer do professor José Afonso da Silva, "o Município Brasileiro é entidade estatal integrante da Federação, como entidade político-administrativa e financeira. Esta nova posição do Município na Federação teria que vir acompanhada de consequências, tais como o reconhecimento constitucional de sua capacidade de auto-organização mediante leis orgânicas próprias e a ampliação de sua competência, com a liberação de controles que o sistema constitucional anterior lhe impunha especialmente por via de leis orgânicas estabelecidas pelos Estados."[10]

Há muito isto foi dito pelo Professor Manoel Ribeiro.[11] O Município brasileiro, ao contrário do Município francês, que é organizado por lei ordinária, tem os seus poderes fundamentais tirados da Constituição Federal (art. 28). Diverge nisso, também, do Município americano, que não foi encarado pela Constituição dos Estados Unidos. Isso se deu, aliás, porque o problema que interessava aos constituintes de Filadélfia era unir os Estados numa Federação.

Segundo o Professor Manoel Ribeiro, que cita Alexis de Tocqueville, a liberdade comunal nos Estados Unidos se deduz do dogma da soberania popular; a todas as repúblicas americanas é reconhecida mais ou menos essa independência. Mais uma razão para que o Constituinte americano não cuidasse do problema municipal. Nesse aspecto, pois, o Município brasileiro tem uma posição privilegiada: as suas prerrogativas vêm da Constituição Federal, como as da União e as do Estado Membro.

É lição básica do inesquecível professor soteropolitano aos seus alunos da Universidade Católica: "Ainda, seguindo a MICHOUD e DE LAPRADELLE, o município brasileiro tem características de Estado, porque tem direitos de poderes públicos oponíveis ao Estado de que depende, Estado não soberano, e oponíveis ao Estado Federal, Estado soberano. A União ou o Estado-membro não podem retirar-lhe qualquer parte das faculdades que lhe pertencem. Somente, a nação, em Assembléia Constituinte, ou o Congresso, pelo processo de emenda, poderiam afetar os direitos dos municípios. Tam-

---

[10] SILVA, José Afonso da. *Manual do Vereador*. 3. Ed., São Paulo: Malheiros, 1997, p.16.

[11] RIBEIRO, Manoel. *O Município na Federação.* Bahia: Ufba - Universidade Federal da Bahia, 1959, p. 59, publicação autorizada pelo Reitor Prof. Edgard Santos ao Prof. Pinto de Aguiar, por ocasião do Congresso dos Tribunais de Contas dos Estados. Tema que apaixonou os espíritos da época em relação à fiscalização da administração financeira dos municípios, presos os melhores intérpretes a uma concepção doutrinária administrativa e emergente do direito positivo europeu e que mostrou que existem, ainda, preconceitos na compreensão jurídico-constitucional da autonomia municipal.

bém poderiam fazê-lo em relação à própria União e aos Estados-membros. A situação é, pois, de perfeita igualdade. Pela tese lembrada, o município não diverge do Estado, não lhe é inferior.

.....

"A diferença entre Estado e o Município estabelecida por CARRÉ DE MALBERG pode aplicar-se na França; não entre nós. Ainda que reconhecendo direitos próprios ao Município francês, diz que esses direitos somente podem ser exercidos com a permissão do Estado e conforme a sua vontade, enquanto os do Estado se exercem em virtude do seu poder e da sua vontade.

"O Estado-membro é autônomo, porque tem poderes próprios que se exercem em virtude da própria vontade; o município tem self-government ou self-administration, porque seus poderes se exercem dependentemente do Estado do qual são partes integrantes (9). Tal solução não poderia, pelo visto, aplicar-se ao município brasileiro, pois que ele se administra em virtude de poderes próprios e pela sua própria vontade. É autônomo. Não tem, apenas, self-government ou self-administration. Tem à frente dos seus negócios governantes e não agentes.

"Seria então, por esse critério, o município brasileiro Estado, pois que os seus direitos, ele os exerce por seu poder e conforme a sua vontade, não necessitando da permissão e da vontade do Estado-membro.

"Recomenda ANDRÉ DE LAUBADÈRE, como o critério mais seguro do federalismo, que as competências dos Estados-membros estejam na Constituição Federal. Nesse ponto, também, o Município brasileiro é igual ao Estado. A Constituição Federal repartiu competência entre a União, os Estados-membros e os Municípios. Difere o município, apenas, do Estado-membro, porque este poderá defender as suas competências num procedimento da emenda constitucional, pois que o Estado federado se representa no Senado, uma das Casas do Congresso.

"Mais de perto e mais a fundo, investigaremos se o município brasileiro tem outros aspectos que o identificam com o Estado, segundo os traços marcantes que os tratadistas estrangeiros nele enxergam. Reconhece-se, o de elaborar leis. O Município brasileiro legisla ou, apenas, regulamenta, como o faz o município francês?

.....

"As Câmaras Municipais representam o Poder Legislativo Municipal. As suas decisões fazem força no domínio da competência que lhes traçou a Constituição Federal. Não podem ser afastadas pelas leis da União e dos Estados-membros. Se fossem de natureza inferior, ou produto de delegação, poderiam ser afastadas pela norma superior ou pelo poder delegante. O que se sabe, entretanto, é que a resolução municipal permanece de pé, e inválidas serão as leis federais e estaduais que invadirem a área de competência municipal.

"A Constituição Federal não estabelece diferença entre as resoluções do Congresso Federal, das Assembléias Legislativas, e as das Câmaras Municipais."[12]

O que se apreende de tais ensinamentos é que, embora não expressamente referido nas Constituições anteriores como componente da Federação, o Município nunca deixou de ser o que é hoje.

---

[12] Ob. cit. RIBEIRO, Manoel. *O Município na Federação.*

A partir da Constituição de 1988, foi o Município formalmente erigido à categoria de ente político-administrativo, como um dos componentes da Federação. Assim diz o artigo 1º ao estabelecer que a República Federativa do Brasil é formada pela criação indissolúvel dos Estados e Municípios e o artigo 18 ao fixar que a organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos.

Com essa configuração, o Município, formalmente, sai da alçada do direito administrativo para dirigir-se diretamente ao direito constitucional, de sorte que se pode falar em direito constitucional municipal, uma vez que o Município faz parte da realidade constitucional do Estado, o que o coloca em posição privilegiada, como parte da organização política do país na condição de ente federativo com autonomia administrativa e política com competência expressa para editar leis e atuar no interesse local.

## 5. RELACIONAMENTO FEDERATIVO E DIVISÃO DE PODER

A maior participação do Poder Público como um todo nas atividades políticas e administrativas, passando a influir mais diretamente na vida dos cidadãos, é tendência crescente. O Constituinte enxergou isto, mas foi acanhado e preconizou uma nação perfeitamente integrada nas suas escalas federativas. Suas normas sugerem um tipo de relacionamento harmonioso que em verdade nunca existiu e longe está o dia deste acontecimento, em que a pessoa jurídica de direito público de competência mais abrangente coordenaria e somaria esforços com as demais pessoas jurídicas de competência menos abrangente na execução de obras e serviços de interesse nacional, através de planos.

Esta realidade do relacionamento Município, Estado e União é presente em todos nós. Cite-se para exemplificar o seguinte trecho de Antônio Carlos Otoni Soares, mestre em sociologia e política pela USP,[13] na sua monografia sobre a instituição municipal no Brasil:

"Trata-se de uma política incensurável, e mais do que isso, de uma política sem outra alternativa para o combate à superposição de órgãos com idêntica finalidade, para o combate à dispersão de recursos humanos e financeiros. Na prática, o esquema não atinge o seu pico ideal de resultados positivos, por causa de injunções políticas e da indisposição dos órgãos da pessoa jurídica de competência territorial mais abrangente, em transferir tecnologia às demais pessoas jurídicas de competência menos abrangente.

> "Os Estados não transferem tecnologia e recursos financeiros aos municípios para a execução de obras e serviços, aparentemente, simples, como a modernização administrativa; nem para atividades complexas como a construção de casas populares.
>
> .....
>
> "Dessa forma centralizadora, a pessoa jurídica de competência territorial mais abrangente, está sempre executando obras e serviços diretamente, enquanto as bases regionais e municipais continuam cronicamente despreparadas para assumir suas funções e responsabilidades.
>
> "O fato faz sugerir uma clara intenção de não transferir tecnologia às bases municipais, de agravar e acentuar o despreparo, a desqualificação da mão-de-obra municipal, como se a dependência tecnológica atendesse objetivos políticos de líderes e burocratas dos poderes estadual e federal.

[13] SOARES, Antonio Carlos Otoni. *Instituição Municipal no Brasil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

Existem sinais de novas intenções, embora não condizentes com uma real mudança de mentalidade."

A verdade é que na prática a teoria é outra. A Constituição e o Estatuto da Cidade, que a regulamentou, traçaram as regras e orientaram por buscar a ação municipal em resposta aos problemas globais que estamos todos enfrentando. Um mecanismo de atuação da sociedade nas questões que mais de perto lhe dizem respeito. A incapacidade da administração geral, que repleta de atribuições para bem satisfazer as demandas sociais, ensejou uma irreversível transferência de responsabilidades das esferas superiores para as esferas inferiores sem o correspondente repasse de recursos. Isto esbarra na incompreensão. Passa a União a interferir além do Plano Geral, os Estados na esfera local, ora em face de real incapacidade de alguns municípios ora em razão de ingerências meramente políticas governamentais.

Na medida em que se aumentam as possibilidades de maior participação do cidadão nas questões político-administrativas, provoca-se um maior engajamento do mesmo, desperta-lhe o interesse, posto que terá uma maior responsabilidade nessas questões. Ou seja, desperta e faz agir o sentimento de cidadania democrática, não apenas com o voto, mas, sobretudo, com a participação no processo de construção do Estado e da sociedade, através de canais amplos de comunicação entre os cidadãos e as diversas instituições privadas ou estatais.

A realidade que emerge é que em todos os temas elencados como da competência exclusiva dos outros entes da Federação, União e Estados Membros, raros são aqueles que não podem ser objeto de interesse local e, portanto, de atribuição dos Municípios. A atribuição constitucional ao Município garante bem satisfazer as demandas sociais que as esferas mais abrangentes da federação são incapazes de atender, e que diuturnamente são exigidas dos Municípios pelos próprios entes federados gerais.[14]

A República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal (art. 1º, da Constituição Federal de 1988). A autonomia federativa assenta-se em dois elementos básicos: existência de órgãos governamentais próprios e posse de competências exclusivas. A Constituição reconhece esses elementos às entidades federativas: União, Estados, Municípios e Distrito Federal.

José Afonso da Silva[15] verificou ser esta repartição a base do nosso Estado Federal, dando origem a uma estrutura complexa, em que se manifestam diversas esferas governamentais sobre a mesma população e o mesmo território: a esfera da União, a de cada Estado ou do Distrito Federal e a de cada Município. A teoria do federalismo costuma dizer que a repartição de poderes autônomos constitui o núcleo do conceito do Estado Federal. "Poderes", aí, significa a porção de matéria que a Constituição distribui entre as entidades autônomas e que passa a compor seu campo de atuação governamental, sua área de competência. Competência, assim, salienta o professor José Afonso, são as diversas modalidades de poder de que se servem os órgãos ou entidades estatais para realizar suas funções, suas tarefas, prestar serviços.

O princípio geral que norteia essa repartição de competências baseia-se na predominância do interesse. Para a União, competência explícita e privativa, prevista nos artigos 21 e 22. À União caberão as matérias e questões de interesse geral, nacional. Desta relação se vê que em termos gerais a Constituição reservou para

---

[14] O Município de Salvador responde a diversas ações civis públicas propostas pelos Ministérios Públicos Federal e Estadual, e, de ambos, reunidos como parte ativa, relativas a responsabilidade do tipo "pesca com bombas"; "poluição sonora", invasões de áreas públicas; preservação de florestas e reservas florestais; patrimônio histórico, estacionamentos públicos, dentre outras matérias e situações que se encontram muitas vezes apontadas como de competência exclusiva da União ou do Estado.

[15] SILVA, José Afonso da. *Direito Constitucional Positivo.* 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

a União a tarefa governamental do país (soberania), pouco restando aos Estados e aos Municípios (autonomia).

Aos Estados Federados foi reservada a competência remanescente, fixada no artigo 25 § 1º, eis que se organizam e se regem pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios da Constituição. São reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas pela Constituição, a competência expressa do § 2º, relativa à exploração de gás canalizado, e a questão metropolitana, prevista no § 3º, ou seja, aos Estados são também direcionados na divisão as matérias de interesse regional. Conforme o dispositivo.

Cumpre aos Estados federados assim as competências residuais, ou seja, que não ficaram reservadas para a União, as que sobram da enumeração da União, as que não forem indicadas aos Municípios.

Aos Municípios foi dada competência explícita, fixada no artigo 30; a eles, autônomos na Federação, competem as matérias de interesse local. São competências as matérias de interesse municipal que podem, dentro deste aspecto refletir nos Estados e na União.

O interesse local previsto na Carta atual somente pode ser entendido como sendo aquele que se refere, inicial e diretamente, a agrupamento humano local, mas que também deve atender aos interesses do Estado e de todo o país. Realmente, a leitura do artigo 30 da Constituição Federal mostra que as matérias ali arroladas, como sendo de competência do Município, conservam total pertinência e correlação com os interesses das demais pessoas políticas.[16]

Ao Distrito Federal foi dada competência remanescente e explícita – fixada no artigo 32, § 1º. Este possui competência de Estado e de Município. O Distrito Federal, vedada sua divisão em Municípios, reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos com interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços da Câmara Legislativa, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos na Constituição. Ao Distrito Federal são atribuídas as competências legislativas reservadas aos Estados e Municípios. O Distrito Federal não possui, porém, autonomia.

A competência Concorrente difere da Comum porque a União deve legislar sobre Normas gerais e os Estados e Distrito Federal de modo Suplementar. Significa a atribuição de legislar sobre normas que desdobrem ou desenvolvam o conteúdo de princípios e normas, art. 24, § 2º; ou que supram ausência ou omissão destas. (art. 30, II).

A competência administrativa comum exerce-se cumulativamente sem que o exercício por um ente exclua a competência de outro (artigo 23 da Constituição). A competência legislativa difere da comum, porque a União só pode tratar de interesses gerais.

Desta classificação a União exerce poderes enumerados; os Estados os poderes remanescentes, que se lhes reconhece de forma negativa, e aos Municípios se conferiram poderes próprios, relativos ao peculiar interesse local.

É esta, portanto, a hermenêutica destes dispositivos.

É importante precisar o que o legislador constitucional tomou por *Normas Gerais*. A Prof.ª Lúcia Valle Figueiredo[17], cuidando da discriminação constitucional das competências ambientais, esclarece que as normas gerais possuem características diferenciadas das normas,

[16] SANTANA, Jair Eduardo, ob. cit. p. 102.

[17] FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Discriminação Constitucional das Competências Ambientais. Aspectos Pontuais do Regime Jurídico das Licenças Ambientais,* em trabalho publicado na Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Número 5. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, fev/mar/abr de 2006.

com hierarquia normativa inibitória ao legislador ordinário, se estadual ou municipal, de disporem de forma diferente. As matérias que devam ser objeto de normas gerais não podem ser legisladas por outros entes políticos, a não ser nas hipóteses constitucionais de suplementação (art. 24, § 2° da Constituição). E chega a uma própria sistematização: "a) disciplinam, de forma homogênea, para as pessoas políticas federativas, nas matérias constitucionalmente permitidas, para garantia da segurança e certeza jurídicas; b) não podem ter conteúdo particularizante que afete a autonomia dos entes federados, assim não podem dispor de maneira a ofender o conteúdo da federação, tal seja, não podem se imiscuir em assuntos que devam ser tratados exclusivamente pelos Estados e Municípios; c) estabelecem diretrizes sobre o cumprimento dos princípios constitucionais expressos e implícitos."

Assevera que as normas gerais serão constitucionais se e na medida em que não invadam a autonomia dos entes federativos, com particularizações indevidas, e traz posição jurisprudencial expressada pelo emérito Ministro Carlos Velloso, em voto proferido na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 927-3, do Rio Grande do Sul - Medida Cautelar, que assim averbou:

> "(...)". "A formulação do conceito de 'normas gerais' é tanto mais complexa quando se tem presente o conceito de lei em sentido material – norma geral, abstrata. Ora, se a lei, em sentido material, é norma geral, como seria a de lei de 'normas gerais' referida na Constituição? Penso que essas 'normas gerais' devem apresentar generalidade maior do que apresentam, de regra, as leis. Penso que 'norma geral', tal como posta na Constituição, tem o sentido de diretriz, de princípio geral. A norma geral federal, melhor será dizer nacional, seria a moldura do quadro a ser pintado pelos Estados e Municípios no âmbito de suas competências" (grifamos).".

As normas gerais dirigem-se aos legisladores e intérpretes como normas de sobredireito. Normas que condicionam, no assunto em que a competência existe, a legislação ordinária da pessoa política, também competente para legislar sobre a matéria. Se corretamente dentro de seu campo de abrangência, ao contrário do que se pode dizer em matéria de invasão das competências federativas, é, sobretudo, fator de segurança e certeza jurídicas, portanto, tendem a igualdade e certeza da aplicação uniforme de dados princípios.[18]

No plano da aplicação da norma, do exercício da competência administrativa comum, não possuindo atribuição, não existindo norma local, ou diante da inoperância das outras esferas federativas, a Cidade deve aplicar a Legislação emanada dos outros poderes, obrigatoriamente, assim como a União e o Estado devem cumprir, respeitar e aplicar a legislação municipal.

## 6. A IMPLEMENTAÇÃO DA LEGISLAÇÃO

A Constituição Federal foi clara ao atribuir indistintamente à União, aos Estados, ao Distrito Federal diversas competências (art. 23) e é adequado interpretar-se que qualquer dos entes públicos mencionados tem competência para aplicar a legislação vigente no país, ainda que essa legislação não tenha sido de autoria do ente público que a aplica.

---

[18] FIGUEIREDO, Lucia Valle, no mesmo trabalho, sobre *Discriminação Constitucional das Competências Ambientais. Aspectos Pontuais do Regime Jurídico das Licenças Ambientais,* em trabalho publicado na Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Número 5. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, fev/mar/abr de 2006.

Entramos assim no campo da prática jurídica da advocacia pública. *Normas Gerais* são entendidas como normas de superdireito. Evidentemente que todos os entes federativos devem aplicar as normas de todos os entes federativos – gerais e específicas, até porque jamais serão conflitantes.

Exemplifiquemos: o Município não pode legislar sobre as águas, mas pode, e deve aplicar a legislação federal de águas no ordenamento do território municipal, além de suplementar com as questões locais sobre as águas.

O Professor Paulo Afonso Leme Machado[19] dá outro exemplo: "De outro lado, existem bens ambientais que foram considerados bens da União" (art. 20, CF), como, por exemplo, as praias marítimas, as cavidades naturais subterrâneas, os sítios arqueológicos e pré-históricos, que não ficam sujeitos à exclusiva legislação federal. Na utilização desses bens aplica-se o conceito de "bens de uso comum do povo" (art. 225, "caput", CF) e o Município pode estabelecer regras sobre a utilização desses bens federais, como pode tombá-los, ou estabelecer medidas para a proteção dos mencionados bens.

Não há competência privativa da União para legislar sobre a maioria dos bens constantes do art. 20 da Constituição Federal. Dessa forma, a própria União deve sujeitar-se às regras emanadas dela mesma, dos Estados e dos Municípios, conforme os quatro parágrafos do art. 24 e do art. 30, I e II, ambos da Constituição Federal.

Desvendadas estas questões, devemos nos voltar para o que estabelece o parágrafo único do artigo 23 da Constituição, que prevê a edição de Lei Complementar com normas de cooperação entre os entes federativos com vistas ao equilíbrio do desenvolvimento e do bem estar em âmbito nacional. É o pacto federativo. Uma lista de atividades que devem merecer a atenção do Poder Público.[20] O modo como cada entidade vai efetivamente atuar em cada matéria dependerá da organização administrativa e de cada órgão público federal, estadual ou municipal. O art. 23 deve ser colocado em prática em concordância com o art. 18 da CF.

## 7. O PACTO FEDERATIVO

Para resolver a questão do conflito das competências comuns e concorrentes, a Constituição construiu a idéia do pacto federativo, inserindo-a no artigo 23, parágrafo único. A política urbana, por exemplo, é executada pelos Municípios, com base nas diretrizes e regulamentação do Estatuto da Cidade e de normas de *cooperação*.

Quanto à extensão da cooperação entre entes federativos, *o sistema de federalismo cooperativo não deve interferir nas competências*, isto é, os níveis de governos não se chocam pelas suas competências, mas, ao contrário, unem-se dentro de suas respectivas atribuições no sentido da solução para questão pública. Autonomia não significa desunião entre os entes federados, como parece ocorrer. Deve ensejar ao Município o exercício livre de suas competências, com um sistema de atuação *não semelhante, ou desigual aos vigentes nos Estados.*[21] *Os Estados, por sua vez, poderão ter, também, sua organização administrativa ambiental diferente do Governo Federal.*

O legislador especificou no artigo 23, nos incisos de I a XII, todas as matérias de competência comum, para ao final deixar expresso que todos os níveis de governo deverão utilizá-las,

---

[19] MACHADO. Paulo Affonso Leme. *Estudos de Direito Ambiental*. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 143.

[20] MACHADO. Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro. 17. Ed.* São Paulo: Malheiros, 2009, p. 118.

[21] MACHADO. Paulo Affonso Leme. Ob cit. p. 119.

cooperando com os demais, para o equilíbrio do desenvolvimento, caracterizando assim o federalismo cooperativo na Constituição em vigor.

Na prática lição de Celso Ribeiro Bastos,[22] "A federação é a forma de Estado pela qual se objetiva distribuir o poder, *preservando a autonomia dos entes políticos que a compõem* (...) O acerto da constituição, quando dispõe sobre a Federação, estará diretamente vinculado a uma racional divisão de competência entre, no caso brasileiro, União, Estados e Municípios; tal divisão para alcançar logro poderia ter como regra principal a seguinte: nada será exercido por um poder mais amplo quando puder ser exercido pelo poder local, afinal os cidadãos moram nos Municípios e não na União.

> "Portanto deve o princípio federativo informar o legislador infraconstitucional que está obrigado a acatar tal princípio na elaboração das leis ordinárias, bem como os intérpretes da Constituição, a começar pelos membros do Poder Judiciário".

A cooperação entre os entes federativos não se restringe às matérias que lhes são comuns, mas tem sentido de normas gerais; e essa cooperação não deve interferir na repartição das competências, isto é, na divisão de poder tal qual é feita nos artigos 21 até 25. A expressão "normas para cooperação", que figura no primeiro parágrafo do artigo 23, tem sentido de diretriz ou norma geral, não estando tais regras vinculadas à enumeração de competências comuns.

O fato é que a lei complementar da qual se espera orientação sobre a forma de atuação das entidades federativas não poderá de modo algum desatender às regras constitucionais, porque essas, sim, efetivamente comandam e limitam a colaboração entre os entes federativos.

Assim, a União, por essas regras, editadas em nome da competência privativa, orienta o exercício das competências dos outros entes. Trata-se de uma cooperação realizada de forma coordenada. O princípio que rege essa partilha é o da coordenação entre as entidades políticas sob a égide da legislação federal.

Atenção ainda devemos dar ao Projeto de Lei Complementar nº 388/2007, que o Governo Federal enviou à Câmara dos Deputados e que procura fixar normas para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

O Projeto procura exatamente regulamentar a repartição de competências para o licenciamento ambiental (art. 23 da Constituição Federal) – questão mais polêmica em termos de competência administrativa – e a sua grande virtude, segundo Talden Farias[23], é trazer segurança jurídica para os órgãos administrativos de meio ambiente. Contudo, a sistemática seguida por ele não é muito diferente daquela estabelecida pela Resolução nº 237/97 do CONAMA.

Os instrumentos da gestão de cooperação entre entes federativos, são identificados no Projeto de Lei Complementar: Os *Conselhos de Meio Ambiente;* os *Consórcios Públicos ou Convênios de Cooperação;* os *Convênios de Cooperação Técnica e instrumentos similares com órgãos e entidades do poder público;* os *Fundos de Meio Ambiente*.

O que temos por certo é que os entes federativos devem exercitar plenamente suas competências mesmo não havendo cooperação. Até lá, quando vigente o pacto de cooperação fe-

---

[22] BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 19. ed., p. 155.

[23] FARIA, Talden. *Licenciamento Ambiental: Aspectos Teóricos e Práticos*. Belo Horizonte: Forum, 2007.

derativo ao Município cumpre continuar a exercer suas competências, o que faz neste campo do Direito Urbanístico Ambiental, que aqui tratamos, através do licenciamento. Há muito a fazer ainda em matéria de cooperação federativa para o desenvolvimento urbano. A consciência sobre o papel de cada ente federativo em relação a esse tema está muito longe de ser alcançada.

Pode ocorrer uma zona de indefinição entre o que seria competência federal e o que é competência estadual. Ou entre o que é competência estadual e competência municipal, campo em que o Convênio Administrativo poderia funcionar. É preciso que o Município tenha capacidade, estrutura e órgãos para o licenciamento. São inúmeros os Municípios brasileiros que não possuem condição alguma e dependem completamente do apoio estadual.

É possível que a realização desses convênios administrativos abra margens a distorções e equívocos, na medida em que se possa pensar que os entes federativos estaduais ou municipais só possam atuar na questão ambiental por meio da celebração desses convênios. Talden Farias[24] denuncia que em alguns Estados, os representantes dos Municípios têm celebrado convênios com os órgãos estaduais de meio ambiente com o intuito de somente assim passarem a poder realizar o licenciamento ambiental, e esclarece que as competências federativas derivam diretamente da Constituição Federal, a União não pode repassar aos Estados mediante convênio administrativo atribuições de interesse predominantemente estadual nem os Estados podem repassar aos Municípios mediante convênio administrativo atribuições de interesse municipal. A intenção do legislador constitucional no art. 23 relativo a competência administrativa comum foi estabelecer o federalismo cooperativo, e para que isto se efetive é preciso trabalho em conjunto, mas cada qual na sua competência. Nenhum tipo de convênio administrativo pode ser imposto, até porque o próprio ingresso no SISNAMA é facultativo. Nenhum ente da federação pode ser obrigado a assinar convênio uma vez que pode editar e executar suas próprias leis e organizar a sua estrutura administrativa na área do meio ambiente na conformidade do que lhe cabe na divisão de poder.

O Município de Salvador, como a maior parte dos grandes municípios brasileiros, está estruturado para o exercício de suas competências e pode perfeitamente exercê-las, no plano do licenciamento, sendo dispensável a celebração dos convênios propostos, que mais não fazem do que estabelecer uma grande confusão federativa.

Com as competências que são deferidas constitucionalmente aos Municípios, no plano aqui tratado, cabe exercê-las através do licenciamento urbanístico e ambiental de modo compatibilizado e dentro do devido processo legal administrativo. Deverá operar o licenciamento urbanístico e ambiental no exercício de sua competência constitucional privativa reafirmada pelo Estatuto da Cidade.

As licenças, no plano urbanístico e ambiental, por terem diferentes escopos legislativos, deverão ser compatibilizadas mediante prévia fixação de diretrizes procedimentais pelo órgão público municipal responsável pela condução de todo o processo na cidade. A Política Urbana se manifestará no processo de licenciamento com respeito ao meio ambiente urbano e com a utilização das análises de impactação: o EIV – Estudo de Impacto de Vizinhança e o EIA –- Estudo de Impacto Ambiental, instrumentos que ingressam no licenciamento municipal urbano ambiental como essenciais ao atendimento das funções da cidade escalonadas pela Constituição.

---

[24] FARIA, Talden. Ob cit, p. 168.

O processo regular de licenciamento, de formação sucessiva, ao mesmo tempo em que obriga o administrado e controla a discricionariedade, também assegura ao administrador a certeza de que o atendimento da função social foi buscado no processo com participação e respeito às normas de todas as disciplinas que devem interagir na conformação do meio ambiente e à política urbana.

## 8. O PROCESSO DE LICENÇA É O EXERCÍCIO DAS COMPETÊNCIAS

O licenciamento, seja urbanístico ou ambiental, ocorre segundo um procedimento lógico. Constitui-se em uma "fattispecie" complexa de formação sucessiva, que se desdobra em três fases básicas: introdutória; de apreciação do pedido e decisória. Cada fase do processo administrativo representa um conjunto de atos e fatos que desempenham, quanto ao ato final, uma função relativamente homogênea.

O agrupamento dos atos do processo em fases atende a fins classificatórios, pois os atos de uma fase produzem, de regra, um certo tipo de efeitos; por outro lado, visa também à disciplina temporal dos atos que se sucedem entre si, porque as fases expressam os momentos juridicamente definidos da progressão lógica temporal do processo, embora sem caráter de rigidez.

Melhor parece seguir essa última diretriz quanto à estrutura, para considerar no processo administrativo três fases: a) fase introdutória ou inicial, integrada por atos que desencadeiam o procedimento (deflagrada de ofício ou por iniciativa de interessados) b) fase preparatória, na qual se colhem todos os elementos de fato e de direito que possibilitem a tomada de decisão justa e aderente à realidade; aí se incluem os atos e fatos relativos a provas, a formulação de pareceres jurídicos e técnicos, a audiências públicas (como no licenciamento urbanístico e ambiental em que se fazem análises de impactação), relatórios, alegações escritas com caráter de defesa ou não, enfim todos os elementos que levam a um conhecimento mais acurado da questão tratada no processo; e c) fase decisória ou decisão, que é o momento em que a autoridade competente (unipessoal ou colegiado) fixa o teor do ato que emite a decisão que o formaliza; nessa fase se incluem os elementos necessários à eficácia da decisão, tais como notificação, publicação e eventualmente homologação ou aprovação, pois todos são ínsitos à própria decisão.

Este processo administrativo deve observar, com a devida hermenêutica própria à esfera de competência, os regramentos da Lei federal nº 9.787, de 29 de janeiro de 1999, publicada no DOU de 1º/2/1999, postos ao processo administrativo federal, que, na essência contêm os princípios informadores do processo e que estabelecem normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Federal direta e indireta.

Logo no artigo segundo, esta Lei traz a principiologia básica constitucional à qual submete a Administração Pública, destacando, dentre outros, os princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência fixando critérios a serem observados em toda esfera da União para os processos administrativos, regras que, como salientado, devem ser adotadas pelos Municípios.

Na fase intermediária e instrutória se farão as análises ou estudos prévios de impacto de vizinhança e ambiental em face da proposição do administrado.

Na denominação da lei federal do processo administrativo, a fase de instrução está regulada nos artigos 29 a 47, relativos ao Capítulo X, e pode perfeitamente ser utilizada pelos Municípios na hipótese de não haver legislação própria estabelecedora desta regulamentação.

Não obstante se tratar de instituto único, tendo em vista que o licenciamento urbanístico é também de natureza ambiental, da mesma forma como fizemos para explicitar a função social da propriedade sob o duplo aspecto, dividindo-a nos planos do Direito urbanístico e ambiental, o faremos com a licença no plano municipal: a licença urbanística, como sendo aquela em que Município faz incidir a legislação urbanística, e a licença ambiental, quando o Município fará cumprir as normas e posturas próprias ao meio ambiente natural e em geral, sempre no campo do interesse local.

Nada mais do que a observância do "devido processo legal", especialmente permitindo a manifestação e a defesa da parte interessada em todos os momentos, com possibilidade de recurso.

## 9. A LICENÇA URBANÍSTICA

A Licença urbanística não inova no mundo jurídico na medida em que o direito à construção já se encontra ínsito ao direito de propriedade, não aumenta os limites da propriedade, nem a liberdade do proprietário. Com a Constituição, nos artigos 182 e 183, ao estabelecer a Política Urbana recriando o direito de propriedade para colocá-lo como dependente do exercício da função social definida no Plano Diretor, a licença urbanística, embora possa constituir-se em atividade de polícia, enquanto controladora de direitos subjetivos, passou a ser o principal instrumento de execução do urbanismo. É no âmbito do licenciamento que vai ocorrer a execução da política urbana com a participação dos habitantes das cidades.

No processo de licenciamento urbanístico em Salvador existe uma fase antecedente que denominamos de AOP - Análise de Orientação Prévia. Na Lei federal de parcelamento do solo urbano, nº 6.766/79, também existe uma fase antecedente denominada como de fixação de diretrizes.

O Professor José Afonso[25] diz que é nesta fase preliminar, ou fase de apreciação do pedido, que o Município deve verificar a necessidade de formação de juízo com o exame do projeto da construção e das plantas respectivas, a fim de se verificar se atendem às exigências da legislação edilícia (normas de vizinhança do Código Civil e do Código de Obras ou de Edificação) e urbanística (índices urbanísticos, restrições de uso do solo, etc.).

Aqui é que entra o aspecto da discricionariedade técnica da administração relativamente à outorga da licença. Neste momento o Município pode entrar na indagação do destino das construções, recusando aceitação às que forem inadequadas ou insatisfatórias e impondo as alterações que entender necessárias à execução do plano urbanístico. Neste momento do processo de licenciamento é que deve decidir pela realização do EIV ou do EIA, se a hipótese comportar.

## 10. A LICENÇA AMBIENTAL

A licença no plano do Direito Ambiental é igualmente ato de controle do uso do solo e atividades com vistas ao cumprimento do Plano Diretor e atendimento das funções sociais da propriedade, impondo deveres e condicionando definitivamente o exercício do direito. Distingue-se da licença no plano do Direito urbanístico quanto ao procedimento e quanto à exigência do EIA, uma vez que ele é sempre presente diante da questão ambiental e nem sempre na questão urbanística.

Os critérios básicos são normas gerais fixadas pelo Conama, a serem observadas pelo Município, segundo as quais serão exigidos os estudos de impactação. Estes critérios devem ser objeto da fixação de diretrizes. Em Salvador, isto se dá no momento da AOP - Análise de Orientação Prévia.

---

[25] Ob. cit. p. 394.

A Resolução CONAMA-237, de 1997, no seu art. 10, estabelece as etapas do procedimento de licenciamento ambiental que deverão ser transpostas para o processo administrativo de licenciamento por qualquer ente federativo. O que é mais importante no processo de licenciamento ambiental no plano da cidade, é que este deve ser compatibilizado com o licenciamento que ocorre no plano do Direito de Construir.

## 11. COMPATIBILIZAÇÃO DAS LICENÇAS URBANÍSTICA E AMBIENTAL

Diante da circunstância de que as licenças, quanto ao procedimento, possuem origens legislativas diferenciadas que precisam ser harmonizadas, pois se constituem em licenças autônomas, independentes, a compatibilidade deve ocorrer para possibilitar a correta investigação dos pontos de Estudo prévio e a consonância entre as regras. Todos os procedimentos de ambas as licenças devem ser observados. A questão é como proceder para não permitir o conflito de regras.

Cabe ao Município compatibilizar estas divergências em favor do desenvolvimento regular do processo. Em Salvador, já vislumbramos que este momento pode ser o da concessão da AOP - Análise de Orientação Prévia. Mas nada impede que seja em outro momento, em função das características do empreendimento ou atividade. O objetivo da compatibilização das licenças é integrar a Licença Ambiental ao processo de licenciamento urbanístico, permitindo a otimização e a melhora de ambos. O trabalho é interdisciplinar e integrado.[26]

É preciso compatibilizar as análises que serão necessárias dentro do processo de licença, de modo a evitar que se façam duas vezes vistorias que sejam próprias a mais de uma apreciação, como ocorre com a análise de impactação de vizinhança que deve proceder-se dentro do licenciamento e, neste caso, conjuntamente com a ambiental.

Precisamos encontrar o tempo de cada ato e escaloná-lo no curso do procedimento administrativo previsto, com base na Lei para o processo federal e nas Resoluções do CONAMA. O licenciamento ambiental é mais um elemento que surge ao alcance do Município para corroborar e acentuar a competência municipal para gerir os destinos da pólis. [27]

## 12. CONCLUSÃO

A natureza do estado brasileiro não foi modificada. Mas em decorrência desta nova ordem constitucional a reforma urbana poderá ser muito mais eficiente e muito mais aceito o Direito Urbanístico como ramo autônomo e independente do direito.

Não podemos nós, que trabalhamos com o Direito e com o Urbanismo, ficar estáticos e aceitar que dezenas de milhões de brasileiros, inquilinos, favelados, maloqueiros, invasores, residentes de periferias, sem-tetos e sem-terras, (os habitantes das cidades), continuem desconsiderados pelas administrações de suas cidades, preocupadas apenas em elaborar planos diretores e leis urbanísticas que atendam muito a grande problemática urbana social.

Com esta ordenação Constitucional e respeito ao processo, encontraremos formas plausíveis de os Municípios atuarem e intervirem urbanisticamente no sentido de promoverem a diminuição das desigualdades. Resta acreditar.

---

[26] Consulte-se a respeito o trabalho de PRESTES, Vanêsca Buzelato, Procuradora Geral Adjunta de Políticas locais do Município de Porto Alegre, *A necessidade de Compatibilização das licenças Ambiental e Urbanística no Processo de Municipalização do Licenciamento Ambiental*. Revista "Fórum de Direito Urbano e Ambiental", Belo Horizonte: Fórum, Volume 05, setembro e outubro de 2002.

[27] PRESTES, Vanêsca Buzelato. Ob. cit.

# Prescrição de créditos tributários na esfera administrativa

Pedro Leonardo Summers Caymmi
Procurador do Município do Salvador, lotado na Procuradoria Fiscal
Mestre em Direito Público pela UFBA
Professor de Direito Financeiro e Tributário da Faculdade Baiana de Direito e do curso JUSPODIVM

SUMÁRIO

01. INTRODUÇÃO. 02. A PRESCRIÇÃO TRIBUTÁRIA: NOÇÕES GERAIS. 03. REGRAS DE APURAÇÃO PARA CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS CONSTITUÍDOS POR LANÇAMENTO DE OFÍCIO SUPLEMENTAR. 03.1. TERMO INICIAL DE CONTAGEM DO PRAZO PRESCRICIONAL. 03.2. EXISTÊNCIA DE PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL DE CONTROLE DO ATO DE LANÇAMENTO. 03.3. TERMO INICIAL DO PRAZO PRESCRICIONAL QUANDO NÃO HÁ APRESENTAÇÃO DE DEFESA OU RECURSO ADMINISTRATIVO (REVELIA ADMINISTRATIVA). 03.4. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE NA ESFERA ADMINISTRATIVA. 04. REGRAS DE APURAÇÃO PARA CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS CONSTITUÍDOS POR LANÇAMENTO DE OFÍCIO DIRETO. 04.1. INTERPOSIÇÃO DE RECLAMAÇÃO ADMINISTRATIVA. 04.2. PAGAMENTO LEGALMENTE FIXADO EM PARCELAS MENSAIS E SUCESSIVAS, COM OPÇÃO PELO PAGAMENTO EM "COTA ÚNICA". 05. EXISTÊNCIA DE OUTRAS CAUSAS SUSPENSIVAS DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. 06. PARCELAMENTO ADMINISTRATIVO DE TRIBUTOS. 07. CONCLUSÃO.

## 01. INTRODUÇÃO

O presente artigo analisa as diversas hipóteses para caracterização da prescrição de créditos tributários na esfera administrativa, ou seja, enquanto não existente processo judicial de execução fiscal. São levadas em conta, para isso, variáveis como o termo inicial de contagem do prazo e causas suspensivas e/ou interruptivas do seu curso.

Este tema se reveste de grande importância em matéria tributária, especialmente para aqueles que atuam, na Administração Tributária, no controle de legalidade dos atos administrativos, seja pelo volume de demandas envolvidas, seja pelas inúmeras controvérsias suscitadas.

Inicialmente, é apresentado um conceito de prescrição tributária e noções gerais sobre o tema. Nos tópicos seguintes, são analisadas as variáveis envolvidas quanto aos créditos tributários constituídos por lançamento de ofício suplementar, àqueles objeto de lançamento de ofício originário ou direto, nos casos de existência de causas suspensivas da exigibilidade e de ocorrência de parcelamento do débito. É ainda elaborado, como conclusão, um quadro-resumo de todas as hipóteses analisadas ao longo do trabalho, facilitando assim uma visão geral das conclusões adotadas.

## 02. A PRESCRIÇÃO TRIBUTÁRIA: NOÇÕES GERAIS

A prescrição tributária é fato extintivo do crédito tributário, conforme o inciso V do artigo 156 do Código Tributário Nacional – CTN[1], composto pela conjugação de dois elementos, inércia e tempo[2]. Ocorre, portanto, com a inércia do sujeito ativo em proceder à sua cobrança judicial pelo prazo de 5 (cinco) anos, contados da "constituição definitiva do crédito tributário", conforme o *caput* do artigo 174 do CTN[3].

Sua natureza de fato extintivo, por sua vez, autoriza que, caracterizada sua ocorrência, seja efetuado o cancelamento administrativo do crédito tributário, em exercício de autotutela pela Administração Pública, nos termos da súmula 473 do Supremo Tribunal Federal[4]. Além disso, sua aferição constitui objeto do controle administrativo de legalidade, liquidez e certeza do crédito público de que é dotado o ato de inscrição em dívida ativa pela autoridade competente, nos termos do parágrafo terceiro do artigo segundo da Lei federal 6.830/80 (Lei de Execução Fiscal - LEF[5]).

Inúmeras situações, entretanto, podem interferir na configuração ou não deste fato extintivo, sendo relevante aferir (a) o tipo de lançamento a que está sujeito o tributo, (b) o termo inicial de contagem do prazo prescricional, (c) a existência ou não de causa suspensiva da sua exigibilidade e (d) a existência ou não de causa interruptiva do prazo prescricional.

---

1 Art. 156. Extinguem o crédito tributário:
(...)
V - a prescrição e a decadência.

2 Neste sentido, conceitua **Paulo de Barros Carvalho** que "com o lançamento eficaz, quer dizer, adequadamente notificado ao sujeito passivo, abre-se à Fazenda Pública o prazo de cinco anos para que ingresse em juízo com a ação de cobrança (ação de execução). Fluindo esse período de tempo sem que o titular do direito subjetivo deduza sua pretensão pelo instituto processual próprio, dar-se-á o fato jurídico da prescrição" (CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 503-504).

3 Art. 174. A ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva.

4 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.

5 Art. 2 º. (...) § 3º - A inscrição, que se constitui no ato de controle administrativo da legalidade, será feita pelo órgão competente para apurar a liquidez e certeza do crédito e suspenderá a prescrição, para todos os efeitos de direito, por 180 dias, ou até a distribuição da execução fiscal, se esta ocorrer antes de findo aquele prazo.

