

JAM, JURÍDICA



ASSOCIAÇÃO
DOS PROCURADORES
DO MUNICÍPIO DO SALVADOR

edição
especial

edição especial

ISSN 1806-1346

JAM,
JURÍDICA

administração pública
executivo e legislativo

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

Endereço Comercial:
Av. Praia de Itapuã, Quadra 17, Lotes 49/52,
Shopping Boulevard, Salas D 2.4 e D 2.5
Lauro de Freitas - Bahia
CEP 42700-000
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

Revisão:
Rosângela Lyra

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

JAM JURÍDICA: Administração Pública, Executivo e Legislativo.
Salvador: Jam-Jurídica Editoração e Eventos Ltda. Ano XVI,
edição especial, setembro, 2011.

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 Geral do Município do Salvador
Professora Universitária

Benjamin Zymler

Presidente do TCU
Mestre em Direito e Estado – UNB
Formado em Engenharia Elétrica pelo Instituto Militar de Engenharia – IME Formado em Direito pela Universidade de Brasília

Carlos Alberto Sobral de Souza

Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado de Sergipe

Carlos Ayres Britto

Presidente do Supremo Tribunal Federal

Carlos Pinto Coelho Motta (in memoriam)**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

Cláudio Brandão de Oliveira

Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro
Mestre em Direito na área de Justiça e Cidadania
Professor de Direito Administrativo e Constitucional

Daniela Libório

Mestre e Doutora em Direito Urbanístico Ambiental
Professora da PUC/SP
Advogada

Darcy Queiroz

Assessora Jurídica do Tribunal de Contas dos Municípios/BA

Edgar Guimarães

Advogado
Mestre e Doutorando em Direito Administrativo pela PUC/SP
Professor de Direito Administrativo e de Licitações em cursos de Pós-graduação
Consultor Jurídico do TCE/PR

Edite Mesquita Hupsel

Advogada
Procuradora do Estado da Bahia

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 Jundiá/SP

Fabrizio 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 em Direito do Estado pela PUC de São Paulo
Consultor de entidades públicas e privadas
Advogado especializado em Governança Pública
Professor em cursos de pós-graduação

João de Deus Pereira Filho

Advogado
Economista

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 em Direito
Pós-graduando em Direito Público – UNIFACS

José Anacleto Abduch Santos

Advogado
Procurador do Estado do Paraná
Mestre em Direito Administrativo – UFPR
Professor de Direito Administrativo

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 (in memoriam)**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

Karine Lilian de Sousa Costa Machado

Auditora Federal de Controle do TCU
Graduada em Direito
MBA em Gestão da Administração Pública

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

Licurgo Mourão

Mestre em Direito Econômico
Pós-graduado em Direito Administrativo, Contabilidade Pública e Controladoria Governamental
Bacharel em Direito e em Administração
Auditor e Conselheiro substituto do TCE/MG
Professor Universitário

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

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 (in memoriam)

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 Cadidê

Auditora Jurídica do Tribunal de Contas do Estado da Bahia

Maria Elisa Braz Barbosa

Advogada
Mestre em Direito Administrativo – UFMG

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

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

Petrônio Braz

Advogado
Assessor Jurídico

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

Rita Tourinho

Promotora de Justiça do Estado da Bahia
Mestre em Direito Público – UFPE
Professora de Direito Administrativo

Roberto Maia de Ataíde

Advogado

Rodrigo Pironti Aguirre de Castro

Mestre em Direito Econômico e Social PUC/PR
Especialista em Direito Administrativo e em Direito Empresarial
Professor Universitário

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)

Valéria Cordeiro

Pós-Graduada em Direito da Administração Pública – UFF
Atuação na Assessoria Técnica de Licitações no TRE/RJ, Presidente da CPL e Pregoeira Consultora e Professora

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

DOCTRINA**A arbitragem e a Administração Pública**

João Deodato Muniz de Oliveira 3

A confissão de dívida tributária e os limites de sua eficácia jurídica

José Antônio Garrido 11

A “dispensa de licitação por emergência” e suas vicissitudes

Célia Maria Bastos de Almeida 29

A institucionalização da ética na Administração Pública

Eduardo Amin Menezes Hassan 34

A judicialização da política no Brasil

Gustavo Hasselmann 45

Da inelegibilidade decorrente da rejeição de contas à luz das alterações advindas da “Minirreforma Eleitoral” e da Lei da “Ficha Limpa”

Eduardo Vaz Porto 51

Direito fundamental à saúde e a escassez de recursos financeiros

José Antônio Garrido 68

Função promocional do direito e sanção premial

Gisane Tourinho Dantas 85

PARECER**Parecer acerca da imunidade estampada no art. 150, VI, d, da Constituição Federal. Natureza objetiva e alcance – não abrange empresa editorial**

Geórgia T. Jezler Campello 95

PRÁTICA FORENSE**Inicial – Assinatura de convênio e liberação de verbas para reforma de unidades de saúde**

Pedro Leonardo Summers Caymmi e David Bittencourt Ludovice Neto 103

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.

As pessoas vivem na cidade, que, como não poderia ser diferente, é o lugar próprio do cidadão e da cidadania.

O Advogado Público Municipal independente é peça essencial e necessária na estrutura estatal, para que a cidade seja realmente um espaço de cidadania. Ele é a garantia de que o projeto político escolhido democraticamente, por meio do voto popular, será posto em prática. Mais do que isso, ele, como defensor do interesse público, é a certeza que o cidadão tem de que a realização desse projeto político se dará com respeito às Leis e à Constituição Federal.

Esse espírito de independência e de responsabilidade com a causa pública mobiliza a Associação de Procuradores do Município do Salvador a produzir mais uma edição da nossa revista. Nela, os procuradores levam ao conhecimento do público suas produções científicas, pareceres e demais trabalhos jurídicos.

Uma boa leitura a todos!

Salvador, setembro/2012

Presidente da APMS

DOCTRINA

A ARBITRAGEM E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

João Deodato Muniz de Oliveira

Consultor Jurídico com Especialização em Direito Administrativo pela Fundação Faculdade de Direito da Bahia e em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários

Procurador do Município do Salvador

Membro do Instituto dos Advogados da Bahia
Advogado

Sumário: 1- Sinopse do tema abordado. 2 - Fundamentação jurídica. 3 - Conclusão

Palavras-chave: Arbitragem; Administração Pública; Contratos Administrativos; Interesses Disponíveis

1. SINOPSE DO TEMA ABORDADO

Não se ignora que o instituto da arbitragem constitui-se em um meio alternativo para a resolução de conflitos que tende a ser mais célere e mais adequado às demandas da realidade dinâmica em que vivemos, especialmente quando confrontado com a dificuldade do Estado contemporâneo em atender às necessidades e aspirações daqueles que necessitam fazer valer o direito e prevalecer a justiça.

Por se tratar de uma forma de jurisdição privada, discute-se quanto ao cabimento, ou não, da utilização da arbitragem quando estiver envolvido ente da Administração Pública.

Essa questão tem sido tema de muitos debates, no campo doutrinário e também na jurisprudência, inclusive das Cortes de Contas, com relação aos contratos administrativos ou mesmo aos contratos privados celebrados pela Administração, daí porque se pretende retratar alguns pontos que vêm sendo objeto de discussão, extraindo, ao final, uma conclusão calcada em fundamentos capazes de justificar o entendimento externado.

2. FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

Inicialmente convém ressaltar uma tendência que vem se consolidando nos últimos tempos no sentido de uma nova perspectiva para o Direi-

to Administrativo, que vem sendo chamada de “participativa”, que retrata uma Administração Pública paritária em que se valoriza o princípio da cidadania e aproxima o Estado de seus administrados, colocando-os como colaboradores para a consecução do interesse público.

Com isso, a Administração, afastando-se de sua vertente autoritária, buscaria um maior grau de consensualidade, especialmente nas formas de contratação, calcadas em bases negociais mais amplas. Nesse sentido, haveria uma maior paridade entre a Administração e o particular, reforçando a interdependência entre as prestações de ambas as partes.

No particular, Gustavo Henrique Justino de Oliveira já reconhece a existência de diversas linhas de pensamento que refletem essa nova maneira de administrar, nos seguintes termos:

*“o enfoque da negociação significa que a Administração Pública, empresas, organizações não-governamentais e cidadãos, natural e mutuamente cedem sobre pontos relativos ao objeto em discussão, favorecendo a obtenção de um equilíbrio de interesses originalmente contrapostos, os quais permaneceriam contrapostos se não fosse pela ocorrência de trocas e concessões entre as partes”*¹.

Na mesma linha, cite-se García de Enterría:

*“a Administração renunciaria ao emprego de seus poderes com base na imperatividade e unilateralidade, aceitando realizar acordos com os particulares destinatários da aplicação concreta desses poderes, ganhando, assim, uma colaboração ativa dos administrados (...)”*².

De acordo com lição de Cássio Telles Ferreira Netto³, é nessa Administração Pública paritária, inspirada no consenso, no diálogo e na reciprocidade de concessões entre o Estado e o particular que a arbitragem pode se situar, uma vez que:

- contribui para aprimorar a governabilidade dos Estados contemporâneos, constituindo vantagem em termos de eficiência;
- propicia mecanismos de controle e prevenção contra o abuso do poder estatal, o que representa uma conquista no campo da legalidade;
- estimula a participação mais consciente e responsável das partes envolvidas, valorizando a cidadania;
- garante mais atenção aos interesses envolvidos, já que prestigia a obtenção do consenso, e não de uma condenação, aproximando-se do ideal de justiça;
- possibilita o alcance de decisões mais justas às partes e, portanto, mais facilmente cumpridas, representando aperfeiçoamento no campo da legitimidade.

Para se traçar um panorama da arbitragem na legislação brasileira, deve-se tomar como base a Lei nº 9.307/2006, conhecida como “Lei de Arbitragem”, que, em seu art. 1º, prevê: “as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.

Também o Código Civil dispõe sobre o tema, em seu art. 851, quando diz: “é admitido compromisso, judicial ou extrajudicial, para resolver litígios entre pessoas que podem contratar”.

Dir-se-ia que, em face da prevalência do princípio da legalidade, contido no art. 37 da Constituição Federal, a atuação da Administração Pública está limitada à autorização legal. Dessa forma, muitos doutrinadores entendem

¹ A Arbitragem e as Parcerias Público-Privadas, in Redae – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, nº 2, mai-jul. de 2005, Salvador – Bahia, citado por Cássio Telles Ferreira Netto, na obra Contratos Administrativos e Arbitragem, Elsevier Editora, pág. 32.

² Curso de Derecho Administrativo, 9. ed., Madrid: Civitas, vol. 1, 1999, pág. 661.

³ Contratos Administrativos e Arbitragem, Elsevier Editora, pág. 33.

que não seria possível à Administração celebrar contrato contendo cláusula arbitral se a lei assim não o autorizar, bem como não poderia transigir os bens públicos, posto que indisponíveis.

Realmente, a Lei nº 9.307/1996 não dispôs expressamente sobre a capacidade de entes estatais submeterem-se a esse Instituto, muito embora a autorização genérica do art. 1º desse diploma legal atinente às “pessoas capazes de contratar” englobaria, em seu alcance, todas as pessoas jurídicas que possam validamente assumir obrigações bilaterais, dentre as quais a organização estatal.

Nesse prisma, Almiro Couto e Silva proclama:

“A Administração Pública, quando celebra transação, sujeita-se ao Direito privado. Cabe-lhe, pois, transigir da mesma maneira como os particulares, suprimindo dúvidas quanto à invalidade de ato jurídico, o qual é assim por ela mantido. Não fica o Estado inibido de proceder dessa maneira pelo princípio da legalidade da Administração Pública”⁴.

Não obstante, há quem enxergue mesmo uma vedação na legislação à utilização da arbitragem pela Administração Pública, acenando, para tanto, com o disposto no art. 55, § 2º, da Lei nº 8.666/93, que assim proclama:

“Art. 55.
.....
§ 2º. Nos contratos celebrados pela Administração Pública com pessoas físicas ou jurídicas, inclusive aquelas domiciliadas no estrangeiro, deverá constar necessariamente cláusula que declare competente o foro da sede da Administração para dirimir qualquer questão contratual, salvo o disposto no § 6º do art. 32 desta Lei”.

Com isso, parte da doutrina passou a entender necessária a edição de Lei expressa

autorizando o juízo arbitral. Todavia, há entendimento diverso no sentido de que a própria Lei nº 8.666/93 já conteria essa autorização, acenando-se, para tanto, com o seu art. 54, que assim dispõe:

“Art. 54. Os contratos administrativos de que trata esta lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado”.

Assim, sendo a arbitragem um instituto de Direito Privado, a sua utilização seria admissível com base em tal dispositivo, conforme entendimento, por exemplo, de Arnaldo Wald, ao proclamar:

“No Brasil, permitiu-se que o Estado e suas agências celebrassem convenção de arbitragem em casos específicos. Assim, têm-se a Lei nº 8.666/1993 – Lei de Licitações – art. 54”⁵.

Salienta, ainda, Carlos Pinto Coelho Motta, “que na própria Lei de Licitações nota-se a tendência para a adoção do arbitramento, no art. 72, II, ao prever rescisão amigável do contrato, por acordo das partes”⁶.

A possibilidade de adoção da arbitragem em contratos administrativos ganhou impulso com o advento da Lei de Concessões e Permissões da Prestação de Serviços Públicos – Lei nº 8.987/1995 que, em seu art. 23, inciso XV, fixou:

⁴ Transação e Administração Pública. Irrevogabilidade. Regime Jurídico, *in* RDP nº 73, pág. 87

⁵ Algumas Considerações a Respeito da Cláusula Compromissória Firmada pelos Estados nas suas Relações Internacionais, *in* Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem, 18/283

⁶ Arbitragem nos Contratos Administrativos, *in* Boletim de Direito Administrativo nº 10, São Paulo, Ed. NDJ, outubro de 1997, pág. 67

“Art. 23. São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas:

.....
XV – ao foro e ao modo amigável de solução das divergências contratuais.”

Tal dispositivo, combinado com o art. 40 da mesma Lei, autorizou a utilização da arbitragem não apenas às concessões, mas também às permissões de serviço público. Posteriormente, outros diplomas legais, de índole especial, vieram a chancelar essa hipótese, a exemplo da Lei Geral de Telecomunicações – Lei nº 9.472/1997 (art. 93, XV), a Lei que instituiu a Agência Nacional do Petróleo – Lei nº 9.478/1997 (art. 43, X), a Lei nº 10.433/2001, que autoriza a criação do Mercado Atacadista de Energia Elétrica (art. 2º) e a Lei nº 11.079/2001, que tratou das Parcerias Público-Privadas (art. 11, III).

Não obstante, perduram ainda objeções ao cabimento da arbitragem ou dos requisitos da arbitragem envolvendo a Administração Pública, valendo citar as principais, quais sejam:

A arbitragem seria incompatível com o princípio da indisponibilidade do interesse público, tido como corolário do princípio da legalidade. Sendo indisponíveis os interesses postos sob a guarda da Administração, não estaria preenchido o requisito do art. 1º da Lei nº 9.307/1996 (“direitos patrimoniais disponíveis”);

A arbitragem, por ser confidencial e sigilosa, seria incompatível com o princípio da publicidade a que se submete a Administração Pública;

O princípio da legalidade imporia a existência de autorização legal específica para que fosse possível pactuar-se cláusula compromissória por ente da Administração.

Tais críticas têm sido rebatidas com fortes argumentos.

No que tange ao primeiro óbice acima referenciado, deve-se atentar que a própria noção de

interesse público vem sendo objeto de revisão. No particular, Marçal Justen Filho lembra a ausência de um conteúdo próprio para a expressão “interesse público”, rejeitando a estruturação do direito administrativo sobre esse conceito, considerado vazio de significado, propondo que, em seu lugar, o regime jurídico de direito público seja erigido sobre a idéia de supremacia e indisponibilidade dos direitos fundamentais⁷.

O cerne da questão seria separar o interesse coletivo do interesse do aparelho estatal, uma vez que nem tudo o que se põe sob a guarda da Administração é indisponível. A Administração não pode dispor da realização dos direitos fundamentais. Haveria, assim, uma grande distância entre essa condição e a ideia de que tudo o que se relaciona com a Administração seria objeto de “direitos indisponíveis” e, conseqüentemente, afastados da possibilidade de ser objeto de arbitragem.

A esse propósito, vale lembrar o entendimento de Eros Roberto Grau:

“Assim, é evidente que quando se afirma que a arbitragem se presta a ‘dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis’ isso não significa não possa, a Administração, socorrer-se dessa via visando ao mesmo fim. Pois não há qualquer correlação entre disponibilidade ou indisponibilidade de direitos patrimoniais e disponibilidade ou indisponibilidade do interesse público.

.....
A Administração, para a realização do interesse público, pratica atos da mais variada ordem, dispondo de determinados direitos patrimoniais, ainda que não possa fazê-lo em relação a outros deles. Por exemplo, não pode dispor dos direitos patrimoniais que detém sobre os bens públicos de uso comum”⁸.

⁷ Curso de Direito Administrativo, Saraiva, 2. ed., 2006, págs. 35/47

⁸ Arbitragem e Contrato Administrativo, in Revista Trimestral de Direito Público, nº 32, pág. 20

Na mesma linha, tem-se a conclusão de Caio Tácito, para quem: “sempre que puder contratar – o que importa em existência de disponibilidade atinente a interesses e direitos patrimoniais – poderá a Administração (direta ou indireta) convencionar cláusula de arbitragem, sem que isso importe disposição do interesse público, mas, muito ao contrário, um método para satisfazê-lo de modo mais célere, mais técnico, com custos menores e, sobretudo, com as vantagens da consensualidade”⁹.

Assim, pode-se dizer que há direitos patrimoniais cuja disponibilidade é instrumental para as atividades da Administração. Se é dado a esta contratar ou transigir tendo tais direitos por objeto, não haveria, então, nenhum fundamento para que esses direitos sejam tidos por indisponíveis, nos termos do art. 1º da Lei nº 9.307/1996.

Dessa forma, nada impediria, por exemplo, a existência de arbitragem versando sobre o equilíbrio econômico-financeiro de um contrato administrativo, uma vez que isso se constitui em matéria passível de pactuação consensual pela própria Administração.

Da mesma forma, o pagamento de uma indenização por responsabilidade civil. Não existe dúvida de que a Administração não depende de prévia decisão judicial para reconhecer que é devedora de indenização. Assim sendo, nada impediria que remetesse à arbitragem, fora da estrutura do Poder Judiciário, a solução de questão dessa natureza.

Tal raciocínio seria aplicável tanto à Administração direta quanto à indireta. O elemento fundamental, assim, seria determinar: (i) se o interesse da Administração é disponível, no sentido de ser possível a ela reconhecer como procedente a pretensão que lhe seja oposta e (ii) se esse interesse tem conteúdo patrimonial (se pode ser representado pecuniariamente, de forma direta ou indireta). Uma vez presentes esses elementos, haveria cabimento para a arbitragem.

No tocante ao Princípio da Publicidade, a que estão submetidos todos os atos da Administração Pública, entende-se que o mesmo não obsta a utilização do instituto da arbitragem.

Analisado o texto legal (Lei nº 9.307/1996), tem-se que o sigilo não constitui condição fundamental do procedimento arbitral, e sim uma faculdade das partes envolvidas, sendo possível dele prescindir para atender a interesse maior da sociedade, qual seja, o de que sempre haja transparência nas relações da Administração Pública com os particulares.

Além disso, o sigilo seria obstado pelo controle externo que sofrem as referidas obrigações contratuais administrativas. Lembre-se que os instrumentos contratuais da Administração estão sujeitos ao controle dos Tribunais de Contas e este órgão, segundo art. 71 da Constituição Federal, procederá à sua fiscalização contábil, financeira e orçamentária, sendo os seus julgados documentos passíveis de exame por qualquer cidadão; portanto, não há que se falar em violação ao Princípio da Publicidade.

A aplicação do princípio em comento estaria, assim, satisfeita na medida em que as partes sujeitas a tal obrigação reportem aos órgãos de controle o andamento do resultado da arbitragem.

A propósito da questão atinente ao Princípio da Legalidade, deve-se ressaltar que esse óbice tem sido levantado em julgados do Tribunal de Contas da União, o qual, conquanto tenha sentenciado ser inadmissível o juízo arbitral nos contratos administrativos, admitiu com muita ênfase que falta apenas a autorização legal e cita um julgado antigo do TRF que dita textualmente não poder a autarquia celebrar compromisso para a resolução de pendências por meio de juízo arbitral sem autorização legislativa. Com

⁹ Temas de Direito Público, Ed. Renovar, vol. 3, págs. 83/88

isso, infere-se que o entendimento do TCU não se volta para a hipótese de não ser admissível o instituto da arbitragem nos contratos administrativos, mas sim no sentido de que sua adoção deve necessariamente estar prevista em dispositivo legal.

Ocorre que, conforme sustentado por diversos autores, já existiria autorização legal para a utilização na arbitragem no contrato administrativo.

Conforme já visto linhas atrás, a Arbitragem, como meio de solução de controvérsias que envolvam direitos patrimoniais disponíveis, é passível de aplicação à Administração Pública Direta e Indireta em suas relações com os particulares, podendo sua validade ser facilmente depreendida do disposto no art. 1º da Lei n.º 9307/96, ao determinar que a arbitragem aplica-se a “pessoas capazes de contratar”, o que, por óbvio, com recurso às disposições contidas no Código Civil, inclusive e além das pessoas físicas e jurídicas de direito privado, as pessoas jurídicas de direito público interno e, em especial, o Estado (União, Estados e Municípios), as autarquias, assim como as empresas estatais.

Ressalte-se que, inobstante a aludida autorização legal genérica supramencionada, há leis especiais que também mencionam referida autorização, conforme igualmente já enunciado, as quais dispõem, mesmo com linguagem diferente, sobre a utilização da arbitragem na solução de controvérsias decorrentes dos contratos de concessão.

O Excelso Pretório, julgando o caso LAGE, reconheceu a legalidade do juízo arbitral, ainda que em ações contra a Fazenda Pública, assentando que legítima é a cláusula de irrecorribilidade, não ofendendo a Constituição Federal¹⁰.

O STJ também admitiu o instituto da arbitragem para a sociedade de economia mista. A decisão pioneira e unânime é da 2ª Turma. Os ministros reconheceram a validade da cláusula

compromissória em contrato administrativo resultante de procedimento licitatório. O entendimento que conduziu o julgamento, proferido pelo Ministro João Otávio de Noronha, foi o de que o instituto da arbitragem é um meio eficaz e necessário para inserção dos agentes públicos e privados no mercado globalizado¹¹.

Outros Julgados do STJ podem, ainda, ser alinhados, como fundamento de admissibilidade da arbitragem para a solução de controvérsias envolvendo a Administração Pública¹².

Deve-se ressaltar que, no direito arbitral, o conceito de arbitrabilidade subdivide-se em arbitrabilidade subjetiva e objetiva. A primeira refere-se aos aspectos da capacidade para poder se submeter à arbitragem e, no direito público e administrativo, seja como pessoa jurídica de direito público (entes federativos e autarquias) ou de direito privado (sociedade mista e empresa pública), o ente público e privado a possui. A segunda, que se refere ao objeto da matéria a ser submetida ao instituto em tela, ou seja, somente as questões referentes a direitos patrimoniais disponíveis.

Tem-se que, conforme amplo entendimento doutrinário, o interesse público subdivide-se em interesse público primário e secundário. O primeiro está relacionado com a sua relevância, considerando a segurança e o bem-estar da sociedade, estes estão fora do mercado submetendo-se ao princípio da indisponibilidade absoluta. O último, interesse público secundário, tem natureza instrumental, referindo-se às pessoas jurídicas que os administram e existem para que os primeiros sejam satisfeitos; sendo assim, podemos dizer que são interesses patrimoniais e, portanto, disponíveis.

¹⁰ STF, Pleno, AI 52.181, julgado em 14.11.1973, veiculado em RTJ 88/382

¹¹ STJ, REsp. 612.439-RS

¹² STJ, REsp. 606.345-RS e REsp. 612.439-RS

Por conseguinte, forçoso dizer que o que não se pode confiar a árbitros são matérias ou atribuições que importem no exercício de um poder de autoridade ou de império dos quais não se pode transigir.

O Ministro do Supremo Tribunal Federal Eros Roberto Grau, ao analisar as particularidades do contrato administrativo firmado com particulares, pondera que: “... embora a Administração disponha, no dinamismo do contrato administrativo de poderes que se tornam como expressão de “*puissance publique*” (alteração unilateral da obrigação, v.g.) essa relação não deixa de ser contratual, os atos praticados pela Administração enquanto parte nessa mesma relação, sendo expressivos de meros “atos de gestão”. Em suma, é preciso não confundir o Estado-aparato com o Estado-ordenamento. Na relação contratual administrativa o Estado-aparato (a Administração) atua vinculado pelas mesmas estipulações que vinculam o particular; ambos se submetem à lei (Estado-ordenamento); ou seja, a Administração não exerce ato de autoridade no bojo da relação contratual”¹³.

Nesse sentido pode-se citar as ponderações efetuadas em precedente jurisprudencial que analisou a pertinência da inclusão de cláusula arbitral em contrato que dispunha sobre a adaptação e a ampliação da Estação de Tratamentos de Esgoto de Brasília, em que o Conselho Especial do Tribunal de Justiça do Distrito Federal entendeu que “... para a sua consecução havia o fornecimento de diversos bens, prestações de obras civis, serviços de montagens eletromecânicas, etc. No caso, havendo dúvidas atinentes a tais disposições, podem perfeitamente ser solucionadas ante o juízo arbitral, tudo visando a eficiente consecução do objeto contratado”¹⁴.

Note-se que este precedente tornou-se o *leading case* para a matéria, e a Desembargadora Fátima Nancy Andrighi, ao relatar o Mandado de Segurança em referência, brilhantemente, assinalou: “... pelo art. 54 da Lei n.º 8666/93, os contratos administrativos regem-se pelas

suas cláusulas e preceitos de direito público, aplicando-se-lhes supletivamente os princípios do direito privado o que vem reforçar a possibilidade de adoção do juízo arbitral para dirimir questões contratuais. Cabe à Administração Pública cumprir as normas e condições constantes do Edital de Concorrência, ao qual está vinculada”.

Outro importante nome na matéria, Pedro Batista Martins, aduz que “... seja na exploração empresarial de atividade econômica ou na prestação de um serviço público afeta a atos de gestão patrimonial, é legal e recomendável valer-se (e sujeitar-se) o Estado aos efeitos da cláusula compromissória”¹⁵.

Na mesma linha pode-se citar Adilson Abreu Dallari: “... o interesse público não se confunde com o mero interesse da Administração ou da Fazenda Pública; o interesse público está na correta aplicação da lei e se confunde com a realização concreta da justiça; inúmeras vezes, para defender o interesse público, é preciso decidir contra a Administração Pública”¹⁶.

Com isso, tem-se que a possibilidade de utilização da arbitragem pela Administração Pública não importaria em violação ao princípio da legalidade.

3. CONCLUSÃO

Não há dúvida de que, após o advento da Constituição Federal de 1988, o papel do Estado na economia do país veio sendo revisto, ocorrendo um estímulo a uma maior participação da sociedade no exercício da atividade econômica e na consecução do interesse público.

¹³ Da arbitrabilidade de litígios envolvendo sociedades de economia mista e da interpretação de cláusula compromissória in <http://jacns.blogspot.com.br/>

¹⁴ Mandado de Segurança n.º 1998002003066-9, Conselho Especial do TJDF, in <http://jacns.blogspot.com.br/>

¹⁵ O Poder Judiciário e a Arbitragem. Quatro anos da Lei n.º 9307/96

¹⁶ Arbitragem na Concessão de Serviço Público, in <http://jacns.blogspot.com.br/>

O Estado passaria, assim, a desempenhar, de uma maneira mais forte, o papel de agente regulador e fomentador das atividades econômicas realizadas pelo setor privado. Com isso, surgiram novos paradigmas da Administração Pública que passam pelas alterações na área contratual, em face, principalmente, das contratações estatais de grande vulto e empreendimentos de considerável envergadura para os quais não se dispensa a colaboração do capital privado.

Assim, de acordo com o quanto externado por Cássio Telles Ferreira Netto, essa nova forma de conceber a participação privada nos contratos administrativos possibilita que esses contratos se compatibilizem com alguns princípios jurídicos do Direito Privado, tais como boa-fé, lealdade, confiança legítima e respeito aos compromissos assumidos, não obstante tenham como norte o interesse público que autoriza a invocação das cláusulas exorbitantes¹⁷.

Ao deixar de ser o dirigente exclusivo da economia, para se tornar, ao mesmo tempo, fiscal e parceiro da iniciativa privada, o Estado passa a enxergar a arbitragem como uma garantia necessária para que o contrato administrativo possa adaptar-se às várias transformações da economia, possibilitando que a Administração Pública adote formas mais dinâmicas de solução de controvérsias, que atendam à preocupação na preservação e conciliação dos seus interesses com os do particular contratado, priorizando o equilíbrio de interesses e possibilitando maior relevo à igualdade contratual, sem, contudo, deixar de acatar as cláusulas exorbitantes, peculiares aos contratos administrativos.

Por tudo quanto exposto, tem-se que os argumentos expendidos no sentido de considerar inaplicável o instituto da arbitragem para a Administração Pública são perfeitamente transponíveis, havendo, portanto, ensejo a sua utilização para dirimir conflitos de direito patrimonial disponível, oriundos das relações entre o particular e as organizações estatais, prescindindo-se

da utilização do Poder Judiciário, já tão asoberbado, uma vez que o instituto da arbitragem constitui-se em uma etapa avançada da tendência de modernização da Administração Pública.

Salvador, junho de 2012

¹⁷ Contratos Administrativos e Arbitragem, Elsevier Editora, pág. 75

A CONFISSÃO DE DÍVIDA TRIBUTÁRIA E OS LIMITES DE SUA EFICÁCIA JURÍDICA

José Antônio Garrido

Advogado

Procurador do Município do Salvador

Especialista em Direito Tributário pelas Faculdades Jorge Amado/JusPodivm

Mestre em Direito Público pela UFBA

Doutorando em Direito Público pela UFBA

Professor Universitário

Sumário: 1. Apresentação do tema. 2. Conceito e natureza da obrigação tributária e do crédito tributário. 3. Confissão de dívida. 3.1. Conceito, objeto e função da confissão. 3.2. Validade da confissão. 4. A confissão de dívida tributária, (in)validade, (in)eficácia e as situações jurídicas tributárias decorrentes. 4.1. O contexto e o objeto das confissões de dívida tributária. 4.2. A (in)eficácia das confissões de dívida tributária. A vontade destituída de eficácia jurídica constitutiva da obrigação tributária. 4.3. A questão da validade das confissões de dívida tributária. 5. Considerações finais. Referências.

Palavras-chave: Fato gerador. Obrigação tributária. Confissão. Eficácia jurídica.

1. Apresentação do tema.

O exercício de certas atividades profissionais e econômicas, mercê do interesse público expressado pelos bens jurídicos nela envolvidos, amiúde, vincula-se à prévia autorização a ser concedida pelo Poder Público; autorização essa que, amiúde, – fundada em exigências de constitucionalidade duvidosa – subordina-se à comprovação de *regularidade fiscal*. Outras vezes, a mera participação de certames licitatórios

realizados por qualquer de suas modalidades, a contratação com a Administração Pública e mesmo o recebimento dos créditos decorrentes de serviços prestados ou mercadorias fornecidas àquela também se subordinam, em absoluto, à prova de que o contribuinte encontra-se regular com suas obrigações fiscais.

A comprovação dessa regularidade fiscal se faz com a exibição de certidão negativa de débitos fiscais (CND), a indicar que, contra

aquele contribuinte, não há nenhum crédito tributário regularmente constituído por intermédio de lançamento (art. 205 do CTN¹). Igual eficácia jurídica tem a certidão fornecida pelo órgão fazendário em que se indica a existência de crédito tributário constituído contra o contribuinte, porém com a exigibilidade suspensa em função da ocorrência de alguma(s) das causas de suspensão de exigibilidade previstas em lei complementar (art. 146, inciso III, aliena *b*, da CF/88); trata-se da certidão positiva com efeito de negativa (CPD-EN), prevista no art. 206 do CTN². Nesta última hipótese, há o crédito tributário, porém sua exigibilidade se encontra suspensa pela eficácia de algum fato previsto em lei complementar, mormente no art. 151 do CTN. Dentre estes fatos que suspendem a exigibilidade do crédito tributário, encontra-se o parcelamento do débito fiscal (art. 151, inciso VI, do CTN), cuja permissão passou a ser prevista de modo genérico pela Lei Complementar n.º 104/2001. Por intermédio desse ato jurídico, o contribuinte manifesta interesse em efetuar o pagamento do débito fiscal em parcelas, de modo que, enquanto estiver em curso o pagamento em parcelas, a exigibilidade do débito se encontra suspensa.

Normalmente, a concessão de parcelamento fiscal para pagamento de débitos envolve um ato complexo que se inicia pela manifestação volitiva do sujeito passivo do crédito fiscal no sentido de aderir ao parcelamento. Ocorre que, ao realizar isso, o fisco exige que o sujeito passivo firme termo de *confissão de dívida* tendo por objeto o(s) crédito(s) fiscal(is) cujo parcelamento se pretende. Esse ato complexo se perfectibiliza com a realização do pagamento da primeira parcela; nesse momento, tem-se por perfeito e eficaz o ato de parcelamento fiscal. Por intermédio desse ato – a confissão de dívida tributária – costuma-se entender (*rectius*, o fisco costuma entender) que o sujeito passivo declarou existente a obrigação tributária – e, conseqüentemente, o crédito tributário³ – não sendo mais possível discutir qualquer aspecto relacionado com a relação jurídica obrigacional tributária. Cabe indagar, portanto,

se esse ato produz a eficácia que o fisco pretende lhe atribuir: (i) cria a obrigação tributária, na medida em que a manifestação de vontade do sujeito passivo que realiza o parcelamento (contribuinte ou responsável tributário) seria suficiente para fazer nascer o vínculo jurídico obrigacional tributário; ou (ii) se esse mesmo ato se refere apenas e tão somente à admissão como verdadeiro do fato (situação de fato ou situação jurídica) que a norma tributária põe como relevante para o nascimento da obrigação tributária, de sorte que questões tais como incidência da norma tributária sobre esse fato e as conseqüências jurídicas decorrentes, bem como a validade, a eficácia e a aplicação daquela norma restam intocadas e passivas de discussão ulterior, tanto no âmbito administrativo como no âmbito judicial.

Além disso, cabe, ainda, investigar se possível questionar a validade desses atos jurídicos (confissões), máxime quando quem os realiza o faz porque premido por urgente necessidade de obter o documento comprobatório da regularidade fiscal a fim de atender a uma exigência inafastável para o exercício de uma faculdade ou satisfação de um ônus ou de uma pretensão. De igual modo, não se fixar as situações jurídicas tributárias que emergem da confissão de dívida tributária tanto para o fisco como para o sujeito passivo, as pretensões decorrentes de sua invalidação e/ou da decretação de sua ineficácia,

¹ “Art. 205. A lei poderá exigir que a prova da quitação de determinado tributo, quando exigível, seja feita por certidão negativa, expedida à vista de requerimento do interessado, que contenha todas as informações necessárias à identificação de sua pessoa, domicílio fiscal e ramo de negócio ou atividade e indique o período a que se refere o pedido. Parágrafo único. A certidão negativa será sempre expedida nos termos em que tenha sido requerida e será fornecida dentro de 10 (dez) dias da data da entrada do requerimento na repartição”.

² “Art. 206. Tem os mesmos efeitos previstos no artigo anterior a certidão de que conste a existência de créditos não vencidos, em curso de cobrança executiva em que tenha sido efetivada a penhora, ou cuja exigibilidade esteja suspensa”.

³ As formas de constituição do crédito tributário no direito positivo brasileiro serão analisadas de forma assaz sucinta mais adiante no presente trabalho.

bem assim o modo pelo qual os tribunais pátrios, especificamente o Superior Tribunal de Justiça (STJ), vêm lidando com questões relacionadas às confissões de dívida tributária para efeito de adesão a parcelamento fiscal.

2. Conceito e natureza da obrigação tributária e do crédito tributário.

A obrigação é tradicionalmente conceituada como um típico vínculo jurídico transitório de conteúdo econômico mediante o qual se pode constranger alguém a determinada prestação, ou na impossibilidade ou inadimplemento desta, alcançar o patrimônio de alguém para satisfazer o direito credor. É um conceito jurídico positivo⁴. Da noção de obrigação há de se distinguir a noção de dever – embora ambas as categorias estejam imbricadas.

José Souto Maior Borges, apoiado em Norberto Bobbio, afirma que a relação entre obrigação e dever não é uma relação entre espécie e gênero, mas uma relação entre forma e conteúdo; é o dever uma categoria formal, integrante da Teoria Geral do Direito, que não se vincula a este ou aquele sistema jurídico positivo; a obrigação, uma categoria dogmática, estudada pelas disciplinas particulares. Nesta ordem de ideias, haveria deveres de conteúdo obrigacional e deveres de conteúdo não obrigacional. A obrigação não é uma categoria lógico-jurídica, mas jurídico-positiva, construção do direito posto, é ao direito positivo que incumbe definir os requisitos necessários para a identificação de um dever jurídico qualquer como sendo um dever obrigacional. A obrigação é definida, em todos os seus contornos, pelo direito positivo.

A patrimonialidade será ou não um requisito da obrigação, conforme esteja pressuposto ou não em norma de direito obrigacional; não se pode adotar nenhuma premissa diversa, ou uma conclusão segundo a qual toda obrigação tem caráter patrimonial. A própria doutrina italiana não erige a patrimonialidade em pressuposto universal da obrigação⁵. Souto Maior Borges

dá o conceito formal de dever jurídico (lógico-jurídico⁶), a partir do qual, segundo as prescrições de direito positivo, chega-se ao conceito jurídico de obrigação (tributária). Assevera que o dever-ser normativo se expressa por meio dos seguintes modais deônticos: a) conduta autorizada; b) conduta proibida; c) conduta obrigatória. Assim, uma conduta é obrigatória quando está normativamente prescrito o seu exercício como uma técnica de imunização contra a ilicitude; vale dizer, quando a sua não cumprimento se comina a sanção jurídica⁷.

Sobre o caráter patrimonial das obrigações em geral e da obrigação tributária em particular, afirma José Souto Maior Borges que o argumento da carência de patrimonialidade serviria apenas para aquelas obrigações acessórias aderentes à obrigação principal, como a obrigação de prestar declarações de rendimentos; não seriam destituídas de patrimonialidade outras obrigações acessórias, procedimentos paralelos e independentes da obrigação principal, como a de prestar, o sujeito passivo, informações sobre rendimentos pagos a terceiros, possibilitando o conhecimento pelo fisco de obrigação principal cujos sujeitos passivos são os terceiros. Entrementes, essa tese mal consegue dissimular a sua fragilidade quando preconiza um regime jurídico diversificado para a categoria unitária da obrigação acessória. Dito de outro modo, só algumas obrigações aces-

⁴ Cf. GRECO, Marco Aurélio. *Dinâmica da tributação – uma visão funcional*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 155. Acerca conceitos lógico-jurídicos e conceito jurídico-positivos, vide nosso: “Sobre os conceitos lógico-jurídicos e os conceitos jurídico-positivos”. In *Revista do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia: Homenagem ao Prof. Dr. George Fragoso Modesto*. N.º 13. Salvador: 2006, p.125-138.

⁵ Cf. *Obrigação tributária (uma introdução metodológica)*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 38-9.

⁶ Dever jurídico é, portanto, conceito que integra a Teoria Geral do Direito, campo do conhecimento que “extrai sua generalidade não do fato de ser universalmente aplicável a qualquer sistema jurídico, porém mais modestamente do fato de desprezar o conteúdo normativo dos sistemas jurídicos particulares estudados, dedicando-se apenas à sua estrutura” (Cf. GUASTINI, Riccardo. *Das Fontes às normas*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 379).

⁷ Cf. *Obrigação tributária (uma introdução metodológica)*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 40.

sórias teriam caráter patrimonial; outras não. De outro lado, para essa vertente doutrinária, a própria delimitação da patrimonialidade é mais restrita, porque só algumas obrigações acessórias seriam patrimoniais; as outras não seriam. E, na medida em que não o seriam, essas outras infirmariam parcialmente a tese de patrimonialidade das obrigações tributárias acessórias⁸.

Assim, afirma José Souto Maior Borges que “dever jurídico há quando não apenas uma conduta é prescrita, senão quando ela é prescrita como de observância obrigatória [...] porque, se não realizada, deve o órgão competente aplicar, na hipótese, uma sanção qualquer”. O descumprimento da conduta obrigatória é pressuposto para a aplicação de uma sanção jurídica. Aplicando o conceito à noção de obrigação tributária, tem-se que esta é um dever jurídico normatizado (a rigor, tipificado) pelo art. 113 do CTN, de sorte que é ora pecuniário, vez que tem por objeto o pagamento do tributo ou de penalidade tributária (hipótese em que se diz obrigação tributária principal), ora consistente em prestações positivas (de fazer ou de dar) ou negativas (não fazer), instituídas no interesse da arrecadação e fiscalização de tributos (ditas obrigações acessórias). No campo do direito civil, a obrigação civil é o dever jurídico que recebe das normas integrantes daquele ramo a especificação e as características particularizantes. Uma teoria das obrigações é absolutamente jungida ao direito positivo⁹.

Há duas concepções doutrinárias de inspiração germânica que merecem destaque no exame da obrigação jurídica: a *monista* e a *dualista*. Pela primeira, a obrigação consiste numa única relação jurídica vinculando credor e devedor, cujo objeto é a prestação, de modo que o momento do atingimento do patrimônio é questão puramente processual e não integrante da essência obrigacional ou constituiria desdobramento útil para a compreensão da figura, mas não essencial à sua caracterização. Já para a teoria dualista, há a identificação, no fenômeno obrigacional, de duas relações a vincular credor e devedor; i) relação de dever em que o devedor encontra-se na con-

tingência de ter o comportamento consistente no conteúdo da prestação concomitantemente possuir o direito de executá-la, enquanto ao credor cabe unicamente a expectativa de que o adimplemento ocorra regularmente – haveria aqui o débito (*debitum*, *Schuld*); ii) vínculo que nasce do não cumprimento da prestação e mediante o qual o credor, pode, por atos seus ou socorrendo-se do aparelhamento judiciário, alcançar o patrimônio do devedor, que deverá suportar essa consequência – trata-se, pois, da responsabilidade (*obligatio*, *Haftung*). A verificação do fenômeno obrigacional sob essa perspectiva permite explicar certas previsões do direito positivo, tais como, por exemplo, os casos de débito sem responsabilidade, responsabilidade sem débito próprio etc.¹⁰

Um elemento importante a influir na natureza da obrigação jurídica é, justamente, a fonte imediata; vale dizer, de onde provém *diretamente* a obrigação. Se seu elemento motriz é a vontade, porque o ordenamento jurídico permite que a declaração de vontade seja suficiente para produzir a eficácia jurídica concernente à obrigação, diz-se que a obrigação é *ex voluntate*, vez que surgida da manifestação livre e consciente do sujeito. Se, de outra banda, a obrigação nasce em função de um fato previsto em lei, sendo absolutamente irrelevante a declaração ou a manifestação de vontade no sentido de se produzir esse efeito jurídico, considera-se que a obrigação é *ex lege*, pois seu fundamento imediato é a lei que contempla o fato. Tanto num como noutro caso, a rigor, o fundamento constante é o fato jurídico; sem a ocorrência desse não há a eficácia jurídica concernente à situação jurídica subjetiva complexa de obrigação. Segundo Albert Hensel,

⁸ Cf. BORGES, José Souto Maior. *Obrigação tributária (uma introdução metodológica)*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 84.

⁹ Cf. BORGES, José Souto Maior. *Obrigação tributária (uma introdução metodológica)*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 41.

¹⁰ Cf. GRECO, Marco Aurélio. *Dinâmica da tributação – uma visão funcional*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 155-9.

enquanto que nas obrigações de direito privado o conteúdo e o alcance da prestação devida se precisam, por regra geral, mediante declarações de vontade recíprocas do devedor e do credor, na obrigação tributária esse conteúdo e alcance derivam de lei; o fato tributário faz as vezes, no direito tributário das obrigações, do momento de exteriorização de vontade no direito privado¹¹⁻¹².

Crédito e obrigação são categorias eficaciais cujo perfil é delineado pelo direito positivo; este confere seus contornos, de sorte que o sujeito cognoscente, na construção das respectivas noções, está inteiramente jungido ao que ele dispõe. Dito de outro modo e na esteira da premissa fixada anteriormente, os conceitos de obrigação e de crédito são jurídico-positivos. Nada obstante, é lição comum noutros ramos do direito afirmar que crédito e obrigação teriam a mesma essência e a mesma conceituação, vez que se refeririam ao mesmo objeto. A diferenciação da nomenclatura – *crédito e obrigação* – ficaria a cargo do prisma de análise do fenômeno: se da perspectiva do titular da situação jurídica ativa, denominar-se-ia de crédito; se da perspectiva do sujeito que figura como titular da situação jurídica passiva, tratar-se-ia de obrigação. Noutros termos, o sujeito ativo titulariza o crédito que tem por objeto a prestação, podendo exigi-la tão logo surja a pretensão, ao passo em que o sujeito passivo tem a obrigação de cumprir a prestação. Esta simplória explicação calharia, segundo o direito positivo pátrio, para o fenômeno no âmbito do direito privado, bem como em grande parte do direito público. Especificamente no campo tributário, o direito positivo brasileiro, entretanto, contém disposições que não permitem conclusão de igual conteúdo. A interpretação dos arts. 113, 139 a 141, 151 e 155 do CTN conduz à construção de duas categorias que mantêm relação muito próxima; porém, não podem ser identificadas entre si.

A obrigação tributária principal é a relação jurídica, porque envolve dois ou mais sujeitos em torno de um objeto (prestação de dar

dinheiro), originada da ocorrência efetiva ou presumida (art. 150, § 7.º, da CF/88) de um fato previamente descrito em lei, seja ele relacionado com um fato lícito de conteúdo econômico (que fará surgir a obrigação referente ao tributo), seja ele relacionado com o descumprimento de um preceito imposto por outra norma de natureza tributária, consistente em um dever de dar coisa diversa de dinheiro, fazer ou não fazer (obrigação acessória), albergando, pois, a natureza de sanção pecuniária.

O objeto da prestação, entretanto, no momento da ocorrência do fato e nascimento da obrigação, ainda não está devidamente mensurado (quantificado) e, portanto, ainda não é exigível por parte do sujeito ativo. Este ainda não seria titular da pretensão (*Anspruch*), i.e., do poder de exigir o cumprimento da prestação. Daí se dizer que a obrigação nesse momento é geral e abstrata. É também ilíquida e inexigível; não se pode afirmar, tal como faz José Souto Maior Borges, que também seria incerta¹³. Isso porque a certeza advém da ocorrência do

¹¹ Cf. HENSEL, Albert. *Derecho tributario*. traducción y estudio preliminar por Andrés Báez Moreno, María Luisa González-Cuellar Serrano y Enrique Ortiz Calle. Barcelona: Marcial Pons, p. 153.

¹² As obrigações ainda podem ser classificadas quanto ao momento de seu nascimento em *ex facto* ou *ex provvedimento*. Será *ex facto* quando a ocorrência no plano fenomênico do evento tipificado na norma tributária for suficiente ao nascimento do vínculo jurídico obrigacional. Será *ex provvedimento*, ao seu turno, a obrigação que não advém diretamente da ocorrência do fato descrito em lei; este apenas e tão somente autoriza que determinados sujeitos dotados de competência realizem atos de imposição tributária que, por sua vez, constituirão o vínculo jurídico obrigacional. Nesse contexto, no campo tributário, possíveis são a obrigação *ex lege* pode ser *ex facto* ou *ex provvedimento*; neste último caso, o procedimento será constitutivo da *fattispecie* tributária, de sorte que se estará a tratar de uma visão dinâmica do fenômeno tributário (Cf. GRECO, Marco Aurélio. *Dinâmica da tributação — uma visão funcional*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 159-62). O direito tributário brasileiro, entretanto, como será visto, não adota uma concepção dinâmica, mas estática, pois da realização do fato surge a obrigação tributária; a par disso, nasce, outrossim, uma outra situação jurídica tributária que comporá o suporte fático de incidência de uma norma que tem por eficácia a criação de uma outra situação jurídica tributária: o crédito tributário.

fato jurídico tributário; a incidência da norma tributária se dá automaticamente, segundo a matriz pontesiana, de sorte que a categoria eficaz concernente à obrigação tributária surge com a ocorrência, no plano fenomênico, do fato gerador – ou, tão logo implementadas as circunstâncias de fato exigidas para a presunção de sua futura ocorrência – prescindindo da prática de qualquer ato por parte do intérprete-aplicador da norma tributária.