Tratando-se, desta maneira, de matéria que comporta diversas variáveis de análise, o presente trabalho busca realizar a sistematização do tema, traçando as diversas hipóteses existentes e indicando a disciplina jurídica aplicável a cada uma delas, de acordo com o entendimento doutrinário e jurisprudencial atual.

## 03. REGRAS DE APURAÇÃO PARA CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS CONSTITUÍDOS POR LANÇAMENTO DE OFÍCIO SUPLEMENTAR

Trata a presente hipótese dos créditos tributários constituídos por ato administrativo de lançamento em revisão de ofício do lançamento originário, ou lançamento de ofício "suplementar", na forma dos incisos II a IX do artigo 149 do CTN[6]. Ocorre quando o tributo, originariamente sujeito a lançamento por homologação (artigo 150 do CTN[7]), declaração (artigo 147 do CTN[8]), ou mesmo lançamento de ofício direto (inciso I do artigo 149 do CTN[9]), não foi adequadamente constituído pelo procedimento regular[10]. Isto normalmente se dá, como afirma Ruy Barbosa Nogueira, "nos casos em que os obrigados ao autolançamento ou às declarações e informações para o lançamento misto deixam de cumpri-las ou as cumprem incompletamente[11]".

O tributo, nestes casos, normalmente é imposto em conjunto com uma série de penalidades, sendo todos esses atos registrados em um único documento denominado auto de in-

---

[6] Art. 149. O lançamento é efetuado e revisto de ofício pela autoridade administrativa nos seguintes casos:
(...)
II - quando a declaração não seja prestada, por quem de direito, no prazo e na forma da legislação tributária;
III - quando a pessoa legalmente obrigada, embora tenha prestado declaração nos termos do inciso anterior, deixe de atender, no prazo e na forma da legislação tributária, a pedido de esclarecimento formulado pela autoridade administrativa, recuse-se a prestá-lo ou não o preste satisfatoriamente, a juízo daquela autoridade;
IV - quando se comprove falsidade, erro ou omissão quanto a qualquer elemento definido na legislação tributária como sendo de declaração obrigatória;
V - quando se comprove omissão ou inexatidão, por parte da pessoa legalmente obrigada, no exercício da atividade a que se refere o artigo seguinte;
VI - quando se comprove ação ou omissão do sujeito passivo, ou de terceiro legalmente obrigado, que dê lugar à aplicação de penalidade pecuniária;
VII - quando se comprove que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com dolo, fraude ou simulação;
VIII - quando deva ser apreciado fato não conhecido ou não provado por ocasião do lançamento anterior;
IX - quando se comprove que, no lançamento anterior, ocorreu fraude ou falta funcional da autoridade que o efetuou, ou omissão, pela mesma autoridade, de ato ou formalidade especial.

[7] 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.

[8] Art. 147. O lançamento é efetuado com base na declaração do sujeito passivo ou de terceiro, quando um ou outro, na forma da legislação tributária, presta à autoridade administrativa informações sobre matéria de fato, indispensáveis à sua efetivação.

[9] Art. 149. O lançamento é efetuado e revisto de ofício pela autoridade administrativa nos seguintes casos:
I - quando a lei assim o determine; (...)

[10] Não sendo este o objeto do trabalho, não abordamos a controvérsia acerca das espécies de lançamento, adotando, apenas a título administrativo, a tipologia e nomenclatura exposta no Código Tributário Nacional, que identifica três tipos de lançamento, de ofício, por declaração e por homologação. A doutrina e a jurisprudência atual, na verdade, parecem superar tal entendimento literal, entendendo que existiria apenas o lançamento, ato administrativo de imposição tributária, com diferentes procedimentos para sua realização, e ainda a possibilidade de tributos sem lançamento, formalizados por ato-declaração do próprio contribuinte. Resume **Denise Lucena Cavalcante** que "a classificação do lançamento no Código Tributário Nacional – lançamento de ofício, por declaração e por homologação – não prospera, vez que, atualmente, as formas de constituição do crédito tributário tanto podem ser pelo lançamento ou por ato do sujeito passivo", pois "o fato de o cidadão-contribuinte não poder efetuar o lançamento não significa que ele não possa constituir o crédito tributário; com esta afirmação chega-se a outra, qual seja, a existência de tributo sem lançamento". (CAVALCANTE, Denise Lucena. *Crédito tributário*: a função do cidadão-contribuinte na relação tributária. São Paulo: Malheiros, 2004, p.132)

[11] NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Curso de Direito Tributário*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 236.

fração ou notificação de débito[12]. As denominações "auto de infração" e "notificação fiscal de lançamento", por exemplo, são utilizadas no Município do Salvador.

## 03.1. TERMO INICIAL DE CONTAGEM DO PRAZO PRESCRICIONAL

Nestes casos, devemos inicialmente fixar qual o termo inicial para contagem do prazo prescricional, ou seja, quando se considerará definitivamente constituído o crédito tributário. A constituição definitiva, nesta hipótese, se dá com a *notificação regular do lançamento ao sujeito passivo*[13], sendo o processo administrativo posterior procedimento de controle de legalidade interno, pois, como afirma Paulo de Barros Carvalho, "a contagem do prazo tem como ponto de partida a data da *constituição definitiva do crédito*, expressão que o legislador utiliza para referir-se ao ato de lançamento regularmente comunicado (pela notificação) ao devedor[14]".

Neste ponto, entretanto, este mesmo autor ressalva que "é fácil divisar, desde logo, que não se pode falar em curso da prescrição enquanto não se verificar a inércia do titular da ação[15]"; não se pode, deste modo, iniciar a contagem do prazo prescricional enquanto aberta a possibilidade, ao sujeito passivo, de cumprimento espontâneo da obrigação tributária da qual foi notificado. O chamado prazo para cumprimento voluntário, portanto, não pode ser computado para efeito de cálculo do período de prescrição, até que se atinja o *termo inicial de exigibilidade*, momento a partir do qual pode a Fazenda Pública adotar medidas, inclusive judiciais, para o cumprimento forçado do dever pecuniário. Conclui Paulo de Barros Carvalho:

> *A solução harmonizadora está em deslocar o termo inicial do prazo de prescrição para o derradeiro momento do período de exigibilidade administrativa, quando o Poder Público adquire condições de diligenciar acerca do seu direito de ação. Ajusta-se assim a regra jurídica à lógica do sistema*[16].

Constituído o crédito tributário pelo lançamento, desta maneira, que se aperfeiçoa com a notificação regular ao sujeito passivo, e esgotado o prazo de pagamento espontâneo, ou seja, atingido o termo inicial de exigibilidade, tem curso o prazo prescricional de 5 (cinco) anos para início da cobrança judicial do crédito tributário, sob pena de extinção do crédito tributário.

Ocorre, entretanto, que, neste período, pode ocorrer uma série de fatos com consequências para o curso e contagem deste prazo, que devem ser detalhadamente analisados.

## 03.2. EXISTÊNCIA DE PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL DE CONTROLE DO ATO DE LANÇAMENTO

A lavratura do auto de infração ou da notificação fiscal de lançamento confere ao contribuinte a oportunidade de apresentar

---

[12] É importante diferenciar, como alerta **Paulo de Barros Carvalho**, o repositório físico dos atos administrativos (o auto de infração) destes em si mesmos (lançamento e ato de imposição de penalidade), bem como estes entre si, pois, leciona este autor, "dá-se a conjunção, num único instrumento material, sugerindo até possibilidades híbridas. Mera aparência. Não deixam de ser duas normas jurídicas distintas postas por expedientes que, por motivos de comodidade administrativa, estão reunidos no mesmo suporte físico" (CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.450).

[13] Lembra Eurico Marcos Diniz de Santi que "a notificação é um dos pressupostos de validade do ato-norma administrativo de lançamento", e que "a ausência de notificação regular não torna o ato meramente ineficaz, mas sim invalidável" (SANTI, Eurico Marcos Diniz de. *Lançamento tributário*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1999, p.164).

[14] CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 471.

[15] CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 505.

[16] Ibidem, p. 506.

impugnações administrativas ao ato, a serem apreciadas e julgadas pela Administração Tributária, sendo assegurado ao particular, inclusive, o exercício da ampla defesa no processo administrativo, nos termos do inciso LV do artigo quinto da Constituição Federal de 1988[17]. Interpostos recursos e defesas administrativas, nos termos da lei reguladora do ente tributante[18], estes possuem efeito suspensivo sobre a exigibilidade do crédito, conforme o inciso III do artigo 151 do CTN[19].

Suspensa a exigibilidade do crédito tributário, fica obstada sua cobrança judicial, e, por consequência, durante este período, não se pode falar em curso do prazo prescricional, já que não existe inércia do sujeito ativo. A suspensão da exigibilidade do crédito pelos recursos administrativos implica em suspensão também do curso do prazo prescricional, como afirma Sacha Calmon Navarro Coelho:

> *Pelo princípio do actio nata, ou seja, para que prescreva o direito de ação, é necessário que o autor possa exercê-lo livremente. A sua inércia e mais o fugir do tempo redundam na prescrição. O direito não socorre aos que dormem.*
> *O que se tem que verificar é simples. As hipóteses legais de suspensão do crédito tributário impedem o curso dos prazos de prescrição, favorecendo a Fazenda Pública.* Com efeito, durante todo o processo administrativo de discussão do crédito tributário (reclamações e recursos) não corre a prescrição[20].

Eurico Marcos Diniz de Santi, nesta mesma situação, alerta que, tecnicamente, nestes casos, sequer se iniciou o curso do prazo prescricional, já que a causa suspensiva é concomitante à própria constituição definitiva do crédito:

> *Só se há de falar de fato prescricional se houver a exigibilidade do crédito no decurso desses cinco anos. Nos casos em que houver suspensão de exigibilidade antes do vencimento do prazo para o pagamento, o prazo prescricional não será mais a data da constituição do crédito, mas a data do desaparecimento jurídico do obstáculo à exigibilidade*[21].

Desta maneira, tem-se que o termo inicial de contagem do prazo prescricional, quando existe a apresentação de defesas/recursos administrativos, é a data do julgamento administrativo definitivo[22].

03.3. Termo inicial do prazo prescricional quando não há apresentação de defesa ou recurso administrativo (revelia administrativa).

Nas hipóteses em que o contribuinte, re-

---

[17] 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; (...)

[18] É importante ressaltar que não é garantida ao contribuinte a existência de um processo administrativo fiscal, ou seja, a lei de cada ente tributante pode ou não prever a possibilidade de impugnação administrativa do lançamento e quantas instâncias julgadoras existirão em cada caso; o que é garantido, pelo artigo 151 do CTN, é que, uma vez existentes defesas, reclamações e recursos, estes necessariamente terão efeito suspensivo sobre a exigibilidade do crédito tributário. Neste sentido, aponta **Hugo de Brito Machado** que "não podem as leis, quer federais, estaduais ou municipais, negar às reclamações e/ou aos recursos esse efeito suspensivo ou, mais exatamente, *impeditivo* da exigibilidade do crédito tributário". (MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 167).

[19] Art. 151. Suspendem a exigibilidade do crédito tributário: (...)
III - as reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo; (...)

[20] COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. 08. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 857.

[21] SANTI, Eurico Marcos Diniz de. *Decadência e prescrição no Direito Tributário*. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 219.

[22] Seguindo o mesmo raciocínio anteriormente exposto, se do julgamento administrativo definitivo for aberto prazo para pagamento espontâneo pelo contribuinte, somente após o esgotamento deste se inicia a contagem do prazo prescricional.

gularmente notificado, não apresenta defesa administrativa ou recurso administrativo, não provocando, portanto, o início do processo administrativo fiscal, não há que se falar em suspensão da exigibilidade do crédito tributário, pois não se verifica a ocorrência de qualquer das hipóteses do artigo 151 do CTN[23], de interpretação literal/restritiva, como prescreve o inciso I do artigo 111 do CTN[24].

Isto implica, por consequência, na ausência de suspensão/impedimento do curso do prazo prescricional, já que o débito fiscal se encontra então plenamente exigível e passível de cobrança judicial. É preciso, neste momento, ressaltar dois pontos de extrema relevância para este tópico do trabalho.

Primeiro, que, até o final do prazo facultado pela lei para interposição da defesa/recurso ao ato de lançamento, o crédito tributário ainda não é exigível, pois existe a possibilidade da apresentação da impugnação administrativa com efeito suspensivo sobre sua exigibilidade. O termo inicial da contagem do prazo prescricional, portanto, é o final do prazo para interposição da defesa ou do recurso administrativo, na forma da legislação reguladora.

Além disso, não se pode ignorar que alguns entes federativos, como é o caso do Município do Salvador, preveem, nos casos de "revelia" administrativa (não apresentação da defesa inicial), o incidente de saneamento dos processos pelo Tribunal Administrativo, aqui, no caso, a Junta de Julgamento do Conselho Municipal de Contribuintes, que faz o controle de legalidade do crédito tributário antes de sua remessa para inscrição em Dívida Ativa.

Entendemos, entretanto, que este procedimento interno de "acertamento" do lançamento, promovido de ofício pela Administração Pública, não tem o efeito de impedir o curso do prazo prescricional, pois, como exposto, não tem efeito suspensivo da exigibilidade do crédito tributário, não estando previsto no artigo 151 do CTN com tal eficácia.

Lembre-se que a interpretação das possíveis causas de suspensão da exigibilidade do crédito tributário comporta interpretação restritiva, como prescreve o já citado inciso I do artigo 111 do CTN, e, por isso, são taxativas as hipóteses de suspensão de exigibilidade previstas no artigo 151 do CTN. Lembra José Jayme Macedo de Oliveira que "as modalidades de suspensão e de exclusão do crédito tributário são as elencadas nos arts. 151 e 175 do CTN, respectivamente", e, portanto, "o aplicador da lei, relativamente a tais situações, é de pautar-se na interpretação restritiva da norma, sem ampliá-la, sem buscar equiparações de natureza analógica[25]".

O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, já manifestou seu entendimento no mesmo sentido, ao determinar que "entre as hipóteses de suspensão da exigibilidade do crédito tributário previstas, *de forma exaustiva*, no art. 151 do CTN, e que legitimam a expedição da certidão, duas se relacionam a créditos tributários objeto de questionamento em juízo[26]".

No caso citado, portanto, o processo de

---

[23] Art. 151. Suspendem a exigibilidade do crédito tributário:
I - moratória;
II - o depósito do seu montante integral;
III - as reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo;
IV - a concessão de medida liminar em mandado de segurança.
V – a concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial;
VI – o parcelamento.

[24] Art. 111. Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre:
I - suspensão ou exclusão do crédito tributário; (...)

[25] OLIVEIRA, José Jayme Macedo de. *Código Tributário Nacional*. 02. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, pp. 339-340.

[26] SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial 700.917/RS, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, publicado no DJ de 19.10.2006, p. 242.

saneamento administrativo do lançamento instituído pela lei municipal não pode ser equiparado a recursos ou reclamações administrativas, mesmo porque, como exposto, não conta com a participação do contribuinte, ocorrendo exclusivamente por impulso oficial[27]; não pode, portanto, suspender o curso do prazo prescricional.

## 03.4. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE NA ESFERA ADMINISTRATIVA

Uma última questão referente aos créditos tributários constituídos por revisão de ofício de lançamento, sujeitos a processo administrativo fiscal de controle, é saber se a demora na conclusão do processo administrativo pode ensejar a denominada "prescrição intercorrente", ou seja, se pode ocorrer a extinção do crédito tributário pela prescrição *estando em curso* o processo administrativo fiscal.

Já se percebe, de início, a incoerência desta proposição, pois, estando suspensa a exigibilidade do crédito tributário no curso do processo administrativo, por força do inciso III do artigo 151 do CTN, e, portanto, estando suspenso o curso do prazo prescricional, jamais poderia ser caracterizado o fato jurídico prescrição. Some-se a isto a ausência de qualquer previsão legal neste sentido, como entende Eurico Marcos Diniz de Santi:

> *Consideramos que não pode haver prescrição* intercorrente no processo administrativo *porque, quando há impugnação ou recurso administrativo durante o prazo para pagamento do tributo, suspende-se a exigibilidade do crédito, o que simplesmente impede a fixação do início do prazo prescricional*[28].

No mesmo sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça entende que "o prazo prescricional previsto no art. 174 do CTN só tem início com a decisão definitiva do recurso administrativo (Súmula 153 do TFR), não havendo que se falar, portanto, em prescrição intercorrente[29]", bem como que "o STJ fixou orientação de que o prazo prescricional previsto no art. 174 do CTN só se inicia com a apreciação, em definitivo, do recurso administrativo (art. 151, inciso III, do CTN)[30]".

Deste modo, não é possível a ocorrência de prescrição intercorrente no processo administrativo[31].

## 04. REGRAS DE APURAÇÃO PARA CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS CONSTITUÍDOS POR LANÇAMENTO DE OFÍCIO DIRETO

Trata-se dos tributos sujeitos a regime regular e originário de lançamento de ofício, na forma do inciso I do artigo 149 do CTN. Leciona Luciano Amaro:

---

[27] Novamente, neste ponto, a rigidez do entendimento do Superior Tribunal de Justiça, expresso na seguinte ementa: "TRIBUTÁRIO. SUSPENSÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO. CTN, ART. 97, VI, DECRETOS 70.235/72, 75.445/75 E IN SRF-46/75. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ESTRITA. PRECEDENTES. 1. A teor do art. 97, VI, a suspensão do crédito tributário sujeita-se ao princípio da legalidade estrita. 2. Somente a lei, formalmente elaborada, poderia suprimir, do processo administrativo fiscal, o pedido de reconsideração com característica recursal. - 3. Recurso especial improvido. (REsp 219.651/SP, Rel. Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 5.10.2000, DJ 06.11.2000 p. 195)".

[28] SANTI, Eurico Marcos Diniz de. Inexistência da "prescrição intercorrente" no Direito Tributário Positivo. *In*: SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito Tributário*, volume II. São Paulo: Quartier Latin, 2003, p. 851.

[29] SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AgRg no REsp 577.808/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 23.03.2004, DJ 17.5.2004 p. 148.

[30] SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AgRg no Ag 652.868/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 2.8.2005, DJ 5.9.2005 p. 364.

[31] Novamente fugindo ao objeto do trabalho, poderia se questionar se consequência alguma derivaria da demora da Administração Tributária em analisar os recursos e reclamações dos contribuintes. Entendemos possível, em tese, a aplicação do parágrafo sexto do artigo 37 da CF-88, com a apuração de eventual responsabilidade do Estado pela demora, assegurado o direito de regresso contra o agente causador do dano nos casos em que este agiu com dolo ou culpa.

> *O inciso I prevê a consecução do lançamento de ofício por determinação da lei de incidência. A escolha dessas formas de lançamento (como de resto, a das demais) não é aleatória, devendo levar em conta a natureza do tributo. Como regra, o lançamento de ofício é adequado aos tributos que têm como fato gerador uma situação permanente (como a propriedade imobiliária, por exemplo), cujos dados constam dos cadastros fiscais, de modo que basta à autoridade administrativa a consulta àqueles registros para que tenha à mão os dados fáticos necessários à realização do lançamento*[32].

O Município do Salvador, por exemplo, formaliza os lançamentos de ofício diretos pela "Notificação de Lançamento", com utilização no Imposto Predial e Territorial Urbano, o IPTU, e no Imposto sobre Serviços (ISS) dos profissionais autônomos[33], entre outros tributos.

Sabendo que, como exposto acima, a constituição definitiva do crédito tributário se dá com a notificação regular do lançamento ao sujeito passivo, é necessária novamente uma análise detalhada de uma série de variáveis com efeitos sobre a apuração da prescrição dos créditos tributários constituídos por lançamento de ofício direto.

## 04.1. INTERPOSIÇÃO DE RECLAMAÇÃO ADMINISTRATIVA

A legislação do ente tributante pode prever que o contribuinte, assim como no lançamento de ofício suplementar, tenha o direito de apresentar uma reclamação administrativa impugnando o conteúdo do lançamento de ofício direto. Trata-se, como se vê, da mesma hipótese acima abordada da existência de recursos e reclamações interpostos na forma da legislação reguladora, pelo que se aplicam as mesmas conclusões, ou seja, no curso do processo administrativo fiscal de apreciação e julgamento da Reclamação Administrativa, fica suspenso o curso do prazo prescricional.

## 04.2. PAGAMENTO LEGALMENTE FIXADO EM PARCELAS MENSAIS E SUCESSIVAS, COM OPÇÃO PELO PAGAMENTO EM "COTA ÚNICA"[34]

Resta ainda, em relação ao lançamento de ofício direto, controvérsia quando a legislação do ente tributante prevê o pagamento do tributo, alternativamente, em cota única ou em parcelas mensais e sucessivas, como é o caso do IPTU no Município do Salvador. A lei municipal, com efeito, autoriza o parcelamento do imposto em até 11 (onze) parcelas, mensais e sucessivas, como se vê nos artigos terceiro e quarto do decreto municipal 17.671/2007:

> Art. 3º O Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana (IPTU) é lançado de ofício, anualmente, em 01 de janeiro de cada exercício civil, com base nos elementos cadastrais declarados pelo contribuinte ou apurados pela Administração Tributária, na legislação vigente e na Tabela de Receita n. I, anexa à Lei n. 7.186/06.
> Parágrafo único. Será concedido o desconto de 10% (dez por cento) ao contribuinte que efetuar o pagamento do imposto de uma só vez, até a data de vencimento, que ocorrerá no dia 5 de fevereiro do exercício.

---

[32] AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 360-361.

[33] O ISS dos autônomos, baseado no parágrafo primeiro do artigo nono do decreto-lei 406/68, tido por compatível com a atual ordem constitucional, de acordo com a súmula 663 do Supremo Tribunal Federal, é cobrado com base em valor fixo, anual ou mensal.

[34] Este tópico do trabalho deriva, em boa parte, de discussões e ideias iniciadas em trabalho profissional da Procuradora do Município do Salvador Zênia Maria Cardoso de Castro Tourinho, a exemplo do parecer exarado no processo administrativo 28961/2009, do qual extraímos inúmeras sugestões.

> Art. 4º O contribuinte que não efetuar o pagamento do imposto de uma só vez até a data do vencimento estabelecido no parágrafo único do art. 3º, poderá fazê-lo em até 11 (onze) parcelas mensais e consecutivas, respeitado o valor mínimo de cada parcela, estabelecido em ato do Poder Executivo.
> *Parágrafo único. O vencimento da primeira parcela ocorrerá na mesma data prevista para vencimento da cota única e o das* demais, nos dias 5 (cinco) dos meses de março até dezembro do exercício.

O contribuinte, portanto, tem o direito, assegurado por lei, de quitar o tributo integralmente em fevereiro, ou o fazer de modo parcelado, entre fevereiro e dezembro do respectivo exercício financeiro. Deste modo, percebe-se que, assegurando a lei o direito ao pagamento parcelado, o tributo não pode ser considerado integralmente "em aberto" até o vencimento da última parcela, e, por consequência, até então não é exigível.

Existindo, portanto, a possibilidade tanto do pagamento à vista quanto do parcelamento, disponibilizado por exigência legal ao contribuinte, só se pode concluir que, não efetuado o pagamento da "cota única", optou o contribuinte pelo mecanismo do pagamento parcelado, ainda que de modo implícito.

Frise-se, além disso, que a data da ocorrência do fato gerador ou o momento da constituição definitiva do crédito não podem ser confundidos com o seu termo final de exigibilidade ou prazo de cumprimento espontâneo da obrigação, que constitui "o marco, a partir do qual se dá por descumprida a prestação, abrindo-se espaço à incidência dos dispositivos sancionatórios que as normas tributárias associam ao desrespeito de suas obrigações[35]", como alerta Paulo de Barros Carvalho.

Relativamente à contagem do prazo prescricional, como já exposto, enquanto não se possa reputar inerte a Fazenda Pública, ou seja, enquanto essa, por *não ter* a possibilidade de exigir judicialmente o tributo, não o faz, este prazo não se inicia. Apenas com o fim do prazo dado ao contribuinte para adimplemento espontâneo da obrigação é que surge para a Fazenda Pública a possibilidade de exigência coercitiva do tributo, inclusive com a propositura de demanda judicial neste sentido, na forma da Lei federal 6.830/80 (LEF); aqui, do mesmo modo, se inicia a contagem do prazo prescricional.

O Superior Tribunal de Justiça, em casos análogos, ainda que tratando de matéria não tributária, possui entendimento afirmando que "tendo o pagamento sido efetuado de forma escalonada, o termo inicial para contagem do prazo prescricional quinquenal coincidirá com a data da quitação da sua última prestação, uma vez que, nos termos do art. 4º do Decreto 20.910/32, não corre a prescrição durante o parcelamento[36]", e que "o termo inicial do prazo prescricional subordina-se ao princípio da *actio nata*: o prazo tem início a partir da data em que o credor pode demandar judicialmente a satisfação do direito[37]".

Recentemente, tratando especificamente desta questão em matéria tributária, o Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o agravo de instrumento 1081520/BA, relatado pela Ministra Eliana Calmon, assim decidiu, nos termos do voto condutor:

---

[35] CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 433.

[36] Superior Tribunal de Justiça. REsp 962.493/PB, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 8.11.2007, DJ 17.12.2007 p. 335.

[37] Superior Tribunal de Justiça. REsp 801.291/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 25.09.2007, DJ 18.10.2007 p. 277.

*As administrações municipais concedem comumente moratória aos contribuintes, incentivando-o ao adimplemento voluntário de suas obrigações fiscais. O contribuinte pode optar por recolher o valor total do tributo, com algum desconto ou parcelá-lo. A Fazenda municipal defende que o termo inicial da exigibilidade e da prescrição é o dia seguinte ao vencimento da última parcela do acordo e nada importando a data da constituição do crédito para aferir a prescrição na hipótese.*
*Assiste razão à recorrente. A prescrição é o prazo de exercício da pretensão. Esta, por sua vez, é o interesse jurídico na reparação do inadimplemento de uma prestação, no caso do Direito tributário, a obrigação principal: o tributo ou a multa pecuniária. Somente após a violação da prestação surge a pretensão e com ela se inicia o curso do prazo de exercício do direito de ação.*
*Se o contribuinte adere ao pagamento parcelado e postergado da obrigação tributária, somente no término do acordo se poderá saber o quantum devido. O contribuinte pode deixar de recolher toda a obrigação, parte dela ou ainda recolher algumas parcelas a maior.*
*Em nada interfere a data da constituição definitiva do IPTU, que esta Corte considera na data da emissão do carnê (AgRg no Ag 1051731/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/10/2008, DJe 06/11/2008) ou em 1º de janeiro de cada ano fiscal, no termo inicial da prescrição, pois embora constituído pelo carnê entregue no domicílio do contribuinte, este optou por pagar o crédito de forma parcelada, suspendendo-lhe a exigibilidade*[38].

Deste modo, nos tributos sujeitos a pagamento parcelado, enquanto não vencida a última parcela, não é passível de cobrança forçada a exação, e, portanto, não corre o prazo de prescrição.

Ressalte-se, entretanto, que, no caso de não pagamento nem da cota única *nem da primeira ou de qualquer parcela* do tributo fracionado, nos parece ainda obscuro se pode ser caracterizada uma opção tácita ou se deve ser entendido que o contribuinte não manifestou intenção de adimplir o débito nem de uma forma nem de outra; o entendimento do STJ, de qualquer modo, parece abarcar ambas as situações, não distinguindo se ocorreu ou não o pagamento da primeira parcela para reputar ocorrida a adesão tácita ao pagamento parcelado.

## 05. EXISTÊNCIA DE OUTRAS CAUSAS SUSPENSIVAS DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

O raciocínio exposto nos itens acima se aplica do mesmo modo aos períodos nos quais se encontrar vigente qualquer outra causa suspensiva da exigibilidade do crédito tributário, desde que prevista no artigo 151 do CTN, tal como a moratória, o parcelamento administrativo, o depósito em dinheiro do montante integral do tributo e as medidas judiciais que determinem a suspensão (medida liminar em mandado de segurança, medida cautelar e antecipação dos efeitos da tutela judicial no procedimento ordinário).

Existem ainda questões peculiares referentes ao parcelamento de tributos, a seguir tratadas de modo específico.

## 06. PARCELAMENTO ADMINISTRATIVO DE TRIBUTOS

O parcelamento de tributos, como acima exposto, é causa suspensiva da exigibilidade do

[38] Superior Tribunal de Justiça. AI 1081520/BA, Rel. Ministra ELIANA CALMON, DJ 16.12.2008.

crédito tributário (inciso VI do artigo 151 do CTN), e, portanto, durante o seu curso, fica igualmente suspenso o curso do prazo prescricional.

O parcelamento está previsto no artigo 155-A do CTN[39], que autoriza a sua concessão desde que na forma e nas condições previamente estabelecidas por lei de cada ente tributante. Normalmente, a lei do ente federativo estipula que a concessão do parcelamento será precedida da assinatura, pelo contribuinte, de instrumento de confissão de dívida, tornando líquido e certo o débito a ser parcelado[40].

Aqui se pode contatar que o ato de concessão do parcelamento, sendo condicionado à realização, pelo contribuinte, de confissão de dívida, acaba implicando no reconhecimento inequívoco do débito objeto do parcelamento. A assinatura deste instrumento, portanto, constitui, nos termos do inciso IV do parágrafo único do artigo 174 do CTN[41], causa de interrupção da prescrição, ou seja, a data da assinatura da confissão de dívida marca um novo termo inicial para contagem do prazo prescricional de 5 (cinco) anos.

Eurico Marcos Diniz de Santi, tratando do tema, afirma:

> *Por fim, o reconhecimento do débito pelo devedor, que também supõe fato prescricional em curso, é uma declaração escrita de débito ou petição de parcelamento do crédito, com reconhecimento expresso e inequívoco do direito do sujeito ativo, por parte do sujeito passivo. Esse ato do devedor provoca a abertura de novo prazo prescricional*[42].

É importante frisar, entretanto, que este efeito interruptivo não decorre da simples existência do parcelamento, mas depende de ato inequívoco de reconhecimento do débito; caso não seja obedecido fielmente o procedimento legal usual, ou a lei de determinado ente tributante não preveja a confissão de dívida como condição prévia ao parcelamento, e este seja concedido sem a assinatura da confissão de débito, não se verificará o efeito interruptivo, que pressupõe ato expresso de reconhecimento pelo devedor. Ter-se-á, então, apenas o efeito suspensivo do curso do prazo prescricional pela vigência do parcelamento, na forma do inciso VI do artigo 151 do CTN.

Resta ainda analisar a situação dos parcelamentos cancelados por inadimplência do contribuinte, sendo necessário precisar exatamente em qual momento se torna novamente exigível o crédito tributário, e, por consequência, volta a ter curso (ou se inicia, se ocorreu a interrupção pela confissão de dívida) o prazo prescricional.

A resposta a esta questão depende de análise específica da legislação de cada ente

---

[39] Art. 155-A. O parcelamento será concedido na forma e condição estabelecidas em lei específica.

[40] A doutrina e a jurisprudência, tradicionalmente, entendem que a confissão de dívida em matéria tributária não possui, em regra, efeitos análogos ao lançamento e/ou declaração do tributo pelo contribuinte, pois, sendo a obrigação tributária *ex lege*, esta só pode se dar nos estritos limites da lei, sendo irrelevante a vontade do devedor. Recentemente, entretanto, a jurisprudência tem passado a admitir, ao menos em alguns casos, a eficácia da confissão para dotar de liquidez e certeza o crédito, como no julgamento, pelo Tribunal Regional Federal da Primeira Região, do Agravo de Instrumento 2007.01.00.013144-2/MG (Relator Juiz Convocado Rafael Paulo Soares Pinto, publicado em 23/11/2007), que afirma, em sua ementa, que "de acordo com documentação juntada aos autos, o contribuinte confessou a dívida (para que incluída, em seu nome, no REFIS, do qual foi excluída posteriormente por inadimplência). A opção pelo REFIS sujeita a pessoa jurídica à confissão irrevogável e irretratável dos débitos incluídos no programa (art. 3.º, I, da Lei n. 9.964/2000)".

[41] Art. 174. (...)
Parágrafo único. A prescrição se interrompe:
(...)
IV - por qualquer ato inequívoco ainda que extrajudicial, que importe em reconhecimento do débito pelo devedor.

[42] SANTI, Eurico Marcos Diniz de. *Decadência e prescrição no Direito Tributário*. São Paulo: Max Limonad, 2000, pp. 224.

tributante, devendo-se aferir em que momento o inadimplemento implica no cancelamento do parcelamento. Neste sentido, tomando como exemplo a legislação do Município do Salvador, é claro o artigo nono do decreto municipal 13.555/2002 ao prescrever que "o atraso no pagamento de qualquer parcela, por 3 (três) meses implicará no cancelamento do parcelamento, considerando-se vencidas todas as parcelas restantes". Deste modo, no exemplo dado, assim que verificada esta condição (três meses de atraso no pagamento de uma parcela), volta a ter curso o prazo prescricional, ou se inicia, se ocorreu previamente sua interrupção pela confissão de dívida.

## 07. CONCLUSÃO

Deste modo, adotando-se as regras de apuração da ocorrência de prescrição acima expostas, pode-se construir o seguinte quadro-resumo:

Este quadro expressa, resumidamente, nosso entendimento sobre a prescrição tributária na esfera administrativa, devendo ainda se ter em mente que, por fugir ao objeto do presente trabalho, não foram analisadas as situações de prescrição tributária que envolvem créditos públicos já inscritos em dívida ativa e com a respectiva execução fiscal em curso, o que implica no surgimento de novas hipóteses, variáveis e regras de apuração.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, pp. 471.

| | | |
|---|---|---|
| LANÇAMENTO DE OFÍCIO SUPLEMENTAR | TERMO INICIAL | INÍCIO DA EXIGIBILIDADE, APÓS NOTIFICAÇÃO DO LANÇAMENTO |
| | RECURSO/RECLAMAÇÃO ADMINISTRATIVA | JULGAMENTO DEFINITIVO *OU* FINAL DO PRAZO DE PAGAMENTO |
| LANÇAMENTO DE OFÍCIO DIRETO | | COTA ÚNICA → VENCIMENTO |
| | PAGAMENTO | |
| | | PARCELADO → VENCIMENTO DA ÚLTIMA PARCELA |
| FATOS SUSPENSIVOS DA EXIGIBILIDADE | SUSPENSÃO/IMPEDIMENTO DO PRAZO | |
| | TERMO DE CONFISSÃO DE DÍVIDA | INTERRUPÇÃO DO PRAZO |
| PARCELAMENTO | VIGÊNCIA DO PARCELAMENTO | SUSPENSÃO DO PRAZO |
| | INADIMPLEMENTO | REINÍCIO APÓS CANCELAMENTO DO PARCELAMENTO |

_____. *Curso de Direito Tributário*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Curso de Direito Tributário*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

OLIVEIRA, José Jayme Macedo de. *Código Tributário Nacional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

SANTI, Eurico Marcos Diniz de. *Decadência e prescrição no Direito Tributário*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

_____. Inexistência da "prescrição intercorrente" no Direito Tributário Positivo. *In*: SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito Tributário*, volume II. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

_____. *Lançamento tributário*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1999.

_____. Lançamento, decadência e prescrição no Direito Tributário. *In*: BARRETO, Aires & BOTALLO, Eduardo (coord.). *Curso de iniciação em Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, 2004, pp. 51-92.

TOURINHO, Zênia Maria Cardoso de Castro. Parecer Administrativo 28961/2009. Salvador: Procuradoria Geral do Município do Salvador, 2009.

# Repactuação do contrato administrativo e convenção coletiva de trabalho: a análise crítica das últimas decisões do TCU.

Rafael Carrera Freitas
Procurador do Município do Salvador
Mestre em Direito Público pela UFBA.

**Resumo:** O presente estudo investiga a possibilidade ou não de admitir-se a repactuação como instituto adequado à promoção das modificações que se fizerem necessárias no contrato administrativo, especialmente quando decorrentes de cláusulas inseridas nas Convenções Coletivas de Trabalho – CCT. Analisa e critica as ultimas decisões do Tribunal de Contas da União acerca do tema, abordando o regime aplicado, sobretudo, aos contratos de terceirização celebrados pelo Poder Público. A pesquisa faz uso de conceitos e institutos da Teoria Geral do Direito, dentre eles a boa-fé, o equilíbrio econômico financeiro, a cláusula *rebus sic stantibus* para demonstrar como estes alcançam o direito público, em especial, o direito administrativo. Por fim, defende a possibilidade de reconstruir um novo entendimento sobre o assunto, admitindo a repactuação como instrumento para se rever a equação econômico-financeira dos contratos administrativos nos casos de reajustes salariais propostos por CCT, porém, o faz sustentado na diferença entre fatos imprevisíveis e imprecisos, além de chamar à colação o princípio da boa-fé objetiva.

## I – Introdução

Em torno da repactuação contratual, motivada por reajustes salariais decorrentes de Convenções Coletivas de Trabalho – CCT, o Tribunal de Contas da União – TCU tem defendido a tese de que não se trata de fato imprevisível, nem mesmo de fato previsível de consequências incalculáveis. A tabulação do fato em uma das duas categorias anteriormente citadas permitiria a aplicação da teoria da imprevisão, conforme preleciona Arnoldo Medeiros da Fonseca[1].

Não discordamos da posição do TCU quanto à prévia ciência pelas partes da data base para o reajuste, bem como da previsibilidade do percentual a ser aplicado, consoante registros apanhados no DIEESE – Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos que revelaram uma alta taxa de reposição das perdas inflacionárias, pela via eleita da CCT.

Entretanto, divergimos do TCU quanto à possibilidade de inclusão do evento nos atos preparatórios à contratação, seja no edital e seus anexos, ou mesmo, na fase de propostas, porquanto, ainda que previsível, o valor da nova remuneração é impreciso àquele instante.

Assim, impugnamos a fixação de intervalo mínimo de 1 (hum) ano para a admissibilidade da repactuação, entendendo que, dessa forma, se viola o princípio da boa-fé e, ao mesmo tempo, afronta o artigo 37, inciso XXI da Constituição Federal de 1988.

## II – Equilíbrio Econômico-Financeiro do Contrato Administrativo

A Constituição Federal de 1988 traça como garantia do contratado e dever da Administração a manutenção das condições da proposta, senão vejamos o art. 37, XXI:

> "XXI – 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 pagamento, 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".

A Lei 9.069/95, art. 28, § 1º, e, posteriormente, a Lei 10.192/01, arts. 2º e 3º, que a complementou[2], ambas sobre o Plano Real, bem como o Acórdão 1563 do Tribunal de Contas da União (Vide Ata 40/2004), estabeleceram como marco zero para a contagem do interstício mínimo de 1 (um) ano para o reajustamento ou correção monetária do contrato, a data da proposta ou do orçamento.

> "Art. 3º Os contratos em que seja parte órgão ou entidade da Administração Pública direta ou indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, serão reajustados ou corrigidos monetariamente de acordo com as disposições desta Lei, e, no que com ela não conflitarem, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.
> *§ 1º A periodicidade anual nos contratos de que trata o caput deste artigo será contada a partir da data limite para apresentação da proposta ou do orçamento a que essa se referir." (L. 10.192 de 14 de fevereiro de 2001)*

---

[1] FONSECA, Arnoldo Medeiros da. *Caso Fortuito e Teoria da Imprevisão.* 3. ed. Rio de Janeiro.

[2] *O termo complementar é usado também no sentido de interpretativo, pois alguns julgados, a exemplo do Ac. 1563-2004 do TCU, consideram que o art. 3º da Lei 10.192/2001 elidiu a polêmica erigida pelo art.28 da LEI 9069/95 quanto ao marco zero da contagem.*

O alinhamento à proposta da vencedora do certame é parte do compromisso da Administração Pública com o princípio da isonomia.

A vencedora da licitação teria disputado o contrato e logrado êxito considerando as exigências do edital, atendidas as premissas para uma proposta válida que motivou sua classificação e, desta forma, tem direito à estabilidade dessa relação, resultado natural da vinculação ao instrumento convocatório.

Ora, para sagrar-se vencedora, a empresa contratada reduziu, em tese, o seu preço, até o limite que pode, a fim de vencer o certame, sem comprometer a qualidade da prestação dos serviços ou a entrega dos bens ou a realização da obra.

É firmada a partir de então uma equação econômico-financeira que chamamos de núcleo rígido do contrato administrativo. Trata-se de uma particularidade do contrato celebrado pela Administração Pública que confere ao particular o direito de, em caso de alterações futuras, seja preservada a equivalência econômica estabelecida na proposta.

## III – Da Possibilidade de Alterações no Curso do Contrato

A estabilidade da equação econômico-financeira do contrato não significa que este vínculo esteja blindado às consequências que os eventos certos ou incertos possam provocar. Nenhum contrato está imune à realidade econômica que contamina seu objeto e seus participes.

Entendemos que de certa forma é uma releitura do principio do "pacta sunt servanda", do principio da palavra empenhada. Há uma série de deveres instrumentais que estão definidos nas entrelinhas do contrato e que espelham a estrutura econômica de cada negócio jurídico.

Intercorrências no curso do contrato que comprometam decisivamente sua execução ou onerem demasiadamente uma das partes, sem a participação do contratante ou do contratado na produção desses eventos, podem vir a resultar numa revisão do preço pago, numa resolução contratual ou em outras ações sobre o vínculo a fim de preservar a equação econômica-financeira, mas não só ela, a preservar os interesses que motivaram a celebração do pacto.

A Administração Pública celebra costumeiramente contratos sinalagmáticos que envolvem obrigações e direitos recíprocos. A razão de uma prestação está no cumprimento da outra pela outra parte. Isso implica numa idéia de equivalência; do contrário, a lesão, vício do consentimento, dentre outros possíveis, poderiam ser levantados.

O senso comum indica que o homem médio não celebraria ou continuaria preso a um vínculo que não lhe trouxesse vantagens financeiras. Conquanto as relações humanas não se esgotem no campo econômico, a natureza econômica é típica do contrato, como nos informa Orlando Gomes. De outra sorte, tomemos a regra e não a exceção como ponto de partida para a análise da equivalência; por ser o critério mais razoável.

> "É um negócio jurídico firmado entre duas ou mais pessoas (...) suscetível de valoração econômica" (GOMES, Orlando. Contratos. Contratos. Forense: Rio de Janeiro, 1998. P.6.)

Estas noções de equilíbrio entre as prestações de um contrato não é privilégio do Direito Público e do contrato administrativo. Algumas decisões esparsas já eram conhecidas mesmo em tempos do Estado Liberal.

> *"O estudo da máxima pareceria, assim, fadado a constituir matéria de pura erudição*

*histórica, segundo acentuou Pugliese, se não surgisse, de quando em quando, algumas decisões judiciárias aplicando-a, como aresto da Cassação de Turim de 16 de agosto de 1900 (...)"* (DA FONSECA, Arnoldo Medeiros. Caso Fortuito e Teoria da Imprevisão. São Paulo, Editora Forense: 3ª edição revista e atualizada, 1958)

Para quem prefere uma interpretação mais literal, a relativização das convenções ou dos contratos representou uma mitigação do princípio do "pacta sunt servanda". Nós preferimos ficar com a orientação de cunho hermenêutico de que se deve dar atenção às legítimas expectativas das partes ante uma série de direitos e deveres instrumentais que decorrem do próprio contrato, mas que não necessariamente necessitam de cláusulas escritas.[3].

Compreender que o contrato abriga relações econômicas que oscilam com o tempo, dá a este instituto uma dimensão dinâmica e, como tal, adaptável às circunstâncias novas.

Como ensina Caio Mário da Silva Pereira[4], os contratos de execução diferida ou continuada estão mais sujeitos às intercorrências, pois se prolongam no tempo tornando-os mais susceptíveis aos agentes intrínsecos e extrínsecos. Entenda-se por agentes intrínsecos as condições de fruição do próprio contrato, a exemplo do comportamento das partes no cumprimento de suas obrigações contratuais, a citar a alteração de uma dívida *quérable* para uma dívida *portable*, em conta só da conduta reiterada e aceita pelas partes. Entenda-se por agentes extrínsecos, os fatores externos que abalam de alguma forma a execução do contrato: o aumento, por meio de Convenção Coletiva de Trabalho, da remuneração básica da categoria de empregados, representativa da maior parte dos custos de um contrato como o de terceirização.

## IV – Das Espécies de Revisão do Contrato Administrativo

Há várias espécies de revisão do contrato administrativo a se considerar o evento econômico.

Admitamos que o causador do evento seja a própria Administração Contratante que, por algum motivo, pratica certos atos que interferem diretamente na equação financeira a ponto de onerar excessivamente a prestação para uma das partes, nesse caso estamos diante do Fato da Administração. Se este desequilíbrio é provocado por um ato da Administração, mas que não foi produzido para atingir determinado contrato; contudo indiretamente acaba por alcançá-lo, podemos classificar como Fato Príncipe. Se, ao revés, o evento for produzido pela natureza e igualmente desequilibra as prestações contratuais, chamamos de caso fortuito. Ou ainda, se produzido pelo homem de forma inesperada e gere impacto sobre o vínculo, estaremos diante do instituto da força maior. (Vide art. 65, II, "d" da Lei 8.666/93)

A classificação, entretanto, que mais interessa a este estudo é a que trabalha com o próprio evento: revisão seria o gênero que alcançaria: a recomposição, o reajuste, a repactuação e a atualização. Na recomposição verificamos

---

[3] Ressalte-se que não sustentamos a Teoria da Pressuposição de Windscheid. Nossa posição se aproxima mais da chamada base do negócio, defendida por Oertmann que, ao lado de outros escritores alemães, sustenta: as representações dos interessados, ao tempo da celebração do contrato, sobre a existência de circunstâncias básicas para sua decisão, no caso de serem estas representações encaradas por ambas as partes como base do acordo contratual, incluindo-se, assim, em princípio entre elas, a equivalência de valor entre a prestação e a contraprestação, considerada tacitamente querida, a permanência aproximada do preço convencionado. (Da Fonseca, Arnoldo Medeiross, p. 215, op.cit).

[4] PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

alteração imprevisível no valor de algum insumo que compõe a planilha unitária; por isso, alguns chegam a confundir com a própria revisão. Na repactuação temos a alteração de valor de algum insumo que faz parte dos custos do contrato, mas que sua oscilação era previsível ao tempo da fase preliminar de contratação. No caso do contrato administrativo confunde-se a fase preliminar com a formação do edital e anexos, apresentação das propostas e, ulterior celebração propriamente dita do contrato. No reajuste se procura recompor as perdas decorrentes da inflação. Já na atualização se corrige monetariamente o valor da moeda em face de alguma mora ou atraso no pagamento das prestações.

Importante destacar que estes fatores ou espécies que podem vir a motivar uma alteração de contrato admitem combinação e, portanto, é perfeitamente possível que coexistam em alguns momentos.

A repactuação em tela decorre do comportamento de mercado do contrato de terceirização que sofre anualmente os reflexos da correção dos salários, pela via eleita da CCT. Esta repetição, ainda que preceda ao contrato celebrado pela Administração Pública, não deve ser esquecida, porquanto ela tende a se verificar no curso da relação jurídica ora desenhada. Presentes, portanto, as bases para a aplicação da boa-fé objetiva.

O reajuste a que nos remete a própria Lei 8.666/93 não incide sobre os insumos que integram a planilha unitária de preços do contrato. O reajuste deve ser aplicado somente sobre o lucro empresarial, inibindo os aumentos em cascata indesejados pela Administração.

Para que haja alteração da planilha unitária é necessário que a Contratada faça a prova da majoração dos valores pagos aos fornecedores. Ainda assim, se este evento era imprevisível ao tempo da fase de construção do contrato, só demandará alteração da equação econômico-financeira se atender aos requisitos da Teoria da Imprevisão. Pablo Stolze Gagliano, citando Arnoldo Medeiros da Fonseca, aduz:

> "E para que não haja dúvidas quanto à aplicação de tão importante teoria, cumpre, neste ponto, invocar a autorizada lição do Professor Arnoldo Medeiros da Fonseca, um dos juristas que melhor tratou da matéria entre nós, e que cuidou de sistematizar os *pressupostos da teoria da imprevisão:*
> A) a alteração radical no ambiente objetivo existente ao tempo da formação do contrato, decorrente de circunstâncias imprevistas e imprevisíveis;
> B) onerosidade excessiva para o devedor e não compensada por outras vantagens auferidas anteriormente, ou ainda esperáveis, diante dos termos do ajuste;
> C) enriquecimento inesperado e injusto para o credor, como consequência direta da superveniência imprevista[5]".
> Houve uma época em que se aplicava o reajuste sobre o valor cheio do contrato, o que provocou incorreções a serem sanadas.

## V – A Cláusula "Rebus Sic Stantibus"

Avançou-se muito após a I Grande Guerra Mundial no sentido da consagração da cláusula "rebus sic stantibus". Finalizadas as batalhas, várias empresas que exploravam serviços públicos encontravam-se quebradas. Era necessário rever as condições da concessão, sob pena de comprometimento das necessidades gerais. Daí,

[5] FONSECA, Arnoldo Medeiross da. *Caso Fortuito e Teoria da Imprevisão.* 2. ed. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1943 in GAGLIANO, Pablo Stolze. Algumas Considerações sobre a Teoria da Imprevisão. (http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2206).

mesmo para aqueles, fiéis defensores da prevalência da regra escrita, da palavra empenhada, o contexto sócio-econômico impôs reformas à Teoria Clássica do Contrato. Passou-se, então, a se debater nas Conferências que ocorriam ao redor do mundo, a chamada cláusula "rebus sic stantibus", ao lado da teoria da imprevisão, caso fortuito e força maior, situações que poderiam motivar a alteração dos contratos já celebrados.

Registre-se, por oportuno, passagem do discurso de posse de Barack Obama, atual presidente dos EUA: o mundo mudou e precisamos mudar com ele[6].

Esta frase caberia bem àquela época do pós-guerra. Na França votou-se a Lei Failliot, de 21 de janeiro de 1918; na Itália, editou-se o Decreto de 27 de maio de 1915; no Brasil, o Decreto 19.573, de 7 de janeiro de 1931, todos com um objetivo, estabelecer a possibilidade de revisão excepcional dos contratos[7].

Colacionamos abaixo a redação na íntegra dada aos §§ 1º e 2º do art. 1º do Decreto 19.573/31:

> "O funcionário público civil, ou militar, poderá rescindir a locação de tempo determinado do prédio de sua moradia, quando removido para servir em outra localidade que lhe não permita manter residência na de situação do prédio locado; ou reduzido os vencimentos de seu cargo na proporção de mais de 25%; ou dispensado do cargo público que exercia.
> §1º No caso de redução de vencimentos, subsistirá a locação se o locador reduzir logo o aluguer na mesma proporção em que se tiverem diminuído os vencimentos do locatário.
> § 2º Não aproveita os favores acima declarados o funcionário que, por ato ou culpa sua, concorrer para a remoção, moção ou demissão."

O Século XX foi um marco na redescoberta do significado do contrato. Orlando Gomes, Álvaro Villaça, Arnoldo Medeiros, Arnoldo Wald e tantos outros autores nacionais, civilistas ou não, passaram a colocar em suas obras trechos, às vezes, capítulos, outras vezes, produziram verdadeiros clássicos sobre o tema; dada a importância para os tempos vindouros da ruptura da concepção clássica de prevalência da regra escrita, de imutabilidade do pacto, para a concepção de contrato que reinaria a partir de então, onde nada é absoluto, imutável, e onde a autonomia da vontade é relativizada em face da proteção do hipossuficiente, do consumidor, do empregado e de tantos outros atores deste processo.

O contrato administrativo é diferenciado porque protege interesses públicos; porém, nem por isso, está ileso a esta revolução contratual. A Constituição Brasileira de 1988 protege o interesse público, mas também alberga os interesses particulares. Este documento da mais alta relevância para a República a um só tempo protege o consumidor, mas concede a livre iniciativa, garante o direito de propriedade, mas diz que ela tem de atender a sua função social; é, portanto, dual por natureza.

Não posso admitir que num sistema jurídico com essas características, o Estado, por meio do contrato administrativo, queira praticar – o que tão bem denominou Stolze, a fagocitose jurídica sobre os direitos do contratado.

A cláusula "rebus sic stantibus" admite temperanças por conta dos interesses públicos, mas está longe o tempo em que ela não incidirá sobre o contrato administrativo.

---

[6] A consultar a página eletrônica: (http://noticias.uol.com.br/especiais/posse-barack-obama/ultnot/2009/01/20/ult7169u41.jhtm).

[7] Estes diplomas normativos estão mencionados na obra de Arnoldo Medeiross da Fonseca, p. 14 e 15 (op.cit).

## VI – Da Adequação das Regras Gerais dos Contratos aos Contratos Administrativos

Não dá para estudar o contrato administrativo como se ele fosse uma espécie isolada sem grandes similitudes com outros contratos que conhecemos.

Como se diz na linguagem das ruas: cada pessoa tem sua digital. Ora, cada contrato também possui suas singularidades e apesar destas o destacarem do todo, não o preserva de certa contaminação coletiva, que o faz ser reconhecido como contrato. Nas palavras do poeta Gregório de Matos:

> "*O todo sem a parte não é todo,*
> A parte sem o todo não é parte,
> Mas se a parte o faz todo, sendo parte,
> *Não se diga que é parte, sendo todo (...[8])*".

A cláusula "rebus sic stantibus", portanto, também é aplicada aos contratos administrativos. Fatores das mais variadas matizes podem provocar a ruptura do perfil inicial do contrato. Até mesmo nos contratos administrativos, uma pergunta que acaba sempre rondando as alterações da equação econômica, é: qual o percentual que implicaria na impossibilidade de continuidade do vínculo ou que geraria uma onerosidade excessiva sobre o cumprimento da prestação por uma das partes a ponto de justificar a recomposição?

O que se coteja de comum entre os textos históricos já mencionados neste trabalho e que versam sobre insolvabilidade do contratante e as regras dos contratos administrativos? Além da implícita cláusula rebus sic stantibus, o percentual de 25% também está presente no § 1º da alínea "d" do art.65 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Lei 8.666/93:

> "d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)
> § 1º O contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos.
> § 2º Nenhum acréscimo ou supressão poderá exceder os limites estabelecidos no parágrafo anterior, salvo: (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)"

O aumento quantitativo no volume do objeto contratado ou sua redução está limitado a um impacto sobre o valor inicial do contrato não superior a 25%, exceto para reforma de edifício ou equipamento.

Havendo acordo, esta margem pode sofrer variação, desde que seja para reduzir despesas e não para acréscimo.

De 1931 a 1993, não obstante os vários quadros econômicos enfrentados em todo este

---

[8] GUERRA, Gregório de Matos. **Ao braço do mesmo menino Jesus quando appareceo.**

tempo, o percentual fixou-se, seja como um limite máximo de abatimento nos ganhos do devedor sem perda da capacidade de suportar a prestação, seja como reserva adicional ao patrimônio do devedor para suportar uma prestação de maior peso ou envergadura.

Não é apenas no Direito Administrativo e no Direito das Obrigações que o percentual parece ter se consolidado como patamar de solvabilidade, vale dizer, no Direito do Trabalho também se toma percentual próximo, para se inibir ou se admitir, por exemplo, descontos na remuneração do empregado. No Direito de Família, particularmente em relação aos considerandos da pensão alimentícia, a praxe do Judiciário tem tomado percentuais afins àqueles em discussão para determinar o desconto no salário do Alimentante.

Assim, vem se consagrando no Direito Pátrio a presunção de que perdas superiores a 25% resultam em insolvabilidade, ou, por outro lado, que 25% é um patamar suportável para abatimento do ganho.

Os Tribunais Administrativos ou Judiciais têm se debatido em torno do tema da cláusula "rebus sic stantibus" – e com razão – porque definir a natureza do evento, ou mesmo, de suas consequências, como situações imprevisíveis é estar no campo da incerteza, da probabilidade.

Tomemos como ilustração o REX 116.669-0, publicado em 16.12.1988, relatado pelo Ministro Oscar Correa, no qual se discute a maxidesvalorização do cruzeiro, moeda corrente à época. Na situação desenhada no acórdão o contrato de entrega da mercadoria foi celebrado no ano de 1982, dezembro, e o evento se deu no ano seguinte, 1983, antes de completar um ano de vigência contratual. O STF concluiu pela revisão do contrato entre particulares e de forma unânime rejeitou a tese da Recorrente que defendia a obrigatoriedade das convenções em detrimento da aplicação da teoria da imprevisão.

## VII – Da Boa-Fé dos Contratantes

Não há dúvida que o mote da revisão contratual é a boa-fé, marca que deve acompanhar os contratos em geral. Augustin Gorgillo, citado por Celso Antônio Bandeira de Mello, acerca do equilíbrio econômico-financeiro e da boa-fé aplicada ao contrato administrativo leciona:

> "Se dice así que los contratos administrativos son esencialmente de buena fé, lo que lleva a que la Administración no deba actuar como si se trata de un negócio lucrativo, ni a tratar de obtener ganancias ilegitimas a costa del contratista, ni a aprovecharse de situaciones legales o fácticas que la favorezcan en prejuicio del contratista" (MELLO. Curso de Direito Administrativo, p. 595)

Como observa Carlos Pinto Coelho Motta[9], a chamada equação econômico-financeira é um dos aspectos do contrato administrativo em que a supremacia do interesse público admite temperamentos, e em que cláusulas derrogatórias do direito comum só podem ser inscritas com certa cautela. Renova-se, sob outra roupagem, a idéia da equivalência das prestações como núcleo rígido do contrato, resultado de um comportamento que reflita a boa-fé dos contratantes.

Em obra que a nosso sentir tornou-se referência obrigatória nos textos que buscam tratar da boa-fé, a professora Judith Martins Costa es-

[9] *MOTTA, Carlos Pinto Coelho. Aplicação do Código Civil às licitações e contratos. Belo Horizonte: DeL Rey, 2004, p. 127.*

clarece, comentando uma decisão do Tribunal Italiano:

> "... *o que afirmou a Corte de Cassazione foi que o contrato, em relação aos deveres e agir segundo a boa-fé, vincula as partes contratantes e a salvaguardar o próprio ajuste, mediante o respeito ao apenas às cláusulas ajustadas, mas as exigências da relação econômica social subjacente, vínculo que se substancializa, mediante o dever de conservação do contrato segundo sua particular estrutura econômica*". (*A Boa-Fé no Direito Privado*. 1ª edição, 2 ª tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 442 e 443)

Cada contrato tem, portanto, sua estrutura econômica. Não é diferente com os contratos de terceirização.

A terceirização é espécie de relação jurídica que encontrou seu espaço dentro da Administração Pública e praticamente existe em todas as esferas de Governo. Embora, seja extremamente questionável o alcance que ela acabou tomando dentro do Estado, quando respeitados os seus limites constitucionais e legais, ela é útil aos interesses do Poder Público.

Todo o esforço da Administração Publica para descaracterizar sua responsabilidade frente a débitos da empresa contratada para com seus empregados tem encontrado fortes resistências da Justiça do Trabalho.

Em vigor hoje o Enunciado 331 do TST:

> "Nº 331 CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003 (...)
> IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (artigo 71 da Lei nº 8.666/93).

O Estado tem por dever conhecer da estrutura econômica de um contrato de terceirização, sob pena de operar de forma equivocada colacionando conceitos e regimes alheios à relação jurídica da qual faz parte.

## VIII – Da Responsabilidade do Gestor: Dever de Precaução

A alteração de um contrato administrativo é da responsabilidade direta do fiscal do contrato. Este agente público responde por indicar para o ordenador da despesa se a revisão é legal e conveniente aos interesses do Estado.

É curioso se observar que alguns órgãos de controle pautados numa interpretação restritiva do reequilíbrio econômico-financeiro têm defendido um interregno mínimo para a repactuação. Admitimos que para certos contratos, esse lapso contribui para inibir a subjetividade. Porém, este prazo só nos parece razoável se estivermos diante da teoria do risco.

Destarte, no caso dos contratos de terceirização, o aumento, quase que anual da remuneração dos trabalhadores, não se trata de álea alguma, pois se conforma em evento certo e previsível. Faz parte, consequentemente, da estrutura econômica destes contratos.

Pela boa-fé que rege os contratos em geral não se pode ignorar a estrutura econômica de qualquer contrato. Ademais, cautela é um valor que se espera faça parte da gestão pública, ainda mais, quando se conhece a posição do TST acerca da responsabilidade do Estado frente

a eventuais débitos da empresa terceirizada para com seus empregados.

Agir com cautela nessa situação significa: (a) reconhecer a natureza do contrato que celebra e seu regime jurídico, sobretudo econômico; (b), não desconhecer que a Administração vem sendo reiteradamente condenada a arcar com dívidas trabalhistas quando desonradas pela empresa terceirizada que contrata; (c) manter forte fiscalização sobre o contrato sob pena de responder subsidiariamente; (d) deixar claras as regras da repactuação no edital e no contrato para evitar ou inibir controvérsias.

A inobservância do dever de agir com cautela gera responsabilidade para o fiscal do contrato, que passaria a operar com culpa. A culpa é essencial para a caracterização da responsabilidade do agente público.

Inadmitir a repactuação quando o evento é parte da estrutura econômica do contrato e, ainda sabendo que o Estado pode vir a ser condenado a arcar com o principal, juros e multa, resulta em responsabilidade pessoal dos envolvidos.

Não é só nos convênios que a responsabilidade pela gestão é pessoal. Para estes ela está expressa, para os contratos ela decorre da regra geral da responsabilidade dos agentes públicos. Naquela, a investigação é na pessoa do gestor do convênio; nesta, em face da teoria da imputação, a investigação se dá contra o Estado que pode, entretanto, voltar-se regressivamente contra o servidor faltoso.

## IX – Das Decisões do TCU

O TCU nesses últimos quinze anos alterou, pelo menos, por duas vezes, seu entendimento sobre a admissibilidade da repactuação quando tenha por causa o aumento dos salários provocados por CCT ou DC.

O primeiro julgado nº. 457 a que faremos referência é datado do ano de 1995 e é da lavra do Ministro Carlos Átila:

> *"Quanto às ponderações, tanto da Unidade Técnica como do Ministério Público, no sentido da impossibilidade de alegação de desequilíbrio econômico-financeiro do contrato, entendo diferentemente dos pareceres. Embora sendo previsível, no caso, o reajuste salarial na data-base de cada categoria, não se conhecem antecipadamente os índices a serem aplicados, podendo ser considerado tal fatio, a meu ver, de consequências incalculáveis, na forma do art. 65, inciso II, alínea d, da Lei nº 8.666/93. (...)".* (TC nº 009.970/95-7)

Este articulista seguiu por vários anos este entendimento do TCU, tendo se manifestado em diversas oportunidades para defender o enquadramento da matéria na teoria da imprevisão. Hoje, revendo esta posição, admite que melhor comporta-se a hipótese no instituto da repactuação.

Ao longo desses 15 anos, o Brasil veio consolidando-se como uma economia estável. Isso contribuiu decisivamente para que as consequências do evento passassem a ser previsíveis. Estamos a nos referir ao percentual de aumento aplicado aos salários, pela via eleita da CCT. Esse novo modelo teria que gerar uma nova classificação do fato, o que acabou ocorrendo.

No mesmo ano, 1997, o Governo Federal edita o Decreto 2.271 e a IN 18/97 do MARE e a repactuação passaria para ser autorizada a estar condicionada a um interregno de um ano da última CCT a que fizesse referência a proposta.

> "Art. 5.º do Decreto n.º 2.271, de 1997:
> Art . 5º Os contratos de que trata este Decreto, que tenham por objeto a prestação

de serviços executados de forma contínua poderão, desde que previsto no edital, admitir repactuação visando a adequação aos novos preços de mercado, observados o interregno mínimo de um ano e a demonstrarão analítica da variação dos componentes dos custos do contrato, devidamente justificada".

"Itens 7.1 e 7.2 da IN MARE n.º 18, de 1997:
7.1 Será permitida a repactuação do contrato desde que observado o interregno mínimo de um ano, a contar da data do orçamento a que a proposta se referir, ou da data da última repactuação.
7.2 Será adotada como data do orçamento a que a proposta se referir, a data do acordo, convenção, dissídio coletivo de trabalho ou equivalente, que estipular o salário vigente à época da apresentação da proposta, vedada a inclusão, por ocasião da repactuação, de antecipações e de benefícios não previstos originariamente".

Com o passar do tempo, as decisões do TCU também foram se modificando. Acolhendo os argumentos do Ministério Público Federal e valendo-se de decisões do Superior Tribunal de Justiça (RESPs 134797/DF, 411101/PR e 382260/RS), o TCU exara o julgado de n. 1.563/2004 e passa a não admitir mais o reajuste de salário prescrito em CCT como mote para a aplicação da Teoria da Imprevisão.

No ano de 2008, o TCU, por meio dos acórdãos 1827 e 1828, da lavra do Min. Benjamin Zymler, ratifica de vez sua posição quanto à aplicação do instituto da repactuação, porém, mantendo o lapso de 1 ano, senão vejamos o exemplo que o próprio Ministro arrola em seus comentários:

m) Exemplo: um contrato foi celebrado em julho de 2008 e a data-base da categoria profissional envolvida ocorreu em maio daquele ano. Quando da próxima data-base (maio de 2009), surgirá o direito à repactuação. O contratado terá até julho de 2009, quando o contrato poderá ser prorrogado, para pleitear a repactuação. Caso não o faça, seu direito à repactuação terá precluído e ele só poderá requerê-la na próxima data-base;

## X – Visão Crítica dos Julgados do TCU

Esse posicionamento último do TCU desconsidera o dever da Administração em aplicar a repactuação, como corolário de dois princípios: o da boa-fé e o do equilíbrio econômico financeiro do contrato.

O fato é que se a Administração deixar de conceder o aumento, ela terá de justificar porque estará laborando na exceção e não na regra. O fiscal do contrato deve estar atento a esta possibilidade, pois é a ele que compete formular a justificativa.

Diferentemente, portanto, do TCU, defendemos o ponto de vista de que é irrelevante aguardar-se 12 meses para, só então, se aplicar o reajuste que for conferido por CCT ou DC.

Sustentamos que já faz parte da estrutura econômica destes contratos, contratos de terceirização de mão-de-obra, a majoração quase sempre anual dos salários e, sendo assim, o Estado já tem como se programar para acompanhar esta elevação, inclusive com a estimativa do impacto, como reclama a Lei de Responsabilidade Fiscal, no art. 15.

Insistimos que não se trata de aplicação da Teoria do Risco porque esta pressupõe uma sorte que não integra o tipo deste evento. Não se aplica, dessa forma, a Teoria da Imprevisão.

O percentual de aumento dos salários, embora previsível, é incerto. Embora o signo da

projeção não reflita necessariamente antecipação de números absolutos, a margem de ajustes a serem realizados passou a ser pequena e, com isso, há ausência de precisão; porém, não de previsibilidade. Abracemos como parâmetro os estudos do DIEESE – Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos publicados na "home page" da instituição e no Jornal Valor Econômico:

> "Em 2008, 88% das 706 negociações salariais registradas no SAS-DIEESE conseguiram, ao menos, repor a inflação dos 12 meses anteriores à data-base. Este resultado é semelhante ao apurado em 2005 – ano em que também 88% das categorias asseguraram reajustes em patamar igual ou superior à inflação – e ligeiramente inferior ao apurado em 2006 e 2007, quando houve maiores ganhos salariais.
> Apesar da queda no percentual de instrumentos que obtiveram reajuste maior ou igual ao INPC-IBGE – Índice Nacional de Preços ao Consumidor, medido pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, 78% das unidades de negociação garantiram reajustes superiores à variação do índice normalmente utilizado como parâmetro nas negociações. Este é o terceiro melhor resultado registrado desde o início da série de estudos, há 13 anos. Doze por cento das unidades de negociação não foram capazes, em 2008, de recompor o poder de compra, mas este resultado é bastante inferior à média de 33% apurada desde o início da série, ou seja, no período entre 1996 e 2007". (www.dieese.org.br/esp/cju/balNeg2008.xml / Valor Econômico, Ano 09, Número 2216, Datas 13, 14 e 15 de março de 2009, Caderno A-3)

Não vemos necessariamente o direito à repactuação como um direito irrenunciável. Sua natureza econômica pode conduzir à renúncia; entretanto, deve vir expressa e não poderá comprometer a qualidade do serviço ofertado. O fiscal deve novamente acompanhar se a execução do contrato mantém os mesmos padrões que foram contratados.

O TCU avançou no entendimento do assunto e essa evolução foi acompanhada pelos recentes pareceres que exaramos.

Trata-se de uma gradação que vai do universo da certeza ao da imprevisibilidade. Quanto mais distante da primeira, menos precisa é a informação. Se não há a informação ao tempo da celebração do contrato, ela não poderia fazer parte do contrato administrativo, salvo se tiver sido excepcionada no momento devido. A regra é da precisão e não da imprecisão.

A professora Germana de Oliveira Moraes[10], em obra acerca dos limites do controle jurisdicional dos atos administrativos, invoca o tema da relatividade para sustentar que as demais ciências humanas já se deram conta da transitoriedade dos conceitos, enquanto o Direito, para alguns, ainda está preso à busca de certezas que nunca chegarão.

No trato com o dinheiro público, faz-se mister a programação objetiva da saída dos recursos. Só assim se possibilita a prestação de contas e a competição igual pelo contrato administrativo.

O TCU, nesse diapasão, não tem admitido a inclusão de eventos incertos no edital. Um exemplo disso é a reserva de um percentual sobre o valor para atender a trabalhos extraordinários ou a chamada reserva técnica, que fora rechaçada pelos Ministros da Corte de Contas, guardando zelo pela objetividade e precisão das informações.

---

[10] MORAES, G. O. Controle Jurisdicional da Administração Pública. 1. ed. São Paulo: Dialética, 1999. v. 1. 200 p.

> "b) o instrumento convocatório prevê a possibilidade de realização de serviços extraordinários mas não estabelece os limites de alocação de mão-de-obra e horas de trabalho, nem os parâmetros de pagamento dos serviços, abrindo a possibilidade de ocorrência de abusos na utilização desse mecanismo (item 2.2 do edital - fl. 1 do anexo 1 e item 10.c do parecer técnico - II. 13 do v. p.); (Ac.2171/2005, rel. Augusto Sherman Cavalcanti)

A moderna Teoria Contratual tem dado relevo ao princípio da boa-fé objetiva. Este princípio visa prestigiar o comportamento das partes; de sorte que a conduta dos contratantes possa vir a determinar resultados diversos daqueles estabelecidos em sede do contrato escrito.

Há espécies ou tipos de contrato que sabidamente demandam oscilação de valor dependendo da época em que são celebrados, da cotação oficial, de reajustes previsíveis, mas não precisos.

O que deveria fazer o Poder Público diante da celebração de um contrato que daqui a poucos meses sofrerá com a variação dos custos, por força de esperado aumento da remuneração dos empregados da empresa contratada, particularmente aqueles que atendem ao contrato licitado?

Aguardar que a CCT ou o DC que serviu de base para a proposta fizesse aniversário de um ano como sugeria a Decisão do TCU de 2004? Esperar que a proposta vencedora completasse um ano, conforme a Lei 10.192/01? Esperar que a CCT ou DC fizesse aniversário de um ano, ocasião em que o contratado teria direito a solicitar a repactuação, para só aplicá-lo após o aniversário de um ano do contrato, como parece sugerir os Acórdãos 1827 e 1828 do TCU?

Em nossa opinião, o que permite a repactuação antes do prazo de um ano é a impossibilidade de fazer constar a variação de preço no contrato inicial, isto porque o próprio TCU não permite que o edital e o contrato contemplem informações imprecisas. Se a Administração não tem por onde precisar o índice de aumento, melhor que este ocorra quando da sua efetivação, por meio da CCT ou DC.

Ora, apenas os valores que superarem a previsibilidade da majoração dos salários podem ser tidos como excepcionais e, assim, sujeitam-se à regra dos 25% sobre o ganho da empresa contratada, i.é., o lucro da empresa terá de ter tido uma redução superior a 25% para que a contratada faça "jus" a recomposição do contrato. Do contrário, ela deve suportar o ônus, face à presunção legal e face ao risco inerente a qualquer negócio.

Não foi por outro motivo que, no início deste artigo, chamamos a atenção do leitor para a possibilidade de convivência entre a repactuação e a recomposição dos preços. Resumidamente, a repactuação ocorrerá sempre que o percentual for previsível, porém impreciso, já a recomposição se dará sempre que este percentual for imprevisto e provocar uma majoração acima do limite suportável para uma das partes, utilizando por parâmetro 25% do lucro empresarial.

Este aferidor de 25% que caracterizaria a solvabilidade ou não do contrato é uma presunção relativa que pode vir a ser elidida por quem de direito tiver interesse.

Enfrentar os fortes argumentos colacionados pelos insignes Ministros do TCU não é de longe tarefa fácil, pelo peso e autoridade dos julgados, mas, pedindo licença e com o máximo de respeito que merecem os membros daquela Corte, entendemos que ainda cabe – no dizer aqui da Bahia – colocar algum "dendê" nessa discussão.

Para tanto, nos parece recomendável que se leiam os acórdãos do TCU, mas que também sejam analisados: (a) o principio da boa-fé e seus impactos sobre o contrato; (b) a estrutura econômico-financeira de um contrato de terceirização, procurando identificar o que faz e o que não faz parte dela; (c) a necessidade de manutenção das condições da proposta, conforme dita a CF/88, art.37, XXI e o interregno de 1 ano previsto nos Acórdãos; (d) que soluções prévias foram dadas pelo TCU para resolver o problema da imprecisão do percentual de majoração dos salários e da não admissibilidade de dados imprecisos no instrumento convocatório; (e) se é também dever da Administração a repactuação do contrato ou se é apenas um direito do contratado; (f) como agir preventivamente não concedendo o aumento, apesar de o Enunciado 331 do TST condenar o Poder Público como responsável subsidiário por débitos trabalhistas.

## XI – Conclusão

1. A repactuação é o instituto jurídico mais apropriado para suportar a elevação dos salários dos empregados das empresas terceirizadas que servem à Administração Pública quando ditos aumentos decorrem de CCT ou DC nos limites já programados.

2. Ao contrário do que decidiu o TCU, convergimos para a desnecessidade de se aguardar 1 (hum) ano para se deflagrar a repactuação.

3. A elevação dos salários dentro do limite que se presume para recuperar o poder de compra do empregado face às perdas inflacionárias, é evento certo que já faz parte da estrutura econômico-financeira do contrato. Essa majoração pode ser maior, desde que haja prova de que ela é fruto da conduta reiterada das partes, ou de que integra a estrutura econômico-financeira do contrato tipo antes mesmo de ele ter sido celebrado pela Administração Pública. Esta prova pode ser feita, por exemplo, com as CCTs de anos anteriores.

4. A majoração dos salários deve ser motivo para a elaboração do estudo de impacto previsto na LRF.

5. A repactuação não é só direito do contratado, é também dever da Administração.

6. A renúncia ao direito à repactuação deve ser expressa e justificada.

7. A boa-fé recomenda que se promova a repactuação para se estreitarem os laços entre o contrato e as expectativas das partes, que não deve ser medida unicamente por critérios subjetivos; pelo contrário, maior ênfase sobre critérios objetivos.

8. A elevação de salários acima do esperado pode vir a constituir ou não causa para a aplicação da teoria da imprevisão.

9. Usamos o critério dos 25% de redução sobre o ganho da empresa para detectar a solvabilidade ou não do negócio ante o imprevisto.

10. Este percentual de 25% não é absoluto, admitindo prova em contrário.

## REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

BRAMBILLA, Fernanda. *Posse de Obama*. "O mundo mudou e precisamos mudar com ele", diz Obama em 1º discurso. Disponível em: <http://noticias.uol.com.br/especiais/posse-barack-obama/ultnot/2009/01/20/ult7169u41.jhtm>. Acesso em: 20/01/2009.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em

5 de outubro de 1988: atualizada até a Emenda Constitucional número 56, de 20-12-2007. Biênio 2007/2008. Brasília: Senado Federal, Mesa Diretora, 2008.

BRASIL. Poder Executivo. Decreto nº 2.271/97. Brasília, 07 de julho de 1997; 177º de Independência e 109º da República. Dispõe sobre a contratação de serviços pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional, e dá outras providências.

BRASIL. Poder Executivo. Lei nº 9.069, 29 de junho de 1995. Publicado no D.O. de 30/6/1995, p. 9.621. Dispõe sobre o Plano Real, o Sistema Monetário Nacional, estabelece as regras e condições de emissão do REAL e os critérios para conversão das obrigações para o REAL, e dá outras providências.

BRASIL. Poder Executivo. Lei nº 10.192, 14 de fevereiro de 2001. Publicado no D.O ELETRÔNICO DE 16/02/2001, P. 2. Dispõe sobre medidas complementares ao plano real e dá outras providências.

BRASIL. Poder Legislativo, Lei nº 8.666, 21 de junho de 1993. Publicado no D.O. de 22/6/1993, p. 8269. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.

BRASIL. Lei nº 8.883, 8 de junho de 1994. Publicado no D.O. de 9/6/1994; RET. 24/06/1994. Altera dispositivo da Lei nº 8.666, de 21/06/1993, que regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e dá outras providências.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 116.669/BA. Min. Oscar Correa, Primeira Turma, julgado em 18/11/1988, Brasília, DJ 16-12-1988 PP-33518 EMENT VOL-01528-04 PP-00713.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. Recurso Especial 134797/DF. Relator Min. Paulo Gallotti. Brasília, 1º/8/2000, DJ 01/08/2000 p. 222.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Plenário, Acórdão 1563/2004. Relator Ministro AUGUSTO SHERMAN CAVALCANTI. DF, Boletim TCU 40/2004, Sessão 6 Out. 2004.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Plenário. Decisão nº 457/1995. Min. Carlos Átila Álvares da Silva, Sessão 6/9/1995, DOU 25/09/1995 P. 14893.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Plenário, Acórdão, 1827/2008. Relator Ministro Benjamin Zymler. DF, 27 de jun. 2008, Ata 34/2008 – Plenário, DOU 29/08/2008.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Plenário, Acórdão, 1828/2008. Relator Ministro Benjamin Zymler. DF, Ata 34/2008 – Plenário, DOU 29/08/2008.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Plenário, Acórdão 2171/2005. Relator Ministro Augusto Sherman Cavalcanti. DF, Ata 48/2005 – Plenário, DOU 23/12/2005.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 331. Contrato de Prestação de Serviços. Legalidade (mantida). Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003.

COSTA, Judith Martins. *A Boa-Fé no Direito Privado.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

DIEESE. *Balanço das negociações dos reajustes salariais em 2008*. Disponível em <HTTP://www.dieese.org.br/esp/cju/balNeg2008.xml>. Acesso em: *15/5/2009, 14:46*.

FONSECA, Arnoldo Medeiros da. *Caso Fortuito e Teoria da Imprevisão.* 3. ed. Rio de Janeiro.

_____, Arnoldo Medeiros da. *Caso Fortuito e Teoria da Imprevisão*. 2. ed. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1943 in GAGLIANO, Pablo Stolze. Algumas Considerações sobre a teoria da Imprevisão. (http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2006).

GOMES, Orlando. *Contratos*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

GUERRA, Gregório de Matos. *Ao braço do mesmo menino Jesus quando appareceo*.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MORAES, Germana de Oliveira. *Controle Jurisdicional da Administração Pública*. São Paulo: Dialética, 1999.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Aplicação do Código Civil às licitações e contratos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

# PARECER

# Pagamento de salário-família no município do Salvador

Antonio Luiz Silvany
Bacharel em Direito pela Universidade Católica do Salvador – UCSal
Especialista em Direito do Estado pela Universidade Federal da Bahia – UFBA
Procurador do Município do Salvador
Advogado

PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº ...
INTERESSADO(A): ...
ASSUNTO: SALÁRIO-FAMÍLIA

PARECER Nº ...
PESSOAL. SERVIDOR PÚBLICO. SALÁRIO-FAMÍLIA. LEI COMPLEMENTAR Nº 05/92. LACUNA NORMATIVA. INTEGRAÇÃO ANALÓGICA COM UTILIZAÇÃO DAS REGRAS DO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL. INTEGRAÇÃO DO DIREITO COMO SOLUÇÃO PARA O CASO CONCRETO. SUBSISTÊNCIA DA LACUNA NORMATIVA DA LEGISLAÇÃO QUE FOI INTEGRADA. COMPETÊNCIA DO LEGISLADOR PARA ELIMINAR, DEFINITIVAMENTE, A LACUNA NORMATIVA. PELO PAGAMENTO DO SALÁRIO-FAMÍLIA NA FORMA ESTABELECIDA NESTE PARECER.

## 1. DO RELATÓRIO

Os autos versam sobre Requerimento para Direitos e Vantagens (fl. 01), onde ..., ocupante do cargo efetivo de Agente Técnico de Saúde (Área de Qualificação de Assistente de Odontologia), matriculada sob o nº ..., requer a concessão do benefício do salário-família, a ser pago em razão do dependente.

Para fundamentar seu pedido, a REQUERENTE instruiu o processo com cópia reprográfica de Certidão de Nascimento (fl. 02), através da qual pretende comprovar a sua condição de genitora de ..., nascido em 11 de maio de 2006.

Posteriormente, a CDRH/SMS informou que a REQUERENTE "não recebe o benefício solicitado em favor do filho menor ..., nascido em 11/5/2006" (fl. 03).

Os autos foram remetidos, então, para o Distrito Sanitário ..., a fim de que a REQUERENTE anexasse as cópias do contracheque e do comprovante da inscrição no Instituto de Previdência do Salvador – IPS, o que foi atendido (fl. 05-05v).

Contudo, o comprovante de inscrição no Instituto de Previdência do Salvador – IPS (fl. 05v) encontrava-se com a data de validade expirada, motivando diligência (fls. 07-08) cujo objetivo foi o de sanear o processo através da juntada de cópia válida do referido documento, o que foi atendido (fl. 10).

Após o cumprimento da diligência, os autos foram devolvidos à CDRH/SMS, que os remeteu a esta RPGMS/SMS para Parecer (fl. 12).

É o relatório.

## 2. DO DIREITO

### 2.1. Considerações Iniciais

O pagamento do benefício do salário-família, para o servidor ocupante de cargo público, está assegurado pelo art. 39, § 3º, da Constituição da República, o qual remete, dentre outros, ao art. 7º, inciso XII, também da Carta Magna, que assim dispõe:

"Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria da sua condição social:
[...]
XII – salário-família pago em razão do dependente do trabalhador de baixa renda nos termos da lei;"

Em sede infraconstitucional, a Lei Orgânica do Município do Salvador, obedecendo à determinação constitucional, prevê, no seu art. 124, inciso X, que o servidor público tem direito ao salário-família por dependente.

Neste mesmo sentido, o art. 232, § 2º, inciso I, alínea 'e', da Lei Complementar nº 01, de 15 de março de 1991, do Município do Salvador, prevê que o pagamento do salário-família deverá constar da lista de benefícios da Lei de Seguridade Social dos Servidores Públicos do Município.

Completando o arcabouço normativo que trata do pagamento do benefício do salário-família aos servidores do Município do Salvador ocupantes de cargo público, devem ser observadas as seguintes disposições da Lei Complementar nº 05, de 06 de julho de 1992, do Município do Salvador:

"Art. 3º [...].
§ 1º Ficam assegurados aos servidores públicos de ambos os Poderes Municipais, da administração direta, das autarquias e fundações, através do Instituto de Previdência do Salvador – IPS, na forma regulada nesta Lei Complementar e no seu Plano de Custeio, os direitos a:
[...]
VI - Salário-Família;
[...]
Art. 16. As prestações asseguradas pelo sistema de seguridade social interna, através do IPS, consistem em benefícios e serviços seguintes:
I - quanto aos segurados:
[...]
c) salário-família;
[...]
Art. 19. O salário-família será devido ao segurado ativo e inativo, que receba remuneração igual ou inferior ao limite de remuneração estabelecido pelo regime geral de previdência social para a concessão do benefício. Redação alterada pelo art. 1º da Lei Complementar nº 41/2005. D.O.M. de 28 a 31/10/2005
I – Revogado pelo art. 1º da Lei Complementar nº 41/2005. D.O.M. de 28 a 31/10/2005

II – Revogado pelo Art. 1º da Lei Complementar nº 41/2005. D.O.M. de 28 a 31/10/2005.
III – Revogado pelo art. 1º da LC nº 37/2005. DOM de 03/05/2004.
IV – Revogado pelo art. 1º da LC nº 37/2005. DOM de 03/05/2004.
Parágrafo único. Compreendem-se neste artigo os filhos de qualquer condição, os enteados, os adotivos e o menor que, mediante autorização judicial, viver sob a guarda, tutela ou sustento do servidor público, ou ainda, se inválido com qualquer idade.
Art. 19-A. Revogado pelo art. 3º da LC nº 41/2005. DOM de 28 a 31 de outubro de 2005.
I – Revogado pelo art. 3º da LC nº 41/2005. DOM de 28 a 31 de outubro de 2005.
II – Revogado pelo art. 3º da LC nº 41/2005. DOM de 28 a 31 de outubro de 2005.
§ 1º Revogado pelo art. 3º da LC nº 41/2005. DOM de 28 a 31 de outubro de 2005.
§ 2º Revogado pelo art. 3º da LC nº 41/2005. DOM de 28 a 31 de outubro de 2005.
Art. 20. Quando pai e mãe forem servidores e viverem em comum, o salário-família será concedido ao pai.
§ 1º Se não viverem em comum, será concedido ao que tiver os dependentes sob a sua guarda.
§ 2º Se ambos os tiverem, será concedido ao pai e à mãe de acordo com a distribuição dos dependentes.
§ 3º Em caso de acumulação de cargos, na forma prevista no art.162 e parágrafos, da Lei Complementar 01/91, o salário-família será pago em razão de um deles. Inserido pelo art. 1º da LC nº 37/2005. DOM de 03/05/2004.
§ 4º O salário-família será pago a partir da comprovação do fato que lhe der origem e cessará no mês seguinte ao fato que determinar sua supressão. Inserido pelo art. 1º da LC nº 37/2005. DOM de 03/05/2004.
Art. 21. Ao pai e a mãe equiparam-se o padrasto, a madrasta e, na falta destes, os representantes legais dos incapazes.
Art. 22. O afastamento do cargo efetivo, sem remuneração, não acarreta a suspensão do pagamento do salário-família.
Art. 23. O salário-família não está sujeito a qualquer imposto ou taxa, nem servirá de base para qualquer contribuição, ainda que para fim de previdência social."