O sistema tributário brasileiro impõe, então, para que se mensure em concreto a obrigação – i.e., para que se a quantifique, realize-se sua liquidação – a prática, por parte do sujeito competente segundo as regras de direito positivo, de um ato denominado de *lançamento*. Justamente também por força deste ato, a obrigação, além de ser quantificada, adquirirá exigibilidade; um dos efeitos deste ato é tornar essa obrigação exigível. Além disso, haverá a definição dos sujeitos passivos, quer seja na qualidade de contribuinte, quer seja na qualidade de responsável. A essa obrigação quantificada e exigível, o direito positivo tributário brasileiro confere o nome de *crédito tributário*.

A obrigação (tributária) que surge do fato jurídico tributário é a obrigação de caráter geral; por isso mesmo que, em certo sentido, ela não se distingue da norma que a estabelece. A conduta do obrigado – sujeito passivo – só tem sentido, juridicamente falando, enquanto conteúdo de uma norma tributária de caráter geral; essa obrigação só é individualizada e concretizada pelo lançamento. Sob o prisma jurídico, só tem relevo antes do lançamento o vínculo obrigacional geral instaurado entre o conjunto de sujeitos passivos (contribuintes e responsáveis) e a norma tributária material, a lei tributária; obrigação tributária geral, portanto; obrigação ilíquida e inexigível. O fato jurídico tributário, para o CTN, constitui-se um pressuposto necessário e suficiente ao surgimento da obrigação tributária principal (a de prestar o tributo), enquanto ainda não individualizada e concretizada; essa individualização e concretização somente advirá

com o lançamento, surgindo assim o crédito tributário¹⁴.

Obrigação e crédito tributários, portanto, não significam rigorosamente o mesmo fenômeno; pode existir um sem existir o outro e, além disso, embora o CTN afirme que a obrigação se extingue juntamente com o crédito dela decorrente (art. 113, § 1.º), há casos em que a extinção deste não interfere na obrigação tributária, tal como na hipótese em que o lançamento é invalidado por vício de forma ou mesmo, em algumas situações, por vício de conteúdo¹⁵.

A obrigação tributária, portanto, surgirá da ocorrência (efetiva ou presumida) do fato gerador descrito na norma tributária com a qualificação de ato-fato jurídico – porque abstraída, para efeitos tributários, a vontade manifestada pelo sujeito na formação do ato jurídico em sentido amplo que lhe serve de base. Essa obrigação, contudo, em caráter geral, ilíquida e inexigível. A liquidação e a exigibilidade advirão por meio da prática do lançamento, com a realização das atividades atos e a produção dos efeitos indicados no art. 142 do CTN, por parte do sujeito competente, cuja eficácia é tanto declarar a existência da obrigação tributária, surgida com o fato gerador, bem como constituir o crédito tributário. A eficácia do lançamento no direito brasileiro, portanto, marca-se principalmente – e não exclusivamente – pela declaratividade (da

¹³ Cf. BORGES, José Souto Maior. *Lançamento tributário*. 2. ed. rev. Atual. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 428.

¹⁴ Cf. BORGES, José Souto Maior. *Lançamento tributário*. 2. ed. rev. Atual. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 426-8.

¹⁵ Como ato administrativo que é, a validade do lançamento deve ser examinada também com base nas premissas dogmáticas do direito administrativo. Assim, por exemplo, (i) a realização do ato de lançamento por sujeito que não tem competência para tanto segundo as regras de direito positivo; (ii) a prática do ato com inobservância das exigências de forma prescrita em lei, ou (iii) a indicação de um objeto que não corresponde aos motivos da prática do ato implica invalidade do ato, com o desfazimento de seus efeitos; vale dizer, extingue-se o crédito tributário que se tenha originado do lançamento. A obrigação tributária, todavia, surgida da efetiva ocorrência do fato previsto em lei, permanece inalterada.

obrigação tributária) e pela constitutividade (do crédito tributário)¹⁶.

Conquanto o disposto no art. 142 do CTN, no sentido de que “compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento”, instaurou-se na recente jurisprudência pátria a discussão no sentido de qual seria a eficácia jurídica decorrente da declaração prestada pelo sujeito passivo, na hipótese do art. 150 do CTN, desacompanhada do respectivo pagamento do tributo: exigiria que o fisco lavrasse um auto de infração, lançando de ofício em revisão, ou dispensaria qualquer outra formalidade, considerando-se constituído o crédito nos termos da declaração.

Partindo-se do pressuposto de que o art. 142 do CTN, a rigor, traz uma *regra* acerca do lançamento, tal como o fazem outros dispositivos (arts. 143 a 150 do CTN), a autoridade administrativa seria um dos sujeitos dotados de competência administrativa para constituir o crédito por intermédio do lançamento. Nessa mesma linha, o art. 150 do CTN, por sua vez, atribui, de igual sorte, essa competência ao contribuinte para a realização do lançamento do crédito tributário por meio das declarações fiscais alusivas a ocorrência do fato gerador e a quantificação da prestação tributária¹⁷.

A jurisprudência do STJ inclinou-se no sentido de que, uma vez apresentada a declaração fiscal contendo informações acerca da obrigação tributária quantificada, não ocorrido o pagamento, não haveria necessidade de qualquer outra providência por parte do fisco no sentido de constituir o crédito tributário, a exemplo de se promover um lançamento de ofício em revisão; cumpre, apenas, seguir à inscrição do crédito tributário em dívida ativa para fins de extração do título executivo extrajudicial (a certidão de dívida ativa – CDA) e, assim, viabilizar a cobrança do crédito tributário em execução fiscal¹⁸. Mais recentemente, aquela Corte editou enunciado de sua súmula de jurisprudência nesse mesmo sentido¹⁹. O sujeito passivo da obri-

gação tributária tem competência para realizar todas as providências próprias do lançamento, constituindo o crédito tributário. Isso porque, conforme bem registra Marco Aurélio Greco,

¹⁶ Ainda a esse propósito, convém ressaltar que o direito positivo brasileiro contempla três espécies de lançamento: o lançamento por declaração, o lançamento por homologação e o lançamento de ofício (direto ou em revisão). Na primeira espécie, cumpre ao sujeito passivo fornecer ao fisco elementos com base nos quais verificará a ocorrência do fato gerador e quantificará a prestação tributária, tornando-a exigível, notificando o sujeito passivo para pagamento (art. 147 do CTN). No caso do lançamento por homologação, a norma tributária formal atribui ao sujeito passivo ou a terceira pessoa o dever de realizar a apuração do valor da prestação tributária e efetuar o respectivo pagamento, cabendo à administração fazendária uma ulterior atividade de verificação de regularidade dos atos praticados, de modo que, reconhecendo-a, realiza a homologação expressa dos atos praticados; constatando alguma irregularidade, realiza a administração pública o lançamento de ofício em revisão, constituindo o crédito tributário (art. 150 do CTN). Caso decorram cinco anos contados da ocorrência do fato gerador sem que a autoridade fazendária realize essa verificação, considera-se que a homologação se deu de maneira tática (art. 150, § 4.º do CTN).

Por fim, no caso do lançamento de ofício (art. 149 do CTN), as hipóteses se dividem em duas grandes categorias: i) a primeira, quando a lei determina para o tributo que cabe à administração, com base em dados previamente fornecidos, realizar os atos a que a regra do art. 142 do CTN alude, notificando, após, o contribuinte para efetuar o pagamento (art. 149, inciso I, do CTN); ou para impor a obrigação tributária principal consistente na penalidade pecuniária cominada ao descumprimento de obrigações acessórias (art. 149, inciso VI, do CTN); ii) a segunda integrada por hipóteses em que o lançamento é realizado pelo fisco de modo supletivo, porque não se realizou regularmente nas modalidades de lançamento por declaração (art. 149, incisos II, III e IV, do CTN), lançamento por homologação (art. 149, incisos V e VII, do CTN) e, até mesmo, lançamento de ofício (art. 149, incisos VIII e IX, do CTN).

¹⁷ Em sentido contrário, afirmando que os atos praticados pelo sujeito passivo não se confundem com o lançamento, BORGES, José Souto Maior. *Lançamento tributário*. 2. ed. rev. Atual. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 369-70; XAVIER, Alberto. *Do lançamento no direito tributário brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 80-85. JARACH, Dino. *El Hecho imponible*. 3. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2001, p. 35-6.

¹⁸ A título exemplificativo, confirmam-se os seguintes julgados: (REsp 531.851/PR, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/02/2004, DJ 28/04/2004, p. 234); (AgRg no REsp 753.581/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/09/2005, DJ 21/11/2005, p. 158).

¹⁹ “A entrega de declaração pelo contribuinte reconhecendo débito fiscal constitui o crédito tributário, dispensada qualquer outra providência por parte do fisco”. (Súmula 436, DJe 13/05/2010).

o próprio conceito de lançamento no direito tributário brasileiro ainda está a reclamar maior precisão pela doutrina²⁰.

Em conclusão, tem-se o seguinte *iter* da fenomenologia tributária: (i) com a ocorrência, no plano dos fatos, da hipótese exaustivamente prevista no tipo legal tributário, concretiza-se a incidência da norma tributária, juridicizando aquele, tornando-o fato jurídico, cuja eficácia imediata é fazer surgir a obrigação tributária referente à prestação pecuniária, porém ainda em caráter geral e abstrato, porque ilíquida e inexigível essa prestação; (ii) ao lado disso, o fato gerador da obrigação tributária ainda faz surgir uma outra relação jurídica, cujo conteúdo afigura-se formal e sofre variação, a depender do tipo de lançamento a que está sujeito o tributo²¹; (iii) tem-se, assim, a constituição da situação jurídica tributária referente ao crédito tributário, conceituado como a obrigação tributária quantificada e dotada de exigibilidade.

3. Confissão de dívida.

3.1. Conceito, objeto e função da confissão.

Entende-se por confissão o ato por intermédio do qual determinado sujeito admite como verdadeiros determinados fatos cuja ocorrência gera eficácia jurídica que lhe é desfavorável, vez que lhe reconhece a titularidade de uma situação jurídica passiva (art. 348 do CPC). É, pois, um meio de prova (art. 212, inciso I, do CC), e relaciona-se sempre a fatos; a confissão se refere à admissão da ocorrência de fatos juridicamente desfavoráveis àquele que a realiza. Não são objeto de confissão as situações jurídicas e as relações jurídicas²².

A confissão apresenta os seguintes elementos: a) objetivo – a confissão diz respeito aos fatos, que sejam próprios e pessoais do confitente, que sejam favoráveis à parte que os invoca e desfavoráveis ao confitente, que sejam susceptíveis de renúncia, que sejam de natureza que a sua prova não reclame forma especial; b) subjetivo – deve emanar de um agente capaz do

obrigar-se; i.e., o sujeito confitente há de ser civilmente capaz; c) intencional – a confissão é uma manifestação de vontade, de sorte que há um elemento intencional na sua realização; noutros termos, deve haver a manifestação de vontade livre e consciente no sentido de realizar a confissão²³. Diante disso, compreende-se que a confissão é um ato jurídico em sentido amplo, porque envolve uma ação humana volitiva, há de se fixar seu enquadramento: se negócio jurídico ou se ato jurídico em sentido estrito.

Há determinados atos jurídicos em que a conduta humana animada pela vontade compõe o suporte fático de incidência da norma jurídica, sendo determinante para a incidência normativa; essa vontade, contudo, somente tem relevância para a concretização da hipótese de

²⁰ O autor chega a duas conclusões no sentido de que: 1) apesar da importância da definição de lançamento contida no CTN e da elaboração doutrinária a respeito, este continua sendo um tema em aberto; 2) não existe um *modelo* de lançamento com características da existência necessária; que é o lançamento e quais são suas características depende da maneira como o Direito Positivo configura o fenômeno tributário (cf. GRECO, Marco Aurélio. *Dinâmica da tributação – uma visão funcional*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 206).

²¹ (a) caso se trate de lançamento de ofício, o contribuinte ou responsável tributário se encontra sujeito ao exercício do direito potestativo da administração de constituir o crédito tributário por intermédio do lançamento; (b) caso se trate de lançamento por declaração, impõe-se ao sujeito passivo um dever formal no sentido de fornecer ao fisco elementos necessários para a individualização e quantificação da prestação tributária; (c) caso se trate de lançamento por homologação, surge para o sujeito passivo o dever de realizar todos os atos de quantificação da prestação tributária e efetuar o respectivo pagamento, cabendo ao fisco, em momento posterior, a competência de verificar a regularidade dos atos praticados pelo sujeito passivo, efetuando o lançamento de ofício em revisão, se for o caso; ainda nas hipóteses de lançamento por homologação, mesmo que à declaração não se siga o pagamento, o crédito tributário estará regulamente constituído por meio da declaração, não havendo outra providência a ser adotada pelo fisco senão a inscrição em dívida ativa para ulterior cobrança em execução fiscal (súmula 436 do STJ).

²² Cf. DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Vol. III. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 623-4.

²³ Cf. SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. v. II. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 447-8. MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de conhecimento*. 9. ed. São Paulo: RT, 2011, p. 318-9.

incidência, de modo que, no tocante à eficácia jurídica desse fato, a vontade não tem influência. Deve-se respeitar a consequência jurídica prevista na norma para hipótese em que o sujeito exterioriza sua vontade em concretizar o suporte fático previsto na norma que contempla esse *ato jurídico em sentido estrito*. Nesse caso, a vontade não interfere na escolha da categoria jurídica ou do conteúdo da relação jurídica que advirá do fato, visto que são prefixados pelas normas jurídicas e de modo invariável²⁴.

Ao lado do ato jurídico em sentido estrito, existe uma categoria de ato jurídico em sentido amplo em que a manifestação ou a declaração consciente de vontade não se mostra relevante apenas para a concretização do suporte fático de incidência; facultam-se às partes que realizam o ato a escolha e a definição, por intermédio de manifestação consciente da vontade, das categorias eficaciais do ato, dentre as possíveis segundo o ordenamento jurídico. Noutro giro verbal, na categoria *negócio jurídico*, a exteriorização de vontade importará tanto para a realização do ato jurídico em si (*lato sensu*), como para a produção de efeitos, pois o sistema jurídico permite às partes que preordenem a produção de eficácia jurídica segundo a vontade declarada. A configuração da situação jurídica que integra a categoria eficaz do negócio jurídico é ditada pela vontade das partes que o praticam. Segundo Orlando Gomes, “negócio jurídico é toda declaração de vontade destinada à produção de efeitos jurídicos correspondentes aos *intento prático* do declarante, se reconhecido e garantido por lei”²⁵.

Tanto nos negócios jurídicos como nos atos jurídicos em sentido estrito a eficácia tem fundamento na norma jurídica. Mesmo no negócio jurídico, não é a simples vontade que determinará os efeitos jurídicos dele decorrentes. A vontade dos sujeitos delimita dentre as categorias eficaciais previstas na norma aquela que pretende com a realização do negócio jurídico. Nos atos jurídicos em sentido estrito, portanto, cumpre fixar, a vontade é decisiva para a formação do ato; já os efeitos defluem *diretamente* da norma, sem

que o elemento volitivo sobre eles exerça influência. Para ser negócio jurídico, o ordenamento deve permitir ao(s) sujeito(s) que o pratica(m) a chance de interferir na eficácia jurídica do ato, de modo a escolher, por livre manifestação de vontade, qual dentre as permitidas pela lei será produzida.

Nessa ordem de ideias, é possível concluir que a confissão de dívida não é negócio jurídico²⁶, mas ato jurídico em sentido estrito, da categoria dos enunciativos²⁷, porque há liberdade para a vontade em realizar ou não a confissão; a vontade tem relevância, pois, para o preenchi-

²⁴ Cf. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico. Plano da existência*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 157-59. A doutrina identifica cinco tipos de atos jurídicos em sentido estrito: a) reclamativos – são aqueles representados por reclamações ou provocações, tais como interpelações; b) comunicativos – são atos de comunicação de vontade, a fim de dar ciência a alguém do *querer* de quem faz comunicação; c) enunciativos – consistem em exteriorizações de conhecimento ou sentimento, como o perdão, o reconhecimento de paternidade/maternidade, por exemplo; d) mandamentais – são manifestações de vontade que se destinam a impor ou proibir um determinado procedimento por parte de outra pessoa; e e) compostos – manifestações de vontade que necessitam de outras circunstâncias para se complementarem, a exemplo da constituição de domicílio (animo definitivo + fixação de residência). (Cf. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. Tomo 2. 4. ed. São Paulo: RT, 1974, p. 451-61. Cf. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico. Plano da existência*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 159-60)

²⁵ *Introdução ao Direito Civil*. 19. ed. rev., atual e aumentada. Edvaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito (atualizados). Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 245.

²⁶ Cf. DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Vol. III. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 624: “A confissão não é tampouco um *negócio jurídico*, não cria direitos e obrigações para as partes, não vincula o juiz e não se confunde com o reconhecimento do pedido ou com a renúncia ao direito”. SEIXAS FILHO, Aurélio Pitanga. “Efeitos da Confissão no Direito tributário”. In *Grandes questões atuais do direito tributário*. 12. volume. Coordenador Valdir de Oliveira Rocha. São Paulo: Dialética, 2008, p. 11: “Consequentemente, seja de quem a faça, não é um ato jurídico declaratório de uma vontade (negócio jurídico), porém uma declaração de ciência, um ato jurídico declaratório de uma verdade, o que permite a retificação do documento, se houver erro na matéria fática, dentro dos prazos para a retratação”.

²⁷ Cf. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. Tomo 2. 4. ed. São Paulo: RT, 1974, p. 454-5. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico. Plano da existência*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 159.

mento do suporte fático de incidência da norma jurídica que trata da confissão; não é dado ao confitente interferir na produção de efeitos jurídicos. Realizada a confissão, produzir-se-á a eficácia jurídica no sentido de se reputarem ocorridos os fatos a que se referem e estes, os fatos confessados, juridicizados, produzem(irão) os efeitos que lhes atribuir a ordem jurídica.

3.2. Validade da confissão.

Ato jurídico em sentido estrito que é, a confissão é passível de invalidação por deficiência do suporte fático. Toda vez que algum elemento do ato afigurar-se, *in concreto, deficiente*, surge uma imperfeição. O defeito do suporte fático do ato é justamente a ausência de perfeita correspondência entre o que a norma prevê (tipo) e o que acontece no plano fenomênico. Quando há uma ausência de correspondência entre esses elementos surge uma atipicidade (imperfeição). Desde que presentes outras circunstâncias, há de se reputar inválido o ato.

Invalidade é consequência de um suporte fático deficiente²⁸; a validade, por outro lado, é sinônimo de *perfeição* do ato jurídico, pois significa a sua plena consonância com o que prevê o ordenamento jurídico. Dizer-se que um determinado ato é *válido* significa dizer que ele é *perfeito*, porque realizado em conformidade com o que a norma jurídica impõe acerca dos elementos da estrutura executiva do ato. Concretizando-se de maneira suficiente o suporte fático de incidência de determinado ato jurídico lícito, diz-se que o ato existe; em seguida, há de se investigar (i) se algum de seus elementos nucleares é deficiente (e.g., vontade manifestada diretamente pelo absolutamente incapaz ou pelo relativamente incapaz, ou viciada por erro, dolo etc, ou ainda se o objeto era ilícito ou impossível) ou (ii) se está ausente algum elemento complementar (não foi observada a forma prescrita em lei ou se utilizou de forma que a lei expressamente proíbia); caso algumas dessas situações se configure, cumpre aplicar a norma jurídica invalidante, porque o ato não superou o plano da validade²⁹.

Nessa linha, pode-se dizer, à guisa de exemplo, que se a norma jurídica contempla no suporte fático abstratamente descrito no seu antecedente normativo um determinado evento para cuja concretização é necessária a manifestação de vontade do sujeito, se esta não se der no plano dos fatos, não se completa o suporte fático necessário à incidência e juridicização daquele ato jurídico em sentido amplo. Por ser *insuficiente* a concretização do suporte fático, tem-se que o ato será reputado *inexistente*, haja vista que sequer ingressou no plano da qualificação jurídica. Entretanto, nessa mesma situação, se a vontade é manifestada pelo sujeito de direito (dotado de capacidade de direito) que não podia fazê-lo senão sob a intervenção de outrem (civilmente incapaz), ou que, muito embora capaz de expressar sua vontade, o fez no caso concreto incidindo em erro ou coagido, tem-se que o suporte fático, embora suficiente – e, por isso, existente o fato jurídico – afigura-se *deficiente*, porquanto haja uma imperfeição entre o que a norma atribui como da estrutura executiva do ato e o que efetivamente ocorreu. Essa *deficiência* do suporte fático implicará a invalidade do ato. O ordenamento contém, portanto, normas cuja consequência jurídica para atos praticados com deficiência no suporte fático é a *sanção de invalidade*.

Conquanto grasse divergência doutrinária, a invalidade é uma sanção. Comunga-se com Pontes de Miranda³⁰ no sentido de que a in-

²⁸ Cf. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. Tomo 4. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, p. 3-4.

²⁹ Cf. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico. Plano da validade*. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 4-5.

³⁰ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao código de processo civil*. Tomo III. 4.ª ed. rev. aum. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 365: "Nulidade não é pena, posto que as leis e os juristas digam, a cada passo, 'sob pena de nulidade'. É consequência da violação da lei de forma a que se atribuiriam, se nula fosse, algum ou alguns efeitos. As penas são outras consequências, que às vezes concorrem com a de nulidade. O infrator sofre as duas, talvez mesmo a de nulidade e duas ou mais penas. A lei processual evitou aí a palavra 'pena', e pôs simplesmente 'cominação' (cf. art. 244)".

validade, efetivamente não é pena, no sentido clássico de castigo. Entretanto, não se lhe pode negar o caráter de sanção³¹. Tomada esta como a consequência juridicamente institucionalizada imputada pelo ordenamento mercê do descumprimento de uma norma jurídica, tem-se que a invalidade se enquadra no conceito lógico-jurídico de sanção³².

A invalidade é a consequência; o defeito, a causa. Não se confundem. Determinado ato é inválido, sobretudo porque é defeituoso; foi praticado em desacordo com os ditames legais. Apresenta, por conseguinte, um suporte fático deficiente. Essa consequência – invalidade – não se opera, de logo, no plano lógico. Faz-se mister que o sujeito competente a reconheça e a decreta. Enquanto a invalidade não for decretada, o ato permanece produzindo efeitos, mesmo que provisórios e reversíveis. A desqualificação jurídica que implica sua ineficácia só virá com o pronunciamento. Até este momento, o ato jurídico é (existe), vale e produz efeitos. Decretada a nulidade, continua existente, porém inválido, e tem seus efeitos desfeitos³³.

Retomando-se o que se havia dito, se, no plano da fenomenologia jurídica, tem-se um ato em cujo suporte fático há uma conduta humana, a norma põe a vontade como elemento essencial, e mais, este ato é qualificado como lícito, ele é passível de exame de validade, de perfeição desse suporte fático³⁴. Completo e suficiente o suporte fático, o ato entra no mundo jurídico; é qualificado juridicamente. Porém, se imperfeito – e, portanto, deficiente – esse suporte fático, fazem-se incidir as normas cujo antecedente contempla o respectivo defeito, e cuja consequência é a sanção invalidante³⁵. Esta variará de acordo com aquele.

A doutrina brasileira sempre envidou esforços no sentido de classificar esses defeitos (imperfeições) dos atos jurídicos lícitos, implicando a divisão, consequentemente, em uma diferenciação entre nulidades absolutas, nulidades relativas, anulabilidades etc. Sucede que são noções de direito positivo e, como tais, ficam à

³¹ A título exemplificativo. Cf. DIDIER JR. Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 17. Cf. PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 18. Cf. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico. Plano da validade*. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 5, 6 e 52, et passim: “Não há, como se pode constatar, fundamento científico para negar o caráter de sanção à invalidade, tampouco de ato ilícito ao ato jurídico inválido” (p. 59) “A invalidade, por isso, como se pode concluir, tem o caráter de uma sanção que o ordenamento jurídico adota para punir certos atos contrários a direito (= ilícitos)” (p. 251). E, por fim, Cf. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. Tomo 4. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, p. 192 e seg: o autor chega denominar o Capítulo VII de “Sanção de nulidade”. Em sentido contrário, Norberto Bobbio (Cf. *Teoria da norma jurídica*. Tradução Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru-SP: EDIPRO, 2001, p. 159-62) e Herbert Hart (Cf. *O Conceito de direito*. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2005, p. 41-3).

³² Explica-se: a lei, para determinados atos jurídicos, descreve normativamente um tipo, que integra a estrutura executiva do ato jurídico em sentido amplo, ao qual deve amoldar-se o ato praticado. Se houver a incongruência tocante a algum elemento configura-se uma imperfeição, uma atipicidade. Esta imperfeição, por sua vez, é também objeto de qualificação jurídica; a prática de determinado ato jurídico em sentido amplo com deficiência em seu respectivo suporte fático passa a ser, pois, pressuposto para a incidência de uma outra norma cuja eficácia é, justamente a invalidação. Dessarte, na estrutura de pensamento da teoria na norma, aquela que descreve o ato jurídico em sentido amplo, elencando e modulando os elementos que devem integrar a estrutura do ato para que seja perfeito e faça surgir a situação jurídica (em sentido amplo) que é própria de sua eficácia pode ser qualificada, na expressão de Carlos Cossio, como *endonorma*; a qual outra que tem justamente como seu pressuposto a imperfeição na prática do ato descrito no suporte fático de incidência de outra norma e como consequência normativa a sanção de invalidade é, na nomenclatura do mesmo jurista, a *perinorma*. Nessa linha de intelecção, a norma jurídica que comina a invalidade é norma jurídica que veicula a sanção contemplada pelo ordenamento jurídico para uma determinada categoria de ilicitude (tomada esta no sentido de qualquer conduta em desconformidade com o que determina norma jurídica cogente)..

³³ Cf. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico. Plano da validade*. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 228-31 e 250-6.

³⁴ Cf. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico. Plano da existência*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 97: “Se o fato existe e é daqueles em que a vontade humana constitui elemento nuclear do suporte fático (ato jurídico *stricto sensu* e negócio jurídico) há de passar pelo plano da validade, onde o direito fará a triagem entre o que é perfeito (que não tem qualquer vício invalidante) e o que está eivado de defeito invalidante”.

³⁵ Cf. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico. Plano da existência*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 92: “As normas jurídicas cogentes podem ter, quando infringidas, a consequência de tornar não-válidos os atos jurídicos, declarando-os *nulos* ou *anuláveis*. As primeiras poderíamos denominar normas jurídicas *nulificantes* e as outras, *anulantes*.”

Essas normas jurídicas não excluem, nem atingem, a existência do fato jurídico em si, mas alcançam a sua validade, tornando deficiente o seu suporte fático; quer dizer, o fato jurídico não tem a sua juridicidade pré-excluída – portanto, entra no mundo jurídico –, tampouco é desjuridicizado. O ato jurídico existe, porém nulo ou anulável”.

mercê de alterações legislativas. Por essa razão, qualquer teoria a respeito torna-se anódina; as teorias, de rigor, devem versar sobre conceitos lógico-jurídicos, com pretensão de validade universal e permanente^{36-37,38}.

Validade conceitua-se como perfeição, como plena consonância com o sistema jurídico, como ausência de vício³⁹. Inválido, *a contrario sensu*, é o ato que se afigure imperfeito, com algum vício. Perscrutar esse vício à luz do direito positivo conduzirá à identificação da sanção de invalidade a aplicar e a denominação jurídica dada à espécie (nulidade, anulabilidade etc.)⁴⁰.

Enquadrada na categoria de ato jurídico em sentido estrito, cumpre registrar que a deficiência nos elementos constitutivos – incapacidade de parte, ilicitude ou impossibilidade do objeto, desobediência a forma obrigatória/vedada – ou nos motivos – simulação e intuito de fraudar a lei – podem implicar a nulidade da confissão. Já no tocante aos vícios que maculam a declaração de vontade porque interferem na sua manifestação consciente, em relação à confissão, o Código Civil de 2002 trouxe uma importante inovação. Com efeito, o art. 214 da referida codificação, após fixar que a confissão é irrevogável – e irreatável –, apontou que é passível de anulação se decorreu de erro de fato ou de coação; não se referiu ao dolo como causa invalidante, embora o art. 352 do CPC a ele se refira⁴¹. O CC/2002 seguiu orientação da doutrina que criticava a inserção do dolo como vício invalidante da confissão: o dolo somente tem relevância para o direito, como causa invalidante, se for capaz

ao afirmar que: “[...] a elaboração de uma teoria geral das nulidades nos parece uma missão irrealizável, em face da desuniformidade com que as espécies são tratadas no plano do direito positivo. Para atender às realidades e necessidades sociais, o legislador se vê na contingência de adotar regras que, por constituírem exceções às regras gerais, criam a impossibilidade de serem traçadas as características essenciais comuns a todas as espécies, o que permitiria a definição dos princípios gerais extraídos das normas de direito positivo. Na verdade, não há ponto no campo das nulidades em que possam enunciar regras sem que haja a necessidade de mencionar pelo menos uma exceção”. (*Teoria do fato jurídico. Plano da validade*. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 15).

³⁸ A lei põe como deficiências que implicam *nulidade* questões relacionadas com o sujeito (incapacidade absoluta/art. 166, I, CC), com o objeto (ilicitude, impossibilidade ou indeterminação/art. 166, II, CC), com o motivo (ilicitude/art. 166, III, CC), com a forma (forma não prescrita ou defesa em lei/art. 166, IV, CC; preterição de solenidade/art. 166, V, CC), com a licitude da intenção (objetivo de fraudar a lei imperativa/art. 166, VI, CC; proibição legal/art. 166, VI, CC; quando houver simulação/art. 167, CC) ou quando a lei assim o reputar expressamente ou proibir sua prática, mesmo não prevenindo expressamente a sanção de nulidade (art. 166, VII, CC). As deficiências que geram a *anulabilidade* do ato, ao seu turno, concernem ao sujeito (incapacidade relativa/art. 171, I, CC), à vontade (erro, dolo, coação, lesão e estado de perigo/art. 171, II, CC) ou ao objetivo imediato do ato em relação a outrem não participante do ato (fraude contra credores/art. 171, II, CC). Introduzindo a problemática dos vícios de vontade nos atos jurídicos lícitos, Marcos Bernardes de Mello afirma ser necessária a consideração de três dados essenciais: (1) a exteriorização da vontade, (2) o querer da manifestação e (3) a vontade em si mesma, que equivale a seu conteúdo. E chega a duas conclusões: i) a ausência de exteriorização de vontade *consciente* (livre de violência física) constitui *insuficiência* do suporte fático, o que leva à inexistência; ii) se há uma exteriorização consciente de vontade, porém defeituosa, o suporte fático é suficiente, porém *deficiente*, razão por que se fala em existência do fato jurídico, porém inválido ou ineficaz. (Cf. *Teoria do fato jurídico. Plano da validade*. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 147-8).

³⁹ Cf. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico. Plano da validade*. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 4. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. Tomo 4. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, p. 3-7, *et passim*.

⁴⁰ Marcos Bernardes de Mello, na mesma linha de Pontes de Miranda *et alii*, como a invalidade como gênero, do qual são espécies a nulidade e a anulabilidade: “Temos a *invalidade*, no entanto, como gênero de que são espécies a nulidade e a anulabilidade. Por essa razão, no trato genérico da matéria, em vez de empregar as expressões *nulidade* ou *anulabilidade*, proferimos utilizar a expressão *invalidade*, uma vez que tem sentido abrangente de todas as espécies possíveis de serem abraçadas no mundo do direito...” Cf. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico. Plano da validade*. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 5, nota de rodapé n.º 4.

⁴¹ A redação do CPC alude à revogação por motivo de erro, dolo ou coação. Evidentemente, tais vícios poderiam levar à invalidação da confissão, e não a sua revogação, vez que esta se liga mais a arrependimento ou a mudança de vontade do que a vício de vontade.

³⁶ Nesse particular, apontando o caráter geral de toda teoria e, implicitamente, sua pretensão de validade universal e permanente, Lourival Vilanova: “Mas parece supérfluo o aditamento contido no termo geral, visto que, se tal doutrina é ciência, como ciência há de ser generalizante. Se se mantém o postulado de que a ciência chega até onde é possível generalização, o denominar ciência geral é uma explicitação pleonástica só permitida por ênfase de análise”. (VILANOVA, Lourival. “O Problema do objeto da teoria geral do Estado”. *Escritos jurídicos e filosóficos*. Vol. 1. São Paulo: Axis Mvndi: IBET, 2003, p. 89)

³⁷ Essa advertência, no que concerne ao caso específico das invalidades, é feita por Marcos Bernardes de Mello,

de induzir outrem a erro; assim, se houve dolo, mas não houve erro, não há por que se invalidar a confissão; o motivo é irrelevante para a confissão, pois o que importa é o fato confessado⁴².

Dessarte, há de se concluir que, no atual sistema, dentre os vícios de vontade, somente o erro de fato e a coação tornam passível de anulação a confissão. Nada obstante, enquanto não decretada sua invalidade, a confissão produz efeitos.

4. A confissão de dívida tributária, (in)validade, (in)eficácia e as situações jurídicas tributárias decorrentes.

Há de se precisar o contexto em que a confissão de dívida em matéria tributária amiúde é realizada, a fim de examinar se é possível considerar que a vontade manifestada nesses atos pelo sujeito passivo da obrigação tributária é livre, hígida e consciente. Mais que isso, investigar se a tais atos é possível atribuir a eficácia específica de criar a obrigação tributária. Daí, examinar esse fato jurídico sob a perspectiva da eficácia: i) as situações jurídicas (ativas e passivas) por ele produzidas enquanto não decreta sua invalidade ou não lhe reputa ineficaz; ii) as situações jurídicas (ativas e passivas) emergentes da invalidação ou da reputação de ineficácia dessa confissão de dívida.

4.1. O contexto e o objeto das confissões de dívida tributária.

Recorde-se do quanto explicado na introdução do presente trabalho. Em regra, exige-se dos sujeitos passivos a realização das confissões de dívida tributária por ocasião da realização dos parcelamentos fiscais. Os contribuintes, necessitados de prova da regularidade fiscal para realização de vários atos da via empresarial e econômica e sem condições de promover o pagamento integral dos créditos tributários, veem-se compelidos a buscar, pela forma mais viável, a suspensão de exigibilidade do crédito tributário: o parcelamento fiscal. Para tanto, comumente, impõe-se ao contribuinte a confissão de dívida

como ato integrante do ato complexo de parcelamento (que se perfectibiliza com o pagamento da primeira parcela).

Sem a chance, muitas vezes, de discutir a legitimidade da cobrança, o sujeito passivo firma a confissão de dívida e realiza o parcelamento. A confissão de dívida, tal como costuma ser elaborada pelas administrações tributárias, contém declaração do contribuinte no sentido de que a obrigação tributária cujo crédito é objeto de parcelamento efetivamente existe, bem assim que os respectivos fatos geradores ocorreram.

Costuma-se inserir no contexto da declaração de vontade desses atos a própria existência da obrigação, e não apenas e tão somente a ocorrência de determinados fatos que, uma vez juridicizados pela incidência normativa, poderiam ter por eficácia a obrigação tributária. O objeto das confissões de dívida fiscal, portanto, se estende à declaração segundo a qual a própria obrigação e o crédito tributário existiriam. É preciso investigar se é possível, dentro do direito positivo brasileiro, atribuir essa eficácia às confissões de dívida.

4.2. A [in]eficácia das confissões de dívida tributária. A vontade destituída de eficácia jurídica constitutiva da obrigação tributária.

Chama-se de hipótese de incidência da obrigação tributária o conjunto de pressupostos abstratos contidos nas normas tributárias materiais e cuja concreta concorrência (realização do fato imponible) provoca a aplicação de determinadas consequências jurídicas. Só quando se constate a existência de fatos da vida jurídica ou econômica podem subsumir-se nos pressu-

⁴² Cf. DIDIER Jr., Fredie. *Et alii. Curso de direito processual*. Vol. 2. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 134-5. MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao código de processo civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 2005, v. 5. t.2, p. 147-9.

postos de fato haverá nascido uma obrigação tributária⁴³. A obrigação tributária, portanto, é uma específica categoria eficaz produzida única e exclusivamente pela ocorrência efetiva (ou, excepcionalmente, presumida) do fato descrito no tipo legal tributário, em cuja descrição o elemento volitivo eventualmente manifestado pelo sujeito é absolutamente irrelevante. Noutro giro verbal, a obrigação tributária tem como fonte exclusiva o fato descrito em lei, tomado em sua constituição avolitiva; a situação jurídica complexa concernente à obrigação tributária tem origem na cópula entre a ocorrência do fato e sua (a do fato) específica previsão legal. Daí se dizer que a obrigação tributária é uma obrigação *ex lege*, em contraposição às obrigações *ex voluntate*, que surgem em função de uma específica manifestação de vontade nesse sentido, conjugada com a previsão em lei que confere à vontade essa eficácia jurídica.

Bem registra Mario Pugliese que a obrigação *ex lege* está sempre e necessariamente associada a um “fato jurídico” determinado de modo que já se exclui a possibilidade de que o nascimento da obrigação manifestar-se independentemente da existência de determinados pressupostos concretamente realizados; o que serve para a obrigação tributária⁴⁴. Assim, a eficácia jurídica das confissões de dívida fiscal somente pode se operar no tocante à produção de prova quanto aos fatos confessados; não pode se estender à confirmação de que a obrigação tributária existe. Esta conclusão somente é possível se, de acordo a regra tributária, houver a perfeita subsunção entre o fato e a hipótese de incidência tributária; sem isso, não haverá obrigação tributária. Como bem afirma Hugo de Brito Machado, “o fato confessado, ainda mesmo sendo verdadeiro, não produz a consequência de fazer nascer a obrigação tributária [...] o tributo ou é devido como simples consequência da incidência da norma, ou não é, se incidência não houve”⁴⁵. A confissão de dívida se mostra ineficaz no tocante à obrigação e ao crédito exatamente porque a vontade é irrelevante para esse efeito.

Após examinar a fenomenologia da incidência tributária sob os planos da norma tributária, do fato tributário e da obrigação tributária, Humberto Ávila chega à conclusão de que a manifestação de vontade do contribuinte é irrelevante, pois a CF, de um lado, contém normas que reservam ao Poder Judiciário a competência para qualificar juridicamente fatos, ao passo em que o CTN, a seu turno, possui regra que atribui competência à autoridade tributária o dever de qualificar juridicamente os fatos, passível, ainda, de ser submetido ao crivo do Poder Judiciário; assim, não se pode cogitar de confissão criando tributo⁴⁶. Arremata afirmando que “só a comprovação da ocorrência de fato cujo conceito se encaixe no conceito previsto em regra geral válida é que pode desencadear o surgimento de uma obrigação tributária”⁴⁷. Natanael Martins e Daniele Souto Rodrigues chamam a atenção para o fato de que, ao se considerar que a chamada confissão irretratável seria capaz de impedir a desconstituição do crédito implicaria atribuir típico caráter contratual às relações jurídico-tributárias⁴⁸. Como bem ressalta Fernando Osório de Almeida Júnior, o que se considera ato jurídico perfeito em direito tributário é a ocorrência do fato gerador descrito em lei necessário e suficiente ao surgimento da obrigação

⁴³ Cf. HENSEL, Albert. *Derecho tributario*. traducción y estudio preliminar por Andrés Báez Moreno, Maria Luisa González-Cuellar Serrano y Enrique Ortiz Calle. Barcelona: Marcial Pons, p. 154.

⁴⁴ Cf. *Instituciones de derecho financiero: derecho tributario*. México: Fondo de Cultura Económica, 1939, p. 135.

⁴⁵ “Confissão irretratável de dívida tributária nos pedidos de parcelamento”. In: *Revista dialética de direito tributário*. Vol. 145, outubro/2007. São Paulo: Dialética, p. 51.

⁴⁶ Cf. “Confissão cria Tributo? Apontamentos sobre a Disponibilidade do contribuinte sobre Direitos Fundamentais”. In: *Grandes questões atuais do direito tributário*. 12.º volume. Coordenador Valdir de Oliveira Rocha. São Paulo: Dialética, 2008, p. 268-9.

⁴⁷ “Confissão cria Tributo? Apontamentos sobre a Disponibilidade do contribuinte sobre Direitos Fundamentais”. In: *Grandes questões atuais do direito tributário*. 12.º volume. Coordenador Valdir de Oliveira Rocha. São Paulo: Dialética, 2008, p. 269.

⁴⁸ Cf. MARTINS, Natanael. RODRIGUES, Daniele Souto. “Confissão de dívida irretratável e a desconstituição do crédito tributário”. In: *Grandes questões atuais do direito tributário*. 12.º volume. Coordenador Valdir de Oliveira Rocha. São Paulo: Dialética, 2008, p. 413.

tributária, e não a confissão de dívida, de sorte que sempre haverá a possibilidade de rediscussão em torno da obrigação⁴⁹⁻⁵⁰.

4.3. A questão da validade das confissões de dívida tributária.

Sem prejuízo da razão de ineficácia das confissões de dívida tributária firmadas para efeito de concessão de parcelamento fiscal, é possível configurar, no caso concreto, razões para invalidar esse ato jurídico em sentido estrito por motivo de erro de fato ou de coação.

O erro de fato pode ser caracterizado quando o contribuinte celebra a confissão para fins de adesão ao parcelamento na crença de que os fatos tipificados na norma tributária efetivamente ocorreram, quando assim não se deu; ou quando realiza a confissão ignorando a ocorrência de um outro fato que gerava a isenção para aquele tributo. Desse modo, o sujeito passivo que realizou a confissão de dívida ignorava uma circunstância de fato apta a influenciar em sua decisão de praticar o ato de confissão de dívida. Desse modo, sem o conhecimento absoluto das condições de fato em que se encontrava no momento em que realizou a confissão de dívida, o sujeito passivo incide em erro de fato apto a invalidar a confissão de dívida realizada.

Há de se enfrentar, pois, a coação como vício de vontade apta a invalidar a confissão. Conforme já exposto na introdução do presente trabalho, muitas vezes, diante da necessidade de comprovar a regularidade fiscal para fins de participação em certame licitatório, celebração de contrato administrativo ou recebimento de faturas relativas a mercadorias fornecidas ou serviços prestados ao poder público, ou mesmo para o exercício de determinadas atividades para quais a ordem jurídica exige autorização da Administração Pública, o sujeito passivo da obrigação tributária vê-se premido, em um curto espaço de tempo, a providenciar a obtenção de certidões negativas de débito (art. 205 do CTN) ou certidões positivas com efeito de negativas

(art. 206 do CTN). Por outro lado, como dito acima, a simples apresentação de declarações fiscais desacompanhadas do respectivo pagamento do tributo no vencimento já se constitui óbice suficiente ao fornecimento de certidões; aliás, a mera detecção do descumprimento de obrigações meramente acessórias, sem que implique não pagamento do tributo, já é motivo para não se fornecer a certidão⁵¹.

Amiúde, o contribuinte não dispõe de recursos financeiros a fim de promover o pagamento ou realizar o depósito da quantia exigida pelo fisco a fim de suspender a exigibilidade do tributo enquanto se discute sua legitimidade. Além disso, muitas vezes, não há (mais) a chance de discussão do crédito no âmbito administrativo e a urgência em que se encontra o contribuinte não lhe permite ir ao Judiciário e aguardar um pronunciamento favorável no sentido de se suspender a exigibilidade do tributo, de sorte que só lhe resta efetuar o parcelamento do débito fiscal.

⁴⁹ Cf. ALMEIDA JÚNIOR, Fernando Osório de. "Confissão irretratável de dívida tributária nos pedidos de parcelamento". In. *Revista dialética de direito tributário*. Vol. 32, maio/1998. São Paulo: Dialética, p. 31.

⁵⁰ Bastante didáticas são as conclusões de Hugo de Brito Machado acerca do tema:

"(a) se o fato confessado não corresponde à hipótese de incidência tributária, e, portanto, mesmo efetivamente existente, não é capaz de gerar a obrigação tributária, a confissão é absolutamente irrelevante; (b) se o fato confessado é, em princípio, capaz de gerar a obrigação tributária, porque corresponde à hipótese de incidência do tributo, o efeito da confissão é o de provar tal fato; (c) havendo erro quanto ao fato confessado, e comprovado inequivocamente que o fato confessado não corresponde ao efetivamente ocorrido, tem-se de admitir a prevalência do verdadeiro sobre o confessado.

Em consequência, a confissão que a lei geralmente exige do contribuinte como condição para que a ele seja concedido o parcelamento tem valor bastante relativo. Não pode de nenhum modo ser tida como irretratável, no sentido de obrigar o contribuinte a pagar o tributo, ainda que indevido, apenas porque confessou. A confissão, mesmo solene e irretratável, não cria obrigação tributária". ("Confissão irretratável de dívida tributária nos pedidos de parcelamento". In. *Revista dialética de direito tributário*. Vol. 145, outubro/2007. São Paulo: Dialética, p. 53).

Com as mesmas ideias a respeito da confissão em direito tributário, do mesmo autor, trabalho intitulado "Confissão de dívida tributária", publicado em *Temas de direito tributário*. São Paulo: RT, 1993, p. 143/150.

⁵¹ § 10. Do art. 32 da Lei Federal n.º 8.212/91, com redação dada pela Lei Federal 11.941/09.

Para isto, como dito, costuma-se exigir como *conditio sine qua non* a celebração da confissão de dívida, inclusive com cláusulas de renúncia e obrigação de apresentar desistência de processos judiciais e renúncias a direitos sobre os quais se fundam as ações.

Nesse ambiente, não é tarefa difícil compreender que os sujeitos passivos, ao realizarem a confissão de dívida para a obtenção do parcelamento, não manifestam a vontade de modo livre e consciente, mas o fazem compelidos pela necessidade de buscar a prova de regularidade fiscal – tão cara para a vida empresarial e profissional hodiernamente no Estado Fiscal – de sorte que a exigência do fisco pode-se enquadrar em ato de coação a contaminar a vontade manifestada.

De fora parte os motivos que implicam ineficácia da confissão de dívida apresentados acima, é possível cogitar dessas duas causas de invalidação do ato jurídico em sentido estrito consistente na confissão, a serem suscitadas e comprovadas por intermédio de ação própria.

Tanto a questão da ineficácia das confissões de dívida em matéria tributária quanto a possibilidade de arguição de vícios de vontade foram levadas aos Tribunais. A questão foi levada ao crivo do Superior Tribunal de Justiça, que oscilava de posição no tocante à possibilidade de rediscussão da dívida tributária objeto de confissão, ora firmando entendimento quanto à possibilidade⁵², ora impondo óbices⁵³. Em julgamento de recurso reputado representativo da controvérsia – na sistemática dos recursos repetitivos (art. 543-C do CPC) – o STJ, em acórdão sob a redação do Min. Mauro Campbell Marques – porque vencido o Min. Luiz Fux, relator do recurso – assim se posicionou no sentido de que “efetivamente, a confissão de dívida para fins de parcelamento não tem efeitos absolutos, não podendo reavivar crédito tributário já extinto ou fazer nascer crédito tributário de forma discrepante de seu fato gerador”⁵⁴.

Dito de outro modo, a confissão não impede que se investigue o enquadramento jurídico a

ser dado aos fatos confessados; não tem o poder, outrossim, de excogitar da efetiva ocorrência desses fatos, máxime quando se verifique que a confissão foi prestada sob coação ou com a incidência em erro. Recentes decisões do STJ vêm na esteira do quanto firmado no aludido recurso especial submetido à sistemática dos recursos repetitivos⁵⁵.

Por derradeiro, emerge para o sujeito passivo, no caso de invalidação da confissão ou da decretação de sua ineficácia com o conseqüente reconhecimento de que a obrigação tributária inexistia, a pretensão de repetição de indébito das quantias pagas a título de tributo⁵⁶.

5. Considerações finais.

Dada a especificidade de a obrigação tributária nascer exclusivamente da efetiva ocorrência no plano fenomênico do fato abstratamente descrito na hipótese de incidência normativa, mercê

⁵² (REsp 1074186/RS, DJe 09/12/2009; REsp 927097/RS, DJ 31/05/2007; REsp 948.094/PE, DJ 04/10/2007; REsp 1065940/SP, DJe 06/10/2008; REsp 947.233/RJ, DJe 10/08/2009; REsp 948.094/PE, DJ 04/10/2007; REsp 927.097/RS, DJ 31/05/2007).

⁵³ AgRg no Ag 1131013/MG, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/11/2009, DJe 17/11/2009.

⁵⁴ REsp 1133027/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, Rel. p/ Acórdão Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 13/10/2010, DJe 16/03/2011.

⁵⁵ REsp 1254563/AL, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/08/2011, DJe 09/08/2011.

⁵⁶ Cf. TAVARES, Alexandre Macedo. “O parcelamento de débito tributário e a ineficácia das condicionantes cláusulas de ‘confissão irretratável’ e de ‘renúncia de discussão administrativo e judicial’ do objeto parcelado”. In: *Revista dialética de direito tributário*. Vol. 123, dezembro/2005. São Paulo: Dialética, p. 11: “Destarte, se é verdade que no Direito Privado tem plena eficácia uma confissão determinada por um erro de direito – prosperando em seu âmbito a ideia de que quem paga mal paga duas vezes –, não menos verdadeiro é o fato de que, no Direito Tributário, não se pode admitir que uma obrigação possa nascer sem causa jurídica determinante que a justifique, isto é, pela simples vontade das partes.