A transcrição, demasiada extensa, justifica-se pelo seguinte. O pagamento do benefício do salário-família aos servidores públicos ocupantes de cargo público, do Município do Salvador, está assegurado pela regra geral do art. 39, § 3º, da Constituição da República, e pelas regras específicas da legislação local mencionada. Contudo, em que pese haver previsão do pagamento do salário-família tanto na Constituição da República quanto na legislação local, verifica-se que esta última é omissa no que diz respeito aos parâmetros para a concessão do referido benefício.

A redação original dos artigos 19 e 19-A da Lei Complementar nº 05/92, anteriormente transcritos, continha parâmetros para a concessão do referido benefício, tais como o rol de dependentes e os valores a serem pagos. Ocorre que tais dispositivos normativos sofreram alterações decorrentes da Lei Complementar nº 37/05 e, posteriormente, foram parcialmente revogados pela Lei Complementar nº 41, de 27 de outubro de 2005, tornando a legislação omissa.

Portanto, na legislação local, ou seja, naquela que diz respeito ao Município do Salvador, o texto normativo nuclear que restou quanto à concessão do salário-família foi o seguinte:

"Art. 19. O salário-família será devido ao segurado ativo e inativo, que receba remuneração igual ou inferior ao limite de remuneração estabelecido pelo regime geral de previdência social para a concessão do benefício. Redação alterada pelo art. 1º da Lei Complementar nº 41/2005. D.O.M. de 28 a 31/10/2005
Parágrafo único. Compreendem-se neste artigo os filhos de qualquer condição, os enteados, os adotivos e o menor que, mediante autorização judicial, viver sob a guarda, tutela ou sustento do servidor público, ou ainda, se inválido com qualquer idade.
Art. 20. Quando pai e mãe forem servidores e viverem em comum, o salário-família será concedido ao pai.
§ 1º Se não viverem em comum, será concedido ao que tiver os dependentes sob a sua guarda.
§ 2º Se ambos os tiverem, será concedido ao pai e à mãe de acordo com a distribuição dos dependentes.
§ 3º Em caso de acumulação de cargos, na forma prevista no art.162 e parágrafos, da Lei Complementar 01/91, o salário-família será pago em razão de um deles. Inserido pelo art. 1º da LC nº 37/2005. DOM de 03/05/2004.
§ 4º O salário-família será pago a partir da comprovação do fato que lhe der origem e cessará no mês seguinte ao fato que determinar sua supressão. Inserido pelo art. 1º da LC nº 37/2005. DOM de 03/05/2004.
Art. 21. Ao pai e à mãe equiparam-se o padrasto, a madrasta e, na falta destes, os representantes legais dos incapazes.
Art. 22. O afastamento do cargo efetivo, sem remuneração, não acarreta a suspensão do pagamento do salário-família.
Art. 23. O salário-família não está sujeito a qualquer imposto ou taxa, nem servirá de base para qualquer contribuição, ainda que para fim de previdência social."

Conforme transcrição, o art. 19, caput, da Lei Complementar nº 05/92, preceitua que o salário-família será devido ao segurado ativo e inativo, que receba remuneração igual ou inferior ao limite de remuneração estabelecido pelo regime geral de previdência social para a concessão do benefício. Portanto, não há como realizar, a partir da literalidade da mencionada regra, interpretação que conduza ao entendimento de que o Município do Salvador deve pautar-se pelo Regime Geral de Previdência Social para examinar se os seus servidores podem ou não receber o benefício do salário-família. O dispositivo foi claro ao remeter ao Regime Geral de Previdência Social somente para fins de verificação de teto remuneratório, motivo pelo qual caberia ao Município do Salvador estabelecer as demais regras, como já havia feito através dos incisos do art. 19 e do art. 19-A, os quais foram revogados pela Lei Complementar nº 41/05.

Poder-se-ia questionar se, de fato, o Município teria competência para legislar sobre a matéria. Esta indagação já foi respondida pelo Supremo Tribunal Federal:

"EMENTA: Servidor público. Adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei. Art. 7º, XXIII, da Constituição Federal. O artigo 39, § 2º, da Constituição Federal apenas estendeu aos servidores públicos civis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios alguns dos direitos sociais por meio de remissão, para não ser necessária a repetição de seus enunciados, mas com isso não quis significar que, quando algum deles dependesse de legislação infraconstitucional para ter eficácia, essa seria, no âmbito federal, estadual ou municipal, a trabalhista. Com efeito, por força da Carta Magna Federal, esses direitos sociais integrarão necessariamente o regime jurídico dos servidores públicos civis da

> União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, mas, quando dependem de lei que os regulamente para dar eficácia plena aos dispositivos constitucionais de que eles decorrem, essa legislação infraconstitucional terá de ser, conforme o âmbito a que pertence o servidor público, da competência dos mencionados entes públicos que constituem a federação. Recurso extraordinário conhecido, mas não provido." [STF, DJU 16.5.97, RE 169.173, Rel. Min. Moreira Alves]

Da mesma forma, posicionou-se o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, no julgamento da Apelação 2002.001.00099:

> "EMENTA: As Constituições interpretam-se consoante os princípios da unidade e do efeito integrador, de forma a afastar as contradições e propiciar harmonia entre as duas normas. O ordenamento constitucional, diante do princípio fundamental do federalismo e na medida em que confere aos Estados o poder autônomo de auto-organização e legislação, com o dever de dispor sobre a política de remuneração dos seus servidores, e ao mesmo tempo lhes estende alguns dos direitos sociais dos trabalhadores comuns, dirige esse comando à obrigatoriedade de integrá-los no âmbito da legislação infraconstitucional local. Neste aspecto, a norma constitucional extensiva desses direitos sociais apresenta eficácia limitada e sujeita-se à regulamentação da lei infraconstitucional editada no âmbito de cada Estado, cuja ausência impede seu pagamento." [TJRJ, DORJ 22.8.02, Ap. 2002.001.00099, Rel. Des. Milton Fernandes]

Corroborando o entendimento jurisprudencial, observe-se, a título exemplificativo, como a União e o Estado da Bahia regulamentaram a concessão do benefício do salário-família para seus respectivos servidores:

"Lei Federal nº 8.112/90
Art. 197. O salário-família é devido ao servidor ativo ou ao inativo, por dependente econômico.
Parágrafo único. Consideram-se dependentes econômicos para efeito de percepção do salário-família:
I - o cônjuge ou companheiro e os filhos, inclusive os enteados até 21 (vinte e um) anos de idade ou, se estudante, até 24 (vinte e quatro) anos ou, se inválido, de qualquer idade;
II - o menor de 21 (vinte e um) anos que, mediante autorização judicial, viver na companhia e às expensas do servidor, ou do inativo;
III - a mãe e o pai sem economia própria.
Lei Estadual nº 6.677/94 (Estado da Bahia)
Art. 137. O salário-família será pago aos servidores ativos e inativos que tiverem os seguintes dependentes:
I - filho menor de 18 (dezoito) anos;
II - filho inválido ou excepcional de qualquer idade, desde que devidamente comprovada sua incapacidade mediante inspeção médica pelo órgão competente do Estado;
III - filho estudante, desde que não exerça atividade remunerada, até a idade de 24 (vinte e quatro) anos;
IV - cônjuge inválido, que seja comprovadamente incapaz, mediante inspeção médica feita pelo órgão competente do Estado, e que não perceba remuneração.
Parágrafo único. Estende-se o benefício deste artigo aos enteados ou tutelados e aos menores que, mediante autorização judicial, estejam submetidos à guarda do servidor.
Art. 138. O salário-família corresponderá a 7% (sete por cento) do menor nível da escala de vencimentos do servidor público estadual.

Parágrafo único. Quando se tratar de dependente inválido ou excepcional, o salário-família será pago em dobro.
Art. 139. Quando pai e mãe forem servidores estaduais e viverem em comum, o salário-família será pago a um deles e, quando separados, será pago àquele que tiver a guarda do dependente.
Art. 140. Não será percebido o salário-família nos casos em que o servidor deixar de receber o respectivo vencimento ou os proventos.
Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica aos casos de suspensão, nem de licença por motivo de doença em pessoa da família.
Art. 141. O salário-família relativo a cada dependente será devido a partir do mês em que se comprovar o ato ou fato que lhe der origem e deixará de ser pago no mês seguinte ao ato ou fato que tiver determinado sua supressão.
Art. 142. O salário-família não poderá sofrer qualquer desconto nem ser objeto de transação, consignação em folha de pagamento, arresto ou penhora, não está sujeito a qualquer tributo, nem servirá de base para qualquer contribuição.
Art. 143. Será suspenso o pagamento do salário-família ao servidor que, comprovadamente, descurar da subsistência e da educação dos dependentes.
§ 1º O pagamento voltará a ser feito ao servidor se desaparecerem os motivos determinantes da suspensão.
§ 2º Mediante autorização judicial, a pessoa que estiver mantendo filho de servidor poderá receber o salário família devido, enquanto durar tal situação.
Art. 144. Em caso de acumulação de cargos, o salário família será pago em razão de um deles."

A transcrição, novamente extensa, serve tão somente para indicar que caberia ao Município do Salvador editar, para seus servidores, regras próprias a respeito da concessão do salário-família. Aliás, reafirme-se, antes do advento da Lei Complementar nº 41/05, o Município do Salvador dispunha de regras próprias sobre a matéria.

## 2.2. Da Obrigatoriedade do Pagamento do Salário-Família

Nada obstante o exposto, se a interpretação literal do art. 19, caput, da Lei Complementar nº 01/91, não autoriza o entendimento de que o Município do Salvador deve observar todas as regras do Regime Geral de Previdência Social ao examinar se os seus servidores podem receber o benefício do salário-família, também não há como sustentar que tal benefício não é devido. Ainda mais em se tratando de benefício emanado diretamente da Constituição da República (art. 39, § 3º, CR) e que, conforme já dito, contava com regulamentação própria antes do advento da Lei Complementar nº 41/05.

Neste caso, não há alternativa senão concluir que, na elaboração da Lei Complementar nº 41/05, o legislador municipal incorreu em equívoco de técnica legislativa. Ao tempo em que revogou os incisos do art. 19 e o art. 19-A, com seus incisos e parágrafos, alterou o caput do art. 19 para fazer remissão ao Regime Geral de Previdência Social unicamente no que concerne ao teto remuneratório para fins de percepção do salário-família. Em matéria de redação normativa, o citado benefício aterrizou no pior dos mundos: permaneceu com previsão de pagamento, desde que observado o teto remuneratório do Regime Geral de Previdência Social, mas sem parâmetros específicos para sua concessão. Ou bem o legislador municipal mantinha as regras tais quais já previstas, ou remetia ao Regime Geral de Previdência Social não somente no que diz respeito ao teto, mas também quanto aos dependentes e valores de pa-

gamento. Ainda assim, poder-se-ia questionar – ou pode-se questionar –, ainda que parcialmente, como um ente federado (Município do Salvador), dotado de autonomia política conferida diretamente pela Constituição da República, opta por se sujeitar às regras estabelecidas no âmbito de outro ente federado (União/INSS)? Do modo como está posto, sempre que a União/INSS resolver alterar o teto remuneratório para fins de percepção do salário-família no RGPS, o Município do Salvador a ele sujeitará, ainda que os novos valores não sejam convenientes à realidade da Administração Pública Municipal.

Logo, em razão da técnica legislativa pouco apurada, criou-se uma possível lacuna normativa. Lacuna esta que, todavia, não resiste ao influxo de métodos interpretativos que transbordem a literalidade do texto legal. Utilizando-se o método contextual, por exemplo, como pode o mesmo diploma legal prever o pagamento do salário-família (art. 3º, § 1º, inciso VI, e art. 16, inciso I, alínea 'c') e não contemplar as regras para sua percepção? Ainda mais quando tais regras já existiram no ordenamento jurídico – antes do advento da Lei Complementar nº 41/05.

Recorrendo-se ao método sistemático, também já se viu que a Constituição da República (art. 39, § 3º), a Lei Orgânica do Município do Salvador (art. 124, inciso X), a Lei Complementar nº 01/91 (art. 232, § 2º, inciso I, alínea 'e') e a própria Lei Complementar nº 05/92 (art. 3º, § 1º, inciso VI, art. 16, inciso I, alínea 'c', e arts. 19 e ss.) prevêem o pagamento do benefício do salário-família.

Por outro lado, está-se diante de um caso típico em que está em jogo a eficácia de norma constitucional. No caso, a norma que estende aos servidores públicos ocupantes de cargos públicos alguns direitos sociais previstos no art. 7º da Constituição da República (art. 39, § 3º). Se, por um lado, conforme afirma o Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário nº 169.173, alguns desses direitos são veiculados por normas de eficácia limitada, dependendo, pois, de regulamentação específica para que atinjam eficácia plena, não se pode negar que estas mesmas normas constitucionais gozam de uma eficácia jurídica mínima. Esta eficácia jurídica mínima é representada por duas forças distintas, sendo que uma delas é denominada Força Impeditiva, que se dirige ao futuro para impedir que normas inferiores em sentido contrário à constituição venham ingressar validamente no ordenamento jurídico[1].

Portanto, não reconhecer o direito do servidor público do Município do Salvador à percepção do salário-família é negar eficácia jurídica mínima a um mandamento constitucional (art. 39, § 3º) que já havia sido devidamente regulamentado em sede infraconstitucional local, mas que, por defeito de técnica legislativa, tornou-se, aparentemente, inaplicável.

Superada a questão de saber se o salário-família é ou não devido ao servidor público do Município do Salvador, concluindo-se pela obrigatoriedade de seu pagamento no âmbito municipal, resta saber quais regras devem ser aplicadas para sua concessão, haja vista que parte delas foi indevidamente revogada pela Lei Complementar nº 41/05.

## 2.3. Da Necessidade de Integração Normativa

A discussão acerca da completude do sistema normativo é um dos primeiros desafios impostos ao iniciado na Ciência do Direito. Matéria profundamente teórica e com alto grau de abstração, o fato é que prevalece a divisão em duas correntes:

[1] ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. *Direito constitucional*. 2. ed. rev. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2003, p. 66.

> "Nos quadros da dogmática analítica, que elabora a sistematização do ordenamento, a questão é controvertida. Há autores que afirmam ser a 'plenitude' lógica dos ordenamentos uma 'ficção' doutrinária de ordem prática, que permite ao jurista enfrentar os problemas de decidibilidade com um máximo de segurança. Trata-se de uma 'ficção' porque o ordenamento 'de fato' é reconhecido como lacunoso (cf. Geny, 1925:193). Há outros que afirmam ser a 'incompletude' uma 'ficção' prática, que permite ao juiz criar direito quando o ordenamento, que, por princípio, é completo, parece-lhe insatisfatório no caso em questão (Kelsen, 1960:35).

A questão das lacunas tem dois aspectos. Um refere-se a sua configuração sistemática, ou seja, à discussão do cabimento das lacunas no sistema. É o problema da completude. Outro refere-se à questão de, admitida a incompletude, (de fato ou como ficção), dizer como devem ser preenchidas as lacunas. É o problema da integração do direito pelo juiz." [FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003, pp. 218-219]

Se as lacunas normativas existem ou não, este é um problema afeto à dogmática analítica. "Para a dogmática hermenêutica, admitida, de alguma forma, a incompletude, seja em termos de lacunas autênticas e inautênticas, verdadeiras e falsas, a questão gira em torno dos 'modos de integração' e dos 'limites que se põem ao intérprete'"[2].

Assim, citando Carl Wilhelm Canaris e Tercio Sampaio Ferraz Junior, Maria Helena Diniz[3] entende que, uma vez admitida a questão da existência das lacunas jurídicas, surge a da sua identificação, isto é, da sua constatação:

> "Esta problemática abrange duas facetas: 1ª) a concernente ao ordenamento jurídico, que se caracteriza pelo fato de se saber em que limite a norma é omissa, ou seja, até que ponto não é aplicável sem um complemento, até onde, em caso de lacuna, pode-se interpretar a lei e até que ponto integrá-la; 2ª) a referente à dificuldade da determinação da medida em que a ausência de norma pode ser tida como lacuna."

E como fazer para identificar se, de fato, existe lacuna jurídica? Ainda conforme Maria Helena Diniz, através dos mesmos métodos utilizados para integrá-la, caso ela exista. O que leva a buscar, primeiramente, como determina o art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, a analogia. "Assim sendo, a analogia é, ao mesmo tempo, meio para mostrar a 'falha' e para completá-la"[4].

E aí a tarefa parece relativamente simplória. O principal recurso utilizado pela analogia é a comparação. Retrocedendo, já ficou demonstrado como a União e o Estado da Bahia dispuseram sobre o salário-família no âmbito de suas respectivas administrações públicas. Mais ainda, como o próprio Município do Salvador dispunha sobre a matéria antes do advento da Lei Complementar nº 41/05. Logo, comparando-se a redação anterior da Lei Complementar nº 05/02 e as redações das leis da União e do Estado da Bahia com a atual redação da Lei Complementar nº 05/02, fica evidente a existência de lacuna normativa quanto aos valores do salário-família e quanto aos dependentes que dão ensejo à percepção deste benefício. Conclusão:

---

[2] FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 299.

[3] DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 16. ed. à luz da Lei n. 10.406/02. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 450.

[4] Op. cit., p. 451.

sem um complemento normativo, não há como aplicar a regra que determina o pagamento do salário-família aos servidores públicos do Município do Salvador. E se a analogia concorreu para detectar a lacuna, através da analogia dever-se-á integrar a legislação onde a lacuna se localiza.

## 2.4. Da Aplicação das Regras do Regime Geral de Previdência Social

De acordo com Maria Helena Diniz[5], a aplicação analógica requer:

> "1) Que o caso 'sub judice' não esteja previsto em norma jurídica. Isto porque direito expresso ou literal disposição legal não abrange analogia; esta dilata a aplicação da lei a casos por ela não declarados e que, por identidade de razão, devem submeter-se a ela. A analogia compara e, da semelhança, conclui pela aplicação da norma ao caso em tela, sendo, portanto, um processo mental. Se houvesse lei regulando o caso, ter-se-ia interpretação extensiva.
> 2) Que o caso não contemplado tenha com o previsto, pelo menos, uma relação de semelhança.
> 3) Que o elemento de identidade entre os casos não seja qualquer um, mas sim fundamental ou de fato que levou o legislador a elaborar o dispositivo que estabelece a situação à qual se quer comparar a norma não contemplada. Terá de haver uma verdadeira e real semelhança e a mesma razão entre ambas as situações. Meras semelhanças aparentes, afinidades formais ou identidades relativas a pontos secundários não justificam o emprego da argumentação analógica."

Exigir que o caso sub judice não esteja previsto em norma jurídica parece-nos a mesma coisa que exigir a existência da lacuna normativa. E esta lacuna já ficou demonstrada. Apesar de haver, na legislação do Município do Salvador, a regra que determina o pagamento do salário-família, esta carece de complemento que explicite os valores do benefício e os dependentes que dão ensejo à sua percepção.

Prosseguindo, é manifesta a relação de semelhança entre os casos: pagamento do salário-família aos servidores públicos do Município do Salvador e pagamento do salário-família aos segurados do Regime Geral de Previdência Social. Ambos emanados diretamente da Constituição da República (art. 7º, inciso XII, e art. 39, § 3º).

Finalmente, a semelhança entre os casos é fundamental. Trata-se do mesmo benefício, com origem constitucional, mas que tem regras específicas para grupos de pessoas diversos (servidores do Município do Salvador e segurados do Regime Geral de Previdência Social).

Poder-se-ia perguntar: e por que aplicar, analogicamente, para os servidores do Município do Salvador, as regras do salário-família estabelecidas pelo Regime Geral de Previdência Social e não aquelas estabelecidas pela União ou pelo Estado da Bahia para seus respectivos servidores? Porque o Regime Geral de Previdência Social mantém, com a legislação do Município do Salvador, um elemento relacional a mais: o art. 19, caput, da Lei Complementar nº 05/92, já faz menção ao RGPS no que diz respeito ao teto remuneratório. Aliás, ao revogar, parcialmente, as regras do salário-família, parece-nos que era intenção do legislador local – fica-se na mera suposição – adotar, por completo, as regras correlatas do Regime Geral de Previdência Social, ainda que tal postura seja, no mínimo, temerária do ponto de vista da preservação da autonomia federativa da Municipalidade.

---

[5] DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 16. ed. à luz da Lei n. 10.406/02. São Paulo: Saraiva, 2004, pp. 454-455.

Chegando-se à conclusão de que a integração analógica deve ocorrer com utilização das regras do Regime Geral de Previdência Social, resta saber em que medida esta ocorrerá. Se a integração presta-se a colmatar lacunas, ela cinge-se, portanto, a somente operar nos vazios legislativos. Logo, aplicar-se-ão as regras do Regime Geral de Previdência Social somente onde a legislação municipal for omissa e na estrita medida necessária para conferir aplicabilidade à regra que determina o pagamento do salário-família aos servidores públicos do Município do Salvador.

A primeira exigência que a Lei Complementar nº 05/92 faz para a percepção do salário-família é que o segurado, ativo e inativo, receba remuneração igual ou inferior ao limite de remuneração estabelecido pelo regime geral de previdência social para a concessão do benefício (art. 19).

Neste sentido, o Ministério da Previdência Social edita Portarias com o objetivo de estabelecer, dentre outros, o limite de remuneração mensal dos segurados do Regime Geral de Previdência Social para efeitos de percepção do benefício do salário-família. Portanto, conforme o art. 4º da Portaria MPS nº 142, de 11 de abril de 2007, a partir de 1º de abril de 2007, somente fazem jus ao recebimento do salário-família os segurados com remuneração mensal igual ou inferior a R$ 676,27 (seiscentos e setenta e seis reais e vinte e sete centavos). Consequentemente, no Município do Salvador, por força do disposto no art. 19 da Lei Complementar nº 05/92, somente fazem jus à percepção do salário-família os segurados, ativos e inativos, que recebam remuneração igual ou inferior a R$ 676,27 (seiscentos e setenta e seis reais e vinte e sete centavos).

A segunda exigência advém do art. 19, parágrafo único, da Lei Complementar nº 05/92, que assim determina: "compreendem-se neste artigo os filhos de qualquer condição, os enteados, os adotivos e o menor que, mediante autorização judicial, viver sob a guarda, tutela ou sustento do servidor público, ou ainda, se inválido com qualquer idade". Portanto, em razão da lacuna parcial quanto aos dependentes que dão causa ao pagamento do benefício, forma-se o seguinte rol por força do quanto disposto no art. 4º, caput, da Portaria MPS nº 142/07: 1) os filhos de qualquer condição, os enteados e os adotivos (Lei Complementar nº 05/92), até quatorze anos de idade (RGPS), ou os inválidos, com qualquer idade; 2) o menor que, mediante autorização judicial, viver sob a guarda, tutela ou sustento do servidor público.

Por derradeiro, deve haver integração analógica quanto aos valores do salário-família, os quais, segundo os incisos do art. 4º da Portaria MPS nº 142/07, ficam estabelecidos nas seguintes faixas: 1) R$ 23,08 (vinte e três reais e oito centavos) para o segurado com remuneração mensal não superior a R$ 449,93 (quatrocentos e quarenta e nove reais e noventa e três centavos); 2) R$ 16,26 (dezesseis reais e vinte e seis centavos) para o segurado com remuneração mensal superior a R$ 449,93 (quatrocentos e quarenta e nove reais e noventa e três centavos) e igual ou inferior a R$ 676,27 (seiscentos e setenta e seis reais e vinte e sete centavos).

A Lei Complementar nº 05/92 prossegue estatuindo as seguintes regras:

> "Art. 20. Quando pai e mãe forem servidores e viverem em comum, o salário-família será concedido ao pai.
> § 1º Se não viverem em comum, será concedido ao que tiver os dependentes sob a sua guarda.
> § 2º Se ambos os tiverem, será concedido ao pai e à mãe de acordo com a distribuição dos dependentes.
> § 3º Em caso de acumulação de cargos, na forma prevista no art.162 e parágrafos, da

Lei Complementar 01/91, o salário-família será pago em razão de um deles. Inserido pelo art. 1º da LC nº 37/2005. DOM de 03/05/2004.
§ 4º O salário-família será pago a partir da comprovação do fato que lhe der origem e cessará no mês seguinte ao fato que determinar sua supressão. Inserido pelo art. 1º da LC nº 37/2005. DOM de 03/05/2004.
Art. 21. Ao pai e a mãe equiparam-se o padrasto, a madrasta e, na falta destes, os representantes legais dos incapazes.
Art. 22. O afastamento do cargo efetivo, sem remuneração, não acarreta a suspensão do pagamento do salário-família.
Art. 23. O salário-família não está sujeito a qualquer imposto ou taxa, nem servirá de base para qualquer contribuição, ainda que para fim de previdência social."

Com a exposição feita, encerra-se, pois, a delimitação de onde se devem aplicar as regras estabelecidas na Lei Complementar nº 05/92 e onde se deve integrá-la, analogicamente, com as regras do Regime Geral de Previdência Social.

## 2.5. Da Integração do Direito como Solução para o Caso Concreto

Tercio Sampaio Ferraz Junior[6] defende que há limites à integração, sendo um deles o caráter singular desta:

"O primeiro princípio de controle é de que nenhum meio integrador, gera, por si, um efeito generalizante. Mesmo no caso dos costumes, reconhecidos como fonte pela doutrina, a aplicação 'praeter legem' só se generaliza se forma, ela própria, um costume jurisprudencial. O ato integrado é singular e o preenchimento da lacuna é sempre 'in casu', devendo-se repetir o processo de argumentação para casos semelhantes. Em princípio, pois, só o legislador, nunca o intérprete, 'elimina' a lacuna. O intérprete a preenche no caso, mas ela continua a subsistir, exigindo, em cada vez, novos procedimentos de integração."

Portanto, embora tenha sido feita a integração da Lei Complementar nº 05/92 no que concerne às regras do salário-família, a lacuna continuará a existir até que o legislador competente a elimine.

## 2.6. Da Solução para o Caso Concreto

Considerando que a integração oferta solução para o caso concreto, passa-se ao exame analítico das exigências para que a REQUERENTE perceba o salário-família:

1) O segurado, ativo e inativo, deve receber remuneração igual ou inferior ao limite de remuneração estabelecido pelo regime geral de previdência social para a concessão do benefício (art. 19, caput, da Lei Complementar nº 05/92, c/c o art. 4º da Portaria MPS nº 142/07): satisfeita, conforme cópia reprográfica do comprovante de rendimentos (fl. 05);

2) São dependentes que dão causa ao pagamento do salário-família os filhos de qualquer condição, os enteados e os adotivos (Lei Complementar nº 05/92), até quatorze anos de idade (RGPS), ou os inválidos, com qualquer idade, e o menor que, mediante autorização judicial, viver sob a guarda, tutela ou sustento do servidor público (Lei Complementar nº 05/92): satisfeita, conforme cópia reprográfica da Certidão de Nascimento (fl. 02);

Satisfeitas as exigências, tem-se que:

---

[6] FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 306.

1) Em razão da faixa de remuneração (fl. 05), a REQUERENTE faz jus a R$ 16,26 (dezesseis reais e vinte e seis centavos) a título de salário-família em razão do dependente ... (art. 4º, inciso II, portaria MPS nº 142/07);

2) É necessário que sejam observadas as regras dos artigos 20, 21, 22 e 23 da Lei Complementar nº 05/92, notadamente no que diz respeito à hipótese de o pai e de a mãe do dependente serem servidores;

3) O pagamento do salário-família deverá retroagir a 29 de junho de 2007, data em que a REQUERENTE protocolizou o Requerimento para Direitos e Vantagens (fl. 01) com a finalidade de comprovar o fato que lhe deu origem (art. 20, § 4º, Lei Complementar nº 05/92), efetuando-se a correção monetária determinada pelo art. 160 da Lei Orgânica do Município do Salvador.

## 3. DAS CONCLUSÕES

Examinados os autos, chega-se às seguintes conclusões:

1) O pagamento do salário-família é devido aos servidores públicos do Município do Salvador, embora exista lacuna normativa na legislação municipal que rege a matéria.

2) A lacuna normativa deve ser preenchida através de integração analógica com utilização das regras do Regime Geral de Previdência Social.

3) A integração do Direito serve apenas como solução para o caso concreto, pelo que subsiste a lacuna normativa da legislação que foi integrada, competindo ao legislador eliminá-la definitivamente.

4) Considerando o exposto no item 3 destas Conclusões, sugiro que se dê conhecimento da lacuna normativa ao Procurador Geral do Município do Salvador para que este, a seu juízo, exerça a competência conferida pelo art. 13, inciso II, c/c o art. 1º, inciso XX, todos da Lei Complementar nº 03/91, de modo que, além de se eliminar a lacuna normativa indicada, também se possa restabelecer a autonomia política da municipalidade quanto à matéria em tela.

5) No caso concreto, opino pelo pagamento do benefício do salário-família à REQUERENTE, na forma estabelecida no item 2.6. deste Parecer.

É o parecer.

À superior consideração da i. Procuradora-Chefe da RPGMS/SMS.

Salvador (BA),

ANTONIO LUIZ SILVANY
Procurador do Município do Salvador
OAB/BA 19.535

# Uso de cabelo rastafári

Gisane Tourinho Dantas
Procuradora do Município de Salvador, lotada na Procuradoria Fiscal
Ex-Chefe da Representação da Procuradoria na Secretaria de Serviços Públicos e Prevenção à Violência
Ex- Defensora Pública do Estado de Sergipe
Especialista em Direito do Estado pela Universidade Federal da Bahia (UFBA)
Pós-graduada no Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* Preparatório à Carreira de Magistratura (EMAB/UCSAL)
Pós-graduanda em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET)

SUMÁRIO: I. RELATÓRIO – II. FUNDAMENTAÇÃO: DEFINIÇÃO DE RASTAFARIANISMO – LIBERDADE RELIGIOSA – LEGISLAÇÃO NACIONAL E INTERNACIONAL – REGIMENTO DISCIPLINAR DA GMS – DISCRÍMEN – IMPOSSIBILIDADE – III. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

PARECER Nº 03/2009
PROCESSO SEAD Nº ...
INTERESSADO: ...
ASSUNTO: Solicitação. Consulta. Uso de cabelo rastafári.

## I – DO RELATÓRIO

1. O servidor ..., matrícula nº ..., lotado na Superintendência de Segurança Urbana e Prevenção à Violência - SUSPREV (antiga Guarda Municipal) requereu, por meio do petitório de fl. 01, prolação de parecer pela RPGM/SEAD quanto à licitude de existir servidor público municipal com cabelo rastafári, sob o fundamento de que o mesmo está sendo vítima de constantes investidas por parte dos superiores da autarquia, no sentido de lhe forçar a cortar o cabelo rastafári, o que está por atingir sua auto-estima e dignidade humana.

2. A RPGM/SEAD encaminhou os autos à SESP, em razão de a SUSPREV (antiga Guarda Municipal) estar vinculada a esta Pasta, nos termos da Lei nº 7.610/2008, que alterou a estrutura organizacional da Prefeitura Municipal de Salvador.

## II – DA FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

3. Preliminarmente, ressalta-se a legitimidade de a SESP, por meio desta RPGM, analisar a questão, uma vez que a SUSPREV (antiga Guarda Municipal), enquanto pessoa jurídica de direito público da administração indireta, está vinculada a esta Pasta, conforme norma do art. 44, III, "a", da Lei nº 7.610/2008 c/c art. 1º do Decreto municipal nº 18.414/2008 (Regimento da Guarda Municipal), c/c art. 2º, II, "a", do Decreto municipal nº 18.516/2008 (Regimento da SESP).

4. O rastafarianismo, também conhecido como movimento rastafári ou *Rastafar-I* (rastafarai) surgiu na Jamaica e é um movimento religioso que proclama *Hailê Selassiê I*, imperador da Etiópia, como a representação terrena de *Jah* (Deus)[1].

5. Consultando o dicionário virtual Houaiss[2], constata-se, mais uma vez, que a palavra *rastafári* é um substantivo, cuja significação implica religião (seguidor do rastafarianismo), como, também, música (músico ou adepto do reggae).

6. A Constituição Federal de 1988 (CF/88) consagra, no seu art. 5º, *caput*, a isonomia, vedando distinção DE QUALQUER NATUREZA, assegurando-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade de diversos direitos fundamentais, dentre os quais a igualdade e a liberdade.

7. O direito à liberdade não se restringe ao direito de locomoção, ou seja, ao direito de ir e vir. Uma de suas manifestações é a liberdade religiosa, que está assegurada no art. 5º, incisos VI e VII, *in verbis*:

> "Art. 5º *Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza,* garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
> (...)
> VI - *é inviolável a liberdade de consciência e de crença*, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;
> (...)
> VIII - *ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política*, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei;"
> (grifos acrescidos)

8. Não obstante, o preâmbulo da Carta Magna ainda explicita que o Estado Democrático Brasileiro se destina a assegurar, dentre outros direitos, o exercício dos direitos individuais, da liberdade, da igualdade, assegurando como *valores supremos uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos*.

9. Portanto, resta reconhecido de que todos os seres humanos têm direitos e liberdades fundamentais inerentes à condição humana e que toda Nação tem a obrigação de respeitá-los. Eis um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, e que se constitui num Estado Laico: a dignidade da pessoa humana (art.1º, inciso III).

10. Na seara internacional, a proteção à liberdade religiosa está prevista na DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS de 1948, da ONU, que assim dispôs:

---

[1] Disponível em:<http://pt.wikipedia.org/wiki/Rastafarianismo>. Acesso em 6/1/2009.

[2] Disponível em: <http://houaiss.uol.com.br/busca.jhtm?verbete=rastafari&stype=k&x=5&y=11>. Acesso em 6/1/2009.

"ARTIGO 18. Todo homem tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; este direito inclui a liberdade de mudar de religião ou crença e a liberdade de manifestar essa religião ou crença pelo ensino, pela prática, pelo culto e pela observância isolada ou coletivamente, em público ou em particular."

11. Neste sentido também é a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de que o Brasil é signatário, e que ingressou no sistema nacional por meio do Decreto n.º 678, de 6 de novembro de 1992, nos termos abaixo:

"Artigo 12 - Liberdade de consciência e de religião

1. Toda pessoa tem direito à liberdade de consciência e de religião. Esse direito implica a liberdade de conservar sua religião ou suas crenças, ou de mudar de religião ou de crenças, bem como a liberdade de professar e divulgar sua religião ou suas crenças, individual ou coletivamente, tanto em público como em privado.
2. Ninguém pode ser submetido a medidas restritivas que possam limitar sua liberdade de conservar sua religião ou suas crenças, ou de mudar de religião ou de crenças.
3. A liberdade de manifestar a própria religião e as próprias crenças está sujeita apenas às limitações previstas em lei e que se façam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral públicas ou os direitos e as liberdades das demais pessoas.
4. Os pais e, quando for o caso, os tutores, têm direito a que seus filhos e pupilos recebam a educação religiosa e moral que esteja de acordo com suas próprias convicções."

12. É importante lembrar que, por força do disposto no § 2.º, do art. 5.º, da Constituição Federal, tais tratados internacionais integram o Direito pátrio tal como se aqui originariamente positivados.

13. O douto constitucionalista Alexandre de Moraes[3] afirma, sabiamente, que a conquista constitucional da liberdade religiosa é verdadeira consagração de maturidade de um povo, sendo um desdobramento da liberdade de pensamento e manifestação.

14. MORAES[4] ensina, ainda:

"A abrangência do preceito constitucional é ampla, pois sendo a religião o complexo de princípios que dirigem os pensamentos, ações e adoração do homem para com Deus, acaba por compreender a crença, o dogma, a moral, a liturgia e o culto. O constrangimento à pessoa humana de forma a renunciar sua fé representa desrespeito à diversidade democrática de idéias, filosofias e a própria diversidade espiritual." (grifos acrescidos)

15. Assim, constranger homem ou mulher de modo a não manifestar ou renunciar sua fé significa desrespeito à diversidade, além de constituir crime, previsto na Lei federal nº 7.716/89, que define os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. O Código Penal prevê, também, outros tipos penais relativos ao desrespeito à liberdade religiosa (art. 208 e seguintes).

16. Forçoso reconhecer, ainda, que constitui crime de ABUSO DE AUTORIDADE qualquer atentado à liberdade religiosa, prevista na Lei federal nº 4.898/65, *in verbis*:

---

[3] MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 7. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Atlas, 2000. p .70.

[4] Ibid.

"Art. 3.º Constitui abuso de autoridade qualquer atentado:

.....

d) à liberdade de consciência e de crença;
e) ao livre exercício do culto religioso;".

17. Estabelecidas as premissas supra, mister observar que o uso de cabelos/penteado rastafári, assim como o uso de véu islâmico por mulçumanas, por exemplo, são signos de expressão de crença religiosa e que, portanto, devem ser respeitados por todos, inclusive pela Administração Pública, em razão de constituir o direito fundamental da liberdade religiosa. Desse modo, qualquer discriminação explícita ou velada deve ser combatida e reprimida, nos termos da Lei.

18. Por outro lado, caso não se considere o rastafarianismo como sendo religião, mas, apenas, estilo/filosofia de vida, mesmo assim, não é possível qualquer discriminação do servidor em razão de o mesmo ser portador de cabelo rastafári, pelos fundamentos abaixo elencados.

19. Primeiro, o guarda municipal de Salvador é um servidor CIVIL, e em sendo assim, não se lhe aplica qualquer vedação ou restrição relativa ao servidor militar.

20. Segundo, nos termos do art. 39, § 3º, da CF/88, a lei poderá estabelecer requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo o exigir. No caso em apreço, a vedação quanto ao estilo do corte de cabelo somente foi prevista em 24/10/2008, quando foi publicado o Regimento Disciplinar da Guarda Municipal (Decreto nº 18.947/2008, publicado no DOM de 24/10/2008). A restrição está prevista no art. 6º, IX, "b", do Regimento, ao elencar como dever do guarda municipal apresentar-se convenientemente trajado, com o uniforme determinado, completo e alinhado, sendo que o guarda do sexo masculino, quando uniformizado, não poderá se apresentar com os cabelos crescidos e/ou com barba por fazer.

21. Terceiro, o citado Regimento Disciplinar somente foi publicado muito tempo após a publicação do edital e realização do concurso para provimento de cargo de Guarda Municipal, já que o edital foi publicado no DOM de 8 a 10/dezembro de 2007 (vide cópia anexa) e o Regimento Disciplinar da Guarda Municipal somente foi publicado no DOM de 24/10/2008. Ora, o edital do concurso não previu qualquer restrição quanto ao estilo do corte de cabelo por parte dos candidatos (item 2), tendo, então, o servidor requerente ingressado no serviço público antes da restrição prevista no Regimento Disciplinar da Guarda Municipal.

22. Por fim, mesmo que estivesse previsto no edital do concurso e o Regimento da Guarda Municipal tivesse sido publicado antes do edital, a restrição quanto ao estilo do corte de cabelo deveria passar por uma análise constitucional, tendo em vista a ponderação de interesses: o fator de discriminação teria que ser justificado, lógico e razoável X inviolabilidade da liberdade de consciência e crença (art. 5º, VI, da CF/88).

23. Entendo que, mesmo com essa vedação prevista no Regimento Disciplinar, nenhuma pessoa poderá ser privada do seu direito de participar de concurso público, assumir cargo/função pública e professar sua religião por meio de cabelo rastafári, em razão da norma constitucional de vedação de privação de direitos por motivo de crença religiosa, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir obrigação alternativa prevista em lei (art. 5º, VIII, da CF/88). Deve, neste caso, o Regimento da Guarda Municipal prever alguma obrigação alternativa (uso de todo o fardamento, com exceção da boina, caso não seja possível seu uso nem com os cabelos presos em forma de "rabo-de-cavalo", por exem-

plo), com o intuito de compatibilizar a liberdade religiosa.

24. Celso Antônio Bandeira de Mello, na obra *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*[5], ensina que é "certo que fator objetivo algum pode ser escolhido aleatoriamente, isto é, sem pertinência lógica com a diferenciação procedida". Prossegue afirmando que, em razão do princípio da igualdade, o que a ordem jurídica pretende firmar é a impossibilidade de desequiparações fortuitas ou injustificadas.

25. O ponto fulcral para exame da correção de uma regra do princípio isonômico reside na existência ou não de correlação lógica entre o fator erigido em critério de discrímen e a discriminação legal decidida em função dele.

26. Nesse ponto, esclarece Celso Antônio[6]:

> "(...) tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é erigido em critério discriminatório e, de outro lado, se há justificativa racional para, à vista do traço desigualador adotado, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade afirmada."

27. Conclui o renomado administrativista[7] que, para que um discrímen seja convivente com a isonomia, impende que concorram quatro elementos:

"a) que a desequiparação não atinja, de modo atual, um só indivíduo;
b) que as situações ou pessoas desequiparadas pela regra de direito sejam efetivamente distintas entre si, vale dizer, possuam características, traços, nelas residentes, diferençados;
c) que exista, em abstrato, uma correlação lógica entre os fatores existentes e a distinção de regime jurídico em função deles, estabelecida pela norma jurídica;
d) que, in concreto, o vínculo de correlação suprarreferido seja pertinente em função dos interesses constitucionalmente protegidos, isto é, resulte em diferenciação de tratamento jurídico fundada em razão valiosa – ao lume do texto constitucional – para o bem público."

28. Analisando-se os quatro requisitos cumulativos acima aduzidos, depreende-se que, no caso em análise NÃO existem 3 (três) deles: as letras *a, c* e *d*. Em outras palavras: o discrímen pretendido (vedação de uso de cabelo rastafári) é previsto em norma legal publicada posteriormente à publicação de edital e realização de concurso público; não há correlação lógica e razoável entre a diferenciação de tratamento e o bem público protegido e, o mais importante, a desequiparação/discriminação atinge de modo atual e absoluto um indivíduo, qual seja o servidor requerente.

29. Entendo, *data venia*, que proibir servidor guarda municipal de possuir cabelo rastafári não obsta, dificulta ou impede o regular exercício das atividades inerentes ao cargo, quais sejam: prevenir atos que atentem contra os bens, instalações e serviços municipais; prestar serviços de vigilância e de portaria nos prédios e instalações do Município etc., devidamente previstos no art. 2º do Decreto municipal nº 18.414/2008 (Regimento da GMS).

30. Os Tribunais brasileiros decidem reiteradamente nesse sentido, ao analisarem casos análogos:

> "CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. REQUISITOS. LIMITE DE IDADE. CF, ART. 7º, XXX. - A CF/

[5] 3. ed. atual. São Paulo: Melhoramentos, 2002. p. 18.
[6] Ibid. p. 38.
[7] Ibid. p. 41.

88, EM SEU ART. 7º, XXX, APLICÁVEL AOS SERVIDORES PÚBLICOS POR FORÇA DO ART. 39, PAR. 2., PROÍBE A INFUNDADA DIFERENCIAÇÃO NA ADMISSÃO PARA O SERVIÇO PÚBLICO POR MOTIVO DE SEXO, IDADE, COR OU ESTADO CIVIL. - HIPOTESE EM QUE O LIMITE MAXIMO DE IDADE DE 35 ANOS FIXADO PARA O CONCURSO PÚBLICO PARA FISCAL DE TRIBUTOS ESTADUAIS E ILEGAL POR FALTA DE RAZOÁVEL AMPARO JURÍDICO. TAL EXIGÊNCIA NÃO SE JUSTIFICA POR NÃO SER INDISPENSÁVEL PARA O BOM CUMPRIMENTO DA FUNÇÃO A SER EXERCIDA. - RECURSO PROVIDO."
(STJ, RMS 5316 / RS, T 5, rel. Min. Felix Fischer, j. 13/6/1997, DJ 29/9/1997, p. 48229)

"AGRAVO DE INSTRUMENTO - ANTECIPAÇÃO DE TUTELA - PODER PÚBLICO - PRESENÇA DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS AO DEFERIMENTO - ADMISSIBILIDADE - CONCURSO PÚBLICO - CANDIDATO PORTADOR DE TATUAGEM - CONTRA-INDICAÇÃO - RESTRIÇÃO DESPROVIDA DE RAZOABILIDADE - DISCRIMINAÇÃO INJUSTIFICÁVEL - MANUTENÇÃO DA DECISÃO QUE CONCEDE A TUTELA ANTECIPADA."
(TJ/MG, AGRAVO N° 1.0024.06.215503-1/001, rel. Des. DES. AUDEBERT DELAGE, j. 08/03/2007, publicado em 23/03/2007)

"(...) A "manifestação do pensamento" do acusado, efetivamente, desvela seu propósito de discriminar a etnia indígena, muito embora disfarçada através de suposta crítica. Nada mais deflui das palavras do réu senão seu desprezo e preconceito em relação à população silvícola. Assim sendo, faz-se mister concluir ter o réu, consciente e deliberadamente, lesionado o objeto jurídico tutelado pelo crime de discriminação étnica/racial, consistente na "pretensão ao respeito inerente à personalidade humana, a própria dignidade da pessoa, considerada não só individualmente, como coletivamente" (TEJO, Célia Maria Ramos. Dos crimes de preconceito de raça ou de cor: comentários à Lei 7.716, de 5 de janeiro de 1989. 1. ed. Campina Grande: EDUEP, 1998. p. 23)."
(APELAÇÃO CRIMINAL Nº 2003.71.01. 001894"8/RS, TRF 4ª Região, rel. Des. Federal PAULO AFONSO BRUM VAZ)

31. Ressalte-se, por fim, que a prática de racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, nos termos do art. 5º, XLII, da CF/88.

## III – DA CONCLUSÃO

32. Diante do exposto, *entende esta RPGM/SESP inconstitucional qualquer conduta de discriminação, explícita ou velada, eventualmente perpetrada contra o servidor XXX em razão de o mesmo possuir cabelo rastafári, bem como contra qualquer outro servidor municipal que se encontre nesta situação, devendo fazer cessar, imediatamente, qualquer conduta atentatória neste sentido, sob pena de responsabilidade na forma da Lei, nos termos da fundamentação supra. Entende que o servidor não é obrigado a cortar o cabelo rastafári, devendo ser compatibilizado o uso deste tipo de cabelo com a boina, que integra o fardamento dos guardas municipais, devendo, se for necessário, o servidor prender os cabelos, ou caso não seja possível o uso de boina, ser o servidor dispensado de usá-lo, com o intuito de compatibilizar com o direito constitucional da inviolabilidade da liberdade religiosa. Opina, ainda, para que seja inserida obrigação alternativa no Regimento Disciplinar da Guarda Municipal, com vistas a atender à norma do art. 5º, VIII, da Carta Magna e que, após deliberação pelo Secretário da SESP, sejam cientificados da decisão o servidor requerente e o Superintendente da SUSPREV (antiga Guarda Municipal).*

33. Tendo em vista tratar-se de tema delicado e que pode ter repercussão no futuro, quando da realização de futuros concursos públicos para o cargo de Guarda Municipal, remeto os autos à Procuradoria Geral do Município para análise.

34. É o que nos parece, S. M. J.

Salvador (BA), 7 de janeiro de 2009.

Gisane Tourinho Dantas
Procuradora do Município

OBS: Foram omitidos o número do processo e o nome do servidor com o intuito de preservar sua identidade.

OBS: Este parecer foi ratificado pela ilustre Coordenadora das Representações da Procuradoria Geral do Município de Salvador, por meio do parecer nº 38/2009-COREP, de 29 de janeiro de 2009, com a única ressalva de que não pode ser dispensado o uso da boina, devendo ser compatibilizado seu uso com o cabelo rastafári, conforme se depreende da conclusão, *in verbis*: "Ante o exposto, entendemos que, muito embora não possa a Administração Pública obrigar que o servidor corte o cabelo, por ter sido uma exigência imposta posteriormente à realização do concurso público, deve ser imposto ao mesmo o uso do fardamento completo da Guarda Municipal, sendo necessário, portanto, que o servidor adeque seu cabelo ao uso da boina."

## Referências

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Organizador Alexandre de Moraes. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

BRASIL. *Código Penal Brasileiro.*

_____*Convenção Americana sobre Direitos Humanos* (Pacto de São José da Costa Rica).

Lei federal nº 4.898/65.

Lei federal nº 7.716/89.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*.

3. ed. atual. São Paulo: Melhoramentos, 2002; MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 7ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Atlas, 2000.

ONU. *Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.*

*Regimento Disciplinar da Guarda Municipal* (Decreto nº 18.947/2008, publicado no DOM de 24/10/2008;

Superior Tribunal de Justiça - RMS 5316 / RS; *Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais - AGRAVO N° 1.0024.06.215503-1/001.*

Tribunal Regional Federal da 4ª Região - APELAÇÃO CRIMINAL Nº *2003.71.01.001894"8/RS*.

<http://pt.wikipedia.org/wiki/ Rastafarianismo>. Acesso em: 6 jan. 2009.

<http://houaiss.uol.com.br/busca.jhtm?verbete=rastafari&stype=k&x= 5&y=11>. Acesso em: 6 jan.2009.

# Aspectos da contratação de empresas em consórcio

João Deodato Muniz de Oliveira
Procurador do Município do Salvador

SUMÁRIO

1 - SINOPSE FÁTICA
2 - DEFINIÇÃO E CARACTERÍSTICAS DO CONSÓRCIO DE EMPRESAS
3 - O CONSÓRCIO, AS LICITAÇÕES E OS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS
4 - O CONSÓRCIO E AS QUESTÕES DE ORDEM FISCAL-CONTÁBIL
5 - APLICABILIDADE DE PRINCÍPIOS JURÍDICOS AO CASO CONCRETO
6 - CONCLUSÃO

## ASPECTOS DA CONTRATAÇÃO DE EMPRESAS EM CONSÓRCIO

## 1- SINOPSE FÁTICA

Através de expediente identificado como Ofício no. 1066/2007, o Senhor Secretário Municipal de Serviços Públicos faz consulta à PGMS acerca de aspectos relacionados com celebração de Contratos.

Informa-se que teria sido promovido certame licitatório (Concorrência), com a finalidade de contratação de empresas ou consórcios para execução de serviços de engenharia nas áreas de manutenção, construção e iluminação para eventos em duas áreas geográficas do Município do Salvador.

Foram declarados vencedores o Consórcio formado pelas empresas X e Y, para a chamada Área Geográfica 1, e o Consórcio formado pelas empresas W e Z, para a chamada Área Geográfica 2, tendo sido celebrados os Contratos correspondentes (números 024/2007-SESP e 025/2007-SESP, respectivamente), na data de 8 de novembro de 2007.

Ocorre que, de acordo com o quanto informado, o registro em Junta Comercial do Contrato de Consórcio formado entre as empresas X e Y apenas ocorreu em 22 de novembro de 2007, posteriormente, portanto, à celebração do Contrato com a Municipalidade, muito embora, ressalte-se, dito ajuste consorcial seja datado de 31 de outubro de 2007.

Já o Contrato de Constituição de Consórcio formado pelas empresas W e Z, somente veio a ser registrado na Junta Comercial também em 22.11.2007, muito embora, ressalte-se, seja o mesmo datado de 5 de novembro de 2007.

Nesse passo, o Senhor Secretário de Serviços Públicos indaga:

a) para efeito de cadastramento no SGF – Sistema de Gestão Fiscal da Secretaria da Fazenda do Município do Salvador, no intuito de emitir empenhos, liquidações e ordens de pagamento, a titularidade dos empenhos deverá ser feita em nome dos Consórcios ou das empresas consorciadas?

b) tendo em vista que o Consórcio X/Y foi registrado na Junta Comercial após a assinatura do Contrato com a Municipalidade, haveria ensejo para o "cancelamento" do Contrato?

c) tendo em vista que o Consórcio W/Z registrou o Termo de Compromisso de Constituição do Consórcio no Cartório de Ofício de Notas, faz-se necessário outro procedimento por parte do mesmo para efeito de assinatura do Contrato e cadastramento no SGF?

## 2. DEFINIÇÃO E CARACTERÍSTICAS DO CONSÓRCIO DE EMPRESAS

Sabe-se que o consórcio é o modo de organização empresarial disciplinado pelo art. 278 e ss. da Lei nº 6.404/76 (Lei de Sociedades Anônimas). Trata-se de uma integração horizontal entre empresas, a estabelecer uma relação de coordenação de interesses autônomos, visando a um fim específico e comum. Não envolve a constituição de uma pessoa jurídica distinta dos consorciados (o consórcio não tem personalidade jurídica). Destina-se a um objetivo certo e dirigido, na busca de benefícios individuais às pessoas que o constituem.

Através do contrato de consórcio, determinado número de pessoas formaliza uma associação de interesses, visando criar obrigações recíprocas e específicas condições que possibilitem o atingir de determinada finalidade empresarial comum (que provavelmente não seria alcançada através da capacidade individual de cada uma delas – seja por motivos de ordem técnica, seja devido a razões econômico-financeiras).

Não há subordinação entre as empresas que constituem o consórcio, mas conjugação de esforços e cooperação administrativa. O contrato de consórcio deve estabelecer uma forma específica quanto às deliberações coletivas (*quorum*, distribuição de receitas, aporte de investimentos, atribuições, administração etc.) – mas isso não significa a definição de uma hierarquia entre as empresas componentes. O que se dá é a definição do modo de operar o empreendimento em consórcio.

Segundo o conceito de Modesto Carvalhosa, o consórcio constitui "uma *comunhão de interesses e de atividades* que atende a específicos objetivos empresariais, que se originam nas sociedades consorciadas e delas se destacam" [1]. Para Waldírio Bulgarelli, consórcio é a "união de empresas para determinados fins, conservando cada uma a sua personalidade jurídica e autonomia patrimonial" [2].

---

[1] CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. 4. vol., t. II. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 386.

[2] BULGARELLI, Waldírio. *Manual das sociedades anônimas*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1984. p. 266.

A fim de incrementar a competitividade, o art. 33 da Lei nº 8.666/93 permite que o edital admita a oferta de propostas através de consórcios. Assim, torna-se possível que empresas diversas, detentoras de atributos específicos, conjuguem interesses e formulem uma proposta unitária para a Administração, o que aparentemente se deu na situação em apreço.

Os consórcios que participam de licitações são, na classificação de Carvalhosa, *consórcios instrumentais*: o objetivo de sua constituição é o de "habilitar as consorciadas – com a soma de seus recursos e aptidões – a contratarem com terceiros serviços e obras" [3]. É o meio através do qual as empresas potencializam reciprocamente os seus atributos, somando esforços a fim de atingir o objetivo comum (a contratação administrativa e a execução da obra, serviços ou mesmo a concessão de serviço público).

Como definiu Celso Antônio Bandeira de Mello: "É uma associação de empresas que conjugam recursos humanos, técnicos e materiais para a execução do objeto a ser licitado. Tem lugar quando o vulto, complexidade ou custo do empreendimento supera ou seria dificultoso para as pessoas isoladamente consideradas" [4].

## 3. O CONSÓRCIO, AS LICITAÇÕES E OS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

O inc. I do art. 33, da Lei nº 8.666/93, permite a participação na licitação através da comprovação do *termo de compromisso de consórcio*. Trata-se de acordo formal lavrado em instrumento público ou privado, através do qual as empresas signatárias obrigam-se reciprocamente (e perante a Administração, uma vez apresentado o termo na licitação) a, caso sagrada vencedora a respectiva proposta, constituir o consórcio nos termos ali estabelecidos.

É um contrato preliminar, uma promessa de constituição e registro futuros de um consórcio, caso a proposta seja adjudicada. As empresas signatárias assumem a condição de *promitente-consorciadas*.

O termo de compromisso é documento que deverá acompanhar a proposta e ser submetido ao conhecimento dos demais licitantes. Não é, nem pode ser, uma peça sigilosa.

O termo de compromisso deverá conter, no mínimo: o nome do consórcio; as empresas participantes e a respectiva "empresa líder"; a licitação que lhe deu origem; a duração e o endereço do consórcio; as obrigações e responsabilidades a serem assumidas pelo futuro consórcio (e as relativas a cada uma das consorciadas); a forma de administração do consórcio, bem de repartição das futuras despesas e resultados; a representatividade social de cada uma das empresas consorciadas e o modo de deliberação dos interesses comuns (Lei nº 6.404/76, art. 279).

Nesse sentido, há previsão expressa no art. 462 do Código Civil, nos seguintes termos:

> "Art. 462. O contrato preliminar, exceto quanto à forma, deve conter todos os requisitos essenciais ao contrato a ser celebrado".

Assim, no referido compromisso há de ser observada não apenas a indicação da empresa líder, mas também os requisitos do art. 279 da Lei nº 6.404/76 e o art. 32 da Lei nº 8.934/94.

A Lei de Licitações e a Lei de Sociedades Anônimas não restringem a constituição de consórcios para empresas com determinada forma societária. Qualquer que seja a respectiva natu-

---

[3] *Op. cit.*, p. 386.

[4] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 545-546.

reza jurídica, elas podem integrar-se reciprocamente numa associação consorcial (sociedades limitadas, sociedades anônimas, empresas públicas, sociedades de economia mista, sociedades em comandita etc.).

Carlos Ari Sundfeld vai além e sustenta a viabilidade de o consórcio ser constituído entre pessoas físicas, pois, apesar de o art. 33 mencionar "apenas o consórcio de empresas", "isso não descarta o consórcio de pessoas físicas, quando o objeto o admita, como nos concursos" [5]. Segundo Carvalhosa, a peculiaridade residiria em que "tais consórcios serão de *natureza civil*, pelo caráter eminentemente profissional de que se revestem" [6].

O inc. II do art. 33, da Lei nº. 8.666/93, utiliza a expressão "empresa responsável" pelo consórcio e respectivas "condições de liderança", enquanto que o § 1º do mesmo artigo trata da "liderança" do consórcio, daí poderia surgir a indagação acerca do que se trata essa "liderança" e quais os poderes e deveres da "empresa líder".

A previsão não diz respeito à necessidade de ser estabelecida uma relação de subordinação entre as empresas consorciadas – o que seria antagônico à própria razão de ser dos consórcios. Nem "liderança" nem a "responsabilidade" dizem respeito à definição de um controle interno ao consórcio. A norma vale-se dos termos no sentido de *representação* do consórcio frente à Administração.

A exigência relaciona-se com a previsão do art. 279 da Lei nº 6.404/76, significando, de acordo com a lição de Carlos Pinto Coelho Motta, uma "personalidade judicial e negocial, que se expressa pela existência de uma representação e de uma administração, com capacidade negocial e processual, ativa e passiva" [7]. À empresa líder é outorgado um mandato por todas as consorciadas, com específicos poderes de administração e representação do consórcio perante terceiros. O *consórcio* (e não as empresas consorciadas) é representado pela empresa líder. Ou seja, a Lei de Licitações exige que os consorciados indiquem qual pessoa representará o grupo frente ao órgão licitante, bem como frente a terceiros (e mesmo frente ao Judiciário). Na medida em que é da essência dos consórcios a ausência de personalidade jurídica, não se poderia cogitar de uma solução que dificultasse a interação administrativa com os licitantes. A previsão do art. 33, inc. II, e § 1º, da Lei de Licitações, dirige-se à definição de quem será a pessoa responsável pelo contato formal do consórcio com a Administração e com os demais licitantes.

O inc. III do art. 33, da Lei nº 8.666/93 autoriza, para efeitos de qualificação técnica, "o somatório dos quantitativos de cada consorciado" e, no que diz respeito à qualificação econômico-financeira, "o somatório dos valores de cada consorciado". Aliás, esse preceito está na razão de ser do consórcio: a adição dos quantitativos permite que as empresas unam esforços em torno de um objetivo comum – agregando reciprocamente os respectivos atributos pessoais.

Apenas no caso da qualificação econômico-financeira a Lei nº 8.666/93 autoriza que a Administração exija, "para o consórcio, um acréscimo de até 30% dos valores exigidos para licitante individual" (art. 33, inc. III). Isto é, o edital poderá estabelecer que o *consórcio* como um todo represente, na média ponderada da participação dos respectivos componentes, acréscimo nos valores relativos à qualificação econômico-financeira de *até 30%* daquilo exi-

---

[5] SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitação e contrato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 131, nota 43.

[6] *Op. cit.*, p. 403.

[7] MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas licitações e contratos*. 9. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 385.

gido para cada um dos licitantes individuais. Ao se referir a "valores exigidos", a lei limita a possibilidade da imposição ao somatório dos índices e números oriundos da qualificação econômico-financeira. O que se pretende é atenuar o risco da Administração quando da contratação de consórcios formados por pessoas que porventura não apresentem os índices adequados para, individualmente, executar o contrato (apesar da regra da solidariedade). Ressalve-se que, em sentido contrário, Marçal Justen Filho reputa que a autorização do acréscimo se aplica a ambas as qualificações: técnica e econômico-financeira [8].

A Lei de Licitações e Contratos Administrativos constitui uma *lei especial* em relação à Lei de Sociedades Anônimas. O que importa a definição de peculiaridades na regência específica dos consórcios, extraordinárias em face da legislação comercial (e civil). O legislador alterou o modo de regular os consórcios apenas quanto ao objetivo restrito e especial da sua participação em licitações públicas.

Aliás, essa é a previsão do § 2º do art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil, como esclarece a doutrina de Maria Helena Diniz:

> "O *critério da especialidade* (*lex specialis derogat legi generali*) visa a consideração da matéria normada, com o recurso aos meios interpretativos. Entre a *lex specialis* e a *lex generalis* há um *quid specie* ou uma *genus au speci*. Uma norma é especial se possuir em sua definição legal todos os elementos típicos da norma geral e mais alguns de natureza objetiva ou subjetiva, denominados *especializantes*. A norma especial acresce um elemento próprio à descrição legal do tipo previsto na norma geral, tendo prevalência sobre esta, afastando-se assim o *bis in idem*, pois o comportamento só se enquadrará na norma especial, embora também previsto na geral (*RJTJSP* 29:303)" [9].

Nessa medida, o inc. V do art. 33 da Lei nº 8.666/93 prevê uma garantia superlativa à Administração, através da "responsabilidade solidária dos integrantes pelos atos praticados em consórcio, tanto na fase de licitação quanto na de execução do contrato". Isto é, e ao contrário do previsto na Lei nº 6.404/76, existe regra de plena solidariedade entre os consorciados. Mais do que isso: norma de ordem pública que é, essa solidariedade não é derrogável pela vontade das partes e a Administração não pode a ela renunciar (através do edital, *v.g.*).

Ora, a solidariedade existe "quando, na mesma obrigação, concorre mais de um credor, ou mais de um devedor, cada um com direito, ou obrigado, à dívida toda" (Cód. Civil, art. 264). Lendo-se o dispositivo nos termos da Lei de Licitações: a apresentação da proposta através de um consórcio de empresas implica a responsabilidade de todas e de cada uma delas por todos os atos praticados na licitação e na futura execução do contrato.

No caso do inc. V do art. 33, da Lei no. 8.666/93, a solidariedade emana diretamente da lei, em consonância à previsão do art. 265 do Código Civil, nos seguintes termos:

> "Art. 265. A solidariedade não se presume, resulta da lei ou da vontade das partes"

No mais, aplicam-se as regras civis quanto ao pagamento e exigibilidade interna aos consorciados (art. 277 e 283).

Caso vença a proposta apresentada por consórcio que havia celebrado apenas um termo de compromisso, ele fica obrigado a consti-

---

[8] JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 10. ed. São Paulo: Dialética, 2004. p. 355.

[9] DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro interpretada*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 72.

tuir o consórcio antes da celebração do contrato (art. 33, § 2º, da Lei nº 8.666/93).

O consórcio vencedor deverá ser formalmente constituído e registrado *antes* da assinatura do contrato administrativo. O registro deverá ser feito na respectiva Junta Comercial, nos termos da Lei de Registros Públicos de Empresas Mercantis (Lei nº 8.934/94, art. 32, inc. II, alínea "b", regulamentada pela Instrução Normativa nº 74/98, do Departamento Nacional de Registro do Comércio (DNRC)). Daí porque a Doutrina entende a necessidade de um lapso razoável entre a divulgação do resultado da licitação e a celebração do respectivo contrato, a fim de que o consórcio tenha condições operacionais de promover a respectiva constituição e registro, conforme lembrado por Egon Bockman Moreira [10].

O mencionado Autor, inclusive, sustenta que, de qualquer forma, caso se dê eventual atraso em decorrência de fato de terceiro (procedimento burocrático frente à Junta Comercial, p. ex.), o consórcio vencedor não poderá ser penalizado por isso – cabendo a proporcional dilação do prazo para a celebração do contrato administrativo.

Note-se que o termo de compromisso tem a natureza jurídica de um contrato preliminar, submetido a condição específica (a vitória na licitação). O que gera desdobramentos quanto aos deveres e obrigações dos promitente-consorciados e da Administração.

## 4 - O CONSÓRCIO E AS QUESTÕES DE ORDEM FISCAL-CONTÁBIL

No que tange especificamente às questões de ordem fiscal-contábil envolvendo os Consórcios de Empresas, em especial nas suas relações com a Administração Pública, observa-se que a matéria veio sendo regulada, ao longo do tempo, por dispositivos infralegais, a exemplo de Instruções Normativas da Secretaria da Receita Federal.

A esse propósito, pode-se lembrar a Instrução Normativa SRF nº 306, de 12.3.2003, e, antes desta, a Instrução Normativa SRF nº 200, de setembro de 2002, a qual aprovava as instruções para a prática de atos perante o Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ) considerada de observância obrigatória também quando da constituição de consórcio para fins de formalização de contratos administrativos.

Assim, por aquela regra, quando da constituição do consórcio pelo adjudicatário da licitação, tornava-se obrigatória a inscrição do consórcio no Cadastro Geral de Contribuintes (CGC), atual Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ), com o que o Consórcio tornava-se contribuinte.

Dessa forma, ainda que a Lei de Licitações, nº 8.666/93, não se refira à obrigação de que, quando da constituição do consórcio, haja a inscrição do mesmo junto ao CNPJ, entendia-se existir tal obrigatoriedade por força do comando insculpido no art. 12, § 3º, inc. II, da referida IN nº 200/02, da Secretaria da Receita Federal.

Nessa linha, o CNPJ teria condão de individualizar o consórcio em relação a informações cadastrais das administrações tributárias da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e da Previdência Social (art. 2º da IN nº 200/02).

O consórcio, enquanto ente equiparado à pessoa jurídica, ainda que não possuindo per-

---

[10] Egon Bockmann Moreira - Boletim Zênite de Licitações e Contratos - direitos dos licitantes e contratados - 756/126/ago/2004, sob o título "Os consórcios empresariais e as licitações públicas – considerações em torno do art. 33 da lei nº 8.666/93".

sonalidade jurídica, deveria estar inscrito no CNPJ (art. 12, § 3º, da IN nº 200/02). Assim, o consórcio, quando desempenhando a atividade para o qual foi constituído, deveria atuar em nome próprio, através do CNPJ, equiparando-se às pessoas jurídicas. Assim, tendo a Administração formalizado dada contratação com um consórcio, quando da emissão de faturas e notas fiscais decorrentes da execução do contrato, tais seriam emitidas em nome do próprio consórcio, em face de este dispor de CNPJ.

Com a edição da Instrução Normativa SRF no. 480, de 15.12.2004, a situação adquiriu contornos diversos.

Sob o aspecto da organização contábil, a mencionada Instrução Normativa estabeleceu que o Consórcio de Empresas deve registrar os atos e os fatos administrativos mantendo contabilidade distinta das empresas consorciadas.

Ainda no aspecto contábil, a conta capital é substituída por conta corrente de consorciados ou denominação semelhante, não existindo a figura do patrimônio líquido.

O saldo apurado na demonstração de resultado do consórcio de empresas deve ser transferido às empresas consorciadas na proporção prevista no contrato, podendo as empresas consorciadas efetuarem os registros por operação ou saldo das contas.

Caso as empresas consorciadas forneçam ou adquiram materiais ou serviços em transações operacionais com o consórcio, estas devem ser tratadas, contabilmente, como fornecedores ou clientes.

Quando da liquidação do consórcio, os ativos e os passivos remanescentes devem ser transferidos, baixados ou liquidados, de acordo com o contrato entre as consorciadas.

Manteve-se a obrigatoriedade de o consórcio inscrever-se no CNPJ.

Todavia, reconheceu-se que, como não tem personalidade jurídica, o consórcio não recolhe tributos como ICMS, IPI, ISS, PIS, COFINS, IR. Quem o faz são as consorciadas, na razão de suas atividades e arrecadações, quando atuam pelo consórcio.

Dessa forma, os impostos recolhidos na fonte serão objeto de contabilidade posterior de cada organização que o compuser, na forma que estiver descrito no contrato, compensando-se posteriormente por rateio entre as consorciadas.

Por não ter personalidade jurídica, o consórcio não fatura, não apura lucro, não contrata e, portanto, não pode ser contribuinte de impostos.

Como consequência, restou firmado o entendimento de que, na hipótese de o consórcio efetuar faturamento, não se tratará mais de consórcio, mas de nova empresa, sujeita, daí, às regras próprias e independentes de contabilização e tributação, como autônoma que é.

De acordo com o art. 16, da mencionada IN nº 470/2004, da SRF, no caso de pagamento a consórcio constituído para o fornecimento de bens e serviços, inclusive a execução de obras e serviços de engenharia, a retenção deverá ser efetuada em nome de cada empresa participante do consórcio, tendo por base o valor constante da correspondente nota fiscal de emissão de cada uma das pessoas jurídicas consorciadas.

Assim sendo, a empresa administradora (empresa líder) deverá apresentar à unidade pagadora os documentos de cobrança, acompanhados das respectivas notas fiscais, correspondentes aos valores dos fornecimentos de

bens ou serviços de cada empresa participante do consórcio.

## 5. APLICABILIDADE DE PRINCÍPIOS JURÍDICOS AO CASO CONCRETO

Aspecto relevante a considerar envolve a informação de que a celebração dos Contratos entre a Administração Municipal e os mencionados Consórcios ocorreu antes da formalização da constituição destes perante o Registro do Comércio, com o que dir-se-ia que os aludidos Consórcios ainda não existiriam juridicamente, de modo a serem titulares de direitos e obrigações.

Muito embora não se negue a relevância de tal argumento, deve-se ressaltar que os Consórcios já haviam sido constituídos, com a correspondente celebração dos instrumentos respectivos, em data anterior à da assinatura dos Contratos com a Municipalidade. O ulterior registro na Junta Comercial, por sua vez, convalidou a irregularidade inicial, não havendo que se falar em nulidade ante a ausência de prejuízo para quem quer que seja (*pas de nulitté sans grief)*.

Com efeito. A consequência jurídica da ausência de formalização do Consórcio (registro na Junta Comercial), seria a mesma de uma recusa à manutenção das obrigações assumidas quando da participação no certame licitatório, o que não se confirmou na prática, haja vista a disposição demonstrada pelas empresas integrantes de ambos os Consórcios em manter os compromissos assumidos, tanto é que celebraram os Contratos de Constituição dos Consórcios, celebraram os Contratos com a Administração Municipal e promoveram os registros dos Consórcios perante a Junta Comercial, de acordo com o quanto informado nos autos.

Calha trazer à colação referência ao princípio da eficiência, cuja amplitude, de matriz constitucional (art. 37 da CF/88), o coloca, sem sombra de dúvida, como o mais importante dispositivo informador no moderno direito administrativo brasileiro.

Não se pode deixar de ver nesta referência à *eficiência* uma exigência dos novos tempos. Mais do que nunca, pugna-se, em todos os setores da sociedade civil, por um Estado eficiente, por um serviço público eficiente, enfim, por uma Administração Pública eficiente. Nesta quadra da nossa história, onde os modelos de gestão privada exercem grande influência sobre o setor público, a eficiência, palavra de ordem no setor privado, começa a reclamar foro também no setor público.

Para o prestigiado Dicionário Aurélio, o termo *eficiência* significa ação, força, virtude de produzir um efeito, eficácia. Já a palavra *eficácia* designa aquilo que produz o efeito desejado, que dá bom resultado, que age com eficiência. Embora nem sempre o conteúdo jurídico de um princípio ou palavra seja equivalente à sua conotação vernacular, poder-se-ia dizer que, estando submetida ao princípio da eficiência, a atividade administrativa dos órgãos e entidades públicos deve ser uma atividade eficaz, ou seja, deve produzir o efeito desejado, deve dar bons resultados. No âmbito jurídico, pode-se dizer que as condutas e decisões administrativas devem buscar o melhor resultado na resposta às demandas públicas, a *solução ótima,* parafraseando aqui o insigne Celso Antônio Bandeira de Meio.

Nessa linha, tem-se que, em face de princípio expressamente consagrado pela Constituição Federal, está a Administração Pública verdadeiramente obrigada a buscar, em sua ação, os meios mais eficazes para atendimento do interesse coletivo.

Dessa forma, seria o caso de indagar-se se a invalidação daquele ato (celebração dos Con-

tratos com os Consórcios vencedores do certame), desconstituindo os efeitos produzidos, seria a providência mais adequada de forma a homenagear-se o princípio da eficiência antes enunciado.

Conforme bem lembrado por Jacintho Arruda Câmara[11], a constatação de um vício no ato administrativo e a invalidação de um ato têm algo em comum, qual seja, a falta de conformidade com o ordenamento jurídico. O ato possui vício se não estiver enquadrado às normas que lhe são superiores e lhe servem de fundamento de validade. A invalidação, assim, representa uma manifestação normativa cujo propósito é a expulsão (retirada do sistema) de norma desconforme o ordenamento.

Dessa forma, ainda como aduzido pelo mencionado Autor, "Os atos administrativos viciados são atos válidos. Só perdem essa condição após a manifestação de um órgão especialmente autorizado, que pode fazer parte da própria Administração, ou do Judiciário". Antes disso, porém, são atos válidos e tendem a produzir efeitos, os quais, conforme sustenta Antonio Carlos Cintra do Amaral [12], são de duas ordens: efeitos de natureza jurídica (eficácia jurídica) e efeitos de natureza fática (eficácia fática). A eficácia de natureza jurídica situa-se no plano normativo, é o próprio "dever-ser" emanado da declaração, o conteúdo do ato apto para produzir efeitos jurídicos. A eficácia fática diz respeito à repercussão que o mandamento provoca no ambiente social no qual está inserido, ou seja, o ato ganha eficácia fática quando são produzidos fatos para dar cumprimento à ordem nele estabelecida (eficácia jurídica).

Há quem sustente que a existência de um vício no ato administrativo seja suficiente para gerar a invalidade do ato, em homenagem ao princípio da legalidade estrita. Tal entendimento, todavia, não é o dominante, uma vez que, em muitos casos, a observância dos preceitos maiores do ordenamento está na preservação dos efeitos dos atos viciados, e não em sua desconstituição. Busca-se atender, com essa diretriz, princípios como o da segurança jurídica e o da boa-fé.

Assim, a preservação dos efeitos dos atos produzidos com vício pode se dar através da "convalidação dos atos administrativos". Há, por outro lado, entendimento de que possa existir uma outra solução, chamada "estabilização dos efeitos dos atos administrativos viciados".

A convalidação é ato que produz efeitos retroativamente, sendo concebida para incidir sobre situação passada, aquela objeto do ato viciado que se quer sanar. Sua razão é preservar os efeitos do ato produzido com vício. Convalidando se conserva a legalidade da atividade administrativa e se preservam os efeitos do ato produzido com vício.

Na chamada estabilização, o ato administrativo permanece como foi praticado, ou seja, ostentando um vício. Entretanto, os efeitos por ele produzidos permanecem válidos, imunes a qualquer tentativa de desconstituí-los. Isso se dá porque sobre estes efeitos incidem normas jurídicas que os preservam. Preservam os efeitos fático-jurídicos produzidos pelo ato viciado, não o ato em si (processo), que é desconsiderado como veículo introdutor desses efeitos no mundo jurídico, tornando-se relevante apenas na geração de outros efeitos.

Os efeitos do ato viciado encontram outro suporte que não o ato que os produziu. O ordenamento os acolhe, independentemente

---

[11] CÂMARA, Jacinto Arruda. *A Preservação dos Efeitos dos Atos Administrativos Viciados*. Revista Diálogo Jurídico, no. 14, jun/ago 2002.

[12] AMARAL, Carlos Cintra. *Extinção do Ato Administrativo*. RT.

de haverem sido introduzidos no mundo jurídico por veículo inadequado (o ato viciado).

A propósito desse fenômeno da estabilização, cabe transcrever a lição de Weida Zancaner[13], nos seguintes termos:

> "Com efeito, atos inválidos geram consequências jurídicas, pois se não gerassem não haveria qualquer razão para nos preocuparmos com eles. Com base em tais atos certas situações terão sido instauradas e na dinâmica da realidade podem converter-se em situações merecedoras de proteção, seja porque encontrarão em seu apoio alguma regra específica, seja porque estarão abrigadas por algum princípio de Direito. Estes fatos posteriores à constituição da relação inválida, aliados ao tempo, podem transformar o contexto em que esta se originou, de modo a que fique vedado à Administração Pública o exercício do dever de invalidar, pois fazê-lo causaria ainda maiores agravos ao Direito, por afrontar a segurança jurídica e a boa-fé".

Dir-se-ia, então, que seria o caso de uma confrontação entre dois princípios: o da legalidade e o da segurança jurídica.

No particular, e observando-se a lição de Almiro do Couto e Silva [14], o conflito somente ocorre se o conceito de legalidade for tomado de uma maneira estrita – legalidade entendida como imediata e irrestrita obediência à lei – donde a legalidade da Administração não comportar a preservação de quaisquer efeitos produzidos com base em ato viciado, mesmo quando arrimados em princípios do direito em geral.

Saindo desse conceito estreito, para tomar o princípio da legalidade de forma mais ampla, como o dever da Administração em atuar conforme o Direito – aí incluindo não só o atendimento ao princípio da legalidade estrita, mas também à boa-fé, à segurança jurídica, entre outros – o problema não se poria. Isso porque, ao preservar efeitos de atos administrativos viciados, a Administração também agiria em conformidade com o direito, ou seja, com a *legalidade,* se tomada em sentido lato. Para dizer de um outro modo, a *legalidade* (sentido amplo) tanto poderia ser atingida desconstituindo os efeitos dos atos administrativos viciados, como preservando-os. A atitude da Administração deveria ser adequada ao Direito (legalidade em sentido amplo) e não só a legalidade em sentido estrito.

O mencionado Doutrinador ainda apresenta uma outra forma de dirimir o aparente paradoxo (legalidade x segurança jurídica), qual seja o entendimento de que o confronto posto não envolveria mais a legalidade contra a segurança jurídica. Esta última haveria de ser entendida como um fim a ser atingido, nunca sendo contraposta à legalidade, um dos meios para se atingir este fim. O confronto seria, então, redefinido, como se envolvesse o princípio da legalidade e a situação fática – constituída com base na presunção de legalidade que detinha o ato administrativo viciado.

A preservação dos efeitos dos atos administrativos viciados, assim como a desconstituição destes, por intermédio da invalidação (a bem da legalidade), teriam por fim preservar a segurança jurídica. O conflito, pois, estaria em se saber qual das soluções atingiria ao fim comum: "segurança jurídica".

As situações constituídas sob a presunção da legalidade (como as trazidas à tona por atos

---

[13] ZANCANER, Weida. *Da Convalidação e da Invalidação dos Atos Administrativos*, Malheiros.

[14] COUTO E SILVA, Almiro. *Princípios da Legalidade da Administração Pública e da Segurança Jurídica no Estado de Direito Contemporâneo*. RDP 84/46-63.

administrativos) também o são como corolário da segurança jurídica e da operacionalidade do sistema jurídico. É a presunção de legitimidade dos atos administrativos que garante, *a priori*, a segurança das relações por eles estabelecidas, de modo que, quanto mais se demora na constatação do vício que macula o ato, mais força ganha a presunção de que este ato é conforme ao direito, tornando maiores os prejuízos que sua posterior invalidação provocaria.

O problema da preservação ou não dos efeitos produzidos por atos viciados estabeleceria o seguinte conflito: prevalecerá a legalidade – que implica a desconstituição dos efeitos do ato viciado – ou a presunção de legalidade usufruída pelo ato viciado, fundamentadora de uma série de efeitos que podem estar protegidos por normas jurídicas que determinem sua preservação. Tanto de um modo como do outro, tem-se como solucionado o pretenso paradoxo.

Menção relevante deve fazer-se, também, aos princípios da razoabilidade e da proporcional-idade, que também informam o Direito Administrativo.

O princípio da razoabilidade não se encontra expressamente previsto sob esta epígrafe na Constituição de 1988. Isto, contudo, não permite se infira estar este princípio afastado do sistema constitucional pátrio, posto se pode auferi-lo implicitamente de alguns dispositivos, bem como do histórico de sua elaboração.

É, contudo, enquanto princípio conformador de direito material que a ausência de disposição expressa do princípio da razoabilidade é mais sentida. O apego desmedido ao Princípio da Separação dos Poderes tem lhe imposto barreiras a um desenvolvimento mais explícito. Mister é lembrar, todavia, que sua previsão constou dos trabalhos da Assembléia Constituinte de 1988. Em certa altura dos trabalhos, lia-se na redação do artigo 44:

> "A administração pública, direta ou indireta, de qualquer dos Poderes obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade, exigindo-se, como condição de validade dos atos administrativos, a motivação suficiente e, como requisito de sua legitimidade, a razoabilidade [15]."

Ainda que outra tenha sido a redação final do dispositivo, não se pode negar que a razoabilidade e a racionalidade integram de forma cabal o ordenamento constitucional brasileiro e constituem princípios inarredáveis para elaboração de leis e atuação do Poder Executivo, ensejando seu afastamento, em ambos os casos, impugnação pelo Poder Judiciário, sempre que perquirido, por inconstitucionalidade destas medidas.

José Afonso da Silva[16] afirma também estar o princípio da "proporcionalidade razoável" consagrado enquanto princípio constitucional geral e explícito de tributação, traduzido na norma que impede a tributação com efeitos de confisco (artigo 150, IV). É vedado ao Poder Público tributar patrimônio de modo a impossibilitar sua manutenção pelo particular ou inviabilizar o uso econômico a que se destine, ressalvadas as exceções constitucionalmente previstas.

Por último, cumpre destacar que a cada dia torna-se mais frequente a alusão ao princípio ora em voga em diversos arestos de nossa Egrégia Corte. Assim, em Ação Direta de

---

[15] Conforme nos ensina BARROSO, Luís Roberto. *Os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade*. Texto recolhido na Internet.

[16] SILVA, José. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo, Malheiros, 1997.

Inconstitucionalidade relatada pelo eminente Ministro Sepúlveda Pertence: "(...) relevância da questão, embora complexa e delicada como sói, quando se cuida de verificar a razoabilidade ou não da distinção legal das situações de fato".[17] Veja-se também as luminosas palavras do Ministro Marco Aurélio em despacho:" (...) Se a Corte de origem não dirimiu a matéria sob o ângulo constitucional, descabe assentar, contrariando até mesmo o princípio da razoabilidade, ou seja, a presunção do ordinário, que, se a Corte enfrentasse o tema, agiria de forma contrária ao que preconizado pela Lei Maior."[18] Ou, ainda, em sede de mandado de injunção: "(...) II. Mora legislativa: exigência e caracterização: critério de razoabilidade."[19]

Todavia, é possível notar, a partir das passagens acima citadas, que diversas são as oportunidades em que jurisprudência e doutrina utilizam os termos razoabilidade e proporcionalidade indistintamente. Embora esta imprecisão terminológica possa trazer algum prejuízo aos mais ciosos da rigidez acadêmica, mister é notar que em todas as oportunidades em que se tem feito alusão a ditos princípios, esta tem estado em consonância com seus objetivos e conteúdo, que, de uma forma ou de outra, procuram garantir direitos ao cidadão em face de eventual arbítrio do poder estatal.

A tradução do conteúdo do princípio da proporcionalidade nem sempre se encontra explicitado sob esta epígrafe.