Eis a razão pela qual, no âmbito tributário, seja por erro de fato, seja por erro de direito, o tributo pago indevidamente comporta restituição (ou compensação com futuros recolhimentos)”.

do que aquela se qualifica inexoravelmente como *ex lege*, as confissões de dívida tributária ordinariamente firmadas para efeito de concessão de parcelamentos fiscais não têm a eficácia de criá-las, sem que o fato tenha efetivamente ocorrido. A eficácia da confissão limita-se à mera prova de ocorrência do fato, que pode ser elidida.

Dessarte, a confissão não produz a situação jurídica subjetiva complexa concernente à obrigação tributária; somente o fato jurídico tributário tem essa eficácia. A confissão, nesse particular, é ineficaz, sendo plenamente possível a discussão, provocada pelo sujeito passivo, quanto aos aspectos jurídicos da obrigação e do crédito tributários. A par disso, é possível cogitar de invalidação da confissão se a vontade nela manifestada encontrar-se viciada por erro ou coação. Esse é, outrossim, o entendimento manifestado pelo STJ (REsp 1133027/SP).

Invalidada ou reputada ineficaz a confissão, surge para o sujeito passivo a pretensão de repetição dos valores indevidamente pagos ao Fisco sob a rubrica do crédito tributário posteriormente desconstituído. Essa é uma das possíveis situações jurídicas subjetivas ativas titularizadas pelo contribuinte e/ou responsável na hipótese de desconstituição/decretação de ineficácia da confissão de dívida.

Referências.

ALMEIDA JÚNIOR, Fernando Osório de. “Confissão irretratável de dívida tributária nos pedidos de parcelamento”. In. *Revista dialética de direito tributário*. Vol. 32, maio/1998. São Paulo: Dialética, p. 29-32.

ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. 6. ed., 3ª tir. São Paulo: Malheiros, 2002.

ÁVILA, Humberto. “Confissão cria Tributo? Apontamentos sobre a Disponibilidade do contribuinte sobre Direitos Fundamentais”. In *Grandes questões atuais do direito tributário*. 12.º volume. Coordenador Valdir de Oliveira Rocha. São Paulo: Dialética, 2008, p. 257-269.

BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Tradução Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru-SP: EDIPRO, 2001.

BORGES, José Souto Maior. *Direito comunitário*. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *Lançamento tributário*. 2. ed. rev. Atual. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. *Obrigação tributária (uma introdução metodológica)*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

DIDIER JR., Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Vol. III. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

FALCÃO, Amílcar de Araújo. *Fato gerador da obrigação tributária*. Rio de Janeiro: Edições Financeiras, 1964.

_____. *Fato gerador da obrigação tributária*. 6. ed. e atual. rev. por Flávio Bauer Novelli. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 19. ed. rev., atual e aum. Edvaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito (atualizadores). Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GRECO, Marco Aurélio. *Dinâmica da tributação: uma visão funcional*. 2. ed. atual. Ampl. Rio de Janeiro: 2007.

GUASTINI, Ricardo. *Das Fontes às normas*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

HART, Herbert L. A. *O Conceito de direito*. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2005.

HENSEL, Albert. *Derecho tributario*. traducción y estudio preliminar por Andrés Báez Moreno,

Maria Luisa González-Cuéllar Serrano y Enrique Ortiz Calle. Barcelona: Marcial Pons, 2005.

JARACH, Dino. *El Hecho imponible*. 3. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2001.

MACHADO, Hugo de Brito. “Confissão de dívida tributária”. In *Temas de direito tributário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 143-150.

_____. “Confissão irretratável de dívida tributária nos pedidos de parcelamento”. In *Revista dialética de direito tributário*. Vol. 145, outubro/2007. São Paulo: Dialética, p. 47-53.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao código de processo civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 2005, v. 5. t.2.

MARTINS, Natanael. RODRIGUES, Daniele Souto. “Confissão de dívida irretratável e a desconstituição do crédito tributário”. In *Grandes questões atuais do direito tributário*. 12.º volume. Coordenador Valdir de Oliveira Rocha. São Paulo: Dialética, 2008, p. 402-416.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico. Plano da eficácia – 1ª parte*. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Teoria do fato jurídico. Plano da existência*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Teoria do fato jurídico. Plano da validade*. 12. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2003.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. Tomo 2. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974.

_____. *Tratado de direito privado*. Tomo 3. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974.

_____. *Tratado de direito privado*. Tomo 4. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PUGLIESE, Mario. *Instituciones de derecho financiero. Derecho tributario*. México: Fondo de Cultura Económica, 1939.

SEIXAS FILHO, Aurélio Pitanga. “Efeitos da Confissão no Direito tributário”. In *Grandes questões atuais do direito tributário*. 12.º volume. Coordenador Valdir de Oliveira Rocha. São Paulo: Dialética, 2008, p. 11-17.

TAVARES, Alexandre Macedo. “O Parcelamento de débito tributário e a ineficácia das condicionantes cláusulas de ‘confissão irretratável’ e de ‘renúncia de discussão administrativa e judicial’ do objeto parcelado”. In *Revista dialética de direito tributário*. Vol. 123, dezembro/2005. São Paulo: Dialética, p. 9-13.

VILANOVA, Lourival. “O Problema do objeto da teoria geral do Estado”. *Escritos jurídicos e filosóficos*. Vol. 1. São Paulo: Axis Mvndi: IBET, 2003.

XAVIER, Alberto. *Do lançamento no direito tributário brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

A “DISPENSA DE LICITAÇÃO POR EMERGÊNCIA” E SUAS VICISSITUDES

Célia Maria Bastos de Almeida
Graduada em Direito pela Unifacs
Pós-Graduada em Direito Público pelo Juspodivm
Advogada
Professora de Graduação em Curso de Direito
Procuradora do Município do Salvador

INTRODUÇÃO

É sabido que a licitação é a regra nas obras, serviços, compras e alienações que envolvam, como um dos sujeitos, a Administração Pública, conforme preceitua o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal. Entretanto, o próprio constituinte outorgou competência ao legislador infraconstitucional para que, através de lei ordinária, pudesse criar hipóteses que excepcionassem o dever de licitar.

Nesse sentido, a Lei 8.666/93, nos artigos 17, 24 e 25, alberga a licitação dispensada, a dispensa de licitação e a inexigibilidade de licitação, respectivamente, autorizando situações de contratação direta.

Daí surge o questionamento: por que a existência de um procedimento à margem do certame licitatório? Ora, em que pese a licitação vise selecionar a proposta mais vantajosa à Administração Pública e, ao mesmo tempo, propiciar tratamento isonômico entre os partici-

pantes, trata-se de um procedimento complexo, dispendioso, o que em alguns momentos compromete o próprio interesse público.

No entanto, autorizar a contratação direta não significa desvinculá-la do cumprimento de princípios básicos que orientam a atividade administrativa. Nesta senda, a autoridade tem que obedecer a um processo administrativo, em consonância com as matrizes constitucionais explícitas e implícitas constantes no art. 37 da Constituição Federal.

Dentre as hipóteses de contratação direta tem-se a “dispensa por emergência”, preceituada pelo art. 24, inciso IV, da Lei 8.666/93, muito utilizada pela Administração Pública, nas três esferas de poder.

No entanto, infelizmente, ao invés de a dispensa por emergência ser usada para aqueles casos que realmente exijam urgência no atendimento, a fim de evitar dano à sociedade ou à Administração Pública, o que se vê na prática

são alguns gestores públicos deturpando sua finalidade e transformando-a em verdadeiro veículo para contratação imoral e personalista.

Tendo em vista que muitos administradores utilizam das “brechas da lei” para alcançarem seus objetivos pessoais, fugindo do escopo social para o qual a norma se propõe, os princípios da Moralidade e da Impessoalidade ganham uma importância exponencial.

Nesta senda, nasce a necessidade veemente de fiscalização e controle por parte de órgãos como o Tribunal de Contas, Ministério Público, e a participação popular cada vez mais ativa.

Traçadas estas linhas gerais, o presente artigo irá, doravante, focar-se no instituto da dispensa de licitação por emergência e no seu uso indevido pela máquina administrativa.

DA DISPENSA DE LICITAÇÃO POR EMERGÊNCIA E A MÁ UTILIZAÇÃO DO INSTITUTO PELA MÁQUINA ADMINISTRATIVA

Segundo dispõe o art. 24, inciso IV, da Lei 8.666/93:

“Art. 24. É dispensável a licitação:

(...)

IV – nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos.

Mister informar que, em situações pontuais de emergência, não se permite esperar um pro-

cedimento licitatório e burocrático, incorrendo no risco de não se atingir o tão colimado escopo social.

Entretentes, o dispositivo legal supra-mencionado tem sido, muitas vezes, mal interpretado, ou utilizado de forma desvirtuada por alguns agentes públicos, que deixam de utilizar um dos seus requisitos ou usam de uma exegese ampliadora dos seus limites.

O artigo 24, inciso IV, da Lei Nacional de Licitações e Contratos refere-se a dois pressupostos fáticos que arrimam a dispensa da competitividade: emergência ou calamidade pública.

Nesse diapasão é o magistério de Hely Lopes Meirelles:

[...] A emergência caracteriza-se pela urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízos ou comprometer a incolumidade ou a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, exigindo rápidas providências da Administração para debelar o minorar suas consequências lesivas à coletividade. (...) Calamidade pública é a situação de perigo e de anormalidade social decorrente de fatos da natureza, tais como inundações devastadoras, vendavais destruidores, epidemias letais, secas assoladas e outros eventos físicos flagelantes que afetem profundamente a segurança ou a saúde públicas, os bens particulares, o transporte coletivo, a habitação ou o trabalho em geral [...]. (MEIRELLES, Hely Lopes, 2007: 281)

Destarte, a calamidade pública é um caso especial de emergência, provocada por fatores anormais e adversos que afetam gravemente a comunidade, privando-a do atendimento de suas necessidades básicas.

A calamidade pública deve ser reconhecida e declarada pelo Poder Público, mediante decreto do Poder Executivo, que irá delimitar a área atingida e autorizar as medidas e as autoridades

incumbidas para realizar obras, serviços e compras através da dispensa de licitação.

Ultrapassada esta distinção, cabe agora atarmos à dispensa por emergência, propriamente dita, tema mor do presente artigo.

Imprescindível ressaltar que a dispensa por emergência tem cabimento quando a Administração Pública requer providências rápidas e eficazes para debelar ou, pelo menos, minorar as consequências lesivas à coletividade.

Complementa o ilustríssimo doutrinador supracitado:

“[...] a emergência há de ser reconhecida e declarada em cada caso, a fim de justificar a dispensa da licitação para obra, serviços, compras ou alienações relacionadas com a anormalidade que a Administração visa corrigir, ou com o prejuízo a ser evitado. Nisto se distingue dos casos de guerra, grave perturbação da ordem ou calamidade pública em que a anormalidade ou risco é generalizado, autorizando a dispensa de licitação em toda a área atingida pelo evento.” (MEIRELLES, Hely Lopes, 1998: 94)

Como se vê, para que a hipótese de emergência possibilite a dispensa de licitação, não basta que o gestor público entenda dessa forma. Necessário se faz a comprovação da situação emergencial, caracterizada pela inadequação do procedimento formal licitatório ao caso concreto.

Urge salientar que não se trata de urgência simplesmente teórica. Deve ser analisada a situação concreta em espécie, indicando-se os dados que evidenciam a urgência nas providências a serem tomadas para elidir o risco de reflexos danosos ao interesse público.

Ademais, a urgência não deve ater-se ao ajuste contratual, mas também à execução do contrato, ou seja, não basta haver urgência em firmar o contrato, mas também em executar o objeto contratual.

Outrossim, o dano a pessoas ou bens deve ser analisado com cautela, pois não é qualquer prejuízo que autoriza à Administração a contratar diretamente com o particular. O dano deve ser de difícil reparação ou irreparável para que caracterize a urgência autorizadora da dispensa do procedimento licitatório.

Destarte, cabe à Administração demonstrar o nexo de causalidade entre a contratação pretendida e a debelação do risco de prejuízos a bens e pessoas.

Nesse sentido é a lição de Marçal Justen Filho:

“Em última análise, aplica-se o princípio da proporcionalidade. A contratação deverá ser o instrumento satisfatório de eliminação do risco de sacrifício dos interesses envolvidos. Mas não haverá cabimento em promover contratações que ultrapassem a dimensão e os limites da preservação e realização dos valores em risco.” (JUSTEN FILHO, 2002: 240).

Importante destacar que é descabível a dispensa de licitação naqueles casos que a doutrina conhece como “emergência ficta ou fabricada”. Trata-se de situações nas quais a Administração deixa de tomar, tempestivamente, as providências necessárias à realização da licitação previsível, constituindo grave violação à moralidade administrativa.

Sendo assim, o inciso IV do art. 24 é invocado indevida e propositadamente, servindo-se o intérprete de má-fé dos vocábulos emergência e urgência, para encobrir um mau planejamento da Administração.

O que ocorre é que alguns gestores públicos agem através da “dispensa fabricada” para encobrir o seu escopo de favorecer empresas determinadas, já que a dispensa por emergência não exige tantas formalidades como a licitação comum. Desta forma, podem escolher com quem vão contratar, utilizando-se de justificativas diversas.

Infere-se, então, que a falta de planejamento adequado pelo administrador, principalmente quanto aos cronogramas dos procedimentos licitatórios, não justifica a contratação direta por emergência.

Nesse diapasão, o TCU recomenda que a Administração Pública deva adotar as providências necessárias para que sejam promovidos os processos licitatórios com a antecedência necessária a fim de que sejam concluídos antes do termo final de vigência do contrato, evitando-se, assim, a descontinuidade na prestação de serviço e, por conseguinte, a realização da dispensa por emergência.

Afinal, a *mens legis* pátria é que a dispensa de licitação por emergência tenha como requisito a imprevisibilidade, não devendo ser oriunda da inércia administrativa.

Sabe-se que o poder é outorgado ao administrador público para ser usado em prol da coletividade, atendendo ao interesse público. Entretanto, o que constatamos é que alguns gestores, ao praticarem suas condutas, acabam ultrapassando os limites de suas atribuições ou desviam das reais finalidades administrativas, o que torna o ato nulo.

Sendo assim, a doutrina costuma segregar o gênero abuso de poder em duas espécies: “excesso de poder” e “desvio de finalidade”.

O excesso de poder ocorre com violação ao elemento “competência”, uma vez que o agente público age sempre além do que é permitido por lei. Tem-se como exemplo uma autoridade que dispensa a licitação por emergência, mas pretere determinada empresa interessada em participar do procedimento, sem motivo objetivo plausível para tal exclusão.

Já no desvio de finalidade, embora a autoridade aja dentro dos limites de sua competência, pratica ato fora do que propõe a lei e o fim social, escapando dos princípios norteadores da

Administração Pública: Legalidade, Moralidade e Impessoalidade.

O desvio de finalidade é bem comum nas dispensas por emergência, pois sob o manto disfarçado da legalidade e do interesse público, fica mais difícil de os órgãos fiscalizadores comprovarem o vício do abuso de poder.

Nas repartições públicas, por exemplo, é comum se querer transformar tudo em caso de emergência, autorizando a dispensa de licitação.

Não é improvável que no âmbito de algumas gestões públicas, no interesse de favorecer um terceiro ou a si próprio, justifique-se que a licitação é morosa e dispendiosa e que o melhor caminho é a contratação direta. Nesta esteira, são forjadas circunstâncias a fim de caracterizar urgência e, assim, atender aos interesses pessoais.

Não raro, constata-se que a proposta de menor valor não é aceita sob o disfarce de “não preencher os requisitos técnicos exigidos”, possibilitando a contratação da segunda menor proposta, que pode ser a preferida.

Outra situação que propicia os abusos de poder nas dispensas de licitação por emergência é que estas não têm limite financeiro, tendo apenas a restrição temporal, ou seja, a duração máxima de 180 dias, além do limite do objeto para só abarcar aqueles bens essencialmente necessários ao atendimento da situação emergencial.

CONCLUSÃO

Diante de tudo quando exposto, não me posiciono contra a dispensa de licitação por emergência. Ao contrário, entendo que em determinadas situações ela é necessária e imprescindível, sob pena de causar dano irreparável à sociedade.

Entretanto, existem limites legais que devem ser obedecidos, nos moldes do art. 24, inciso IV, da Lei 8.666/93, colimando sempre para o fim público, e, jamais, o pessoal.

Sendo assim, não cabe a análise em tese, mas da situação em concreto, ocasionada por fato imprevisível ou que, embora previsível, não possa ser evitado.

Repiso que a contratação direta nos casos de emergência tem guarida quando a situação que a justifica exija da Administração Pública providências urgentes, a fim de debelar ou evitar riscos de danos às pessoas, bens ou serviços, públicos ou privados.

Destarte, não pairam dúvidas de que a dispensa de licitação por emergência não é a regra, mas a exceção. A sociedade deve ficar atenta, pois a dispensa por emergência pode ser uma forma de desvio de recursos públicos.

Não podemos deixar de registrar a desvirtuação do instituto da “dispensa de licitação por emergência”, no manuseio da máquina administrativa por algumas autoridades, que priorizam suas intenções particulares em prejuízo do fim público.

Vale salientar que ferramentas como ação de improbidade e ação popular são armas de moralização que devem ser utilizadas pelas partes legítimas a propô-las, seja o Ministério Público, a pessoa jurídica afetada ou o cidadão comum.

Finalmente, concluo que a participação popular é da mais suma importância; cada cidadão precisa estar devidamente conscientizado de seu papel no grupo social, interferindo nas questões públicas, a fim de evitar ou minorar práticas imorais exercidas por alguns agentes públicos, sob pena de a tão colimada Impessoalidade e Moralidade só continuar tendo alcance “no papel”.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. Dispensa de Licitação por emergência. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. I, n° 6, setembro, 2001. Disponível

em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 15 out. 2009.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Licitações e contratos: orientações básicas**. 3. ed. Brasília: TCU, Secretaria de Controle Interno, 2006.

CARVALHO, Fábio Lins de Lessa. **O princípio da impessoalidade nas licitações**. Maceió: EDUFAL, 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Contratação direta sem licitação: modalidades, dispensa e inexigibilidade de licitação**. 5. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 5. ed. São Paulo. Saraiva. 2000.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários a Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 4. ed. São Paulo. Dialética. 2002.

_____. **Comentários a Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 15. ed. São Paulo. Dialética. 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. **Licitação e Contrato Administrativo**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17. ed. São Paulo. Malheiros. 2000.

A INSTITUCIONALIZAÇÃO DA ÉTICA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Eduardo Amin Menezes Hassan

Procurador do Município do Salvador, advogado, mestrando em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia e pós-graduado em Direito do Estado pela Universidade Federal da Bahia

Sumário. 1. Introdução. 2. O Princípio da Moralidade Administrativa e a Institucionalização da Ética. 3. A Relação entre Ética e Direito. 4. Patrimonialismo e Neopatrimonialismo. 5. A Institucionalização da Ética na Administração Pública. 6. Considerações finais. Bibliografia.

Resumo. O princípio da moralidade é uma norma constitucional, prevista no artigo 37, que deve ser aplicada em conjunto com os outros princípios constitucionais. Ao ser previsto na Constituição Federal de 1988, esse princípio demonstra uma forte ligação entre o direito e a moral. A exegese da norma contida no art. 37 da Constituição Federal, – que traz em seu caput o princípio da moralidade administrativa –, nem sempre é observada pelo administrador público. Ademais, a priori, entendemos que a institucionalização da ética deve ocorrer no âmbito da administração pública, todavia, a positivação da ética por meio de decretos ou código de ética não é suficiente para este mister.

Palavras-chaves: Institucionalização da Ética; Moral; Direito; Administração Pública.

1. Introdução.

Os princípios são normas de importância singular para a consagração de uma sociedade baseada no Estado de Direito. Outrossim, o princípio da moralidade é um dos meios utilizados pelo Estado para que o administrador público seja compelido ao dever de bem administrar.

A imagem mostrada pelas propagandas políticas nem sempre condiz com a realidade. A maioria das instituições mostra uma aparência ética, com frases, ideias, intenções, publicações, entrevistas, mas na realidade, a ética não está institucionalizada. Isso é percebido não só pela atuação antiética vista nos atos dos gestores, mas também pela inexistência de código e comissão de ética em diversos órgãos. E quando existe essa comissão, na sua composição não há profissionais certificados em ética, logo ela não funciona. E será que a existência de códigos de ética são suficientes para institucionalizar a ética?

A institucionalização da ética é um assunto que está na ordem do dia, mas é preciso empenho para que se concretize. E a existência de sua positivação por meio de códigos de ética não parece ser suficiente para sua institucionalização.

Assim, quais os aspectos marcantes da problemática da não aplicação do princípio da moralidade à Administração Pública municipal? Códigos de ética resolvem e são suficientes para se institucionalizar a ética? Essas são algumas das questões que pretendemos enfrentar neste singelo artigo.

Tratar-se-á na primeira parte do princípio da moralidade administrativa e sua relação com a institucionalização da ética na administração pública, abordando pontos essenciais sobre os princípios e sobre institucionalização da ética na administração pública. Após, enfrentar-se-á a relação entre ética e direito, trazendo doutrina sobre ética, moral e direito. A seguir serão observados aspectos sobre o patrimonialismo e neopatrimonialismo, explicando um pouco sobre a falta de ética na Administração Pública brasileira desde a época em que a família real

migrou para o Brasil até a atualidade. No capítulo cinco explica-se sobre a institucionalização da ética na Administração Pública.

A problemática aqui enfrentada é de grande importância social e a sua resolução um grande desafio que se tenta instigar nesse artigo. A relação da ética com o direito e a Administração Pública não pode ser esquecida, cumpre-se, dessa forma, um papel social ao trazer à baila estes temas.

2. O Princípio da Moralidade e a Institucionalização da Ética.

Primeiramente, para tratar de princípios, necessário se faz a sua distinção entre as regras. No momento da aplicação percebe-se melhor essa distinção: as regras não precisam ser objeto de ponderação, os princípios precisam e devem ser ponderados. Ademais, as regras instituem deveres definitivos, independentes das possibilidades fáticas e normativas; os princípios instituem deveres preliminares, dependentes das possibilidades fáticas e normativas. Quando duas regras colidem, uma das duas é inválida, aplica-se a regra do tudo ou nada¹. Quando dois princípios colidem, os dois ultrapassam o conflito mantendo sua validade, devendo o aplicador decidir qual deles possui maior peso.

Segundo Ávila: “[...] O critério distintivo dos princípios em relação às regras seria, portanto, a função de fundamento normativo para a tomada de decisão”².

Outra característica importante é a normatividade, sem a qual os princípios possuiriam função meramente decorativa, caráter declaratório, desprovidos de eficácia ou efetividade. Os princípios são normas vinculantes, dotadas de efetiva juridicidade, como quaisquer outros preceitos na ordem jurídica. Os princípios e re-

¹ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

² AVILA, Humberto. *Teoria dos princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 7. ed. Malheiros. São Paulo, 2007, p. 35.

gras são espécies de normas e quando previstos numa constituição federal passam a ser *norma normarum*.

O princípio da moralidade administrativa é uma norma constitucional, prevista em seu artigo 37, que deve ser aplicada em conjunto com os outros princípios constitucionais. Ao ser previsto na Constituição Federal de 1988, esse princípio demonstra uma forte ligação entre o direito e a moral.

A exegese da norma contida no art. 37 da Constituição Federal, que traz em seu caput o princípio da moralidade administrativa, nem sempre é observada pelo administrador público.

Ademais, a priori, entendemos que a institucionalização da ética no âmbito da administração pública pode se dar de diversas formas, todavia, através da criação de código de ética por decreto não é suficiente para que a ética seja institucionalizada.

Nesse sentido, diante da necessidade de se efetivar o princípio da moralidade, intenta-se que se aja de forma a respeitar a ética na Administração Pública, todavia, a utilização da positivação da ética não nos parece ser o melhor caminho a ser seguido; tendo em vista não ser suficiente para alcançar este objetivo.

Trataremos – sem aprofundamento, tendo em vista que este artigo não pretende esgotar a matéria, mas apenas incitá-la – sobre a institucionalização da ética e sua relação com o direito, bem como sobre o papel do princípio da moralidade na administração pública como meio para se tentar garantir uma gestão pública mais justa e ética. “O princípio da moralidade impõe que o administrador público não dispense os preceitos éticos que devem estar presentes na sua conduta”³.

Outrossim, não se pode regredir quanto às conquistas do Direito Administrativo, nem ignorar o art. 37 da Constituição Federal que

previu expressamente o princípio da moralidade como um dos regentes da administração pública brasileira. Logo, é preciso encontrar uma forma de se atender aos novos anseios da sociedade e fazer valer na prática o princípio da moralidade, que não se confunde com a legalidade.

Entretanto, não se pode ignorar as discussões e a produção jurídica sobre o princípio da moralidade, muito menos sobre a institucionalização da ética na Administração Pública brasileira. A abordagem mais sistemática para estimular um comportamento ético é desenvolver uma cultura administrativa que crie uma ligação entre os padrões éticos e as práticas na gestão pública. Essa institucionalização dos padrões éticos começa com a compreensão da filosofia da ética, e é sustentada por mecanismos como a estrutura, códigos, programas de treinamento e comissões de ética.

Sendo assim, é preciso refletir se essas medidas são o caminho certo para se alcançar uma materialização da ética, convertendo as teorias filosóficas ligadas à ética em prática. Sendo relevante a utilização da hermenêutica – “a interpretação jurídica como um desentranhar o sentido que guarda a lei sob suas palavras”⁴ – para se aplicar de forma efetiva o princípio da moralidade na Administração Pública.

Hodiernamente, não se concebe a salvaguarda de direitos sem uma interpretação hermenêutica compatível com os novos paradigmas axiológicos, apoiados, sobretudo, na constitucionalização do direito administrativo, presentes no esforço de reconstrução dos institutos peculiares ao direito público.

Marília Muricy, ao tratar do princípio da moralidade na Administração Pública, afirma:

³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 18.

⁴ MACHADO NETO, Antônio Luiz. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 216.

Ao incluir o princípio da moralidade administrativa ao lado dos demais que integram o artigo 37 da Constituição Federal, o legislador constituinte grifou a íntima convivência entre o direito e a moral. Tal convivência mostrou-se resistente a todas as investidas do chamado positivismo jurídico, repelindo, desde o positivismo estreito dos comentaristas do código de Napoleão até a leitura arrevesada que alguns insistem em fazer da obra de Kelsen, afirmando ter ele negado qualquer ligação entre o direito e o mundo dos valores, o que constitui uma absoluta imprecisão⁵.

Ademais, percebe-se o quanto é importante o papel da Teoria Pura do Direito de Kelsen ao se tratar de moral e direito. E a supracitada Autora continua:

É unânime, entre admiradores e críticos de Teoria Pura, a afirmação de seu cepticismo axiológico, fruto da censura à ideologia jusnaturalista e claramente ajustada à descrença positivista na objetividade (ou intersubjetividade) dos valores. Tal cepticismo não se restringe às conseqüências do voto de pureza metódica professado como condição indispensável ao vigor da ciência, mas se estende, para além da Teoria Pura do Direito, a filosofia kelseniana da justiça, a cujas luzes não existe, mas questões valorativas, qualquer objetividade possível.

Apesar da convicção kelseniana quanto à inacessibilidade dos problemas de valor a critérios racionais, e, pois, quanto à impossibilidade de estabelecer pautas de preferibilidade para as opções axiológicas, a Teoria Pura não nega lugar aos valores como integrantes da experiência jurídica e reconhece sua presença na prática profissional dos juristas. Tem-se aqui aspecto importante para a análise de sua teoria da interpretação⁶.

No que se refere ao princípio da moralidade é necessário esclarecer alguns pontos. Inicial-

mente, cumpre explicar que o princípio da moralidade não se confunde com o da legalidade, nesse sentido Hely Lopes de Meirelles, utilizando-se da arrematação de Hauriou, afirma:

[...] E, ao atuar, não poderá desprezar o elemento ético de sua conduta. Assim, não terá que decidir somente entre o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, o oportuno e o inoportuno, mas também entre o honesto e o desonesto. Por considerações de direito e de moral, o ato administrativo não terá que obedecer somente à lei jurídica, mas também à lei ética da própria instituição, porque nem tudo que é legal é honesto, conforme já proclamavam os romanos – *non omne quod licet honestum est*. A moral comum, remata Hauriou, é imposta ao homem para sua conduta externa; a moral administrativa é imposta ao agente público para a sua conduta interna, segundo as exigências da instituição a que serve, e a finalidade de sua ação: o bem comum⁷.

Conforme se infere das palavras citadas acima, o princípio da moralidade é independente ao da legalidade. Nas palavras de Delgado, “enquanto o princípio da legalidade exige ação administrativa de acordo com a lei, o da moralidade prega um comportamento do administrador que demonstre haver assumido como móbil da sua ação a própria idéia do dever de exercer uma boa administração”⁸.

⁵ MURICY, Marília. *O Princípio da Moralidade Administrativa*. Disponível em: <<http://terramagazine.terra.com.br/interna/principio+da+moralidade+administrativa.html>>. Acesso em 19 out 2011.

⁶ MURICY, Marília. Racionalidade do direito, justiça e interpretação. Diálogo entre a teoria pura e a concepção luhmanniana do direito como sistema autopoietico. In: BOUCAULT, Carlos E. de Abreu; RODRIGUEZ, José Rodrigo (org.). *Heremênutica Plural: possibilidades filosóficas em contextos imperfeitos*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 116-117.

⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 15 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 79.

⁸ DELGADO, José Augusto. *O Princípio da Moralidade Administrativa e a Constituição Federal de 1988*. BDjur, Brasília, DF. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/9917>>. Acesso em: 17 out. 2011.

O princípio da moralidade é uma forma de responsabilização ética do administrador público para salvaguardar a superioridade da coerência material do sistema, bem como sobre a institucionalização da ética. Trata-se de uma positivação constitucional da moral, isto é, uma tentativa do legislador constitucional de inserir a ética na Administração Pública por meio de uma norma de direito.

3. A Relação entre Ética e Direito.

Segundo Reale, a ética é entendida como a doutrina do valor do bem e da conduta humana que o visa realizar.⁹ Destarte, quem preza pela ética ao realizar uma conduta o faz de forma a respeitar o bom senso.

A Administração Pública em geral deve ser regida de forma ética. Mas que ética é esta? E como deve ser institucionalizada? Um conceito de ética não é nada fácil de explicar. Observe-se o que Valls afirma sobre conceito de ética:

Tradicionalmente ela é entendida como um estudo ou uma reflexão, científica ou filosófica, e eventualmente até teológica, sobre os costumes ou sobre as ações humanas. Mas também chamamos de ética a própria vida, quando conforme aos costumes considerados corretos. A ética pode ser o estudo das ações ou dos costumes, e pode ser a própria realização de um tipo de comportamento¹⁰.

E quanto ao conceito de direito? A doutrina também não chega a um consenso. Por enquanto vamos ficar com as palavras de Ferraz:

O direito, assim, de um lado, protege-nos do poder arbitrário, exercido à margem de toda regulamentação, salva-nos da maioria caótica e do tirano ditatorial, dá a todos oportunidades iguais e, ao mesmo tempo, ampara os desfavorecidos. Por outro lado, é também um instrumento manipulável que frustra as aspirações dos menos privilegia-

dos e permite o uso de técnicas de controle e dominação que, por sua complexidade, é acessível a uns poucos especialistas¹¹.

O direito da teoria jusnaturalista reconstruído racionalmente, de forma cartesiana, não reproduz a experiência concreta do direito na sociedade criando uma distância entre teoria e práxis.¹²

A partir do século XIX a positivação do direito se dá, e com isso, aumenta a segurança pelo fato de o direito tornar-se escrito. Todavia, a mutabilidade do direito passa a ser regra, sendo isso característica da positivação do direito, segundo Luhmann. Ganha forma a ideia de se existir apenas um direito, isto é, o positivismo.

A partir do século XX, o direito aumenta sua força como forma de resolução de conflitos sociais através de aplicação da norma ao caso concreto. “O jurista contemporâneo preocupa-se, assim, com o direito que ele postula ser um todo coerente, relativamente preciso em suas determinações, orientado para uma ordem finalista, que protege a todos indistintamente¹³”.

Todavia, no que se refere à ética, o direito não parece ser a melhor solução para a sua falta no âmbito da Administração Pública.

Cortina parte de uma classificação da ética em seis grandes gêneros: éticas normativas e descritivas, naturalistas e não naturalistas, cognitivistas e não cognitivistas.¹⁴ E utiliza-se de Kant para concluir que o cognitivismo “não é uma questão de verdade ou falsidade, mas de

⁹ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 37.

¹⁰ VALLS, Álvaro L.M. *O Que é Ética?* Editora Brasiliense, 1994, p. 7.

¹¹ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação*. 6. ed. São Paulo: Atlas 2011, p. 09-10.

¹² *Ibidem*, p. 47.

¹³ *Ibidem*, p. 57.

¹⁴ CORTINA, Adela, *A ética sem moral*. Tradução Marcos Marcionilo. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 44.

argumentação racional acerca da correção e da validade”¹⁵.

Para saber de que ética estamos tratando, necessário se faz conhecer o seu objeto e tratar não só da teoria, mas também da prática. Observe-se o que afirma Cortina:

O objeto da ética são as normas, das quais, não se pode dizer que sejam verdadeiras ou falsas, mas sim se são corretas ou incorretas. E cabe argumentar racionalmente acerca de sua correção ou incorreção: se há um discurso teórico, também se faz necessário um discurso prático, que nos permite distinguir entre as normas válidas e as meramente vigentes¹⁶.

A valorização da ética como instrumento de gestão pública insere-se, por inteiro, no esforço de revitalização e modernização da Administração Pública. Ademais, este é um dos aspectos que falta para torná-la não só eficiente quanto aos resultados, mas também democrática no que se refere ao modo pelo qual esses resultados são alcançados.

Pela institucionalização da ética na Administração Pública busca-se reverter o crescente ceticismo da sociedade a respeito da moralidade da Administração Pública e resgatar e atualizar a noção de serviço público, o que abrange inclusive o dever de prestar contas do conteúdo ético do desempenho dos servidores, em particular os que têm responsabilidade de decisão.

Da ética decorreram o direito e a moral e ao longo da história, desde a Grécia antiga se tentou distinguir o direito da moral. Segundo Machado Neto:

De um ângulo sociológico, poderíamos estabelecer ainda uma relação genética entre moral e direito, considerando que uma sociedade passa a conferir a nota de exigibilidade e a consequente imposição inexorável através da sanção organizada a

toda exigência moral que se tenha tornado essencial à vida e ao equilíbrio do grupo¹⁷.

Destarte, o supracitado autor conclui que o direito tutela o que a sociedade considera como o mínimo moral imprescindível à sua sobrevivência, isto é, quando um costume deixa de ser apenas uma exigência moral e passa a ser considerado algo essencial para a vida do grupo, e a sanção seria a garantia do seu cumprimento.

Ética, direito e moral influenciam diretamente na sociedade. O hábito das pessoas reflete na Administração Pública, nas regras jurídicas e morais. Ao tratar de ciências que interferem na sociedade, como é o caso da ética e do direito, é inevitável tratar das ideias de Durkheim, que é considerado o pai da sociologia.

[...] O hábito coletivo não existe apenas em estado de imanência nos atos sucessivos que ele determina, mas se exprime de uma vez por todas, por um privilégio cujo exemplo não encontramos no reino biológico, numa fórmula que se repete de boca em boca, que se transmite pela educação, que se fixa através da escrita. Tais são a origem e a natureza das regras jurídicas, morais, dos aforismos e dos ditos populares, dos artigos de fé em que as seitas religiosas ou políticas condensam suas crenças, dos códigos de gosto que as escolas literárias estabelecem, etc. Nenhuma dessas maneiras de agir ou de pensar se acha por inteiro nas aplicações que os particulares fazem delas, já que elas podem inclusive existir sem serem atualmente aplicadas. [...] O hábito coletivo não existe apenas em estado de imanência nos atos sucessivos que ele determina, mas se exprime de uma vez por todas, por um privilégio cujo exemplo não encontramos no reino biológico, numa fór-

¹⁵ Ibidem, p. 45.

¹⁶ CORTINA, Adela, *A ética sem moral*. Tradução Marcos Marcionilo. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes. 2010, p. 45.

¹⁷ MACHADO NETO, Antônio Luiz. *Sociologia Jurídica*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1987, p.177.

mula que se repete de boca em boca, que se transmite pela educação, que se fixa através da escrita. Tais são a origem e a natureza das regras jurídicas, morais, dos aforismos e dos ditos populares, dos artigos de fé em que as seitas religiosas ou políticas condensam suas crenças, dos códigos de gosto que as escolas literárias estabelecem, etc. Nenhuma dessas maneiras de agir ou de pensar se acha por inteiro nas aplicações que os particulares fazem delas, já que elas podem inclusive existir sem serem atualmente aplicadas¹⁸.

O que se percebe é que não basta que haja previsão normativa por meio de códigos, é preciso que eles sejam aplicados de forma coerente, não deve simplesmente sugerir e existir. Nesse mesmo sentido qualquer norma jurídica pode existir, mas não ser atualmente aplicada. Todavia, isto não deveria ocorrer em relação as normas morais.

Durkheim também trata da relação entre ética, direito e moral:

[...] No que concerne ao detalhe das regras jurídicas e morais, elas não teriam, por assim dizer, existência por si mesmas, mas seriam apenas essa noção fundamental aplicada às circunstâncias particulares da vida e diversificada conforme os casos. Portanto, o objeto da moral não poderia ser esse sistema de preceitos sem realidade, mas a idéia da qual decorrem e da qual não são mais que aplicações variadas. Assim, todas as questões que a ética se coloca ordinariamente se referem, não a coisas, mas a idéias; o que se trata de saber é em que consiste a idéia do direito, a idéia da moral, e não qual a natureza da moral e do direito considerados em si mesmos [...] ¹⁹.

Quando se trata de ideias éticas, percebe-se que não se há uma preocupação com a coisa, mas sim com a ideia do que a coisa consiste. A relação do direito com a ética é complementar

e muitas vezes confundida ao longo da história. Entendemos que não há confusão entre direito e ética, que tratam de coisas diferentes e possuem objetivos diferentes.

4. Patrimonialismo e Neopatrimonialismo.

Ao se fazer uma análise histórica superficial da Administração Pública no Brasil, percebe-se que se sofre com a corrupção desde 1808, quando houve o êxodo da família real portuguesa da sua sede em Portugal ao então Brasil Colônia. E essa administração patrimonialista continua trazendo reflexos nefastos para a administração pública brasileira. O patrimonialismo e o neopatrimonialismo explicam um pouco desse hábito nefasto de corrupção que embriaga a Administração Pública brasileira.

A dominação patrimonial se exerce em virtude do pleno direito pessoal e seria originariamente de uma tradição. Para Shwartzman, o patrimonialismo está presente na genética dessa contemporaneidade quando ele afirma que “a dominação política racional-legal é filha do casamento entre o patrimonialismo dos regimes absolutistas e a burguesia emergente”²⁰. Ainda segundo o citado autor, o fenômeno da industrialização, juntamente com aspectos de modernidade, associado a traços tradicionais de cultura política patrimonialista, configura-se o que se denomina de neopatrimonialismo.

Enquanto Schwartzman tende a centralizar na burocracia estatal o ônus do neopatrimonialismo, Domingues destaca três pontos importantes em relação ao caráter patrimonialista do Estado: I) a atuação dos “agentes societários”; ele sustenta que embora o patrimonialismo contemporâneo tenha no Estado o seu susten-

¹⁸ DURKHEIM, Emile: *As regras do método sociológico*. Disponível na Internet: < http://www.4shared.com/dir/KV1sUjaA/_online.htmlr>. Acesso em 09 de maio de 2012.

¹⁹ Ibidem.

²⁰ SCHWARTZMAN, Simon. *Bases do Autoritarismo Brasileiro*. Disponível em <http://www.schwartzman.org.br/simon/bases/bases.htm#_1_2>. Acessado em 10 jul 2011.

táculo, a sociedade civil tem papel fundamental nessa construção; por exemplo, indivíduos que subornam guardas de trânsito e grandes corporações que infiltram seus negócios na administração pública, a partir de participações em financiamentos de campanhas eleitorais; (II) o caráter moderno do patrimonialismo, ou seja, a presença desse caráter concomitantemente com um aparelho burocrático, eficiente muitas vezes, onde a forma de dominação não é tradicional, no sentido weberiano da palavra; e (III) uma lógica dual, onde há presença de uma burocracia racional-legal, mas onde, ocultamente, emergem as práticas patrimonialistas, que no plano macro (nas grandes falcaturas), existe uma crescente dificuldade de legitimação, apesar de passividade da sociedade e da presença de uma mídia cada vez mais pirotécnica, e no plano micro (nas pequenas propinas), não havendo maiores questionamentos de sua legitimidade formal, tendo o cidadão, muitas vezes, vergonha de ser honesto.²¹

Parece claro, que aspectos presentes na gênese da sociedade civil brasileira e do Estado brasileiro respondem às muitas questões relativas ao porquê do insistente caráter patrimonialista na contemporaneidade.

Esse caráter neopatrimonialista implica em descumprimento ao princípio da moralidade administrativa. Com muita precisão aduz Carvalho Filho: “o que pretendeu o constituinte foi exatamente coibir essa imoralidade no âmbito da Administração. Pensamos, todavia, que somente quando os administradores estiverem realmente imbuídos de espírito público é que o princípio será efetivamente observado”²².

Deve-se evitar que o neopatrimonialismo se institua na Administração Pública brasileira, é preciso ter consciência de que os bens públicos utilizados pelos servidores e gestores na Administração Pública são do Estado e devem assim ser utilizados e não como extensão do patrimônio particular de quem usa. E uma das soluções para isso é a institucionalização da ética na Administração Pública.

5. A Institucionalização da Ética na Administração Pública.

Percebe-se que devido ao histórico na Administração Pública “a idéia de moralidade administrativa nasceu vinculada à de desvio de poder”²³, sendo este classificado em excesso de poder e desvio de finalidade.

Desvio de poder é o uso indevido que a autoridade administrativa, dentro de seu campo de discricionariedade, faz da potestas que lhe é conferida para atingir finalidade pública ou privada, diversa daquela que a lei preceituara. Desvio de Poder é o desvio do poder discricionário, é o afastamento da finalidade do ato. É a ‘aberratio finis legis’.²⁴

Já o desvio de finalidade, na lição de Hely Lopes Meirelles:

[...] os fins da Administração consubstanciam-se na defesa do interesse público, assim entendidas aquelas aspirações ou vantagens lícitamente almejadas por toda a comunidade administrada, ou por uma parte expressiva de seus membros. O ato ou contrato administrativo realizado sem interesse público configura desvio de finalidade.²⁵

A Administração Pública, por meio de seus gestores, deve sempre respeitar as leis, os princípios e a Constituição Federal, não sendo

²¹ DOMINGUES, J.M. – *Sociologia e modernidade – para entender a sociedade contemporânea*. Rio de Janeiro. Ed. Civilização, 1999. (Cap.3: O estado, a democracia e a cidadania).

²² CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007, p. 18.

²³ LOPES, MAURICIO Antonio Ribeiro. *Ética e Administração Pública*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993, p. 36.

²⁴ JÚNIOR, José Cretella. *Manual de Direito Administrativo*. 7. ed. Editora Forense. Rio de Janeiro, 2000. p.176-177.

²⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 24 ed. atualizada por Eurico Andrade Azevedo, Dêlcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros Editores, 1999. p.81.

a discricionariedade um cheque em branco assinado pelo povo para que o gestor faça o que bem entende do erário.

A discricionariedade não implica – e bem o diz Diogo Figueiredo de Moreira Neto – transportar para o direito público o princípio da autonomia da vontade da Administração. Trata-se, com ela, de bem gerir as necessidades de integração da lei, buscando, entre as várias possibilidades, nela contidas, de individualização da decisão administrativa, a alternativa mais consonante com o interesse público.²⁶

O gestor não está acima do ordenamento jurídico nem dos princípios que regem a Administração Pública. Não se pode conceber uma boa Administração Pública regida com excesso de poder e desvio de finalidade.

Outrossim, percebe-se que a influência da posituação da norma para se institucionalizar a ética não parece resolver esse problema social. Cossio exemplifica a ineficiência da posituação quando afirma que se as determinações criadas pelo legislador fossem o direito positivo, bastaria se proibir o homicídio para acabar com ele²⁷.

A criação de leis em seu sentido lato é ou não suficiente para se fortalecer a institucionalização da ética? Segundo inferimos de Cossio, não parece ser suficiente a criação de norma, em seu sentido lato, para se resolver problemas sociais. No caso das leis, estas podem até funcionar como reflexo da vontade da maioria, mas não servem para efetivar a política pública.

Caso haja previsão normativa jurídica, quem cometer algo dito antiético responderá a processo administrativo e poderá ser condenado administrativamente, mas isto não implicará, necessariamente, uma diminuição de cometimento de condutas antiéticas na Administração Pública. E, para que isto ocorra é necessário que haja previsão legal, em seu sentido lato de norma jurídica? Não bastaria se aplicar normas éticas universais? Não nos parece ser por meio da posituação a solução desse problema social.

6. Considerações finais.

Kelsen trata da relação entre direito e moral, e chega a conclusão de que muitas vezes as sanções morais realizadas pelas censuras dos nossos pares são mais graves do que a sanção trazida pela norma jurídica.

Não precisa ter mais de uma pessoa para acontecer uma ordem moral, a regra moral está ligada a um sentimento interno. É uma força de dentro para fora, não sendo superior à pessoa. Não se pode impor com o uso da força a conduta moral; além de não ter uma sanção para tal conduta, o comportamento ou a conduta imoral, deve ser desaprovada pelo próprio indivíduo, apesar de a aprovação ou desaprovção dos pares serem recebidas como recompensa ou castigos, representando por muitas vezes sanções, até mais duras e eficazes, com relação à norma²⁸.

Todavia, parece haver uma inversão de valores e o que era para ser considerado antiético se torna aceitável. Num país em que investigações comissões parlamentares de inquérito são lideradas com descaso e concluídas com um faz de conta, em que se finge que investiga e finge punir os culpados, nada parece mais surpreender a população no que se refere às sanções morais no âmbito da Administração Pública.

Talvez o resgate da ética kantiana, em que a autonomia e a autolegislação demonstram o caráter peculiar do homem, pudesse ser um início da solução do problema aqui proposto. Trata-se de uma ética formal, logo universal e racional, válida para todo o mundo. Afirma-se que é uma ética deontológica, que implica que o homem atua moralmente quando o faz por um

²⁶ MURICY, Marília (2001). *O Procurador do Estado e a ética profissional*. Revista Jurídica APERGS: Advocacia do Estado. Ano 1, nº 1 Set. 2001 Porto Alegre: Metrópole. p, 135.

²⁷ COSSIO, Carlos. *La valoración jurídica y la ciencia del derecho*. Buenos Aires: Arayú, 1954, pp. 77/78.

²⁸ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. Justiça e Direito, p, 29.

dever, que é o respeito à lei. Kant afirma que há os seguintes tipos de ações: ações contrárias ao dever; ações conforme o dever; ações por dever, estas últimas têm valor moral, que deveria ser seguido, isto é, deve-se agir por uma máxima. Trata-se de imperativo categórico: “Aja de tal forma que possa querer ao mesmo tempo que se torne lei universal”²⁹. O “bom” para Kant: a boa vontade é a que atua por um dever. O dever é sempre um fim em si mesmo.

E isso é que esperamos dos gestores públicos brasileiros: que ajam de forma ética e respeitando à Constituição Federal. Destarte, ao analisar a ética na Administração Pública, percebe-se que ainda há um longo caminho a ser percorrido. Finalmente, caso tenhamos despertado o interesse para a temática e contribuído para a percepção e problematização da ética na Administração Pública, alcança-se o *mister* deste artigo.

REFERÊNCIAS:

AVILA, Humberto. **Teoria dos princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos.** 7. ed. Malheiros. São Paulo, 2007.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo.** Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.

CORTINA, Adela, **A ética sem moral.** Tradução Marcos Marcionilo. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes. 2010.

COSSIO, Carlos. **La valoración jurídica y la ciencia del derecho.** Buenos Aires: Arayú, 1954.

DELGADO, José Augusto. **O Princípio da Moralidade Administrativa e a Constituição Federal de 1988.** BDjur, Brasília, DF. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/9917>>. Acesso em: 17 out. 2011.

DOMINGUES, J.M. – **Sociologia e modernidade – para entender a sociedade contemporânea.** Rio de Janeiro. Ed. Civilização, 1999.

DURKHEIM, Emile: **As regras do método sociológico.** Disponível na Internet: <http://www.4shared.com/dir/KV1sUjaA/_online.htmlr>. Acesso em 09 de maio de 2012.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio.** 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação.** 6. ed. São Paulo: Atlas 2011.

KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Prática.** Tradução de Afonso Bertagnoli. São Paulo, 2004. Disponível na Internet: <http://www.4shared.com/dir/KV1sUjaA/_online.htmlr>. Acesso em 02 de maio de 2012.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. Justiça e Direito.

JÚNIOR, José Cretella. **Manual de Direito Administrativo.** 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

LOPES, MAURICIO Antonio Ribeiro. **Ética e Administração Pública.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.

MACHADO NETO, Antônio Luiz. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito.** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

_____, Antônio Luiz. **Sociologia Jurídica.** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** 15. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

²⁹ KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Prática.* Tradução de Afonso Bertagnoli. São Paulo, 2004. Disponível na Internet: <http://www.4shared.com/dir/KV1sUjaA/_online.htmlr>. Acesso em 02 de maio de 2012.

_____, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 24. ed. atualizada por Eurico Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

MURICY, Marília. **O Princípio da Moralidade Administrativa**. Disponível em: < <http://terramagazine.terra.com.br/interna/principio+da+moralidade+administrativa.html>.> Acesso em 19 out 2011.

_____, Marília (2001). **O Procurador do Estado e a ética profissional**. In: Revista Jurídica APERGS: Advocacia do Estado. Ano 1, nº 1 Set. 2001, Porto Alegre: Metrópole, 2001.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

SCHWARTZMAN, Simon. **Bases do Autoritarismo Brasileiro**. Disponível em <http://www.schwartzman.org.br/simon/bases/bases.htm#_1_2>. Acessado em 10 jul 2011.

VALLS, Álvaro L. M. **O Que é Ética?** Editora Brasiliense, 1994.

A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA NO BRASIL

Gustavo Hasselmann
Procurador do Município do Salvador

A atuação do Judiciário, notadamente em relação a assuntos de interesse coletivo, de tempos em tempos, vez por outra, desvela polêmica e acerbas discussões na sociedade, sobretudo no tocante à legitimidade. Todavia, nunca foi tão intensa, dita atuação, como na presente quadra; sempre, outrora, fora, esporádica e pontual, como se constata nas intervenções dos tribunais da república de Weimar, na tentativa da Suprema Corte Americana de anular a legislação que embasava o New Deal de Roosevelt, etc., etc.

Entretanto, a partir da 2ª Guerra Mundial, subsistindo, com muito mais intensidade até os dias que correm, o Judiciário vem massivamente, muitas vezes em confronto aberto com os outros Poderes, intervindo na economia e na sociedade, para garantir a cidadania e a justiça social, em especial no que concerne aos direitos sociais, todos encapsulados no valor fundante, inscrito em todas ou quase todas as constituições democráticas e nas declarações universais dos direitos

do homem e do cidadão, a saber, a dignidade da pessoa humana.

Esse fenômeno ganha especial relevo em países periféricos ou semiperiféricos, epítetos em que o Brasil pode ser enquadrado.

Fomos, e ainda somos em grande medida, por muito tempo uma sociedade eminentemente agrária e baseada, economicamente, no trabalho escravo. Fomos o último, senão um dos últimos, a abolir oficialmente a escravidão nas Américas.

Mercê, dentre outros motivos, de nossa situação de colônia, sempre tivemos o vexo de importar modelos políticos e econômicos alienígenas, muitas vezes sem os devidos ajustes e temperamentos.

Adotamos a monarquia quando essa forma de governo já estava consolidada na Europa. Foi assim também com a república, a velha e a

nova, em que o liberalismo econômico, forjado na Europa e EUA, conviveram, em textos normativos, formalmente com o *Welfare State*, sem que, ainda hoje, nunca tenhamos tido, material e substantivamente, um Estado-Providência.

Nesse diapasão, basta atentar para o fato de que a nossa Constituição Federal de 1946 – convivendo lado a lado com o nosso Código Civil de 1916, de índole eminentemente liberal – estabeleceu, em diversas passagens de sua tessitura, a intervenção do Estado na economia e na realidade social, para execução de prestações públicas.

Ademais, não se pode olvidar que o nosso Código Civil atual, já adequado à nossa atual Constituição Federal, esta repleta de prestações públicas, só entrou em vigor posteriormente a ela.

Sem muito esforço, podemos constatar que, na realidade do nosso Brasil, o caos no que tange a direitos sociais e políticas públicas, mercê de uma sociedade despolitizada, e Executivo e Legislativo técnica, ética e economicamente (no aspecto econômico se arrecada muito e se gasta mal) estiolados, convivendo com um Judiciário que, se de um lado é o desaguadouro dos anseios e frustrações da sociedade, se revela tíbio técnica, cultural e economicamente.

Não obstante, o nosso Judiciário, deficiente e mal aparelhado, repita-se, vem sendo convocado pela sociedade a coibir os abusos e omissões dos outros Poderes e, por outro lado, para atender a uma gama volumosa de direitos sociais, coletivos e difusos.

Desse modo, verifica-se uma grande e crescente judicialização da política, fenômeno que, dado a escassez de estudos produzidos em nosso País sobre o assunto, (embora os poucos que o foram se revelem fecundos e proficientes), desperta a nossa curiosidade e preocupação, seja porque, por um lado, o protagonismo do Judiciário, notadamente do STF, poderia colocar em

risco a nossa ainda frágil e incipiente democracia, seja porque o Judiciário, à vista do ocaso dos outros poderes, tem sido um importante, senão o maior, reduto para aplacar ou sustar os abusos e omissões do Executivo e Legislativo, e satisfazer a prestações públicas reivindicadas pela sociedade e não deferidas por eles (o Executivo e o Legislativo).

O tema, aqui e alhures, é intrigante e importante para o destino das democracias, como adverte SANTOS (1999):

Um dos fenômenos mais intrigantes da sociologia política e da ciência política contemporânea é o recente e sempre crescente protagonismo social e político dos tribunais: um pouco por toda Europa e por todo o continente americano, os tribunais e juízes, os magistrados do Ministério Público, as investigações da polícia criminal, as sentenças judiciais surgem nas primeiras páginas dos jornais, nos noticiários televisivos e são temas freqüentes de conversa entre cidadãos. Trata-se de um fenômeno novo ou apenas de um fenômeno que, sendo velho, colhe hoje uma nova atenção pública?

O tema proposto é candente, instigante e complexo, não tendo merecido ainda a devida atenção dos estudiosos, salvo algumas exceções. Em nosso País são parcas as obras que sobre ele se debruçaram.

Apesar de não ser, a judicialização da política, um fato recente, está ela a merecer acurados estudos, vez que, a par de provocar de certa forma uma clivagem ou alteração na clássica separação de poderes de Montesquieu, é sobremodo relevante para a democracia, em especial para a consolidação do Estado Democrático e Social de Direito no Brasil, promessa do Constituinte de 1998 ainda não concretizada.

Tentaremos dialogar, no presente trabalho, com as seguintes obras e autores: A Judicialização da Política e das Relações Sociais, de

Luiz Werneck Vianna e outros; Corpo e Alma da Magistratura Brasileira, de Luiz Werneck Vianna e outros; Os Tribunais nas Sociedades Contemporâneas, de Boaventura de Souza Santos e outros; O Sentido da Judicialização da Política, de Débora Alves Maciel e Andrei Koerner; Sistema Político Brasileiro; uma introdução – artigo: “Judiciário: entre a Justiça e a Política”, de Rogério Bastos Arantes; O Supremo Tribunal Federal e a Judicialização da Política; A Democracia e os Três Poderes no Brasil, de Luis Werneck Vianna e outros.

Por outro lado, cifraremos esse fenômeno ao Brasil, sem embargo de cotejo com os sistemas políticos da Europa e os EUA.

Não pretendemos, em linha de princípio, tomar partido, para efeito de precisar o conceito ou significado da expressão judicialização da política, nas discussões filosóficas derredor da linguagem, seja em relação às correntes essencialistas, seja quanto aos nominalistas, seja no que concerne aos representacionistas, seja, enfim, no que toca aos existencialistas.

Apenas entendemos a linguagem como um modo de ser humano (Heidegger), ineliminável e indispensável à existência humana, que tem como uma das suas primordiais funções designar objetos do mundo, nossos pensamentos, desejos, sentimentos emoções etc. e entretecer a convivência humana. Sem ela não nos hominizamos.

Por outro lado, as palavras, longe de versarem sobre essenciais, no seu aspecto semântico ou pragmático, dão azo a interpretações as mais variáveis possíveis e a equívocos, sobretudo quando cuidamos daquelas revestidas de caráter indeterminado, polissêmico, plurissignificativo, como é o caso da expressão judicialização da política.

A própria acepção da expressão política já traz ínsito um problema, visto ficar na dependência da matriz ou veio filosófico que a enuncia. Basta atentar para o sentido da política que lhe

empresta Hannah Arendt, ao privilegiar o mundo grego e os aspectos da pluralidade, da mundaneidade, da espontaneidade e da liberdade para defini-la. Já Maquiavel trilha o caminho do governo austero, rígido, do governo com mão de ferro conduzido pelo príncipe, e a relação entre meios e fins, o que Arendt abomina.

De igual forma, é a expressão judicialização da política uma expressão que comporta mais de um significado. Um dos principais seria a massiva intervenção do Judiciário na política que se sucedeu a partir do *Welfare State* (a partir da 1ª Guerra Mundial, com a crise do modelo liberal), quando o Judiciário, até então omissos, leniente e ausente, subjugado aos outros Poderes, sobretudo o Legislativo, começa a confrontar com eles, declarando a invalidade, por vício de inconstitucionalidade, de atos normativos ou omissões dos outros dois poderes, para promover justiça social.

Com efeito, até o período de início do Estado-Providência, a partir da 1ª Guerra Mundial, a magistratura estava totalmente subjugada ao legislativo, limitada apenas aplicar a lei como autômato; ao juiz era interdito criar o direito, interpretá-lo. Ele era considerado “a boca inanimada da Lei”. (SANTOS, 1999). Isso se deveu ao fato de que o Estado era mínimo e a hegemonia do Legislativo levava a um apogeu absoluto da lei, inclusive para efeito da tão desejada, pelos revolucionários franceses, segurança jurídica. Apenas relações privadas e individuais eram levadas à apreciação do Judiciário, que as dirimia com estreita observância da literalidade da lei. Prevalcia nesse período a proteção à propriedade privada, inclusive dos meios de produção, e à liberdade de contratar.

O segundo principal significado da expressão judicialização da política, é o da judicialização das relações sociais. Com a crise do modelo liberal, inúmeros litígios são levados à apreciação do Judiciário, primeiramente os trabalhistas – oriundos da crise da exploração capitalista do trabalho assalariado, sobretudo a partir da

revolução industrial –, passando o Estado a ter que intervir na economia e nas relações sociais. Surgem litígios coletivos e transindividuais, até então desconhecidos na realidade social (VIANNA, 1999).

Passa, então, a emergir uma grande e variada gama de conflitos, mercê inclusive da exuberante produção legislativa, ostentando o Executivo, nessa quadra, um papel de pujança e de grande proeminência. O Estado-Providência, malgrado a grande hegemonia dos outros dois poderes, notadamente do Executivo, concita o Judiciário a agir, para corrigir as injustiças que afloravam nas relações sociais.

Enquanto no Estado moderno o Judiciário era inerte, já no *Welfare State*, ele passa a ser intervencionista, justamente para corrigir e aplacar as grandes injustiças sociais.

Fala-se, então, que no Estado liberal o Judiciário era absentista, só atuando para solucionar litígios individuais. No Estado-Providência, verifica-se a invasão do Direito pela Política. Com a crise do Estado-Providência, é o Direito que invade a política, sobretudo após os horrores da 2ª Guerra Mundial.

Com efeito, após a 2ª Grande Guerra, o direito se humaniza e passa a buscar, com mais ênfase, inclusive com uma nova hermenêutica, não só a ordem (controle social), mas também a justiça social, daí a Declaração Universal dos Direitos dos Homens e Cidadãos, bem assim o novo constitucionalismo dos países democráticos.

Essas as considerações de VIANNA (1997, p. 30) sobre esse último fenômeno acima citado:

À invasão do direito pela política, com a passagem do estado de direito ao *Welfare State*, segue-se, com o constitucionalismo, a invasão da política pelo direito, ampliando-se a esfera da legalidade: o Judiciário, por meio do controle da constitucionalidade das leis, especialmente no que se refere à

declaração dos direitos fundamentais, passa a fazer parte, ao lado do Legislativo, da sua formulação.

A crise do Estado-Providência se deu, dentre outros motivos, pela incapacidade técnica e cultural dos agentes públicos de lidarem com essa nova realidade, permeada de conflitos coletivos e difusos, como assim em decorrência do estiolamento financeiro e orçamentário do Estado, o que fez com que o Judiciário tivesse fins a atingir, todavia sem os meios para tanto.

É de se imaginar as dificuldades do Judiciário que, por não lidar diretamente com as finanças, malgrado o aumento do seu prestígio no período, era demandado enormemente pela sociedade, mas, todavia, dependia dos outros Poderes para exercer suas nobres funções, Poderes esses com os quais contrastava ou contendia.

Segundo SANTOS (1999, p. 1), quando se fala sobre judicialização da política, três questões se põem, a saber: “a questão da legitimidade, a questão da capacidade e a questão da independência”.

Quanto à legitimidade, questiona-se se o Judiciário – por não ser um Poder cujos representantes, na maioria dos países, não são eleitos diretamente pelo povo, teria legitimidade para sobrestar, sustar ou mitigar os efeitos de atos do Legislativo da maioria, cujos representantes são eleitos pelo povo. A esse argumento muitos estudiosos objetam com a assertiva de que a legitimidade do Judiciário provém do constituinte originário e se manifesta na fundamentação e transparência das suas decisões.

Sobre a questionada legitimidade do Judiciário, são elucidativas as palavras de VIANNA (op. cit., pág. 22):

Em torno do Poder Judiciário vem-se criando, então uma nova arena pública externa ao círculo clássico sociedade civil – partidos representação – formação da vontade maio-

ritária, consistindo em ângulo perturbador para a teoria clássica da soberania popular.

A capacidade diz com as dificuldades do Judiciário que, às voltas com miríades de multifacetadas demandas, não delibera sobre os recursos de que precisa para cumprir suas funções, tendo que recorrer aos outros dois Poderes, no plano orçamentário.

Por fim, a independência do Judiciário decorre não só da clássica separação de Poderes (autonomia e sistema de freios e contrapesos), mas também dos textos constitucionais, segundo SANTOS (1996, p. 2), muito embora, a todo momento, os outros Poderes tentem miná-la.

Em meio à crise do Estado-Providência eclodem novos sérios problemas, como os relativos aos consumidores, ao meio ambiente, a globalização, o aumento da corrupção, o crime organizado e a perda de soberania dos Estados nacionais, como adverte VIANNA (1997, p. 24):

A sociabilidade moderna, filha do processo de globalização, além de levar ao desgaste as particularistas do Estado-Nação, ator por excelência, desde Hobbes, do direito positivo, bem longe de trazer consigo a superação do direito, parece designá-lo como lugar da *práxis* por onde se pode ter acesso ao terreno da utopia.

No Brasil, como já mencionado, como de resto em outros países de periferia, que não tiveram o *Welfare State*, o fenômeno em tela requer uma especial atenção.

Fomos colonizados e explorados. O liberalismo chegou até nós, uma sociedade escravocrata, muito tempo depois, com a importação de modelos políticos-jurídicos que em muito não se coadunavam, e não se coadunam, com a nossa realidade.

Enquanto na Europa, desde 1914 (vide a Constituição alemã de Weimar), o Estado-

-Providência emergia, aqui no Brasil só com a industrialização da era Vargas é que começa a se cogitar de direitos sociais, ainda assim no campo exclusivamente trabalhista.

Convivemos com um Código Civil de índole eminentemente liberal, de 1916 até 2003, quando em 1988, paradoxalmente, entrava em vigor uma Constituição repleta de direitos sociais, difusos e coletivos, em que a dignidade da pessoa é valor fundante da ordem jurídica.

Os nossos direitos sociais estão, ainda, apenas no papel. Somos carentes de tudo: saúde, educação, moradia, alimentação, enfim, justiça social.

Como de resto aconteceu nos EUA e na Europa, em nosso País o Direito invade a política, sendo o STF protagonista maior dessa nova quadra.

É que a todos os momentos assistimos ao Judiciário, notadamente o STF, invalidando atos normativos dos outros Poderes, coibindo-lhes abusos e omissões.

O problema da legitimidade, da capacidade e da independência, citados por SANTOS (op. cit., p. 1) também aflora no caso do Brasil. Questiona-se a legitimidade do Judiciário, formado por magistrados não eleitos pelo povo, para invalidar, inclusive e principalmente por vício de inconstitucionalidade, atos dos outros Poderes, bem assim para sanar ou suprir suas omissões. Para alguns estudiosos essa legitimidade adviria da própria constituição, cujos constituintes foram eleitos pelo povo e se revelaria na fundamentação das decisões judiciais e respeito ao devido processo legal.

A capacidade financeira também é um problema em nosso país, seja porque a lei orçamentária decorre de manifestação originária do Executivo e aprovação legislativa, seja porque, mercê das ingerências citadas do Judiciário nos outros Poderes, ele sofre muitas retaliações na partilha dos recursos financeiros.

Já no que toca à independência do Judiciário brasileiro, ela decorre da dicção expressa do texto constitucional, muito embora, em virtude do seu déficit de capacidade financeira, ela sofra abalos por investidas dos outros Poderes.

Sobre a intervenção do Judiciário nos outros Poderes são emblemáticos os recentes casos da reserva Raposa Serra do Sol, em que o STF, atuando como legislador, deu ganho de causa aos índios e estabeleceu uma gama de condições para que os arrozeiros desocupassem a área; o da fidelidade partidária, em que o STF, mudando entendimento já consolidado de há muito na Corte, pontificou que o mandato do político pertence ao partido e não a ele; também podemos citar a redução do número de vereadores pelo STF e STE, dentre outros tantos.

No que toca ao Executivo, a todo momento assistimos o Judiciário determinando o ingresso de alunos na rede pública de ensino, o fornecimento de remédios, etc., etc., etc.

Quanto às políticas públicas por uma série de óbices (que não iremos tratar aqui), o Judiciário tem se mostrado tímido na sua implementação.

Também no Brasil, já há algum tempo, se discute sobre aquelas quatro questões, a saber, legitimidade, capacidade e independência do Judiciário. E mais: fala-se, ao nosso sentir, num demasiado ativismo judicial.

Não vemos, com a devida licença dos que pensam o contrário, assim o problema. Pensamos que realmente, inclusive em outros países, o sistema clássico de separação de Poderes veio, historicamente, se modificando. Pensamos também que o Judiciário, sobretudo o STF, deve intervir quando os outros Poderes abusam ou são inertes ou lenientes, desde que pautado na Constituição e observando os postulados da razoabilidade e da proporcionalidade, sem o que poderemos assistir à ruína da nossa ainda frágil democracia, construída com muito esforço e à custa de muitas vidas.

VIANNA, Luiz Werneck (org.). A judicialização da política e das relações sociais no Brasil. RJ: REVAN, 1999

_____. Corpo e alma da magistratura. RJ: REVAN, 1997

_____. A democracia e os Poderes no Brasil. BH: ED (UFMG/RJ, 2002)

SANTOS, Boaventura de S. et al. Os tribunais nas sociedades contemporâneas. Revista Brasileira de Ciências Sociais, n. 30, p. 29-62, fev. 1996

ARANTES, Rogério Bastos. Sistema Político Brasileiro. Judiciário: entre a Justiça e a Política. SP: UNESP, pp. 81-114

ARENDT, Hannah. O que é política? RJ: Bertrand Brasil

DA INELEGIBILIDADE DECORRENTE DA REJEIÇÃO DE CONTAS À LUZ DAS ALTERAÇÕES ADVINDAS DA “MINIRREFORMA ELEITORAL” E DA LEI DA “FICHA LIMPA”

Eduardo Vaz Porto

Especialista em Direito Público

Ex-Analista Judiciário e ex-Assessor Jurídico do Tribunal Regional Eleitoral da Bahia

Ex-Procurador Federal

Procurador do Município do Salvador

Sumário: 1. Introdução. 2. Esclarecimentos necessários acerca do tema. 3. Análise do art. 1º, I, “g”, da LC nº 64/90. Pressupostos de incidência da inelegibilidade. 3.1 Deliberação, pelo órgão competente, no sentido da rejeição das contas. 3.2 Indicação da irregularidade insanável que configure ato doloso de improbidade administrativa. 3.3 Natureza irrecorrível da decisão. 4. Pressuposto negativo: ausência de suspensão ou anulação, pelo Poder Judiciário, da deliberação que desaprovou a prestação de contas. Evolução jurisprudencial. 5. Momento de aferição da elegibilidade à luz das inovações da “*minirreforma eleitoral*”. Termo *ad quem* para obtenção da medida de urgência; 6. Conclusão. 7. Referências bibliográficas.

Palavras-chave: Direitos políticos. Inelegibilidade. Rejeição de contas.

1. Introdução.

Em um Estado Democrático de Direito, o dever de prestar contas relativas aos recursos do erário geridos por qualquer agente público, em sentido amplo, revela-se corolário do princípio republicano, consagrado no art. 1º, *caput*, da Carta Política de 1988; bem como decorre da incidência de um feixe de outros princípios constitucionais regentes da atividade estatal e revestidos de sobranceira densidade axiológica,

dentre eles o da publicidade e o da moralidade administrativa (CF, art. 37, *caput*).

Com efeito, o art. 70, parágrafo único, da Constituição da República vai mais além: ao tratar dos mecanismos de controle externo no âmbito da Administração federal, dispõe que:

prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre

dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária.

Em suma, tudo o que diga respeito às finanças públicas está sob a mira do controle e deve ser tratado com absoluta transparência, ficando, pois, o responsável pela gestão de recursos estatais automaticamente jungido ao correlato dever de prestar contas aos órgãos competentes para a sua fiscalização.

Tal obrigatoriedade assume contornos de tamanha relevância no ordenamento jurídico a ponto de a Constituição da República ter erigido o dever de prestar contas à condição dos chamados *princípios constitucionais sensíveis*¹ (CF, art. 34, inc. VII, “d” e art. 35, II), cuja inobservância conduz à deflagração da drástica e excepcional medida interventiva nos entes federativos.²

No âmbito da legislação infraconstitucional, a importância da prestação de contas pode ser percebida, por exemplo, diante do fato de que a omissão no cumprimento deste dever encerra o crime de responsabilidade (*rectius*: infração político-administrativa) previsto no art. 9º da Lei nº 1.079/50, além de configurar ato de improbidade administrativa, nos termos do art. 11, inc. VI, da Lei nº 8.429/92.

Nessa perspectiva, a Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, visando a dar concretude ao art. 14, § 9º, da então recém-promulgada Constituição Cidadã, elencou diversas hipóteses de inelegibilidade, sempre tendo como norte o objetivo maior estampado neste preceito constitucional de proteger a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.³

Assim foi que, nesse passo, o art. 1º, inc. I, alínea “g”, daquele diploma legal, estabeleceu que a desaprovação das contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas por decisão irrecorrí-

vel do órgão competente, em virtude da presença de irregularidade insanável, tem o condão de fazer incidir – *ope legis* e de forma automática – o efeito anexo da inelegibilidade do agente político ou administrador público responsável, impondo-lhes, assim, restrição provisória ao *jus honorum* (direito de postular e de ser eleito).

A propósito do conceito de inelegibilidade, sem adentrar na celeuma doutrinária que se formou a respeito do tema, pode-se afirmar, escorado na lição de José Jairo Gomes (2010, p. 141), que se trata do “impedimento ao exercício da cidadania passiva, de maneira que o cidadão fica impossibilitado de ser escolhido para ocupar cargo político-eletivo”. Está-se diante de fator de ordem negativo, que embaraça a capacidade eleitoral passiva do nacional, obstruindo-o de participar do certame eleitoral e, por conseguinte, de exercer o mandato representativo. Em poucas palavras, a inelegibilidade nada mais é senão “a situação de inexistência do direito de ser votado” (COSTA, 2009, p. 148).⁴

Da forma em que originalmente editada, a referida norma da LC nº 64/90 vigorou durante mais de uma década, tendo sido, nesse interregno, objeto das mais acirradas discussões

¹ Adotando-se tradicional classificação de princípios constitucionais encontrada na obra de Pontes de Miranda (1970: 254).

² O Ministro Gilmar Ferreira Mendes, ao asseverar que a Constituição Federal consagrou a prestação de contas da Administração Pública como *princípio sensível*, assim leciona: “*Trata-se da especificação do princípio republicano, que impõe ao administrador o dever de prestar contas relativas à res publica*” (2009, p. 1.287).

³ Nesse contexto, a Emenda Constitucional de Revisão nº 04/94 incluiu no dispositivo a finalidade de se velar pela probidade administrativa e a moralidade para o exercício do mandato, considerada a vida progressiva do candidato.

⁴ Perceba-se que, à luz do direito positivo atual, essa afirmação acabou sendo, de certo modo, mitigada em face da inclusão, pela Lei nº 12.034/09, do art. 16-A à Lei das Eleições, porquanto a inovação legislativa passou a permitir que determinado aspirante ao mandato, embora inicialmente tido como inelegível pela Justiça Eleitoral, possa praticar regularmente “*todos os atos relativos à campanha eleitoral, inclusive utilizar o horário eleitoral gratuito no rádio e na televisão e ter seu nome mantido na urna eletrônica*”, enquanto esteja *sub judice* o registro de sua candidatura.

travadas na seara eleitoral,⁵ assim como alvo de uma substancial reconstrução semântica operada pela jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral, que chegou a agregar elementos novos àquele preceito legal,⁶ guiado pelo propósito de conferir-lhe ampla efetividade.

Com o advento da Lei Complementar nº 135, promulgada em 4 de junho de 2010 e que ficou nacionalmente conhecida como a lei da “*ficha Limpa*”,⁷ foi dada nova redação ao mencionado art. 1º, I, “g”, da Lei das Inelegibilidades. Pode-se verificar, de plano, que, embora alterado bastante o seu conteúdo, não houve profundas inovações na sistemática de aplicação deste dispositivo, na medida em que o legislador complementar incorporou ao texto legal algumas orientações já sedimentadas pela jurisprudência pátria ao longo desses últimos dez anos, máxime no âmbito do colendo TSE.

À vista de tal influência pretoriana, afigura-se conveniente conhecer os contornos jurídicos do referido preceito legal, mediante a análise pontual dos pressupostos necessários para a incidência da inelegibilidade ali prevista e uma abordagem de questões controvertidas relevantes acerca de sua correta aplicação, demonstrando-se, no decorrer da exposição, as modificações promovidas pela lei da “*ficha limpa*”.

Será destacada, ainda, importante inovação legislativa oriunda do que se convencionou nominar de “*minirreforma eleitoral*” (Lei nº 12.034/09), por meio da qual houve verdadeira mitigação ao entendimento jurisprudencial consolidado quanto ao momento de aferição, pela Justiça Eleitoral, das causas de inelegibilidade em que incursos os postulantes ao registro de candidatura.

2. Esclarecimentos necessários acerca do tema.

Impende advertir, a título de prolegômenos, que não se pode confundir a prestação de contas relativas a verbas geridas no exercício de cargos ou funções públicas – cujas irregularidades

levam à inelegibilidade aqui tratada – com as chamadas *contas de campanha*, as quais, por seu turno, derivam da obrigatoriedade de demonstração, à Justiça Eleitoral, dos dados relativos à arrecadação de recursos e gastos despendidos pelos candidatos e comitês financeiros durante a disputa de um determinado pleito eleitoral, segundo a disciplina precípua contida nos artigos 17 a 32 da Lei nº 9.504/97.⁸

É bem de ver, ainda, que as irregularidades detectadas nas *contas de campanha* rendem ensejo a consequências jurídicas bastante distintas, a exemplo da possibilidade de abertura de investigação judicial eleitoral com vistas, inclusive, à cassação do diploma outorgado ao candidato eleito, nos termos do art. 30-A, § 2º, da Lei das Eleições.

Outra importante diferenciação a ser traçada diz respeito à impossibilidade técnico-jurídica de se baralhar a concepção de inelegibilidade com a de suspensão dos direitos políticos estabelecida na Constituição da República (CF, art. 15 e art. 37, § 4º). Com efeito, enquanto naquela hipótese há subtração temporária apenas da capacidade eleitoral passiva do cidadão (*jus honorum*), nesta última tanto o direito de votar como o de ser votado restam provisoriamente sobrestados.

⁵ O Min. Marco Aurélio de Mello, no julgamento do Agravo Regimental no REspe nº 31.942/PR, chegou a afirmar, em discussão sobre a correta aplicação desta hipótese de inelegibilidade, tratar-se de verdadeiro “*vespeiro temático*”.

⁶ Vide crítica de Carlos Eduardo de Oliveira Lula, para quem o TSE atuou, na espécie, como “*autêntico legislador positivo, criando previsões normativas que antes inexistiam*” (2008, pp. 319/325).

⁷ A lei da “*ficha limpa*” foi gestada pelo Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral – MCCE, responsável por entregar ao Presidente da Câmara dos Deputados projeto de lei de iniciativa popular (CF, art. 14, III), acompanhada da assinatura de 1,6 milhão de cidadãos brasileiros. Após ampla mobilização popular e forte pressão dos organismos de imprensa, foi conferida célere tramitação ao referido projeto no Congresso Nacional, culminando na promulgação, em 4 de junho de 2010, da LC nº 135, que foi assim nominada em virtude da exigência precípua nela contida no sentido de que os aspirantes a cargos público-eletivos não ostentassem máculas em seus antecedentes.

⁸ Tal exigência de prestação de contas pelos partidos políticos – e, implicitamente, por todos os candidatos – deita raízes no art. 17, inc. III, da Constituição Federal.

Ademais, as hipóteses que culminam na incidência da inelegibilidade são mais abrangentes do que as situações ensejadoras da suspensão dos direitos políticos, previstas estritamente em sede constitucional, a exemplo da condenação criminal transitada em julgado e em face da prática de ato de improbidade administrativa.

A propósito, a suspensão dos direitos políticos decorrente da decisão condenatória em ação de improbidade administrativa, como de remansoso conhecimento, deve ter sua duração mensurada à luz do princípio da proporcionalidade e de acordo com os parâmetros gizados na Lei nº 8.429/92, sendo especificada de modo expresso na sentença (*ope iudicis*). Já no caso da inelegibilidade que resulta da desaprovação das contas, a incidência deste efeito anexo se dá de forma automática, pelo interregno estabelecido *ope legis* e em prazo fixo,⁹ após o que se restabelece a cidadania passiva, permitindo-se novamente a postulação ao cargo público-eletivo almejado.

Ainda para evitar confusões terminológicas, deve-se registrar que, a rigor, a expressão *rejeição de contas*, designada de forma corriqueira para o ato formal de desaprovação das contas prestadas pelo agente político ou administrador público, abrange, igualmente, os casos em que deixam eles de apresentá-las ao órgão competente para julgamento, omitindo-se, assim, na obrigação de demonstrar o balanço financeiro e contábil dos recursos públicos geridos. A título exemplificativo, a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União (Lei nº 8.443/92) dispõe em seu art. 16, inc. III, alínea “a”, que as contas serão julgadas irregulares quando houver “omissão no dever de prestar contas”.

3. Análise do art. 1º, I, “g”, da LC nº 64/90. Pressupostos de incidência da inelegibilidade.

Na atual dicção conferida pela Lei Complementar nº 135/10, o art. 1º, inc. I, alínea “g”, da LC nº 64/90 prevê que se consideram inelegíveis, para qualquer cargo:

os que tiverem suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável que configure ato doloso de improbidade administrativa, e por decisão irrecorrível do órgão competente, salvo se esta houver sido suspensa ou anulada pelo Poder Judiciário, para as eleições que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes, contados a partir da data da decisão, aplicando-se o disposto no inciso II do art. 71 da Constituição Federal, a todos os ordenadores de despesa, sem exclusão de mandatários que houverem agido nessa condição.

Extrai-se, da leitura do dispositivo citado, que a configuração da *factispecie* ensejadora da inelegibilidade acima pressupõe a presença cumulativa dos seguintes requisitos: a) deliberação, pelo órgão competente, no sentido da rejeição das contas apresentadas; b) indicação da irregularidade insanável que configure ato doloso de improbidade administrativa; e c) natureza irrecorrível da decisão proferida.

Decorre do preceito transcrito que, a esses três requisitos ou pressupostos de incidência, deve ser adicionado um outro, de ordem negativa, qual seja, a ausência de suspensão ou anulação, pelo Poder Judiciário, da decisão que desaprovou a prestação de contas.

Portanto, presentes as exigências apontadas, e estando vigente a deliberação desabonadora das contas, a consequência inarredável é o afastamento do cidadão, pretense candidato, do prélio eleitoral pelo lapso temporal de 8 (oito) anos, a partir da data em que publicada a decisão de natureza administrativa que reconheça a prática de ato ilícito capaz de propagar efeitos na órbita eleitoral.

⁹ Antes equivalente a 5 (cinco) anos, passando, todavia, a ser de 8 (oito) anos com a edição da LC nº 135/10.

Adiante-se que aqui já se pode identificar, por consistir em dado objetivo, a primeira modificação advinda da lei da “*ficha limpa*”, concernente ao período em que vigora tal espécie de inelegibilidade, cujo *quantum* foi ampliado de 5 (cinco) para 8 (oito) anos, contados a partir da decisão irrecurável do órgão competente.

Como decorrência do espírito moralizante da famigerada lei da “*ficha limpa*”, e atendendo a reclamos populares por uma disciplina normativa mais rigorosa aplicável à classe política brasileira, o prazo de incidência do referido dispositivo foi majorado em três anos, uniformizando-se, assim, com o estabelecido nas demais hipóteses de inelegibilidade previstas na legislação complementar de regência.

Passa-se, pois, à análise dos referidos pressupostos, com seus desdobramentos e particularidades, abordando-se, sem perder o viés crítico, os principais aspectos jurídicos e controvérsias surgidas acerca do tema.

3.1 Deliberação, pelo órgão competente, no sentido da rejeição das contas

Como é cediço, a Administração Pública encontra-se submetida, por imperativo constitucional, ao controle externo exercido pelos Tribunais de Contas e pelo Poder Legislativo. A competência para a apreciação e julgamento das contas é definida, primeiramente, de acordo com o status jurídico ostentado por quem, no exercício de cargos ou funções públicas, tenha gerenciado recursos estatais.

Em se tratando de contas anuais de governo decorrentes da execução orçamentária, prestadas pelos chefes do Poder Executivo no âmbito das respectivas esferas federativas, a análise de sua regularidade caberá ao órgão do Poder Legislativo correspondente, sobretudo porque fora o próprio Parlamento que, anteriormente, havia aprovado o orçamento público para o exercício seguinte mediante a edição de lei específica. Nesses casos, a Corte de Contas assume natureza

meramente auxiliar, sendo responsável apenas pela emissão de parecer prévio, que visa a municiar de elementos técnicos a Casa Legislativa à qual compete o julgamento.

Todavia, nas demais hipóteses, a atribuição de julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos é do Tribunal de Contas,¹⁰ órgão técnico dotado de autonomia administrativa, financeira e orçamentária, ao qual compete a fiscalização dos gastos governamentais e a esmerada aplicação dos recursos do erário às finalidades a que se destinam, dentre outras diversas incumbências elencadas no texto constitucional e na legislação de regência.

A distinção feita pela Constituição Federal entre os incisos I e II do seu art. 71¹¹ bem demonstra, em nível federal, essa dualidade de atribuições da Corte de Contas. É que, na primeira hipótese, embora o Tribunal de Contas da União aprecie o balanço apresentado anualmente pelo Presidente da República, mediante a elaboração de parecer prévio no prazo de sessenta dias após o início da sessão legislativa, a competência exclusiva para o correspondente julgamento será do Congresso Nacional, conforme dispõe o inciso IX do art. 49 da Lei Maior.

Entretanto, no que tange às contas dos administradores e demais responsáveis pelo ge-

¹⁰ O art. 11, 5º, da Lei nº 9.504/97 determina que, até o dia 5 de julho do ano eleitoral, os Tribunais e Conselhos de Contas deverão tornar disponíveis à Justiça Eleitoral relação dos que tiveram suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável e por decisão irrecurável do órgão competente.

¹¹ Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: I - apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento; II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário.

renciamento de verbas estatais, o referido inciso II atribui ao TCU o papel de proferir julgamento acerca das contas apresentadas, sendo certo que as correspondentes decisões são revestidas de características análogas às emanadas de órgão jurisdicional.¹² Não se cuida, neste particular, de função opinativa, mas sim de *competência de julgamento* propriamente dita.

Destarte, no primeiro caso, prevalecem fatores de índole eminentemente política, ainda que haja parecer prévio a subsidiar a deliberação parlamentar; já no segundo, o julgamento levado a efeito pelos Tribunais de Contas lastreia-se precipuamente em aspectos de ordem técnico-jurídica.

Em relação aos Prefeitos Municipais, merece destaque o fato de que, muitas vezes, acumulam eles as funções de *executor do orçamento* e de *ordenador de despesas*, circunstância deveras comum em municípios de pequeno e médio porte. Assim, quando o alcaide atua na qualidade de “maestro” da execução orçamentária, suas contas anuais são julgadas pela Câmara Municipal, cabendo, antes, a emissão de parecer técnico elaborado pela Corte de Contas,¹³ cuja conclusão somente deixará de prevalecer diante da deliberação qualificada de 2/3 dos votos dos Vereadores (CF, art. 31, § 2º).

Contudo, forte na lição de José Jairo Gomes (2010, p. 173):

ao ordenar pagamentos e praticar atos concretos de gestão administrativa, o Prefeito não atua como agente político, mas como técnico, administrador de despesas públicas. Não haveria, portanto, razão para que, por tais atos, fosse julgado politicamente pelo Poder Legislativo. Na verdade, a conduta técnica reclama métodos técnicos de julgamento, o que – em tese, ressalve-se! – só pode ser feito pelo Tribunal de Contas.

Por ser bastante elucidativo, pede-se vênia para transcrever o seguinte trecho de julgado proferido pelo Superior Tribunal de Justiça:¹⁴

O conteúdo das contas globais prestadas pelo Chefe do Executivo é diverso do conteúdo das contas dos administradores e gestores de recurso público. As primeiras demonstram o retrato da situação das finanças da unidade federativa (União, Estados, DF e Municípios). Revelam o cumprir do orçamento, dos planos de governo, dos programas governamentais, demonstram os níveis de endividamento, o atender aos limites de gasto mínimo e máximo previstos no ordenamento para saúde, educação, gastos com pessoal. Consubstanciam-se, enfim, nos Balanços Gerais prescritos pela Lei 4.320/64. Por isso, é que se submetem ao parecer prévio do Tribunal de Contas e ao julgamento pelo Parlamento (art. 71, I c./c. 49, IX da CF/88). As segundas – contas de administradores e gestores públicos –, dizem respeito ao dever de prestar (contas) de todos aqueles que lidam com recursos públicos, captam receitas, ordenam despesas (art. 70, parágrafo único da CF/88). Submetem-se a julgamento direto pelos Tribunais de Contas, podendo gerar imputação de débito e multa (art. 71, II, e § 3º da CF/88).

¹² Em razão das peculiaridades dos processos conduzidos no âmbito do TCU, o Min. Sepúlveda Pertence, no julgamento do MS nº 23.550/DF, asseverou tratar-se de processo que ostenta colorido “quase jurisdicional”.

¹³ Em geral, a decisão provém de Tribunal de Contas do Estado, encarregado de apreciar, além das contas estaduais, aquelas pertinentes aos municípios integrantes de seu território, porquanto a Constituição Federal, no seu art. 31, § 4º, vedou a criação de Tribunais, Conselhos ou Órgãos de Contas municipais (subsistindo, apenas, os TCMs de São Paulo e do Rio de Janeiro, criados antes da edição da Carta Magna de 1988). Todavia, nada impede que, a fim de desafogar os TCEs na sua atividade precípua de controlar e fiscalizar as contas desse ente federativo, sejam instituídos pelos Estados-Membros (mormente aqueles que contenham grande quantidade de municípios) órgãos denominados Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios, com a incumbência de apreciar exclusivamente as contas dos entes municipais de sua área de abrangência (tal sistemática se dá, v.g., nos Estados da Bahia, Ceará, Goiás e Pará). Portanto, embora ambos analisem contas municipais, não se confundem os Tribunais de Contas do Município (só existentes em SP e RJ) com os Tribunais de Contas dos Municípios (integrantes da estrutura administrativa estadual). Sobre a constitucionalidade dos Tribunais de Contas dos Municípios, cf. ADI nº 687/PA, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 10/02/2006, p. 05.

¹⁴ RMS nº 11.060/ GO, 2ª Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJ de 16/9/2002, p. 159.

Destarte, se o Prefeito Municipal assume a dupla função, política e administrativa, respectivamente, a tarefa de executar orçamento e o encargo de captar receitas e ordenar despesas, submete-se a duplo julgamento. Um político perante o Parlamento precedido de parecer prévio; o outro técnico a cargo da Corte de Contas.

Encampando a distinção esposada, confira-se o magistério de Edson de Resende Castro (2010, p. 181-182):

“A questão se complica quando, no município, se verifica que o Prefeito cumula as funções de agente político (ordenador do orçamento) com as de administrador da receita, ordenando despesas e assinando pessoalmente notas de empenho e cheques. A doutrina é também não dissente no sentido de que, em hipóteses tais, o Prefeito se submete ao julgamento da Câmara Municipal como agente político (gestor do orçamento) e ao julgamento direto do Tribunal de Contas como mero gestor de recursos públicos, tal como os demais administradores e responsáveis por bens, dinheiros e valores públicos (art. 71, II, da CF)”.

Assentadas tais premissas, verifica-se ter sido incluída na novel redação da alínea “g” do dispositivo em exame uma norma de natureza explicativa, que busca deixar clara a necessidade de se aplicar “o disposto no inciso II do art. 71 da Constituição Federal, a todos os ordenadores de despesa, sem exclusão de mandatários que houverem agido nessa condição”.

Tal preceito constitucional, repita-se, confere verdadeira competência de julgamento ao TCU em relação às “contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta”, bem como de todos aqueles “que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público”.

Desse modo, sendo certo que conduzir e executar o orçamento são funções diferentes

daquela de ordenar as despesas públicas, quis a novel legislação, assim, evitar a confusão de se baralhar as contas anuais de governo prestadas pelo Chefe do Executivo na qualidade de “maestro” do orçamento com aquelas apresentadas por quem, ao praticar atos concretos de gestão administrativa, ordenou pessoalmente despesas ou realizou os correspondentes pagamentos.

A bem da verdade, pretendeu o legislador alcançar os Prefeitos Municipais que acumulam ambas as funções, concentrando em suas mãos quase que a totalidade das hipóteses de ordenação de despesas, ao invés de delegar essa atividade aos Secretários da respectiva pasta.

Nesse caso, o fato de o alcaide ter sido julgado politicamente pela Câmara Municipal, tendo aprovadas as suas contas como executor do orçamento, não afastaria, como visto, a possibilidade de a Corte de Contas reputar irregular o balanço financeiro e contábil dos recursos que geriu na condição de administrador público.

Destarte, a nova redação do dispositivo, a nosso viso, está em consonância com a distinção pertinente à dualidade de atribuições do Tribunal de Contas prevista no art. 71 da Constituição Federal – opinativa (inciso I) e de julgamento (inciso II) –, deixando explícita a incidência da inelegibilidade aos mandatários que houverem atuado como ordenadores de despesa e, nessa condição, tiverem glosadas as contas em virtude de irregularidade insanável reconhecida em decisão irreversível do órgão competente.

Nada obstante, na contramão da doutrina predominante e reduzindo o alcance do art. 1º, I, “g” da LC nº 64/90, o colendo TSE fez interpretação conforme a constituição para considerar que a ressalva final constante da nova redação do preceito “*não alcança os chefes do Poder Executivo*”.¹⁵ Em sentido convergente, o Excelso Supremo Tribunal Federal encampou esse entendimento para assentar que:

¹⁵ Recurso Ordinário nº 751-79/TO, Min. Arnaldo Versiani, publ. na sessão de 08/9/2010.

“As contas públicas dos Chefes do Executivo devem sofrer o julgamento – final e definitivo – da instituição parlamentar, cuja atuação, no plano do controle externo da legalidade e regularidade da atividade financeira do Presidente da República, dos Governadores e dos Prefeitos Municipais, é desempenhada com a intervenção ‘*ad coadjuvandum*’ do Tribunal de Contas”.¹⁶

De todo o modo, tem sido feita ressalva quando se tratar de fiscalização concernente à aplicação de recursos mediante convênio, reputando-se, na espécie, haver competência de julgamento dos Tribunais de Contas.

A propósito, o convênio constitui, em síntese, espécie de instrumento mediante o qual se operacionaliza a transferência voluntária de recursos a outro ente da Federação, a título de cooperação, auxílio ou assistência financeira.¹⁷ *Grosso modo*, quando tais ajustes são firmados com órgãos da Administração Pública federal, cabe ao Tribunal de Contas da União a fiscalização da correspondente prestação de contas, agindo ele, pois, “no exercício de jurisdição própria, e não como mero auxiliar do Poder Legislativo”.¹⁸

Portanto, a competência das Cortes de Contas na apreciação das *contas de convênio* é de julgamento, e não meramente opinativa, o que significa dizer que o agente público não é julgado pelo Tribunal de Contas na qualidade de chefe do Poder Executivo, mas tão somente na condição de gestor público, uma vez que os recursos manejados não pertencem a sua órbita federativa.¹⁹

Registre-se que, acaso o repasse de recursos ao município seja proveniente de estado-membro, caberá à Corte de Contas estadual, por força da regra de simetria prevista em sede constitucional (CF, art. 75, *caput*), a apreciação acerca da regularidade da destinação da verba transferida, bem como o julgamento do responsável pela sua gestão.²⁰

Calha assentar, nesse contexto, que, em se tratando de contas apresentadas pelo chefe do Poder Legislativo, na qualidade de presidente da Casa Parlamentar, o julgamento é cometido ao Tribunal de Contas do correspondente ente federativo.

Revela-se, assim, absolutamente descabida a prática – muito comum no âmbito dos municípios – de submeter a deliberação que rechaçou as contas do presidente da Câmara de Vereadores local ao crivo dos seus pares, de sorte a permitir que tal decisão técnica deixe de prevalecer em face do voto de 2/3 dos edis, estendendo-se àquele, pois, a sistemática que é aplicável exclusivamente aos Prefeitos Municipais, em flagrante afronta ao art. 31, § 2º, da Constituição

¹⁶ Excerto de decisão proferida no bojo da Reclamação nº 10.445, Rel. Min. Celso de Mello, julg. em 12.8.2010, e cuja ementa enuncia: “RECLAMAÇÃO. ADMISSIBILIDADE. LEGITIMACÃO ATIVA DA PARTE RECLAMANTE. PREFEITO MUNICIPAL. CONTAS PÚBLICAS. JULGAMENTO. COMPETÊNCIA, PARA TAL FIM, DA CÂMARA DE VEREADORES. ATRIBUIÇÃO EXCLUSIVA DO PODER LEGISLATIVO LOCAL QUE SE ESTENDE TANTO ÀS CONTAS ANUAIS RELATIVAS AO EXERCÍCIO FINANCEIRO QUANTO ÀS CONTAS DE GESTÃO (OU REFERENTES À FUNÇÃO DE ORDENADOR DE DESPESAS) DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO MUNICIPAL. FUNÇÃO OPINATIVA, EM TAIS HIPÓTESES, DO TRIBUNAL DE CONTAS. PARECER PREVIÓ SUSCETÍVEL DE REJEIÇÃO PELO PODER LEGISLATIVO MUNICIPAL (CF, ART. 31, § 2º). SUPREMACIA HIERÁRQUICA-NORMATIVA DA REGRA CONSTITUCIONAL QUE CONFERE PODER DECISÓRIO, EM SEDE DE FISCALIZAÇÃO EXTERNA, À INSTITUIÇÃO PARLAMENTAR, SOBRE AS CONTAS DO CHEFE DO EXECUTIVO. MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA”.

¹⁷ O art. 25, da Lei Complementar nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal) dispõe, neste particular, que: “Para efeito desta Lei Complementar, entende-se por transferência voluntária a entrega de recursos correntes ou de capital a outro ente da Federação, a título de cooperação, auxílio ou assistência financeira, que não decorra de determinação constitucional, legal ou os destinados ao Sistema Único de Saúde”.

¹⁸ TSE - Acórdão nº 17.404/MA, Rel. Min. Maurício Correa, publ. na sessão de 07/11/2000.

¹⁹ Acórdão nº 24.848/BA, Rel. Min. Caputo Bastos, DJ de 07/12/2004; e AgR-RO nº 462727/CE, Rel. Min. Marcelo Ribeiro, DJE de 11/4/2011.

²⁰ AgRg-REspe nº 31.942/PR, Rel. Min. Ayres Britto, publ. na sessão de 28/10/2008; REspe nº 23.345/SE, Rel. Min. Caputo Bastos, publ. na sessão de 24/9/2004.

da República, consoante decidido pelo excelso Supremo Tribunal Federal.²¹

3.2 Indicação da irregularidade insanável que configure ato doloso de improbidade administrativa

Destaque-se que, na redação primeva do dispositivo sob apreço, não havia menção à circunstância de que a irregularidade deveria configurar *ato doloso de improbidade administrativa*, mas tão somente a necessidade de que fosse demonstrado o *caráter insanável* da falha que motivou a rejeição das contas pelo órgão competente.