O princípio da proporcionalidade insere-se na estrutura normativa da Constituição, junto aos demais princípios gerais norteadores da interpretação das regras constitucionais e infraconstitucionais. Uma vez que uma visão sistemática da Constituição permite-nos aferir sua existência de forma implícita, deverá guiar o magistrado na interpretação e o legislador na elaboração de normas hierarquicamente inferiores, não obstante não se encontrar explicitamente delineado.

O princípio em questão apresenta-se como uma das idéias fundantes da Constituição[20], com função de complementaridade em relação ao princípio da reserva legal (artigo 5º., II). Esta afirmação deve-se ao fato de que a ação do Poder Público deve ser conforme a lei formal, e que esta deve ter como parâmetro a proporcionalidade, pois o legislador não está liberto de limites quando elabora as normas, mormente quando estas tendem a reduzir a esfera de algum direito fundamental. Uma vez que o princípio da legalidade tem como um de seus aspectos complementares e essenciais à sua efetiva observação o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (artigo 5º., XXXV), mister é notar que este se aplica a qualquer ato praticado pelo poder público que seja considerado por aquele a quem prejudica como desproporcional ao objetivo almejado.

Nesse passo, tem-se que, salvo melhor juízo, pretender-se a declaração de invalidade das apontadas contratações, em face da situação referenciada (celebração dos ajustes antes da formalização das relações consorciais perante o Registro do Comércio), não se coadunaria com os princípios da eficiência, da razoabilidade e da proporcionalidade, posto que, de um lado, as propostas apresentadas pelos Consórcios, em Licitação, foram as mais vantajosas para o interesse público, e, de outro lado, a relação consorcial terminou por configurar-se formalmente, sem prejuízo para a Administração Pública.

---

[17] ADIn no. 489-1/600-DF. DJU, 22.11.91. Apud BARROS, Suzana. *Ob. Cit.*, p. 69.

[18] Despacho exarado no Agravo de Instrumento no. 141.916-4-SP, em 22.02.94, publicado no DJU de 22.03.94. Apud BARROS, S. Ob. Cit., p. 69.

[19] Mandado de Injunção no. 361-1-RJ, Relator Ministro Néri da Silveira, DJU, 17-06-94. Apud. BARROS, S. *Ob. Cit.*, p. 70.

[20] BARROS, Suzana. *Ob. Cit.,* p. 89.

## 6- CONCLUSÃO

Deve-se ressalvar, ainda, que os questiona-mentos formulados pelo Senhor Secretário de Serviços Públicos extrapolam os aspectos de ordem jurídica quando aludem a aspectos relacionados com o Sistema de Gestão Fiscal (SGF) da Secretaria da Fazenda do Município do Salvador.

Dito Sistema foi instituído por meio do Decreto nº 13.991, de 11.11.2002, o qual foi calcado em pelo menos três pressupostos: (i) modernizar e otimizar a gestão orçamentária, financeira e contábil do Município, propiciando a qualquer tempo a consolidação de suas contas; (ii) manter-se a compatibilização do controle orçamentário, financeiro, contábil e patrimonial; (iii) propiciar ao Município os meios indispensáveis para o cumprimento de suas obrigações legais, inclusive as decorrentes da Lei Complementar nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal). Nessa linha, a forma de operacionalização do apontado Sistema, a cargo da Secretaria Municipal da Fazenda, deve observar as instruções complementares expedidas por esta, conforme autorizado pelo art. 7º, do mencionado Decreto.

Assim sendo, sob o ponto de vista jurídico, pode-se manifestar entendimento a propósito das questões suscitadas, da seguinte forma:

a) em face da Instrução Normativa SRF nº 480, de 15.12.2004, quando se tratar de fornecimento de bens e serviços decorrentes de ajuste celebrado com Consórcio, os faturamentos podem ser feitos por cada empresa consorciada. A emissão do empenho correspondente, por sua vez, deve observar as regras da Lei nº 4.320/64.

b) O fato de ter-se celebrado Contratos com os mencionados Consórcios, antes da formalização dos registros destes perante a Junta Comercial constitui-se em irregularidade passível se ser sanada pela via da convalidação, em face da ausência de prejuízo para o interesse público e em homenagem aos princípios da eficiência, da razoabilidade e da proporcionalidade.

c) O cadastramento no SGF deve observar as normas regulamentares próprias expedidas pela Secretaria Municipal da Fazenda.

João Deodato Muniz de Oliveira
Procurador do Município

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Carlos Cintra. *Extinção do Ato Administrativo*. RT.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo.* 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. *Os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade*. Artigo publicado na Internet, endereço eletrônico http://www.acta-diurna.com.br/biblioteca/doutrina/d19990628007.htm.

BULGARELLI, Waldírio. *Manual das sociedades anônimas*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1984.

CÂMARA, Jacinto Arruda. *A Preservação dos Efeitos dos Atos Administrativos Viciados*. Revista Diálogo Jurídico, no. 14, jun/ago 2002.

CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas.* 4. vol., t. II. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

COUTO E SILVA, Almiro. *Princípios da Legalidade da Administração Pública e da Segurança Jurídica no Estado de Direito Contemporâneo*. RDP 84/46-63.

DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro interpretada*. São Paulo: Saraiva, 1994.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 10. ed. São Paulo: Dialética, 2004.

MOREIRA, Egon Bockmann. *Os consórcios empresariais e as licitações públicas – considerações em torno do art. 33 da Lei nº 8.666/93*. Boletim Zênite de Licitações e Contratos - direitos dos licitantes e contratados – 756/126/ago/2004.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas licitações e contratos*. 9. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo, Malheiros, 1997.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitação e contrato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1994.

ZANCANER, Weida. *Da Convalidação e da Invalidação dos Atos Administrativos*, Malheiros.

# PRÁTICA FORENSE

# Impugnação a exceção de pré-executividade

Francisco Bertino Bezerra de Carvalho
Advogado
Procurador do Município do Salvador
Professor de Direito Processual
Mestre em Direito Econômico pela UFBa
Doutorando em Direito Público pela UFBA
Conselheiro da Ordem dos Advogados do Brasil
Ex-Presidente da Associação de Procuradores do Município do Salvador

EXMO. SR. DR. JUIZ FEDERAL DA ...ª VARA FEDERAL DA SECÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DA BAHIA:

Processo n° ...

O MUNICÍPIO DO SALVADOR, por seu Procurador infrafirmado, nos autos da EXECUÇÃO FISCAL, tombada neste Juízo sob o nº ..., proposta contra a EMPRESA ..., vem perante V. Exª., tempestivamente, manifestar-se da petição da parte contrária, apresentando IMPUGNAÇÃO à referida EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE, pelas razões de fato e de direito a seguir expostas:

## TEMPESTIVIDADE

Os autos foram retirados em vista pela Fazenda Pública Municipal em 14 de agosto de 2006, segunda-feira. O prazo de 30 dias para oferecimento de impugnação à Exceção de Pré-Executividade interposta tem seu termo final neste 13 de setembro de 2006, quarta-feira. Portanto, tempestiva é a presente manifestação.

## BREVE SÍNTESE DOS FATOS

O Município do Salvador promove a Execução Fiscal em exame contra a EMPRESA ..., ora excipiente, visando à cobrança do Imposto

Predial e Territorial Urbano – IPTU – e da Taxa de Limpeza Pública.

Ciente da propositura da presente execução, a Devedora, a fim de se furtar ao oferecimento de bens para garantir o Juízo com a penhora, opôs a presente medida aduzindo, em síntese, a desnecessidade de penhora para a apresentação de defesa em executivo fiscal, tendo em vista a sua natureza de empresa pública federal, vinculada ao Ministério da Defesa, assim como pelo fato de exercer atividade delegada da União, que constitui serviço público federal, dirigido à coletividade.

## A IMPUGNAÇÃO

### PRELIMINARMENTE

### a) Não Cabimento de Exceção de Pré-Executividade

A matéria central da objeção apresentada consiste na suposta hipótese de impenhorabilidade dos bens da Executada, o que, no entender da parte contrária, teria o condão de admitir a oposição de embargos à execução sem a indispensável garantia do juízo.

Todavia, a utilização da via da objeção de pré-executividade revela-se irremediavelmente imprópria, seja pela dimensão da controvérsia doutrinária e jurisprudencial acerca do seu cabimento em face da pretensão executivo-fiscal, seja pela necessária dilação probatória exigida para a verificação dos argumentos da Executada acerca da impenhorabilidade de seus bens. Senão vejamos:

Além da exceção de pré-executividade não ser oponível contra a execução fiscal, ainda que desta modalidade de título não se tratasse, o caso não comportaria a utilização do procedimento escolhido. Com efeito, a exceção de pré-executividade somente tem lugar quando o título padece de algum de seus requisitos essenciais. Não é o caso.

Neste sentido, Araken de Assis afirma que através da chamada "exceção de pré-executividade", deve o Juiz, antes da penhora, examinar os pressupostos processuais da ação executiva, concluindo:

> "... se afigura injusto e até abusivo submeter o patrimônio do devedor aparente, por tempo indeterminado, à penhora, cujos efeitos são graves e sérios" (Manual do Processo de Execução. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 426)

Nelson Nery Junior enfatiza:

> "No entanto, mesmo antes de opor embargos de devedor, o que somente pode ocorrer depois de seguro o juízo da penhora, o devedor pode utilizar-se de outros instrumentos destinados à impugnação no processo de execução, notadamente no que respeita às questões de ordem pública por meio da impropriamente denominada execução de pré-executividade,
> (.....)
> Assim, a possibilidade de o devedor, sem oferecer bens à penhora ou embargar, poder apontar a irregularidade formal do título que aparelha a execução, a falta de citação, a incompetência absoluta do juízo, o impedimento do juiz e outras questões de ordem pública, é manifestação do princípio do contraditório no processo de execução" (Princípios de Processo Civil na Constituição Federal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 131)

Humberto Theodoro Junior, com costumeira sensibilidade, sustenta:

> "É verdade que o juiz, na execução, não age mecanicamente como um simples cobrador a serviço do credor. Sendo a execução parte integrante da jurisdição, que corresponde ao poder-dever de realizar concretamente a vontade da ordem jurídica através do processo para eliminar uma situação litigiosa, é claro que a atividade executiva jurisdicional está subordinada a pressupostos de legalidade e legitimidade. E, por conseguinte, antes de autorizar a agressão patrimonial contra o devedor, terá o juiz de verificar a satisfação desses requisitos jurídicos, praticando uma cognição e fazendo acertamento sobre eles". (Processo de Execução. 1983, p. 463)

Cândido Rangel Dinamarco argumenta, dentro da mesma linha de pensamento:

> "Adquire proporções bastante significativas, na prática e em face do sistema de execução forçada, a apreciação liminar da existência ou inexistência do título executivo. Se o que legitima a imposição de medidas de constrição sobre o patrimônio do executado é a eficácia abstrata desse título, isso deve reforçar a preocupação por impedir que a execução se faça quando ele inexistir. Como invadir esse patrimônio sem segurança quanto à existência do título, e, portanto, sem saber se existe ou não a eficácia que permite iniciar a execução? Deixar que a execução se instaure, com a constrição patrimonial inicial sobre o patrimônio do executado (penhora), para apreciar a questão da existência do título somente em eventuais embargos, constitui grave e ilegal inversão sistemática. Até que oferecidos os embargos, ou para se eles não o forem, ter-se-á uma execução processada sem satisfazer a exigência legal do título executivo (arts. 583/586). Não é legítimo sujeitar o patrimônio de alguém a isso, impondo-lhe o ônus de oferecer embargos visando a demonstrar justamente que a penhora não deveria sequer ter sido feita" (Execução Civil. São Paulo: Malheiros, 1994, pp. 448/449)

A análise da correlação da exceção de pré-executividade com o processo de execução enseja a verificação de que a exceção ampara-se juridicamente nos institutos dos pressupostos processuais e das condições da ação, que, aplicados especificamente ao processo de execução, importam na conclusão que a invalidade do pretenso título fere mortalmente o processo, e vicia a relação jurídica processual que se pretenderia estabelecer com o executado de tal forma que a constrição do patrimônio revelar-se-ia excessivamente onerosa, injusta e ilegal. Neste sentido, os ensinamentos de Rosalina Rodrigues Pereira:

> "O juiz somente está autorizado a iniciar a execução, e consequentemente a agredir o patrimônio do devedor, se estiverem presentes os pressupostos processuais de existência e validade, bem como as condições da ação, razão por que, duvidando o juiz da presença de algum pressuposto ou condição da ação, deve extinguir o feito sem apreciação do mérito, a qualquer tempo e grau de jurisdição, e assim não o fazendo, pode a parte suscitá-los através de execução de pré-executividade.
> Conforme dispõe o art. 267, § 3º, do Código de Processo Civil, o juiz conhecerá de oficio em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida a sentença de mérito, a ausência de pressupostos de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo." (PEREIRA, Rosalina P.C. Rodrigues. Ações prejudiciais à execução. São Paulo: Saraiva, p. 416)

Os requisitos de admissibilidade da exceção de pré-executividade incluem o vício do título, mesmo que decorrente de erro de cálcu-

lo, sempre desde que não dependa de instrução probatória, o que quer dizer, requeira prova exclusivamente documental ou pré-constituída à semelhança do writ, ou melhor, em suma, apresente ao Juízo questão de direito.

Neste sentido alinha-se a doutrina, como bem exemplifica Rosalina Rodrigues Pereira:

> "Para que se possa admitir a exceção de pré-executividade, é necessário que o defeito do título não dependa da prova a ser produzida, ou seja, a alegação do executado deve apontar um vício que possa ser verificado sem a necessidade de dilação probatória, bastando uma leitura mais atenta do título; ou, se precisar de prova, que ela seja unicamente a documental.
> Isto se dá porque, se é nula a execução sem título, conforme diz o Código no art. 618, I, não se poderia impor ao devedor o ônus de assegurar o juízo para poder denunciar que o credor é carecedor da execução. Já observou Dinamarco que "inadequadamente, fala o Código em nulidade da execução nos casos em que lhe faltar título executivo (art. 618, I). Confunde carência da ação com nulidade. Falar em nulidade por falta de uma das condições da ação (no caso, o legítimo interesse de agir) é manifesta impropriedade".
> "O defeito no título gera carência de ação, ainda que no plano do direito material seja apontada nulidade, por isso os defeitos do título são enfocados na ótica de carência de ação; ainda que possam representar, no plano do direito material, nulidade." (PEREIRA, Rosalina P.C. Rodrigues. Ações Prejudiciais à Execução. São Paulo: Saraiva, pp. 414/415)

Conclui-se, assim, ser passível de arguição mediante exceção de pré-executividade a matéria pertinente à falta de substância jurídica do título executivo, desde que fundada em argumentos jurídicos que independam de instrução probatória, ou de controvérsias mais complexas cuja sede própria seria a dos embargos à execução.

A fim de evitar incidir em tautologia, o Excepto limita-se a transcrever as lições supra, todavia não pode deixar de mencionar que no mesmo sentido doutrinam: Carlos Alberto Carmona (Em torno do Processo de Execução. In: Processo Civil, Evolução - 20 Anos, Coord. José Rogério Cruz e Tucci, p. 18); Paulo Henrique dos Santos (Execução, Condições da Ação e Embargos do Executado. In: Processo Civil, Evolução - 20 Anos, Coord. José Rogério Cruz e Tucci, pp. 216/7); Antônio Carlos Costa e Silva (Tratado do Processo de Execução. Aide, vol. 2º, p. 1313); Theotônio Negrão (Código de Processo Civil e legislação processual em vigor. 34ª. Ed. São Paulo: Saraiva. p. 769, anotações "3" e "4", ao art. 737); Jose Roberto Bedaque dos Santos (Direito e Processo. São Paulo: Malheiros, 1995, pp. 17/18); Arruda Alvim (Manual de Direito Processual Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 304) e Sergio Bermudes (Introdução ao Processo Civil. Forense, 1994, p. 109).

A jurisprudência se harmoniza com a doutrina, senão vejamos:

> "Processo de execução. Ausência das condições da ação. Título executivo sem certeza, liquidez e exigibilidade. Nulidade da ação intentada. Quando o título que embasa a ação executiva não representa dívida certa, líquida e exigível, acarreta a nulidade do processo, que pode ser decretada de ofício a pedido do executado em qualquer tempo do processo. A anulação imprescinde de embargos, bastando seja alegada a nulidade absoluta". (Ap. cível 185037405 pela E. 3ª Câmara do TARS, aos 4.9.85, rel. Juiz Celeste Vicente Rovani).
> 618.2 Não se revestindo o título de liquidez,

> certeza e exigibilidade, condições basilares exigidas no processo de execução, constitui-se em nulidade, como vício fundamental; podendo a parte argui-la, independentemente de embargos do devedor, assim como pode e cumpre ao juiz declarar, de ofício, a inexistência desses pressupostos formais contemplados na lei processual civil" (RSTJ 40/447). No mesmo sentido: RJ 205/81. (vide: Notas de Theotônio Negrão ao art. 618 do CPC, p. 508, 29ª edição, Saraiva).

Desse modo, a possibilidade de o Excipiente utilizar-se da exceção de pré-executividade estaria condicionada à existência de vícios formais no título, constatáveis de plano, com prova pré-constituída, o que, de forma alguma, corresponde ao caso dos autos.

Como cediço, goza dito título de presumida liquidez e certeza, no que concerne ao montante devido, bem como à sua origem. Inviável, portanto, o meio processual escolhido para opor-se à exação.

## b) Título Executivo Fiscal

A exceção de pré-executividade não se aplica em execuções fiscais em face das características do título fiscal que se incompatibilizam com o remédio utilizado. O título executivo extrajudicial goza de presunção juris tantum de validade, em função da qual sua certeza, liquidez e exigibilidade somente podem ser afastadas por robusta prova em sentido contrário, como se extrai dos artigos 3º, da Lei de Execuções Fiscais e 204, do CTN.

Com efeito, a Exceção não pode ser oposta em face das execuções fiscais, disciplinadas que são por lei especial, vale dizer, Lei nº. 6.830/80.

A aludida Lei de Execução Fiscal estabelece claramente que, uma vez cientificado da execução, ao Demandado só cabe efetivar o pagamento ou garantir a execução (art. 8°). Não ocorrendo qualquer das duas opções, a regra é a penhora sobre bens do devedor (art. 10), para, só após, e por meio de embargos, discutir-se a questão (art. 16).

Somente o desconhecimento da matéria, ou o desejo de procrastinar, justificaria a intervenção da devedora na forma como efetivada, tentando, por meio inadequado, opor óbices ao processo executivo fiscal. A esse propósito, atente-se para o quanto estabelece o parágrafo segundo, do artigo 16 da Lei no. 6.830/80:

> "§ 2º. No prazo dos embargos, o executado deverá alegar toda matéria útil à defesa, requerer provas e juntar aos autos os documentos e rol de testemunhas, até três, ou, a critério do Juiz, até o dobro desse limite".

Ora, se somente nos embargos é que se há de alegar toda a matéria útil à defesa (observe-se que a Lei é enfática ao fixar um dever ser – 'deverá alegar' – e não uma mera faculdade – 'poderá alegar'), então não existe a possibilidade de, fora dos embargos, e, consequentemente, sem a garantia do Juízo, discutir-se qualquer questão relativa à execução fiscal.

Nesse ponto, convém ressaltar que a Fazenda Pública Municipal possui legitimidade ativa para propor Execução Fiscal contra contribuinte inadimplente, utilizando-se, para tanto, de título executivo extrajudicial, que goza da presunção de certeza e liquidez, a qual somente pode ser afastada mediante prova inequívoca, conforme se depreende do art. 3º da citada Lei.

> "Art. 3º. A Dívida Ativa, regularmente inscrita goza de presunção de certeza e liquidez.
> Parágrafo único. A presunção a que se refere este artigo é relativa e pode ser elidida

por prova inequívoca, a cargo do executado, ou de terceiro a quem aproveite".

Como se vê, o documento que a certificar, faz presumir que a Dívida Ativa existe pelos valores ali consignados. Neste sentido, também a jurisprudência do STJ:

"Processual. Execução fiscal. Exceção de pré-executividade. Admissibilidade antes de efetivada a penhora. Impossibilidade.
I – O sistema consagrado no art. 16 da Lei 6.830/80 não admite as denominadas exceções de pré-executividade;
II – O processo executivo fiscal foi concebido como instrumento compacto, rápido, seguro e eficaz, para a realização da dívida ativa pública. Admitir que o executado, sem a garantia da penhora, ataque a certidão que o instrumenta, é tornar insegura a execução. Por outro lado, criar instrumentos paralelos de defesa é complicar o procedimento, comprometendo-lhe a rapidez;
III – Nada impede que o executado – antes da penhora – advirta o Juiz, para circunstâncias prejudiciais (pressupostos processuais ou condições da ação) suscetíveis de conhecimento ex officio. Transformar, contudo, esta possibilidade em defesa plena, com produção de provas, seria fazer "tabula rasa" do preceito contido no art. 16 da LEF. Seria emitir um convite à chicana, transformando a execução fiscal em ronceiro procedimento ordinário.
Por unanimidade, negar provimento ao recurso." (STJ, Resp 143571/RS, 1a. Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 1º/03/99)

Dessa forma, tudo leva à convicção de que a devedora, numa evidente litigância de má-fé, tenta insurgir-se contra um título regularmente inscrito, por conseguinte, líquido, certo e exigível, por meio de embargos disfarçados sob a forma de uma imberbe medida judicial, livrando-se, assim, da constrição dos seus bens, requisito indispensável à defesa do executado.

## c) Impossibilidade Jurídica do Pedido

A denominada objeção de Pré-Executividade oposta pela devedora em face da Execução Fiscal em comento há de ser, necessariamente, indeferida por V. Exa., por absoluta ausência de previsão legal no nosso ordenamento jurídico sobre a sua da admissibilidade para "oportuna oposição de embargos à execução" sem a garantia do juízo.

Com efeito, a análise do pedido revela que a pretensão é dirigida à "dispensa de garantia do juízo" após o que pretende a excipiente proceder à "oportuna oposição de embargos à execução".

Observe-se que não se discute a nulidade do título executivo judicial, nem se pretende a extinção da execução, mas apenas a dispensa da garantia para apresentação da ação incidental ordinária de conhecimento de embargos à execução sem que o Juízo esteja previamente garantido.

Ainda que fosse possível aceitar a utilização do instituto da exceção de pré executividade, este não se prestaria jamais a permitir o ajuizamento de embargos sem prévia garantia do Juízo.

Este pedido, como formulado, é contrário ao direito.

Como se sabe, para que a parte postule em Juízo, é indispensável que a sua pretensão esteja tutelada pelo direito objetivo. Inexistindo essa previsão legal é a autora carecedora de ação por se verificar, no caso, a impossibilidade jurídica do pedido.

Com efeito, a possibilidade jurídica do pedido, consoante entendimento dominante da

melhor Doutrina é a admissibilidade da pretensão deduzida perante o ordenamento jurídico.

No caso sub judice, entretanto, conforme exaustivamente demonstrado anteriormente, a pretensão da executada não encontra amparo no ordenamento jurídico sendo, portanto, a mesma, carecedora de ação, por ser evidente a impossibilidade jurídica do seu pedido, razão pela qual requer o Município credor que V. Exa. julgue improcedente a medida oposta, o que se revela também em virtude da evidente necessidade de instrução probatória.

MÉRITO

No mérito, acaso eventualmente não sejam acolhidas as preliminares acima arguidas, o que se admite apenas por cautela, há de se concluir no sentido de nenhuma razão assistir à Executada, seja pela improcedência dos argumentos apresentados, ou ainda pela ausência de comprovação de todo o quanto por ela suscitado.

A Excipiente, em síntese, alega não dever o IPTU e a TLF exigido pela Municipalidade, sob o fundamento de estar amparada pelo manto da imunidade tributária, decorrente de apenas prestar serviços públicos e ter todo o seu patrimônio vinculado a tal atividade.

Todavia, inadmissível a pretensão da Executada que, na tentativa de eximir-se do pagamento dos impostos devidos, propugna pela (imprópria) ocorrência de imunidade com base na adulteração da verdade e, até por causa disto, sem colacionar a imprescindível prova elisiva da presunção legal em favor do Fisco.

OS ARGUMENTOS DA ...

Na presente execução fiscal a ..., mediante a apresentação de exceção de pré-executividade, sustenta ser imune aos tributos municipais por prestar serviços públicos e, pela vinculação de seu patrimônio à prestação de tais serviços, em alguns dos processos, como nestes, a impenhorabilidade de seus bens.

A petição se faz acompanhar, como nestes autos, de várias decisões judiciais favoráveis à tese sustentada.

Um dos argumentos da exceção de pré-executividade é o da impenhorabilidade dos bens da ..., fundada, segundo a parte contrária, no argumento de que a atividade que desempenha "constitui serviço público federal dirigido à coletividade, e as suas receitas, obtidas a partir da cobrança dos preços de utilização dos aeroportos por aeronaves e usuários, representam recursos públicos e são utilizadas para a consecução desse objetivo empresarial, de manter em funcionamento os terminais aeroportuários, construí-los ou reformá-los, como também atender aos custos operacionais despendidos neste esforço." (fl. 2 da exceção de pré-executividade)

Argumenta ainda, até contradizendo o dito acima, que "as atribuições legais de administrar aeroportos" não constituem prestação de serviços para terceiros, uma vez que é prestada para a própria ... (fl. 2 da exceção de pré-executividade).

Alega desenvolver e realizar serviços públicos "sem conotação de atividade econômica" (fl. 2 da exceção de pré-executividade), pois suas atividades não lhe proporcionariam "renda que se possa considerar como resultante de atividade econômica" (fl. 3 da exceção de pré-executividade), acrescentando ainda que "quaisquer bens porventura penhorados" constituiriam "patrimônio da União" (fl. 3 da exceção de pré-executividade).

A ... pretende ainda amparar sua pretensão nos alegados êxitos obtidos na ação de

embargos à execução, que refletiriam posição jurisprudencial favorável à sua tese, representada pelas cópias que anexa aos autos.

Enfim, requer a ... a procedência do pleito de dispensa de garantia do Juízo para oportuna oposição de embargos à execução (!!!?).

## A INSUBSISTÊNCIA DOS ARGUMENTOS DA ...

A análise acurada da realidade revela que a ... tem sustentado tais êxitos no Poder Judiciário em uma versão dos fatos que não corresponde à realidade, inadmissível para qualquer litigante, intolerável por parte de quem, por receber recursos públicos, deveria observar a moralidade administrativa com maior rigor.

Esta impugnação tem o escopo de revelar e comprovar a insinceridade dos argumentos da ... para evitar que o tipo de conduta adotado em juízo continue proporcionando decisões distantes da verdade porque esta vem sendo negada ao Poder Judiciário e ao Fisco Municipal.

Infelizmente verifica-se que o pleito formulado pela ..., assim como o indevido êxito que vem obtendo nesta Justiça está todo lastreado em uma inaceitável deturpação da verdade, imprópria à conduta de qualquer jurisdicionado e indesculpável em uma empresa que propugna em seu próprio "Código de Ética Empresarial" (doc. anexo 2) dentre seus ideais a "aderência às legislações locais e nacionais" (doc. 2, p. 4) e lista entre seus "princípios éticos coorporativos", a legalidade, a probidade administrativa, a transparência, a moralidade, a honestidade e a lealdade (doc. 2, p. 6) e ainda recebe recursos públicos, ainda que, como se verá, pouco significantes no total das receitas auferidas com serviços que indiscutivelmente têm natureza econômica.

### a) A natureza da ...

O Estatuto da ..., ausente dos autos, revela, expressamente e de início, qual o regime de direito ao qual está sujeita a empresa:

> "Art. 1° A Empresa Brasileira de Infra-Estrutura Aeroportuária – ..., ....., dotada de personalidade jurídica de direito privado, patrimônio próprio, autonomia administrativa e financeira.." (negritos do Município)

Saliente-se restar incontroverso que a Excipiente constitui-se empresa pública dotada de personalidade jurídica de direito privado.

De outra parte, ainda que somente tenha a Executada se referido aos serviços públicos prestados, à mera leitura do seu objeto social (artigo 4º, do Estatuto da ...), constata-se que a empresa efetivamente exerce diversas atividades econômicas.

> "Art. 4º A ... tem por finalidade implantar, administrar, operar e explorar industrial e comercialmente a infra-estrutura aeroportuária e de apoio à navegação aérea, prestar consultoria e assessoramento em suas áreas de atuação e na construção de aeroportos, bem como realizar quaisquer atividades correlatas ou afins, que lhe forem atribuídas pelo Ministério da Defesa.

A extensão da autonomia financeira e administrativa da ... e os tipos de atividade que desenvolve restam aclarados no art. 9° do seu estatuto social, que estabelece, como se verá a seguir, as verdadeiras fontes de recurso da ....

### b) As fontes de receita da ...

A ... argumenta expressamente que a atividade que desempenha "constitui serviço público federal dirigido à coletividade, e as suas receitas, obtidas a partir da cobrança dos preços

de utilização dos aeroportos por aeronaves e usuários, representam recursos públicos e são utilizadas para a consecução desse objetivo empresarial, de manter em funcionamento os terminais aeroportuários, construí-los ou reformá-los, como também atender aos custos operacionais despendidos neste esforço." (fl. 2 da exceção de pré-executividade e negrito do Município)

Todavia, da leitura do seu Estatuto Social – art. 9° – verifica-se que entre suas receitas encontram-se, além das tarifas aeroportuárias e de recursos de outras fontes (inciso XII), as receitas provenientes da cobrança pelo uso de áreas, de edifícios, de instalações, de equipamentos etc. (inciso III), os rendimentos decorrentes da participação em outras empresas (inciso VI), produtos de operações de crédito (inciso VII), receita de aplicações financeiras (inciso VIII), produto da venda ou aluguel de bens patrimoniais (inciso IX), produto da venda de materiais ou da prestação de serviços (inciso X) e a receita proveniente da prestação de consultoria e de assessoramento, assistência técnica especializada ou administrativa (inciso XI). Com efeito, o artigo 9º, do referido Estatuto, informa os recursos da empresa:

> "Art. 9º Constituem recursos da ...:
> I – as tarifas aeroportuárias;
> II – a remuneração que lhe couber pela prestação de serviços de telecomunicações aeronáuticas e de auxílio à navegação aérea;
> III – as receitas provenientes da cobrança pelo uso das áreas, de edifícios, de instalações, de equipamentos, de facilidades e serviços dos aeroportos, não remuneradas pelas tarifas aeroportuárias;
> IV – as dotações orçamentárias;
> V – os créditos especiais que lhe forem destinados;
> VI – os rendimentos decorrentes de sua participação em outras empresas;
> VII – o produto de operações de crédito;
> VIII – a receita proveniente de aplicações financeiras;
> IX – o produto da venda ou do aluguel de bens patrimoniais;
> X – o produto da venda de materiais ou de prestação de serviços;
> XI – a receita proveniente da prestação de consultoria e de assessoramento, assistência técnica especializada ou administrativa;
> XII – os recursos de outras fontes".

Não bastasse o reconhecimento expresso em seu texto constitutivo do caráter empresarial com o qual foi instituída, segundo informação prestada no "Relatório da Administração 2005", a empresa pública não é mantida pelo Poder Público porquanto "continua a ser uma empresa independente de recursos do Tesouro Nacional", cujo desempenho gera lucro líquido e distribuição de dividendos aos seus acionistas.

Com efeito, ao contrário do que pretende fazer entender a Excipiente, suas receitas não advêm unicamente "a partir da cobrança de preços de utilização dos aeroportos por aeronaves e usuários".

A breve leitura do relatório de gestão referente ao ano base de 2005 revela a atuação da Contribuinte em diversos negócios, muitos dos quais diversos de sua finalidade essencial, quais sejam: logística de carga internacional; comercialização de áreas; logística de carga nacional; venda de serviços; estacionamento de veículos, publicidade; telecomunicações; entreposto aduaneiro; projetos especiais; navegação aérea; logística para operações de aeronaves; e, logística para operações com passageiros.

Não é preciso nenhum esforço para constatar que não se trata de qualquer tipo de serviço público...

Ilustra bem o modo como os valores obtidos possuem caráter distinto, o tratamento contábil dado ao Adicional de Tarifa Aeroportuária – ATAERO ("Relatório da Administração 2005", Nota 1).

> "Os recursos provenientes do Adicional de Tarifa Aeroportuária – ATAERO, criado pela Lei nº 7.920, de 12 de dezembro de 1989, com destinação específica para investimentos, melhoramentos, reaparelhamentos, reformas e expansão das instalações aeroportuárias e na infra-estrutura de apoio à navegação aérea, não compõem o resultado da Empresa, sendo registrados no seu passivo, como obrigação para com a União."

Assim como concluir ser inverídica a afirmação de que todos os bens são públicos (venda ou aluguel de bens patrimoniais....) e, por isso, impenhoráveis.

Ora, como imaginar que os recursos obtidos pela Empresa são exclusivamente aqueles relativos aos seus serviços essenciais se o adicional sequer é contabilizado como receita? Como seria possível, neste contexto, realizar-se lucro líquido e distribuir dividendos?

A solução revela-se com a análise do Relatório de Administração de 2005, o qual, em que pese não abranja os exercícios ora cobrados, desvenda as atividades efetivamente exercidas pela Executada. Assim, com a devida vênia, passa a ilustrar o Município a origem das receitas da Excipiente:

> "As receitas operacionais apresentaram crescimento de 6,4%, em relação a 2004, chegando a R$ 1.749,3 milhões. As receitas aeronáuticas aumentaram 13,4%, refletindo o desempenho do movimento operacional e do reajuste da tarifa de embarque doméstica. As receitas comerciais cresceram apenas 0,8%, em decorrência da redução da receita de armazenagem e capatazia (carga aérea). (...) Tal redução foi compensada pelo incremento das receitas de concessão de áreas de 15,9% e pela exploração de serviços com 7,8%. As receitas totais cresceram 5,0%, atingindo a cifra de R$ 1.921,3 milhões". (p. 7)
> "Os negócios relacionados à logística de carga geraram uma receita de R$ 388,2 milhões em 2005". (p.19)
> "A exploração comercial da atividade de carga nacional (...) gerou um incremento de R$ 8,5 milhões nas receitas totais de carga aérea da ...". (p.20)
> "Na prestação de serviços, onde a ..., por meio do aluguel de equipamentos, serviços diversos, como pesagem de carga, embalagem, paletização e despaletização de carga, o ano de 2005 teve relevante desempenho em relação a 2004, com a arrecadação de R$ 13,7 milhões". (fl. 20 do Doc. 3 – negritos do Município)

Não obstante a clareza dos números apresentados, os quais demonstram inequivocamente uma eficiente gestão comercial da Empresa, talvez a prova mais contundente do desempenho de atividades eminentemente econômicas da Contribuinte esteja no prêmio que lhe foi conferido pela Associação Brasileira dos Lojistas de Shopping.

Com efeito, conforme informa a própria Executada a fl. 52 do Relatório da Administração 2005 (doc. 3), a segunda edição do Premium Shopping ALSHOP – Visa, que premia "os melhores projetos realizados pelas administrações de shoppings", prestou à ... "homenagem especial na categoria "Empreendedorismo"", conquanto, "segundo a associação, o shopping do Aeroporto de Salvador é a melhor aplicação do conceito aeroshopping no Brasil".

Para evitar que paire qualquer dúvida acerca da relevância de receitas não provenientes de serviços que poderiam ser classificados como públicos no ativo da ..., a leitura do Relatório Anual de 2005 (disponível no site da empresa), demonstra que a empresa desenvolve atividades e lucra com Armazenagem e Capatazia (388 milhões de reais), teve receitas comerciais (470 milhões de reais), administra os aeroportos como shoppings (recebendo até prêmios, como o Premium Shopping ALSHOP – VISA, fl. 52, do Doc. 3).

A ... elenca entre os "Negócios da ...": comercialização de áreas, venda de serviços, estacionamento de veículos, publicidade, telecomunicações, Entreposto aduaneiro, logística de carga internacional e nacional, além de projetos especiais (Doc. 3 - fls. 44).

A análise da receita bruta na demonstração financeira do exercício de 2005 revela que a ... arrecadou 216 milhões com pouso e permanência de aeronaves e 419 milhões com embarque (total 635 milhões). Porém, as receitas com armazenagem e capatazia (388 milhões), Comerciais (470 milhões) e Outros serviços (58 milhões) totalizaram 916 milhões (fl. 56 do Doc. 3). Em resumo, em termos proporcionais, 60% da receita da ... não vem de serviços que poderiam ser considerados como públicos.

## c) A ausência de imunidade

Aduz a Contribuinte que, em face da "singular natureza jurídica desta empresa pública federal", ser-lhe-ia assegurado o gozo das prerrogativas próprias do Poder Público, a exemplo do tratamento privilegiado concedido às autarquias e fundações públicas. Destituída de qualquer fundamento jurídico tal assertiva.

Primeiramente, recorde-se que as entidades destinatárias da imunidade são as autarquias e as fundações públicas, instituídas e mantidas pelo Poder Público, as quais fazem jus à imunidade recíproca enquanto atuam como longa manus da administração pública direta.

Observe-se que, mesmo a estas, é exigido o estrito enquadramento na hipótese constitucional. Neste sentido, escreve o i. jurista Yoshiaki Ichihara:

> "As autarquias e fundações beneficiárias são aquelas não só instituídas, mas também mantidas pelo Poder público, o que não se confunde com as que apenas recebem ajuda, considerando a natureza da atividade exercida. Nesses casos, poderão beneficiar-se das imunidades das instituições de assistência social, se for o caso, ou da isenção, se concedida a dispensa por lei do legislativo competente, mas nunca a imunidade aqui estudada".[1]

Cumpre ainda recordar que o "serviço público federal dirigido à coletividade" prestado pela Executada, ao contrário do que sustenta a Adversária, não tem o condão de torná-la beneficiária da imunidade recíproca, que por desdobramento aplica-se às autarquias e às fundações públicas instituídas e mantidas pelo Poder Público. Constitui-se, deveras, verdadeira condição de existência da empresa pública porquanto é expressamente vedado ao Estado explorar atividade econômica salvo "quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo".

Assim, ainda que a natureza do serviço prestado possa informar a constitucionalidade da criação da empresa pública, irrelevante o argumento suscitado à análise do direito subjetivo à imunidade ou ao gozo de privilégios fiscais, cujo

[1] ICHIHARA, Yoshiaki, *Imunidades Tributárias*. São Paulo: Atlas S.A., 2000, p. 309.

debate cinge-se à possibilidade de estender-se o tratamento constitucional benéfico a entidade diversa das contempladas na Carta Magna.

In casu, pretende a Excipiente seja-lhe reconhecido alegado direito à imunidade e ao tratamento fiscal privilegiado. Tratando-se de empresa pública, em face da Constituição Federal vigente, o pleito é insustentável. Com efeito, não apenas a Carta Política não outorgou tais privilégios, o que per si já os afastaria, como expressamente os proibiu em seu artigo 173, § 2º, in verbis:

> "§ 2º As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado."

Assim, as situações imunes são aquelas estabelecidas expressamente pela Constituição Federal. Com efeito, a Carta Política vigente não outorgou direito à imunidade ou quaisquer privilégios fiscais às empresas públicas e às sociedades de economia mista.

Não se pode, tampouco, falar em interpretação extensiva no caso concreto porquanto a Carta Magna não delega tal poder nem mesmo à Lei Complementar, cuja função restringe-se, exclusivamente, à explicação do "já implícito mandamento completado, ou em outros preceitos constitucionais". [2]

## c.1) Inocorrência de Imunidade no Caso Concreto

A ... não é beneficiária do instituto da imunidade tributária estabelecido no artigo 150, VI, "a", e artigo 150, parágrafo 2º, da CF e artigo 12, do CTN.

A Excipiente alega ser uma empresa pública destinada à prestação de serviço público. Assim, desfrutaria de todas as prerrogativas do Poder Público, inclusive da forma especial de execução através dos precatórios, pois seus bens estariam vinculados ao exercício de atividade relevante e em regime de monopólio.

Percebe-se que a Recorrida parece imaginar ser imune aos impostos em face de explorar, por delegação da União, a administração de aeroportos. Esqueceu-se, certamente, do quanto estabelecem os §§ 2º e 3º do inciso VI do mencionado art. 150 da Constituição Federal, nos seguintes termos:

> "§ 2º - A vedação do inciso VI, 'a', é extensiva às autarquias e às fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, no que se refere ao patrimônio, à renda e aos serviços, vinculados a suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes".
> "§ 3º - As vedações expressas no inciso VI, 'a', e do parágrafo anterior não se aplicam ao patrimônio, à renda e aos serviços, relacionados com a exploração de atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados, ou em que haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário, nem exonera o promitente comprador da obrigação de pagar impostos relativamente ao bem imóvel".

Vê-se, assim, que a Constituição Federal foi taxativa. Não excepcionou qualquer espécie de empresa pública ou sociedade de economia mista. Simplesmente afastou a imunidade de todas elas.

Ora, não bastasse a clareza dos dispositivos legais acima transcritos, a doutrina se encarregaria de pacificar a questão, conforme se observa do ensinamento de JOAQUIM CASTRO AGUIAR:

---

[12] ATALIBA, Geraldo. Imunidades das instituições de educação e assistência. *Revista de Direito Tributário*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 15, nº 55, p. 136, jan./mar. 1991.

"As entidades paraestatais (empresas públicas, fundações e sociedade de economia mista) são pessoas jurídicas de direito privado e não gozam de imunidade tributária". (Sistema Tributário Municipal. José Konfino, pág. 178)

O Tributarista IVES GANDRA DA SILVA MARTINS, pontifica:

"Outro aspecto de relevância no concernente à imunidade, extensível às autarquias, foi ter explicitado que não apenas os concessionários de serviços públicos, como no direito anterior, mas fundamentalmente, todas as empresas privadas ou órgãos da administração indireta que exerçam atividades concorrenciais ao setor privado ou remunerados por preços públicos (fala-se incorretamente em tarifas sem se perceber que a tarifa é espécie de preço público), estão fora da proteção da imunidade". (Sistema Tributário na Constituição de 1988. São Paulo: Saraiva, p. 152.)

Dir-se-ia, em favor da tese da suposta imunidade, em detrimento da realidade fática dos aeroportos administrados pelos estados, que a Executada exerceria atividade monopolizada.

Todavia, ocorre que, ainda que hipoteticamente se vislumbrasse a presença de monopólio estatal nas atividades desenvolvidas pela ..., de modo a livrá-la da incidência tributária, tal fato, se ocorrente, não a beneficiaria, conforme bem observa NELSON ELZIRIK, citando, inclusive, Celso Ribeiro Bastos, nos seguintes termos:

"Quando o Estado atua no domínio econômico, seja de maneira monopolística ou não, não há qualquer traço de direito público em tal atuação. Tal intervenção ocorre no regime de direito privado, ou seja, o Estado não tem qualquer poder de império com relação aos particulares.
Nesse sentido o § 1º do art. 173 da Constituição dispõe expressamente que a empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias.
Complementando, estabelece o § 2º do mesmo artigo que as empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado". (Monopólio Estatal da Atividade Econômica. Revista de Direito Administrativo, vol. 194, pp. 70/71)

No mesmo sentido, observe-se o magistério de FERNANDO ANDRADE DE OLIVEIRA:

"As empresas públicas, sociedades de economia mista e outras entidades continuarão atuando como instrumentos da intervenção estatal na economia, porém sujeitam-se 'ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias'. Vale dizer: as mencionadas entidades estatais e suas subsidiárias competirão com as empresas privadas em igualdade de condições. A Constituição reforça essa orientação, ao acrescentar que as empresas públicas e as sociedades de economia mista 'não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado'". (A Administração Pública na Constituição de 1988. RDA 184, pp. 1 e seg.)

Prelecionando sobre o tema, YVONE DOLACIO DE OLIVEIRA, pontifica:

"Irrelevante, para efeito da exclusão da imunidade, na exploração da atividade econômica através da empresa pública, sociedade de economia mista e outras entida-

des, que tal exploração se dê mediante delegação, concessão ou outro modo qualquer porque obrigatoriamente, essa exploração observará o regime jurídico próprio de empreendimento privado (art. 150, § 3º, c e § 1º do art. 173). Irrelevante, também, se essa exploração se dê em caráter monopolístico por qualquer dessas pessoas descentralizadas. Pense, por exemplo, nos monopólios do art. 177 da CF. A exploração econômica pela Petrobrás, sociedade de economia mista, está sujeita ao regime jurídico próprio de empreendimento privado e tão só essa característica exclui a imunidade". (Imunidades Tributárias na Constituição de 1988 Resenha Tributária, 1992, p. 21)

Finalmente, a imunidade prevista nos dispositivos constitucionais em comento somente alcança as autarquias que comprovem a utilização da propriedade em suas atividades essenciais.

Corrobora este entendimento o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, conforme se depreende do julgamento do Recurso Extraordinário interposto pela Universidade Federal da Bahia contra o Município do Salvador, cuja ementa a seguir transcreve-se:

"Recurso Extraordinário inadmitido. O STF reconhece o direito à imunidade tributária em relação ao IPTU, art. 150, VI, "a", parág. 2º, da CF/88, apenas às autarquias que comprovem a utilização da propriedade em suas atividades essenciais". (AC nº 94.01.37621-2/BA, RE, 16.08.2000).

No caso, como visto, não se aplica a imunidade.

## d) O pagamento de Imposto de Renda

Tudo o quanto exposto revela que a ..., se respeitasse seu Código de Ética Empresarial (doc. 2), jamais se negaria a pagar os tributos municipais. O mais curioso é verificar em seu demonstrativo financeiro (fl. 56 do Doc. 3) que tributos federais são pagos, inclusive o Imposto de Renda da Pessoa Jurídica, com base no lucro líquido e escolhida a modalidade lucro real.

## e) Taxa de Limpeza Pública – Constitucionalidade

A taxa é uma espécie de tributo cujo fato gerador está associado ao exercício do poder de império estatal ou à prestação de um serviço público. Como os demais tributos, depende de um dispositivo legal preexistente, apto a gerar, pela definição do fato gerador e pela construção da regra matriz de incidência tributária, a obrigação tributária para o sujeito passivo. A base de cálculo, sabe-se, integra a regra matriz da incidência tributária.

Há no Brasil duas espécies de taxas: as de polícia e as de serviços. A Taxa de Limpeza é uma taxa de serviços. O seu fato gerador é a utilização dos serviços específicos e divisíveis de coleta, remoção, tratamento e destinação final do lixo domiciliar, prestados ou postos à disposição dos contribuintes.

Os serviços de limpeza e de coleta de lixo, como desempenho de atribuições públicas, não podem ser prestados por empresa privada, somente podendo o próprio Município exercê-los, pois se trata de serviços de natureza estatal ou jurisdicional, decorrido do exercício do poder de polícia que possui a sua especificidade.

Esta taxa, por sua vez, diferentemente do IPTU, tem por fato gerador uma concreta atuação do Estado, diretamente relacionada com o contribuinte, representando, portanto, um serviço mensurável em relação a cada indivíduo.

Pode-se afirmar que os serviços estatais prestados e colocados à disposição para as finalidades descritas na lei são específicos e divisíveis, uma vez que são colocados à disposição de cada morador, que é beneficiado com a limpeza, conservação e higienização na porta de sua residência e de sua rua.

Não se pode afirmar que não existam usuários determinados, uma vez que os serviços prestados ou mesmo colocados à disposição, como neste caso, tem como finalidade a coleta do lixo depositado pelo morador e a manutenção da limpeza naquele local, propiciando dignas condições de vida a cada contribuinte, afigurando-se possível a mensuração individual, ou seja, sendo prestado uti singuli, ficando dessa forma autorizada a sua cobrança mediante taxa.

A própria jurisprudência tem se sedimentado no sentido da constitucionalidade da taxa de coleta de resíduos sólidos, porque pode ser mensurada a efetiva prestação desse serviço público aos contribuintes. Não havendo, portanto, de se falar em base de cálculo igual ao do IPTU se a lei municipal prevê o recolhimento da taxa com base no rateio do custo do serviço, no qual, além da frequência e a localização da coleta, pode-se levar em conta inclusive a área edificada do imóvel, considerando assim a capacidade de produzir mais lixo.

Assim, observa-se que os preceitos impostos aos agentes políticos pelo Código Tributário Nacional foram impecavelmente respeitados quando da elaboração da lei sub judice.

Comprovando o argumentado anteriormente, transcreve-se, em parte, a bem elaborada sentença de lavra do Dr. Fernando Carlos Tomasi Diniz:

> "Esse tributo, destarte, caracteriza-se como a contraprestação de um serviço uti singuli, ou divisível, isso é, de utilização individual e mensurável, cuja cobrança é compulsória (fosse facultativa, a remuneração seria por tarifa). Aliás, via de regra, os serviços de cunho domiciliar, como os de energia elétrica, água, esgotos, telefonia e coleta de lixo se revestem da especificidade e divisibilidade que singularizam a taxa.
> (...)
> Não apresentam identidade de base de cálculo o imposto predial territorial urbano e a taxa de coleta de lixo, conforme está a pregar a executada. Enquanto esta, na esteira da Lei Complementar n.º 08/94, tem por sustentáculo a metragem de área construída e a extensão linear da testada, aquele se funda no valor venal do imóvel. São, por conseguinte, diferenciadas as bases de cálculo de um e de outro."

Assim vale também ressaltar o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

> "I ... Nos serviços públicos relativos à conservação de vias públicas e logradouros e de combate a sinistros encontram-se presentes os requisitos de especificidade e da divisibilidade (arts. 77 e 79 do CTN).
> II – As taxas de consumação desses serviços têm como fato gerador ´o exercício do poder de polícia, a utilização efetiva ou potencial do serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição'...." (STJ. 1ª Turma, REsp 32870-0/SP. Rel. Min. Demócrito Reinaldo. Decisão: 14/06/93. DJ de 23/08/93, p. 16.564). (negrito do Município)
> "Taxa de Limpeza Urbana. Fato gerador. Base de cálculo.
> 1. O serviço de limpeza urbana, a par da compulsoriedade de sua utilização, por razões de saúde pública, é efetivamente usufruído pelo cidadão, mediante a coleta de lixo, conservação e limpeza das vias e logradouros públicos.

2. O benefício proporcionado pelo serviço de limpeza pública atinge de forma individuada os contribuintes, pelo que configurados os requisitos da especificidade e divisibilidade.
3. A divisão do custo do serviço em função da área da propriedade não constitui base de cálculo do IPTU, consubstanciada no valor venal do imóvel.
4. Recurso provido". (STJ, 1ª Turma, REsp 33288/93-GO, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 27.06.1994, pág. 16901). (negrito do Apelante)

O Professor BERNARDO RIBEIRO DE MORAIS, com a pertinência de sempre, ensina:

"Os serviços públicos específicos são aqueles que proporcionam vantagem ao indivíduo ou a grupos de indivíduos, considerados isoladamente, embora haja sempre um interesse público em jogo (o serviço público). Conquanto o serviço tenha uma feição geral, originadora de benefícios a toda coletividade, neste tipo de serviço público há uma utilidade específica para determinada pessoa, que goza dele de forma uti singuli, individualmente (fruição individualizada). São serviços públicos divisíveis, os que podem ser individualizados e destacados do complexo dos serviços realizados pelo Estado, tendo em vista satisfazerem necessidades particulares. No caso, é possível a determinação da relação entre quem fornece o serviço (o Estado) e quem o consome (o indivíduo). Consequentemente, cada indivíduo pode ser encontrado, destacado, na parte de serviço público que utiliza. São exemplos de serviço públicos específicos: serviço de coleta de lixo, de conservação de vias públicas, de conservação de estrada etc." (Compêndio de Direito Tributário. Primeiro volume. 2ª ed. São Paulo: Forense, 1993, pp. 532/533).

Portanto, a suspensão da exigibilidade da cobrança do tributo implica grave prejuízo às contas públicas, além do que a falta de pagamento do serviço de coleta de lixo não poder acarretar na interrupção da sua prestação ao usuário inadimplente, posto que é um serviço essencial, e a paralisação deste, diferentemente das do corte no fornecimento de água ou energia elétrica, atingiriam também toda a circunvizinhança e, por conseguinte, a comunidade local.

De outra parte, ressalte-se que o Município exerce, em seu território, competência privativa e comum ou suplementar, a ele atribuída pela Constituição Federal.

Ora, não há na Constituição Federal qualquer dispositivo que limite o município quando da instituição de taxas. A autonomia do Município se configura na instituição, decretação e arrecadação dos tributos de sua competência, a este compete legislar sobre assuntos de interesse local, especialmente em matéria de saúde e higiene públicas, construção, trânsito e tráfego, plantas e animais nocivos e logradouros públicos, por exemplo.

Assim, seguindo na íntegra esses princípios, o Poder Executivo do Município Salvador, no uso de suas atribuições legais, sancionou a Lei nº 5262/97, instituindo no município a Taxa de Limpeza Pública – TL –, nos estritos termos dos artigos logo citados, assim como também de acordo com os artigos 77 e 79 do Código Tributário Nacional e da Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988, que em seu art. 145, II, declara:

"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 po-

tencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição;"

O Município é um ente competente, como se vê, para instituir taxas. Não há, assim, que se falar em inconstitucionalidade de lei municipal instituidora de taxas, isto porque se trata de competência comum a todas as pessoas políticas, imposta pela Carta Maior.

Assim nos ensina o professor Sacha Calmon:

"... Em princípio, a Constituição não cria tributos, simplesmente atribui competência às pessoas políticas para instituí-los, através de lei (principio da legalidade da tributação).
No caso das taxas e das contribuições de melhorias declina a Constituição os fatos de que poderão se servir as pessoas políticas para instituí-las por lei. Será qualquer ato do poder de polícia ou qualquer prestação de serviço público específico e divisível prestado pelas pessoas políticas aos contribuintes, no caso das taxas.
Por isso, nesses casos, os das taxas e das contribuições de melhorias, a competência outorgada pela Constituição às pessoas políticas, é comum. Basta que qualquer pessoa política vá realizar um regular ato do poder de polícia que lhe é próprio ou vá prestar um serviço público ao contribuinte, se específico e divisível, para que o seu legislador, incorporando tais fatos na lei tributária, institua sua taxa."

Como já constatado acima, verifica-se a legalidade da taxa instituída e da sua cobrança ao sujeito passivo. Consequentemente, em nada está abalada a liquidez e exigibilidade do título executivo em que se funda a Execução Fiscal.

Há de ter-se em linha de conta que o art. 145, II, da CF não determina qual o critério a ser utilizado para se fixar a base de cálculo das taxas, daí porque não há como se declarar inconstitucional o critério utilizado pelo Município do Salvador, porquanto não se vislumbra ofensa à Carta Magna.

Segundo a Constituição Federal, os poderes tributantes possuem competência plena para decretar seus tributos, inclusive fixar o seu quantum, fiscalizá-los e arrecadá-los. Assim, compete, exclusivamente, aos Municípios estabelecer a base de cálculo do tributo de sua competência, bem como fixar o seu quantum e suas alíquotas, tendo, apenas, como limitação constitucional, o fato de que "as taxas não poderão ter base de cálculo própria dos impostos", o que se faz absolutamente respeitado neste processo.

Dessa forma, podemos afirmar que a referida taxa se encontra amparada pelos dispositivos que tratam das normas gerais dos tributos de competência dos municípios expostos nos códigos tributários municipais, respeitando também os princípios básicos e tributários instituídos pela Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988 e pelo Código Tributário Nacional, o que por si só enseja na improcedência da representação formulada.

## f) A decisão da ... de tornar-se inadimplente

No sistema tributário, não é dado ao contribuinte decidir se vai ou não recolher os tributos. Tal condição é imposta pela lei, indistintamente, a todos quantos configurem a situação tributável.

Tal assertiva pode parecer, num primeiro momento, sem propósito e até mesmo incongruente, uma vez que o aspecto essencial do litígio está, exatamente, em perquirir se, in casu, resta configurado o direito à imunidade e ao tratamento fiscal privilegiado, hipótese que excepciona a regra geral de incidência.

Todavia, a questão se torna particularmente relevante ao se examinar a demonstração contábil da Executada.

Na tabela de Demonstração do Resultado do Exercício, a página 56 do Relatório da Administração 2005 (Doc. 3), informa a Contribuinte o pagamento, relativo ao ano de 2005, do montante de R$ 975.000,00 (novecentos e setenta e cinco mil reais) a título de Imposto de Renda e Contribuição Social.

À página 60, na Nota 3, "e", explicita que "o Imposto de Renda sobre o Lucro Real e a Contribuição Social Sobre o Lucro Líquido foram calculados, trimestralmente, pelas alíquotas vigentes, de acordo com a Lei nº 9.430/1996 e Lei nº 9.532/1997, consolidadas pelo Decreto nº 3.000 de 26/03/1999".

Ora, como pode pretender a Excipiente estar amparada pela imunidade recíproca no que tange aos tributos municipais e, ao mesmo tempo, entender incabível o benefício constitucional quanto aos tributos da União? Como sustentar que a penhora constituiria constrangimento inconstitucional de bens da União e, concomitantemente, recolher as exações federais?

Em verdade, a política fiscal empreendida pela Excipiente trata-se de uma opção institucional. Com efeito, na Nota 22, do referido Relatório (p. 71) expõe a tese de que utiliza para eximir-se do pagamento dos tributos municipais:

> "A ... não recolhe aos municípios, onde administra aeroportos, o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISS (...) também não recolhe o Imposto Sobre a Propriedade Territorial Urbana – IPTU (...) A tese da imunidade tributária está em consonância com diversos tributaristas renomados e tem sido reconhecida por Juízes Federais de Primeira Instância de diversos estados brasileiros".

Adiante, conclui:

> "Sendo a discussão da imunidade tributária da ... um tema que somente se esgotará na esfera do Supremo Tribunal Federal, a Diretoria Executiva, com base em informações fornecidas pela Procuradoria Jurídica, decidiu por não realizar provisionamento de possíveis perdas nas ações fiscais, uma vez que o tema envolve matéria constitucional sem previsão breve de solução".

Com efeito, a leitura das notas explicativas às demonstrações financeiras revela – Nota 22 (fl. 71 do Doc. 3), que a ..., baseada em entendimento do jurídico interno que tem ensejado o ajuizamento de ações, não vem pagando e, por decisão da diretoria, não vem provisionando, os tributos municipais.

A própria contabilidade revela que o passivo atinge o montante de 800 milhões de reais em todo Brasil.

No parecer dos auditores independentes (fl. 73 do Doc. 3), o tema é retomado nos mesmos termos, repetindo-se que a ... não vem pagando nem provisionando valores para pagar os tributos municipais por decisão interna, o que se tornou, como visto, ponto de auditoria.

A justificativa é dirigida ou para o sucesso da tese no Poder Judiciário, ou para a demora na definição do tema no Supremo Tribunal Federal (!!!).

Todavia, a decisão administrativa e a opinião jurídica interna, como visto, estão amparadas em uma visão distorcida da realidade que tem sido passada para o Poder Judiciário (com certo êxito) através da sonegação de informa-

ções relevantes sobre a realidade das atividades da ... e das suas fontes de receita.

A dimensão do passivo tributário surgido desta conduta é assombrosa e, pior, como visto, não há provisionamento de valores para pagamento.

Tudo isto reforça a necessidade de efetivação de uma garantia na presente execução fiscal que livre o Exequente da condução temerária dos interesses da ... no âmbito administrativo interno e judicial.

A pretensão de ser "dispensada" da garantia neste processo concorre com estes fatos para que a penhora recaia desta feita sobre dinheiro, pois, como revelam os documentos já acostados, a Executada aufere uma receita de quase um bilhão de reais com atividades e serviços de natureza eminentemente econômica.

## g) Imunidade – Ausência de prova elisiva da presunção legal da CDA

A alegação da Excipiente acerca do seu direito à imunidade tributária não tem suporte fático nem jurídico.

Mas não é só.

Cumpre também salientar que a Executada contentou-se apenas em referi-la, sem sequer buscar de fato demonstrá-la. Conforme se depreende dos documentos que instruíram a irresignação ora impugnada, a Adversária não logrou provar o cumprimento dos requisitos configuradores do direito à imunidade tributária por ela arguida.

De fato, os documentos acostados com o escopo de demonstrar o atendimento das exigências legais sequer referem-se aos exercícios objeto da execução fiscal impugnada.

Assim, a norma que estabeleceu as imunidades não tem plena e incontrastável eficácia sem que o caso concreto (e esta demonstração fática precisa estar nos autos) se amolde à previsão legal hipotética da não incidência. Ao contrário, está vinculada à prova do preenchimento dos requisitos previstos no Diploma Tributário.

O ordenamento, assim, consigna os requisitos indispensáveis para que as empresas públicas gozem da imunidade tributária. Dentre eles estão a ausência de atividade econômica, o que precisaria ser comprovado.

Ora, a avaliação de tal situação depende da realização de provas que inequivocamente demonstrem o direito alegado. Saliente-se que a prova do atendimento aos requisitos legais é ônus do contribuinte. Neste sentido, vem decidindo o Supremo Tribunal Federal.

> "Incumbe ao contribuinte a prova da relação entre o patrimônio e a finalidade essencial da entidade, prevista no § 4º do art. 150 da CF (...). Com base nesse entendimento, a Turma confirmou despacho do relator que negara seguimento a recurso extraordinário, em que se sustentava ser do fisco, e não do contribuinte, o ônus da prova". (STF, RE 206.169/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, 27.04.1998 in Informativo 108 do STF)

À evidência, mostra-se imprescindível a prova inequívoca da ocorrência das exatas circunstâncias de direito e de fato que legitimam a hipótese de imunidade, especialmente em se considerando que o instituto se justifica porquanto visa alcançar efeitos inclusive de evitar a concorrência desleal com a iniciativa privada.

Inafastável, pois, o entendimento que o tratamento fiscal privilegiado, exige para sua concessão a estrita obediência ao disposto no Di-

ploma Tributário. Neste sentido, a política fiscal municipal encontra-se plenamente amparada na legislação federal, bem como, na própria Carta Magna.

De fato, o corrobora este entendimento remansoso posicionamento da Egrégia Corte Suprema, o qual pede vênia o Município para demonstrar.

> "Imunidade tributária. Entidades voltadas a assistência social. A norma inserta na alínea "c" do inciso VI do artigo 150 da Carta de 1988 repete o que previa a pretérita - alínea "c" do inciso III do artigo 19. Assim, foi recepcionado o preceito do artigo 14 do Código Tributário Nacional, no que cogita dos requisitos a serem atendidos para o exercício do direito a imunidade." (STF, MI 420/RJ, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 23.09.1994, P.25325)(negrito do Excepto)
> "Constitucional. Imunidade tributária. Entidade sem fins lucrativos. C.F., art. 150, VI, c. Prova.
> I. O acórdão entendeu que a ora agravante não faz jus à imunidade prevista no art. 150, VI, c, da C.F., a partir do exame de matéria fática: a interessada não comprovou a existência dos requisitos previstos na norma infraconstitucional. Impossibilidade do reexame de prova em sede extraordinária. Súmula 279-STF.
> II. Agravo não provido." (STF, AI 388740 AgR/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 18.10.2002, P. 00058) (negrito do Município)
> "Constituição de 1967 com a emenda n. 1 de 1969, art. 19, III, c. Imunidade tributária de instituição educacional. Depende da observância dos requisitos legais. Recurso extraordinário pelo fundamento do art. 119, III, a, da Constituição, combinado com o art. 153, parágrafo 3, do seu texto. Direito adquirido. Caso em que se não configura. Recurso extraordinário pelo fundamento do art. 119, III, d, da constituição. Divergência jurisprudencial em caso de alçada. Reg. Int., do STF, art. 308, IV, na redação anterior a da emenda n. 3-75. Prova da discrepância mediante apresentação de um só acórdão-padrão. Discordância não configurada. 4. Recurso extraordinário a que o STF nega conhecimento." (STF, RE 83202/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Antonio Neder, RTJ vol.00083-02, p. 00436) (negrito do Excepto)
> "Imunidade tributaria (ISS). Instituição de assistência social. Art. 19, III, 'c', da C.F. c/c arts. 9, IV, 'c', e 14, III, do Código Tributário Nacional. Não basta, para esse efeito, que a entidade preencha os requisitos do art. 14 e seus incisos do C.T.N. É preciso, além disso e em primeiro lugar, que se trate, de instituição de assistência social. Hipótese não caracterizada, pois a recorrente, conforme os estatutos, só presta serviços de assistência onerosa a seus associados, mediante contra-prestação mensal, como entidade de previdência privada ou de auxílio mútuo, sem realizar atendimento de caráter estritamente social, como o de assistência gratuita a pessoas carentes." (STF, RE 108120/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ 08.04.1988, P. 07476)

Com efeito, o posicionamento reiterado do Sodalício se firma no sentido de que a eventual conferência de imunidade somente é factível em estrita obediência aos requisitos legais, cumprindo à empresa pública que argui estar protegida pelo dispositivo constitucional, dentre outros requisitos, o ônus de comprovar inequivocamente o preenchimento dos requisitos legais.

## g.1) A ausência de desconstituição da presunção legal da CDA

Não obstante a propriedade dos argumentos supra declinados, esses sequer são neces-

sários, pois o fato é que a presunção de certeza e liquidez da CDA não foi ilidida por prova inequívoca nos autos.

A Executada, conforme se observa, confia que a mera alegação seria suficiente para determinar o reconhecimento do alegado direito à imunidade. Não assiste razão à Excipiente. Dada a presunção de certeza e liquidez da CDA, a pretensa imunidade somente poderia ser reconhecida mediante a realização de prova inequívoca, inexistente nos autos.

De fato, consoante o artigo 204 do Código Tributário Nacional, a dívida tributária regularmente inscrita, ou seja, aquela inscrita com observância dos requisitos expostos no artigo 202 daquele código goza de presunção de certeza e liquidez. Essa norma foi repetida, nos artigos 2º e 3º da Lei 6.830/80, porque esta última lei trata não só de exigência de créditos tributários, mas também de não-tributários.

Assim, a certidão de débito fiscal devidamente inscrita na dívida ativa goza de presunção da certeza e liquidez e tem o efeito de prova pré-constituída, cabendo ao sujeito passivo o ônus de afastá-la.

Sob este aspecto, o Superior Tribunal de Justiça tem decidido que cabe ao embargante o ônus de provar a improcedência do crédito tributário objeto da execução posto que, conforme determina o artigo 334, IV, do Código de Processo Civil, não dependem de prova os fatos em cujo favor milita presunção legal de existência ou veracidade.

O art. 334 do CPC diz que: "não dependem de prova os fatos: I) notórios; II) afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária; III) admitidos, no processo, como incontroversos; e IV) em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade".

Assim, a ausência de prova é prejudicial à Excipiente. Mormente em se tratando de exceção de pré-executividade, instituto cuja pertinência, a ser demonstrada de plano e inequivocamente, restringe-se a casos em que o título executivo careça de seus requisitos mínimos de certeza e liquidez. Diante dessa da presunção, a prova que possa contrariá-la deve ser inequívoca visto que, não constando dessa característica, o fato não estará provado e a presunção favorável não poderá ser desconstituída. À toda prova, no caso sub judice, a certeza e liquidez do título executivo que, além de válido e regular, revela-se digno da presunção de certeza e liquidez que milita em seu favor, não foi sequer arranhada.

Nesse caso, repise-se, a prova ou a análise fática não têm qualquer importância, pois o juiz é vinculado pelas conclusões hipotéticas da lei.

Perante a flagrante falta de provas, milita em favor da Municipalidade a presunção legal.

## A LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ DA ...

A ... editou um "Código de Ética Empresarial" (doc. anexo 2), apontando dentre seus ideais a "aderência às legislações locais e nacionais" (doc. 2, p. 4).

Ao apresentar a lista entre seus "princípios éticos coorporativos", elencou entre eles a legalidade, a probidade administrativa, a transparência, a moralidade, a honestidade e a lealdade (doc. 2, p. 6).

Ao descrever sua relação com o Governo (doc. 2, p. 11), foi expressa em dizer que a "as ações da ... devem pautar-se pela estrita observância à lei, sendo responsabilidade dos administradores e empregados assegurar o seu cumprimento".

Como explicar a postura da ... em Juízo?

Como qualificar a sonegação de informações e documentos, como o próprio Estatuto da empresa? E a afirmação falsa acerca das fontes de receita da própria ...? E como se pode compreender o "esquecimento" de milhares de reais anuais relacionados a serviços e atividades repletas de conteúdo econômico, como publicidade, aluguel de espaço para lojas no formato de shopping center?

Da leitura do Estatuto da ... (doc. 1) e do Relatório Anual de 2005 (doc. 3), acima destacados, revela-se que a parte contrária não respeitou o próprio Código de Ética Empresarial (doc. 2) que elaborou, assim como desatendeu aos preceitos reguladores da atuação das partes em Juízo, que devem observar a lealdade e a boa fé.

As afirmações que amparam o pleito e as próprias ações judiciais da ... revelam-se desprovidas de verdade, insinceras, e, pior, como se viu, parte de uma estratégia de reduzir custos à base do não pagamento de impostos municipais, pois os federais, como já dito, são pagos.

As partes têm o dever de expor os fatos em Juízo conforme a verdade (artigo 14, inciso I, do CPC) e proceder com lealdade e boa-fé (artigo 14, inciso II, do CPC) e não formular pretensões cientes de que são destituídas de fundamento (artigo 14, inciso III, do CPC). Responde por perdas e danos a parte que pleitear de má-fé (artigo 16 do CPC), e assim se considera aquele que altera a verdade dos fatos (artigo 17, inciso II, do CPC).

O litigante de má-fé deve indenizar à parte contrária nos prejuízos que sofreu, além das despesas que efetuou e honorários advocatícios (art. 18 do CPC).

A Executada deve responder, na proporção do seu interesse na causa, pela litigância de má-fé (§ 1º do artigo 18 do CPC), pelo que requer a V.Exa. que a condene, nos termos da legislação processual, a indenizar as perdas e danos, prejuízos e despesas tidas com a ação.

## A JUNTADA DE DOCUMENTOS

O Município do Salvador, para demonstrar a falta de sinceridade das alegações da ... que têm servido de esteio para decisões judiciais favoráveis à sua pretensão de esquivar-se do pagamento dos tributos municipais, apresenta aos autos cópias obtidas no site da ... (www.....gov.br) do Estatuto da Empresa (doc. 1), do Código de Ética Empresarial (doc. 2), do Relatório de Gestão de 2005 (doc. 3) e de notícia do site informando a receita de 63 milhões só com logística de cargas e apenas no mês de julho (doc. 4).

Para não discutir a validade de tais impressos como meio de prova judiciária, o Município requer a exibição, sob pena de confissão, destes e de outros documentos através dos quais irá comprovar a insinceridade dos argumentos fáticos lançados nas exceções de pré-executividade apresentadas pela ..., assim como a falta de substância jurídica aos pleitos de impenhorabilidade de seu patrimônio e de imunidade de suas atividades.

## A NECESSIDADE DE GARANTIA DO JUÍZO

A garantia do juízo como condição para a apresentação de embargos tem como finalidade oferecer a segurança de que não se trata de expediente protelatório. As únicas exceções abertas para se discutir a matéria posta em execução sem a aludida garantia são: nas execuções das obrigações de fazer e de não fazer, na execução por quantia certa contra devedor insolvente e na execução contra a Fazenda Pública, onde o ajuizamento dos embargos independe de garantia prévia.

Verifica-se pelo exame da petição da devedora que a matéria alegada, qual seja: a natureza de serviço público de sua atividade, somente pode ser discutida através de Embargos, cuja oposição reclama a prévia e indispensável segurança do Juízo.

Em verdade, verifica-se que pretende a excipiente arguir matéria de mérito no que se refere ao reconhecimento da impenhorabilidade dos seus bens, por meio de instrumento processual inadequado, com o objetivo claro de se esquivar da obrigação legal de garantir.

Saliente-se que, ainda que a objeção de pré-executividade fosse o meio processual aplicável à hipótese em tela, o que não é o caso, não existe a impenhorabilidade alegada vez que a executada exerce atividade econômica, não podendo gozar dos privilégios concedidos apenas à Fazenda Pública, de sorte que está sujeita ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributárias. (Art. 173, § 1º, inc. II da C.F./88). Para ratificar tal entendimento, a Carta Política acrescentou, ainda, no § 2º do art. 173, o seguinte:

> "Art. 173. § 2º. As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado".

Ora, de acordo com os elementos constantes dos autos, a excipiente constitui-se numa empresa, sujeita ao regime jurídico de direito privado, sendo incabível pretender beneficiar-se da impenhorabilidade em questão.

Comprovada à exaustão, tanto a aferição de receita proveniente de serviços que não podem ser considerados como públicos, assim como, mais grave, que a ... deliberada-mente deixou de pagar e de provisionar os tributos municipais, a garantia da execução deve ser feita em dinheiro.

Por outro lado, em face do orçamento literalmente bilionário da ... (receitas próprias de 1,921 bilhões – p. 7 do Doc. 3) a quantia representada desta execução fiscal é insignificante.

Considerando que somente de receitas relacionadas a atividades comerciais, de armazenagem e capatazia e outros serviços (não relacionados a pouso e decolagem e a embarque de passageiros) a receita bruta da ... no ano de 2005 foi de 917 milhões de reais e que, segundo o demonstrativo do resultado do exercício (fl. 56 do Doc. 3) o lucro bruto foi de 453 milhões de reais no ano de 2005, não há razão para que a garantia do Juízo de um valor que representa menos de 0,01% (um centésimo de um por cento) da receita auferida com atividades de caráter nitidamente econômico, não seja feita em dinheiro, principalmente diante da decisão da ... de não pagar nem provisionar recursos para o pagamento de tributos municipais.

Enfim, diante da situação e da necessidade de garantia, o Município requer a penhora de dinheiro em conta corrente através de bloqueio via Banco Central, conforme convênio subscrito para este fim.

Com efeito, considerando que a informação acerca de contas não pode ser disponibilizada ao Exequente senão em função de ordem judicial e que, exatamente para disciplinar os procedimentos de bloqueio em contas, foi celebrado convênio entre o Poder Judiciário e o Banco Central, solicita-se que, caso V. Exa. já disponha de senha do sistema BACEN JUD, seja procedido o bloqueio on line do numerário capaz de garantir o juízo.

Aventando-se a hipótese disso não ser possível, requer que V. Exa. determine a expedição de ofício ao BACEN para que o mesmo proceda ao bloqueio do montante executado nas contas existentes, de titularidade da Executada

(CGC 00.352.294/0001-10), com sede em Brasília-DF, no SCS, Ed. Chams, 6° andar, o que de logo se requer, prosseguindo-se execução com a efetiva garantia do juízo.

## CONCLUSÃO

Em face das razões acima deduzidas, resta evidenciado que a matéria que a Executada pretende discutir por meio de exceção de pré-executividade somente poderia ser objeto de ação de embargos à execução. Com efeito, visível a complexidade dos temas abordados no presente incidente, os quais desafiam uma cognição profunda, impossível na que sumariamente é prestada no julgamento da exceção de pré-executividade.

Do mesmo modo, após ampla demonstração do não cabimento da objeção oposta in casu contra a ação executiva da Fazenda Pública Municipal, bem como da exigibilidade do crédito tributário, a Fazenda Pública Municipal que V.Exa. se digne de:

a) acolhendo a preliminar de não cabimento da exceção de pré-executividade no caso, não conhecer da mesma;

b) acatando a preliminar de impossibilidade jurídica do pedido, rejeitar liminarmente o pleito lançado na exceção de pré-executividade;

c) no mérito, seja o incidente indeferido em função de não ter procedência a alegação de direito à imunidade, cabendo, discussão de outra ordem, à via adequada dos Embargos à Execução;

d) Condenar a Executada por litigância de má-fé;

e) determinar, em qualquer dos casos, julgada a exceção, o seguimento do processo de execução e o bloqueio em conta, via BACEN-JUD, ou, de forma sucessiva, a expedição de Ofício para que o bloqueio seja procedido pelo próprio Banco Central, diante da ausência de justificativa legal e do risco decorrente da falta de provisionamento pela executada do valor dos débitos fiscais, cujo montante não é capaz de causar nenhum dano à bilionária movimentação financeira da Executada, a recomendar a plena garantia do Juízo.

## PROVAS

A necessidade de prova, por si só, demonstra a impossibilidade de apreciar a questão em sede de exceção de pré-executividade. Assim, pugna pela produção de todos os meios de prova em Direito admitidos, em especial, a prova pericial, o depoimento pessoal do representante legal da Excipiente, sob pena de confissão, a juntada de documentos como prova e contraprova, o requerimento de exibição de documentos e a oitiva de testemunhas.

## EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS

Na forma prevista nos artigos 355 e seguintes do CPC, requer a exibição, sob pena de confissão, dos seguintes documentos requeridos para realizar a prova respectivamente indicada: a) cópia integral do estatuto da empresa e de todas as suas alterações, através da qual se demonstrará que a ..., além de dotada de personalidade jurídica de direito privado, possui patrimônio próprio e autonomia administrativa e financeira, tendo como fonte de receitas diversas atividades de caráter nitidamente econômico; b) cópia integral do Código de Ética Empresarial da ..., através do qual irá comprovar, no cotejo com os demais documentos, que a conduta da empresa em Juízo, além de ofensiva às normas internas, caracteriza litigância de má-fé; c) cópias integrais dos Relatórios de Gestão dos últimos cinco anos, incluindo o relatório de auditoria e os resumos de demonstrativo, através das quais se comprovará a ausência de condição para beneficiar-se de imunidade e a realização de vários serviços que não podem ser classificados como públicos, assim como a percepção de vultosas quantias com

atividades e serviços próprios da iniciativa privada; d) cópias dos balanços, diário e razão, dos exercícios de 2000 a 2005, através das quais se comprovará a ausência de condição para beneficiar-se de imunidade em função da percepção de receitas provenientes de atividades econômicas e o pagamento de tributos aos demais entes da federação; e) cópias integrais dos contratos, das faturas e recibos relativos aos valores recebidos a título de: e.1) cobrança pelo uso de áreas, de edifícios, de instalações, de equipamentos etc. (inciso III, do art. 9°, do Estatuto Social); e.2) participação em outras empresas (inciso VI, do art. 9°, do Estatuto Social); e.3) produtos de operações de crédito (inciso VII, do art. 9°, do Estatuto Social); e.4) receita de aplicações financeiras (inciso VIII, do art. 9°, do Estatuto Social); e.5) produto da venda ou aluguel de bens patrimoniais (inciso IX, do art. 9°, do Estatuto Social); e.6) produto da venda de materiais ou da prestação de serviços (inciso X, do art. 9°, do Estatuto Social); e.7) proveniente da prestação de consultoria e de assessoramento, assistência técnica especializada ou administrativa (inciso XI, do art. 9°, do Estatuto Social); e.8) outras fontes (inciso XII, do art. 9°, do Estatuto Social); e.9) Armazenagem e Capatazia (388 milhões de reais de receita em 2005; e.10) Receitas Comerciais (470 milhões de reais em 2005); e.11) estacionamento de veículos; e.12) publicidade; e.13) telecomunicações; através das quais se comprovará a ausência de condição para beneficiar-se de imunidade em virtude da realização de atividades econômicas; f) cópias das declarações de imposto de renda da Excipiente, através das quais se demonstrará a ausência de condição para beneficiar-se de imunidade em virtude da realização de atividades econômicas; g) cópias do parecer do Jurídico Interno que sustentou a imunidade em face dos tributos municipais e da decisão da Diretoria que adotou a decisão de não pagar e não provisionar os referidos valores, ambos noticiados no relatório de auditoria do Relatório de Gestão de 2005, através das quais se comprovará a ausência de condição para beneficiar-se de imunidade em virtude da realização de atividades econômicas e intenção da empresa de eximir-se apenas dos tributos municipais.

E. deferimento.
Salvador, ...

Francisco Bertino de Carvalho
Procurador do Município – OAB-BA 11.279

# Contestação em ação civil pública movida contra o Município do Salvador por assédio moral

Thiers Ribeiro Chagas Filho
Bacharel em Direito pela Universidade Católica do Salvador – UCSal
Pós-graduando em Direito do Trabalho pela Universidade Federal da Bahia – UFBA
Procurador do Município do Salvador
Advogado

EXCELENTÍSSIMO(A) SENHOR(A) JUIZ(A) DA ...ª VARA DO TRABALHO DE SALVADOR/BA.

PROCESSO Nº. ...

AUTOR: Ministério Público do Trabalho.
RÉU: Município do Salvador.

O MUNICÍPIO DO SALVADOR, pessoa jurídica de Direito Público, por conduto do seu Procurador infrafirmado, com endereço profissional na Travessa da Ajuda, 2, Edf. Sul América, 1.º e 2º andares, Centro, nos autos da ação civil pública em epígrafe, vem apresentar CONTESTAÇÃO, nos termos a seguir expostos:

## DO RESUMO DA LIDE

O Ministério Público do Trabalho sustenta que o Município do Salvador, por intermédio de 2 (dois) dos seus Servidores Públicos, exercentes de funções de chefia no âmbito do Centro de Controle de Zoonoses – CCZ, estaria perpetrando ilícitos trabalhistas em desfavor de seus empregados públicos, circunstância que daria ensejo à configuração de assédio moral.

Como primeira causa de pedir, o Parquet laboral assevera que dezenas de trabalhadores exercentes da função de Agentes de Combate às Endemias estariam sofrendo "gravíssimos

constrangimentos", sendo ameaçados de "dispensa tão-só em virtude de faltas justificadas por consultas médicas".

O Ministério Público do Trabalho também elenca como causa de pedir a suposta utilização "habitual" de termos depreciativos por parte do "preposto ...", que, segundo a exordial, teria se referido a agentes de combate a endemias como "mulherzinhas", "vagabundas" e "trens".

Ainda segundo a peça vestibular, o Município do Salvador, através do servidor público ..., teria "maltratado" os já referidos trabalhadores, submetendo-os a longa espera no Setor chefiado por aquele, em local nominado como "banco dos réus".

Por fim, o Ministério Público do Trabalho sustenta a pretensão deduzida em juízo na suposta omissão do Município do Salvador em adotar as medidas necessárias a pôr fim aos ilícitos trabalhistas supostamente perpetrados, bem como na alegada ausência de defesa nos autos de procedimento investigatório instaurado para a apuração dos fatos narrados.

Entretanto, conforme restará evidenciado a seguir, questões preliminares e de mérito impedem não apenas o regular andamento deste feito, mas, sobretudo, o acolhimento da pretensão deduzida em juízo.

## DA INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO – NECESSIDADE DE LIMITAÇÃO DO PROVIMENTO JURISDICIONAL PRETENDIDO

Cumpre reconhecer que a pretensão deduzida em juízo, nos moldes genéricos constantes da exordial, pode desaguar na violação ao leque de competência conferido à Justiça do Trabalho pelo art. 114, inc. I, da CF/88[1].

Deveras, o Ministério Público do Trabalho propugna pela concessão de diversos provimentos jurisdicionais que abrangeriam os direitos difusos e coletivos dos "trabalhadores" dos Municípios do Salvador, olvidando-se que essa Justiça Federal Especializada carece de competência para processar e julgar demandas, transindividuais ou individuais, concernentes à relação trabalhista mantida por servidores públicos estatutários.

Os pleitos veiculados na exordial, nos moldes em que formulados, acabariam por invadir indisfarçavelmente a seara da relação de direito administrativo mantida entre o Município do Salvador e seus servidores públicos estatutários, na medida em que os seus efeitos se espraiariam por todos os órgãos públicos municipais.

Indubitavelmente, a tutela de direitos difusos e coletivos dos servidores públicos estatutários deve ser perseguida perante a Justiça Comum Estadual, não se admitindo que a postulação de preceitos cominatórios e indenizações decorrentes de suposto assédio moral praticado em desfavor daqueles seja realizada no âmbito do Poder Judiciário Trabalhista.

Pondo termo às discussões em derredor da matéria, o Supremo Tribunal Federal, nos autos da ADIN nº 3.395-6/2005, vedou o processamento e julgamento pela Justiça do Trabalho de demandas que guardem ligação com o liame de direito público mantido entre a Administração Pública e seus servidores públicos estatutários.

Desta forma, em deferência ao Princípio da Eventualidade e aos lindes constitucionais da

---

[1] "Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:
I - as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;
(...)"

competência da Justiça do Trabalho, o Município do Salvador requer que o eventual provimento jurisdicional concedido seja expressamente limitado ao quadro de empregados públicos municipais, especialmente no que concerne ao preceito cominatório, de modo que este incida apenas em relação aos atos praticados em desfavor dos trabalhadores vinculados à Administração Pública sob a égide celetista.

## DA FALTA DE INTERESSE DE AGIR – PLEITO DE INSTALAÇÃO DE CANAIS ESPECÍFICOS PARA O RECEBIMENTO DE DENÚNCIAS – DESNECESSIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL PLEITEADA

Ainda preliminarmente, cumpre apontar a manifesta falta de interesse de agir do Ministério Público do Trabalho no que concerne à necessidade do provimento jurisdicional pretendido no item 4.1.7 da exordial, haja vista que os mesmos efeitos práticos podem ser obtidos através das já vigentes normas de apuração de faltas funcionais no âmbito da Secretaria Municipal de Saúde.

Com efeito, pretende o Parquet laboral ver o Município do Salvador condenado a "tornar disponíveis, por meio de norma interna, canais específicos para o recebimento de queixas dos empregados ou qualquer denúncia relativa a práticas discriminatórias e/ou assédio e/ou desigualdade de tratamento".