Assim foi que, diante da vagueza conceitual da expressão contida no dispositivo, coube à Corte Superior Eleitoral, à época, colmatar a lacuna e definir os contornos jurídicos do que se entende por *irregularidade insanável*, tendo o colendo TSE associado tal conceito aberto à exigência de que a falta incorrida pelo agente público ostentasse a nota da improbidade administrativa.

O seguinte excerto de julgado daquele Sodalício bem demonstra tal posicionamento: “A irregularidade que enseja a aplicação da alínea g do inc. I do art. 1º da LC nº 64/90, *é a insanável, que tem a ver com atos de improbidade administrativa* (CF, art. 15, inc. V e 37, § 4º), não se prestando para tal finalidade aquela de caráter meramente formal”.²²

Nesse contexto, a doutrina e a jurisprudência majoritárias limitaram-se, de forma acrítica, a repetir esse entendimento, que acaba por misturar o conceito de improbidade administrativa com a questão pertinente à sanabilidade da falha perquirida na prestação de contas.²³ O culto professor Adriano Soares da Costa (2009, p. 169), divergindo da orientação pretoriana consubstanciada no precedente citado, assim assevera:

“Ora, a alínea g do dispositivo glosado não faz referência a atos de improbidade, que induzam a suspensão dos direitos políticos,

como afirmou o então Min. Célio Borja, mas faz *expressa referência à existência de vícios insanáveis*, os quais deram causa à rejeição das contas. A questão a saber, na aplicação deste preceito, *é se o vício que ensejou a rejeição de contas é passível de validação, ou se já não o é*. Dessarte, o conceito normativo de irregularidade insanável é que precisa ser estipulado, *independentemente do conceito de improbidade*, até porque há inúmeros atos de improbidade que não resultam de atos viciados no conteúdo, embora sejam viciados na finalidade (abuso de poder político, v.g.). [...] Somos de entendimento que, em havendo situação concreta de ato viciado, não mais passível de ser sanado, que propicie a decisão de rejeição de contas, se anexa a ela a cominação de inelegibilidade, *não sendo o caso de perquirir sobre a existência ou não de improbidade administrativa*.

Sem embargo, o fato é que a Justiça Eleitoral caminhou no sentido de definir o caráter insanável das contas a partir da concepção da improbidade administrativa. Posteriormente, ampliou-se o alcance deste conceito para abarcar diversos fatos causadores da rejeição de contas, dotados de aptidão para fazer incidir a nódoa da inelegibilidade em tela.

Vejamos, em síntese, alguns desses fatos tidos pela Corte Superior Eleitoral como configuradores da mencionada *irregularidade insanável*: a) a aplicação irregular de receitas repassadas por meio de convênio;²⁴ b) qualquer

²¹ ADI nº 849/MT, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 23/04/99; ADI nº 1.964/ES, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 07/5/99. No âmbito do TSE, vide REspe nº 13.174/BA, Rel. Min. Francisco Rezek, publ. na sessão de 01/10/1996.

²² Acórdão nº 11.145/MT, Rel. Min. Vilas Boas, publ. na sessão de 15/8/1990. No mesmo sentido: AgR-REspe nº 33.888/PE, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ de 19/02/2009.

²³ Em que pese a iterativa orientação nesse sentido, o colendo TSE, cuja jurisprudência é deveras cambiante, já chegou a decidir que “a *irregularidade insanável não se confunde com improbidade administrativa*”. (REspe nº 23.565/PR, Rel. Min. Luiz Carlos Madeira, publ. na sessão de 21/10/2004).

²⁴ AgRg-REspe nº 34.066/SE, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ de 12/12/2008.

forma de desvio de valores;²⁵ c) o pagamento de remuneração a agente político que desatenda a forma do subsídio prescrito no art. 39, § 4º, da CF;²⁶ d) o não recolhimento de contribuições previdenciárias;²⁷ e) a falta de recolhimento de encargos sociais, ausência de conciliação contábil, realização de despesas sem documentação ou não justificadas, abertura de crédito acima do autorizado em orçamento, quebra de ordem cronológica de precatórios;²⁸ f) o não pagamento de precatórios, quando evidenciada a disponibilidade financeira;²⁹ g) a utilização de recursos inexistentes para abertura de créditos suplementares e a existência de déficit orçamentário;³⁰ h) o desrespeito à Lei de Responsabilidade Fiscal;³¹ i) o pagamento a maior de vereadores, sem previsão legal.³²

De outro lado, considerou o Tribunal Superior Eleitoral que as seguintes irregularidades não ostentavam a qualidade de insanável: a) deixar de aplicar saldo não utilizado de convênio em caderneta de poupança, contrariando o art. 116, § 4º, da Lei nº 8.666/93, por menos de seis meses e sem efetivamente comprometer o erário;³³ b) a não aplicação de percentual mínimo de receita resultante de impostos nas ações e serviços públicos de saúde;³⁴ e “na manutenção e no desenvolvimento do ensino;³⁵ c) quando o próprio órgão encarregado do exame das contas, malgrado o resultado adverso, reconhece e afirma a ausência de má-fé e a falta de experiência administrativa do candidato;³⁶ d) o pagamento de remuneração a vereadores mediante determinação de lei ou resolução;³⁷ e) vícios formais que não comprometem o erário.³⁸

Releva notar, todavia, que essa análise casuística, sem dúvidas, alimentou a insegurança jurídica que há muito grassa no campo do Direito Eleitoral, o qual, aliás, ainda se ressentido de uma construção teórica densa e dogmaticamente comprometida, tal como reclama uma autêntica ciência jurídica.

Advirta-se que a Justiça Eleitoral não chegou ao extremo de se imiscuir na apreciação

atinentes ao acerto ou desacerto da decisão que reputou maculadas as contas prestadas, porquanto não lhe é dado rever o mérito de tais deliberações emanadas dos órgãos competentes. Com efeito, a análise cometida à esfera eleitoral cingiu-se a verificar qual a irregularidade praticada pelo agente público fiscalizado e se o fato tido como ilícito tem o condão de implicar restrições aos seus direitos políticos passivos.

Na realidade, diante de tal severa consequência, apta a afastar temporariamente um direito de envergadura constitucional e revestido de fundamentalidade, o Tribunal Superior Eleitoral cuidou de aferir, isto sim, a *gravidade* da conduta contrária ao ordenamento jurídico, adotando como baliza, notadamente, as hipóteses que configuram a prática de improbidade administrativa, nos termos da Lei nº 8.429/92.

Nesse sentido, assevera Marcos Ramayana (2006, p. 271) que:

“A irregularidade insanável está vinculada à questão da improbidade do ato admi-

²⁵ REspe nº 21.896/SP, Rel. Min. Felix Fischer, publ. na sessão de 26/8/2004.

²⁶ AgRg-AR nº 378/SC, Rel. Min. Marcelo Ribeiro, publ. na sessão de 15/9/2009.

²⁷ AgRg-REspe nº 34.081/PE, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ de 12/2/2009.

²⁸ AgRg-REspe nº 36.679/SP, Rel. Min. Arnaldo Versiani, DJ de 04/5/2010.

²⁹ REspe nº 33.982/SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa, publ. na sessão de 1/9/2008.

³⁰ AgRg-REspe nº 34.025/PR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ de 17/12/2008.

³¹ AgRg-REspe nº 36.445/SP, Rel. Min. Felix Fischer, DJ de 14/4/2010.

³² AgRg-REspe nº 39737-89/RJ, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ de 30/4/2010.

³³ AgRg-REspe nº 35.936/PR, Rel. Min. Felix Fischer, DJ de 01/3/2010.

³⁴ REspe nº 35.395/MG, Rel. Min. Arnaldo Versiani, DJ de 23/4/2009.

³⁵ REspe nº 16.433/SP, Rel. Min. Fernando Neves, publ. na sessão de 05/9/2000.

³⁶ REspe nº 35.371/PR, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ de 25/8/2009.

³⁷ REspe nº 29.883/SP, Rel. Min. Felix Fischer, DJ de 24/4/2009.

³⁸ REspe nº 31.698/PA, Rel. Min. Marcelo Ribeiro, DJ de 21/5/2009.

nistrativo. A tendência da jurisprudência é considerar insanável apenas o ato que seja revestido de improbidade e que tenha gravidade na conduta ativa ou omissiva”.

Imperioso sublinhar que a LC nº 135/10 sepultou a discussão acerca do conceito de irregularidade insanável e passou a exigir que esta seja idônea a configurar “ato doloso de improbidade administrativa”, tendo incorporado ao texto legal, assim, parâmetro que já vinha sendo perfilhado pela jurisprudência majoritária. Nesse ponto, a inovação teve o mérito de definir de forma mais precisa o que se entende por *irregularidade insanável*, contribuindo, desta forma, para diminuir a insegurança jurídica que permeia o Direito Eleitoral e, não raras vezes, representa uma porta aberta para julgamentos movidos por interesses de ocasião.

Em que pese o aspecto positivo declinado, tal mudança legislativa, no geral, não se revelou merecedora de aplausos. A uma, há críticas acerbas da doutrina abalizada³⁹ no que concerne à associação entre o caráter insanável das irregularidades das contas e a prática de ato de improbidade administrativa, não se vislumbrando, a nosso sentir, o porquê desta necessária vinculação. Deveras, a impossibilidade de ser sanado um vício detectado pelo órgão fiscalizador não guarda, a rigor, qualquer relação com a exigência de que a conduta ilícita perquirida amolde-se às figuras típicas estatuídas na Lei nº 8.429/92.

Demais disto, a LC nº 135/10, ao inserir novos elementos normativos para a configuração da irregularidade insanável, passou a exigir, a par do enquadramento na tipologia da improbidade administrativa, a presença necessária do *dolo* na prática do ato contrário ao ordenamento, deixando de fora, assim, uma série de diversas outras condutas que, malgrado cometidas sem a devida atenção ou a diligência normalmente exigida, resultem em vultoso prejuízo ao patrimônio público ou acarretem enriquecimento ilícito de terceiros.⁴⁰

O legislador complementar, nesta senda, cometeu à Justiça Eleitoral – de índole marcadamente especializada – a complexa tarefa de aferir o elemento volitivo do agente nos atos de improbidade, obrigando-a a se arvorar na análise de tema assaz controverso, que é objeto de grandes discussões travadas entre os próprios doutrinadores ditos administrativistas.⁴¹

Portanto, considerando-se que restou menos abrangente, no particular, o alcance da norma de inelegibilidade inserta no art. 1º, I, “g”, da LC nº 64/90, forçoso reconhecer que tal mudança não se mostrou em sintonia com o espírito subjacente à lei da “*ficha limpa*” de conferir tratamento mais severo aos institutos jurídico-eleitorais, tendo, por consectário lógico, reduzido a eficácia das decisões dos órgãos que, no exercício do controle externo, fiscalizam as contas dos responsáveis pela gestão dos recursos públicos.

De todo o modo, não se pode olvidar que, para a cominação da inelegibilidade em tela, não se afigura necessária a propositura de ação de improbidade administrativa – tampouco condenação definitiva em sede judicial –, sendo, ao revés, suficiente que a Justiça Eleitoral avalie, além do elemento subjetivo apontado, se o fato considerado ilícito e motivador da rejeição de contas, em tese, enquadra-se em alguma das *factispecies* elencadas na Lei nº 8.429/92.⁴²

³⁹ Novamente invocamos, nesse aspecto, as incisivas críticas tecidas pelo professor Adriano Soares da Costa (2009, p. 171): “[...] Ora, já insistimos a mais não poder que a improbidade administrativa é instituto jurídico com lindes bem fixados na Lei nº 8.429/92, sendo um despautério a sua confusão com o conceito de inelegibilidade”.

⁴⁰ Nesse trilhar, Emerson Garcia (2008, p. 269) faz as seguintes indagações: “[...] Ademais, quem duvida que um ato culposo, causador de dano ao patrimônio público, é um ato ilícito por violar o dever jurídico de cuidado a que estava obrigado o agente público? Em casos tais, não há infração ao princípio da legalidade?”

⁴¹ Para maior aprofundamento sobre o elemento subjetivo nos atos de improbidade administrativa, vide Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves (2008, pp. 266/270).

⁴² Nesse sentido, vide artigo jurídico elaborado por Márlon Jacinto Reis, um dos principais mentores do anteprojeto de lei que culminou na edição da LC nº 135/10 (In: *Ficha Limpa. Interpretada por juristas e membros de organizações responsáveis pela iniciativa popular*. Bauru, SP: Edipro, 2010, p. 98).

3.3 Natureza irrecurável da decisão proferida

O último pressuposto de cunho positivo sob exame, estampado na Lei das Inelegibilidades, concerne à natureza irrecurável da decisão proferida pelo órgão competente. Tal circunstância de definitividade, ressalte-se, se opera apenas no âmbito administrativo, porquanto não se pode obstar que eventual irregularidade formal ou patente ilegalidade verificada naquela deliberação seja submetida à apreciação do Poder Judiciário. Entende-se por *irrecorrível* a decisão final que, a par de irretratável, não mais admita a interposição de recurso com vistas à sua reforma. Está-se diante, pois, da chamada coisa julgada administrativa.

Destarte, enquanto a questão pertinente à irregularidade das contas estiver sendo objeto de insurgência na esfera administrativa, não há que se falar na suspensão provisória do *jus honorum*. No âmbito federal, a Lei 8.443/92 não deixa dúvidas a respeito dos instrumentos recursais que têm o condão de impedir a preclusão da matéria discutida naquela seara. Com efeito, os artigos 33 e 34, § 2º, da Lei Orgânica do TCU consignam, respectivamente, que o Recurso de Reconsideração e os Embargos de Declaração são dotados de efeito suspensivo. Assim, até que sejam julgadas tais irresignações pela Corte de Contas, a inelegibilidade ora em exame não se anexará à correspondente decisão final.

Contudo, tema que suscitou funda controvérsia refere-se ao Recurso de Revisão, previsto no art. 35 do aludido diploma legal. Embora o colendo TSE tenha tergiversado sobre a questão – muitas vezes admitindo que a utilização desta ferramenta processual impediria a eclosão da inelegibilidade, máxime quando a própria Corte de Contas conferisse o efeito suspensivo –,⁴³ pacificou-se o entendimento de que o Recurso de Revisão não elide a eficácia da decisão que julgou irregulares as contas do gestor público.

Isso porque, malgrado a nomenclatura, não se trata, a rigor, de uma espécie recursal. De fato, haja vista a possibilidade de ser manejado no

prazo de cinco anos contados da decisão definitiva, e em face dos requisitos especialíssimos de admissibilidade, o Recurso de Revisão, na verdade, tem características que mais o aproximam da Ação Rescisória prevista na legislação processual civil. Ademais, o próprio art. 35 da Lei 8.443/92 ressalva que, ao contrário do Recurso de Reconsideração e dos Embargos Declaratórios supramencionados, não se trata de instrumento jurídico dotado de efeito suspensivo. Daí a razão de o Min. Ayres Britto, no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Especial nº 31.942/PR, assentar o seguinte:⁴⁴

A existência de recurso de revisão (ou recurso de rescisão) não desfaz a natureza irrecurável do julgado administrativo impugnado. Eventual utilização de recurso de rescisão apenas reforça o trânsito em julgado de decisão que rejeitou as contas, pois recursos que tais somente podem ser manejados contra atos irrecuráveis. Por isso que tal manejo não tem jamais o efeito de automaticamente afastar a natureza irrecurável do ato impugnado.

É de se levar em consideração, ainda, que, quando se estiver diante de decisão desabonadora das contas emanada do Poder Legislativo, já sedimentou o TSE que tal deliberação parlamentar será irretratável, sendo, pois, descabida a sua revogação mediante a posterior edição de Decreto Legislativo, com o intuito de restabelecer a capacidade eleitoral passiva do cidadão que teve as contas glosadas.⁴⁵

Nesse contexto, questão interessante que vem sendo objeto de diversos Recursos Extraordinários interpostos perante o excelso Supremo Tribunal Federal se dá quando, nos casos de contas anuais prestadas pelo Prefeito, o parecer

⁴³ REspe nº 24.180, Rel. Min. Gilmar Mendes, publ. na sessão de 11/10/2004.

⁴⁴ No mesmo sentido: AgRg-REsp nº 33.597/PA, Rel. Min. Eros Grau, DJ de 18/3/2009.

⁴⁵ AgRg-REsp nº 33.835/SP, Rel. Min. Eros Grau; DJE de 05/3/2009, pp. 129-130. Em sentido convergente, o TSE respondeu à Consulta nº 540-93/DF, editando a Resolução nº 23.258, DJE de 06/5/2010, Rel. Min. Marcelo Ribeiro.

prévio opina no sentido da rejeição destas e, nada obstante, a Câmara Municipal deixa de emitir pronunciamento na espécie, omitindo-se no poder-dever de exercer a fiscalização sobre a execução orçamentária levada a efeito pelo alcaide.

O Tribunal Superior Eleitoral vem entendendo, de forma reiterada, que o silêncio da Câmara Municipal, ainda que prolongado, não autoriza a deflagração da inelegibilidade prevista no art. 1º, I, “g”, da LC nº 64/90, não sendo possível, pois, reputar endossado o parecer opinativo da Corte de Contas em face do mero decurso de prazo para a apreciação do órgão legislativo local.⁴⁶

Saliente-se que essa posição fora reforçada no seio do Supremo Tribunal Federal pelo Min. Eros Grau, relator do RE nº 597362/BA, ao negar provimento ao recurso sob o fundamento de que, até a manifestação expressa da Câmara Municipal, o parecer prévio do Tribunal de Contas não surtirá nenhum efeito em relação às contas fiscalizadas, haja vista não haver, em face do silêncio daquela, ainda que prolongado, manifestação tácita de vontade em qualquer sentido.⁴⁷

4. Pressuposto negativo: ausência de suspensão ou anulação, pelo Poder Judiciário, da decisão que desaprovou a prestação de contas. Evolução jurisprudencial.

Segundo ressalva contida na redação original do antigo art. 1º, inc. I, alínea “g”, da LC nº 64/90, tinha-se que, caso a desaprovação das contas estivesse sendo questionada em sede judicial, restaria suspensa a incidência da cláusula de inelegibilidade veiculada pelo dispositivo. Tal exceção justificava-se em virtude do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, insculpido no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição da República.

Em um primeiro momento, o colendo Tribunal Superior Eleitoral, partindo de uma interpretação gramatical do mencionado comando legal, editou a súmula nº 01 de sua jurisprudência predominante, cujo teor enuncia: “Proposta

a ação para desconstituir a decisão que rejeitou as contas, anteriormente à impugnação, fica suspensa a inelegibilidade (Lei Complementar nº 64-90, Art. 1º, I, g)”.

Durante mais de década, esse foi o entendimento prevalecente na jurisprudência pátria e a praxe forense serviu para demonstrar o equívoco da orientação sumular, que deixou de levar em conta a *mens legis* haurida do dispositivo citado, bem como desconsiderou o fato de que a LC nº 64/90 fora promulgada, sob os auspícios do art. 14, § 9º, da Constituição da República, com a finalidade de velar pela probidade administrativa e pela moralidade necessária ao exercício de mandatos eletivos, protegendo a normalidade e legitimidade das eleições.

Com efeito, o raciocínio na diretriz de ser suficiente a mera propositura da ação desconstitutiva em tela perante a Justiça Comum deu azo a manobras ardilosas e oportunistas. Na prática, o que se viu durante muitos anos foi o expediente furtivo de que se valeram agentes públicos de ingressar com a demanda judicial – visando, em tese, discutir a desaprovação de suas contas – somente às vésperas do pedido de registro de candidatura, com o nítido propósito, apenas sob o ponto de vista formal, de tornar *sub judice* a questão controvertida e, assim, elidir a incidência da inelegibilidade, ainda que a ação ajuizada fosse destituída de fundamentação razoável ou não cuidasse de atacar todas as irregularidades glosadas, não se vislumbrando, pois, qualquer chance de êxito em reverter, no juízo comum, a deliberação desfavorável ao pretendo candidato.

Não raro, agentes políticos e administradores públicos, em patente menosprezo para com seus julgadores, simplesmente quedavam-se inertes diante da decisão desabonadora das contas emanada do órgão incumbido pelo controle externo para, somente nos últimos dias de encer-

⁴⁶ AgRg-REspe nº 32827/PB, Rel. Min. Felix Fischer, publ. na sessão de 12/11/2008.

⁴⁷ Noticiado no Informativo/STF nº 588, de 24 a 28 de maio de 2010.

ramento do período de registro de candidatura, quando já decorrido dilatado lapso temporal, protocolizar petição questionando a rejeição das contas e, desse modo, forçar a eficácia suspensiva da inelegibilidade, nos termos do enunciado nº 01 do colendo TSE.

Deveras, muitas de tais ações desconstitutivas afiguravam-se mais vizinhas da “*aventura judiciária*” do que do exercício regular do direito de ação e tinham o propósito, tão somente, de amesquinhar os objetivos colimados pela LC nº 64/90, tornando letra morta o art. 1º, inc. I, alínea “g” (em sua redação originária).

Todavia, preocupado com esse desígnio escuso e a fim de evitar menoscabo aos superiores comandos e valores constitucionais, o TSE deixou de invocar friamente o verbete da súmula nº 01. Passou a considerar que não mais bastava a mera propositura de qualquer ação anulatória de rejeição de contas, exigindo-se, isto sim, que se mostrasse, ao menos em tese, a viabilidade para desconstituir aquela deliberação.

Cumprir acentuar que esta *guinada jurisprudencial* se deu a partir do julgamento, durante o processo eleitoral do ano de 2006, do Recurso Ordinário nº 912/RO, tido como verdadeiro *leading case*, no bojo do qual o colendo TSE reconheceu a tais ações propostas de afogadilho o evidente propósito de burla às restrições da legislação eleitoral, prática esta que, em seguida, recebeu o rótulo de “artificialização da incidência do verbete sumular”.⁴⁸

Assim foi que a redação do art. 1º, inc. I, alínea “g”, da LC nº 64/90 sofreu, segundo o TSE, uma substancial reconstrução semântica, de modo que restou assentada a necessidade de que o interessado, após ingressar com a ação anulatória do ato de desaprovação de suas contas, obtivesse na Justiça Comum um provimento de urgência a ele favorável, seja por meio de medida cautelar, seja mediante decisão antecipatória dos efeitos da tutela jurisdicional, de modo a afastar, na esfera eleitoral, a tarja da inelegibilidade temporária.

Destarte, foi conferida interpretação complementar e integrativa ao enunciado da súmula nº 01 do TSE, no sentido de que “a decisão de rejeição das contas não deve estar submetida ao crivo do Judiciário, mas, se estiver, é imperioso que os seus efeitos não tenham sido suspensos mediante a concessão de liminar ou de tutela antecipada”.⁴⁹

É bem de ver que a lei da “*ficha limpa*”, na espécie, nitidamente encampou essa orientação sedimentada de forma paulatina pela jurisprudência. Desse modo, a ressalva contida na alínea “g” sob exame deixou de fazer alusão ao fato de a questão estar sendo meramente “submetida à apreciação do Poder Judiciário”, indo além para estabelecer que a decisão desabonadora das contas não implicará a inelegibilidade caso tenha sido “suspensa ou anulada” no juízo competente.

A referência à hipótese de *anulação* parece-nos óbvia, porquanto, uma vez desconstituída a deliberação que reprovou a prestação de contas, deixa de subsistir o próprio fato jurídico do qual dimanava a inelegibilidade em tela. No que tange à *suspensão*, verifica-se, assim, que andou bem o legislador ao positivar a orientação do TSE no sentido de exigir a obtenção de provimento judicial apto a sobrestar os efeitos daquela deliberação, de sorte a repercutir na esfera eleitoral e elidir a incidência da inelegibilidade.

Por fim, insta registrar que, à luz da atual jurisprudência predominante do TSE, apenas decisões de feição jurisdicional – e não aquelas oriundas de qualquer outra esfera – podem neutralizar a inelegibilidade que, de forma automática, resulta da desaprovação das contas reconhecida por deliberação irreversível e em face de vício de natureza insanável, nos exatos termos da ressalva prevista na alínea “g” do inciso I do art. 1º da LC nº 64/90, ratificada

⁴⁸ RO nº 963/SP, Rel. Min. Ayres Britto, publ. na sessão de 28/08/2006.

⁴⁹ AgRg-REspe nº 31.967/SC, Rel. Min. Joaquim Barbosa, publ. na sessão de 28/10/2008.

expressamente pela parte final do § 5º do art. 11 da Lei nº 9.504/97.⁵⁰

Portanto, mesmo antes da promulgação da lei da “*ficha limpa*”, já restava superado o entendimento pretoriano no sentido de ser possível, após a incidência da inelegibilidade, sobrestá-la na seara administrativa por meio da concessão *a posteriori* de efeitos suspensivos pela própria Corte de Contas⁵¹ ou mesmo, conforme aduzido anteriormente, no caso de deliberações providas do Poder Legislativo mediante retratação parlamentar.

5. Momento de aferição da elegibilidade à luz das inovações da “*minirreforma eleitoral*”. Termo *ad quem* para obtenção do provimento de urgência.

Já se viu que, enquanto estiver vigente a medida de urgência proferida pela Justiça Comum, no bojo de ação anulatória da rejeição de contas, não haverá óbice à postulação do mandato eletivo pelo pretense candidato, ao menos em face da referida inelegibilidade a que alude a alínea “g” do citado dispositivo, cuja aplicação restará suspensa pelo Poder Judiciário.

A jurisprudência clássica que se formou na seara eleitoral sempre foi uníssona em afirmar que o termo *ad quem* para a obtenção de tal provimento jurisdicional (medida cautelar ou antecipação de tutela) coincidia com o pedido de registro de candidatura, porquanto é neste momento que são aferidas as condições de elegibilidade e, por conseguinte, verificada a incidência de alguma das hipóteses de inelegibilidade.

E a razão afigura-se lógica, haja vista que eventual causa obstativa da elegibilidade deverá ser suscitada por meio do ajuizamento da ação impugnatória prevista no art. 3º da LC nº 64/90,⁵² cujo prazo de cinco dias começa a fluir após a publicação do edital contendo, justamente, a relação nominal daqueles que pleitearam o registro de candidatura. Portanto, restava cristalizada a situação jurídico-eleitoral do nacional, indicado em convenções partidárias, no instante em que

ele oficializava o desejo de concorrer ao cargo público almejado, com vistas ao reconhecimento judicial de que pode validamente praticar os atos de campanha eleitoral.

Nesse diapasão, reiteradas decisões judiciais, notadamente do colendo TSE, assentavam que “a antecipação da tutela conseguida após o encerramento do prazo para registro de candidatura não afasta a inelegibilidade”.⁵³

Entretanto, tal orientação da jurisprudência foi alvo de mudança radical, porquanto não mais se coaduna com o comando normativo do novel § 10 do art. 11 da Lei das Eleições, acrescentado pela Lei nº 12.034/2009, que ganhou o rótulo de “*minirreforma eleitoral*”, justo em face das alterações imprimidas a diversos dispositivos da espinha dorsal da legislação eleitoral.⁵⁴

Pode-se afirmar, em adendo, que uma das notas marcantes da referida “*minirreforma eleitoral*” reside no fato de ter, por um lado, incorporado ao texto legal diversas orientações já consolidadas pela jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral; noutra giro, pretendeu o legislador, nitidamente, contornar algumas rígidas posições perfilhadas pela Corte – decerto movido por interesses casuísticos – e coarctar os avanços moralizantes desta Justiça Especializada.

⁵⁰ AgRg-REspe nº 31.942/PR, Rel. Min. Ayres Britto, publ. na sessão de 28/10/2008.

⁵¹ AgRg-REspe nº 24.064/PA, Rel. Min. Caputo Bastos, publ. na sessão de 21/10/2004.

⁵² Considerando-se que a legislação eleitoral não previu a legitimidade do cidadão eleitor para o manejo da Ação de Impugnação a Registro de Candidatura – AIRC, cuidou a jurisprudência de facultar-lhe a apresentação da chamada *notícia de inelegibilidade* (cf. art. 38 da Resolução nº 23.221/2010, que dispõe sobre a escolha e o registro de candidatos nas eleições de 2010). Para maior aprofundamento crítico sobre a ausência do eleitor no rol dos legitimados à propositura das demandas de natureza eleitoral, confira-se a excelente obra de Rodolfo Viana Pereira (2008, p. 121).

⁵³ AgRg-REspe nº 32.816/PR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ de 02/6/2009.

⁵⁴ Foram promovidas alterações às Leis nºs 9.096/95 (Lei dos Partidos Políticos), 9.504/97 (Lei das Eleições) e 4.737/65 (Código Eleitoral).

E o novel § 10 do art. 11 da Lei nº 9.504/97, advindo da “*minirreforma eleitoral*”, bem reflete a característica apontada. Isso porque, inicialmente, estabeleceu que “as condições de elegibilidade e as causas de inelegibilidade devem ser aferidas no momento da formalização do pedido de registro da candidatura”, normatizando, assim, como visto, orientação pretoriana já bastante solidificada. Todavia, o aludido preceito legal fez expressa ressalva quanto às “alterações, fáticas ou jurídicas, supervenientes ao registro que afastem a inelegibilidade”.

Desse modo, a pretexto de disciplinar a matéria até então objeto de orientação jurisprudencial, foi mitigado o marco temporal para verificação da elegibilidade do pretense candidato, mediante brecha aberta pela legislação ao permitir a alegação, posteriormente ao momento do registro, de afastamento da causa de inelegibilidade que maculava a candidatura desejada.

Diversas situações que se enquadram nessa “*elegibilidade superveniente*”⁵⁵ podem ser aventadas. Por pertinência temática, figure-se a hipótese de quem, embora tenha postulado na Justiça Comum demanda visando a desconstituir decisão de rejeição de contas, ainda não obtivera qualquer resposta judicial – sequer em sede liminar – quando do registro de sua candidatura, a qual, diante de impugnação formulada por algum dos legitimados, restara inadmitida na esfera eleitoral em virtude da causa de inelegibilidade prevista no art. 1º, I, “g”, da LC nº 64/90.

O que pretendeu o legislador, com a mudança sob enfoque, foi permitir que, na situação exposta, sobrevindo decisão do Poder Judiciário concedendo a antecipação da tutela jurisdicional, seja esta levada em consideração para fins de afastar a aludida inelegibilidade e de reverter o anterior indeferimento do registro de candidatura.

Em uma visão pragmática, significa que, em relação à inelegibilidade resultante da desaprovação de contas, ao candidato será facultado lapso temporal mais dilatado para buscar, na Justiça Comum, infirmar a decisão que lhe fora desfavore-

ável, ainda que por meio de provimento judicial precário e baseado em juízo de cognição sumária.

Perceba-se, todavia, que não cuidou o novel § 10 do art. 11 da Lei das Eleições de firmar um prazo final até quando as referidas “alterações, fáticas ou jurídicas, supervenientes ao registro” poderão ser ventiladas. A nosso sentir, e robustecido pela opinião do professor José Jairo Gomes, o termo *ad quem* para que seja suscitada essa “*elegibilidade superveniente*” será a data da realização do pleito, permitindo-se ao corpo eleitoral maior segurança jurídica quando do exercício do sufrágio. Nessa linha, cabendo ao Tribunal Superior Eleitoral, mais uma vez, suprir tal omissão normativa e definir o marco final da ressalva contida no dispositivo citado, já foram proferidos julgados no sentido de o prazo final para que sejam arguidas as alterações aptas a afastar a inelegibilidade ser, justamente, o *dia das eleições*.⁵⁶

Entretanto, o próprio TSE, em decisão mais recente, fixou a *data da diplomação*⁵⁷ como limite máximo para a apresentação de fato superveniente ao registro capaz de elidir a inelegibilidade. Espera-se que, em nome da segurança jurídica, o colendo TSE, que detém a última palavra em tema de interpretação da legislação eleitoral infraconstitucional, deixe de tergiversar sobre o tema e adote posicionamento definitivo neste particular.

Ademais, é de se destacar que a inovação legislativa excepcionou a possibilidade, unicamente, de *afastar-se* a inelegibilidade após o período de registro de candidatura, sem mencionar, todavia, a eventual ocorrência de situação inversa. Ou seja, poder-se-ia aventar a hipótese – tal como o fez o professor Edson de Resende Castro (2010, p. 128-129) – no sentido de que, acaso sobrevenha a subtração da capacidade eleitoral passiva de quem fora inicialmente tido por elegível, tal modificação no status jurídico do aspirante ao

⁵⁵ Expressão cunhada pelo professor José Jairo Gomes, em correspondência eletrônica enviada ao autor.

⁵⁶ RO nº 4343-19/CE, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, publ. na sessão de 20/10/2010; e RO nº 2884-09/BA, Rel. Min(a). Carmen Lúcia, julgado na sessão de 03/2/2011.

⁵⁷ Emb.Decl./AgRg no RO nº 4522-98/PB, Rel. Min. Gilson Dipp, DJE de 16/9/2011, p. 32

mandato deveria, do mesmo modo, ser levada em conta pela Justiça Eleitoral para o fim de obstruir a participação do candidato no prélio.

A princípio, a interpretação de que se trata de uma “*via de mão dupla*” não nos afigura destituída de razoabilidade, conquanto se revele, na prática, desnecessária a menção expressa naquele dispositivo a uma inelegibilidade surgida após o registro, haja vista que o art. 262, inciso I, do Código Eleitoral já elenca, como hipóteses de manejo do Recurso Contra a Expedição de Diploma, justamente a “inelegibilidade ou incompatibilidade do candidato”, sendo pacífica a orientação na diretriz de que podem ser deduzidas, no tríduo legal, as inelegibilidades de caráter superveniente, bem como as que ostentem natureza constitucional, por não sofrerem os efeitos da preclusão temporal (CE, art. 259).

6. Conclusão

Conforme já averbado, a recém-promulgada Lei Complementar nº 135/10, que ficou amplamente conhecida como a lei da “*ficha limpa*”, conquanto tenha modificado bastante a redação do art. 1º, I, “g”, da LC nº 64/90, apenas encampou, em grande parte, o entendimento jurídico então dominante em tema de inelegibilidade resultante da desaprovação de contas, sendo certo que a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral serviu como verdadeira bússola a nortear o trabalho legiferante neste particular.

Destarte, à luz da atual redação do referido preceito legal, para a incidência desta causa de inelegibilidade pelo período de 8 (oito) anos a contar da decisão desfavorável, não basta que o pretense candidato figure na relação daqueles que tiveram as contas rejeitadas pelos órgãos encarregados do controle externo, remetida à Justiça Eleitoral até o dia 5 de julho do ano das eleições.

Faz-se indispensável, nesse panorama, que a deliberação desabonadora das contas, além de irreversível em sede administrativa: a) tenha sido proferida pelo órgão competente; b) tenha detectado, a juízo da Corte Eleitoral, irregularidade de natureza insanável e idônea a configurar,

ao menos em tese, ato doloso de improbidade administrativa; e c) esteja em pleno vigor, sem que os seus efeitos hajam sido sustados no âmbito da Justiça Comum.

7. Referências bibliográficas:

AGRA, Walber de Moura e CAVALCANTI, Francisco Queiroz. *Comentários à nova lei eleitoral: Lei nº 12.034, de 29 de setembro de 2009*, Rio de Janeiro: Forense, 2010.

CASTRO, Edson de Resende. *Teoria e prática do direito eleitoral*. 5. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

COSTA, Adriano Soares da. *Instituições de direito eleitoral*. 8. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

GARCIA, Emerson e ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 4. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GOMES, José Jairo. *Direito eleitoral*. 4. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

LULA, Carlos Eduardo de Oliveira. *Direito eleitoral. Comentário às leis nº 9.504/97, nº 9.096/95 e à lei complementar nº 64/90*. Leme, SP: Imperium Editora, 2008.

MENDES, Gilmar, *et alii*. *Curso de direito constitucional*. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

MIRANDA, FRANCISCO C. PONTES DE. *Comentários à Constituição de 1967 c/ a emenda nº 1 de 1969*, vol. I, São Paulo: RT, 1970.

PEREIRA, Rodolfo Viana. *Tutela coletiva no direito eleitoral. Controle social e fiscalização das eleições*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

RAMAYANA, Marcos. *Direito Eleitoral*. 6. ed., Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2006

REIS, Márlon Jacinto Reis, *et al* (coordenadores). *Ficha Limpa. Interpretada por juristas e membros de organizações responsáveis pela iniciativa popular*. Bauru, SP: Edipro, 2010.

DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E A ESCASSEZ DE RECURSOS FINANCEIROS

José Antônio Garrido

Advogado

Procurador do Município do Salvador

Especialista em Direito Tributário pelas Faculdades Jorge Amado/JusPodivm

Mestre em Direito Público pela UFBA

Doutorando em Direito Público pela UFBA

Sumário

Sumário: 1. Introdução. Delimitação do tema. 2. Direito (subjetivo) fundamental à saúde. O mínimo existencial. 2.1. Do modelo de Estado Liberal ao Estado do bem-estar social. 2.2. Noção de direito fundamental à saúde. 3. Os custos dos direitos fundamentais. A análise econômica do direito. A reserva do possível. 3.1. Modelos de pensamento sobre os custos dos direitos fundamentais. 3.1.1 A doutrina de Cass Sustein e Stephen Holmes acerca dos custos dos direitos. 3.2. A análise econômica do direito. 3.3. A reserva do possível. 3.4. O dever fundamental de pagar tributos, o financiamento dos direitos fundamentais, a reserva do possível e o mínimo existencial. 4. Propostas de solução dos conflitos entre o direito fundamental (à saúde) e a escassez de recursos. A pragmática jurisprudencial. 4.1. A incolumidade do direito à saúde. O dever de prestar do Estado independentemente da existência de recursos financeiros. 4.2. Colisão de bens jurídicos: a resolução do caso concreto pela aplicação do postulado da proporcionalidade. 5. Considerações finais. Referências.

Palavras-chave: Direito fundamental subjetivo. Eficácia. Reserva do possível. Princípio da proporcionalidade

1. Introdução. Delimitação do tema.

No Estado Democrático de Direito, que prevê e garante direitos sociais, como o brasileiro, avulta a importância da análise de tema tal qual o ora trabalhado. Institutos como o direito fundamental à saúde, o bem-estar social, os recursos

públicos necessários às políticas públicas para atingi-los e o conflito entre a escassez deste e a necessidade de concretização daquele reclamam estudo sob a perspectiva jurídico-constitucional.

A linha de raciocínio supõe o direito fundamental como direito subjetivo titularizado pelo

indivíduo em face do Estado. Especificamente os direitos sociais, dentre os quais o direito à saúde (arts. 6.º, 196 a 200 da CF/88) (eleito aqui para a análise pragmática), intimamente relacionado ao princípio da dignidade da pessoa humana, afiguram-se como direitos para cuja implementação se requer uma atuação estatal, um agir, uma prestação positiva do Estado. Esta, como é curial, por implicar uma atuação legislativa/administrativa, exige o dispêndio de recursos públicos. Esses são, amiúde – e por motivos cuja investigação transcende os limites desse trabalho –, escassos. Surge, assim, um impasse a ser solucionado em demandas postas ao Poder Judiciário: há de se impor ao Estado o dever de garantir tratamento de saúde àqueles que dele necessitam, independentemente da questão orçamentária – pois faz parte do mínimo existencial intangível – há o Estado-juiz de reconhecer que, ante a ausência de recurso (aplicando-se a tese da reserva do possível), deve ser negado o pleito, ou, por intermédio de um juízo de proporcionalidade, deve-se fazer prevalecer o bem jurídico que, *in concreto*, avultar como de maior importância?

Nesse mister, cumpre investigar a disciplina jurídico-constitucional do direito à saúde, a doutrina do mínimo existencial, a teoria dos custos dos direitos, a análise econômica do direito, a doutrina da reserva do possível e o postulado normativo de aplicação da proporcionalidade, utilizado, de regra, para a solução de conflitos entre princípios. Importante trazer à baila o tratamento dado à questão pelos tribunais pátrios, principalmente o Supremo Tribunal Federal – precípua guardião da constituição federal e órgão de cúpula do Poder Judiciário – e o Superior Tribunal de Justiça – intérprete máximo e instância última da efetividade das normas jurídicas infraconstitucionais.

2. Direito (subjeto) fundamental à saúde. O mínimo existencial.

Fixadas as premissas necessárias em derredor dos direitos fundamentais, cumpre, nesse

passo, tratar especificamente do direito social à saúde, pontuando as premissas históricas de seu surgimento e os contornos dogmáticos que apresenta. Ao lado disso, calha, outrossim, realizar uma sintética abordagem acerca da concepção do mínimo existencial, tratado pela doutrina como conjunto intangível de direitos do indivíduo, que o Estado deve assegurar e que, sob nenhuma circunstância, pode vilipendiar ou permitir seu perecimento.

2.1. Do modelo de Estado Liberal ao Estado do Bem-Estar Social.

Após um processo lento e gradual, que se iniciou em meados do século XIX e se estendeu até a primeira metade do século XX, houve a modificação paulatina de um Estado Liberal, calcado nas ideias da revolução francesa de liberdade de iniciativa e na abstenção em interferir na vida econômica (Estado de Direito em sua concepção original), para um Estado Social. Deu-se, portanto, a substituição de um Estado então inerte, abstencionista, por um Estado intervencionista, regulador da atividade econômica a fim de garantir o bem-estar social obtido através do desenvolvimento econômico. Um Estado que assegurasse bens jurídicos mínimos aos indivíduos necessários à obtenção do que se denomina de bem-estar.

Segundo a lição de Edvaldo Brito¹, o Estado Social apresenta-se sob dois modelos: a) modelo radical: no qual “há a supressão do conteúdo das liberdades individuais, a eliminação da divisão dos poderes e a lei é transformada em mero instrumento, em regime de partido único, da política dos detentores do poder”; b) modelo moderado: “introduz os direitos fundamentais, diversas garantias e direitos sociais”.

O modelo brasileiro é de Estado Social moderado, que respeita os direitos individuais

¹ *Reflexos jurídicos da atuação do Estado no domínio econômico*. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 20.

e objetiva a satisfação dos direitos sociais, notadamente do direito ao bem-estar social²⁻³⁻⁴.

Com o objetivo de concretizar os valores consagrados nesses princípios é que a Constituição autoriza e dá as diretrizes para a intervenção do Estado no domínio econômico⁵. A satisfação desses objetivos autoriza o Estado a intervir na economia.

E por que o Estado precisou intervir na economia? Ariño Ortiz⁶ elenca algumas razões que impõem a intervenção do Estado no domínio econômico. A primeira delas diz respeito ao fracasso do mercado e a necessidade de sua recriação; a intervenção vem para garantir a livre competição no mercado, conferindo-lhe consistência. O segundo motivo é a existência de critérios de equidade na distribuição, a fim de se eliminarem as desigualdades; o capitalismo livre não permitiria isso, cabendo ao Estado o compromisso de garantir a justiça distributiva, com o objetivo de assegurar uma justa distribuição de renda. A terceira razão, e mais criticada, seria a rápida consecução de metas de política econômica. Na linha dessas razões, segundo Ariño Ortiz, quatro seriam as modalidades de intervenção: a) regulação econômica; b) atuação fiscal e financeira, sobretudo utilizando o tributo com função extrafiscal; c) a iniciativa pública, através da criação de empresas públicas que atuarão em regime de mercado conjuntamente com as empresas privadas; d) reserva ao setor público, com os regimes de monopólio.

Nessa linha, a doutrina costuma classificar os procedimentos interventivos de diversas formas. Assim Garrido Falla⁷ concebe a existência de três espécies de procedimentos: i) atividade de coação; ii) atividade de estímulo ou persuasão; e, por fim, iii) atividade de prestação. Pelo primeiro caminho o Estado objetivaria a efetividade das normas de política econômica através da produção de atos destinados a, mediante sanções administrativas e de outras ordens, adequar a conduta dos particulares à normatividade econômica. Pelos procedimentos de estímulo e persuasão, o

Estado se valeria das chamadas sanções premiais, i.e., cominações benéficas previstas nas normas jurídicas que se operam como consequência da implementação, no plano fenomênico, de determinados suportes fáticos descritos pela norma e, por razões sócio-econômicas, queridos pelo

² Edvaldo Brito registra, ainda, as formas pelas quais essa intervenção se apresenta nesse Estado Social, substitutivo do Estado de Direito (Liberal):

"(...) a *intervenção* manifesta-se por duas formas principais: a) pela modificação estatal (autoritária) da ordem social por meio da intervenção direta;

b) pela participação ativa do Estado, ou outro sujeito da Administração Pública, nas funções da vida social, transformando-se o Estado, ele mesmo, em produtor, comerciante ou distribuidor dos bens". (*Reflexos jurídicos da atuação do Estado no domínio econômico*. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 22).

³ Nesse particular, precisas são as lições de Antunes Varela:

"Do Estado liberal passou-se, pelas causas já conhecidas, ao *Estado social*, que, no seu modelo radical, ou extremista se preferem, suprime, ou esvazia, o conteúdo das liberdades individuais, elimina a divisão dos poderes e faz da lei mero instrumento, em regime de partido único, da política dos detentores de *poder*. Já no figurino *moderado*, a substituição do Estado liberal se dá pelo *Estado social de direito*, que introduz, entre os direitos fundamentais, diversas *garantias* e *direitos sociais*, como procedeu, pela primeira vez a Constituição de Weimar, há 50 anos. Deixando de lado o problema da compatibilidade ou da completa fusão dos elementos do Estado liberal e do Estado social, tem o jurista de partir para o exame do problema que parece ser o mais importante no encadeamento dessa mudança". "Procedimento jurídico do estado interventivo". In *Direito econômico*. Orlando Gomes e Antunes Varela. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 156.

⁴ Tratando, justamente, da feição moderada do Estado Social – que bem se coaduna com o Estado Regulador –, pontua Edvaldo Brito, em pensamento compassado com o exposto acima: "Diante do pressuposto de assegurar a realização do bem-estar e do desenvolvimento, por meio da *intervenção que libertaria*, este modelo estatal nascera não para suprimir ou esvaziar liberdades, direitos interesses dos indivíduos, mas para tornar-se responsável pela ordenação da vida social, atuando no processo econômico com o objetivo de definir políticas e dirigir o seu encaminhamento, construindo, em consequência, uma *liberdade econômica*, compatível com os já citados ideais de bem-estar e desenvolvimento que se constituem nos de todos os povos, uma vez que toda a humanidade está fascinada pela obsessiva aspiração do *desenvolvimento econômico*(...)". *Reflexos jurídicos da atuação do Estado no domínio econômico*. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 20-21.

⁵ "Ao programar tais fins, o constituinte não deixou os meios em aberto, posto que circunscreveu os objetivos à base da ordem econômica: valorização do trabalho humano e a livre iniciativa. Logo, o constituinte disse os escopos que deverão ser alcançados, prescrevendo, também, as condições, os meios a serem utilizados" (PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *Contribuições de intervenção no domínio econômico*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 38).

legislador. Já na atividade prestação, o Estado – através de um ente administrativo – toma para si o exercício da atividade econômica que está reservada preferencialmente aos particulares em sistema de livre mercado⁸. Muito embora a expressão “intervenção” denote uma atividade que seria transitória, excepcional, a intervenção do Estado na ordem econômica, analisado como um fenômeno global, não tem essa característica⁹⁻¹⁰.

Nesse passo, além da intervenção do Estado no/sobre o domínio, a mudança de paradigma trouxe a consagração de direitos sociais, que garantem ao indivíduo a fruição de bens jurídicos imprescindíveis a uma existência digna.

Como bem explica Flávio Galdino¹¹, com a ascensão do pensamento liberal, de matriz individualista, o Estado passou a reconhecer as liberdades individuais de corte natural, as quais, positivadas, constituíram direitos públicos subjetivos face ao próprio Estado. Já no Estado Social, que deveria intervir nas relações interindividuais com escopo de realizar justiça social, efetuando por si mesmo ou por terceiros prestações positivas de molde a aperfeiçoar a realidade sensível, na medida do possível, àquilo que, segundo o Direito, ela deveria ser. O traço marcante desta evolução é o reconhecimento

expressões para caracterizar o novo estado das coisas: economia social de mercado, economia dirigida; economia de comando parcial e tantas outras”.

¹⁰ Sobre esse modelo econômico de bem-estar social construído pela Constituição de 1988, precisas são as lições de Eros Roberto Grau: “A ordem econômica (mundo do dever ser) produzida pela Constituição de 1988 consubstancia um meio para a construção do Estado democrático de Direito que, segundo o art. 1.º do texto, o Brasil constituiu. Não o afirma como Estado de Direito Social – é certo – mas a consagração dos princípios da participação e da soberania popular, associada ao quanto se depreende da interpretação, no contexto funcional, da totalidade dos princípios que a conformam (a ordem econômica), aponta no sentido dele.

A inexistência de contradição entre tais princípios, a textura das regras constitucionais consideradas e, ainda, a atribuição, à sociedade, de legitimidade para reivindicar a realização de políticas públicas podem fazer do Estado efetivo agente – por ela responsável – da promoção do bem-estar.

À busca da realização do bem-estar a Constituição apresta a sociedade e o Estado, busca que se há de empreender não em nome ou função de uma ideologia, mas como imposição de determinações históricas que são mais que ideológicas. O alcance do bem-estar é, historicamente, o mínimo que tem a almejar a sociedade brasileira.

(...)

A ordem da Constituição de 1988 – digo-o – postula um modelo do bem-estar.

Esta, a configuração peculiar assumida pela ordem econômica na Constituição de 1988, afetada por regime informado por definida atuação estatal em relação ao processo econômico – não apenas intervencionismo, pois, projetado como missão estatal.

A Constituição de que cogito é a Constituição do Brasil. Não é qualquer outro Estado, desenvolvido, cujos próceres possam se lançar à aventura de desmantelamento do Welfare State, desmantelamento cujas primeiras vítimas são os assalariados, mas cuja vítima seguinte será, certamente, a democracia.

A Constituição de 1988, do Brasil, norma fundamental do direito brasileiro, projeta precisamente a instalação de uma sociedade estruturada segundo aquele modelo – disse-o no item 96 – e justamente visando à consolidação da democracia.

Esse modelo, que assim refiro, no seu enunciado visualizando o mínimo de precisão desejável, não é, todavia, um modelo acabado.

A ordem econômica na Constituição de 1988 é uma ordem econômica aberta. Nela apenas podem detectar um modelo econômico acabado aqueles que têm uma visão estática da realidade; para eles, estática também há de ser a Constituição – a uma visão estática dos fatos sociais apenas pode corresponder, já o afirmei, uma visão também estática do direito.

(...)

...há um modelo econômico definido na ordem econômica na Constituição de 1988, desenhado na afirmação de pontos de proteção contra modificações externas, que descrevo como modelo de bem-estar. “; Cf. *A Ordem econômica na constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. 9. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 274-7.

¹¹ Cf. GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos - direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 153-155.

⁶ Apud Cf. FONSECA, João Bosco Leopoldino. *Direito econômico*. 4. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 240-4. SILVA NETO, Manoel Jorge. *Direito constitucional econômico*. São Paulo: LTR, 2001, p. 149-51.

⁷ Apud Cf. BRITO, Edvaldo. *Reflexos jurídicos da atuação do Estado no domínio econômico*. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 26.

⁸ Cf. SILVA NETO, Manoel Jorge. *Direito constitucional econômico*. São Paulo: LTR, 2001, p. 148-9.

⁹ Cf. NUSDEO, Fábio. *Curso de economia. Introdução ao direito econômico*. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p.186: “[...] a figura mesma do Estado intervencionista se supera, pois a palavra intervenção traz em si o signo da transitoriedade, conota uma arremetida seguida da retirada, trai, em suma, uma situação excepcional, anormal. Não é essa, porém, a nova realidade. O Estado não mais intervém no sistema econômico. Integra-o. Torna-se um seu agente e um habitual partícipe de suas decisões. O intrometimento e posterior retirada poderão ocorrer neste ou naquele setor, nesta ou naquela atividade. Jamais no conjunto. Daí as diversas

de determinados direitos chamados de direitos econômicos e sociais – herança dos movimentos socialistas e da doutrina social da Igreja Católica –, cuja observância depende de uma prestação positiva do Estado. Enquanto o Estado Liberal assume postura de abstenção, tutelando direitos negativos, o Estado Social chama a si também a função de tutelar direitos positivos. Exemplo de Constituições que marcaram essa transição são a Constituição alemã de Weimar, de 1919, e a Constituição Mexicana de 1917.

2.2. Noção de direito fundamental à saúde.

Define-se a saúde como o completo bem-estar físico, mental e social do indivíduo, deixando de limitar o conceito a ausência de doenças. É a saúde um bem jurídico tutelado constitucionalmente como um direito social. O texto constitucional de 1988 faz referência a ele em diversos dispositivos, dentre os quais se destacam: arts. 5.º, 6.º, 196 a 200. A rigor, o direito à saúde imbrica-se com vários outros direitos, v.g.: direito ao saneamento, direito da seguridade social, direito à assistência social, direito de acesso aos serviços médicos etc.

Em seu art. 6.º, a CF/88¹² reconhece a saúde como um direito social. Assim, o direito à saúde integra a categoria de direitos que exigem do Estado prestações positivas tendentes a implementá-lo, sob pena de o dispositivo constitucional perder integralmente a eficácia, tornando-se letra morta.

A Seção II do Título VIII do texto constitucional dedica-se a tratar do direito social à saúde. O art. 196 da CF/88, ao referir-se à saúde como “*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*”, não pode ser interpretado como uma norma meramente programática, na concepção clássica de norma-programa, de eficácia limitada. Porém, norma à qual deve ser dada eficácia imediata.

O direito à saúde, de acordo com o texto constitucional de 1988, deve ser entendido como um direito social fundamental, que há de ser buscado na maior otimização possível, porquanto a materializam a preservação da vida e o respeito à dignidade humana. O direito à saúde como um verdadeiro direito público subjetivo positivo, vez que exige prestações positivas para ser satisfeito.

Por ser dever do Estado, cumpre-lhe estabelecer as ações e serviços públicos de saúde para a efetivação e concretização do respectivo direito, pois o art. 198 da CF/88 determina que tais políticas públicas concernentes à saúde sejam realizadas, por intermédio de uma ação integrada, em um sistema único, de forma regionalizada e hierarquizada. Tal sistema único é estruturado pela Lei federal n.º 8.080/90, que estabelece o denominado SUS – Sistema Único de Saúde. É um direito de fruição gratuita.

Como bem destaca Manoel Jorge e Silva Neto¹³, o direito público subjetivo concernente à saúde dirige-se não apenas ao tratamento da doença quando instalada, mas, também e sobretudo, à adoção de medidas preventivas de manutenção da saúde mediante políticas sociais e econômicas. Afora isso, incumbe a responsabilidade indeclinável ao Poder Público o fornecimento de medicamentos eficazes para assegurar o direito à saúde do indivíduo. Esse fornecimento há de ser *in natura*, impossível sua conversão em pecúnia.

3. Os custos dos direitos fundamentais. A análise econômica do direito. A reserva do possível. O mínimo existencial.

O direito à saúde, como direito social, integra o rol de direitos fundamentais positivos;

¹² “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

¹³ SILVA NETO, Manoel Jorge. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. atual. Rio de Janeiro, 2010, p. 874.

vale dizer, direitos fundamentais para cuja implementação exige-se um atuar do poder público. Esse atuar, por sua vez, requer o emprego de recursos públicos nesse mister. Os direitos fundamentais positivos têm, portanto, custos.

Os recursos públicos, a rigor, não são ilimitados; ao revés, são contingenciados e devem ser empregados segundo o programa orçamentário pré-estabelecido. Afora isso, mesmo que não houvesse esses entraves impostos pelas normas de direito financeiro, haveria uma limitação natural dos próprios recursos financeiros.

Destarte, o dilema entre as políticas públicas necessárias à satisfação dos direitos sociais – dentre os quais o direito à saúde – e a escassez de recursos põe à baila a questão das chamadas “escolhas trágicas”. Hão de ser sopesados, de um lado, o direito fundamental a ser implementado pela ação estatal e, de outro, o custo desta ação estatal.

Nessa quadra, tem espaço o exame de questões relativas aos custos dos direitos, a análise econômica do direito, a doutrina da reserva do possível e mínimo existencial.

3.1. Modelos de pensamento sobre os custos dos direitos fundamentais.

Flávio Galdino faz uma didática síntese dos modelos de pensamento sobre a relação entre os direitos fundamentais e os respectivos custos¹⁴. Identifica cinco modelos: (i) modelo teórico da indiferença; (ii) modelo teórico do reconhecimento; (iii) modelo teórico da utopia; (iv) modelo teórico da verificação da limitação dos recursos; (v) modelo teórico dos custos dos direitos.

Para o modelo teórico da indiferença, o caráter positivo da prestação estatal e o respectivo custo são absolutamente indiferentes ao pensamento jurídico. Reflexo de uma orientação política libertária e liberal, não se esboçava consideração acerca da necessidade de prestações

estatais positivas para efetivação de direitos públicos subjetivos, ou sobre a relevância do conteúdo econômico dos direitos individuais, de sorte que a intervenção estatal no domínio econômico privado era não apenas evitada, mas também repudiada. Esse é um modelo que, a rigor, não pode ser empregado, haja vista o caráter positivo dos direitos fundamentais sociais.

O modelo teórico do reconhecimento, fundado no reconhecimento institucional de direitos a prestações (direitos sociais), implica reconhecer direitos positivos; por outro lado, ao mesmo tempo afasta-se a pronta exigibilidade desses novos direitos. Com efeito, conforme já visto, por influência dos movimentos intelectuais de esquerda e do pensamento cristão, bem como pela crescente necessidade de intervencionismo estatal, os textos constitucionais principiaram a elencar como direitos determinadas situações jurídicas cujo conteúdo difere do simples absentismo, aparentemente típico dos direitos fundamentais individuais. Surgiram os chamados direitos econômicos e sociais. Estes direitos dependem de uma atuação positiva do Estado. Evoluiu-se para a especificação da positividade; pode-se dizer que este é o momento ou modelo dogmático em que se remarca conceitualmente a essencial diferença entre os direitos fundamentais, classificando-os a partir da distinção entre positivos ou negativos, conforme demandem ou não uma atuação positiva, em verdade, uma prestação por parte do Estado.

Segundo o modelo teórico da utopia, a crítica ideológica e a crença em despesas sem limite igualam direitos negativos a positivos, a positividade dos direitos sociais permanece reconhecida, mas o elemento custo é desprezado. No plano conceitual, os custos financeiros são vistos aqui como absolutamente externos ao conceito do direito, de modo que o reconhecimento

¹⁴ Cf. *Introdução à teoria dos custos dos direitos – direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 180-198.

dos direitos subjetivos fundamentais precede e independe de qualquer análise relacionada às possibilidades reais de sua concretização (efetivação); vale dizer, o conceito e a eficácia dos direitos subjetivos especificamente considerados são analisados em vista dos textos normativos, sem qualquer consideração concernente às possibilidades reais de efetivação. Daí ser qualificado como um modelo de utopia.

Para o modelo teórico da verificação da limitação dos recursos, o custo assume caráter fundamental. Assim, mantida a tipologia positivo/negativo, tem-se a efetividade dos direitos sociais como sendo dependente da chamada “reserva do possível”, isto é, da disponibilidade de recursos orçamentários.

Por derradeiro, o modelo teórico dos custos dos direitos revela a superação dos modelos anteriores; tem-se por superada essa tradicional tipologia positivo/negativo dos direitos fundamentais, ao reconhecer que todos os direitos fundamentais são direitos positivos; foi desenvolvido pelos autores norte-americanos Cass Sustein e Stephen Holmes, no livro *The cost of rights*. Cumpre realizar uma breve referência ao pensamento desses autores.

3.1.1. A doutrina de Cass Sustein e Stephen Holmes acerca dos custos dos direitos¹⁵.

Na obra de Cass Sunstein e Stephen Holmes, é possível identificar um objetivo fundamental: demonstrar que todos os direitos são positivos, e, portanto, demandam algum tipo de prestação pública (em última análise, por parte do Estado) para sua efetivação. Além disso, procuram os autores extrair diversas consequências relevantes de tal observação. Eis a tese fundamental da obra dos autores.

Existem duas perspectivas para observação dos direitos (subjetivos): (a) uma perspectiva moral, por meio da qual se busca a justificação dos direitos, via de regra através da associação dos direitos a princípios ou ideias morais; e, (b)

uma perspectiva descritiva, mais preocupada em explicar o funcionamento dos sistemas jurídicos, do que justificá-lo moralmente.

Na medida em que o Estado é indispensável ao reconhecimento e efetivação dos direitos, e considerando que o Estado somente funciona em razão das contingências de recursos econômico-financeiros captadas junto aos indivíduos singularmente considerados, chega-se à conclusão de que os direitos só existem onde há fluxo orçamentário que o permita. É o que remete ao problema dos custos e da positividade. Verificando-se que os custos serão, então, indispensáveis à caracterização dos direitos – entendidos como situações a que o Direito “concede” determinados remédios (jurídicos, portanto) – os autores afirmam que todos os direitos são positivos.

Para tanto, contudo, reconhecem eles, é preciso ultrapassar a sólida barreira erguida pelo senso comum acerca dos direitos, consoante a qual os direitos fulcrados diretamente na liberdade seriam puramente negativos, não demandando qualquer prestação estatal positiva para sua efetivação. Há duas razões principais – informam os autores – para que tais questões sejam ignoradas pelo pensamento jurídico-político norte-americano. Na verdade, não se deve falar em diminuição de direitos ou de suas garantias, mas sim em redimensionamento da extensão da proteção devotada aos direitos, tendo como parâmetro as condições econômicas de dada sociedade. A aferição dos custos permite trazer maior qualidade às trágicas escolhas públicas em relação aos direitos. Ou seja, permite escolher melhor onde gastarão os insuficientes recursos públicos.

A verdade é que a Constituição protege alguns direitos e outros não, e a linha divisória entre os direitos positivos e os negativos é estabelecida pelas Cortes judiciais de forma a

¹⁵ Baseado na síntese feita por Flávio Galdino. *Introdução à teoria dos custos dos direitos – direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 199-214.

manter – sob a falsa aparência da neutralidade – os critérios tradicionais de distribuição dos bens sociais, favorecendo uma parte seleta dos indivíduos em detrimento dos demais. Não obstante a produção anterior, é na obra em comento que a ideia é desenvolvida com apuro, concluindo-se pela inexistência de direitos puramente negativos, pois todo e qualquer direito depende de prestação estatal positiva. Exemplificam com o direito à propriedade¹⁶.

As “escolhas trágicas” que são impostas pela escassez de recursos financeiros para tutela dos direitos salientam a valoração que uma sociedade atribui a tais ou quais direitos, dentro de um juízo de ponderação. Isto porque as decisões (ou escolhas) acerca das alocações dos recursos para tutela de determinados direitos, enquanto outros restarão desprotegidos, espelha os valores da sociedade em questão. Os autores recomendam, então, uma revisão do conceito de direito subjetivo (*right*), no sentido de fazer nele incluir a perspectiva dos custos. É o que Flávio Galdino prefere chamar de “conceito pragmático de direito subjetivo”¹⁷. Em primeiro lugar, tais direitos não podem ser considerados absolutos. Afirma-se peremptoriamente: nada que custa dinheiro é absoluto. Não é possível formular uma definição de direito abstraindo da realidade concreta, ou seja, das condições de cada tempo e lugar – daí falarmos nós em conceito pragmático. Os custos influem sobre a própria conceituação dos direitos subjetivos.

3.2. A análise econômica do direito.

A análise econômica do Direito possui como características: i) rejeição da autonomia do direito perante a realidade social e econômica; ii) utilização de métodos de outras áreas do conhecimento, tais como economia e filosofia; iii) crítica à interpretação jurídica como interpretação conforme precedentes ou o direito, sem referência ao contexto econômico e social¹⁸. Em seu sentido descritivo, trata da aplicação de conceitos e métodos não jurídicos no sentido de entender a função do Direito e das instituições jurídicas. Aqui têm campo de aplicação a teoria

dos jogos e a teoria das escolhas públicas (*public choices*), que serão vistas mais adiante.

Destacam-se como postulados da análise econômica do Direito: a) individualismo metodológico – os fenômenos coletivos devem ser explicados como resultantes de decisões individuais; b) escolha racional – as decisões individuais são entendidas como racionalmente dirigidas à maximização dos interesses individuais; c) preferências estáveis – postula-se que no curto prazo há a estabilidade das preferências; d) equilíbrio – as interações na política e no direito tendem ao equilíbrio¹⁹.

A teoria dos jogos, da mesma forma que todos os demais modelos econômicos, se traduz em uma forma de simplificação da realidade social, com o intuito de mostrar as forças básicas de uma determinada interação social; os tipos de jogos²⁰ e os casos envolvidos ainda não encontraram

¹⁶ Argumentam que não existe a propriedade privada sem a ação pública, sem prestações estatais positivas. Na verdade, a expressão “respeito à propriedade”, enquanto dever negativo do Estado, conduz a uma compreensão equivocada do fenômeno. Para os autores, o Estado não reconhece simplesmente a propriedade; o Estado verdadeiramente cria a propriedade. Direitos custam – principalmente os direitos que nós outros chamamos fundamentais –, dentre outras razões, porque os respectivos remédios são custosos. Notadamente os remédios jurisdicionais. Titularizar um direito, afirmam os autores – referindo-se a Hans Kelsen – é sempre ser um autor (no sentido técnico-processual da expressão) em potencial. E os remédios jurisdicionais demandam a criação e manutenção de uma complexa estrutura pública (embora não necessariamente governamental, como a judiciária) de modo a assegurar o acesso dos indivíduos a uma esfera própria para tutela dos direitos, o que não pode se dar – na fórmula deveras expressiva dos autores – em uma situação, de vácuo orçamentário. Os direitos – todos eles – custam, no mínimo, os recursos necessários para manter essa complexa estrutura judiciária que disponibiliza aos indivíduos uma esfera própria para tutela de seus direitos.

¹⁷ Cf. *Introdução à teoria dos custos dos direitos – direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 211.

¹⁸ CALIENDO, Paulo. *Direito tributário e análise econômica do direito – uma visão crítica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 13.

¹⁹ CALIENDO, Paulo. *Direito tributário e análise econômica do direito – uma visão crítica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 15.

²⁰ Como modelos de jogos, podem ser citados os *jogos em formas normais, jogos na forma extensiva, jogos repetidos, jogos em ação coletiva, jogos de barganha cooperativos e não cooperativos*.

uma adequada e suficiente demonstração de sua aplicação ao direito.

A teoria das escolhas públicas pauta-se na necessidade de o poder público, ao decidir acerca da atuação legislativa ou da atuação administrativa, realizar um cálculo constitucional que envolve a mensuração de custos na concretização da decisão, e o grau de realização dos valores e bens jurídicos tutelados pela constituição.

A respeito da análise econômica do direito, Flávio Galdino²¹ faz importante observação, ao indicar três fatores que concorrem para que o Direito possa bem desempenhar esta tarefa: (a) o Direito possui um modelo de análise orientado a valores, isto é, o Direito é fundamentalmente devotado a considerações éticas; (b) as análises jurídicas dirigem-se também, em boa medida, ao combate da escassez, através de variadas técnicas de redistribuição da riqueza e alocação de direitos e recursos; (c) os conceitos jurídicos, bem trabalhados, admitem sejam incluídos nas operações e ponderações os profícuos resultados das análises econômicas. É necessário que a cultura jurídica reconheça que a metodologia das ciências econômicas produz análises e resultados mais próximos da realidade através de instrumentos mais precisos. A partir desse reconhecimento, através de normas jurídicas e de sua aplicação, é possível agregar condições econômicas e considerações éticas (valores), maximizando a eficiência das instituições sem necessário prejuízo dos valores envolvidos.

Estabelecidas essas premissas, deve-se passar ao exame da reserva do possível e da noção de mínimo existencial.

3.3. A reserva do possível.

Como os direitos sociais envolvem uma atuação positiva do Estado – e esta impõe custos – deve-se analisar um argumento amiúde utilizado pelo Poder Público a justificar a não concretização do direito fundamental, máxime o direito à saúde: a reserva do possível.

Segundo Dirley da Cunha Júnior²², tem origem na Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão a doutrina da “reserva do possível”, segundo a qual o reconhecimento dos direitos subjetivos a prestações depende da disponibilidade dos respectivos recursos públicos necessários para satisfação das prestações materiais que constituem seu objeto; assegura que a decisão sobre a disponibilidade desses recursos insere-se no espaço discricionário das opções do governo e do parlamento, por meio da composição dos orçamentos públicos. Foi desenvolvida na Alemanha, contudo, num contexto jurídico e social totalmente distinto da realidade histórico-concreta brasileira.

Dito de outro modo, a expressão reserva do possível procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre infinitas a serem por eles supridas.

Como bem observa Flávio Galdino, volta a ser relevante a existência de uma diferença essencial entre os direitos fundamentais negativos e os positivos notadamente no que concerne à sua eficácia jurídica e social. Partindo-se do texto da regra constitucionalmente positivada, desde que o mesmo contenha previsão da prestação (o objetivo) e dos respectivos meios de consecução, e atribua um direito subjetivo ao indivíduo, entende-se criada uma situação jurídica sindicável pelo indivíduo e, diante de situação inteiramente configurada, têm-se as reservas materiais. É comum dizer-se que a efetivação dos direitos econômicos e sociais depende da reserva do possível. Neste modelo, os custos dos direitos assumem feição meramente limitativa (negativa). No tocante às prestações públicas que integram o mínimo existencial (alimentação,

²¹ Cf. *Introdução à teoria dos custos dos direitos – direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 249-254.

²² Cf. *Controle judicial das omissões do Poder Público – em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 307-313.

vestimenta, moradia, educação básica etc.), há o reconhecimento de que se encontram sujeitas aos recursos econômicos e financeiros disponíveis no momento, salientar que tais prestações devem ter tratamento preferencial em relação às que não ostentem tal caráter. A referida “reserva do possível” funciona como limite tão somente em relação às prestações estatais positivas; os direitos de liberdade, tidos como meramente negativos, podem assim ser integralmente garantidos e efetivados, sem amarras orçamentárias²³.

Registra Gustavo Amaral que a reserva do possível distingue-se da reserva do orçamento, na medida em que esta consistiria na necessidade de serem respeitadas, pelo Judiciário, as regras do direito orçamentário²⁴. Com efeito, enquanto que a reserva do possível diz respeito à insuficiência de recursos para fazer frente à despesa – óbice fático-financeiro –, independentemente da alocação orçamentária, a reserva do orçamento diz respeito à invocação da existência de uma norma de direito financeiro que contingencia o montante de recurso público destinado àquela finalidade, não se podendo utilizar da provisão orçamentária de outra finalidade para aquele respeitante ao direito fundamental social – é um óbice jurídico.

3.4. O dever fundamental de pagar tributos, o financiamento dos direitos fundamentais, reserva do possível e o mínimo existencial.

Assim como a constituição federal contempla conjunto de direitos tidos como fundamentais, inalienáveis, imprescritíveis, irrenunciáveis e históricos, contém, outrossim, um conjunto de deveres atribuídos aos indivíduos, qualificados com deveres fundamentais.

Como bem salienta J. J. Gomes Canotilho, a constituição não consagra, entretentes, um catálogo de deveres fundamentais à semelhança dos direitos fundamentais; há apenas o que qualifica de deveres fundamentais de natureza pontual, necessariamente baseados em uma norma constitucional ou em uma lei mediante autorização constitucional. Adverte o constitu-

cionalista português, por outro lado, que não se deve estabelecer uma relação correspectividade entre os direitos e deveres fundamentais; vale dizer, é incorreto afirmar que o particular está vinculado aos direitos fundamentais como destinatário de um dever fundamental – vale o princípio da assimetria entre direitos e deveres fundamentais²⁵. Nada obstante, J. J. Gomes Canotilho segrega os deveres fundamentais em duas categorias: deveres autônomos e deveres conexos com direitos. O dever fundamental de pagar tributos estaria na primeira categoria²⁶⁻²⁷.

O conceito constitucional de tributo alberga, inexoravelmente, a noção da exação como o “preço da liberdade”²⁸, um dever fundamental, ínsito a qualquer ordem constitucional; além

²³ Cf. *Introdução à teoria dos custos dos direitos – direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 190-198.

²⁴ Cf. *Direito, escassez e escolha – critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 138.

²⁵ Cf. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 532-533.

²⁶ Cf. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 533.

²⁷ Confira-se, pois, nesse particular, o conceito gizado por Ricardo Lobo Torres, conjugando deliberadamente o enunciado do CTN com os traços constitucionais: “Tributo é o dever fundamental, consistente em prestação pecuniária, que, limitado pelas liberdades fundamentais, sob a diretiva dos princípios constitucionais da capacidade contributiva, do custo/benefício ou da solidariedade e com a finalidade principal ou acessória de obtenção de receita para as necessidades públicas ou para as atividades protegidas pelo Estado, é exigido de quem tenha realizado o fato descrito em lei elaborada de acordo com a competência específica outorgada pela Constituição”. “O conceito constitucional de tributo”. *Teoria geral da obrigação tributária — estudos em homenagem ao Prof. José Souto Maior Borges*. Coord. Heleno Taveira Torres. São Paulo: Malheiros editores, 2005, p. 588-9. A respeito do tratamento do imposto como um dever fundamental do indivíduo, ver NABAIS, José Casalta. *O Dever fundamental de pagar impostos — contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*. Coimbra: Almedina, 2004.

²⁸ Em trabalho anterior, Ricardo Lobo Torres faz alusão a essa ideia: “Alguns teóricos do liberalismo, no exame do problema do *fundamento jurídico* da tributação, afirmam que o imposto é o preço da liberdade. Adotam a teoria do benefício e vinculam o pagamento do tributo à contraprestação estatal representada pela segurança dos direitos individuais ou pela entrega de bens e serviços públicos. (...) (...) o tributo é o preço da liberdade para efeito de lhe fixar a finalidade ética e econômica e a dimensão existencial de instrumento de alienação do cidadão diante do Estado” (*A Ideia de liberdade no Estado patrimonial e no Estado fiscal*. Rio de Janeiro: Renovar, 1991, p. 138).

disso, é pautado pelos princípios constitucionais da capacidade contributiva, do custo/benefício ou da solidariedade²⁹.

Os recursos para fazerem frente às despesas públicas necessárias à implementação dos direitos fundamentais são obtidos por intermédio de receitas públicas originárias – obtidas por intermédio da exploração do próprio patrimônio público – e das receitas públicas derivadas – obtidas por meio do exercício do *jus imperii* do Estado, a exemplo de sanções pecuniárias e dos tributos.

Como os recursos são escassos, construiu-se o argumento da reserva do possível (razões de Estado) como motivo para não concretização do direito fundamental social, a exigir prestações positivas do Estado, quando forem insuficientes os recursos.

Sucede que nem sempre a reserva do possível pode ser invocada como justificativa para a não implementação de um direito fundamental. Calcado na premissa da dignidade da pessoa humana (art. 1.º, inciso III, da CF/88), construiu-se o conceito do que se convencionou designar de mínimo existencial.

Na lição de Ricardo Lobo Torres³⁰: “*Há um direito às condições mínimas de existência humana digna, que não pode ser objeto de intervenção do Estado e que ainda exige prestações estatais positivas*”. Esse mínimo existencial não tem dicção constitucional própria, carecendo de conteúdo específico, abrangendo qualquer direito, ainda que originariamente não fundamental, considerado em sua dimensão essencial e inalienável. “*Sem o mínimo necessário à existência cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as condições iniciais da liberdade. A dignidade humana e as condições materiais da existência não podem retroceder aquém de um mínimo, do qual nem os prisioneiros, os doentes mentais e os indigentes podem ser privados*”. Como se vê, a ideia de mínimo existencial associa-se inexoravelmente à compreensão da dignidade da pessoa humana.

Nesse passo, Manoel Jorge e Silva Neto³¹ diz que o conjunto de serviços e prestações do Estado que podem objetivamente contribuir para a fruição de determinado direito fundamental ao mínimo existencial é composto dos seguintes direitos: a) educação fundamental; b) saúde básica; c) assistência aos desamparados; d) acesso à justiça.

Como se vê, o direito fundamental social à saúde integra aquilo que se considera mínimo existencial e, portanto, a salvo do óbice respeitante à reserva do possível.

4. Propostas de solução dos conflitos entre o direito fundamental (à saúde) e a escassez de recursos. A pragmática jurisprudencial.

Demandas concernentes à implementação de direitos fundamentais sociais, especificamente o direito à saúde, são postas amiúde à apreciação administrativa e judiciária. Com isso, discussões a respeito da máxima efetividade das normas constitucionais, o mínimo existencial e a reserva do possível são travadas. Três são as soluções comumente alvitradas: i) dever do Estado de implementar a concretização dos direitos fundamentais sociais, independentemente da existência de recursos orçamentários e do fato de ele se circunscrever ao mínimo existencial; ii) implementação do direito fundamental social à saúde, independentemente da previsão orçamen-

²⁹ “1. Como dever fundamental, o imposto não pode ser encerado nem como um mero *poder* para o estado, nem como mero *sacrifício* para os cidadãos, constituindo antes o contributo indispensável a uma vida em comunidade organizada em *estado fiscal*. Um tipo de estado que tem na subsidiariedade da sua própria acção (econômico-social) e no primado da autorresponsabilidade dos cidadãos pelo seu sustento o seu verdadeiro suporte. Daí que se não possa falar num (pretensão) *direito fundamental* a não pagar impostos”. (NABAIS, José Casalta. *O Dever fundamental de pagar impostos – contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 677).

³⁰ Cf. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário, volume III; os direitos humanos e a tributação: imunidades e isonomia*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 141-147.

³¹ Cf. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. atual. Rio de Janeiro, 2010, p. 173-175

tária, porque integrante do mínimo existencial; iii) necessidade de solucionar o conflito entre bens jurídicos protegidos pela norma constitucional pela aplicação do postulado normativo da proporcionalidade.

4.1. A incolumidade do direito à saúde. O dever de prestar do Estado independentemente da existência de recursos financeiros.

Há uma linha de pensamento que conclui pela obrigação do Estado de implementar as políticas públicas necessárias à concretização dos direitos fundamentais sociais, sobretudo a saúde, independentemente de haver recursos financeiros dotados em orçamento para esse fim.

Para Dirley da Cunha Júnior³², há de se afastar essa doutrina, na medida em que o Poder Judiciário, na atividade de controle das omissões do Poder público, determinar uma redistribuição dos recursos públicos existentes, retirando-os de outras áreas para destiná-los ao atendimento das necessidades vitais do homem, dotando-o das condições mínimas de existência. Em suma, nem a reserva do possível nem a reserva de competência orçamentária do legislador podem ser invocados como óbices, no direito brasileiro, ao reconhecimento de direitos originários a prestações. Afirma que não é exagero sustentar que a doutrina de reserva do possível está a serviço da implantação de um Estado mínimo, onde mínguem os serviços públicos que compete ao Estado do Bem-Estar Social fornecer, exatamente para que as condições mínimas e necessárias à efetivação dos direitos sociais sejam realizadas. Todos os direitos fundamentais, qualquer que seja a sua natureza, são direitos diretamente aplicáveis, vinculam todos os Poderes, especialmente o Legislativo, e essa vinculação se submete ao controle judicial. A força dirigente e determinante dos direitos fundamentais a prestação, particularmente os direitos sociais, inverte o objeto clássico da pretensão jurídica fundada num direito subjetivo: de uma pretensão de omissão dos poderes públicos transita-se para uma proibição de omissão.

O autor adianta não concordar com a doutrina da “reserva do possível”, porque sempre haverá um meio de remanejar os recursos disponíveis, retirando-os de outras áreas onde sua aplicação não está intimamente ligada aos direitos mais essenciais do homem.

O direito constitucional alemão contempla uma regra de elevado conteúdo axiológico que, na hermenêutica constitucional brasileira, não deve ser desprezada. Com efeito, determina o § 2.º do art. 19 da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha (*Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*) que “*em nenhum caso, um direito fundamental poderá ser violado em sua essência*”³³. Implica, portanto, a inexorável preservação da essência do direito fundamental; noutros termos, o conteúdo essencial do direito fundamental há de merecer sempre proteção.

O conteúdo essencial do direito fundamental ostenta (i) uma dimensão objetiva, definida a partir do significado desse direito para a vida social como um todo; e (ii) uma dimensão subjetiva, vertida para a análise do caso concreto; além disso, haveria (a) um conteúdo essencial absoluto, composto por um núcleo intransponível, independentemente da situação e dos interesses que eventualmente possa haver em sua restrição; e (b) um conteúdo essencial relativo, dependente das condições fáticas e das colisões entre diversos direitos e interesses no caso concreto, de modo que o conteúdo essencial de um direito poderá variar de situação para situação, dependendo dos direitos envolvidos em cada situação. O conteúdo essencial absoluto subdivide-se em (a’) dinâmico: quanto o conteúdo essencial, embora intransponível, pode ser modificado com o passar do tempo; e (a’’) estático: o conteúdo

³² Cf. *Controle judicial das omissões do Poder Público – em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 283-295 e 307-313.

³³ “*In keinem Falle darf ein Grundrecht in seinem Wesensgehalt angetastet werden*”.

essencial não sofreria modificação com o passar do tempo³⁴.

Em função do princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais sociais, da eficácia imediata e da proteção à essência dos direitos fundamentais, o direito à saúde deve sempre ser implementado, independentemente das limitações e grilhões orçamentários.

4.2. Colisão de bens jurídicos: a resolução do caso concreto pela aplicação do postulado da proporcionalidade.

Uma outra vertente considera que a questão respeitante a, de um lado, a satisfação do direito fundamental à saúde e, de outro, a limitação de recursos, trata de uma colisão de bens jurídicos (a rigor, colisão de princípios), vez que recursos que seriam empregados a outra finalidade deverão ser remanejados para aplicação na saúde. Trata-se, portanto, de uma questão a ser resolvida pelo postulado normativo de aplicação da proporcionalidade.

A proporcionalidade qualifica-se como postulado porque é uma metanorma: é uma norma que versa sobre a interpretação, aplicação e solução de conflitos entre normas-princípio. Implica o exame de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

O exame de adequação exige uma relação empírica entre meio e fim. (I) O significado de adequação pode ser analisado pelo aspecto quantitativo (intensidade), qualitativo (qualidade) e probabilístico (certeza). Haveria de se verificar o meio mais intenso, melhor e mais seguro. A administração e o legislador, contudo, não de escolher um meio que simplesmente promova o fim, pois (a) nem sempre é possível e plausível avaliar o meio mais intenso, melhor e mais seguro para promover o fim, (b) o princípio da separação dos Poderes exige respeito à vontade objetiva do Poder Legislativo e do Poder Executivo, e (c) a própria exigência de racionalidade na interpretação e aplicação das normas impõe que

se analisem todas as circunstâncias do caso concreto. (II) a análise da adequação pode se dar em três dimensões: (a) abstração e concretude; (b) generalidade e particularidade; (c) antecedência e posteridade. Nas hipóteses em que o Poder Público está atuando para uma generalidade de casos, a medida será adequada se, abstrata e geralmente, servir de instrumento para a promoção do fim; se se tratar de atos meramente individuais, a medida será adequada se, concreta e individualmente, servir de instrumento para a promoção do fim – em qualquer caso, contudo, a adequação deverá ser avaliada no momento da escolha do meio pelo Poder Público e não no momento posterior, quando a escolha é avaliada pelo julgador. No exame da proporcionalidade preponderam juízos do tipo probabilístico e indutivo. (III) Intensidade de controle das decisões adotadas pela Administração, em dois níveis: (a) modelo forte – em que qualquer demonstração de que o meio não promove o fim é suficiente para declarar a invalidade da atuação administrativa; (b) modelo fraco – em que apenas uma demonstração objetiva, evidente e fundamentada pode conduzir à declaração de invalidade da atuação administrativa concernente à escolha de um meio para atingir um fim. O ordenamento jurídico brasileiro está de acordo com o modelo fraco por conta do princípio da separação dos Poderes e a conotação que aqui recebe, de modo que somente uma comprovação cabal (evidente) da inadequação permite a invalidação da escolha do administrador ou do legislador e se não for, de qualquer modo, justificável – fora disso, ela deve ser mantida³⁵.

³⁴ Cf. SILVA, Luis Virgílio Afonso. *O Conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*. Tese apresentada para o concurso de provas e títulos para o provimento do cargo de Professor Titular, junto ao Departamento de Direito do Estado – área de direito constitucional – na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: 2005, p. 244-258. Cf. SILVA, Virgílio Afonso. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 185-196.

³⁵ Cf. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, 167-72.

Pelo exame da necessidade, verifica-se existência de meios alternativos àqueles inicialmente escolhidos pelo Poder Legislativo e pelo Poder Executivo e que possam promover igualmente o fim sem restringir, na mesma intensidade, os direitos fundamentais afetados. Envolve, pois: i) exame da igualdade de adequação dos meios, comparando os efeitos da utilização de cada um deles – o problema é que o meio promove os fins em vários aspectos (qualitativo, quantitativo e probabilístico); e ii) exame do meio menos restritivo, que deve indicar o meio mais suave, em geral e nos casos evidentes. Os problemas começam, porém, quando os meios são diferentes não só nos graus de restrição dos direitos fundamentais, mas também no grau de promoção da finalidade³⁶.

A proporcionalidade em sentido estrito exige comparação entre a importância da realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais: “O grau de importância da promoção do fim justifica o grau de restrição causada aos direitos fundamentais?”. Normalmente, um meio é adotado para atingir uma finalidade pública, relacionada ao interesse coletivo (proteção do meio ambiente, proteção dos consumidores), e sua adoção causa, como efeito colateral, restrição a direitos fundamentais do cidadão³⁷.

Dessarte, ao se aplicar o postulado da proporcionalidade a um caso que envolva o pleito à satisfação do direito fundamental social à saúde, há de se proceder ao seguinte exame: a) adequação: o tratamento médico/política pública de saúde requisitado é o mais apropriado à garantia e à concretização da (do direito a) saúde do indivíduo – cuida-se de tratamento de eficácia comprovada?; b) necessidade – deve-se fazer a seguinte indagação: haveria outro tipo de tratamento médico/política pública que implementasse o mesmo resultado com menor sacrifício financeiro? c) proporcionalidade em sentido estrito – a concretização do direito à saúde do indivíduo por intermédio da implantação de certo

tratamento justifica o dispêndio de recursos financeiros de determinada monta.

Assim, diante da escassez de recursos e da necessidade de satisfação do direito à saúde, haveria de se aplicar o postulado da proporcionalidade.

Concordamos com esse posicionamento. Se se entenderem os direitos fundamentais como normas-princípios, há de se admitir que, diante do choque entre qualquer deles – no caso, especificamente o direito à saúde – e o princípio da supremacia do interesse público, da reserva orçamentária, a questão há de ser resolvida pela aplicação do postulado acima tratado.

É inegável o crescimento de demandas envolvendo o fornecimento *in natura* de medicamentos e custeio de tratamento médico dirigidas a União, Estados, Distrito Federal e Municípios (arts. 196 e seguintes da CF/88). Calha examinar como os tribunais brasileiros vêm resolvendo tal questão, que envolve a máxima efetividade que há de ser dada aos direitos fundamentais, e temas como mínimo existencial e reserva do possível.

Inicie-se com dois acórdãos proferidos pelo TRF da 2.^a Região³⁸. Em ambos os casos, por aplicação, ainda que implícita, do postulado da proporcionalidade, o Judiciário houve por bem negar a prestação estatal de saúde, por considerar que o tratamento individual de saúde não justificava o sacrifício para o interesse da coletividade, de modo que o óbice da reserva do possível incidiria.

³⁶ Cf. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, 172-75.

³⁷ Cf. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, 175.

³⁸ AG 201002010005585, Desembargador Federal MARCELO PEREIRA/no afast. Relator, TRF2 - OITAVA TURMA ESPECIALIZADA, 11/05/2010. AG 200902010098676, Desembargador Federal MARCELO PEREIRA/no afast. Relator, TRF2 - OITAVA TURMA ESPECIALIZADA, 31/03/2010.

Em um outro acórdão, do mesmo TRF da 2.^a Região, entretanto, aplicando, também, a técnica da ponderação de interesses, fez prevalecer o princípio da dignidade da pessoa humana, *in casu* manifestado na ideia do mínimo existencial³⁹.

No TRF da 4.^a Região, de igual sorte, embora aluda ao princípio de interpretação constitucional da concordância prática, que exige a concretização dos direitos fundamentais emprestando-lhes a maior eficácia possível e evitando restrições desnecessárias a outros princípios constitucionais, bem como a ofensa a direitos fundamentais de outros indivíduos e grupos, ressalta que há de se observar o princípio da reserva orçamentária, reserva do possível e o princípio da eficiência administrativa⁴⁰.

No TRF da 5.^a Região, colhem-se julgados que afastam a alegação da reserva do possível em demandas que visem a implementação do direito social à saúde ou, quando muito, subordinam seu acolhimento à prova inequívoca por parte do Poder Público⁴¹. Destaque-se a seguinte admoestação feita pelo desembargador Relator: *“A alegação genérica de limitações orçamentárias vinculadas à reserva do possível, além de não provada concretamente quanto à eventual indisponibilidade de fundos para o atendimento da pretensão inicial, não é suficiente para obstar a concretização do direito constitucional em exame, sobretudo quando notório o fato de que o Poder Público possui verbas de grande vulto destinadas a gastos vinculados a interesses bem menos importantes do que a saúde da população (por exemplo, publicidade, eventos festivos etc.), os quais podem e devem ser, se for necessário, redirecionados para a satisfação de direitos essenciais da população”*.

Na mesma esteira, o STJ não vem aceitando a alegação de reserva do possível em demandas onde se persiga a implementação do mínimo existencial⁴². No mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal⁴³.

Destaca-se do julgado a seguinte admoestação: *“A interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconstitucional”*. Tenciona o STF, com a

afirmativa, deixar claro que os direitos sociais, ainda que veiculados em norma de conteúdo programático, quando reclamados hão de ser implementados, ainda que para isso se tenha que superar, por intermédio de ônus argumentativo, óbice orçamentário.

Virgílio Afonso da Silva bem desenvolve esse raciocínio ao afirmar que *“se a constitucionalidade de uma restrição a um direito fundamental garantido por um princípio depende sobretudo de sua fundamentação constitucional e se essa fundamentação constitucional é controlada a partir da regra da proporcionalidade, pode-se dizer que toda restrição proporcional é constitucional”*⁴⁴.

A linha seguida vem ao encontro da garantia do conteúdo essencial – expressamente previsto no direito constitucional positivo alemão (art. 19, § 2.^o), conforme visto anteriormente – na medida em que este não figura como um limite adicional à restringibilidade dos direitos fundamentais, mas como uma razão a mais para a validade do postulado da proporcionalidade⁴⁵.

³⁹ AC 199851010289605, Desembargador Federal VALMIR PEÇANHA, TRF2 - QUARTA TURMA, 04/11/2003.

⁴⁰ AC 200870000169457, CARLOS EDUARDO THOMPSON FLORES LENZ, TRF4 - TERCEIRA TURMA, 28/10/2009.

⁴¹ APELREEX 200883000107670, Desembargador Federal Ivan Lira de Carvalho, TRF5 - Quarta Turma, 18/06/2009. APELREEX 200781000129369, Desembargador Federal Emiliano Zapata Leitão, TRF5 - Primeira Turma, 28/01/2010.

⁴² AgRg no REsp 1136549/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/06/2010, DJe 21/06/2010.

⁴³ RE 271286 AgR/RS, Relator Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, DJ de 24.11.2000).

⁴⁴ Cf. SILVA, Luís Virgílio Afonso. *O Conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*. Tese apresentada para o concurso de provas e títulos para o provimento do cargo de Professor Titular, junto ao Departamento de Direito do Estado – área de direito constitucional – na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: 2005, p. 272. Cf. SILVA, Virgílio Afonso. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 206.

⁴⁵ Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Virgílio Afonso da Silva (tradução). São Paulo: Malheiros, 2008, p. 285-301. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2002, p. 286-291.

5. Considerações finais.

Do que restou tratado no presente trabalho, há de se concluir que o direito à saúde é um direito fundamental social que, por isso, impõe ao Estado uma prestação positiva e, conseqüentemente, ao particular uma pretensão positiva. O atendimento desta demanda impõe o consumo de recursos materiais/financeiros que são intrinsecamente escassos. Surge, assim, o conflito pelo emprego de recursos escassos, o que torna necessária a decisão sobre alocação desses recursos. Essa decisão, por envolver um conflito de bens protegidos constitucionalmente, há de ser resolvida pelo postulado da proporcionalidade, com os três exames que este implica (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito).

Ao Judiciário, na apreciação de demandas (individuais ou coletivas) relativas a pretensões positivas, incumbe ponderar o grau de essencialidade da pretensão, tendo por critério o mínimo existencial e a excepcionalidade da situação, de modo a justificar juridicamente a decisão que venha a acolher ou a rejeitar o pedido.

Referências.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Virgílio Afonso da Silva (tradução). São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2002.

AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha – critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BRITO, Edvaldo. *Limites da revisão constitucional*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993.

_____. *Reflexos jurídicos da atuação do Estado no domínio econômico*. São Paulo: Saraiva, 1982.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle judicial das omissões do Poder Público – em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2004.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito econômico*. 4. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos – direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GOMES, Orlando. “Constituição econômica e Constituição política na democracia pluralista”.

GOMES, Orlando. VARELA, Antunes. *Direito econômico*. São Paulo: Saraiva, 1977.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem econômica na Constituição de 1988*. 9. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

NUSDEO, Fábio. *Curso de economia. Introdução ao direito econômico*. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *Contribuições de intervenção no domínio econômico*. São Paulo: Dialética, 2002.

SILVA, Luís Virgílio Afonso. *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*. Tese apresentada para o concurso de provas e títulos para o provimento do cargo de Professor Titular, junto ao Departamento de Direito do Estado – área de direito constitucional – na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: 2005.

SILVA, Virgílio Afonso. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso direito constitucional*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2006.

_____. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. atual. Rio de Janeiro, 2010, 969 p.

_____. *Direito constitucional econômico*. São Paulo: LTr, 2001, 206 p.

VARELA, Antunes. “Procedimento jurídico do estado interventivo”. In *Direito econômico*. Orlando Gomes e Antunes Varela. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 155-166, 295p⁴⁶.

⁴⁶ Conforme se observa da nota constante do prefácio dessa obra (p. VI), firmada por ambos os autores, o citado texto é de autoria do Prof. Antunes Varela.

FUNÇÃO PROMOCIONAL DO DIREITO E SANÇÃO PREMIAL

Gisane Tourinho Dantas

Procuradora do Município do Salvador

Ex-Chefe da Representação da Procuradoria na Secretaria de Serviços Públicos e Prevenção à Violência

Ex-Defensora Pública do Estado de Sergipe

Mestranda em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA)

Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET)

Especialista em Direito do Estado pela Universidade Federal da Bahia (UFBA)

Especialista em Direito pela Escola dos Magistrados da Bahia: Curso de Pós-Graduação Lato Sensu Preparatório à Carreira de Magistratura (EMAB/UCSAL)

Membro associado do Instituto Brasileiro de Advocacia Pública

Possui diversos artigos publicados em periódicos

Sumário: Introdução. 1. A sanção na teoria geral do direito contemporâneo brasileiro. 1.1. Conceito de sanção. 1.2. A sanção positiva e a sanção negativa. 2. Função promocional do direito e a sanção premial 3. A sanção premial e a estrutura da norma. Conclusões. Referências.

Palavras-chave: Estado contemporâneo; direito; função promocional; sanção premial.

Introdução

No conceito clássico de Estado liberal, a principal função estatal é a de *tutelar* (protetiva-repressiva), enquanto que no Estado contemporâneo, ou pós-liberal, o Estado passou a exercer novas funções como a de *promover*.

Na Constituição Federal brasileira (CF/88)¹, identifica-se, por exemplo, a função promocional no art. 23, inciso IX (“*Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: IX - promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico;*”).

No sistema normativo protetivo-repressivo, o objetivo é desencorajar determinadas condutas e, em sendo elas praticadas, será atribuída uma consequência em razão do desvio cometido. Nesse sistema, o vínculo entre direito e coação é indissolúvel, e a coação é sinônimo de sanção negativa.

Já no sistema promocional do direito, a operação desejada é o encorajamento da prática de certas condutas, e a sanção é um prêmio em

¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm >. Acesso em: 25. Jun.2012 (sem grifos no original).

virtude da prática de determinado ato. Assim, fala-se em sanção premial.

Busca-se, no presente artigo, estudar a função promocional do direito e, para isso, será realizado, antes, um breve panorama da diferença entre a sanção positiva e a sanção negativa, e depois será estudada a função promocional do direito e a posição da sanção positiva (premial) na estrutura normativa.

1. A sanção na teoria geral do direito contemporâneo brasileiro

Convém traçar um breve panorama evolutivo do direito até culminar na ideia de direito como sistema, para depois tratar especificamente sobre a sanção e sua posição na estrutura normativa.

1.1 Conceito de sanção

É de bom alvitre tratar das premissas postas por Kelsen na sua Teoria Pura do Direito. O princípio metodológico fundamental da Teoria Pura do Direito é o de garantir o conhecimento direcionado apenas ao objeto do direito. Ela é uma teoria do direito positivo, mas que também possibilita, segundo Kelsen, uma teoria da interpretação².

Kelsen entende que o direito é um sistema de normas que regulam a conduta humana. Um ato externo será jurídico quando ele receber significação jurídica por meio de uma norma, atribuindo ao ato caráter lícito ou ilícito, e não em razão da facticidade do ato. Portanto, essa norma funciona como meio de interpretação, e o interessante é que essa norma (que atribui ao ato o seu caráter jurídico) é ela própria também produzida por um ato jurídico.³

Norma, segundo Kelsen, é “algo que *deve ser* ou acontecer”, ou seja, “o sentido de um ato através do qual uma conduta é prescrita, permitida ou, especialmente, facultada”, e o ato de vontade de que a norma constitui o sentido é um *ser*⁴.