Ocorre que, como corolário do Direito de Petição, assegurado no moldes do art. 5º, inc. XXXIV, alínea a, da CF/88[2], os objetivos pretendidos com o pleito ora em comento já podem ser obtidos mediante representações administrativas encaminhadas ao Secretário Municipal de Saúde.

Apenas a título ilustrativo, os fatos que justificaram a propositura desta Ação Civil Pública estão sendo devidamente apurados no âmbito da Secretaria Municipal de Saúde, sem açodamentos e sem vilipendiar o direito ao contraditório e à ampla defesa que milita em favor dos servidores públicos acusados, consoante atestam os 3 (três) procedimentos administrativos de apuração prévia que tramitam naquele órgão (vide fotocópias anexas – Grupo II), e que culminaram na instauração de sindicância com o desiderato de se constatar eventuais responsabilidades (vide fotocópia da Portaria de instauração anexa – Grupo II).

Portanto, não há necessidade da propositura do presente feito visando à obtenção do provimento jurisdicional em tela, uma vez que os empregados públicos municipais e toda a coletividade podem ver os seus direitos tutelados através de simples peticionamento administrativo, noticiando o cometimento de ilícitos trabalhistas que possam evidenciar condutas discriminatórias ou assediantes.

Neste sentido, esclarece a doutrina:

> "O interesse processual é, portanto, a necessidade de se recorrer ao Judiciário para a obtenção do resultado pretendido, independentemente da legitimidade ou legalidade da pretensão. Para verificar-se se o autor tem interesse processual para a ação deve-se responder afirmativamente à seguinte indagação: para obter o que pretende o autor necessita da providência jurisdicional pleiteada?" (GRECO FILHO, Vicente. Direito Processual Civil Brasileiro, Vol. I. 19. ed.: Editora Saraiva, pp. 82/83).

Ainda acerca do pleito ora em análise, não se pode olvidar que o seu deferimento implica-

[2] "Art. 5º (...)
XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:
a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;
(...)"

ria em significativo incremento dos custos da Secretaria Municipal de Saúde, que se veria compelida a implementar uma estrutura de atendimento (inclusive com a contratação de pessoal e adoção de novas rotinas administrativas), tudo para atender a um pequeno contingente de agentes públicos, quais sejam os servidores públicos celetistas.

Isto porque os empregados públicos, destinatários do provimento jurisdicional pleiteado, tendo em vista os limites da competência dessa Justiça Federal Especializada, constituem um número reduzido de indivíduos dentro do quadro de agentes públicos municipais, formado preponderantemente por servidores públicos estatutários (art. 1º da Lei Complementar Municipal nº 01/91[3]).

Desta forma, cabe a seguinte indagação: haveria qualquer razoabilidade no deferimento de pleito que poderia ser alcançado, sem qualquer prejuízo, através dos meios atualmente disponíveis no âmbito administrativo, e que, além de contemplar apenas um restrito grupo de indivíduos, geraria o desnecessário dispêndio de recursos públicos que poderiam ser destinados diretamente à execução de políticas públicas de saúde?

Pode-se asseverar que, da mesma forma que o Administrador Público encontra limitação ao seu poder-dever discricionário nas balizas do Princípio da Razoabilidade, não seria admissível que o Poder Judiciário determinasse a adoção de atos em dissonância com aqueles parâmetros.

O pleito em referência, não obstante a nobre bandeira de se assegurar a adoção das medidas administrativas aptas a inibir os ilícitos trabalhistas supostamente perpetrados, consubstancia manifesta ameaça aos Princípios da Eficiência[4], da Razoabilidade e da Separação dos Poderes[5], pois, além do incremento de despesas que dele decorreria, em prejuízo do erário municipal, ter-se-ia indevida intromissão do Poder Judiciário e do Ministério Público na seara discricionária assegurada aos gestores públicos na condução das rotinas administrativas.

Reforçando o descabimento do pleito em tela, leciona o eminente Hugo Nigro Mazzilli:

> "A pretexto de conceder tutela a interesses transindividuais, não pode o Poder Judiciário administrar em lugar do administrador ou impor ao Poder Executivo diretrizes de oportunidade e conveniência que só a este incumba considerar" (Hugo Nigro Mazzilli. A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo, pág. 124, 17ª Edição, Editora Saraiva).

Diante do exposto, o Município do Salvador requer a extinção do feito sem resolução de mérito, nos termos preceituados pelo art. 267, inc. VI, do CPC c/c art. 769 da CLT, haja vista a manifesta falta de interesse de agir do Demandante sob o aspecto da necessidade do provimento jurisdicional pleiteado.

## DO MÉRITO – ASSÉDIO MORAL CONSUBSTANCIADO EM SUPOSTAS AMEAÇAS DE DISPENSA EM RAZÃO DE FALTAS JUSTIFICADAS

O Ministério Público do Trabalho aponta como primeira causa de pedir da pretensão deduzida em juízo as supostas ameaças de dispensa que estariam sofrendo os Agentes de Combate a Endemias a serviço do Centro de Controle de Zoonoses, órgão vinculado à Secretaria Municipal de Saúde.

---

[3] "Art. 1º - O regime jurídico único dos servidores públicos da administração direta, das autarquias e das fundações públicas do Município do Salvador, de ambos os seus Poderes, instituído por esta Lei Complementar, tem natureza de direito público."

[4] Art. 37, caput, da CF/88.

[5] Art. 2º da CF/88.

Salienta o Parquet laboral que as referidas ameaças de dispensa estariam ensejando "gravíssimos constrangimentos no ambiente de trabalho", na medida em que as faltas ao serviço que têm gerado a pratica do suposto ato ilícito trabalhista tinham como razão "consultas médicas".

Antes de se dar início ao enfrentamento das alegações veiculadas pelo Ministério Público do Trabalho em sua exordial, cumpre salientar a inexistência de qualquer indício tendente a comprová-las, restando patente que aquele proficiente Órgão Público Federal serviu, involuntariamente, como instrumento para que fosse denegrida a imagem da Administração Pública Municipal, consoante restará explicitado na conclusão da presente peça de defesa.

Diversamente do quanto consignado na peça vestibular, jamais houve ato da Administração Pública Municipal no sentido de impingir qualquer "constrangimento gravíssimo" aos trabalhadores em atividade junto ao Centro de Controle de Zoonoses. Neste sentido, cumpre salientar que o Ministério Público do Trabalho não logrou sequer apontar os agentes públicos que estariam perpetrando o abjeto assédio moral denunciado, circunstância que, por si só, já se prestaria a justificar a improcedência da pretensão deduzida em juízo neste particular.

De qualquer sorte, não obstante a manifesta fragilidade da causa de pedir ora em comento, o Município do Salvador, como meio de restabelecer a sua idoneidade moral e vergastar denúncias temerárias deste jaez, reitera a sua postura de integral respeito à ordem jurídica trabalhista.

Em face da relevância da matéria em debate, bem como da gravidade das denuncias formuladas, impõe-se expor, ainda que sucintamente, o cenário a que estão submetidos os Agentes de Combate a Endemias, apontando-se, ainda, os diplomas normativos que circundaram a Emenda Constitucional nº 51/2006.

Inicialmente, releva atentar para o teor da Emenda Constitucional nº 51/2006:

> "Art. 1º (...)
> § 5º Lei federal disporá sobre o regime jurídico e a regulamentação das atividades de agente comunitário de saúde e agente de combate às endemias.
> (...)
> Art. 2º Após a promulgação da presente Emenda Constitucional, os agentes comunitários de saúde e os agentes de combate às endemias somente poderão ser contratados diretamente pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios na forma do § 4º do art. 198 da Constituição Federal, observado o limite de gasto estabelecido na Lei Complementar de que trata o art. 169 da Constituição Federal.
> Parágrafo único. Os profissionais que, na data de promulgação desta Emenda e a qualquer título, desempenharem as atividades de agente comunitário de saúde ou de agente de combate às endemias, na forma da lei, ficam dispensados de se submeter ao processo seletivo público a que se refere o § 4º do art. 198 da Constituição Federal, desde que tenham sido contratados a partir de anterior processo de Seleção Pública efetuado por órgãos ou entes da administração direta ou indireta de Estado, Distrito Federal ou Município ou por outras instituições com a efetiva supervisão e autorização da administração direta dos entes da federação.
> (...)"

A referida Emenda Constitucional foi editada com o escopo de pôr fim à precarização das relações trabalhistas que se verificou desde o início dos Programas de Saúde da Família e de Combate às Endemias.

No âmbito do Município do Salvador, como é de conhecimento público e notório, os Programas de Saúde da Família e de Combate às Endemias eram executados através de convênios e contratos administrativos de prestação de serviço, ficando os trabalhadores vinculados às empresas e entidades prestadoras de serviço, não guardando qualquer vínculo direto com a Administração Pública.

Com o advento da EC nº 51/2006, regulamentada pela Lei Federal nº 11.350/2006, foi dado início ao processo para regularizar a situação dos trabalhadores, os quais passariam a exercer as suas atribuições através de vínculo direto com a Administração Pública, mediante prévia aprovação em seleção pública.

Por seu turno, o Município do Salvador, abraçando o regime celetista para os agentes públicos em comento, editou a Lei nº 7.196/2007 (vide documentação anexa – Grupo III), prevendo em seu art. 10, parágrafo único, em consonância com o art. 2º, parágrafo único, da EC nº 51/2006, a possibilidade de contratação dos profissionais que, na data da edição desta emenda, estivessem exercendo os misteres de Agentes Comunitários de Saúde e de Combate de Endemias:

> "Art. 10 (...)
> Parágrafo único. Caberá à Secretaria Municipal da Administração certificar, em cada caso, a existência de anterior processo de seleção pública, para efeito da dispensa de seleção pública referida no parágrafo único do art. 2º da Emenda Constitucional nº 51, de 14 de fevereiro de 2006, devendo a regularidade do referido processo ser analisada por comissão constituída de três servidores representantes da Secretaria Municipal de Saúde e de dois da Secretaria Municipal de Administração."

Ademais, Lei Ordinária Municipal nº 7.196/2007 (art. 13, § 1º) previu a possibilidade de que os trabalhadores não abrangidos pelo seu art. 10, caput e parágrafo único, mas que estivessem no exercício de suas atividades na data da sua publicação, permanecessem no exercício de suas atividades até que fossem substituídos por profissionais contratados mediante processo seletivo público.

Com efeito, parcela significativa dos agentes de combate a endemias encontra-se no exercício de suas atividades com base no excepcional permissivo de que trata o art. 13, § 1º, da Lei nº 7.196/2007, devendo ser salientado que, até a implementação do referido diploma normativo (2007), os trabalhadores estiveram vinculados à RSEB – Real Sociedade Espanhola de Beneficência, nos termos do contrato administrativo de prestação de serviço firmado com o Município do Salvador (vide instrumento contratual anexo – Grupo III).

Os esclarecimentos acima delineados se justificam para que não pairem dúvidas de que o Município do Salvador não possuía qualquer informação quanto à vida funcional dos trabalhadores que vinham exercendo as atribuições de agente de combate às endemias, razão pela qual se tornou imprescindível, após a implementação da Lei nº 7.196/2007, que a Administração Pública desse início à cobrança dos atestados médicos que, segundo relatos dos trabalhadores, encontravam-se em poder da Real Sociedade Espanhola de Beneficência.

Deveras, a Administração Pública Municipal, após a assunção direta da gestão de pessoal do Programa de Combate a Endemias, deparou-se com um quadro em que centenas de trabalhadores vinham apresentando expressivo grau de absenteísmo, justificando as suas reiteradas faltas com comunicados verbais.

Em face do exposto, e visando, sobretudo, à tutela dos direitos difusos consubstanciados nas políticas públicas de saúde, coube ao Mu-

nicípio do Salvador exigir dos trabalhadores que apresentassem os atestados médicos aptos a justificar as suas faltas.

Indubitavelmente, exigir que a Administração Pública Municipal adotasse outra postura em relação aos trabalhadores implicaria, a um só tempo, no vilipêndio não apenas de um direito subjetivo decorrente dos Poderes Diretivo e Disciplinar do empregador, mas, também, do Princípio da Continuidade do Serviço Público, haja vista que a população de Salvador, em face das ausências dos agentes de combate às endemias, estaria exposta ao risco de surtos endêmicos, a exemplo da Dengue.

Esclareça-se, outrossim, que as razões ora expendidas, e que demonstram a absoluta correção da Administração Pública Municipal no trato da questão atinente ao controle das faltas ao trabalho por parte dos agentes de combate às endemias, já eram de conhecimento do Ministério Público do Trabalho, tendo em vista que o Município do Salvador, nos autos do Procedimento de Acompanhamento de TAC nº 04/2008, já as havia explicitado (vide documentação anexa – Grupo II).

Corroborando com o seu inexpugnável compromisso com a ordem jurídica trabalhista, o Município do Salvador sempre adotou, no âmbito da Secretaria Municipal de Saúde, rotinas administrativas padronizadas para o atendimento dos empregados que atuam no Centro de Controle de Zoonoses (vide documentação anexa – Grupo I), apurando as faltas ao trabalho de forma urbana e imparcial, sem qualquer conduta que pudesse implicar assédio moral.

Neste sentido, o Município do Salvador colaciona uma amostragem dos relatórios de apuração de faltas ao trabalho de empregados lotados no Centro de Controle de Zoonoses (vide documentação anexa – Grupo I), depreendendo-se destes documentos que a Secretaria Municipal de Saúde limitava-se a exigir os atestados e relatórios médicos aptos a abonar as faltas ao trabalho, adotando, quando necessário, as medidas administrativas cabíveis para que a saúde dos trabalhadores fosse restabelecida com a maior brevidade possível.

Vislumbra-se que as representações endereçadas ao Ministério Público do Trabalho decorreram do descontentamento de alguns poucos agentes de combate a endemias, que viram os seus interesses contrariados pelo Município do Salvador a partir do momento em que, em deferência ao interesse público primário, passou a exigir dos trabalhadores responsáveis pela elevada missão de livrar a população de graves patologias endêmicas a apresentação de atestados médicos e documentos aptos a justificar as suas faltas ao trabalho.

A conduta adotada pelo Município do Salvador encontra esteio no seu Poder Diretivo e Disciplinar, bem como na necessidade de se assegurar à população soteropolitana eficientes políticas públicas de saúde, representando para os agentes de combate às endemias mera contrariedade, incapaz de justificar qualquer pretensão indenizatória por danos morais, sejam eles de natureza individuais ou transindividuais.

## DO MÉRITO – ASSÉDIO MORAL CONSUBSTANCIADO NA SUPOSTA UTILIZAÇÃO DE TERMOS DEPRECIATIVOS PELO SERVIDOR PÚBLICO ...

Dando continuidade à apresentação das causas de pedir que justificariam os pleitos deduzidos em desfavor do Município do Salvador, o Ministério Público do Trabalho assevera que o "preposto ..." teria utilizado termos depreciativos em referência a um número não especificado de agentes de combate a endemias, como

"mulherzinhas" e "vagabundas", registrando, ainda, que os trabalhadores seriam "trens e ele a estação".

Não procedem as alegações formuladas por um pequeno grupo de agentes de combate a endemias e encampadas pelo douto Parquet laboral.

Em primeiro lugar, cumpre esclarecer que o agente público apontado como responsável pelo assédio moral, o Sr. ..., é servidor público estatutário integrante do quadro de pessoal da FUNASA – Fundação Nacional de Saúde, autarquia federal com atribuição para auxiliar os diversos entes da Federação na execução de políticas públicas de saúde.

O Servidor Público Federal acima citado prestou colaboração ao Município do Salvador na execução do seu Programa de Combate às endemias, exercendo as atribuições de Supervisor de campo.

Com efeito, o Município do Salvador recebeu denúncias formuladas por agentes de combate a endemias e por cidadãos residentes na área de atuação do citado Servidor Público Federal no sentido de que este estaria adotando condutas ríspidas, em dissonância com o Princípio da Urbanidade, de observância obrigatória por qualquer agente público.

Cumpre salientar que as denúncias formuladas jamais foram comprovadas, devendo-se observar que, apesar da insuficiência de provas em derredor dos supostos atos ilícitos, o Município do Salvador entendeu por interromper a colaboração que vinha sendo prestada pelo Sr. ..., encaminhando-o para a FUNASA (vide documentação anexa – Grupo II).

Esclareça-se, ainda, que as aludidas condutas ilícitas teriam ocorrido no longínquo ano de 2006, oportunidade em que a Administração Pública Municipal procedeu à célere interrupção da colaboração que vinha sendo prestada pelo Sr. ... no âmbito do Centro de Controle de Zoonoses, submetendo as denúncias à apreciação da entidade de origem deste, a FUNASA, única detentora de Poder Disciplinar para aplicar eventuais penalidades sobre os integrantes de seu quadro de pessoal (vide documentação anexa – Grupo II).

Outrossim, é oportuno frisar que a documentação ora apresentada (vide Grupo II) denota que as supostas condutas repreensíveis do Sr. ..., as quais, é importante realçar, não foram nem sequer comprovadas, teriam sido perpetradas durante lapso temporal extremamente reduzido (10.4.2006 a 15.5.2006, data em que o Município do Salvador afastou o Servidor Público Federal de suas atividades de colaboração).

Apenas para argumentar, ainda que se considerassem verdadeiros os atos ilícitos mencionados na exordial e imputados ao Sr. ..., o inexpressivo interregno durante o qual teriam aqueles sido praticados afasta a possibilidade de configuração de assédio moral, ilícito trabalhista que, consoante a melhor doutrina, é marcado pela continuidade ao longo do tempo:

> "No processo de assédio, a vítima é submetida a pequenos ataques repetidos, deixando o trabalhador, vítima dos mesmos, com sentimento de rejeição, que lhe vai minando sua estrutura psíquica, para terminar se refletindo em sua saúde física.
>
> Assediar é submeter alguém, sem trégua, a pequenos ataques repetidos com insistência, cujos atos têm significado e deixam na vítima o sentimento de ter sido maltratada, desprezada, humilhada, rejeitada. É uma questão de intencionalidade.]

(...)

Não se trata, assim, de mero estresse, desentendimentos ou conflitos individuais pontuais, não raro no convívio humano. Aqui se trata de conduta deliberada, intencional, com o objetivo de atacar a vítima na sua auto-estima, desgastando-a, humilhando-a.
(...)

Manifesta-se este assédio pelos atentados à dignidade e equilíbrio psíquico do trabalhador, por agressões continuadas, atos e procedimentos que criam situações de constrangimento e humilhações, que atingem em cheio a auto-estima da pessoa...
(...)

Heinz Leymann conceituou o assédio moral como:

"Deliberada degradação das condições de trabalho através do estabelecimento de comunicações não éticas (abusivas), que se caracterizam pela repetição, por longo tempo, de um comportamento hostil de superior ou colega(s) contra um indivíduo que apresenta, como reação, um quadro de miséria física, psicológica e social duradoura'" (FELKER, Reginaldo. O Dano Moral, o Assédio Moral e o Assédio Sexual nas Relações de Trabalho. 2ª ed.: LTr, pp. 179/183)

Destarte, pode-se concluir que as condutas imputadas ao Sr. ..., Servidor Público Federal, e que nem sequer foram comprovadas, consistiriam em mero desentendimento decorrente das atividades laborais, as quais podem eventualmente ser marcadas pela indesejável litigiosidade interna entre os trabalhadores dos diversos graus hierárquicos, aptas a amparar, no máximo, pretensão indenizatória individual, mas, jamais, indenização visando recompor lesões extrapatrimoniais de cunho difuso ou coletivo.

Também não se pode olvidar, socorrendo-se uma vez mais à farta documentação ora colacionada (vide Grupo II), que o Município do Salvador, tão logo tomou conhecimento dos supostos atos ilícitos perpetrados pelo Sr. ..., adotou todas as medidas administrativas necessárias a assegurar a cessação do alegado vilipêndio à dignidade dos trabalhadores em atuação no Centro de Controle de Zoonoses.

## DO MÉRITO – ASSÉDIO MORAL CONSUBSTANCIADO NA SUPOSTA SUBMISSÃO DOS TRABALHADORES A LONGOS PERÍODOS DE ESPERA EM LOCAL COGNOMINADO "BANCO DOS RÉUS"

Mais uma vez de forma dissociada da realidade dos fatos, o Ministério Público do Trabalho foi levado a encampar estapafúrdia denúncia consistente na suposta violação à dignidade dos trabalhadores, que estariam sendo submetidos a longos períodos de espera no setor de pessoal do Centro de Controle de Zoonoses.

Ainda segundo a causa de pedir ora em referência, a alegada violação à higidez moral dos trabalhadores, supostamente configuradora de assédio moral, estaria sendo capitaneada pelo Servidor Público Municipal ..., Chefe do setor de pessoal do CCZ, que, não bastasse a "longa espera" para atendimento concernente a questões administrativas, teria "sugestivamente denominado" como "banco dos réus" o local da alegada espera extenuante.

Inicialmente, deve-se atentar para o fato de que nenhum trabalhador em atuação no Centro de Controle de Zoonoses jamais foi submetido a "longa espera" capaz de ensejar qualquer dano moral, seja ele individual ou transindividual.

O que sempre ocorreu, e certamente continuará ocorrendo, foi o atendimento, por ordem de chegada, de centenas de trabalhadores diariamente nas dependências do setor de pessoal do Centro de Controle de Zoonoses, os quais, pelas mais diversas razões, a exemplo da apresentação de requerimentos de licenças e transferências, demandam atendimento cuidadoso e sistematizado.

Indubitavelmente, seria impossível prestar um atendimento imediato a um contingente tão expressivo de trabalhadores, impondo-se explicitar que, não obstante esta óbvia constatação, o Município do Salvador sempre adotou rotinas administrativas tendentes a tornar o período de espera o mais breve possível (vide documentação anexa – Grupo I).

Ademais, o Município do Salvador, sempre com base na sua incondicional deferência aos seus trabalhadores, assegura que o local de espera no setor de pessoal do CCZ seja o mais salubre possível, contando com acomodações confortáveis, apesar de simples (haja vista os Princípios da Razoabilidade e da Eficiência no dispêndio dos recursos públicos), oferecendo, de forma irrestrita, condições adequadas de aeração, água mineral e café àqueles.

Vislumbra-se, desta forma, que os trabalhadores em atuação no Centro de Controle de Zoonoses jamais foram submetidos a longos ou desgastantes períodos de espera no setor de pessoal, sendo atendidos por ordem de chegada, com a maior urbanidade e brevidade possível. Indubitavelmente, e apenas a título exemplificativo, a "espera" a que estão submetidos os trabalhadores celetistas do Centro de Controle de Zoonoses em nada difere daquela a que estão submetidos pacientes na rede particular de saúde ou cidadãos nos mais diversos órgãos da Administração Pública, inclusive do Ministério Público (esperas estas legítimas e razoáveis, é importante pontuar).

Por fim, diversamente do quanto tenta transparecer a peça vestibular, o local de espera no setor de atendimento de pessoal no CCZ em nenhum momento foi apelidado como "banco dos réus" pelos exercentes de cargos de chefia.

Ocorre que, alguns poucos trabalhadores, insatisfeitos com a natural e razoável espera a que tinham que se sujeitar, até mesmo por um imperativo da reconhecida Cidadania dos trabalhadores que os antecediam na ordem de chegada, passaram a apelidar a sala de espera, jocosamente, como "banco dos réus", sem qualquer interferência do Sr. ..., não se podendo, em razão disso, cogitar a responsabilidade do Município do Salvador por assédio moral, até porque tal prática dos trabalhadores não era de conhecimento da Administração.

## DO MÉRITO – ASSÉDIO MORAL CONSUBSTANCIADO NA SUPOSTA INDIFERENÇA DO MUNICÍPIO DO SALVADOR QUANTO AO TRATAMENTO CONFERIDO POR SEUS PREPOSTOS AOS AGENTES DE COMBATE A ENDEMIAS

Por derradeiro, o Ministério Público do Trabalho busca amparar a pretensão deduzida em juízo com base na suposta "contumácia e indiferença" do Município do Salvador quanto ao "tratamento indigno conferido por seus prepostos" aos agentes de combate a endemias, causa de pedir que, assim como as anteriormente abordadas, não guarda qualquer apego com a realidade dos fatos.

Ainda segundo o Parquet laboral, o Município do Salvador não teria atendido à intimação para que apresentasse defesa nos autos do Procedimento Preparatório de Inquérito Civil Público nº 1.097/2008.

No que concerne à alegada omissão do Município do Salvador a respeito dos supostos ilícitos trabalhistas perpetrados no âmbito do Centro de Controle de Zoonoses, as razões acima expendidas e, especialmente, a documentação ora colacionada (vide Grupo II), não deixam qualquer dúvida de que foram adotadas, de forma tempestiva, todas as medidas administrativas aptas a apurar os fatos denunciados e, se for o caso, sancionar os responsáveis.

Neste sentido (vide documentação anexa – Grupo II), restou fartamente demonstrado que o Município do Salvador, assim que tomou conhecimento das denuncias formuladas em desfavor do Servidor Público Federal ..., no longínquo ano de 2006, procedeu ao seu afastamento de suas atividades de colaboração, encaminhando-o à entidade da qual é integrante, a FUNASA, a fim de que fossem adotadas as medidas disciplinares que esta autarquia federal entendesse cabíveis.

Também no que tange aos demais ilícitos trabalhistas imputados ao Município do Salvador no presente feito coletivo, vislumbra-se o incansável esforço da Administração Pública Municipal quanto à apuração daqueles, tendo sido instaurados 3 (três) procedimentos administrativos para apuração prévia dos ilícitos trabalhistas noticiados, tombados sob o nº PR-SEGOV-3829/2009, nº PR-SMS-10756/2008 e nº PR-SMS-10922/2008.

Frise-se que a apuração prévia levada a termo nos autos dos mencionados procedimentos administrativos, apesar de inexistir qualquer prova que dê sustentação às denúncias, culminou na instauração de Sindicância (Portaria nº 377/2008), a qual, como não poderia deixar de ser, observará os Princípios do Contraditório e da Ampla Defesa (art. 5º, inc. LV, da CF/88) [6].

Não se poderia exigir do Município do Salvador, por exemplo, que se procedesse à sumária penalização do Servidor Municipal ..., não somente por serem inverídicas as denúncias formuladas, mas, sobretudo, porque deve ser reputado inocente todo acusado até a conclusão do Processo Administrativo cabível, sob pena de violação literal e direta ao arcabouço constitucional, tão seriamente prezado e defendido pelo Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

Quanto à alegada ausência de apresentação de defesa nos autos do Procedimento Preparatório de Inquérito Civil nº 1.097/2008, circunstância que o eminente Parquet laboral tenta apresentar como fator apto a configurar a desídia do Município do Salvador, cumpre sejam tecidas breves considerações.

Em primeiro lugar, não procede a assertiva de que o Município do Salvador teria quedado inerte frente à intimação referente ao Procedimento Preparatório de Inquérito Civil Público nº 1.097/2008.

Com efeito, a fotocópia do Procedimento Administrativo nº PR-SEGOV-3829/2008 (vide Grupo II) atesta que a Secretaria de Governo, após receber a mencionada intimação em 19.9.2008, deu início às medidas tendentes a apurar as denúncias formuladas, de modo a subsidiar a defesa a ser apresentada ao Ministério Público do Trabalho.

Ainda de acordo com o Procedimento Administrativo nº PR-SEGOV-3829/2008, verifica-se que a Administração Pública Municipal empreendeu, inclusive em 14.10.2008 (vide des-

---

[6] "Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
(...)
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;"

pacho da Coordenadora CDRH – SMS), véspera do ajuizamento da presente Ação Civil Pública (15.10.2008), todos os esforços necessários para atender à intimação ministerial, endereçada ao Município do Salvador com prazo exíguo de 15 (quinze) dias.

Portanto, tivesse sido reiterada a intimação, não há dúvida de que seria apresentada a defesa nos autos do Procedimento Preparatório de Inquérito Civil nº 1.097/2008. Tal constatação ganha maior relevo quando se analisa o gigantismo e complexidade da máquina administrativa do Município do Salvador, circunstância que impõe que a comunicação dos atos de maior complexidade, dentre os quais as comunicações concernentes a investigações de atos ilícitos trabalhistas de âmbito transindividual, seja, sempre que possível, seguida de prazo mais dilatado.

Não se pode olvidar que, de forma eventual, e certamente considerando as dificuldades inerentes à burocracia estatal narradas nos parágrafos pretéritos, diversos membros do Ministério Público (Estadual, Federal e do Trabalho) costumam reiterar as intimações não atendidas tempestivamente pelo Município do Salvador ou por seus agentes públicos.

De qualquer forma, e para que não se avente que o Município do Salvador pretende justificar a ausência de defesa no âmbito extrajudicial nas suas dificuldades burocráticas, insta observar que a intimação encaminhada pelo Ministério Público referente ao Procedimento Preparatório de Inquérito Civil nº 1.097/2008 foi equivocadamente endereçada a Secretaria de Governo, na medida em que a Lei Orgânica do Município do Salvador confere à sua Procuradoria Geral a atribuição de representá-lo judicial e extrajudicialmente[7].

Saliente-se que não pode prosperar o argumento de que o Ministério Público poderia encaminhar a intimação para qualquer Agente Público, pois, no caso concreto, a requisição dirigia-se ao Município do Salvador (pessoa jurídica de direito público) para que apresentasse defesa, e não para uma autoridade específica visando à apresentação de informações.

Não bastassem as razões elencadas até este ponto, já suficientes para desconstruir qualquer insinuação no sentido de que o Município do Salvador teria quedado inerte diante da intimação ministerial, deve-se atentar para o fato de que já havia sido apresentado manifestação, perante o Ministério Público do Trabalho, acerca das denúncias ora em análise.

Em verdade, a fotocópia do Procedimento Administrativo nº PR-SMS-10922/2008 deixa evidente que a Secretaria Municipal de Saúde já havia se manifestado acerca das denúncias referentes ao supostos assédio moral praticado no âmbito do Centro de Controle de Zoonoses. A manifestação ora em comento foi apresentada nos autos do Procedimento de Acompanhamento de TAC nº 04/2008, sob a presidência da Procuradora Regional do Trabalho Edelamare Melo.

Portanto, a afirmação veiculada na exordial acerca da inércia do Município do Salvador em atender à intimação ministerial somente se justifica diante da provável inexistência de canais específicos, no âmbito do Ministério Público do Trabalho, para averiguar a existência de investigações sobre matérias idênticas ou conexas, deficiência esta plenamente justificável diante da escassez de recursos públicos, inclusive no âmbito da União, entidade de maior pujança financeira no País.

---

[7] "Art. 61. A Procuradoria Geral do Município é a instituição que representa o município judicial ou extrajudicial, cabendo-lhe ainda exercer as atividades de consultoria e assessoramento do Poder Executivo e, privativamente, administrar e executar a dívida ativa."

DO MÉRITO – PRINCÍPIO DA EVENTUALIDADE – IMPERTINÊNCIA DA CUMULAÇÃO DA TUTELA ESPECÍFICA PLEITEADA E DA PRETENSÃO INDENIZATÓRIA POR DANOS MORAIS COLETIVOS – PLEITO INDENIZATÓRIO MANIFESTAMENTE EXCESSIVO – POSSÍVEL VIOLAÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS USUÁRIOS DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DE SAÚDE

Em deferência ao Princípio da Eventualidade, na remota hipótese de condenação, o Município do Salvador propugna pela redução dos valores pleiteados a título de ressarcimento pelos alegados danos morais coletivos causados.

O Ministério Público do Trabalho, visando à reparação de interesses difusos, consubstanciados no direito a um ambiente de trabalho moralmente hígido, livre do assédio moral, deduziu pretensão de ressarcimento específico do patrimônio moral da coletividade (pedidos de veiculação de campanhas publicitárias) cumulada com o pleito de ressarcimento pelo equivalente monetário quanto ao já referido patrimônio moral difuso (pagamento de indenização por danos morais coletivos).

Ocorre que, sem sombra de dúvidas, a cumulação das pretensões afigura-se incabível e desarrazoada, uma vez que, caso venham a ser deferidas nos moldes perseguidos na petição inicial, verificar-se-á inaceitável bis in idem na reparação dos direitos difusos pretensamente lesados, tudo em detrimento do erário municipal (interesse público secundário) e, por conseguinte, da coletividade de usuários que dependem dos serviços municipais de saúde (interesse público primário).

O art. 3º da Lei nº 7.347/85 é expresso ao estabelecer que a Ação Civil Pública poderá ter por objeto a "condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer", sempre com o fito de recompor o bem lesado.

No presente feito, considerando que o Ministério Público propugna pela reparação do patrimônio moral coletivo, não se pode admitir a cumulação da condenação à obrigação de fazer (veiculação de milionárias campanhas publicitárias que irão recompor de forma específica o bem lesado) e ao pagamento em dinheiro (reversão de R$ 10.000.000,00 ao FAT).

Isto porque, com a veiculação das campanhas publicitárias pretendidas, a coletividade já se sentiria reconfortada e livre do assédio moral nas relações de trabalho, não se podendo cogitar, de forma cumulativa, o pagamento de indenização que será utilizada, da mesma forma, para recompor o mesmo bem jurídico lesado.

É oportuno esclarecer que a indenização pretendida, por força da disposição inserta no art. 13, caput, da Lei nº 7.347/85[8], aplicável analogicamente ao FAT, deverá ser obrigatoriamente empregada na recomposição do bem jurídico lesado, qual seja o patrimônio moral da coletividade (inclusive por meio de campanhas publicitárias custeadas pelo FAT – Fundo de Amparo ao Trabalhador), circunstância que reforça com vigor ainda mais evidente a superposição dos pleitos formulados.

Destarte, impõe-se que, na remota hipótese de acolhimento da pretensão deduzida em juízo, a condenação do Município do Salvador seja limitada ao moderado ressarcimento específico do bem lesado, ou, subsidiariamente, caso acatada a possibilidade da cumulação pretendida pelo Parquet laboral, o montante da indenização seja limitado a valor não superior a R$ 20.000,00 (vinte mil reais).

---

[8] "Art. 13. Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados.
(...)"

Ainda em respeito ao Princípio da Eventualidade, o Município do Salvador propugna, em caso de condenação de qualquer natureza, seja aplicado o disposto no art. 944, parágrafo único, do NCC[9], de modo a que seja reduzido o montante da indenização a ser fixada por esse MM. Juízo.

Com efeito, a incidência do preceptivo legal acima apontado justifica-se diante da constatação de que, ainda que venham a ser considerados verdadeiros os fatos narrados na exordial (o que não se admite), restou patente que o Município do Salvador jamais tolerou condutas deste jaez, sendo ações isoladas de poucos agentes públicos.

Outra observação que merece especial atenção desse MM. Juízo refere-se ao manifesto excesso da pretensão ressarcitória, tendo em vista que, somadas a obrigação de pagar e a obrigação de fazer (veiculação de uma infinidade de campanhas publicitárias), ter-se-ia um vilipêndio ao erário municipal superior a R$ 12.000.000,00 (doze milhões de reais).

O deferimento dos pleitos nos moldes em que formulados na exordial implicaria em danos a interesses difusos de estatura indubitavelmente superior àquele que o Ministério Público do Trabalho busca tutelar no presente feito.

Isto porque, sem perder de vista a notória limitação dos recursos financeiros à disposição dos entes da Federação (especialmente o Município do Salvador), o Ministério Público do Trabalho acabaria por assegurar severos prejuízos aos milhões de pessoas que dependem dos serviços municipais de saúde.

Deveras, a montanha de dinheiro pleiteada não seria fabricada pelo ente político municipal, o qual, para fazer frente às condenações pretendidas, teria que redirecionar recursos que seriam originalmente dirigidos à execução de políticas públicas de saúde.

Este quadro demonstra a desarrazoabilidade da pretensão do Parquet laboral que, a pretexto de tutelar um interesse difuso, violaria a não mais poder outros de relevância ímpar, condenando a saúde pública municipal a redirecionar recursos para o custeio de campanhas publicitárias de duvidosa pertinência e para o Fundo de Amparo ao Trabalhador, que, nos termos da Lei nº 7.998/90, destinará os recursos revertidos em seu favor para áreas que, nem de longe, gozam da mesma relevância do direito à saúde (art. 196 da CF/88[10]).

Assim, pode-se asseverar que o Ministério Público do Trabalho, certamente por um lapso escusável, deixou de ponderar os interesses que estariam envolvidos na presente demanda, pois, se assim tivesse procedido, não teria patrocinado uma pretensão que, apesar de poder beneficiar um grupo de cerca de 1.900 (mil e novecentos) trabalhadores, implicaria em prejuízo aos 2.000.000 (dois milhões) de usuários dos serviços municipais de saúde.

Neste diapasão, vale transcrever o magistério da eminente Professora Ana Paula de Barcellos:

> "Na verdade, os casos típicos dos quais se ocupa a ponderação são aqueles nos quais se identificam confronto de razões, de interesses, de valores ou de bens albergados por normas constitucionais (ainda que objeto imediato do exame seja uma disposição infraconstitucional). O propósito da ponderação é solucionar esses conflitos

---

[9] "Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano. Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização."

[10] "Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação."

normativos da maneira menos traumática para o sistema como um todo, de modo que as normas em oposição continuem a conviver, sem a negação de qualquer delas, ainda que em determinado caso concreto elas possam ser aplicadas em intensidades diferentes". (Alguns Parâmetros Normativos para a Ponderação Constitucional in A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas/Luís Roberto Barroso – organizador –, pág. 57, 2ª Edição – Ed. Renovar).

## DO MÉRITO – DOCUMENTAÇÃO APRESENTADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO

Restam expressamente impugnados os documentos colacionados pelo Ministério Público do Trabalho (fls.13/206), haja vista que, além de produzidos unilateralmente, baseiam-se em depoimentos de pessoas com interesse na condenação do Município do Salvador.

Com efeito, as pessoas que prestaram depoimento perante o Ministério Público do Trabalho além de se sentirem prejudicadas com a postura da Administração Pública Municipal no sentido de exigir o fiel cumprimento de suas obrigações enquanto agentes de combate a endemias, poderão, com base nestas mesmas denúncias, ingressar com demandas trabalhistas individuais em desfavor do Município do Salvador, circunstância que evidencia a sua parcialidade.

## DO MÉRITO – DOCUMENTAÇÃO ORA COLACIONADA PELO MUNICÍPIO DO SALVADOR

Com o escopo de comprovar a inverdade das denúncias formuladas, o Município do Salvador colaciona, juntamente com a presente peça de defesa, farta documentação, que, de modo a facilitar a consulta e visualização por esse MM. Juízo, será agrupada da seguinte forma:

- Grupo I – Documentação comprobatória de que o Município do Salvador adota rotinas administrativas lícitas, padronizadas e urbanas para o atendimento e averiguação das faltas ao trabalho por parte de seus agentes de combate a endemias;

- Grupo II – Documentação comprobatória da tempestiva apuração por parte do Município do Salvador acerca dos supostos atos ilícitos trabalhistas denunciados;

- Grupo III – Documentos diversos – Fotocópias da Lei nº 7.196/2007 e do contrato administrativo de prestação de serviço mantido com a Real Sociedade Espanhola de Beneficência;

- Grupo IV – Fotocópia dos autos da sindicância que concluiu pela inexistência do assédio moral denunciado.

## DA CONCLUSÃO

Verifica-se que os ilícitos trabalhistas imputados ao Município do Salvador são improcedentes, não guardando qualquer relação com as rotinas de pessoal adotadas no âmbito do Centro de Controle de Zoonoses da Secretaria Municipal de Saúde.

Deveras, as denúncias formuladas ao Ministério Público do Trabalho, e que deram ensejo à propositura deste feito, são fruto da injusta irresignação de um reduzido grupo de trabalhadores diante das legítimas medidas de controle adotadas pela Administração Pública Municipal no sentido de exigir a frequência e o integral cumprimento das obrigações dos agentes de combate a endemias.

Não se pode exigir do Município do Salvador conduta diversa, uma vez que isto implicaria a deficiência dos serviços prestados pelo Centro de Controle de Zoonoses, fato que, em última instância, acabaria por prejudicar toda a população soteropolitana, que se veria vitimada por endemias e epidemias, a exemplo da dengue.

Em verdade, o Ministério Público do Trabalho foi levado a, de forma desavisada, patrocinar feito judicial pautado por elementos fáticos manifestamente dissonantes da verdade, cujos efeitos somente beneficiariam um restrito grupo de trabalhadores não comprometidos com o interesse público primário.

Frise-se que a busca pela desestabilização a que ora se faz referência acabou por violar o patrimônio moral do Município do Salvador enquanto pessoa jurídica, na medida em que viu sua honra objetiva ser maculada, inclusive através de matérias jornalísticas veiculadas em jornais de grande circulação, por meio das quais foram noticiadas as inverídicas imputações (Jornal A Tarde – Edição de 21.10.2008 – "Prefeitura é alvo de ação por assédio moral").

De qualquer sorte, ainda que se admitissem como verdadeiros os fatos alegados, não seria cabível a condenação do Município do Salvador com base em violação a direitos transindividuais, haja vista que os alegados fatos consubstanciariam, no máximo, desentendimentos pontuais entre trabalhadores, não se podendo falar em assédio moral, seja pela inexistência de dano, seja pelo reduzido lapso temporal durante o qual as supostas ofensas teriam perdurado.

Diante do exposto, o Município do Salvador requer:

1. em face da incompetência absoluta dessa Justiça Especializada para processar e julgar demandas transindividuais e individuais concernentes à relação trabalhista dos servidores públicos estatutários, a extinção do feito sem resolução de mérito quanto aos pleitos cujos efeitos guardem qualquer relação com essa espécie de trabalhadores, com amparo no art. 267, inc. IV, do CPC, limitando-se o eventual provimento jurisdicional aos direitos difusos e coletivos relacionados aos empregados públicos municipais;

2. ainda preliminarmente, a extinção do presente feito sem resolução de mérito quanto ao pleito 4.1.7, haja vista a manifesta falta de interesse de agir sob o aspecto da necessidade do provimento jurisdicional pretendido, nos termos dos arts. 267, inc. VI, do CPC c/c art. 769 da CLT;

3. caso ultrapassadas as preliminares de mérito supracitadas, sejam os pedidos julgados improcedentes;

4. na remota hipótese de procedência, seja o montante da indenização fixado em valor não superior a R$ 20.000,00 (vinte mil reais), aplicando-se, ainda, o disposto no art. 944, parágrafo único, do NCC.

Propugna-se pela produção de todos os meios de prova admitidos em Direito.

Pede deferimento.

Salvador, ...

THIERS RIBEIRO CHAGAS FILHO
Procurador do Município
OAB/BA Nº 20.616