Quando uma conduta prescreve determinada conduta como devida, a conduta fática/real pode corresponder à norma ou contrariá-la, e o juízo acerca da conduta real pode corresponder a bom ou mau (valor em sentido objetivo). É a valoração jurídica.⁵

Toda ordem social, e o Direito como uma dessas ordens, é coativa e, portanto, provida de sanção. Kelsen afirma que as sanções estabelecidas numa ordem social possuem caráter socialmente imanentes e caráter transcendente.

Sanção transcendente é aquela que, de acordo com a crença das pessoas sujeitas ao ordenamento, provém de um plano supra-humano, enquanto que a sanção imanente é aquela realizada dentro do seio da sociedade e executada pelo próprio homem, e que pode significar na aprovação ou desaprovação da conduta, ou, até mesmo, em determinados atos específicos, impostos pelo ordenamento (sanção socialmente organizada). O Direito se enquadra nesta última situação.⁶

O direito, enquanto ordem coativa que é, possui normas que “estatuem atos de coação atribuíveis à comunidade jurídica”⁷. Contudo, a coação não é, inevitavelmente, física, salvo quando houver alguma resistência. A coação psíquica, que reside na motivação, é exercida em todas as ordens sociais, inclusive no Direito.

Uma ordem coercitiva como o Direito somente será considerada válida, para Kelsen, quando for globalmente eficaz. Ele sustenta:

² KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

³ *Ibidem*;

⁴ *Ibidem*, p. 4-6;

⁵ *Ibidem*;

⁶ *Ibidem*;

⁷ *Ibidem*, p. 36.

a norma fundamental que representa o fundamento de validade de uma ordem jurídica refere-se apenas a uma Constituição que é a base de uma ordem de coerção eficaz. Somente quando a conduta real (efetiva) dos indivíduos corresponda, globalmente considerada, ao subjetivo dos atos dirigidos a essa conduta é que este sentido subjetivo é reconhecido como sendo também o seu sentido objetivo, e esses atos são considerados ou interpretados como atos jurídicos.⁸

A definição do Direito, pressuposta na norma fundamental, implica que somente se considera como prescrita uma conduta, quando a conduta oposta seja posta como norma de pressuposto de um ato coercitivo, dirigido contra os indivíduos, de modo que o ato de coação não necessita ser prescrito com esse sentido, pois sua decretação e execução podem ser apenas autorizadas⁹.

Entender o Direito como ordem coercitiva corresponde, para Kelsen, às normas a que se ligam uma sanção à não aplicação ou não execução. Ademais, corresponde, ainda, às normas que atribuem competência ou poder para a prática de uma conduta e, também, às normas que permitem a prática de certas condutas, na medida em que são normas não autônomas e estão ligadas essencialmente a normas estatuidoras de atos de coerção¹⁰. Kelsen alerta que a única hipótese de norma destituída de sanção seria aquela correspondente a uma obrigação natural.

O direito, portanto, nas palavras de Hans Kelsen, “não tem caráter exclusivamente prescritivo ou imperativista”. Segundo ele, as “modernas ordens jurídicas, também, contêm, por vezes, normas através das quais são previstas recompensas para determinados serviços, como títulos e condecorações”. Entretanto, ressalta que essa não é característica comum a todas as ordens jurídicas em tampouco sua função essencial¹¹.

Cossio aduz que a própria estrutura da norma jurídica destrói a ideia de que ela seja uma ordem, um comando. E exemplifica:

Pero más importante (...) es comprender que la própria estructura de la norma jurídica destruye sin réplica la idea de que ella sea una orden o mando; pues si admitimos que la ley manda no matar, hay que admitir también que ella faculta matar e ir a la cárcel, siendo imposible de concebir que ella ordene lo contrario de aquello que autoriza por outro lado.¹²

Miguel Reale¹³ afirma que a possibilidade de violação do Direito é inerente a ele mesmo, como fator de exercício da liberdade.

Para ele, a sanção e coação são duas noções distintas, mas que têm correlação, assim como o gênero está para a espécie. Sanção é “toda consequência que se agrega, intencionalmente, a uma norma, visando ao seu cumprimento obrigatório”, e explica que, quando a medida se reveste de força física, denomina-se coação, de modo que a coação é uma sanção de ordem física.¹⁴

Sustenta, ainda, que as sanções são medidas que visam assegurar a execução das regras de direito, desde a declaração da nulidade de um contrato, até mesmo a outorga de vantagens destinadas a facilitar o cumprimento de determinados preceitos. E essas medidas podem ser preventivas, repressivas ou premiaias.

No item a seguir, será realizada a distinção entre sanção positiva e sanção negativa.

1.2. A sanção positiva e a sanção negativa

A finalidade primordial do direito é solucionar conflitos e manter a pacificação social, sendo

⁸ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 52;

⁹ *Ibidem*, p. 60;

¹⁰ *Ibidem*;

¹¹ *Ibidem*, p. 37;

¹² COSSIO, Carlos. *La valoración jurídica y la ciencia del derecho*. Buenos Aires: Ediciones Arayú, 1954, p. 64.

¹³ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002 (8ª tiragem, 2010), p. 675.

¹⁴ *Ibidem*, p. 675;

insuficiente um direito destituído de conteúdo ético. Assim, a relação entre direito e o processo de sua produção não é de caráter instrumental, mas sim de natureza integrativa e substancial¹⁵.

Paulo Bezerra afirma que “todo o processo de produção do direito deve cumprir sua função social”, ou seja, a atividade do indivíduo ou de suas organizações devem ser desenvolvida para atender a interesses ou obter resultados que ultrapassem os interesses do agente, não importando se essas atividades implicam poder, competência, dever ou exercício de direito¹⁶.

O direito estabelece e assegura a ordem social, mas também pode servir de instrumento de transformação. Nesse sentido, o direito possui duas funções básicas, segundo Bezerra¹⁷: conservadora, pois corresponde ao elemento estático da realidade social; e transformadora, ligada ao aspecto dinâmico da sociedade (influências recíprocas dos diversos fatores condicionantes da vida em grupo). Nesse âmbito, o direito torna-se também fator de educação social, seja na função transformadora ou conservadora do direito¹⁸.

O sistema jurídico é uma ordem teleológica de princípios gerais de direito, é aberto (incompleto e assim, evolui e se modifica), de modo que são esses princípios o fator de conexão aglutinadora das normas que compõem esse sistema.¹⁹

Portanto, compreender a norma e a sanção é uma questão relevante no Estado contemporâneo, e o juiz, em consequência, passa a ter um papel mais fundamental na interpretação e na aplicação normativa.

A ordem social pode prescrever uma conduta humana sem ligar a ela qualquer consequência contra a observação ou não do imperativo nela posto, ou pode ligar a esta conduta uma consequência, que poderá ser uma vantagem, um prêmio; ou uma desvantagem, como a pena. Tanto o prêmio como o castigo inserem-se no conceito de sanção²⁰.

Kelsen sustenta que as sanções, em seu sentido próprio, aparecem na ordem jurídica dos Estados de duas maneiras: como pena (sentido estrito) ou como execução (execução forçada). Já no direito internacional geral, as sanções representam uma privação compulsória de bens e até uma lesão de interesse de um Estado sobre outro Estado, através das represálias e das guerras²¹.

Miguel Reale afirma que as sanções são medidas que visam assegurar a execução das regras de direito e, até mesmo, a outorga de vantagens destinadas a facilitar o cumprimento de determinados preceitos, de modo que as sanções podem ser preventivas, repressivas ou premiaias²².

O que importa é a espontaneidade ou não do agente, razão pela qual se a conduta de alguém “não resulta espontaneamente de uma escolha decorrente do valor intrínseco do objeto escolhido, mas é fruto do cotejo de alternativas impostas por outrem, fala-se em coação, e esta é, assim, objetiva”²³.

Reale, ao tratar da coação virtual e da coação atual, relembra a diferença entre *ato* e *potência* em Aristóteles, para quem potência seria “a possibilidade de que algo venha acontecer ou verificar-se, quer inexoravelmente (possibilidade como momento de um processo que *tem de ser*), quer normativamente”, este último entendido como processo que *deve ser*.

Segue afirmando que é a tendência ao recurso da coação que é essencial à ordem jurídica, não

¹⁵ BEZERRA, Paulo César Santos. **Sociologia jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 30.

¹⁶ *Ibidem*, p. 31.

¹⁷ BEZERRA, Paulo César Santos. **Sociologia jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 37-38.

¹⁸ *Ibidem*;

¹⁹ GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 8. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, p. 24;

²⁰ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 26;

²¹ *Ibidem*.

²² REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002 (8ª tiragem, 2010), p. 673;

²³ *Ibidem*, p. 675.

sendo de sua essência “a inexorável passagem do virtual para o atual, pelo menos enquanto nos situarmos de um ponto de vista lógico ou deontológico”, de modo que o direito é logicamente coercível, e não juridicamente coercível, considerando a possibilidade de execução forçada.²⁴

Não existe norma sem sanção. Conforme se depreende do que já foi exposto, Kelsen entende que a ação ou omissão determinada pela ordem jurídica representa o fato designado como delito ou ilícito, e “o ato de coação estatuído como sua consequência representa a consequência do ilícito ou sanção”.

A noção de sanção positiva é deduzida, a *contrario sensu*, da definição de sanção negativa. A sanção negativa é aquela em que se retribui o mal com o mal, por meio do castigo. Já a sanção positiva, consiste em um prêmio em razão de uma conduta boa²⁵.

O mal do castigo e o bem do prêmio podem consistir na atribuição de uma vantagem ou na privação de uma desvantagem, razão pela qual, tanto as sanções positivas como as negativas podem ser atributivas ou privativas.

Interessante a observação de Bobbio, no sentido de que a sanção premial pode consistir em um prêmio econômico (uma compensação em dinheiro, *v.g.*), em um bem social (passagem para um status superior), um bem moral (condecorações e honrarias) ou um bem jurídico (privilégios). O mesmo ocorre em relação à sanção como castigo: como “mal econômico (uma multa), social (banimento), moral (desonra), jurídico (perda da capacidade de elaborar testamento), ou físico (de açoites à decapitação)”.²⁶

As sanções negativas podem ser medidas reparadoras, a exemplo do ressarcimento do dano, ou medidas retributivas, como é o caso da pena propriamente dita. E essa distinção também se aplica às sanções positivas. Já as sanções positivas podem ter função retributiva, na medida em que é uma reação favorável a um comportamento que traz vantagem à sociedade, ou podem ter

função compensatória, quando visam compensar o agente do esforço realizado ou das despesas assumidas, ao proporcionarem uma vantagem à sociedade. As indenizações são face dessa função compensatória das sanções positivas²⁷.

2. Função promocional do direito e a sanção premial

A teoria geral do direito, na contemporaneidade, concebe o direito, não apenas na sua função repressiva, mas também na sua função promocional. Bobbio²⁸ afirma que, na teoria geral do direito contemporâneo, ainda é dominante a concepção repressiva do direito, entendendo-se o direito como ordenamento coativo.

Contudo, com o aumento das normas de organização, característico do Estado contemporâneo, torna-se cada vez mais usual a técnica do encorajamento de uma conduta, de modo a abandonar a tradicional imagem do direito como ordenamento protetor-repressivo, dando-se destaque ao ordenamento jurídico como função promocional²⁹.

O Estado contemporâneo atua intervindo na ordem social. Eros Grau entende que o Estado intervencionista desencadeia um salto qualitativo, que acaba por enriquecer o conteúdo da atuação estatal, pois essa intervenção, além de ser como produtor do direito e provedor de segurança, também usa o direito positivo como instrumento de implementação de políticas públicas³⁰.

²⁴ *Ibidem*, p. 684.

²⁵ BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função – Novos estudos de Teoria do Direito**. Trad. Daniela Beccaria Versiani; revisão técnica de Orlando Seixas Bechara, Renata Nagamine. Barueri, SP: Manole, 2007, p. 24;

²⁶ *Ibidem*, p. 24-25.

²⁷ *Ibidem*;

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função – Novos estudos de Teoria do Direito**. Trad. Daniela Beccaria Versiani; revisão técnica de Orlando Seixas Bechara, Renata Nagamine. Barueri, SP: Manole, 2007;

³⁰ GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito presuposto**. 8. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, p. 27;

Por essa razão, Grau resume que a “mão invisível” de Adam Smith, no Estado liberal, é substituída pela mão visível do Estado contemporâneo³¹. Essa nova atuação estatal – intervencionista na ordem social – gerou reflexos na teoria geral do direito, considerando que as funções do direito deixaram de ser questão atinente à sociologia.

O direito posto ou positivo é aquele produzido pelo Estado (direito formal), enquanto que o direito pressuposto, segundo Eros Grau, é produto cultural produzido pelo povo, razão pela qual entende que somente o direito pressuposto, que é fundamentalmente princípios, é comprometido com a justiça.

Afirma que, quando o conjunto das consciências individuais admite que a reação social contra sua violação pode ser socialmente organizada, tem-se o surgimento da norma posta (oriunda da norma pressuposta).³² E a ideia de direito pressuposto, segundo Grau, remonta a Marx.

O Estado contemporâneo, ao atuar na execução de políticas públicas (sociais e econômicas), implica o fato de que o direito acaba por funcionar como instrumento de implementação dessas políticas de maneira intervencionista.

A diferença primordial entre o ordenamento protetivo-repressor e o promocional reside no fato de que ao primeiro interessam os comportamentos socialmente não desejados, considerando que seu objetivo é impedir, ao máximo, a sua prática, enquanto que ao ordenamento jurídico promocional interessam os comportamentos socialmente desejáveis³³.

A função promocional do direito objetiva, dessa maneira, tutelar e, também, provocar o exercício de atos conformes, na medida em que torna os atos proibidos repugnantes e os atos permitidos particularmente atraentes (sanção premial).

Apontada a função promocional do direito, passa-se a analisar a posição da sanção premial (positiva) na estrutura normativa.

3. A sanção premial e a estrutura da norma

As normas de uma ordem jurídica, para Kelsen, regulam a conduta humana, e essa conduta pode ser uma ação positiva ou uma omissão.³⁴

Observe-se que o direito, enquanto uma espécie de ordem social, é uma ordem coativa, na medida em que reage contra situações socialmente indesejáveis com o uso da coação. A coação é um mal aplicado ao destinatário violador ou ao responsável mesmo quando há resistência do mesmo, empregando-se, até, se for necessário, a força física³⁵.

Conforme já visto oportunamente, Hans Kelsen³⁶ admite que nas ordens jurídicas modernas, existem normas que possuem previsão de recompensas para determinados serviços, a exemplo dos títulos e das condecorações, mas que, dentro das ordens sociais, como é o caso do Direito, desempenhariam apenas um papel subalterno dentro destes sistemas que funcionam como ordens de coação. Seriam, assim, as normas que estabelecem sanções premiaias.

Kelsen adota a teoria que identifica a sanção jurídica com a coação, e segundo esta teoria utiliza-se a força quando o destinatário da norma viola a mesma, por omissão ou por ação³⁷. Para ele, caso o Direito contivesse “normas prescritivas que não estivessem essencialmente ligadas

³¹ *Ibidem*;

³² *Ibidem*, p. 77-81.

³³ GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 8. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros;

³⁴ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 33-35;

³⁵ *Ibidem*, p. 35-37.

³⁶ BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função – Novos estudos de Teoria do Direito**. Trad. Daniela Beccaria Versiani; revisão técnica de Orlando Seixas Bechara, Renata Nagamine. Barueri, SP: Manole, 2007, p. 57;

³⁷ *Ibidem*;

a normas que estatuem atos coercitivos como sanção”, seria, portanto, inadmissível definir o direito como ordem de coerção.

Outra teoria acerca da sanção jurídica é aquela que admite que a resposta à violação de normas do sistema jurídico é ela própria regulada por normas do sistema que visam torná-la constante e imparcial (sanção institucionalizada)³⁸.

Analisadas essas premissas, percebe-se que a teoria da sanção institucionalizada revela-se insuficiente para explicar a posição da sanção positiva. Na verdade, a sanção jurídica consiste numa reação à violação que é garantida, usando-se a força. Ou seja, a coação é a garantia de cumprimento da sanção. E assim, caso se entendesse a sanção jurídica apenas como coação, seria impossível inserir as sanções premiais entre as sanções jurídicas. Assim, fala-se em sanções positivas, quando a obrigação secundária (prestação) é uma obrigação jurídica.

A sanção, seja ela negativa ou positiva, possui uma norma primária, que é aquela que estabelece a conduta humana, e uma norma secundária, que será a que prevê uma sanção em razão do descumprimento da norma primária (sanção negativa), ou em razão do cumprimento da citada norma (sanção premial).

A norma não tem apenas o objetivo de impor ou proibir a prática de certas condutas, mas tem como nova função, no Estado contemporâneo, a de promover determinados comportamentos esperados, incentivando, assim, a participação popular.

Na hipótese da sanção premial, em sendo o comportamento preconizado na norma primária cumprido pelo administrado, o Estado passa a ter a obrigação de conceder o prêmio previsto, desde que todos os requisitos/condições previstos(as) na norma secundária sejam cumpridos(as)³⁹.

Portanto, verifica-se, assim, que a estrutura da norma kelseniana mantém-se incólume com

a função promocional do direito, considerando que haverá uma norma primária (que prescreve a conduta) e uma norma secundária (que prescreve a sanção, no caso, a sanção premial). A única diferença é que na norma secundária será elencada a condição para que o prêmio seja concedido ao administrado.

Conclusões

A identificação da concepção repressiva do direito como ordenamento coativo é posição ainda dominante na teoria geral do direito. Contudo, essa postura tem se modificado com o Estado contemporâneo, que passou a exercer mais tarefas, inclusive aquelas de promoção das políticas públicas. Esta é a função promocional do direito.

Tal função promocional tem por objetivo incentivar a adoção de determinados comportamentos, na medida em que torna os atos proibidos repugnantes e os atos permitidos particularmente atraentes. A resposta aos atos permitidos atraentes é a sanção premial.

Sem sombra de dúvida, a sanção premial implica o papel transformador da sociedade, na medida em que aumenta a participação popular na condução das políticas públicas, ao praticarem atos socialmente desejados e incentivados pelo Estado, em troca de uma recompensa, de um prêmio.

É o que se verifica, por exemplo, com o IPTU verde, que consiste no pagamento com desconto do tributo municipal quando o contribuinte adota condutas ambientalmente sadias, a exemplo da coleta seletiva de lixo e da captação da água da chuva.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ SEBASTIÃO, Simone Martins. **Tributo Ambiental: extrafiscalidade e função promocional do Direito**. 1. ed. (ano 2006), 6ª reimp. Curitiba, Juruá, 2011.

Esses comportamentos socialmente desejados e incentivados podem acabar sendo incorporados pelo inconsciente popular, de modo a serem condutas esperadas, colocando em xeque comportamentos pretéritos, vistos, agora, como nocivos. Dessa maneira, a sociedade evolui, e, em consequência, o direito como ordem social, também se transforma.

Referências

ARRANJO. **Wikipédia**. Disponível em: < http://pt.wikipedia.org/wiki/%C3%89mile_Durkheim#Refer.C3.AAncias >. Acesso em: 27. Jun. 2012;

BEZERRA, Paulo César Santos. **Sociologia jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010;

BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função – Novos estudos de Teoria do Direito**. Trad. Daniela Beccaria Versiani; revisão técnica de Orlando Seixas Bechara, Renata Nagamine. Barueri, SP: Manole, 2007;

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm >. Acesso em: 25. Jun. 2012;

COSSIO, Carlos. **La valoración jurídica y la ciencia del derecho**. Buenos Aires: Ediciones Arayú, 1954;

DROMI, Roberto. **El Derecho Público em la Hipermodernidad**. Madri-México: Hispania Libros, 2005;

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito – Técnica, decisão, dominação**. 6. ed. rev. ampl. São Paulo: Atlas, 2011;

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 8. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros;

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009;

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002 (8ª tiragem, 2010);

SEBASTIÃO, Simone Martins. **Tributo Ambiental: extrafiscalidade e função promocional do Direito**. 1ª. ed. (ano 2006), 6ª reimp. Curitiba, Juruá, 2011.

PARECER

PARECER

Geórgia T. Jezler Campello
Procuradora do Município do Salvador
Especialista em Direito Tributário pela PUC/SP

ISS. ATIVIDADES GRÁFICAS E EDITORIAIS. IMUNIDADE PREVISTA NO ART. 150, VI, *d*, da CF, NATUREZA OBJETIVA. LIVRO, JORNAL OU PERIÓDICO. NÃO ALCANÇA EMPRESA EDITORIAL. EMBALAGENS SOB ENCOMENDA. INCIDÊNCIA DO ISS.

Solicita a Requerente, pessoa jurídica de direito privado, que esta Procuradoria examine a possibilidade de celebração de transação com o Município de Salvador, com relação aos débitos de ISS contra si lançados pelo fisco municipal.

Fundamenta o pleito no art. 26 da Lei 7186/06.

No que atine ao ISS, constrói a sua argumentação com base nas seguintes controvérsias:

- i) Tem por objeto as atividades gráficas e editoriais, merecendo destaque a edição e publicação de livros, jornais e revistas, obras literárias e artísticas; ii) a Fiscalização entendeu devido o ISSQN pela prestação de serviços que estariam abrangidos pela imunidade; iii) a jurisprudência do STF esboça o entendimento de

que a imunidade para ser efetivada deve abranger todos os meios necessários para a confecção do livro, jornal ou periódico; iv) deve ser dada interpretação extensiva à imunidade, como indicado no julgamento do RE 202.149; v) os serviços gráficos são insumos indispensáveis para os veículos de comunicação impressos; vi) a Fazenda Municipal vem cobrando indevidamente o ISS sobre trabalhos gráficos na fabricação de embalagens, quando o STF decidiu que sobre a atividade de venda de embalagens só deve incidir o ICMS, pois o trabalho gráfico constitui apenas uma etapa do processo produtivo.

Requerido o levantamento dos débitos em face da vindicante, foram elencados às fls.... São eles os Autos de Infração ... e NFLs ...

Relatado. Passamos a emitir o nosso pronunciamento.

Da imunidade.

A Sociedade tem por objeto *as atividades gráficas em geral, incluindo a edição e publicação de livros, jornais e revistas, obras literárias, artísticas, didáticas e similares, representações em geral, bem como a prestação de serviços de natureza comercial e técnica, reprodução de impressos, desenhos, plantas e similares e o fornecimento de materiais, podendo adotar outros ramos por deliberação dos sócios* (fl...) e, com base neste desiderato, a Requerente alega que faz jus à imunidade tributária inculpada no art. 150, VI, d, da CF.

Impende salientar, a princípio, que a imunidade prevista no art. 150, VI, d, da CF visa a difusão da informação e cultura. É de natureza **objetiva** e não incide sobre os atos subjetivados, e sim, especificamente sobre o **livro, jornal** ou **periódico** e pelo fato de ser objetiva, não atinge as editoras.

Assim posicionou-se, na doutrina, Roque Carrazza:

Por outro lado, somos inclinados a aceitar – apesar de já termos sustentado o contrário, em edição anterior – que esta imunidade é objetiva e, por isso, não alcança a empresa jornalística, a empresa editorial, o livreiro, o autor, etc., que por exemplo, deverão pagar os impostos sobre os rendimentos que obtiveram com o livro, jornal, o periódico e o papel destinado à sua impressão.¹

A Suprema Corte também sufragou o entendimento no sentido de que a imunidade em tela possui natureza objetiva, como se vê dos julgados a seguir:

“Anistia do art. 150, VI, d, da Constituição Federal. IPMF. Empresa dedicada à edição, distribuição e comercialização de livros, jornais, revistas e periódicos. Imunidade

que contempla, exclusivamente, veículos de comunicação e informação escrita, e o papel destinado a sua impressão, sendo, portanto, de natureza objetiva, razão pela qual não se estende às editoras, autores, empresas jornalísticas ou de publicidade – que permanecem sujeitas à tributação pelas receitas e pelos lucros auferidos. Consequentemente, não há falar em imunidade ao tributo sob enfoque, que incide sobre atos subjetivados (movimentação ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira).” (RE 206.774, Rel. Min. Ilmar Galvão, julgamento em 3-8-99, DJ de 29/10/99)

“Não há de ser estendida a imunidade de impostos prevista no dispositivo constitucional sob referência, concedida ao papel destinado exclusivamente à impressão de livros, jornais e periódicos, aos serviços de composição gráfica necessários à confecção do produto final.” (RE 230.782, Rel. Min. Ilmar Galvão, julgamento em 13-6-00, DJ de 10-11-00)

Recentemente, a Suprema Corte reafirmou o entendimento de que a imunidade questionada deve ser interpretada restritivamente, senão vejamos:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. ISS. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA DO ART. 150, VI, D, DA CF. ABRANGÊNCIA. SERVIÇOS DE COMPOSIÇÃO GRÁFICA. IMPOSSIBILIDADE. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. AGRAVO IMPROVIDO. I – A imunidade tributária prevista no art. 150, VI, d, da Constituição Federal não abrange os serviços de composição gráfica. Precedentes. II – O Supremo Tribunal Federal possui entendimento no sentido de que a imunidade em discussão deve ser interpretada restritivamente. III – Agravo regimental improvido. (RE 631864

¹ CARRAZZA, Roque Antonio. Curso de Direito Constitucional Tributário. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 810.

AgR/ MG, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, 19-05-2011)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS - ISS. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA. ART. 150, INC. VI, ALÍNEA D, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. EXTENSÃO AOS SERVIÇOS DE COMPOSIÇÃO GRÁFICA: IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. E 435978 AgR / SP, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, DJ 03-03-2011)

O STF já havia alargado a esfera de alcance desta imunidade, para abranger revistas técnicas, álbuns de figurinhas e listas telefônicas. É o que se depreende das ementas a seguir transcritas:

IMUNIDADE TRIBUTARIA OUTORGADA PELO ART. 19, III, D, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL (EMENDA N. 1). REVISTA TECNICA SE INCLUI ENTRE OS PERIODICOS, A QUE ALUDE ESSE PRECEITO CONSTITUCIONAL. INTERPRETAÇÃO RAZOAVEL DESSA NORMA DA CARTA POLITICA EM VIGOR. RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO CONHECIDO.” (RE 77867 / SP, Rel. Min. LEITAO DE ABREU, Julgamento: 12/11/1974, DJ 08-01-1975)

IMPOSTO MUNICIPAL DE SERVIÇOS. IMUNIDADE PREVISTA NO ART. 19, III, LETRA D, DA CONSTITUIÇÃO, A BENEFICIAR REVISTAS TECNICAS OU CIENTIFICAS. PRECEDENTES DO S.T.F. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO.(RE 86026 / SP, Rel. Min. DJACI FALCAO, Julgamento: 22/11/1977, DJ 29/12/1977)

Álbum de figurinhas’. Admissibilidade. A imunidade tributária sobre livros, jornais, periódicos e o papel destinado à sua impressão tem por escopo evitar embaraços ao exercício da liberdade de expressão intelectual, artística, científica e de comunicação,

bem como facilitar o acesso da população à cultura, à informação e à educação. O Constituinte, ao instituir esta benesse, não fez ressalvas quanto ao valor artístico ou didático, à relevância das informações divulgadas ou à qualidade cultural de uma publicação. Não cabe ao aplicador da norma constitucional em tela afastar este benefício fiscal instituído para proteger direito tão importante ao exercício da democracia, por força de um juízo subjetivo acerca da qualidade cultural ou do valor pedagógico de uma publicação destinada ao público infante-juvenil. (RE 221.239, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 25-5-04, DJ de 6-8-04)

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento dos Recursos Extraordinários n^{os} 190.761 e 174.476, reconheceu que a imunidade consagrada no art. 150, VI, d, da Constituição Federal, para os livros, jornais e periódicos, é de ser entendida como abrangente de qualquer material suscetível de ser assimilado ao papel utilizado no processo de impressão. (RE 193.883, Rel. Min. Ilmar Galvão, julgamento em 22-4-97, DJ de 1^o-8-97)

Imunidade tributária (livros, jornais e periódicos): listas telefônicas. Firmou-se a jurisprudência do STF no sentido de que a imunidade constitucional assegurada à publicação de periódicos impede a cobrança de ISS sobre a edição de listas telefônicas. (RE 114.790, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 12-8-97, DJ de 3-10-97)

O preceito da alínea d do inciso VI do artigo 150 da Carta da República alcança as chamadas apostilas, veículo de transmissão de cultura simplificado. (RE 183.403, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 7-11-00, DJ de 4-5-01)

Extensão da imunidade tributária aos insumos utilizados na confecção de jornais. Além do próprio papel de impressão, a imunidade tributária conferida aos livros, jornais e periódicos somente alcança o chamado papel fotográfico — filmes não impressionados. (RE 203.859, Rel. Min.

Carlos Velloso, julgamento em 11-12-06, DJ de 24-8-01). No mesmo sentido: RE 273.308, Rel. Min. Moreira Alves, julgamento em 22-8-00, DJ de 15-9-00.

Papel: filmes destinados à produção de capas de livros. CF, art. 150, VI, d. Material assimilável a papel, utilizado no processo de impressão de livros e que se integra no produto final – capas de livros sem capa-dura – está abrangido pela imunidade do art. 150, VI, d. Interpretação dos precedentes do Supremo Tribunal Federal, pelo seu Plenário, nos RREE 174.476/SP, 190.761/SP, Ministro Francisco Rezek, e 203.859/SP e 204.234/RS, Ministro Maurício Corrêa. (RE 392.221, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 18-5-04, DJ de 11-6-04)

O tema acerca da imunidade ainda é bastante questionado e sujeito a debates, malgrado os julgados acima mencionados. A fim de dirimir a discussão, devemos verificar, nos lançamentos realizados, quais foram os serviços tributados, a fim de verificarmos se deveriam permanecer ao desabrigo da imunidade.

Analisadas as autuações apontadas na planilha anexada aos autos, verificamos que:

a) A NFL ... lançou saldo de parcelamento espontâneo solicitado pelo contribuinte, não se enquadrando este lançamento, portanto, em nenhuma das controvérsias trazidas aos autos pela vindicante;

b) A NFL ... lançou o ISS pela prestação do serviços de fotocópias e microfilmagens, apontado os itens. 13.03 e 13.04 da lista anexa à Lei 4279/90 (13.03 - *Reprografia, microfilmagem e digitalização*. 13.04 - *Composição gráfica, fotocomposição, clichéria, zincografia, litografia, fotolitografia*);

c) Os AIs ... e ... lançaram o ISS devido pela prestação do serviço listado no item 76 da lista de serviço anexa à Lei n. 4279/90 (76 - *composição gráfica, fotocomposição, clichéria, zincografia, litografia e fotolitografia*);

d) Os AIs ... lançaram o ISS devido pela prestação dos serviços listados nos itens 75 e 76 da lista de serviço anexa à Lei n. 4279/90 (75 - *cópia ou reprodução por quaisquer processos de documentos e outros papéis, plantas ou desenhos*; 76 - *composição gráfica, fotocomposição, clichéria, zincografia, litografia e fotolitografia*)

Como se vê, os serviços tributados pela fiscalização nos autos e notificações acima indicados (itens *b* a *d*) não se enquadram na regra imunitante prevista no art. 156, VI, *d*, da Carta Magna, porquanto a referida imunidade é de natureza objetiva, atingindo os veículos de comunicação e informação escrita e o papel destinado a sua impressão, não se estendendo às editoras, que permanecem sujeitas à tributação pela receita e lucros auferidos. A prestação de serviços a terceiros, de composição gráfica, fotolitografia, diagramação e arte final são sempre tributadas pelo ISS, não havendo qualquer controvérsia acerca da questão.

Sobre a incidência do ISS sobre os serviços de composição gráfica, conforme ressaltado anteriormente, a Corte Maior decidiu que não é abrangido pela imunidade:

Não há de ser estendida a imunidade de impostos prevista no dispositivo constitucional sob referência, concedida ao papel destinado exclusivamente à impressão de livros, jornais e periódicos, aos serviços de composição gráfica necessários à confecção do produto final.” (RE 230.782, Rel. Min. Ilmar Galvão, julgamento em 13-6-00, DJ de 10-11-00)

A imunidade em exame, concedida aos livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão, privilegia, indubitavelmente, a liberdade de comunicação, de manifestação do pensamento, a expressão da atividade intelectual, artística, científica, facilitando o acesso à educação e a cultura. Entretanto, reafirmamos que não se pode estender a imunidade a todas as atividades que supostamente servem aos

mencionados valores constitucionais. No caso da imunidade objetiva, esses valores esgotam-se na própria regra imunitória, de sorte que não se pode estirá-la para atingir as editoras.

Embalagens sob encomenda. ISS x ICMS

Alega a requerente, ainda para sustentar a controvérsia, que a Fazenda Municipal vem cobrando indevidamente o ISS sobre trabalhos gráficos na fabricação de embalagens, quando o STF decidiu que sobre a atividade de venda de embalagens só deve incidir o ICMS, pois o trabalho gráfico constitui apenas uma etapa do processo produtivo.

A polêmica instaura-se quando há a produção de **embalagens sob encomenda, para posterior industrialização**, o que não nos parece que seja o caso dos autos lavrados contra a contribuinte.

O Supremo Tribunal Federal, ao interpretar a legislação de regência do ISS e ICMS, à luz dos conceitos constitucionais de prestação de serviços e de circulação de mercadorias, definiu que serviços gráficos feitos por encomenda e segundo especificações singulares se submetem ao ISS municipal.² Por outro lado, serviços gráficos dos quais resultassem produtos colocados indistintamente no comércio, dotados de características e qualidade quase uniformes, sofreriam a incidência do ICMS estadual.³

Isto porque as embalagens exercem papel fundamental na industrialização, viabilizando o acondicionamento dos produtos, a sua conservação, transporte, além de veicular nos rótulos informações disponíveis ao público sobre a mercadoria, caracterizando-se, dessa forma, como verdadeiro insumo.

Fulcrado nessa compreensão, o STF entendeu plausível a caracterização dessa atividade como circulação de mercadoria, ainda que as embalagens sejam confeccionadas com base nas indicações e especificações do cliente.

Assim, não há como equiparar a produção gráfica personalizada e encomendada para uso pontual, pessoal ou empresarial e a produção personalizada e encomendada para fazer parte de complexo processo produtivo destinado a pôr bens em comércio.

É o que se depreende do seguinte julgado:

ICMS: incidência: comercialização, mediante oferta ao público, de fitas para “vídeo-cassete” gravadas em série. Tal como sucede com relação a computadores (cf. RE 176626, Pertence, 11.12.98), a fita de vídeo pode ser o exemplar de uma obra oferecido ao público em geral “e nesse caso não seria lícito negar-lhe o qualificativo de mercadoria”, ou o produto final de um serviço realizado sob encomenda, para atender à necessidade específica de determinado consumidor, hipótese em que se sujeita à competência tributária dos Municípios. Se há de fato, comercialização de filmes para “vídeo-cassete”, não se caracteriza, para fins de incidência do ISS municipal, a prestação de serviços que se realiza sob encomenda com a entrega do serviço ou do seu produto e não com sua oferta ao público consumidor. RE 191732 / SP - SÃO PAULO, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, DJ 18-06-1999)

Reconheceríamos a existência de controvérsia se verificássemos, nos autos de infração e notificações acostadas ao processo, que a fiscalização lançou o ISS sobre os serviços de produção de embalagens sob encomenda, para posterior industrialização e colocação, indistintamente, no mercado. Entretanto, compulsando os lançamentos realizados, o fato não resta configurado, nem traz, a Requerente, qualquer documento comprobatório da alegação que fundamenta o pedido de acordo.

² Cf., e.g., o RE 94.939, rel. min. Clóvis Ramalhete, Primeira Turma, DJ de 02.04.1982; o RE 102.599, rel. min. Moreira Alves, Segunda Turma, DJ de 16.11.1984; e o RE 111.566, rel. min. Rafael Mayer, Primeira Turma, DJ de 12.12.1986.

³ ADI 4389 MC / DF - DISTRITO FEDERAL, MEDIDA CAUTELAR NAAÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, DJ 25-05-2011

Destarte, não restou comprovado o lançamento pelo fisco municipal, tendo como sujeito passivo a Requerente, do ISS sobre operações de industrialização por encomenda de embalagens, destinadas à integração ou utilização direta em processo subsequente de industrialização ou de circulação de mercadoria, de modo que afastamos esta controvérsia para fins de realização da transação pleiteada, com relação aos autos e notificações ora analisados.

Conclusão

Diante de todas as razões expostas, concluimos que:

a) Os serviços tributados pela fiscalização municipal, nos ... e NFLs ... não se enquadram na regra imunizante prevista no art. 156, VI, *d*, da Carta Magna, porquanto a referida imunidade é de natureza objetiva, atingindo os veículos de comunicação e informação escrita e o papel destinado a sua impressão, não se estendendo às editoras, que permanecem sujeitas à tributação pela receita e lucros auferidos. A prestação de serviços a terceiros, de composição gráfica, fotolitografia, diagramação e arte final são tributáveis pelo ISS, não havendo qualquer controvérsia acerca da questão, de sorte que sugerimos o indeferimento do pedido de transação contemplando os débitos de ISS;

b) Não restou comprovado o lançamento pelo fisco municipal do ISS sobre operações de industrialização por encomenda de embalagens, destinadas à integração ou utilização direta em processo subsequente de industrialização ou de circulação de mercadoria, de modo que se possa apontar esta controvérsia para fins de realização da transação pleiteada, abrangendo os débitos de ISS.

É o que nos afigura, s.m.j.

Geórgia Campello
Procuradora do Município

PRÁTICA FORENSE

PEÇA JUDICIAL – INICIAL – ASSINATURA DE CONVÊNIO E LIBERAÇÃO DE VERBAS PARA REFORMA DE UNIDADES DE SAÚDE

Pedro Leonardo Summers Caymmi

Procurador do Município do Salvador. Mestre em Direito Público (UFBA)
Professor assistente de Direito Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da UFBA

David Bittencourt Ludovice Neto

Procurador do Município do Salvador

Excelentíssimo Senhor Doutor Juiz Federal da Seção Judiciária do Estado da Bahia.

Município do Salvador, pessoa jurídica de Direito Público, inscrita no CNPJ/MF sob o número 13.927.801/0001-49, e estabelecida na cidade do Salvador, Bahia, na Praça Municipal, s/n, Centro, CEP 40390-140, por seus procuradores abaixo assinados, na forma do inciso II do artigo 12 do Código de Processo Civil, vem a Vossa Excelência ajuizar

AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER

COM PEDIDO LIMINAR DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA

em face da **União Federal (por seus órgãos Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão e Ministério da Saúde)**, pessoa jurídica de Direito Público, na forma dos artigos primeiro e 18 da Constituição da República e do inciso

I do artigo 41 do Código Civil, e da **CAIXA ECONÔMICA FEDERAL**, empresa pública federal, com estabelecimento na cidade do Salvador, Bahia, na Avenida Magalhães Neto, 1520, 2º andar, Stiep.

1. DOS FATOS. REPASSE DE RECURSOS FEDERAIS AO MUNICÍPIO AUTOR. ÓBICE CAUSADO PELA EXISTÊNCIA DE RESTRIÇÕES NO CADASTRO ÚNICO DE CONVÊNIOS (CAUC-SIAFI).

O Município do Salvador, capital do Estado da Bahia, está localizado na região litorânea e ocupa uma extensão territorial de 693,3 km², cuja organização político-administrativa é composta por 18 Serviços Integrados de Atendimento Regional (SIGA) e 12 Distritos Sanitários (DS). De acordo com o Plano Diretor de Regionalização (PDR), faz parte da região Macro Leste e da Microrregião de saúde da qual fazem parte os municípios de Vera Cruz, Itaparica, Santo Amaro, Madre de Deus e São Francisco do Conde.

A população contabilizada pelo IBGE (2010), é de 2.675.606 habitantes, **o que corresponde a 91% da população dos municípios da região metropolitana**, com o consequente uso da rede municipal de saúde.

O Ministério da Saúde (MS), em 1994, implantou, no Brasil, a Saúde da Família. Atualmente a Portaria GM 2488 de 21/10/2011 consolida a Atenção Primária elegendo-a como estratégia para reorientação da Atenção à Saúde no país, tendo a Saúde da Família como estratégia prioritária para a organização da Atenção Básica.

O Município do Salvador, para efetivar as mudanças necessárias, tanto no modo de produção das ações, como na forma de organização de serviços e de práticas de saúde, iniciou a implantação da estratégia de Saúde da Família no ano de 2000, priorizando o Distrito Sanitário do Subúrbio Ferroviário. No decorrer dos anos, houve expansão progressiva para os outros Distritos Sanitários, considerando as dimensões e peculiaridades sócioeconômicas das diversas áreas do município.

A gestão municipal estratégica de saúde compreende a necessidade de estruturar e fortalecer a continuidade da mudança do modelo de atenção à saúde no município. Dentre outras, propõe que a estrutura física da Unidade de Saúde seja facilitadora da mudança das práticas em saúde das Equipes de Saúde. Faz-se necessário, por isso, **a ampliação e reforma das Unidades Básicas de Saúde**, que irá contribuir para a implementação de práticas de gestão programadas no âmbito da estruturação da Rede de Serviços de Atenção Básica de Saúde, bem como melhorar o acesso e atendimento de saúde integral da população, ação de nítido caráter social e vinculada ao bem-estar da comunidade, especialmente aquela mais carente.

Nos seis Distritos Sanitários contemplados para reforma ou ampliação das Unidades de Saúde, com efeito, o nível sócioeconômico

varia entre baixo e muito baixo, com bolsões de pobreza em grande número dos bairros. Entre os principais problemas de saúde estão a Hipertensão Arterial, o *Diabetes Mellitus*, a violência e a gravidez na adolescência, o que reforça a necessidade da viabilização de estrutura física para ampliação do atendimento. Veja-se aqui, a título ilustrativo, uma breve descrição dos distritos sanitários:

1. O Distrito Sanitário Brotas, onde está localizada a USF Santa Luzia proposta para ser reformada, dentro da organização político-administrativa do Município do Salvador, pertence ao Serviço Integrado de Atendimento Regional V (SIGA V), tendo como limites os Distritos Sanitários de Centro Histórico, Barra/Rio Vermelho e Cabula/Beiru. Segundo dados do IBGE (2010), possui um contingente populacional de 239.049 habitantes, uma área de 11,25 km². É composto pelos bairros: Acupe, Alto do Formoso, Alto do Saldanha, Baixa do Candeal Pequeno, Brotas, Buraco da Gia, Campinas de Brotas, Engenho Velho de Brotas, Galés, Parque Florestal, Parque Bela Vista, Baixa do Cacau – 2, Baixa do Tubo –1, Bandeirantes, Boa Vista de Brotas, Bonocô, Candeal, Castro Neves, Cosme de Farias, Cruz da Redenção, Daniel Lisboa, Dois Leões, Invasão Ogunjá, Invasão Pela Porco, Invasão Polêmica, Jardim Caiçara, Luís Anselmo, Matatu, Ogunjá, Pepino, Pitangueiras, Santa Rita, Santo Agostinho, Sete Portas, Vila América, Vila Laura.
2. O Distrito Sanitário Subúrbio Ferroviário, onde está localizada a USF Fazenda Coutos II proposta para ser reformada, dentro da organização político-administrativa do Município do Salvador, pertence ao Serviço Integrado de Atendimento Regional XVII e XVIII (SIGA XVII e XVIII), tendo como limites os Distritos Sanitários de São Caetano/

Valéria, Cajazeiras e Itapagipe. Segundo dados do IBGE (2010), possui um contingente populacional de 311.365 habitantes, uma área de 63,33km². É composto pelos bairros Alto da Boa Vista do Lobato, Alto do Cabrito, Alto do Cruzeiro – 2, Alto do Lobato, Alto Santa Terezinha, Baixa da Boa Vista do Lobato, Bariri, Base Naval de Aratu, Beira Mangue, Bela Vista do Lobato, Bela Vista Periperi, Coutos, Escada, Felicidade, Gameleira, Ilha Amarela, Ilha de Maré, Itacaranha, Lobato, Loteamento Fazenda Coutos, Mirantes de Periperi, Novos Alagados, Paripe, Parque São Bartolomeu, Pedrinhas, Periperi, Plataforma, Ponta da Sapoca, Praia Grande, Rio Sena, São Tomé de Paripe, Setúbal, Tubarão, Vista Alegre.

3. O Distrito Sanitário São Caetano/Valéria, onde estão localizadas a USF Recanto da Lagoa e a USF Antonio Lazzarotto propostas para serem reformadas, dentro da organização político-administrativa do Município do Salvador, pertence ao Serviço Integrado de Atendimento Regional III (SIGA III), tendo como limites os Distritos Sanitários de Subúrbio Ferroviário, Cajazeiras, Liberdade, Itapagipe e Pau da Lima. Segundo dados do IBGE (2010), possui um contingente populacional de 235.758 habitantes, uma área de 32,28km². É composto pelos bairros Alto da Boa Vista, Alto do Bom Viver, Alto do Peru, Baixa do Cacau, Baixa do Camurugipe, Bentivi, Boa Vista São Caetano, Bom Juá, Brasilgás, Calafate, Campinas de Pirajá, Capelinha de São Caetano, Cj. Dos Rodoviários, Fazenda Grande do Retiro, Formiga, Gomeia, Jaqueira do Carneiro, Jardim Lobato, Largo do Retiro, Largo do Tanque, Loteamento Profilurb, Marechal Rondon, Marotinho, Pará, Parque Schindler, Pirajá, Retiro, San Martin, Santa Luzia do Lobato, São Bartolomeu, São Caetano,

Sussunga, Usiba, Valéria, Vila Leal.

4. O Distrito Sanitário de Cabula/Beiru, onde está localizada a USF de Barreiras proposta para ser ampliada, dentro da organização político-administrativa do Município do Salvador, pertence ao Serviço Integrado de Atendimento Regional XI (SIGA XI) tendo como limites os Distritos Sanitários de São Caetano/Valéria, Itapuã e Pau da Lima. Segundo dados do IBGE (2010), possui um contingente populacional de 383.032 habitantes, uma área de 25,89km². É composto pelos bairros Alto da Ventosa, Alto do Arraial, Alto do Calabetão, Alto do Cruzeiro – 1, Arenoso, Arraial do Retiro, Baixa da Paz, Baixa de Santo Antônio, Baixa do Calabetão, Baixa do Cruzeiro, Baixa do Manu, Baixa do Sapó, Baixa do Tubo – 2, Baixinha Santo Antônio, Barreiras, Bate Folha, Beco da Coruja, Beco do Fuxico, Beiru-Tancredo Neves, Bom Futuro, CAB, Cabula, Cabula I, Cabula II, Cabula III, Cabula IV, Cabula VI, Cabula VII, Cabula IX, Cabula X, Calabetão, Campo Seco, Chácara Perseverança, Chácara Senhor do Bonfim, Cocheira, Invasão Barreiras, Invasão CAB, Invasão Narandiba, Cj. Baía de Todos os Santos, Conjunto J. S. Cavalcante, Conjunto Jardim Cabula, Conjunto João Durval, Conjunto Novo Horizonte, Conjunto Parque Flamengo, Conjunto Salvador, Conjunto Santa Edwrigens, Doron, Engomadeira, Fazenda Pompílio Bittencourt, Jardim Guiomar, Jardim Pampulha, Jardim Santo Inácio, João Caldas, Loteamento Jardim Brasília, Loteamento Jardim Iara, Mata Escura, Narandiba, Nova Sussuarana, Parque Jacélia, Parque Residencial Vale Mangueira, Pedreira S. G. Retiro, Pernambués, Saboeiro, São Gonçalo, Sussuarana, Tesoura, Vila Abelardo Magalhães, Vila Dois Irmãos.
5. O Distrito Sanitário de Itapuã, onde

estão localizadas a USF Nova Esperança e UBS Orlando Imbassahy propostas para serem ampliadas, do ponto de vista geográfico, faz fronteira com os municípios de Lauro de Freitas e Simões Filho e, dentro da organização político-administrativa do Município do Salvador, pertence ao Serviço Integrado de Atendimento Regional X (SIGA X) tendo como limites os Distritos Sanitários de Pau da Lima, Cajazeiras e Boca do Rio. Segundo dados do IBGE (2010), possui um contingente populacional de 196.822 habitantes, uma área de 52,79 km². É composto pelos bairros Abaeté, Aeroporto, Aldeia Jaguaribe, Alto do Coqueiro, Alto do Girassol, Alto do São João, Areia Branca, Bairro da Paz, Baixa do Dendê, Barro Duro, Cajueiro, Campinas, Capelão, Ceasa, Costa Verde, Itapuã, Jardim Atalaia, Jardim das Margaridas, Jardim Jaguaribe, Jardim Piatã, Jardim Tropical, Loteamento Alameda Praia, Loteamento Cassangê, Loteamento Colina Fonte, Loteamento Farol Itapuã, Loteamento Pedra do Sal, Loteamento Praia do Flamengo, Loteamento Stela Maris, Malvinas, Mussurunga, Nova Brasília, Paralela, Patamares, Piatã, Placaford, São Cristóvão, Vila Ex-Combatentes.

6. O Distrito Sanitário de Cajazeiras, onde está localizada a USF Boca da Mata proposta para ser ampliada, dentro da organização político-administrativa do Município do Salvador, pertence ao Serviço Integrado de Atendimento Regional XIV (SIGA XIV) tendo como limites os Distritos Sanitários de Pau da Lima, Subúrbio Ferroviário e Itapuã. Segundo dados do IBGE (2010), possui um contingente populacional de 172.008 habitantes, uma área de 23,12 km². É composto pelos bairros Águas Claras, Bico Doce, Boca da Mata, Cajazeiras III, Cajazeiras IV, Cajazeiras V, Cajazeiras VI,

Cajazeiras VII, Cajazeiras VIII, Cajazeiras X, Cajazeiras XI, Fazenda Grande I, Fazenda Grande II, Fazenda Grande III, Fazenda Grande IV, Loteamento Nogueira, Palestina.

Nesta perspectiva, foram apresentadas ao Ministério da Saúde e ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, 04 (quatro) propostas de convênio, registrados no SICONV – Sistema de Convênios do Governo Federal, conforme documentos anexos. **Estes quatro projetos já foram aprovados e empenhados pelo ente transferidor**, tendo como **número de suas propostas de convênio**, instrumento viabilizador da transferência voluntária de recursos, os seguintes: (i) Reforma das USF Barreiras, Nova Esperança e Boca da Mata - nº 035015/2011; (ii) Reforma da USF Fazenda Coutos - nº 035059/2011; (iii) Reforma das USF Santa Luzia, Fazenda Coutos II e Recanto da Lagoa - nº 022178/2011 e (iv) Reforma das USF Antônio Lazzarotto e Orlando Imbassahy - nº 035456/2011.

Repita-se ainda que as transferências vinculadas a esses convênios já foram objeto de empenho, conforme notas de empenho 2011NE800125, 2011NE800049, 2011NE800079 e aquele vinculado ao convênio 035456/2011, a ser efetuado. Os referidos convênios, ainda, como se depreende das propostas de convênios acostadas, uma vez firmados, têm sua execução e correspondente liberação de recursos geridas pela Caixa Econômica Federal, daí se justifica sua co-legitimidade passiva.

Deste modo, visando garantir o atendimento e acompanhamento de uma média de 140.000 pessoas da área de abrangência e adjacências das USF/UBS, está sendo pleiteada a ampliação da estrutura física das referidas Unidades conforme a orientação da Resolução da Diretoria Colegiada - RDC nº 50, que viabilizará as seguintes adequações: construção de consultórios clínicos e ginecológicos, implantação de Salas de Acolhi-

mento, construção de consultórios odontológicos, adaptação de sanitários para portadores de necessidades especiais, ampliação das Salas de Reuniões. Por outro lado, as reformas das Unidades de Saúde poderão oportunizar estrutura física que dispõe de condições adequadas para o desenvolvimento das ações básicas de saúde em seus ambientes, possibilitando melhorar a ambiência e apresentar-se mais acolhedora para os usuários e profissionais que atuam nos referidos estabelecimentos de saúde.

Salienta-se também a ampliação da oferta dos seguintes serviços de saúde a partir das ampliações pleiteadas: atendimento clínico ginecológico, coleta de material para exame citopatológico, consulta pré-natal, consulta puerperal, atendimento clínico para planejamento familiar, consulta médica em Atenção Básica, consulta de profissionais de nível superior na Atenção Básica, consulta com identificação de casos novos de tuberculose, consulta ao paciente curado de tuberculose, consulta para acompanhamento de crescimento e desenvolvimento, atendimento de urgência em Atenção Básica, acolhimento ao usuário de demanda espontânea, encaminhamentos para outros níveis de complexidade de acordo com indicação, orientações ao usuário, escuta qualificada, primeira consulta odontológica programática, atendimentos odontológicos variados, exodontia, tratamentos de alveolites, acessibilidade à população portadora de necessidades especiais, atividades educativas/orientações em grupo na Atenção Básica, facilitação para educação permanente das ESF, articulação com o controle social.

É patente, assim, o cunho público e a relevância à coletividade urbana dos projetos propostos, que propiciam ação social de melhoria urbana e do nível de vida da população; não obstante, os Ministérios da Saúde e do Planejamento, Orçamento e Gestão, órgãos da União Federal, se recusam a assinar os convênios para repasse dos recursos, sob o argumento de que o Município do Salvador teria restrições no Cadastro Único de Convênios – CAUC.

Importante destacar que as informações contidas no CAUC referentes ao Município do Salvador **não guardam relação com pendências relativas a estes projetos**, conforme documento anexo.

Acontece que a não assinatura dos mencionados convênios acarreta prejuízos incalculáveis a Salvador e aos cofres do município, já que assim, com a ausência das transferências voluntárias, não haveria qualquer contribuição para o desenvolvimento urbano, economia local e sustentabilidade. Tratando-se especificamente de ação integrada ao atendimento básico de saúde, a não realização destes convênios impactará negativamente no processo de expansão da estratégia de saúde da família, limitando o acesso dos usuários a serviços básicos prioritários de promoção da saúde e prevenção de agravos, além de comprometer a qualificação dos serviços prestados já existentes, quer seja no âmbito da ambiência, quer seja na clínica. Sintetizando o quanto exposto, **se onerará a já precária rede pública de saúde ao cidadão, especialmente o mais carente**.

Diante do exposto, postula a autora seja judicialmente determinado aos réus a assinatura e cumprimento das propostas de convênio (i) Reforma das USF Barreiras, Nova Esperança e Boca da Mata - nº 035015/2011; (ii) Reforma da USF Fazenda Coutos - nº 035059/2011; (iii) Reforma das USF Santa Luzia, Fazenda Coutos II e Recanto da Lagoa - nº 022178/2011 e (iv) Reforma das USF Antônio Lazzarotto e Orlando Imbassahy - nº 035456/2011, pelos motivos a seguir expostos.

2. TRANSFERÊNCIAS VOLUNTÁRIAS. REGIME EXCEPCIONAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE AÇÃO SOCIAL NO MEIO AMBIENTE URBANO.

As transferências voluntárias constituem trânsito de recursos entre os entes federados em função de ajuste, acordo ou convênio administrativo, tal como definido no artigo 25

da Lei Complementar 101/2000. Define **LEILA CUÉLLAR**¹ este tipo de transferência como “o repasse espontâneo de verbas (recursos correntes ou de capital) entre níveis de governo, sem que para tanto haja imposição legal ou constitucional”, mas sim com o objetivo de “cooperação, auxílio ou assistência”. **MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO**² complementa que “a cooperação entre os entes federativos é comum nas atividades de competência comum definidas no artigo 23 da Constituição”, e, por isso, “normalmente essa cooperação se formaliza por meio de convênio, consórcio ou outros instrumentos hábeis para esse fim”.

Sendo voluntária, e, portanto, fruto de programa de cooperação entre os entes federados, usualmente é esse tipo de transferência sujeita ao preenchimento de requisitos, muitos deles listados no próprio artigo 25 da LC 101/2000.

Ocorre que estas restrições, aplicáveis para as transferências voluntárias em geral, realizadas via convênio administrativo, **não podem afetar o caso presente**, já que o repasse de verbas envolve **ação social na área de saúde, pela reforma e ampliação física das unidades de atendimento ao Programa Saúde da Família (PSF), com impacto direto na qualidade e extensão da cobertura da rede pública de saúde, especialmente quanto ao atendimento local em distritos sanitários mais carentes ((i) Reforma das USF Barreiras, Nova Esperança e Boca da Mata - nº 035015/2011; (ii) Reforma da USF Fazenda Coutos - nº 035059/2011; (iii) Reforma das USF Santa Luzia, Fazenda Coutos II e Recanto da Lagoa - nº 022178/2011 e (iv) Reforma das USF Antônio Lazzarotto e Orlando Imbassahy - nº 035456/2011)**, ação municipal com reflexos diretos no desenvolvimento urbano e melhoria de condições de vida da população, conforme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRAÇÃO. CONVÊNIO. LIBERAÇÃO DE RECURSOS PARA AÇÃO SOCIAL. INSCRIÇÃO DO MU-

NICÍPIO NO CADIN. LEI ESTADUAL N. 10.697/96. INEXISTÊNCIA DE ÓBICE. LC N. 101/00 E LEI FEDERAL N. 10.522/2002.

1. A inscrição do Município no CADIN não constitui óbice à celebração de convênio estadual que tenha por fim a transferência de recursos para atividade de assistência social.

2. Recurso ordinário provido.

(RMS 19.323/RS, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/09/2005, DJ 03/10/2005, p. 157)

No mesmo sentido, a jurisprudência do TRF da Primeira Região:

TRANSFERÊNCIA VOLUNTÁRIA DE RECURSOS PARA MUNICÍPIO. AÇÃO CAUTELAR. REGULARIDADE DA INSCRIÇÃO DO MUNICÍPIO INADIMPLENTE NO SIAFI/CAUC. ASSINATURA DE NOVOS CONVÊNIO E REPASSES PARA EDUCAÇÃO, SAÚDE E ASSISTÊNCIA SOCIAL NÃO PREJUDICADA EM FUNÇÃO DA INADIMPLÊNCIA. § 3º DO ARTIGO 25 DA LEI COMPLEMENTAR Nº 101/2000.

1. O município não atende ao requisito previsto no inciso IV, do § 1º, do artigo 25 da Lei Complementar nº 101/2001, tendo em vista que não logrou comprovar que se acha em dia quanto à prestação de contas de recursos por ele anteriormente recebidos.

2. O § 3º, do art. 25, da Lei Complementar nº 101/2000, ressalva que os convênios e repasses para áreas de educação, saúde e assistência social não ficam proibidos em função da inadimplência da municipalidade, restando as referidas áreas excluídas da

¹ CUÉLLAR, Leila. A Lei de Responsabilidade Fiscal e convênios entre entes da Federação. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). **Aspectos relevantes da lei de responsabilidade fiscal**. São Paulo: Dialética, 2001, p. 189.

² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 185.

aplicação de sanção por descumprimento de regras para o repasse voluntário de recursos. 3. Havendo inadimplência, apenas as transferências voluntárias sofrerão restrição, **ainda assim com exclusão expressa daquelas destinadas a ações sociais (art. 26 da Lei 10.522/02)**. O cadastro restritivo do SIAFI impede apenas o repasse de verbas voluntárias. 4. Cabível, na hipótese, a inscrição do nome do Município nos cadastros do SIAFI/CAUC, pois enquanto durar a inadimplência há, ainda, a possibilidade de o ente firmar convênios referentes às matérias inseridas no rol de exclusões. 5. Remessa oficial parcialmente provida para, restabelecendo a inadimplência apurada inscrita nos cadastros de inadimplência, **ressalvar à municipalidade a continuidade do repasse das verbas destinadas à saúde, educação, assistência social**. Apelação prejudicada. (AC 200233000057192, DESEMBARGADORA FEDERAL SELENE MARIA DE ALMEIDA, TRF1 - QUINTA TURMA, e-DJF1 DATA:13/08/2010 PAGINA:170.)

ADMINISTRATIVO. MUNICÍPIO. INADIMPLÊNCIA. SIAFI/CAUC. ASSINATURA DE NOVOS CONVÊNIOS. POSSIBILIDADE. ART. 25 DA LEI COMPLEMENTAR N. 101/2000. ART. 26 DA LEI N. 10.522/2002. 1. Pretende a municipalidade autora firmar convênios com a Caixa Econômica Federal, independente de sua inscrição de inadimplência no SIAFI e CAUC, em razão da ausência de entrega do Balanço Geral do exercício de 2000 pelo ex-gestor. 2. A jurisprudência deste Tribunal firmou-se no sentido de que é legítima a inscrição de ente municipal inadimplente no SIAFI e CAUC, por se tratarem de instrumentos necessários ao controle da gestão fiscal, **o que não impede a liberação de verba pública para execução de ações de educação, saúde e assistência social, bem como ações sociais e em faixa de fronteira (LC 101/2000, art. 25, § 3º, c/c Lei n. 10.522/2002, art. 26), que é a hipó-**

tese dos autos. 3. Remessa oficial a que se dá provimento.

(REO 200239000059870, JUIZ FEDERAL JAMIL ROSA DE JESUS (CONV.), TRF1 - QUINTA TURMA, e-DJF1 DATA: 07/05/2010 PAGINA: 351.)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRANSFERÊNCIA VOLUNTÁRIA DE RECURSOS. CONVÊNIO. INSCRIÇÃO DO MUNICÍPIO INADIMPLENTE NO SIAFI E CADIN. POSSIBILIDADE. ART. 5º, § 2º DA IN/STN 01/97. ASSINATURA DE NOVOS CONVÊNIOS NÃO PREJUDICADA. ART. 25 DA LEI COMPLEMENTAR Nº 101/2001. ART. 26 DA LEI 10.522/2002. 1. Para a suspensão da inadimplência é necessário o cumprimento dos requisitos estabelecidos no art. 5º, § 2º da IN/STN nº 01/97. 2. Embora não cumpridos tais requisitos, o § 3º do art. 25 da Lei Complementar 101/2001 ressalva que os convênios e repasses para áreas de educação, saúde e assistência social não ficam proibidos em função da inadimplência observada. 3. **O art. 26 da Lei nº 10.522/2002 também ressalva a suspensão da restrição para transferências de recursos federais, quando destinados à execução de ações sociais e ações em faixa de fronteira**. 4. Agravo de instrumento provido para possibilitar a inscrição do agravado nos cadastros do SIAFI e do CADIN, em conformidade com o que prevê a legislação vigente, com a ressalva de observância ao disposto no § 3º do artigo 25 da Lei Complementar 101/2001 e no art. 26 da Lei nº 10.522/2002.

(AG 200301000200158, DESEMBARGADORA FEDERAL SELENE MARIA DE ALMEIDA, TRF1 - QUINTA TURMA, DJ DATA: 16/12/2003 PAGINA: 33.)

ADMINISTRATIVO. AUSÊNCIA/NÃO APROVAÇÃO DE CONTAS RELATIVAS A CONVÊNIO CELEBRADO COM MUNICÍPIO. INSCRIÇÃO DO ENTE PO-

LÍTICO EM CADASTROS DE INADIMPLENTES. SUSPENSÃO DO REPASSE DE VERBAS PÚBLICAS À MUNICIPALIDADE. RESSALVAS LEGAIS.

1. Se o município cujo administrador já houver descurado do dever de agir com probidade, desrespeitando, inclusive, a Lei de Responsabilidade Fiscal, deu azo à inclusão do seu nome no SIAFI (e exclusão do CAUC), não é legítimo determinar a exclusão do ente municipal de tais cadastros restritivos, ensejando-lhe o amplo recebimento de verbas públicas para execução de ações de seu interesse, por desatender ao princípio da moralidade administrativa.

2. **A legislação, porém, admite suspender tal restrição para transferência de recursos federais à municipalidade, quando as verbas se destinarem à execução de “ações de educação, saúde e assistência social” e de “ações sociais e ações em faixa de fronteira” (LC 101/2000, art. 25, § 3º, c/c Lei 10.522/2002, art. 26).**

3. Apelação da FNDE e remessa oficial parcialmente providas, para manter a inscrição do município no SIAFI e demais cadastros de inadimplentes, enquanto permanecer sua situação de inadimplência, ressalvados, porém, os repasses de verbas públicas destinadas a execução de ações de educação, saúde, assistência social, ações sociais e ações em faixa de fronteira; bem como para declarar a sucumbência recíproca, caso em que cada parte deverá arcar com os honorários de seus respectivos patronos.

(AC 2006.37.02.000185-2/MA, Rel. Desembargador Federal Fagundes De Deus, Quinta Turma, e-DJF1 p.118 de 17/07/2009)

O próprio artigo 26 da Lei federal 10.522/2002³, que regulamenta o cadastro informativo de créditos não quitados da União, **expressamente exclui da exigência de apresentação dos comprovantes de regularidade as transferências para ações sociais, exatamente aquelas que englobam a melhoria em geral das condições de vida da comunidade, entre estas**

especialmente a urbanização, o saneamento e o implemento da estrutura e atividade econômica urbana, exceção que engloba o objeto do presente convênio. Frise-se ainda que se trata de **ação integrada a serviços de saúde**, o que ainda permite a invocação da exceção do parágrafo terceiro do artigo 25 da Lei Complementar 101/2000. É exatamente esse o entendimento do TRF da Primeira Região, como expresso na seguinte ementa:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONVÊNIO ENTRE ENTIDADE FEDERAL E MUNICÍPIO. PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA POR FALTA DE MANIFESTAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL EM PRIMEIRA INSTÂNCIA AFASTADA: INTERVENÇÃO DO PARQUET NA INSTÂNCIA RECURSAL. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO. SUPERVENIENTE PERDA DE OBJETO/FALTA DE INTERESSE DE AGIR: HIPÓTESE NÃO CONFIGURADA. RECURSO DE APELAÇÃO PROVIDO. FEITO EM CONDIÇÕES IMEDIATAS DE JULGAMENTO. ART. 515, § 3º, DO CPC. LEGITIMIDADE PASSIVA DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. MUNICÍPIO EM SITUAÇÃO IRREGULAR PERANTE CADASTROS MANTIDOS PELO PODER PÚBLICO. REPASSE DE VERBAS RELATIVAS A AÇÕES SOCIAIS. POSSIBILIDADE. ART. 26 DA LEI Nº 10.522/2002. PEDIDO INICIAL AMPLO. ATO COATOR RELATIVO TÃO SOMENTE A TRÊS CONTRATOS. SEGURANÇA CONCEDIDA EM PARTE. I - A manifestação do

³ Art. 26. Fica suspensa a restrição para transferência de recursos federais a Estados, Distrito Federal e Municípios destinados à execução de ações sociais e ações em faixa de fronteira, em decorrência de inadimplementos objeto de registro no CADIN e no Sistema Integrado de Administração Financeira do Governo Federal – SIAFI.

Ministério Público Federal na instância recursal supre a falta de sua intervenção em primeira instância, máxime quando ausente prejuízo às partes. Precedentes desta Corte e do Colendo Superior Tribunal de Justiça. Preliminar afastada. II - A assinatura de contrato em estrito cumprimento a ordem judicial liminar não implica em perda superveniente do objeto de mandado de segurança. III - Nulidade da sentença extintiva do processo sem resolução de mérito reconhecida. Recurso de apelação provido. IV - Ao Tribunal é legítimo, nos termos do disposto no art. 515, § 3º, do CPC, nos casos de extinção do processo sem resolução de mérito, julgar desde logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento. V - A Caixa Econômica Federal é parte legítima para figurar no pólo passivo de relação processual em que se objetiva a celebração de contratos de repasse firmados entre municípios e União, esta por intermédio daquela empresa pública federal. VI - Assente na jurisprudência desta Corte e do Colendo Superior Tribunal de Justiça **a orientação no sentido de ser ilegítima a proibição de transferência, aos municípios inscritos em cadastros de inadimplência, de verbas federais que se destinem à educação, saúde, assistência social e às ações sociais (art. 25, § 3º, da Lei Complementar nº 101/2000 e art. 26 da Lei nº 10.522/2002).** VII - **A expressão “ações sociais” a que o art. 26 da Lei nº 10.522/2002 engloba todas as ações destinadas ao saneamento, à urbanização e às melhorias em geral das condições de vida da comunidade.** VIII - Segurança concedida em parte, assegurando ao impetrante a celebração dos contratos individualizados nos autos independentemente do óbice noticiado.

(AMS 200933110000057, DESEMBARGADOR FEDERAL JIRAIR ARAM MEGUERIAN, TRF1 - SEXTA TURMA, e-DJF1 DATA: 03/11/2011 PAGINA: 129)

No mesmo sentido, o TRF da Quinta Região:

ADMINISTRATIVO. MUNICÍPIO. AUSÊNCIA DE PRESTAÇÃO DE CONTAS. INSCRIÇÃO NO SIAFI/CADIN. VERBAS DESTINADAS À EXECUÇÃO DE AÇÕES SOCIAIS. POSSIBILIDADE ASSINATURA DE CONVÊNIO. IMPROVIMENTO. 1. A inadimplência do município, ensejadora de sua inscrição no SIAFI, pode ser afastada quando decorrente de irregularidades praticadas na gestão anterior desde que o atual administrador tenha tomado as providências cabíveis para saná-las. Dicção do art. 3º, parágrafo 3º, da Instrução Normativa nº 02/93, da Secretaria do Tesouro Nacional. 2. Irrelevância do fato de o atual prefeito ser o vice do gestor anterior, eis que, nos moldes em que preceitua o art. 26, caput, da MP nº 2.095-75/2001, convertida na Lei nº 10.522/2002, **é defeso obstar-se à transferência das verbas destinadas à execução de ações sociais - in casu, obras de saneamento básico** - oriundas de convênios já firmados com o ente público inadimplente e bem assim criar-se embaraço a que novos acordos sejam firmados com esse mesmo propósito. 3. Agravo regimental não conhecido em face do regramento previsto no art. 527, parágrafo único, do CPC. 4. Agravo de instrumento improvido.

(AG 200905000006937, Desembargador Federal Francisco Wildo, TRF5 - Segunda Turma, DJE - Data: 25/03/2010 - Página: 309.)

Ação social, portanto, de acordo com o entendimento consolidado da jurisprudência, compreende todas as medidas de melhoria da infraestrutura social e desenvolvimento econômico, especialmente quando atinentes ao espaço urbano, como no presente caso. Veja-se ainda, neste sentido, a seguinte ementa, que enquadra como ação social até mesmo a **pavimentação de vias urbanas com fins turísticos**, porque isto melhoraria a condição de vida da população:

ADMINISTRATIVO. PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA. ASSINATURA DE CONTRATO REFERENTE A CONVÊNIO. PAVIMENTAÇÃO POLIÉTRICA DE RUAS. PENDÊNCIAS JUNTO AO SISTEMA CAUC-SIAPF. LEI COMPLEMENTAR Nº 101/2000. I - Considerando que o valor do Convênio seria devolvido ao Governo Federal, não podendo, ao final da demanda, se acaso vencedora sua tese, serem tais recursos aplicados no Município, revertendo em benefício aos munícipes, mostra-se cabível a assinatura de contrato referente ao Convênio, que tem como meta a pavimentação poliétrica de ruas, mesmo com a existência de pendências junto ao Sistema CAUC-SIAPF. II - **A pavimentação poliétrica de ruas, em Município do interior do estado do Ceará, denota ações de natureza de ação social, dada a enorme repercussão social causada por qualquer melhora na estrutura física de uma pequena cidade.** III - É possível a suspensão da inadimplência, quando o ente público tenha nova administração, diferente do faltoso, desde que a nova gestão tome as medidas legais necessárias, para sanar as faltas cometidas, adotando providências no sentido da responsabilização pessoal do antigo gestor. IV - Agravo de instrumento provido, **para salvaguardar a contratação do Convênio Gestor/Programa MTUR/Turismo no Brasil, Plano de Trabalho nº 0279431 92,** tendo como meta a pavimentação poliédrica de ruas no Município de Canindé/CE, inobstante à existência de pendências junto ao Sistema CAUC-SIAPF. (AG 200905000422179, Desembargadora Federal Margarida Cantarelli, TRF5 - Quarta Turma, DJE - Data: 15/09/2009 - Página: 438.)

Se pavimentação de ruas, com fins turísticos, se enquadra em ação social para melhoria da vida da coletividade, **seria até mesmo imoral aplicar tratamento diverso a reforma e ampliação de postos de saúde.** No mesmo sentido, a

seguinte decisão monocrática do Superior Tribunal de Justiça, confirmando o enquadramento como atividade de ação social da **construção de unidades populares de habitação (e, novamente, com muito mais razão, reforma e ampliação de postos de saúde)**, o que reforça a abrangência do conceito em relação a todas as ações públicas de benefício social, especialmente dentro das funções sociais da cidade (moradia, lazer, circulação e trabalho), e, especialmente saúde:

RECURSO ESPECIAL Nº 1.201.624 - PB (2010/0132920-0)

RELATOR: MINISTRO HERMAN BENJAMIN

Trata-se de Recurso Especial interposto, com fundamento no art. 105, III, "a", da Constituição da República, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, assim ementado: ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CEF. CONTRATO DE REPASSE DE RECURSOS FINANCEIROS DA UNIÃO PARA O MUNICÍPIO. EXECUÇÃO DE UNIDADES HABITACIONAIS. IRREGULARIDADES DO MUNICÍPIO PERANTE O CADASTRO ÚNICO DE EXIGÊNCIAS PARA TRANSFERÊNCIAS VOLUNTÁRIAS A ESTADOS E MUNICÍPIOS (CAUC) E SISTEMA DE ADMINISTRAÇÃO FINANCEIRA (SIAFI). PRORROGAÇÃO DO CONTRATO. AÇÕES SOCIAIS. ARTS. 25, § 3º, DA LC 101/2000, E 26, § 2º, DA LEI 10.522/2002. APELAÇÃO E REMESSA IMPROVIDAS. 1. Impossibilidade de prorrogação contratual no âmbito administrativo, por estar o Município irregular perante o Cadastro Único de exigências para transferências voluntárias a Estados e Municípios, bem como junto ao Sistema de Administração Financeira, a teor da IN 01/97, da Secretaria do Tesouro Nacional. 2. **O objeto do termo de contrato firmado consiste na transferência de recursos financeiros da União para a execução de construção de unidades habitacionais, no Município**

de Tenório, Estado da Paraíba. 3. Não assiste razão à CEF, porque o Contrato de Repasse 0195386-69/2006 tem natureza de ação social, caracterizadora das exceções apontadas nos arts. 25, § 3º, da LC 101/2000, e 26, § 2º, da Lei 10.522/2002. 4. O Município de Tenório tem direito líquido e certo à prorrogação do Contrato de Repasse 0195386-69/2006, ainda que se encontre irregular perante o CAUC e SIAFI, por se tratar de transferência de recursos para ações sociais, devendo, por conseguinte, ser mantida a concessão da segurança. 5. Apelação e remessa improvidas (fl. 389, e-STJ). A recorrente afirma que houve ofensa ao art. 267, VI, do CPC; e ao art. 26 da Lei 10.522/2002. Sustenta que é ilegal a prorrogação do Contrato de Repasse 0195386-69/2006, porquanto o Município de Tenório/PB encontre-se irregular perante o CAUC e o SIAFI. Assevera, que “as verbas aqui discutidas destinam-se a habitação, esporte e lazer e não aos recursos destinados as ações sociais e ações de faixa de fronteira (...). Portanto, há a necessidade de exigência de todos os documentos tratados anteriormente e que se elencam às folhas 87 dos autos (fl. 395, e-STJ). Sem contra-razões, conforme certidão de fl. 403, e-STJ).

É o relatório. Decido.

(...)

No mérito, a Corte a quo assim se pronunciou:

Trata-se de pedido de prorrogação do prazo de vigência do Contrato de Repasse 0195386-69/2006, firmado entre o Município de Tenório e a União, bem como o seu normal prosseguimento, objetivando a construção de unidades habitacionais na zona urbana da cidade, para famílias de baixa renda. O termo final do contrato foi em 22 de dezembro de 2007. A impossibilidade da prorrogação contratual no âmbito administrativo deu-se por estar o Município irregular perante o Cadastro Único de exigências para transferências voluntárias a Estados e Municípios, bem como junto

ao Sistema de Administração Financeira, a teor de IN da Secretaria do Tesouro Nacional, f. 251. (...) No entanto, o art. 25, § 3º, da Lei Complementar 101/2000 apregoa: Art. 25. Para efeito desta Lei Complementar, entende-se por transferência voluntária a entrega de recursos correntes ou de capital a outro ente da Federação, a título de cooperação, auxílio ou assistência financeira, que não decorra de determinação constitucional, legal ou os destinados ao Sistema Único de Saúde. (...) § 3º Para fins da aplicação das sanções de suspensão de transferências voluntárias constantes desta Lei Complementar, excetuam-se aquelas relativas a ações de educação, saúde e assistência social. No mesmo diapasão, o art. 26, § 2º, da Lei 10.522/2002, que dispõe sobre o Cadastro Informativo dos créditos não quitados de órgãos e entidades não federais, preconiza: Art. 26. Fica suspensa a restrição para transferência de recursos federais a Estados, Distrito Federal e Municípios destinados à execução de ações sociais e ações em faixa de fronteira, em decorrência de inadimplementos objeto de registro no Cadin e no Sistema Integrado de Administração Financeira do Governo Federal - SIAFI. § 2º Não se aplica o disposto neste artigo aos débitos com o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, exceto quando se tratar de transferências relativas à assistência social. **O objeto do termo de contrato firmado consiste na transferência de recursos financeiros da União para a execução de construção de unidades habitacionais, no Município de Tenório, f. 42. Tenho que não assiste razão à CEF, porque o Contrato de Repasse 0195386-69/2006 tem natureza de ação social, caracterizadora das exceções apontadas nos dispositivos legais acima transcritos (fls. 385-386, e-STJ).**

Nesse ponto, a recorrente limitou-se a citar de forma genérica seu inconformismo quanto à inclusão no gênero ação social (art. 26, caput, da Lei 10.522/2002) da espécie construção de unidades habitacionais,

sem contudo, evidenciar como e em que medida esta conclusão estaria ofendendo dispositivo de lei federal. Incide na espécie o princípio estabelecido na Súmula 284 do STF, in verbis: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia”.

(...)

Diante do exposto, nos termos do art. 557, caput, do CPC, nego seguimento ao Recurso Especial.

(Ministro HERMAN BENJAMIN, 09/09/2010)

Deste modo, deve ser concedida tutela judicial de obrigação de fazer, determinando-se aos réus a assinatura do convênio, ainda que existam eventuais restrições no CAUC-SIAFI.

3. DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. OBSTÁCULO A ATIVIDADES PÚBLICAS ESSENCIAIS AO BEM-ESTAR URBANO.

É preciso ainda ressaltar que o obstáculo à assinatura do referido convênio, imposto pelos réus, ofende os postulados constitucionais básicos que orientam a implementação do Estado Democrático de Direito, especialmente a razoabilidade e a proporcionalidade.

A razoabilidade, sintetiza VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, “traduz-se na exigência de compatibilidade entre o meio empregado pelo legislador e os fins visados, bem como a aferição da legitimidade dos fins⁴”. No presente caso, o fim perseguido com a imposição de restrições cadastrais ao autor, que é a legítima preservação dos recursos federais (em última análise, o interesse público), acaba entrando em conflito com o próprio meio adotado, já que a restrição da possibilidade de percepção de verbas federais pelo autor acaba inviabilizando a sua atividade para realização deste mesmo interesse público; ironicamente, assim, o interesse público, que deveria ser preservado pela medida restritiva,

acaba sendo prejudicado, quando se impede a atuação do município em políticas públicas de ação social para a saúde.

Relativamente à proporcionalidade, este postulado exige que todo ato administrativo, especialmente aquele restritivo de direitos, como no presente caso, seja (i) adequado, (ii) necessário e (iii) conforme, ou seja, que não onere o direito além ou fora do estritamente necessário.

Entende-se por adequação a necessidade de que “as medidas interventivas adotadas mostrem-se aptas a atingir os objetivos pretendidos”, como leciona GILMAR FERREIRA MENDES⁵, e, como exposto na análise da razoabilidade, já se percebe aqui o descompasso entre o meio utilizado com o fim perseguido.

O exame da necessidade do ato restritivo envolve “a verificação da existência dos meios que sejam alternativos àquele inicialmente escolhido pelo Poder Legislativo ou Poder Executivo, e que possam promover igualmente o fim sem restringir, na mesma intensidade, os direitos fundamentais afetados”, como alerta HUMBERTO ÁVILA⁶, o que, igualmente, no presente caso, não se verifica, já que em momento algum se pede a exclusão das restrições cadastrais do município autor, mas apenas a sua irrelevância em função do objeto do convênio.

A conformidade em sentido estrito, por fim, se refere a “uma verificação da relação custo-benefício da medida, isto é, da ponderação entre os danos causados e os resultados a serem

⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. In: TORRENS, Haradja Leite (coord.). **A expansão do Direito: estudos de Direito Constitucional e Filosofia do Direito em homenagem ao Professor Willis Santiago Guerra Filho**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 95.

⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: IBDC, 1999, p. 72.

⁶ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 114.

⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. São Paulo: Saraiva, 1996, pp. 208-209.

obtidos”, segundo **LUÍS ROBERTO BARROSO**⁷. Neste caso, resta demonstrado que os prejuízos sociais decorrentes do não repasse superam em muito as exigências de responsabilidade fiscal existentes na legislação, até mesmo porque a própria lei, como exposto, admite exceções em casos como o presente.

É, por tudo isso, inconstitucional o óbice imposto pelos réus à assinatura de convênio com a natureza do presente, que, repita-se, constitui, como acima exposto, fonte de financiamento de atividade pública essencial, política pública de ação social com fortes reflexos no bem-estar da população urbana, pela ampliação do atendimento da rede municipal de postos de saúde da família.

É preciso frisar, quanto a esta questão, que a autonomia dos entes da federação, de modo a lhes permitir se auto-organizarem e administrarem, pressupõe a autonomia *financeira* de cada um, pois, conforme a clássica obra “O FEDERALISTA”, de **HAMILTON, MADISON e JAY**, “como as rendas dos impostos representam instrumento essencial, permitindo atender às exigências do país, a competência para arrecadá-las deve necessariamente estar incluída na de satisfazer tais exigências⁸”.

O modelo federativo brasileiro possui assim um necessário aspecto que é o federalismo *fiscal*, afirmando **RÉGIS FERNANDES DE OLIVEIRA** que “se a Constituição distribui as competências político-administrativas de cada qual, forçosamente deve atribuir os recursos necessários para que possam cumprir suas finalidades”, já que, em relação a cada ente, “imperioso que possuam recursos suficientes para atender a seus fins⁹”.

Alerta ainda este autor, entretanto, que não só a partilha de competências tributárias compõe a autonomia fiscal/financeira de cada ente federativo, mas sim, “sendo possível ocorrer desequilíbrio na arrecadação, em virtude de fatores sócio-econômicos alterarem os ingressos e receitas, a Constituição estabelece forma de

repartição das receitas tributárias”; cada ente federativo, deste modo, “possui a disponibilidade de recursos próprios, cabendo-lhe exercer sua atividade tributária, e, de outro lado, efetua uma racional transferência de recursos, das unidades maiores para as menores, a fim de propiciar todos os meios necessários para cumprimento de suas atribuições constitucionais¹⁰”.

Essas transferências dos entes maiores para os “menores” podem ser de ordem voluntária¹¹, legal ou constitucional, sendo que aqui, em função do objeto do processo, nos interessam as transferências voluntárias. Estas são verdadeiros instrumentos de viabilização da atividade pública planejada dos entes federados “menores”, os Estados e, principalmente, os Municípios.

Lembram **CARLOS MAURÍCIO FIGUEIREDO** e **MARCOS NÓBREGA** que “cresceram as transferências voluntárias (sobretudo convênios) repassadas pela União a Estados e Municípios”, sendo que “tais transferências, em essência, teriam a função de fechar o *gap fiscal* e dirimir distorções intrínsecas do sistema tributário¹²”. **Isso significa dizer que o cumprimento dos fins institucionais dos municípios, especialmente quando relacionados a despesas de capital, dependem necessariamente das transferências voluntárias.**

Os municípios, com efeito, é preciso repetir, consomem seus recursos próprios, mais escassos, quase que completamente com

⁸ HAMILTON, Alexander; MADISON, James & JAY, John. **O Federalista**. Brasília: UNB, 1984, p. 279.

⁹ OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Curso de Direito Financeiro**. São Paulo: RT, 2006, p. 33.

¹⁰ OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Curso de Direito Financeiro**. São Paulo: RT, 2006, p. 33.

¹¹ Prescreve o artigo 25 da Lei Complementar 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal) que “entende-se por transferência voluntária a entrega de recursos correntes ou de capital a outro ente da Federação, a título de cooperação, auxílio ou assistência financeira, que não decorra de determinação constitucional, legal ou os destinados ao Sistema Único de Saúde”.

¹² FIGUEIREDO, Carlos Maurício & NÓBREGA, Marcos. **Responsabilidade Fiscal: aspectos polêmicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 189.

obrigações legais e constitucionais, despesas fixas como pessoal e serviços da dívida, devendo ainda atender aos percentuais mínimos de aplicação de recursos na saúde (artigo 77 do ADCT) e na educação (artigo 212 da CF-88); somente, por isso, com o repasse de recursos, podem realizar ações sociais planejadas.

Neste sentido, lembra RICARDO LOBO TORRES, que “o planejamento, consubstanciado no plano plurianual, na lei de diretrizes orçamentárias e na lei orçamentária anual, é mera autorização para que a Administração execute o programa traçado em leis específicas que compõem os sistemas do Direito Administrativo, que já não está voltado para a regulamentação de todo o social nem para a intervenção na economia, mas para complementar a atividade privada e para subsidiar as carências e insuficiências sociais¹³”, ou seja, é dever do município prosseguir na realização desses gastos, sequer podendo simplesmente os contingenciar ou eliminar.

É por isso que não se pode restringir o acesso do município autor à verba necessária à realização de seus fins institucionais de modo irrazoável e desproporcional, com o comprometimento de função pública essencial. O Supremo Tribunal Federal, em casos como o presente, já garantiu o direito do ente público de firmar os convênios necessários a sua boa atuação:

AÇÃO CAUTELAR. INSCRIÇÃO DE ESTADO-MEMBRO NO SIAFI. ÓBICE À CELEBRAÇÃO DE NOVOS CONVÊNIOS E AO RECEBIMENTO DE REPASSES. PREJUÍZO AO INTERESSE PÚBLICO. LIMINAR. REFERENDO. 1. A permanência de Estado-membro no registro de inadimplência do SIAFI implica o imediato bloqueio das transferências de recursos federais e a impossibilidade de celebração de novos convênios. 2. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de suspender a inscrição quando os efeitos dela decorrentes geram prejuízos irreparáveis ao Estado-membro, compro-

metendo a prestação de serviços públicos essenciais. Precedente [AC n. 259, Relator o Ministro MARCO AURÉLIO, DJ 03.12.2004]. Medida liminar referendada. (AC 1271 MC, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 21/03/2007, DJ 13-04-2007 PP-00078 EMENT VOL-02271-01 PP-00047 RT v. 96, n. 863, 2007, p. 131-133 LEXSTF v. 29, n. 341, 2007, p. 5-10 RNDJ v. 8, n. 90, 2007, p. 67-69)

AÇÃO CAUTELAR - LIMINAR - INSCRIÇÃO DE ESTADO – SIAFI INADIMPLÊNCIA - CONVÊNIOS E REPASSES - ÓBICE. A concessão de liminar em ação cautelar faz-se com base nos valores envolvidos, buscando-se definir o prejuízo maior. É de se afastar a inscrição do Estado no Sistema Integrado de Administração Financeira do Governo Federal - SIAFI, ante a inviabilidade de formalizar convênio e receber repasses, com a paralisação de serviços essenciais. Precedentes: Ação Cautelar nº 235-4, relator ministro Sepúlveda Pertence, Ação Cautelar nº 39-4, relatora ministra Ellen Gracie e Ação Cautelar nº 266-4, relator ministro Celso de Mello (AC 259 MC, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 19/08/2004, DJ 03-12-2004 PP-00012 EMENT VOL-02175-01 PP-00001 LEXSTF v. 27, n. 314, 2005, p. 20-23)

AÇÃO CAUTELAR. INSCRIÇÃO DA SECRETARIA DOS TRANSPORTES DO ESTADO DE SÃO PAULO NO CADIN E NO SIAFI. DÉBITO RELATIVO À TAXA DE OCUPAÇÃO DE TERRENO DA UNIÃO. LIMINAR DEFERIDA. REFERENDO. Suspende-se a inscrição, no caso, porque o débito é objeto de discussão judicial, em que se alega duplicidade de

¹³ TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*, volume 5: Orçamento na Constituição. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 78.

cobrança, bem como a responsabilidade de sociedade de economia mista (DERSA S/A), ocupante do imóvel. **Além disso, a restrição cadastral impede que o Estado formalize convênios e receba repasses financeiros, necessários à prestação de serviços públicos essenciais. Transcendência gravosa que se mostra incabível.** Liminar referendada.

(AC 659 MC-QO, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 12/06/2006, DJ 25-08-2006 PP-00014 EMENT VOL-02244-01 PP-00028 RTJ VOL-00201-03 PP-00841 LEXSTF v. 28, n. 333, 2006, p. 13-17)

Diante do exposto, deve ser acolhido o pleito formulado no presente processo, inclusive com a concessão de antecipação dos efeitos da tutela judicial, para que seja determinada aos réus a assinatura do convênio com a consequente liberação dos recursos para transferência voluntária.

4. DO PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA.

O Município do Salvador, conforme demonstrado, já possui o empenho dos recursos de transferência voluntária e se encontra prestes a firmar quatro convênios com o **Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão e o Ministério da Saúde**, órgãos da União Federal, por intermédio da CEF, com o objetivo de **realizar a ampliação e reforma de postos de saúde, para possibilitar a expansão do atendimento, pela reforma das USF Barreiras, Nova Esperança, Boca da Mata, Fazenda Coutos, Santa Luzia, Fazenda Coutos II, Recanto da Lagoa, Antônio Lazzarotto e Orlando Imbassahy**. Ocorre que, como narrado, os réus se recusam a proceder à assinatura dos convênios sob o argumento de que o autor possui restrições cadastrais no CAUC-SIAFI.

Tal fundamento, entretanto, como acima exposto, não guarda consonância com o entendimento jurisprudencial e com a legislação

em vigor. A jurisprudência determina que seja resguardado o interesse da população em ver atendidas as suas demandas sociais, e, portanto, entende que os recursos devem ser liberados ainda que verificadas pendências no CAUC, sob pena de se gerar prejuízos ainda maiores, especialmente em casos como o presente, no qual se busca o financiamento de ações sociais propiciadoras de melhorias ao bem-estar da comunidade urbana pela melhoria da rede municipal de saúde.

A evolução legislativa já citada também procurou sopesar os valores inerentes ao processo de repasse de recursos da União, e, com o objetivo de viabilizar o atendimento às necessidades sociais da população, **a própria Lei federal 10.522/2002 e a lei complementar 101/2000 passaram a exigir a comprovação de regularidade dos entes federativos beneficiários apenas quando não se tratem de transferências relativas a ações sociais, educação, saúde e assistência**, ficando, de resto, **mantido o repasse dos recursos, independente da manutenção da regularidade ou não pelos entes federativos**.

Desta forma, resta absolutamente atendido o requisito legal fixado nos termos do parágrafo terceiro do artigo 461 do CPC, visto que se faz presente o **relevante fundamento da demanda (fumus boni iuris)**, devidamente demonstrado com arrimo no quanto estabelecido pelas leis de regência da matéria declinadas e na jurisprudência, particularmente a do próprio Tribunal Regional Federal da 1ª Região e do Superior Tribunal de Justiça.

Do quanto ora declinado se depreende também o real e imediato risco de ineficácia do provimento final, haja vista que, caso não ocorra a assinatura do convênio até 30/DEZEMBRO/2011, inexoravelmente dito recurso será devolvido à disponibilidade de caixa da União, sendo igualmente cancelado o respectivo empenho, não mais podendo ser transferido a esta Municipalidade **o valor essencial ao financiamento de política pública de ação social de saúde**.

Nesse ponto, inquestionavelmente resta preenchido o requisito específico do **justificado receio de ineficácia da sentença** (*periculum in mora*) que autoriza o juízo a conceder liminarmente a antecipação dos efeitos da tutela específica pleiteada.

Some-se a isso que o *periculum in mora* está também consubstanciado na necessidade de urgência da liberação dos recursos, já que, como exposto, trata-se aqui do financiamento de atividades essenciais à gestão urbana e aos benefícios da coletividade, inegável interesse público que será lesionado com a demora na concessão da medida.

Cabe ainda destacar, em prol do deferimento da liminar pleiteada, a absoluta inexistência de risco de irreversibilidade da medida antecipatória a oferecer prejuízo à Ré.

Do quanto declinado, depreende-se claramente que o pleito liminar de antecipação de tutela sob exame não enseja, de fato, risco de irreversibilidade de seus efeitos da tutela que coloque em xeque a esfera de direitos da União Federal, mas sim, tão somente, o real e imediato risco de que a restrição imposta pela Ré (CAUC) e a consequente não assinatura dos convênios em questão e a não liberação dos recursos, façam com que a situação econômica e financeira desta Municipalidade se agrave ainda mais.

Restando, portanto, demonstrada a presença dos requisitos do parágrafo terceiro do artigo 461 do CPC, requer a V. Exa., que se digne de conceder a antecipação de tutela em decisão liminar *inaudita altera parte* para **determinar, de imediato, a assinatura dos convênios referentes às propostas nº 035015/2011; nº 035059/2011; nº 022178/2011 e nº 035456/2011 no SICONV – Sistema de Convênios do Governo Federal, entre o Município do Salvador e a União Federal, pelo Ministério do Planejamento e o Ministério da Saúde, bem como a sua execução, com o repasse, pela Caixa Econômica Federal, das transferências voluntárias a ele vinculadas.**

Sucessivamente, caso entenda este juízo pela não assinatura imediata do convênio, com a consequente liberação dos recursos, requer o autor que, ao menos, **seja determinada a manutenção dos empenhos referentes aos convênios até a decisão final deste juízo**, evitando assim a ineficácia de eventual decisão final favorável. Sendo o empenho, nos termos dos artigos 58, *caput* do artigo 60 e 61 da Lei federal 4.320/64, ato de afetação formal da dotação orçamentária a determinado pagamento, garante assim que o repasse da transferência voluntária obedeça à universalidade orçamentária das despesas, conforme o inciso II do artigo 167 da CF-88; deste modo, o não cancelamento do empenho é imprescindível para o cumprimento de sentença favorável à autora, e, por isso, deve ser deferida a antecipação da tutela, ao menos, para a manutenção do empenho, como dito.

Requer ainda, nesta hipótese, que, ocorrendo a mudança de exercício financeiro antes do julgamento definitivo, e sendo necessário, **seja determinada a inscrição dos empenhos pendentes em RESTOS A PAGAR**, na forma do artigo 36 da Lei federal 4.320/64 e do Decreto 93872/1986, garantindo-se, assim, o pagamento/cumprimento da decisão judicial mesmo no próximo exercício, por esta sistemática.

5. DO PEDIDO.

Por tudo o quanto exposto, requer a V. Ex.^a a **concessão da antecipação dos efeitos da tutela inaudita altera pars**, como acima requerido, **de-terminando à União Federal (por seus órgãos, o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão e o Ministério da Saúde) e à Caixa Econômica Federal que procedam à assinatura dos convênios referentes às propostas nº 035015/2011; nº 035059/2011; nº 022178/2011 e nº 035456/2011 no SICONV – Sistema de Convênios do Governo Federal, com a consequente liberação dos recursos, ou, sucessivamente, que mantenha os empenhos referentes aos convênios (2011NE800125, 2011NE800049, 2011NE800079 e aquele vinculado ao convênio**

035456/2011) ativos até a decisão final deste juízo, determinando inclusive, se for o caso, a sua **inscrição em restos a pagar do exercício financeiro seguinte**.

Requer a **citação das Rés** para responder aos termos da presente, sob pena de revelia, para que ao final seja julgado procedente o pedido da ação, **confirmando-se a antecipação da tutela e a validade da assinatura do convênio**.

Requer a produção de todos os meios de prova admitidos pelo Direito, a produção de prova testemunhal, pericial e documental que porventura se faça necessária e cabível.

A fim de empregar efetividade à liminar requerida, requer a V. Ex.^a que, diante da urgência, autorize o Sr. Oficial de Justiça a dispor dos **benefícios contidos no parágrafo 2º do artigo 172 do CPC e ainda que a intimação da liminar possa ser feita por meio de fac-símile expedido diretamente pela Secretaria deste M.M. Juízo** para os seguintes endereços/telefones:

(i) Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão – Esplanada dos Ministérios, bloco K, 4º andar, CEP 70040-906, Brasília – DF, Telefone: 55 (61) 2020- 2220/2215 - Fax: 55 (61) 2020-2239;

(ii) Ministério da Saúde – Esplanada dos Ministérios, bloco G, CEP 70.058-900, Brasília – DF, Telefone: (61) 3315-2788;

(iii) Caixa Econômica Federal, Avenida Magalhães Neto, 1520, 2º andar, STIEP, Salvador/BA;

(iv) Secretaria do Tesouro Nacional, Ministério da Fazenda - Bloco P, Esplanada dos Ministérios - Anexo “B”, Térreo, CEP: 70048-900, Telefone: (0xx61) 3412-3168, Fax: (0xx61) 3412-1580.

Por fim, e com arrimo no § 4º do art. 461 do CPC, requer a este M.M. Juízo que fixe **multa**

diária em valor eficaz, para o caso de descumprimento da liminar pela Ré.

Dá-se à causa o valor de R\$ 1.000,00 (mil reais).

Salvador, 22 de dezembro de 2011.

David Bittencourt Ludovice Neto
Procurador do Município
OAB/BA 17.917

Pedro Leonardo Summers Caymmi
Procurador do Município
OAB/BA 16.313

